

Studia PRAWNICZE

KWARTALNIK

W numerze:

- Międzynarodowy mechanizm kontrolny Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych
- Obowiązek dokonania racjonalnych usprawnień – uwagi na tle wyroku TSUE Jetta Ring i Lone Skouboe Werge (C-335/11 i C-337/11)
- Zawieranie małżeństw przez osoby z niepełnosprawnością intelektualną i psychiczną w prawie polskim a konwencja ONZ o prawach osób niepełnosprawnych
- Prawne bariery edukacji włączającej
- Artykuł 12 Konwencji ONZ o prawach osób z niepełnosprawnościami a ubezwłasnowolnienie w Polsce
- Niektóre problemy nowelizacji polskiego prawa o ubezwłasnowolnieniu
- Dekada działalności Międzynarodowego Trybunału Karnego – sukcesy i porażki międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości
- Broń autonomiczna w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego
- Ograniczenia prawa dostępu do dokumentów instytucji Unii Europejskiej na podstawie rozporządzenia 1049/2001 w sprawie publicznego dostępu do dokumentów

2 (194)
2013

WARSZAWA 2013
WYDAWNICTWO TEKST SP. Z O.O.

POLSKA AKADEMIA NAUK

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 2 (194) 2013

Wydawnictwo Tekst Sp. z o.o.

Warszawa 2013



KOMITET REDAKCYJNY:

*Andrzej Bierć, Janusz Borkowski, Jerzy Ciemniowski, Władysław Czapliński,
Lech Gardocki, Ewa Łętowska, Małgorzata Król-Bogomińska,
Maria Kruk-Jarosz, Maria Matey-Tyrowicz, Joanna Mucha, Jan Skupiński,
Tadeusz Smyczyński, Andrzej Szajkowski, Elżbieta Tomkiewicz,
Roman Wieruszewski, Andrzej Wróbel*

Redakcja:

*Andrzej Bierć – redaktor naczelny
Tadeusz Smyczyński – z-ca red. naczelnego
Joanna Mucha – sekretarz Redakcji*

**Czasopismo znajduje się na liście czasopism naukowych Ministerstwa Nauki
i Szkolnictwa Wyższego z 2012 r. z liczbą 6 punktów za publikację.**

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że dążąc do upowszechniania za granicą artykułów
ukazujących się w „Studiach Prawniczych”, uzgodniła z Redakcją czasopisma
THE CENTRAL EUROPEAN JOURNAL OF SOCIAL AND HUMANITIES (CEJSH)
internetową publikację ich angielskich streszczeń.

© Copyright 2010 by Instytut Nauk Prawnych PAN

Adres Redakcji:

Instytut Nauk Prawnych PAN
ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa
Pałac Staszica
tel. 22 826 52 31 w. 181
fax 22 826 78 53
e-mail: inp@inp.pan.pl

Publikacja dofinansowana przez Instytut Nauk Prawnych PAN
ze środków Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego

Wydawnictwo Tekst sp. z o.o.
ul. Kossaka 72, 85-307 Bydgoszcz
tel./fax 52 348 62 50
e-mail: info@tekst.com.pl
www.tekst.com.pl

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.

Nakład: 350 egz.

SPIS TREŚCI

dr Katarzyna Sękowska-Kozłowska

Poznańskie Centrum Praw Człowieka INP PAN

MIĘDZYNARODOWY MECHANIZM KONTROLNY KONWENCJI O PRAWACH OSÓB NIEPEŁNOSPRAWNYCH 7

1. Wstęp 7
2. Komitet do spraw Praw Osób Niepełnosprawnych..... 9
3. Instrumenty kontrolne..... 12
4. Uwagi końcowe 20

THE INTERNATIONAL MONITORING MECHANISM OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES 22

dr Anna Śledzińska-Simon

Uniwersytet Wrocławski

OBOWIĄZEK DOKONANIA RACJONALNYCH USPRAWNIEŃ - UWAGI NA TŁE WYROKU TSUE JETTA RING I LONE SKOUBOE WERGE (C-335/11 I C- 337/11)..... 23

1. W prowadzenie 23
2. Okoliczności sprawy..... 24
3. Rozstrzygnięcie TSUE..... 26
4. Znaczenie wyroku w sprawie *Jetta Ring*..... 29
5. Obowiązek pracodawcy wprowadzenia racjonalnych
usprawnień 32
6. Praktyka stosowania obowiązku racjonalnych usprawnień
w państwach członkowskich 34
7. Obowiązek wprowadzenia racjonalnych usprawnień wobec osób
niepełnosprawnych w USA - przykłady
dobrej praktyki 41
7. Wnioski..... 44

THE DUTY TO PROVIDE REASONABLE ACCOMMODATION - REFLECTIONS ON THE CJEU JUDGMENT IN JETTA RING AND LONE SKOUBOE WERGE (C-335/11 AND C-337/11)..... 45

dr Maciej Domański

Instytut Wymiaru Sprawiedliwości

ZAWIERANIE MAŁŻEŃSTW PRZEZ OSOBY Z NIEPEŁNOSPRAWNOŚCIĄ INTELEKTUALNĄ I PSYCHICZNĄ W PRAWIE POLSKIM A KONWENCJA ONZ O PRAWACH OSÓB NIEPEŁNOSPRAWNYCH..... 47

CONTRACTING MARRIAGE BY PERSONS WITH INTELLECTUAL AND MENTAL DISABILITIES ACCORDING TO POLISH LAW AND THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES..... 62

3. Interpretacja zasady komplementarności	136
4. Interpretacja pojęcia zbrodni przeciwko ludzkości	138
Konkluzje.....	140

FIRST DECADE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT'S

ACTIVITIES - ACHIEVEMENTS AND FAILURES OF THE INTERNATIONAL JUSTICE ..	142
--	-----

dr Agnieszka Szpak

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

BROŃ AUTONOMICZNA W ŚWIELE MIĘDZYNARODOWEGO PRAWA HUMANITARNEGO

1. Co to jest broń autonomiczna?	143
2. Wyzwania związane z użyciem broni autonomicznej - czy użycie takiej broni może być zgodne z międzynarodowym prawem humanitarnym?	157
3. Inne zagrożenia związane z użyciem broni autonomicznej	
4. Wnioski.....	158
AUTONOMOUS WEAPON IN LIGHT OF INTERNATIONAL LAW	160

dr hab. prof. INP PAN Monika Szwarc

Instytut Nauk Prawnych PAN

OGRANICZENIA PRAWA DOSTĘPU DO DOKUMENTÓW INSTYTUCJI UNII EUROPEJSKIEJ NA PODSTAWIE ROZPORZĄDZENIA 1049/2001 W SPRAWIE PUBLICZNEGO DOSTĘPU DO DOKUMENTÓW

1. Wyjątki uzasadniające odmowę udostępnienia dokumentu - uwagi ogólne.....	165
2. Wyjątki o charakterze obligatoryjnym	167
3. Wyjątki względne - wymagające wyważenia interesów	170
4. Ochrona procesu decyzyjnego (art. 4 ust. 3 rozporządzenia 1049/2001).....	185
5. Dokumenty państw członkowskich.....	188
Podsumowanie	192
EXCEPTIONS TO THE PUBLIC ACCESS TO EU INSTITUTIONS DOCUMENTS UNDER REGULATION 1049/2001	194
Informacje dla Autorów	197

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 2 (194) 2013
Warszawa 2013

Katarzyna Sękowska-Kozłowska ■

MIĘDZYNARODOWY MECHANIZM KONTROLNY KONWENCJI O PRAWACH OSÓB NIEPEŁNOSPRAWNYCH

1. Wstęp

Osoby dotknięte różnego rodzaju niepełnosprawnościami, zarówno fizycznymi, jak i intelektualnymi, stanowią ok. 10% ludności świata¹, będąc tym samym zapewne największą grupą doświadczającą dyskryminacji w korzystaniu z praw człowieka. Z tego powodu uchwalenie kompleksowego traktatu, który reguluje zakres zobowiązań państw w materii zapewnienia tym osobom wszystkich praw i wolności człowieka, stanowi istotny moment w historii rozwoju praw jednostki. Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych² została uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dn. 13 grudnia 2006 r. po kilku latach prac przygotowawczych, w których kluczową rolę odegrały, w myśl zasady, że „nic o nas bez nas”, organizacje pozarządowe reprezentujące osoby z niepełnosprawnościami³.

¹ Za: <http://www.un.org/disabilities/default.asp?id=18> (data dostępu: 13 lutego 2013 r.).

² Dalej jako „KPON” lub „Konwencja”, Dz. U. z 2012 r., poz. 1169. W artykule posługuję się polską nazwą Konwencji przyjętą w Dzienniku Ustaw, należy jednak zauważyć, że bardziej adekwatnym tłumaczeniem byłoby przyjęcie nazwy „Konwencja o prawach osób z niepełnosprawnościami”, por. m.in. uwagi Polskiego Stowarzyszenia na Rzecz Osób z Upośledzeniem Umysłowym, <http://www.psouu.org.pl/aktualnosci/stanowisko-psouu-w-sprawie-analiz-zgodnosci-ustawodawstwa-polskiego-z-postanowieniami> (data dostępu: 13 lutego 2013 r.).

³ Szerzej na temat genezy Konwencji i jej głównych założeń m.in.: R. Kayess,

Jednym z najważniejszych zagadnień podejmowanych w trakcie dyskusji nad tekstem KPON był kształt i charakter jej mechanizmu kontrolnego. Ponieważ Konwencja jest kolejnym z serii traktatów dotyczących ochrony praw człowieka uchwalonych na przestrzeni ostatnich kilkudziesięciu lat w ramach systemu ONZ, w sposób naturalny prace te uwzględniały doświadczenia i dorobek funkcjonujących organów. W związku z toczącą się aktualnie debatą na temat reformy ONZ-owskiego systemu ochrony praw człowieka i podejmowanymi próbami jego usprawnienia⁴, część wysuwanych propozycji zakładała odejście od dotychczasowego modelu kontrolnego funkcjonującego w ramach systemu uniwersalnego na rzecz alternatywnych rozwiązań, takich jak np. powierzenie uprawnień kontrolnych już istniejącym organom lub np. powołanie specjalnego Ombudsmána⁵. Efekt finalny powiela jednak w przeważającej mierze model funkcjonujący dotychczas w odniesieniu do pozostałych traktatów. Zgodnie z art. 34 KPON kompetencja do monitorowania jej przestrzegania przez państwa-strony została powierzona Komitetowi do spraw Praw Osób Niepełnosprawnych⁶, który został utworzony na wzór istniejących organów traktatowych⁷. Nie udało się zatem, wbrew oczekiwaniom wielu uczestników procesu negocjacyjnego, powołać nowatorskiego mechanizmu kontrolnego, który mógłby stanowić „poligon doświadczalny” dla potencjalnych reform wdrożonych w ramach całego systemu ONZ⁸. Tym niemniej, niektóre z przyjętych rozwiązań, zarówno w odniesieniu do ustroju, jak i mandatu Komitetu KPON, mają charakter pionierski. Można upatrywać dwojakich przyczyn dla wprowadzenia tych innowacji. Zastosowanie części z nich wypływa z doświadczeń związanych z funk-

P. French, *Out of Darkness into Light? Introducing the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, „Human Rights Law Review” 2008, nr 1; R. McCallum, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Some Reflections*, „Sydney Law School Legal Studies Research Paper” 2010, nr 10/30; M. A. Stein, J. E. Lord, *Future Prospects for the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, „William & Mary Law School Legal Studies Research Paper Series” 2010, nr 1.

⁴ Szczegółowe informacje na temat procesu wzmocniania organów traktatowych dostępne są na stronie: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/HRTD/index.htm> (data dostępu: 13 lutego 2013 r.).

⁵ M. A. Stein, *Monitoring the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Innovations, Lost Opportunities, and Future Potential*, „William & Mary Law School Legal Studies Research Paper Series” 2010, nr 9–24.

⁶ Dalej jako „Komitet” lub „Komitet KPON”.

⁷ Są to: Komitet Praw Człowieka, Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, Komitet do spraw Likwidacji Dyskryminacji Rasowej, Komitet do spraw Likwidacji Dyskryminacji Kobiet, Komitet przeciwko Torturom, Komitet Praw Dziecka, Komitet do spraw Pracowników Migrujących. Niemalże równolegle z Komitetem KPON został powołany Komitet do spraw Wymuszonych Zaginięć.

⁸ M. A. Stein, op. cit., s. 4.

cjonowaniem całego systemu traktatowego, stanowiąc próbę zwiększenia skuteczności dotychczasowych procedur. Niektóre z regulacji mają natomiast ścisły związek z tematyką Konwencji i specyficznymi potrzebami jej beneficjentów. Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie najważniejszych założeń mechanizmu kontrolnego Konwencji KPON ze szczególnym uwzględnieniem nowych elementów wprowadzonych do ONZ-owskiego systemu kontroli przestrzegania praw człowieka. Jak zostanie wykazane, choć Komitet KPON działa w ramach ścieżek wytyczonych przez starsze stażem organy traktatowe, co w pewnym sensie ułatwia głównym aktorom, w szczególności państwom, udział w procedurach kontrolnych, w pewnych aspektach wnosi „nową jakość” do systemu ochrony praw człowieka w ramach ONZ.

2. Komitet do spraw Praw Osób Niepełnosprawnych

Zgodnie z art. 34 Konwencji organem powołanym do monitorowania jej przestrzegania przez państwa-strony jest Komitet do spraw Praw Osób Niepełnosprawnych. Podobnie jak w przypadku większości pozostałych organów traktatowych, Komitet ten tworzy 18⁹ niezależnych ekspertów, którzy powinni posiadać wysokie kwalifikacje moralne oraz doświadczenie w dziedzinie objętej zakresem Konwencji. Członkowie Komitetu są wybierani przez konferencję państw-stron KPON spośród kandydatów przedstawionych przez państwa. Podobnie jak w przypadku pozostałych komitetów, skład Komitetu KPON powinien być zbalansowany pod względem reprezentacji grup geograficznej, różnych form cywilizacji i głównych systemów prawnych. Nowym elementem jest natomiast wymóg zapewnienia równej reprezentacji obu płci spośród członków Komitetu. Jak dotąd zasada ta nie została wyrażona *explicite* w żadnym z traktatów konstytuujących organy traktatowe¹⁰, postulat równego udziału kobiet i mężczyzn w komitetach jest natomiast od wielu lat przedstawiany podczas dorocznych spotkań przewodniczących komitetów i spotkań międzykomitetowych¹¹, co niekoniecznie

⁹ Zgodnie z powołanym artykułem, w chwili wejścia w życie Konwencji Komitet składał się z 12 członków. Liczba ta została powiększona do 18 osób po uzyskaniu dodatkowych 60 ratyfikacji przez Konwencję.

¹⁰ Znalazła się natomiast również w uchwalonej krótko po KPON Konwencji o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami z dn. 20 grudnia 2006 r. (art. 26 ust. 1).

¹¹ Zob. np. *Effective implementation of international instruments on human rights, including reporting obligations under international instruments on human rights*, Sprawozdanie z 21 spotkania przewodniczących komitetów z dn. 2–3 lipca 2009 r., A/64/276, pkt 14.

oznacza, że jest on realizowany w praktyce¹². Kluczowe znaczenie ma również wymóg, by w składzie Komitetu zasiadali eksperci będący osobami z niepełnosprawnościami¹³. Jego realizacji służą postanowienia art. 34 ust. 3 w zw. z art. 4 ust. 3 KPON, w świetle których państwa są zobowiązane konsultować zgłaszane kandydatury z organizacjami reprezentującymi osoby z niepełnosprawnościami. Warto podkreślić znaczenie tego artykułu, bowiem po raz pierwszy przepisy traktatu zobowiązują państwa by proces wyboru kandydata do organu traktatowego miał charakter transparentny i odbywał się przy udziale organizacji pozarządowych. Ma on szansę zapewnić udział w Komitecie zarówno osób posiadających odpowiednie doświadczenie i kompetencje, jak i spełniających kryterium niezależności.

Podobnie jak członkowie pozostałych organów traktatowych, członkowie Komitetu wybierani są na 4-letnią kadencję. Nowością w systemie ONZ-owskim jest natomiast wprowadzenie limitu jednej reelekcji (art. 34 ust. 7 KPON). Rozwiązanie takie należy ocenić pozytywnie, gdyż służy ono zapobieganiu monopolizacji organu przez wieloletnich członków, tak jak to miało miejsce w przypadku innych komitetów, w których niektórzy eksperci zasiadali nieprzerwanie przez kilka lub więcej kadencji.

W omawianej Konwencji, w przeciwieństwie do pozostałych traktatów, zawarto artykuł regulujący szczegółowo relacje Komitetu z innymi organami funkcjonującymi w ramach ONZ¹⁴. Na mocy art. 38 KPON Komitet otrzymał mandat do prowadzenia konsultacji z organizacjami wyspecjalizowanymi ONZ i zwracania się do nich o przedłożenie sprawozdań w obszarach należących do zakresu ich działania. Warto zwrócić szczególną uwagę na postanowienia art. 38b), który odnosi się do współpracy z pozostałymi organami traktatowymi.

¹² W 2012 r. wśród członków 10 komitetów znajdowało się 107 mężczyzn i 65 kobiet, przy czym należy zauważyć, że 1/3 kobiet spośród tej liczby to członkinie tylko jednego organu – Komitetu do spraw Likwidacji Dyskryminacji Kobiet, w którym tradycyjnie zasiadają niemalże same kobiety, dane za: N. Pillay, *Strengthening the United Nations human rights treaty body system. A report by the United Nations High Commissioner for human rights*, 2012, s. 76, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/HRTD/index.htm> (data dostępu: 15 lutego 2013 r.).

¹³ W pierwszym składzie Komitetu KPON wśród 12 członków znalazło się 8 osób z niepełnosprawnościami, za: R. McCallum, op. cit., s. 13.

¹⁴ Postanowienia dotyczące relacji z innymi organami funkcjonującymi w ramach ONZ zawarto także w innych traktatach, dotyczyły one jednak przede wszystkim uczestnictwa organizacji wyspecjalizowanych ONZ w procedurze badania sprawozdań państw, zob. np. art. 22 Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet. Szersze postanowienia na temat współpracy w ramach systemu ONZ zawiera natomiast także Konwencja o ochronie wszystkich osób przed wymuszonymi zaginięciami (art. 28).

Po raz pierwszy współpraca komitetów, prowadzona *de facto* od wielu lat, zarówno między poszczególnymi organami, jak i na forum ogólnym, m.in. podczas spotkań przewodniczących komitetów i spotkań międzykomitetowych, zyskała rangę traktatową. Tym samym Komitet nie tylko uzyskał możliwość, ale i został zobowiązany do podjęcia takiej współpracy w celu zapewnienia spójności i uniknięcia dublowania działalności organów, co jest jednym z głównych postulatów trwającego procesu wzmacniania instytucjonalnej ochrony praw człowieka w ramach ONZ. Wydaje się, że artykuł ten może też dawać prawne umocowanie do uchwalania wspólnych komentarzy/zaleceń ogólnych z innymi komitetami¹⁵. Materia będąca przedmiotem Konwencji zająłaby się właściwie z wszystkimi pozostałymi traktatami ONZ z dziedziny praw człowieka, dlatego prowadzenie takiej współpracy przez Komitet jest bardzo istotne.

Konwencja KPON zawiera także postanowienia dotyczące współpracy Komitetu z państwami-stronami (art. 37). Nowym elementem jest ustanowienie cyklicznych konferencji państw-stron (art. 40). W odniesieniu do pozostałych organów traktatowych praktykowane są spotkania państw-stron, jednak zazwyczaj ich jedynym celem jest przeprowadzenie wyborów nowych członków organu lub ew. uchwalenie poprawki do traktatu. Konferencja państw-stron ma natomiast służyć „rozpatrzeniu każdej sprawy związanej z wdrażaniem niniejszej Konwencji”¹⁶, będąc zgodnie z intencją jej twórców forum dla dyskusji dotyczącej realizacji postanowień KPON, toczonej w szerokim gronie zarówno państw, jak i innych aktorów, takich jak NGOs czy agendy wyspecjalizowane ONZ¹⁷.

Podobnie jak pozostałe organy traktatowe, Komitet KPON pracuje w trybie sesyjnym, zbierając się na dwie sesje rocznie w siedzibie ONZ w Genewie. Obsługę Komitetu zapewnia Biuro Wysokiego Komisarza ONZ ds. Praw Człowieka. Szczegółowy tryb prac Komitetu określa uchwalony przez niego na mocy art. 34 ust. 10 KPON Regulamin Komitetu¹⁸. Zawiera on m.in. nowatorskie uregulowa-

¹⁵ Uchwalanie wspólnych komentarzy/zaleceń ogólnych może być niewątpliwie skutecznym instrumentem kształtowania spójnego standardu ochrony praw człowieka w ramach systemu traktatowego ONZ, wywołuje natomiast wątpliwości natury formalnej, czy komitety posiadają mandat do podejmowania tego typu wspólnych uchwał. Obecnie trwają prace nad pierwszymi wspólnymi zaleceniami ogólnymi tworzonymi przez Komitet Praw Dziecka i Komitet ds. Likwidacji Dyskryminacji Kobiet dotyczącymi krzywdzących praktyk stosowanych zwłaszcza wobec kobiet i dziewczynek, takich jak obrzezanie narządów płciowych czy małżeństwa przymusowe, <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/JointCEDAW-CRC-GeneralRecommendation.htm> (data dostępu: 15 lutego 2013 r.).

¹⁶ Art. 40 ust. 1 Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych.

¹⁷ M. A. Stein, op. cit., s. 10.

¹⁸ Rules of Procedure of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities z dn. 13 sierpnia 2010 r., CRPD/C/4/2.

nia mające na celu umożliwienie członkom Komitetu z niepełnosprawnościami pełne i równe uczestnictwo w obradach Komitetu. Tym samym Regulamin dopuszcza możliwość posługiwania się przez członków Komitetu alternatywnymi formami komunikacji takimi jak m.in. język migowy czy przy użyciu alfabetu Braille'a¹⁹, a także uczestniczenia w sesji osób asystujących ekspertom²⁰.

3. Instrumenty kontrolne

3.1. Procedura rozpatrywania sprawozdań państw-stron

Głównym instrumentem kontrolnym, którym dysponuje Komitet KPON, jest kompetencja do rozpatrywania sprawozdań państw-stron, w których przedstawiają one środki podjęte w celu realizacji zobowiązań nałożonych przez Konwencję (art. 35 KPON). System raportowania leży u podstaw całego systemu traktatowego ONZ, będąc tym samym jednym z najważniejszych wyzwań dla procesu jego reformy. Regulacje zawarte w KPON, a także w Regulaminie Komitetu oraz wytycznych adresowanych do państw²¹ nie odbiegają zasadniczo od procedur przyjętych w odniesieniu do pozostałych komitetów, opierając się zarazem na wieloletniej praktyce tych organów. Zgodnie z art. 35 KPON, w ciągu 2 lat od wejścia w życie Konwencji w stosunku do danego państwa, ma ono obowiązek przedłożyć sprawozdanie wstępne. Jest to bardzo istotny dokument, jego celem jest bowiem precyzyjne nakreślenie ram implementacji Konwencji, tak by kolejne sprawozdania okresowe składane z reguły co 4 lata nie powielaly wcześniejszych informacji, lecz informowały o zmianach, które zaszły w danym okresie sprawozdawczym. Wytyczne sformułowane przez Komitet zawierają szczegółowe wskazania dotyczące długości i treści sprawozdań, co z jednej strony ma ułatwić państwom wypełnianie obowiązku sprawozdawczego, a z drugiej uchronić Komitet przed zalewem zbyt długich raportów lub o nieadekwatnej treści.

Kluczowym momentem całego procesu jest posiedzenie Komitetu, na którym rozpatruje on przedłożone sprawozdanie w obecności delegacji państwa-strony. Celem tzw. konstruktywnego dialogu prowadzonego przez Komitet z przedstawicielami państwa jest zdiagnozowanie najważniejszych problemów i przeszkód w realizacji Konwencji. Ustalenia te wraz z rekomendacjami są pub-

¹⁹ Art. 7 ust. 1, art. 24, art. 25 Regulaminu Komitetu. Zobacz również definicję „komunikacji” zawartą w art. 2 KPON.

²⁰ Art. 7 ust. 2 Regulaminu Komitetu.

²¹ Guidelines on treaty-specific document to be submitted by states parties under article 35, paragraph 1, of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities z dn. 18 listopada 2009 r., CRPD/C/2/3.

likowane w uchwale Komitetu wieńczącej cały proces – tzw. uwagach końcowych (ang. *concluding observations*). KPON dopuszcza także możliwość podjęcia badania wdrożenia Konwencji w sytuacji, gdy Komitet nie otrzymał sprawozdania od państwa (art. 36 ust. 2). Środek ten, mający charakter *ultima ratio* jest elementem praktyki innych komitetów, po raz pierwszy został natomiast ukonstytuowany przez przepisy traktatu.

Istotną innowacją wprowadzoną przez Konwencję jest zobowiązanie państw do wdrożenia transparentnej i otwartej procedury przygotowywania sprawozdań i do włączenia do tego procesu przedstawicieli osób z niepełnościami (art. 35 ust. 4 w zw. z art. 4 ust. 3 KPON). Po raz pierwszy bowiem traktat ONZ z dziedziny praw człowieka *explicite* odnosi się do roli trzeciego sektora w procesie kontrolnym, co w przypadku przedmiotu Konwencji ma szczególne znaczenie, służąc włączeniu jej beneficjentów w dotyczące ich procesy decyzyjne.

3.2. Procedura rozpatrywania skarg indywidualnych

Komitet KPON, podobnie jak większość pozostałych organów traktatowych²², posiada kompetencję do rozpatrywania skarg indywidualnych²³. Mechanizm ten został ustanowiony na mocy Protokołu fakultatywnego do Konwencji KPON²⁴ uchwalonego równolegle z Konwencją²⁵. Włączenie tego mechanizmu kontrolnego do osobnej umowy międzynarodowej, podobnie jak np. w przypadku skargi indywidualnej do Komitetu Praw Człowieka, było wynikiem kompromisu między zwolennikami i przeciwnikami wzmocnienia uprawnień kontrol-

²² Są to: Komitet Praw Człowieka, Komitet do spraw Likwidacji Dyskryminacji Rasowej, Komitet przeciwko Torturom, Komitet do spraw Likwidacji Dyskryminacji Kobiet, Komitet do spraw Wymuszonych Zaginięć oraz Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych. Po wejściu w życie odpowiednich regulacji, kompetencję taką uzyskają również: Komitet Praw Dziecka oraz Komitet do spraw Pracowników Migrujących.

²³ Podobnie jak pozostałe procedury skargowe do organów traktatowych, Protokół fakultatywny do Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych udziela Komitetowi KPON kompetencji do rozpatrywania „zawiadomień” (ang. *communications*). Z uwagi na typowo skargowy charakter tej instytucji, w artykule posłużono się jednak terminem „skarga”.

²⁴ Dalej: Protokół fakultatywny lub PF KPON.

²⁵ Protokół Fakultatywny do Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych z dn. 13 grudnia 2006 r., A/61/611. Tłumaczenie Protokołu fakultatywnego na j. polski jest dostępne na stronie Biura Pełnomocnika Rządu ds. Osób Niepełnosprawnych, <http://www.niepelnosprawni.gov.pl/dokumenty-miedzynarodowe-/dokumenty-organizacji-narodow-zj/protokol-fakultatywny-do-konwenc/> (data dostępu: 15 lutego 2013 r.).

nych Komitetu²⁶. Na istnienie takiego podziału wskazują dane ratyfikacyjne: spośród 134 państw-stron Konwencji KPON, Protokół fakultatywny ratyfikowało jak dotąd 78 państw²⁷. Do grona blisko połowy państw-stron Konwencji, które nie przystąpiły do Protokołu należy Polska. Zdaniem rządu polskiego postanowienia Protokołu dotyczące procedury rozpatrywania skarg są niepełne i zbyt ogólne, co sprawia, że ostateczny kształt procedury nie jest jeszcze faktycznie znany²⁸. Ze stanowiskiem tym nie można się zgodzić, bowiem uregulowania zawarte w Protokole, jak i w Regulaminie Komitetu, stanowią w dużej mierze powielenie przepisów traktatów regulujących instytucję skargi indywidualnej do pozostałych komitetów ONZ, których Polska jest stroną od lat²⁹. Najważniejsze założenia Protokołu zostaną omówione poniżej.

3.2.1. Forma skargi

Co do zasady, tak jak i w przypadku pozostałych procedur skargowych, skarga do Komitetu KPON powinna zostać złożona na piśmie w jednym z języków roboczych sekretariatu, do których należą: j. angielski, j. francuski, j. rosyjski i j. hiszpański³⁰. Regulamin Komitetu zawiera nowatorskie uregulowania dopuszczające złożenie skargi także przy wykorzystaniu alternatywnych form komunikacji, np. w postaci skargi zapisanej alfabetem Braille'a czy utrwalonej przy użyciu technik multimedialnych³¹. Zgodnie z art. 2 PF KPON skarga nie może być anonimowa, natomiast na wniosek skarżącego, państwa-strony lub z urzędu Komitet może podjąć decyzję o anonimizacji skargi (art. 76 Regulaminu Komitetu).

²⁶ R. Kayess, P. French, op. cit., s. 19.

²⁷ Dane z dn. 11 września 2013 r., za:

http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15-a&chapter=4&lang=en

²⁸ Zob. odpowiedź K. Szczerskiego, przedstawiciela MSZ z dn. 30.04.2007 r. na interpelację nr 7586 K. Karskiego z dn. 24.03.2007, <http://orka2.sejm.gov.pl/IZ5.nsf/INTop/07586?OpenDocument> (data dostępu: 15 lutego 2013 r.).

²⁹ Polska uznała właściwość do rozpatrywania skarg indywidualnych do Komitetu Praw Człowieka, Komitetu do spraw Likwidacji Dyskryminacji Rasowej, Komitetu przeciwko Torturom oraz Komitetu do spraw Likwidacji Dyskryminacji Kobiet.

³⁰ Należy zauważyć, że przepisy Protokołu fakultatywnego nie zawierają żadnych postanowień dotyczących języka, w którym można wnieść skargę, dlatego należy uznać, że skarżącym przysługuje prawo do wniesienia skargi w każdym z języków państw-stron tego traktatu. W praktyce jednakże możliwość wniesienia skargi jest ograniczona do języków roboczych Komitetu, zob. Fact sheet on the procedure for submitting communications to the Committee on the Rights of Persons with Disabilities under the Optional Protocol to the Convention, CRPD/C/5/2/Rev.1, <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/OptionalProtocolRightsPersonsWithDisabilities.aspx>

³¹ Art. 55 ust. 3 Regulaminu Komitetu w zw. z art. 24 Regulaminu Komitetu.

3.2.2. Kryteria dopuszczalności skargi

Zgodnie z art. 1 ust. 1 PF KPON podmiotami uprawnionymi do wnoszenia skarg do Komitetu są jednostki lub grupy jednostek podległe jurysdykcji państwa-strony. Przepisy Protokołu fakultatywnego są zatem w tej materii zbieżne z regulacjami dotyczącymi pozostałych organów traktatowych³². Istotną innowację, mającą na celu zwiększenie dostępności instytucji skargi indywidualnej dla beneficjentów Konwencji, zawiera natomiast art. 68 ust. 2 Regulaminu Komitetu, zgodnie z którym Komitet, podejmując decyzję o dopuszczalności skargi, powinien zastosować kryteria zawarte w art. 12 KPON³³, uznając tym samym zdolność do czynności prawnych ofiary (lub autora skargi wnoszącego skargę w imieniu osoby trzeciej) niezależnie od tego, czy osoba taka posiada zdolność do czynności prawnych w świetle prawa pozwanego państwa.

Omawiając kryterium dopuszczalności *ratione personae*, należy się zastanowić, czy sformułowanie „grupy jednostek” (ang. *groups of individuals*) można interpretować jako odnoszące się do osób prawnych, w tym do organizacji pozarządowych? Nie można zgodzić się z jednoznacznym twierdzeniem rządu polskiego, że Protokół fakultatywny przyznaje takie uprawnienia tego typu podmiotom³⁴. Jak pokazuje praktyka pozostałych organów traktatowych, problem jest bardziej złożony. Uczestnictwo osób prawnych, takich jak NGOs, w procedurze skargowej jest akceptowane przez komitety, jednak przede wszystkim w formie pełnomocnika ofiary. Decydujące znaczenie dla dopuszczenia organizacji do udziału w postępowaniu ma przedstawienie zgody ofiary. Bardziej złożonym przypadkiem jest sytuacja, w której przedstawienie takiej zgody jest niemożliwe, np. ze względu na śmierć ofiary, jej stan zdrowia czy ograniczenie wolności. O ile komitety z reguły za bezdyskusyjną uznają w takim

³² Legitymacji do wniesienia skargi „jednostkom lub grupom jednostek” udzielają art. 14 Międzynarodowej konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej oraz art. 2 Protokołu fakultatywnego do Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet, natomiast art. 1 Protokołu fakultatywnego do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych oraz art. 22 Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz wszelkich form niehumanitarnego i poniżającego traktowania odnoszą się jedynie do skarg wnoszonych przez „jednostki”.

³³ Należy zauważyć, że w polskim tekście KPON błędnie przetłumaczono zawarty w art. 12 ust. 2 termin „*legal capacity*” jako „zdolność prawną” zamiast „zdolność do czynności prawnych”, por. m.in. uwagi Polskiego Stowarzyszenia na Rzecz Osób z Upośledzeniem Umysłowym, <http://www.psouu.org.pl/aktualnosci/stanowisko-psouu-w-sprawie-analiz-zgodnosci-ustawodawstwa-polskiego-z-postanowieniami-ko> (data dostępu: 13 lutego 2013 r.).

³⁴ Zob. odpowiedź K. Szczerskiego, przedstawiciela MSZ z dn. 30.04.2007 r. na interpelację nr 7586 K. Karskiego z dn. 24.03.2007, <http://orka2.sejm.gov.pl/IZ5.nsf/INTop/07586?OpenDocument> (data dostępu: 15 lutego 2013 r.).

przypadku legitymację członków rodziny ofiary³⁵, o tyle od osoby prawnej wymaga się udowodnienia istnienia osobistej więzi z ofiarą, co jak pokazuje orzecznictwo Komitetu Praw Człowieka, stwarza spore trudności dowodowe³⁶. Kwestia ta jest szczególnie istotna w przypadku osób z niepełnosprawnościami, które nie są w stanie wnieść skargi samodzielnie i nie posiadają członków rodziny, którzy mogliby złożyć zawiadomienie w ich imieniu. W takim przypadku organizacja pozarządowa może być w praktyce jedynym rzecznikiem takich osób, w szczególności jeśli przebywają one w zakładach zamkniętych, np. w szpitalach psychiatrycznych³⁷. Należy oczekiwać, że w takim przypadku interpretacja zastosowana przez Komitet KPON powinna być mniej restrykcyjna niż stanowisko pozostałych organów traktatowych.

Innym wariantem uczestnictwa organizacji pozarządowych jest wnieślenie skargi we własnym imieniu na naruszenie praw zawartych w traktacie. Praktyka Komitetu ds. Likwidacji Dyskryminacji Rasowej wskazuje na ewolucję stanowiska w tej materii skutkującą uznaniem *locus standi* organizacji pozarządowych w postępowaniu przed tym organem pod warunkiem, że były w stanie wykazać, iż z racji podejmowanej działalności i reprezentowanych osób można je było uznać za ofiarę naruszeń, a zatem skarga nie miała charakteru *actio popularis*³⁸. Także przepisy PF KPON nie wskazują na dopuszczalność *actio popularis*, tak więc organizacja wnosząca skargę indywidualną musi być w stanie

³⁵ Zob. np. *Lopez p. Urugwajowi*, decyzja Komitetu Praw Człowieka z dn. 29 lipca 1981 r., skarga nr 52/1979.

³⁶ *Humanitarian Law Center p. Serbii*, decyzja Komitetu Praw Człowieka z dn. 26 marca 2007 r., skarga nr 1355/2005.

³⁷ Na problem ten zwraca uwagę C. Cojocariu, odwołując się do przykładu rumuńskiego szpitala psychiatrycznego w Poiana Mare. W szpitalu tym w latach 2002–2004 zmarło 183 pacjentów. W ustaleń dokonanych w śledztwie krajowym wynika, że wszystkie zgony nastąpiły „z przyczyn naturalnych”, jednak w opinii organizacji pozarządowych zajmujących się prawami człowieka były one wynikiem bardzo złych warunków życiowych, niedożywienia pacjentów, nieadekwatnej opieki i sposobu traktowania przez personel. Jak wskazuje C. Cojocariu, w większości osoby takie nie posiadały krewnych, którzy mogliby wnieść skargę w ich imieniu. W związku z tym w przypadku dwóch pacjentów, organizacja Centre for Legal Resources wniosła skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (*Campeanu p. Rumunii*, skarga nr 47848/08 i *Malacu p. Rumunii*, skarga nr 55093/09), które obecnie oczekują na rozstrzygnięcie o dopuszczalności, szerzej: C. Cojocariu, *Handicapping Rules: the Overly Restrictive Application of Admissibility Criteria by the European Court of Human Rights to Complaints Concerning Disabled People*, „European Human Rights Law Review” 2011, nr 6.

³⁸ Zob. w szczególności *Jewish Community of Oslo i inni p. Norwegii*, decyzja Komitetu ds. Likwidacji Dyskryminacji Rasowej z dn. 15 sierpnia 2005 r., skarga nr 30/2003; *Zentralrat Deutscher Sinti und Roma i inni p. Niemcom*, decyzja Komitetu ds. Likwidacji Dyskryminacji Rasowej z dn. 22 lutego 2008 r., skarga nr 38/2006.

wskazać ofiarę zarzucanego naruszenia i uwiarygodnić mandat do jej reprezentowania lub wykazać, że sama może zostać uznana za ofiarę naruszenia przepisów KPON.

Jeśli chodzi o legitymację bierną, to podobnie jak w przypadku skarg do pozostałych organów traktatowych, pozwane państwo-strona musi uznać kompetencję Komitetu do rozpatrywania skarg indywidualnych, a zatem w tym przypadku przystąpić do PF KPON.

Do kwestii dopuszczalności skargi *ratione materiae* odnosi się art. 1 ust. 1 Protokołu fakultatywnego, zgodnie z którym skargę może wnieść osoba, która twierdzi, że jest ofiarą naruszeń przez państwo-stronę „postanowień Konwencji” (ang. *provisions of the Convention*). Zakres przedmiotowy prawa do skargi na naruszenie KPON jest jednym z problemów wywołujących największe obiekcje wśród państw, w tym również Polski³⁹, w związku z szerokim katalogiem praw ujętych w KPON, który zawiera również prawa gospodarcze, społeczne i kulturalne. To właśnie możliwość zaskarżenia naruszeń tych praw stanowi najbardziej kontrowersyjną kwestię, nie tylko na gruncie omawianej Konwencji, ale w odniesieniu do całej koncepcji praw człowieka jako takiej⁴⁰. Choć dyspozycja zawarta w PF KPON została wyrażona w sposób mniej precyzyjny niż np. w Protokole fakultatywnym do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych czy Protokołu fakultatywnego do Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet⁴¹, podobnie jak pozostałe ONZ-owskie traktaty dotyczące ochrony praw człowieka, PF KPON odnosi się do postanowień całego traktatu, nie ograniczając w żaden sposób zakresu praw, które mogą być przedmiotem skargi. Część postanowień Konwencji ma natomiast niewątpliwie akcesoryjny charakter, co oznacza, że nie formułują samodzielnego prawa i mogą być przedmiotem skargi jedynie w powiązaniu z innymi artykułami KPON⁴².

³⁹ Zob. odpowiedź K. Szczerskiego, przedstawiciela MSZ z dn. 30.04.2007 r. na interpelację nr 7586 K. Karskiego z dn. 24.03.2007, <http://orka2.sejm.gov.pl/IZ5.nsf/INTop/07586?OpenDocument> (data dostępu: 15 lutego 2013 r.).

⁴⁰ Warto przypomnieć, że w 2008 r. uchwalono Protokół Fakultatywny do Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych, który ustanawia instytucję skargi indywidualnej do Komitetu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych. Możliwość dochodzenia naruszeń praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych jest kwestionowana przez szereg państw, w tym Polskę, por. J. Maciejewska, *Międzynarodowy „rozwój” społecznych praw człowieka – stanowisko polskie*, [w:] *Prawa człowieka w polskiej polityce zagranicznej*, [w:] A. Bieńczyk-Missala, R. Kuźniar (red.), Warszawa 2007.

⁴¹ Formułują one prawo do wniesienia skargi na „naruszenie któregośkolwiek z praw” zawartych w traktacie.

⁴² Tak Komitet KPON w odniesieniu do art. 1 i 2 KPON w decyzji w sprawie *H. M p. Szwecji*, decyzja z dn. 19 kwietnia 2012 r., skarga nr 3/2011.

W art. 2 PF KPON sformułowano pozostałe warunki dopuszczalności skargi, które powielają kryteria przyjęte w większości regulacji funkcjonujących w ramach systemu traktatowego ONZ. Artykuł ten stwierdza, że za niedopuszczalne zostanie uznane zawiadomienie, które stanowi nadużycie prawa do skargi lub jest niezgodne z postanowieniami Konwencji. Formułuje on także zakaz *ne bis in idem* uniemożliwiający rozpatrzenie co do istoty sprawy, która była już badana przez Komitet lub która była lub jest badana przez inny międzynarodowy organ kontrolny. Artykuł 2 umożliwia także Komitetowi odrzucenie skargi, która jest w sposób oczywisty bezpodstawna lub niewystarczająco uzasadniona. Ustanawia on także wymóg wyczerpania krajowych środków ochrony prawnej, chyba że nastąpiła nieuzasadniona zwłoka w ich stosowaniu lub jest mało prawdopodobnym, że ich zastosowanie przyniesie skuteczną pomoc. Artykuł 2 formułuje ponadto przesłankę *ratione temporis*, stanowiąc, że przedmiotem skargi nie mogą być fakty mające miejsce przed wejściem w życie Protokołu w stosunku do pozwanego państwa-strony, chyba że fakty te trwały po tej dacie.

3.2.3. Kwestie proceduralne

Procedura rozpatrywania skarg indywidualnych przez Komitet KPON nie odbiega od postępowań skargowych przed pozostałymi organami traktatowymi. Szczegółowe regulacje w tym zakresie zostały zawarte w Protokole fakultatywnym oraz w Rozdziale XIV Regulaminu Komitetu. Całe postępowanie ma charakter pisemny – Komitet wydaje decyzję na posiedzeniu zamkniętym na podstawie informacji przedłożonych przez strony. Protokół fakultatywny nie zawiera postanowień zezwalających na interwencję strony trzeciej, np. organizacji pozarządowej, poprzez złożenie tzw. *amicus curiae*, co mogłoby stanowić znaczący wkład w rozwój systemu i rozwinięcie przepisów KPON dotyczących roli organizacji pozarządowych w procesie kontroli wdrażania Konwencji⁴³. Istotne znaczenie ma art. 4 PF KPON, który udziela Komitetowi kompetencji do zwrócenia się do państwa o zastosowanie środków tymczasowych w celu zapobieżenia nieodwracalnej szkodzi poniesionej przez ofiarę zarzucanych naruszeń. Efektem finalnym postępowania jest wydanie przez Komitet decyzji określanej zgodnie z nomenklaturą przyjętą w ramach systemu traktatowego jako „poglądy” (ang. *views*). Podobnie jak w przypadku decyzji pozostałych komitetów, uchwały te nie mają charakteru prawnie wiążącego, należy jednak przychylić się do tezy, że państwo, przystępując do traktatu, wyraża tym samym wolę poddania się

⁴³ Postulat taki jest wysuwany przez organizacje pozarządowe, zob. *NGO Statement: Strengthening the Treaty Body Individual Communications Procedures*, dokument dostępny na stronie <http://www2.ohchr.org/english/bodies/HRTD/index.htm> (data dostępu: 22 lutego 2013 r.).

wszelkim wynikającym z tego konsekwencjom, a więc także wolę realizacji decyzji organu kontrolnego⁴⁴. Jak pokazują zalecenia zawarte w jedynej jak dotąd decyzji Komitetu rozpatrzonej co do istoty⁴⁵, podąża on za praktyką pozostałych organów traktatowych, w szczególności Komitetu ds. Likwidacji Dyskryminacji Kobiet⁴⁶ i wystosowuje rekomendacje dwojakiego typu: dotyczące bezpośrednio ofiary, np. poprzez zalecenie ponownego rozpoznania sprawy czy wypłaty adekwatnego zadośćuczynienia, jak i o charakterze generalnym, mające charakter prewencyjny. Także zawarte w art. 75 Regulaminu Komitetu szczegółowe uregulowania w kwestii procedury pokontrolnej (ang. *follow-up*) korzystają z doświadczeń pozostałych organów. Procedura *follow-up* polega na wyznaczeniu spośród członków Komitetu sprawozdawcy lub grupy roboczej, która ocenia udzielone przez państwo informacje dotyczące realizacji zaleceń zawartych w decyzji. Nowością jest natomiast możliwość odbycia w tej sprawie za zgodą państwa wizytacji na jego terytorium.

3.2. Procedura dochodzenia

Artykuł 6 Protokołu fakultatywnego przyznaje Komitetowi kompetencję do przeprowadzenia dochodzenia w przypadku otrzymania informacji o poważnych lub systematycznych naruszeniach przez państwo praw zawartych w Konwencji. Instytucja dochodzenia nie jest nowa w systemie ONZ-owskim – takim narzędziem kontrolnym dysponują Komitet przeciwko Torturom i Komitet ds. Likwidacji Dyskryminacji Kobiet i to na regulacjach dotyczących funkcjonowania tych komitetów oparte są odpowiednie postanowienia PF KPON i Regulaminu Komitetu. Tak samo jak w przypadku dwóch ww. komitetów, PF KPON (art. 8) ustanawia klauzulę *opt-out* umożliwiającą państwu przystępującemu do Protokołu złożenie oświadczenia, że nie uznaje tej kompetencji Komitetu⁴⁷.

⁴⁴ Por. R. Wieruszewski, *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 754.

⁴⁵ H. M. p. Szwecji, decyzja z dn. 19 kwietnia 2012 r., skarga nr 3/2011. Skarga została wniesiona przez kobietę cierpiącą na poważne schorzenie stawów, której z uwagi na założenia planu zagospodarowania przestrzennego nie udzielono zgody na wybudowanie na jej posesji służącego do rehabilitacji basenu do hydroterapii. Druga ze skarg rozpatrzonych dotychczas przez Komitet została uznana za niedopuszczalną *ratione temporis*, *McAlpine p. Zjednoczonemu Królestwu*, decyzja z dn. 28 września 2012 r., skarga nr 6/2011.

⁴⁶ Szerzej: K. Sękowska-Kozłowska, *Ewolucja funkcji orzecznictwa organów traktatowych ONZ w dziedzinie praw*, [w:] *Prawo wobec wyzwań współczesności*, tom VI, B. Guzik, N. Buchowska, P. Wiliński (red.), Poznań 2010.

⁴⁷ Jak dotychczas deklaracja taka została złożona jedynie przez Syrię (stan z dn. 11 września 2013 r.), http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15-a&chapter=4&lang=en

Głównym elementem procedury dochodzenia jest możliwość złożenia przez przedstawicieli organu traktatowego wizyty na terytorium państwa-strony. Całość postępowania jest prowadzona przy zachowaniu zasady poufności i współpracy z państwem-stroną. Efektem wizyty jest raport zawierający ustalenia pokontrolne wraz z zaleceniami, do których państwo powinno ustosunkować się w okresie 6 miesięcy. Artykuł 7 PF KPON ustanawia dodatkowy element procedury *follow-up*, dając Komitetowi możliwość zobowiązania państwa do włączenia informacji o środkach podjętych w odpowiedzi na ustalenia dokonane w ramach dochodzenia do sprawozdania okresowego składanego zgodnie z art. 35 Konwencji lub zażądania dodatkowych informacji po upływie wskazanego terminu 6 miesięcy.

4. Uwagi końcowe

Jak wykazano w artykule, mechanizm kontrolny Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych oparty został na procedurach funkcjonujących od dawna w ramach systemu ONZ. Można to uznać zarówno za jego zaletę, jak i słabość. Z jednej strony monitoring realizacji KPON opiera się na wypróbowanych rozwiązaniach, co niewątpliwie usprawnia pracę Komitetu oraz ułatwia państwom uczestniczenie w procedurach kontrolnych, w tym w szczególności wypełnianie obowiązku sprawozdawczego. Z drugiej strony, system kontrolny KPON jest niejako organicznie skazany na trudności, z którymi borykają się pozostałe komitety. Do najważniejszych z nich należy przeciążenie zadaniami i słaba współpraca ze strony państw, skutkująca m.in. opóźnieniami w składaniu sprawozdań i ich słabą jakością oraz niewypełnianiem zaleceń organów traktatowych. Problemy te już od dawna są przedmiotem dyskusji dotyczącej reformy systemu traktatowego.

Rozwiązania przyjęte w odniesieniu do instrumentów kontrolnych KPON stanowią w dużej mierze pokłosie debaty na temat reformy. Choć nie są to rewolucyjne zmiany, wnoszą one istotną „wartość dodaną” do systemu traktatowego, dając szansę na zwiększenie skuteczności dokonywanej kontroli. Główną cechą „nowych” regulacji jest to, że dążą one do zacieśnienia relacji Komitetu z pozostałymi podmiotami zaangażowanymi w procesy kontrolne – od państw-stron poczynając, poprzez agendy ONZ i inne organy traktatowe, na krajowych instytucjach praw człowieka i organizacjach pozarządowych kończąc. Należy zauważyć, że Konwencja wyraźnie wzmacnia rolę państwa w procesie monitorowania jej realizacji. Zgodnie z art. 33 KPON na państwach-stronach ciąży obowiązek ustanowienia na szczeblu krajowym mechanizmu kontroli wdrażania Konwen-

cji. Jest to rozwiązanie inspirowane postanowieniami Protokołu fakultatywnego do Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania, który wprowadził instytucję Krajowego Mechanizmu Prewencji⁴⁸. W Polsce obowiązki nałożone przez oba traktaty wypełnia Rzecznik Praw Obywatelskich. Mechanizm krajowy stanowi ważne dopełnienie procesu kontroli na szczeblu międzynarodowym dokonywanej przez Komitet KPON. Ramy współpracy Komitetu z państwami w tej kwestii określa art. 37 KPON. Traktat ten stwarza ponadto dodatkowe forum dla włączenia państw w dyskusję nad wdrażaniem Konwencji w postaci cyklicznych Konferencji Państw – Stron (art. 40 KPON), a także zawiera szczegółowe postanowienia dotyczące współpracy międzynarodowej państw-stron (art. 32 KPON).

Przełomowe znaczenie ma niewątpliwie legitymizacja i uwypuklenie roli organizacji pozarządowych, zarówno w procesie wdrażania Konwencji na szczeblu krajowym, jak i w ramach międzynarodowych procedur kontrolnych. Choć wszystkie komitety od wielu lat intensywnie współpracują z NGOs, relacje te nigdy nie zostały sformalizowane na płaszczyźnie traktatowej. Konwencja KPON jest pierwszym traktatem ONZ z dziedziny praw człowieka, który zawiera postanowienia dotyczące roli trzeciego sektora. Przede wszystkim zobowiązuje ona państwa do konsultowania z organizacjami pozarządowymi reprezentującymi osoby z niepełnosprawnościami ustawodawstwa i polityki dotyczącej wdrażania Konwencji (art. 4 ust. 3 KPON). Konwencja nakłada ponadto na państwa obowiązek włączenia NGOs w proces konsultacji dotyczących nominacji kandydata na członka Komitetu (art. 34 ust. 3 w zw. z art. 4 ust. 3 KPON), a także przy przygotowywaniu sprawozdania do Komitetu z realizacji Konwencji (art. 35 ust. 4 w zw. z art. 4 ust. 3 KPON). Postanowienia te świadczą o sile i wyjątkowości Konwencji. Będąc efektem pracy ogromnej społeczności osób z niepełnosprawnościami z całego świata, traktat ten odpowiada współczesnym realiom, w których skuteczna ochrona praw człowieka, czy to na poziomie krajowym, czy to międzynarodowym, jest praktycznie niemożliwa bez udziału organizacji pozarządowych. Włączenie beneficjentów Konwencji w proces realizacji jej postanowień stanowi jednoznaczne zerwanie z tradycją paternalistycznego traktowania osób z niepełnosprawnościami i urzeczywistnienie zasady „nic o nas bez nas”.

⁴⁸ Szerzej: *The Optional Protocol to the UN Torture Convention and the UN Convention on the Rights of People with Disabilities: some common issues*, opracowanie przygotowane przez University of Bristol OPCAT Research Team, dostępne na stronie: <http://www.bris.ac.uk/law/research/centres-themes/opcat/index.html> (data dostępu: 22 lutego 2013 r.).

THE INTERNATIONAL MONITORING MECHANISM OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES

The paper offers a comprehensive analysis of the monitoring mechanism of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities adopted in 2006. It presents the structure of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities which monitors implementation of the treaty by the States Parties and its monitoring tools, i.e. mandate to examine reports of the States Parties, to consider individual communications and to conduct inquiries. It indicates that, even though the monitoring mechanism of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities is based foremost on elements typical for other, more embedded UN human rights treaty bodies, it also owns its specific, innovative characteristics. These novelties are related to the particular needs of beneficiaries of the treaty and attempts to improve the monitoring procedures.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 2 (194) 2013
Warszawa 2013

Anna Śledzińska-Simon ■

OBOWIĄZEK DOKONANIA RACJONALNYCH USPRAWNIENÍ – UWAGI NA TŁE WYROKU TSUE JETTA RING I LONE SKOUBOE WERGE (C-335/11 I C-337/11)

1. Wprowadzenie

11 kwietnia 2013 r. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej: TSUE) wydał długo oczekiwany wyrok w sprawie wykładni przepisów Dyrektywy 2000/78/WE¹ w zakresie definicji pojęcia „niepełnosprawność” oraz obowiązku stosowania „racjonalnych usprawnień”². Wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym skierował duński sąd (*Sø- og Handelsretten*) w związku z powództwem dwóch kobiet, które zostały zwolnione z pracy z powodu nieobecności spowodowanej leczeniem urazów kręgosłupa. Tym samym TSUE dokonał kolejnej ewolucji standardu ochrony osób niepełnosprawnych w prawie UE, gdyż ani poprzednie orzeczenia w tej materii, ani ratyfikowana przez Unię

¹ Dyrektywa Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiająca ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy, Dz.U. L 303, s. 16.

² C-335/11 *HK Danmark*, działający w imieniu *Jette Ring*, przeciwko *Dansk almenntilgigt Boligselskab* oraz C-337/11 *HK Danmark*, działający w imieniu *Lone Skouboe Werge*, przeciwko *Dansk Arbejdsgiverforening*, działającemu w imieniu *Pro Display A/S* w upadłości, wyrok z 11.04.2013 r.

Europejską Konwencją ONZ o Prawach Osób z Niepełnosprawnością³ nie wyjaśniały różnicy między niepełnosprawnością a chorobą.

2. Okoliczności sprawy

Pani Ring była zatrudniona przez spółkę budowlaną DAB i została zwolniona z pracy w okresie, kiedy przebywała na zwolnieniu lekarskim z powodu chronicznych bólów kręgosłupa w odcinku lędźwiowym. W jej przypadku dolegliwości były nieuleczalne, a lekarze nie mogli przewidzieć, kiedy pacjentka będzie zdolna do powrotu do pracy w pełnym wymiarze czasu. W niedługim czasie Ring podjęła nową pracę jako recepcjonistka w innej firmie w zmniejszonym wymiarze godzin w stosunku do poprzedniego zatrudnienia.

Z kolei pani Skouboe Werge została zwolniona z pracy po tym, jak przebywała na zwolnieniu zdrowotnym z powodu urazu odcinka szyjnego kręgosłupa, którego doznała w wyniku wypadku drogowego. W jej jednak przypadku lekarz początkowo przewidywał, że będzie mogła wrócić do pracy po określonym okresie leczenia, potem jednak wycofał się z tej prognozy. Już po rozwiązaniu stosunku pracy przez firmę Pro Display A/S Lone Skouboe Werge poddała się badaniu zdolności do pracy, która została ustalona na około 8 godzin tygodniowo w wolnym tempie, a w kolejnych latach otrzymała orzeczenie o niepełnosprawności z powodu niezdolności do pracy na poziomie 10% i utratę zdolności zarobkowych na poziomie 65%.

W obu przypadkach wypowiedzenie umowy o pracę przez pracodawców nastąpiło na podstawie duńskiej ustawy o stosunkach prawnych między pracodawcami a pracownikami, która w § 5 ust. 2 stanowi, że jeżeli umowa o pracę tak przewiduje, „pracownik może zostać zwolniony za jednomiesięcznym wypowiedzeniem upływającym z końcem miesiąca, jeżeli w okresie 12 ostatnich miesięcy pracownik był nieobecny z powodu choroby z zachowaniem prawa do wynagrodzenia przez 120 dni”⁴. Jest to okres wypowiedzenia krótszy niż w pozostałych sytuacjach normowanych przepisami tej ustawy. Poza tym w Danii od 2004 r. obowiązują przepisy ustawy antydyskryminacyjnej, nakazującej pracodawcom przyjęcie środków umożliwiających osobie niepełnosprawnej dostęp do pracy, jej

³ Konwencja ONZ o Prawach Osób z Niepełnosprawnością została przyjęta 13.12.2006 r. przez Zgromadzenie Ogólne ONZ. W polskiej wersji nadano jej tytuł „Konwencja Praw Osób Niepełnosprawnych”. Polska jest stroną KPOzN od 6.09.2012 r., Dz.U. z 25.10.2012 r. poz. 1170.

⁴ C-335/11 I C-337/11 *Jette Ring*, par. 12–14.

wykonywanie, rozwój zawodowy i kształcenie, chyba że środki takie powodowałyby nieproporcjonalne obciążenie⁵.

Postępowanie krajowe dotyczyło żądania wypłacenia obu kobietom odszkodowania na podstawie ustawy antydyskryminacyjnej z uwagi na brak dokonania przez pracodawców racjonalnych usprawnień w postaci zmniejszenia wymiaru czasu pracy. Działający w imieniu Jetty Ring i Lone Skouboe Werge związek zawodowy (*HK Denmark*) przedstawił pogląd, że wypowiedzenie nastąpiło z naruszeniem przepisów ustawy, gdyż pracownice przebywały na zwolnieniu nie z powodu choroby, lecz z powodu niepełnosprawności. Z argumentem tym nie zgodzili się pracodawcy, według których zmniejszenie wymiaru pracy nie mieściło się w zakresie obowiązku dokonania racjonalnych usprawnień. Poza tym w ich ocenie zwolnienie pracownika z powodu przebywania na zwolnieniu lekarskim nie stanowi dyskryminacji.

W tych okolicznościach sąd krajowy skierował do TSUE pytanie prejudycjalne, które w swojej pierwszej części pierwsze dotyczyło wykładni pojęcia niepełnosprawności. Dla rozstrzygnięcia sprawy konieczne było bowiem stwierdzenie, czy pojęcie to obejmuje także długotrwałą chorobę, która powoduje brak lub ograniczoną zdolność do pracy. W szczególności sąd krajowy pytał o zasadność rozróżnienia między chorobą nieuleczalną oraz przejściową dla potrzeby uznania danej osoby za niepełnosprawną na podstawie Dyrektywy 2000/78/WE. Ponadto sąd krajowy wnosil o rozstrzygnięcie czy za niepełnosprawną można również uznać osobę, która bez wprowadzenia innych środków usprawniających, może świadczyć pracę tylko w niepełnym wymiarze czasu.

Po drugie, TSUE miał również orzec czy zmniejszenie wymiaru czasu stanowi formę racjonalnego usprawnienia. Ostatnia część pytania prejudycjalnego dotyczyła natomiast relacji między prawem UE a prawem krajowym. Sąd duński pytał, czy rozwiązanie stosunku pracy ze skróconym okresem wypowiedzenia z powodu nieobecności w pracy wynikającej z niepełnosprawności lub braku racjonalnych usprawnień pozostaje w zgodzie z przepisami Dyrektywy 2000/78/WE. W istocie ta część pytania prejudycjalnego dotyczyła oceny, czy zastosowanie skróconego okresu wypowiedzenia ze względu na nieobecność spowodowaną chorobą może stanowić dyskryminację ze względu na niepełnosprawność.

⁵ *Lov om forbud mod forskelsbehandling på arbejdsmarkedet*. C-235/11 I C-337/11 *Jette Ring*, para. 14.

3. Rozstrzygnięcie TSUE

Podstawą wydania wyroku w przedmiotowej sprawie była zarówno Konwencja ONZ o Prawach Osób z Niepełnosprawnością (dalej KPOzN), jak i Dyrektywa 2000/78/WE. KPOzN stała się prawem wiążącym Wspólnotę Europejską na mocy decyzji Rady 2010/48/WE z dnia 26 listopada 2009 r.⁶ zatwierdzającej jej zawarcie przez Wspólnotę Europejską, a następnie została ratyfikowana przez Unię Europejską w 2010 r.⁷ W systemie prawnym UE umowy międzynarodowe zawarte przez Unię mają pierwszeństwo przed aktami Unii⁸ i wymagane jest, aby przepisy prawa wtórnego były interpretowane w zgodzie z nimi⁹. Dlatego też Dyrektywa/78/WE powinna być interpretowana w zgodzie z KPOzN, a dodatkowo została wskazana jako akt implementujący tę konwencję¹⁰.

W odpowiedzi na pierwszą część pytania prejudycjalnego TSUE odniósł się nie tylko do definicji niepełnosprawności zawartej w art. 2 KPOzN¹¹, ale także do preambuły, w której podkreślono ewoluujące znaczenie pojęcia niepełnosprawności (lit. e). Preambuła daje wyraz akceptacji społecznego modelu niepełnosprawności, zgodnie z którym „niepełnosprawność wynika z interakcji między osobami z dysfunkcjami a barierami wynikającymi z postaw ludzkich i środowiskowymi, które utrudniają tym osobom pełny i skuteczny udział w życiu społeczeństwa, na zasadzie równości z innymi osobami” (lit. e *in fine*)¹².

W tej części wyroku TSUE nawiązał do swojego wcześniejszego orzeczenia w sprawie *Chacón Navas*¹³, w którym pojęciem niepełnosprawność określał „ograniczenie wynikające konkretnie z osłabienia funkcji fizycznych, umysłowych

⁶ Dz.Urz. UE z 2010 r., L 23, s. 35.

⁷ Por. Art. 216 ust. 2 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej TFUE), Dz.Urz.UE z 2010 r., C 83, s. 51.

⁸ C-366/10 *Air Transport Association of America*, wyrok z 21.12.2011 r., niepubl.

⁹ C-320/11, C-330/11, C-382/11 i C-383/11 *Didžitaļnet i inni*, wyrok z 22.11.2012 r., niepubl.

¹⁰ C-335/11 i C-337/11 *Jette Ring*, para. 31–32.

¹¹ „Do osób niepełnosprawnych zalicza się te osoby, które mają długotrwale naruszoną sprawność fizyczną, umysłową, intelektualną lub w zakresie zmysłów, co może, w oddziaływaniu z różnymi barierami, utrudniać im pełny i skuteczny udział w życiu społecznym, na zasadzie równości z innymi osobami”.

¹² M. Oliver, „The Social Model in Action: If I Had a Hammer”, w: C. Barnes i G. Mercer (red.), *Implementing the Social Model of Disability: Theory and Research*, Leeds: Disability Press 2004, s. 12; R. Traustadottir, „Disability Studies, the Social Model and Legal Developments”, w: O. M. Arnardottir i G. Quinn (red.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: European and Scandinavian Perspectives*, Leiden 2009, s. 9–15.

¹³ Wyrok TS z 11.07.2006 r. w sprawie C-13/05, *Chacón Navas v. Eurest Colectividades SA*, ECR I-6467.

lub psychicznych, które stanowi przeszkodę dla danej osoby w uczestnictwie w życiu zawodowym”¹⁴. TSUE stwierdził wówczas, że nie można tak po prostu zrównać pojęcia niepełnosprawności z pojęciem choroby¹⁵, ponieważ ograniczenie możliwości świadczenia pracy, które tak jak choroba nie jest długoterminowe, nie jest stanowi niepełnosprawności¹⁶. Orzeczenie *Chacón Navas* było bardzo krytycznie przyjęte w środowisku akademickim¹⁷, gdyż wbrew późniejszej akceptacji koncepcji społecznego modelu niepełnosprawności, TSUE zastosował anachroniczne medyczne podejście do osób niepełnosprawnych.

W sprawie *Jette Ring* TSUE podkreślając element „długotrwałości” naruszenia zdolności osób niepełnosprawnych, powtórzył za opinią Rzeczniczki Generalnej Kokott¹⁸, że niepełnosprawność nie musi być cechą wrodzoną lub nabytą w wyniku wypadku. Niepełnosprawność obejmuje także stan, gdy długotrwałe ograniczenie wynikające w szczególności z osłabienia funkcji fizycznych, umysłowych lub psychicznych, które w oddziaływaniu z różnymi barierami może utrudniać danej osobie pełne i skuteczne uczestnictwo w życiu społecznym na równych zasadach z innymi pracownikami, jest skutkiem uleczalnej lub nieuleczalnej choroby¹⁹. *A contrario*, choroba nie powodująca tego typu ograniczeń nie wchodzi w zakres pojęcia niepełnosprawności w rozumieniu dyrektywy.

Poza tym niepełnosprawność również dopuszcza, że osoba nią dotknięta może świadczyć pracę w niepełnym wymiarze. W odniesieniu do tego zagadnienia TSUE stwierdził, że „pojęcie niepełnosprawności musi być rozumiane jako przeszkoda w wykonywaniu działalności zawodowej, a nie – jak podnosią DAB i Pro Display – jako uniemożliwienie wykonywania takiej działalności. Stan zdrowia osoby niepełnosprawnej pozwalający na wykonywanie pracy, choćby w niepełnym wymiarze czasu pracy, może zatem mieścić się w definicji pojęcia niepełnosprawności. Proponowana przez DAB i Pro Display interpretacja byłaby ponadto nie do pogodzenia z celem dyrektywy 2000/78, która dąży w

¹⁴ C-13/05 *Chacón Navas*, para. 43.

¹⁵ *Ibidem*, para. 44.

¹⁶ *Ibidem*, para. 47.

¹⁷ Por. np. L. Waddington, A. Lawson, *Disability and non-discrimination law in the European Union. An analysis of disability law within and beyond the employment field*, Sprawozdanie przygotowane na zlecenie Komisji Europejskiej w ramach Programu na rzecz Zatrudnienia i Solidarności Społecznej „Progress” (2007–2013), European Network of Legal Experts in the Non-Discrimination Field: Luksemburg 2009.

¹⁸ Opinia Rzeczniczki Generalnej Juliane Kokott przedstawiona w dniu 6 grudnia 2012 r. w połączonych sprawach C-335/11 i C-337/11 *HK Danmark, działający w imieniu Jette Ring przeciwko Dansk Almennyttigt Boligselskab DAB i HK Danmark, działający w imieniu Lone Skouboe Werge przeciwko Pro Display A/S w upadłości*.

¹⁹ C-335/11 i C-337/11 *Jette Ring*, para. 41.

szczegółności do tego, by osoby niepełnosprawne miały dostęp do zatrudnienia i mogły świadczyć pracę”²⁰.

TSUE uznał również, że obowiązek stosowania racjonalnych usprawnień nie jest elementem definicji niepełnosprawności, ale wynika z celu Dyrektywy 2000/78/WE, jakim jest ochrona przed wykluczeniem osób niepełnosprawnych z rynku pracy. Porównując brzmienie art. 2 ust. 4 KPOzN²¹ i art. 5 Dyrektywy 2000/78/WE²² TSUE potwierdził, że racjonalne usprawnienia mogą polegać na obowiązku zatrudnienia w zmniejszonym wymiarze czasu²³. W rezultacie orzekł, że „dyrektywę 2000/78 należy interpretować w ten sposób, że stoi ona na przeszkodzie stosowaniu przepisu krajowego, zgodnie z którym pracodawca jest uprawniony do rozwiązania stosunku pracy ze skróconym okresem wypowiedzenia, jeżeli w okresie 12 kolejnych miesięcy niepełnosprawny pracownik pobierał wynagrodzenie w okresach choroby przez 120 dni, o ile nieobecność była spowodowana faktem, że pracodawca nie podjął właściwych środków w wykonaniu obowiązku wprowadzenia racjonalnych usprawnień”²⁴.

Natomiast w przedmiocie ostatniego pytania stwierdził, że rozwiązanie stosunku pracy ze skróconym okresem wypowiedzenia z powodu nieobecności ze względu na chorobę nie stanowi bezpośredniej dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność, ponieważ nie opiera się na kryterium, które jest nierozdzielnie związane z niepełnosprawnością²⁵. W tej sytuacji musi być rozpatrywana jednak jako dyskryminacja pośrednia ze względu na niepełnosprawność, ponieważ pracownik niepełnosprawny jest w większym stopniu wystawiony na ryzyko rozwiązania umowy na tej podstawie niż pracownik, który nie jest niepełnosprawny. Dyskryminację pośrednią można jednak usprawiedliwić, a więc wykazać, że

²⁰ *Ibidem*, para. 44.

²¹ „‘Racjonalne usprawnienie’ oznacza konieczne i odpowiednie zmiany i dostosowania, nienakładające nieproporcjonalnego lub nadmiernego obciążenia, jeśli jest to potrzebne w konkretnym przypadku w celu zapewnienia osobom niepełnosprawnym możliwości korzystania z wszelkich praw człowieka i podstawowych wolności oraz ich wykonywania na zasadzie równości z innymi osobami”.

²² „W celu zagwarantowania przestrzegania zasady równego traktowania osób niepełnosprawnych przewiduje się wprowadzenie racjonalnych usprawnień. Oznacza to, że pracodawca podejmuje właściwe środki, z uwzględnieniem potrzeb konkretnej sytuacji, aby umożliwić osobie niepełnosprawnej dostęp do pracy, wykonywanie jej lub rozwój zawodowy bądź kształcenie, o ile środki te nie nakładają na pracodawcę nieproporcjonalnie wysokich obciążeń. Obciążenia te nie są nieproporcjonalne, jeżeli są w wystarczającym stopniu rekompensowane ze środków istniejących w ramach polityki prowadzonej przez dane państwo członkowskie na rzecz osób niepełnosprawnych”.

²³ *Ibidem*, para. 64.

²⁴ *Ibidem*, para. 68.

²⁵ *Ibidem*, para. 74.

w tym przypadku przepisy prawa są uzasadnione zgodnym z prawem celem, a środek ten jest właściwy i konieczny. Ocena ta należy jednak do sądu zadającego pytanie prejudycjalne, który powinien w kontekście stosowania przepisów o rozwiązaniu stosunku pracy z krótszym okresem wypowiedzenia zdecydować, „czy ustawodawca duński, realizując słuszne cele wspierania zatrudniania osób chorych z jednej strony i zachowania właściwej równowagi między sprzecznymi ze sobą, jeżeli chodzi o nieobecności z powodu choroby, interesami pracodawcy i pracownika z drugiej strony, nie wziął pod uwagę istotnych okoliczności, które dotyczą w szczególności pracowników niepełnosprawnych”²⁶.

4. Znaczenie wyroku w sprawie *Jetta Ring*

Dokonując wykładni dyrektywy 2000/78/WE, TSUE z jednej strony poszerzył jej zakres podmiotowy, a z drugiej pozostał w zgodzie ze swoim stanowiskiem wyrażonym w orzeczeniu w sprawie *Chacón Navas*. Nadal należy uważać, że choroba nie jest cechą prawnie chronioną na gruncie dyrektywy, choć choroba, której skutkiem jest niepełnosprawność – tak. Długotrwały charakter ograniczeń zdolności do pracy konkretnej osoby może wynikać w jednakowym stopniu z choroby nieuleczalnej, jak i z choroby uleczalnej. Zgodnie ze stanowiskiem Rzeczniczki Generalnej Kokott, „rozstrzygające znaczenie ma jedynie fakt, czy dane ograniczenie jest długoterminowe. Niepełnosprawnością w rozumieniu dyrektywy 2000/78 jest również takie trwałe naruszenie funkcji, które nie pociąga za sobą zapotrzebowania na szczególne środki pomocnicze i które wyłącznie lub co do istoty polega na niezdolności danej osoby do pracy w pełnym wymiarze godzin”²⁷.

Rzeczniczka Generalna Kokott stwierdziła również, że zastosowanie skróconego okresu wypowiedzenia ze względu na nieobecność pracownika spowodowaną faktem, że pracodawca nie podjął wymaganych w myśl art. 5 dyrektywy 2000/78 usprawnień, stanowi nieuzasadnione niekorzystne traktowanie. Z brzmienia tej wypowiedzi nie można wywnioskować, czy brak wprowadzenia racjonalnych usprawnień stanowi dyskryminację bezpośrednią czy pośrednią²⁸, czy raczej dyskryminację *sui generis*²⁹. Jest to jednak kwestia drugorzędna,

²⁶ C-335/11 i C-337/11 *Jette Ring*, para. 90.

²⁷ Opinia Rzeczniczki Generalnej J. Kokott, para. 46.

²⁸ Za uznaniem nieuzasadnionej odmowy racjonalnych usprawnień za dyskryminację pośrednią opowiada się M. Szeroczyńska. Por. M. Szeroczyńska, Definicje. Dyskryminacja, Raport „Polska droga do Konwencji o Prawach Osób Niepełnosprawnych ONZ”, Fundacja Instytut Rozwoju Regionalnego, Kraków 2008, s. 20.

²⁹ Można przyjąć, że odmowa racjonalnych usprawnień stanowi dyskryminację *sui generis* na gruncie KPOzN oraz projektu dyrektywy horyzontalnej (projekt z 2 lipca

ponieważ w obu przypadkach uznanie danej praktyki za dyskryminację pociąga te same konsekwencje czyli obowiązek wypłaty stosownego – skutecznego, proporcjonalnego i odstraszającego – odszkodowania przez pracodawcę.

W tym kontekście wyrok w sprawie *Jetta Ring* oraz opinię Rzeczniczki Generalnej należy więc odczytywać w następujący sposób – choć na gruncie dyrektywy 2000/78 nie ma jasności co do relacji między art. 2 ust. 2 a art. 5 dyrektywy, to w obecnym stanie prawnym należy przyjąć interpretację spójną z Konwencją Narodów Zjednoczonych o Prawach Osób z Niepełnosprawnością. W art. 2 KPOzN stanowi się, że „Dyskryminacja ze względu na niepełnosprawność” oznacza jakiegokolwiek różnicowanie, wykluczanie lub ograniczanie ze względu na niepełnosprawność, którego celem lub skutkiem jest naruszenie lub zniweczenie uznania, korzystania z lub wykonywania wszelkich praw człowieka i podstawowych wolności w dziedzinie polityki, gospodarki, społecznej, kulturalnej, obywatelskiej lub w jakiegokolwiek innej, na zasadzie równości z innymi osobami. **Obejmuje to wszelkie przejawy dyskryminacji, w tym odmowę racjonalnego usprawnienia”.**

Wyrok w sprawie *Jette Ring* może wpłynąć w konsekwencji na przepisy krajowe, które do tej pory nie obejmowały pojęciem niepełnosprawność okresowej niezdolności do pracy spowodowanej chorobą. Nawet w państwach, gdzie ochrona osób niepełnosprawnych w środowisku pracy jest od dawna bardzo rozwinięta, nie spotykane było podejście uznające, że niezdolność do pracy w pełnym wymiarze czasu stanowi podstawę dyskryminacji. Należy jednak podkreślić, że nie sama niezdolność do pracy w pełnym wymiarze czasu, ale przyczyna ograniczająca możliwość danej osoby do podjęcia pracy w pełnym wymiarze czasu (lub w wymiarze czasu ponad połowę etatu) może podlegać ochronie na podstawie przepisów antydyskryminacyjnych³⁰. Poza tym niezdolność do pracy na pełen etat powinna ułatwiać wykazanie niepełnosprawności.

Wykładania, której dokonał TSUE w wyroku *Jette Ring*, powinna mieć wpływ również na odczytanie polskich przepisów krajowych³¹. Przykłado-

2008 r. – Dyrektywa Rady w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną, KOM (2008), 426). Por. L. Waddington, A. Hendriks, The Expanding Concept of Employment Discrimination in Europe from Direct and Indirect Discrimination to ‘reasonable accommodation’ discrimination’, „International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations”, 2002 nr 18, s. 303.

³⁰ Might the need to work part time be classed as a disability?, dostęp na: <http://www.hrservicecentre.co.uk/might-the-need-to-work-part-time-be-classed-as-a-disability/>

³¹ Por. art. 53 ustawy z 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (dalej jako k.p.), Dz.U. 1974 nr 24 poz. 141. Pracodawca może rozwiązać umowy o pracę, zarówno zawartą na

wo pracodawca, który ma możliwość rozwiązania umowy z pracownikiem, posiadającym co najmniej sześciomiesięczny staż pracy i przebywającym na zwolnieniu lekarskim dłużej niż otrzymuje wynagrodzenie i zasiłek chorobowy oraz świadczenie rehabilitacyjne przez pierwsze trzy miesiące³², może rozwiązać taką umowę tylko wtedy, jeżeli jego decyzja nie będzie skutkowa-ła pośrednią dyskryminacją osób niepełnosprawnych. Poza tym pracodawca musi liczyć się z zarzutem nierównego traktowania, jeżeli nie dokona racjonalnych usprawnień wobec pracownika, który z uwagi na ograniczoną zdolność do pracy spowodowaną niepełnosprawnością żąda zatrudnienia w mniejszym wymiarze godzin.

Obowiązek wprowadzenia racjonalnych usprawnień w postaci zatrudnienia w mniejszym wymiarze godzin ma również pracodawca, któremu przysługuje możliwość zwolnienia z pracy osoby niezdolnej do pracy na skutek wypadku przy pracy lub choroby zawodowej bez względu na okres zatrudnienia³³. Z łatwością można wyobrazić sobie sytuację, gdy pracownik doznaje obrażeń w wyniku wypadku przy pracy, którego skutkiem jest ograniczenie jego zdolności do pracy na tych samych zasadach co przed wypadkiem. Uznając określony rodzaj ograniczenia zdolności do pracy za „długotrwałe ograniczenie wynikające w szczególności z osłabienia funkcji fizycznych, umysłowych lub psychicznych, które w oddziaływaniu z różnymi barierami może utrudniać danej osobie pełne i skuteczne uczestnictwo w życiu społecznym na równych zasadach z innymi pracownikami”, pracownik może żądać zatrudnienia w takim wymiarze godzin, które jest w stanie podjąć ze względu na swój stan zdrowia.

Co do zasady w sytuacji, gdy pracownik posiada cechę niepełnosprawności, pracodawca musi wprowadzić właściwe usprawnienia w rozumieniu art. 5 dyrektywy. To jakie usprawnienia są wymagane, stwierdza się na podstawie analizy proporcjonalności. W tym kontekście Rzeczniczka Generalna Kokott podkreśla, że „[w] przypadku niepodjęcia przez pracodawcę oczekiwanych od niego tych właściwych usprawnień, nie wypełnia on zobowiązania z art. 5 dyrektywy i nie może wywodzić z tego korzyści prawnej. Zobowiązanie z art. 5 dyrektywy 2000/78 zostałoby pozbawione znaczenia, gdyby zaniechanie proporcjonalnych środków mogło uzasadnić dyskryminację niepełnosprawnego pracownika”³⁴.

czas nieokreślony, jak i na czas określony, bez wypowiedzenia w przypadku długotrwałej choroby pracownika albo innej dłuższej niż 1 miesiąc jego nieobecności w pracy.

³² Art. 53 ust. 1 lit. b kodeksu pracy.

³³ Art. 53 ust. 1 lit. b *in fine* kodeksu pracy.

³⁴ Opinia Rzeczniczki Generalnej J. Kokott, para. 78.

5. Obowiązek pracodawcy wprowadzenia racjonalnych usprawnień

Art. 5 Dyrektywy 2000/78/WE nakłada na pracodawcę³⁵ obowiązek dostosowania miejsca pracy do sytuacji konkretnej osoby niepełnosprawnej w taki sposób, aby umożliwić jej dostęp do pracy, jej wykonanie, rozwój zawodowy i szkolenia zawodowe, jeżeli nie pociąga to za sobą nieproporcjonalnie wysokich kosztów. Powyższa dyspozycja poprzedzona jest wyznaczeniem celu, który ma być realizowany poprzez racjonalne usprawnienia czyli zapewnienie przestrzegania zasad równego traktowania³⁶.

Należy przy tym podkreślić, że racjonalne usprawnienia to nie to samo co pozytywne działania państwa, które mają zapobiegać niedogodnościom związanym m.in. z niepełnosprawnością oraz rekompensować te niedogodności (art. 7 ust. 2 dyrektywy). Innymi słowy, racjonalne usprawnienia nie stanowią czasowego wyłączenia stosowania zasady równego traktowania (ang. *positive action* lub am. *affirmative action*), ale są konkretnymi działaniami podjętymi jednorazowo lub długotrwale w odpowiedzi na indywidualne potrzeby konkretnej osoby niepełnosprawnej będącej w konkretnej sytuacji zatrudnienia czy w konkretnym środowisku pracy. Zgodnie z motywem 20 preambuły pracodawcy powinni „wprowadzić odpowiednie środki, to znaczy skuteczne i praktyczne środki w celu przystosowania stanowiska pracy z uwzględnieniem niepełnosprawności, na przykład przystosowując pomieszczenia lub wyposażenie, godziny pracy, podział zadań lub ofertę szkoleniową lub integracyjną”. Poza tym państwa członkowskie mogą przyznać osobom niepełnosprawnym dalej idące prawa, w tym rozszerzyć stosowanie art. 5 dyrektywy poza obszar zatrudnienia i pracy, gdyż stanowi on jedynie standard minimalny (art. 8 dyrektywy).

Biorąc pod uwagę motyw 17 Preambuły, należy zauważyć, że dyrektywa zakazuje jedynie dyskryminacji tych osób niepełnosprawnych, które są kompetentne, zdolne i dyspozycyjne do wykonywania najważniejszych czynności na danym stanowisku lub kontynuacji danego szkolenia. Jak z tego wynika, osoby niepełnosprawne muszą być traktowane tak samo jak osoby pełnosprawne o tych samych kwalifikacjach, jeżeli są w stanie samodzielnie wykonać najważniejsze czynności na danym stanowisku lub jeżeli będą w stanie wykonać te czynności

³⁵ Obowiązek ten rozciąga się również na wszelkie podmioty prowadzące kształcenie zawodowe, np. szkoły wyższe.

³⁶ M. Bell, *Advancing EU Anti-Discrimination Law the European Commission's 2008 Proposal for a new directive*, „Equal Rights Review”, 2009, nr 3, s. 10; dostęp na: http://www.age-platform.org/EN/IMG/pdf_Book_chapter_on_draft_directive_by_Mark_Bell.pdf

z pomocą „racjonalnych usprawnień”. Pracodawca może zatem decydować, co stanowi istotne, a co nieistotne czynności dla danego stanowiska. Osoba niepełnosprawna, która nie jest w stanie wykonywać istotnych czynności dla danego stanowiska po dokonaniu racjonalnych usprawnień może być niekorzystnie potraktowana. Dopiero właśnie stworzenie racjonalnych usprawnień pozwala na porównanie sytuacji osoby niepełnosprawnej z pełnosprawną³⁷.

W przepisach antydyskryminacyjnych Unii Europejskiej pozycję osoby dyskryminowanej osłabia fakt, że na wstępie musi ona udowodnić, że jest niepełnosprawna, a dopiero potem, że była niekorzystnie traktowana w zakresie zatrudnienia lub pracy. Ocena, czy osoba jest niepełnosprawna w świetle celów dyrektywy, rodzi pewne ryzyko arbitralności. Poza tym osoba ta musi udowodnić, że posiada wymagane kwalifikacje i jest w stanie wykonywać najważniejsze czynności na danym stanowisku. Na dalszym etapie to już na pracodawcy lub instytucji szkoleniowej spoczywa ciężar dowodu, że niekorzystne traktowanie (odmowa racjonalnych usprawnień) było uzasadnione³⁸. Pracodawca nie może jednak uzasadniać decyzji niekorzystnych dla niepełnosprawnych tym, że ich zatrudnianie, wykonywanie pracy czy udział w szkoleniach rodzi dodatkowe koszty.

Koszty wprowadzenia racjonalnych usprawnień przy porównaniu osoby niepełnosprawnej z pełnosprawną powinny być irrelewantne. Porównując te osoby, należy brać pod uwagę stan „po dokonaniu racjonalnych usprawnień”. Natomiast koszty mają znaczenie tylko dla oceny, czy istnieje obowiązek dokonania racjonalnych usprawnień. W tym miejscu ważną wskazówką jest treść Motywu 21 Preambuły, który stanowi, iż określenie „czy wprowadzenie danych środków wiąże się z koniecznością poniesienia nieproporcjonalnie wysokich nakładów” wymaga uwzględnienia w szczególności kosztów finansowych i innych, rozmiaru organizacji lub środków finansowych, którymi dysponują przedsiębiorstwa oraz możliwość pozyskania środków publicznych lub jakiegokolwiek innej pomocy.

³⁷ L. Waddington, *Implementing and Interpreting the Reasonable Accommodation Provision of the Framework Employment Directive: Learning from Experience and Achieving Best Practices*, European Network of Experts on Disability Discrimination, 2004, s. 81.

³⁸ Por. opinię nr 2006/3 holenderskiej Komisji ds. Równego Traktowania (pracodawca zanim odrzuci kandydata do pracy musi zdobyć o informacje medyczne na temat jego/jej niepełnosprawności, a nie opierać się na „założeniach”, które mogą wynikać z uprzedzeń) za: J. E. Goldschmidt, *Reasonable accommodation in EU equality law in a broader perspective*, „Europäische Rechtsakademie FORUM”, 2007 nr Vol. 8, s. 39–48.

6. Praktyka stosowania obowiązku racjonalnych usprawnień w państwach członkowskich

W literaturze prawniczej koncepcja racjonalnych usprawnień uznawana jest za złożoną i wzorowaną na regulacjach amerykańskich³⁹. Zarówno pojęcie racjonalnych usprawnień (ang. *reasonable accommodation*) i nadmiernych obciążeń (ang. *undue hardship*)⁴⁰ nie było wcześniej znane wielu państwom członkowskim. Dlatego też implementacja dyrektywy 2000/78/WE zrodziła wiele problemów interpretacyjnych, które *nota bene* pojawiają się również w orzecznictwie sądów amerykańskich. W krajach europejskich koncepcja racjonalnych usprawnień była znana jedynie tam, gdzie ustawodawstwo wzorowała się na prawie amerykańskim tj. w Zjednoczonym Królestwie, Irlandii i Szwecji⁴¹.

W raporcie Europejskiej Sieci Prawników Ekspertów w obszarze Niedyskryminacji (*European Network of Legal Experts in the field of Non-Discrimination*) zauważono, że w państwach członkowskich brak jest jednolitego podejścia do obowiązku dokonania racjonalnych usprawnień. W niektórych państwach brak spełnienia tego obowiązku stanowi bezpośrednią dyskryminację, w innych – pośrednią lub jest dyskryminacją bez określania jej formy, a w jeszcze innych – nie stanowi dyskryminacji. Poza tym państwa członkowskie w różny sposób określają zakres stosowania zakazu dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność, co w praktyce prowadzi do zróżnicowanej ochrony osób niepełnosprawnych w Unii Europejskiej⁴².

a) Pojęcie „usprawnienia”

Słowo usprawnienie jest tłumaczeniem angielskiego terminu „accommodation”, które oznacza także dostosowanie, przystosowanie, akomodację, nastawność, złagodzenie, udogodnienie. Wydaje się, że znaczenie racjonalnych usprawnień jest węższe niż racjonalnych udogodnień. Można jednak, w ślad za

³⁹ L. Waddington, When it is reasonable for Europeans to be confused: understanding when a disability accommodation is “reasonable” from a comparative perspective, “Comparative Labour Law and Policy Journal”, 2008, nr 29, s. 318. Por. Americans with Disabilities Act (dalej: ADA) z 1990 r., Sec 1, 42 U.S.C. § 12101 (2000), a także wcześniejsza: U.S. Rehabilitation Act z 1973 r., Sec. 504, 29 C.F.R. §§ 32.13(a), 1613.704 (1995).

⁴⁰ Termin „undue hardship” odpowiada wspólnotowemu „disproportional burden”.

⁴¹ W Zjednoczonym Królestwie – Disability Discrimination Act z 1995 r., zastąpiony obecnie przez Equality Act z 2010 r.; w Irlandii – Employment Equality Act z 1998 r. i w Szwecji – ustawa zakazująca dyskryminacji w życiu zawodowym ze względu na niepełnosprawność z 1999 r. Por. L. Waddington, A. Lawson, Disability..., op. cit., s. 14.

⁴² L. Waddington, A. Lawson, Disability..., op. cit., s. 14.

oficjalnym tłumaczeniem dyrektywy, przyjąć, że pojęcia te są tożsame. Należy tutaj wyraźnie podkreślić, że właściwa implementacja art. 5 Dyrektywy nie stoi na przeszkodzie, by w ustawodawstwie krajowym przyjąć termin „racjonalne dostosowanie” (ang. *reasonable adjustment*). Czyni tak m.in. Zjednoczone Królestwo. Natomiast prawo fińskie mówi o „środkach”, a francuskie, irlandzkie, litewskie i słowackie o „właściwych środkach”⁴³.

Usprawnienie stanowi zatem dostosowanie normalnie funkcjonujących w zakładzie pracy procedur, procesów lub infrastruktury do potrzeb osoby niepełnosprawnej. Konkretną wskazówkę, jakie elementy wykonywania pracy należy w szczególności dostosować do potrzeb niepełnosprawnych jest motyw 20, który wymienia „pomieszczenia, wyposażenie, godziny pracy, podział zadań, sferę szkoleniową i integracyjną”. Ustalenie, jakie konkretne usprawnienia są konieczne, zależy od indywidulanego przypadku z uwzględnieniem potrzeb osoby niepełnosprawnej oraz charakteru zakładu pracy, instytucji szkoleniowej lub samego szkolenia. Niemożliwa jest zatem stworzenie enumeratywnej listy elementów składających się na racjonalne usprawnienie. Ustawodawca krajowy powinien zatem stworzyć odpowiednio pojemną definicję tego terminu, popartą przykładowymi rozwiązaniami (jak czyni to motyw 20) lub określić w sposób negatywny, jakie działania pracodawcy nie są konieczne.

b) Kryteria i ocena „racjonalności” usprawnień

Doświadczenia państw członkowskich wskazują, że najwięcej problemów interpretacyjnych pojawia się w związku z ustaleniem, jakie usprawnienia są racjonalne. Niewątpliwie wybór środków służących zrównaniu pozycji osoby niepełnosprawnej w zatrudnieniu czy środowisku pracy należy do pracodawcy. Należy jednak ustalić, czy przymiotnik „racjonalne” odnosi się do sytuacji konkretnego pracodawcy czy też do konkretnego usprawnienia. Na podstawie art. 5 w zw. z art. 2 ust. 2 dyrektywy pojawia się pytanie, czy odmawiając dokonania usprawnień wystarczy wykazać, że dane usprawnienie jest nieracjonalne, bo nadzbyt kosztowne czy uciążliwe dla pracodawcy, czy też na pracodawcy ciąży obowiązek zapewnienia efektywnych usprawnień. Dodatkowo dyrektywa zastrzega, że środki usprawniające nie są konieczne, jeżeli wymagają nieproporcjonalnych nakładów. Czy zatem pracodawca ma do dyspozycji dwie – alternatywne czy łączne – linie obrony, jeżeli chodzi o koszty, tj. po pierwsze, że są one nieracjonalne, a po drugie, że są nieproporcjonalne (przy czym spełnienie testu proporcjonalności jest dużo trudniejsze niż testu racjonalności)?⁴⁴

⁴³ L. Waddington, When it is reasonable, *op. cit.*, s. 320.

⁴⁴ L. Waddington, When it is reasonable...., *op. cit.*, s. 324.

W związku z powyższym problemem Lisa Waddington dokonała kompleksowej analizy istniejących rozwiązań w państwach członkowskich, dzieląc je na takie, które:

- 1) nakazują usprawnień, które nie są nieracjonalne dla pracodawcy;
- 2) nakazują usprawnień, które są efektywne dla niepełnosprawnego;
- 3) nakazują usprawnień, które są zarówno efektywne, jak i proporcjonalnie obciążające pracodawcę.

W pierwsze grupie państw, które nakazując dokonanie usprawnień racjonalnych dla pracodawcy są m.in. Finlandia, Belgia czy Niemcy. Art. 5 fińskiej ustawy o niedyskryminacji nr 21/2004 nakazuje ocenić „koszty podjęcia środków usprawniających, sytuację finansową pracodawcy lub organizującego szkolenie oraz możliwość pozyskania pomocy ze środków publicznych lub innych na pokrycie tych kosztów”⁴⁵. Oznacza to, że w Finlandii pracodawca musi spełnić jedynie test racjonalności. Natomiast w Belgii „racjonalnym jest takie usprawnienie, które nie stwarza nieproporcjonalnego obciążenia lub gdy tego obciążenia nie można w wystarczający sposób skompensować z istniejących środków”⁴⁶. Oznacza to, że w Belgii pracodawca musi spełnić test proporcjonalności. Natomiast w Niemczech pracodawca jest ogólnie zobowiązany do dokonania usprawnień, ale roszczenie osoby niepełnosprawnej nie przysługuje w sytuacji, gdy usprawnienie nie jest racjonalne dla pracodawcy lub gdy nakłada na niego nieproporcjonalny ciężar lub gdy jest sprzeczne z krajowymi przepisami bhp⁴⁷. W rezultacie niemiecki pracodawca musi spełnić zarówno test racjonalności, jak i proporcjonalności.

Wobec wątpliwości interpretacyjnych na gruncie dyrektywy warto skorzystać z wskazówek, które wynikają z orzecznictwa sądów USA wydanych w oparciu o przepisy ustawy ADA (*Americans with Disability Act*⁴⁸). Zgodnie z Tytułem I ADA brak racjonalnych usprawnień stanowi dyskryminację, chyba że ich dokonanie stanowiłoby nadmierne obciążenie dla pracodawcy. Pracodaw-

⁴⁵ Art. 5 ustawy o niedyskryminacji nr 21/2004, c. 21/3004.

⁴⁶ Ustawa z 25 lutego 2003 r. o zwalczaniu dyskryminacji i zmianie ustawy z 15 lutego 1993 ustanawiającej Centrum Równych Szans i Walki z Rasizmem, obecnie w zmiennej formie jako ustawa z 10 maja 2007 r. o zwalczaniu pewnych form dyskryminacji.

⁴⁷ Art. 81 ust. 4 Kodeksu socjalnego, księga IX (*Sozialgesetzbuch, SGB*) z 19 czerwca 2001. Należy zwrócić uwagę, że niemiecka ustawa o równym traktowaniu (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, AGG*) z 2006 r. implementująca Dyrektywę 2000/78/WE nie wspomina o racjonalnych usprawnieniach. Natomiast Kodeks socjalny ujmuje je w kategoriach praw pozytywnych jednostki i zastrzega, że jest to jedynie prawo osób ze znaczną niepełnosprawnością (*Schwerbehinderte*).

⁴⁸ Nawet jeżeli usprawnienie nie stanowi nadmiernego obciążenia i jest zgodne z przepisami bhp, pracodawca może być zwolniony z jego dokonania, jeżeli wykaże nieracjonalność takiego rozwiązania.

ca nie wypełniając tego obowiązku, może skutecznie wykazać, że nawet jeżeli usprawnienie jest możliwe i racjonalne, to spowoduje dla niego zbyt duże obciążenie. Zgodnie z wytycznymi federalnej Komisji ds. Równych Szans w Zatrudnieniu (*Equal Employment Opportunity Commission*) obowiązek ten należy rozumieć jako: „modyfikacje i dostosowania” w zakresie procesu zatrudniania pracowników, organizacji środowiska pracy – w szczególności stworzenia możliwości wykonywania przez niepełnosprawnych pracowników „istotnych funkcji” na danym stanowisku, a także równego korzystania z przywilejów i dodatków pracowniczych⁴⁹.

Choć z prac ustawodawczych można wyczytać zamiar, by jako racjonalne usprawnienia rozumieć wszelkie dostosowania, które są efektywne dla pracownika, to sądy federalne USA w swoim orzecznictwie przyjmują, że kryterium „racjonalności” odnosi się do samego pracodawcy⁵⁰. Stanowisko to niewątpliwie osłabiło pozycję osób niepełnosprawnych. Stąd ważenie kosztów po stronie pracodawców i zysków po stronie osoby niepełnosprawnej wymagane jest już na etapie oceny racjonalności usprawnienia⁵¹. Podobne stanowisko Sąd Najwyższy przyjął w wyroku *U.S. Airways, Inc. v. Barnett*⁵², wyjaśniając, że nie słowo „racjonalne”, ale dopiero słowo „dostosowanie” (ang. *accommodation*) mieści w sobie kryterium efektywności. Tym samym usprawnienie zatrudnienia lub pracy osoby niepełnosprawnej musi być dla pracodawcy zarówno racjonalne, jak i w umiarkowany sposób obciążające⁵³.

W drugiej grupie państw znalazły się Holandia, Irlandia i Francja, które uznają, że racjonalne usprawnienie musi być efektywne dla osoby niepełnosprawnej. Zgodnie z tym stanowiskiem należy przeprowadzić dwustopniową

⁴⁹ L. Waddington, *When it is reasonable...*, *op. cit.*, s. 327.

⁵⁰ *Vande Zande v. Wisconsin Department of Administration*, 44 F.3d 538 (7th Cir. 1995). Sąd wyjaśnił, że „racjonalne środki” nakładają na pracodawców mniejszy obowiązek niż standard określony słowami „wszelkie dostępne środki”. Ocena racjonalności wymaga również oceny kosztów ponoszonych przez pracodawcę.

⁵¹ Komentowane orzeczenie krytykowane jest za brak faktycznego rozważenia kosztów i zysków w tej analizie. Por. C. R. Sunstein, *Cost-Benefit Analysis without Analyzing Costs or Benefits: Reasonable Accommodation, Balancing, and Stigmatic Harms*, University of Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 325 (2007), dostępny na: https://www.law.uchicago.edu/Lawecon/wkngPprs_301-350/325.pdf; M. A. Stein, *The Law and Economics of Disability Accommodations*, „Duke Law Review”, 2003 nr. 53, s. 79 cyt za: L. Waddington, *When...*, *op. cit.*, s. 330.

⁵² 535 U.S. 391 (2002).

⁵³ *Vande Zande v. Wisconsin Department of Administration*, 44 F.3d 538 (7th Cir. 1995). Sąd wyjaśnił, że „racjonalne środki” nakładają na pracodawców mniejszy obowiązek niż standard określony słowami „wszelkie dostępne środki”. Ocena racjonalności wymaga również oceny kosztów ponoszonych przez pracodawcę.

ocenę – po pierwsze, czy usprawnienie jest możliwe oraz czy jest efektywne dla niepełnosprawnego, a – po drugie, czy usprawnienie nie jest nieproporcjonalnie obciążające dla pracodawcy. W Holandii obowiązek pracodawcy polega na stworzeniu „efektywnych usprawnień, jeżeli są one potrzebne, chyba że pociągałyby nieproporcjonalne koszty”, przy czym należy wykazać, że usprawnienie było właściwe i odpowiednie dla niepełnosprawnego oraz że było konieczne (np. jako warunek wstępny wykonywania określonej pracy)⁵⁴. W Irlandii obowiązek dokonania racjonalnych usprawnień istniał już przed przyjęciem dyrektywy 2000/78/WE. Irlandzki pracodawca musi podjąć „właściwe środki” czyli środki efektywne i praktyczne w indywidualnym przypadku, takie jak adaptacja pomieszczeń czy sprzętu, planu czasu pracy czy podziału zadań, czy przeprowadzania szkoleń i udostępniania zasobów integracyjnych, inne niż środki (traktowanie, urządzenia czy rzeczy), które osoba niepełnosprawna może samodzielnie sobie zapewnić⁵⁵. Natomiast we Francji nakazane jest podjęcie „właściwych środków” stosownie do potrzeb niepełnosprawnego, chyba że pociąga za sobą nieproporcjonalne koszty⁵⁶.

W odniesieniu do trzeciej grupy państw wymagany jest po pierwsze podjęcie właściwych środków, które w sposób efektywny umożliwiają „osobie niepełnosprawnej dostęp do pracy, wykonywanie jej lub rozwój zawodowy, bądź przeszkolenie”⁵⁷. Dopiero gdy jest możliwe efektywne dostosowanie miejsca pracy do potrzeb osób niepełnosprawnych, należy ocenić koszty (nakłady, obciążenia), które za sobą pociągają. Jeżeli koszty okażą się nieproporcjonalne, to usprawnienie takie z definicji będzie nieracjonalne. Takie podwójne zastosowanie kryterium racjonalności ma miejsce również w brytyjskiej ustawie o dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność⁵⁸, a także ustawie łotewskiej⁵⁹, greckiej⁶⁰ oraz dekrete Wspólnoty Flamandzkiej w Belgii⁶¹.

⁵⁴ Art. 2 ustawy o równym traktowaniu osób niepełnosprawnych i przewlekłe chorych z 2004. Na tej podstawie Komisja ds. Równego Traktowania uznała, że wyższe opłaty egzaminacyjne dla osób niepełnosprawnych uzasadnione dłuższym czasem trwania egzaminu naruszają zakaz dyskryminacji.

⁵⁵ Art. 16 zmienionej ustawy o równości w zatrudnieniu z 1998 r.

⁵⁶ Art. L. 323–9–1 ustawy nr 2005–12 z 11 lutego 2005 r.

⁵⁷ L. Waddington, *When it is reasonable...*, *op. cit.*, s. 336.

⁵⁸ Art. 3A, 4A, 18B Disability Discrimination Act z 1995 r., c. 50, a obecnie art. 20 i 21 Equality Act z 2010 r.

⁵⁹ Art. 7 (3) Kodeksu Pracy z 2001 r.

⁶⁰ Art. 10 ustawy o niedyskryminacji (wprowadzeniu zasady równego traktowania ze względu na rasę czy pochodzenie etniczne, religię lub inne przekonania, niepełnosprawność, wiek czy orientację seksualną z 2005 r.

⁶¹ Art. 5 Dekretu Wspólnoty Flamandzkiej z 8 maja 2002 r. w sprawie proporcjonalnego udziału w zatrudnieniu.

W opinii Lisy Waddington TSUE może wzorować się na systemie brytyjskim, który najdłużej w Europie posługuje się koncepcją racjonalnych usprawnień nie tylko w zakresie zatrudnienia, ale i dostępu do usług. Już art. 3A (2) ustawy *Disability Discrimination Act* z 1995 r. stanowił, iż brak racjonalnych dostosowań jest jedną z form dyskryminacji. Natomiast art. 18 B zawiera katalog kryteriów oceny racjonalności – przy ocenie tej należy wziąć pod uwagę. Są to:

- a) stopień, w jaki podjęty środek zapobiega dyskryminacji;
- b) stopień praktyczności tego środka;
- c) koszty finansowe i inne, w tym stopień zakłócenia normalnego funkcjonowania zakładu pracy;
- d) zakres możliwości finansowych pracodawcy i jego innych zasobów;
- e) dostępność pomocy finansowej lub innej w podjęciu tego środka;
- f) charakter jego działalności i rozmiar przedsięwzięcia;
- g) jeżeli środek ten byłby podjęty względem gospodarstwa domowego
 - i. stopnia zakłócenia jego funkcjonowania;
 - ii. wpływu na inne osoby mieszkające w tym gospodarstwie⁶².

Podsumowując, wybór środków usprawniających należy do pracodawcy, który powinien wybrać te z możliwych, które są najbardziej efektywne dla pracownika, jeżeli ich podjęcie nie pociąga nadmiernych czy nieproporcjonalnych nakładów⁶³.

- c) Pojęcie „nieproporcjonalnie wysokich nakładów”

Art. 5 Dyrektywy 2000/78/WE w końcowej części przewiduje zwolnienie z obowiązku dokonania racjonalnych usprawnień, jeżeli pracodawca musiałby z tego powodu ponosić nieproporcjonalnie wysokie koszty⁶⁴. Oznacza to, że istnieje granica obowiązku dokonania racjonalnych usprawnień. Granica ta zależy jednak od konkretnego przypadku, przede wszystkim tego, jakie usprawnienia mają być wprowadzone oraz jakie są możliwości finansowe danego pracodawcy. Nieproporcjonalnymi nie są takie koszty, z których wystarczająca część jest pokryta z publicznych środków. Oznacza to, że im większe są publiczne

⁶² Aktualnie przepis ten został wprowadzony do art. 6 ust. 28 Kodeksu pracy.

⁶³ T. Lewis, *Proving disability and reasonable adjustments. A worker's guide to evidence under the Equality Act 2010*, 4. wydanie, 2011, s. 27–51.

⁶⁴ Koncepcja proporcjonalności środków jest dobrze ugruntowana w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (por. postanowienia, w których Trybunał podkreślił konieczność podejmowania przez państwo efektywnych środków na rzecz osób niepełnosprawnych – *Botta v. Włochy* z 24 lutego 1998 r. i *Zehnalova i Zehnal v. Czechy* z 14 maja 2002 r.) oraz Europejskiego Komitetu Praw Socjalnych (por. wyrok z 14 marca 2004 w sprawie 13/2002 *Autism-Europe v. Francji*). W sprawie *Autism-Europe* odrzucono argument rządu francuskiego, że środki usprawniające edukację dzieci autystycznych nie są podejmowane z powodu kosztów. J. E. Goldschmidt, *Reasonable...*, *op. cit.*, s. 47.

zasoby przeznaczone na politykę równości wobec osób niepełnosprawnych, tym większe są oczekiwania wobec pracodawców. W związku z powyższym należy spodziewać się, że między państwami członkowskimi wystąpią w tym zakresie znaczne różnice⁶⁵.

Dla interpretacji pojęcia „nieproporcjonalnie wysokich nakładów” ważny jest Motyw 21 Preambuły, który wyjaśnia, jakie kryteria należy w szczególności wziąć pod uwagę przy ocenie, czy nakłady są proporcjonalne. Są to koszty finansowe i inne poniesione w związku z usprawnieniami, a także „rozmiar organizacji lub środki finansowe, którymi dysponują przedsiębiorstwa oraz możliwość pozyskania środków publicznych lub jakiegokolwiek innej pomocy”⁶⁶. Dyrektywa nie wspomina nic o uwzględnieniu korzyści, jakie płyną z konkretnego usprawnienia dla osoby niepełnosprawnej, milcząco zakładając, że w każdym razie są one istotne dla jej integracji społecznej i zawodowej.

Niektóre państwa członkowskie w swoich ustawach implementujących Dyrektywę Ramową przewidziały dodatkowe kryteria oceny proporcjonalności nakładów. Dla przykładu brytyjska *Disability Discrimination Act* odwoływała się do kryterium praktyczności konkretnego usprawnienia⁶⁷. Natomiast ustawy austriacka i słowacka stwierdzają, iż nie są nieproporcjonalne takie nakłady, które są obowiązkowe na podstawie innych przepisów (o dostępności budynków itp.). Ustawa słowacka i hiszpańska nakazują poza tym brać pod uwagę korzyści, jakie niepełnosprawny osiągnie dzięki usprawnieniu lub odwrotnie – jakie niekorzystne skutki wynikają dla niepełnosprawnego, gdy usprawnienie nie zostanie dokonane. Niewielkie korzyści czyli niewiele wygodniejszy dostęp do zatrudnienia czy warunki pracy mogą zadecydować o tym, że nakłady zostaną uznane za zbyt wysokie⁶⁸.

Istotną różnicą między zapisem Dyrektywy 2000/78/WE a nowym projektem dyrektywy horyzontalnej jest wskazanie w tekście projektu (a nie w Preambule) przykładowych kryteriów, które należy uwzględnić przy ocenie proporcjonalności nakładów. Są to w szczególności: „wielkość, zasoby i charakter

⁶⁵ L. Waddington, A. Lawson, *Disability...*, *op. cit.*, s. 35.

⁶⁶ Dla porównania ADA używa określenia nadmiernego obciążenia („undue hardship”), które ocenia się wg: 1) natury i kosztów netto usprawnienia; 2) ogólnych zasobów finansowych zakładu pracy, liczby zatrudnionych pracowników oraz wpływu usprawnień na te wydatki i zasoby; 3) ogólnych zasobów finansowych pracodawcy, liczby zatrudnionych pracowników oraz liczby, typu i lokalizacji zakładów pracy; 4) typu działania pracodawcy; 5) wpływu usprawnień na działanie zakładu pracy, włączając w to wpływ na wykonywanie obowiązków pracowniczych przez innych pracowników oraz na prowadzenie działalności gospodarczej.

⁶⁷ Art. 18 B ust. 1 DDA.

⁶⁸ Por. L. Waddington, A. Lawson, *Disability...*, *op. cit.*, s. 36.

organizacji, szacowany koszt, cykl życia towarów i usług oraz możliwe korzyści ze zwiększenia dostępu dla osób niepełnosprawnych”. Podobne jest natomiast zastrzeżenie, iż obciążenia nie są nieproporcjonalne, jeżeli w wystarczającym stopniu są rekompensowane ze środków istniejących w ramach polityki równego traktowania prowadzonej przez dane państwo członkowskie.

7. Obowiązek wprowadzenia racjonalnych usprawnień wobec osób niepełnosprawnych w USA – przykłady dobrej praktyki

Wiele modelowych rozwiązań proponuje amerykańska ustawa ADA, a także Wytyczne Komisji ds. Równych Szans w Zatrudnienie (*US Equal Employment Opportunity Commission*)⁶⁹. Tytuł I ustawy ADA zobowiązuje pracodawców do dokonania racjonalnych usprawnień, przez co należy rozumieć:

- a) stworzenie osobom niepełnosprawnym równych szans w procesie zatrudnienia;
- b) umożliwienie wykwalifikowanym pracownikom z niepełnosprawnością wykonywania istotnych funkcji na ich stanowisku pracy;
- c) umożliwienie im równego korzystania z przywilejów pracowniczych.

Racjonalne usprawnienia w zakresie dostępu do zatrudnienia mogą oznaczać na przykład:

- a) konieczność wprowadzenia dużego druku kwestionariuszy osobowych;
- b) zapewnienie możliwości wypełnienia ich w formie komputerowej czy w innym formacie lub wypełnienia ich w domu;
- c) zorganizowanie testów kwalifikacyjnych lub rozmowy kwalifikacyjnej w miejscu dostępnym dla niepełnosprawnych;
- d) zezwolenie na pomoc osoby trzeciej przy wypełnianiu niezbędnych formularzy osoby niepełnosprawnej.

Usprawnienia w zakresie wykonywania istotnych funkcji na danym stanowisku pracy oznaczają w szczególności:

- a) zmianę planu pracy czy godzin pracy (np. zwiększenie ilości przerw na posiłki, ćwiczenia lub odpoczynek);
- b) modyfikację zadań pracownika;
- c) przeniesienie pracownika na nowe stanowisko;

⁶⁹ EEOC Enforcement Guidance on Reasonable Accommodation and Undue Hardship Under the Americans with Disabilities Act, 915.002 z 17 października 2002, dostęp na: <http://eeoc.gov/policy/docs/accommodation.html> Wytyczne te w szczegółowy sposób analizują obowiązujące prawo w świetle istniejącego orzecznictwa i praktyki.

- d) zatrudnienie tłumacza;
- e) zgodę na dodatkowe niepłatne dni wolne od pracy na rehabilitację;
- f) zmianę podziału zadań między pracownikami;
- g) wprowadzenie urządzeń przyjaznych pracownikom z określoną niepełnosprawnością.

W zakresie równego osiągnięcia korzyści i przywilejów z pracy racjonalne usprawnienia mają przede wszystkim dostosować środowisko pracy do możliwości osób niepełnosprawnych, a także usunąć bariery oraz zagrożenia dla ich bezpieczeństwa. Usprawnienia te powinny dotyczyć obsługi urządzeń (windy, telefonów, itp.) oraz dostępności budynku (dostosowanie transportu pracowników, przebudowa wejść, wydzielenie parkingów, itp.) i urządzenia pomieszczeń w zakładzie pracy. W praktyce usprawnienia zostaną dokonane poprzez zakup nowego sprzętu, dostosowanie dotychczasowego, reorganizację przestrzeni, a także poprzez zmianę polityki kadrowej.

Obowiązek racjonalnych usprawnień nie powstaje, jeżeli pracodawca nie był świadomy potrzeb lub jeżeli pociągają one za sobą nadmierne obciążenia. Do pracodawcy należy ocena, które środki usprawniające zostaną przyjęte i może skorzystać z poradnictwa wyspecjalizowanych organów na poziomie federalnym, stanowym i samorządowym. Ważne są również zasady, których pracodawcy powinni przestrzegać rozważając dokonanie racjonalnych usprawnień. Pracodawcy powinni szanować godność jednostki, zapewnić jej udział we wszystkich decyzjach, w tym o wyborze środków usprawniających, a także udział w rozwiązywaniu problemów, które jej dotyczą, wystrzegać się stygmatyzującego skutku usprawnień, gwarantować poufność informacji dotyczących stanu zdrowia pracowników oraz zezwalać dobrowolne ujawnienie tych informacji, okresowo monitorować, czy zastosowane środki usprawniające spełniają swoje funkcje i czy nie wymagają zmiany w związku ze zmieniającymi się potrzebami osób niepełnosprawnych⁷⁰.

Niezwykle istotna jest sama procedura związana z decyzją czy zostanie dokonane wprowadzenie racjonalnych usprawnień. Pracodawcy powinni kolejno:

- a) ustalić:
 - i) jakie ograniczenie stanowi przeszkodę w wykonywaniu pracy przez daną osobę;
 - ii) czy można je usunąć przy pomocy racjonalnych usprawnień;
 - iii) jakie jest stanowisko osoby w kwestii racjonalnych usprawnień zainteresowanej.

⁷⁰ Por. też *Practices of providing reasonable accommodation for persons with disabilities in the workplace 24 company case studies across Europe*, Austrian Institute for SME Research, Wiedeń 2008.

- b) zbadać przy udziale pracownika:
 - i) możliwe rozwiązania dotyczące racjonalnych usprawnień;
 - ii) możliwość ich przeprowadzenia;
 - iii) skuteczność tych rozwiązań dla poprawy możliwości wykonywania przez pracownika istotnych funkcji na danym stanowisku.
- c) wybrać najbardziej skuteczne rozwiązanie;
- d) monitorować funkcjonowanie usprawnień⁷¹.

Dla porównania warto przytoczyć przykłady rozstrzygnięć brytyjskiej Komisji ds. Praw Osób Niepełnosprawnych:

- a) Szkolenie pracownika w miejscu pracy: Kobieta, która jest upośledzona intelektualnie, pracuje przy pakowaniu jajek. Posiada dobre świadectwo potwierdzające jej wykształcenie zawodowe, ale zostaje zwolniona z pracy, ponieważ rzekomo jej zatrudnienie wymaga zbyt dużo dokształcenia. Pracodawca powinien zaproponować jej możliwość dokształcenia oraz zapewnić pomoc osoby trzeciej, dzięki której kobieta rozwinie własną technikę uczenia się. Powyższe działanie pracodawcy można zaliczyć jako racjonalne usprawnienie⁷².
- b) Pomoc w zrozumieniu postępowania dyscyplinarnego: Pan V. pracuje jako kelner. Ma upośledzenie intelektualne i niepełnosprawność słuchową. W związku z kłótnią, w którą V. się wdał z gościem lokalu, zostało wobec niego wszczęte postępowanie dyscyplinarne, którego znaczenia V. nie rozumie. V. nie umiał wytłumaczyć swojego zachowania, dlatego pracodawca przyjął to za przyznanie się do winy. V. został dyscyplinarnie zwolniony z pracy. Zwolnienie jest bezpodstawne, ponieważ pracodawca nie uwzględnił niepełnosprawności V⁷³.
- c) Pomoc w miejscu pracy: firma zatrudnia kobietę ze znacznym upośledzeniem intelektualnym, której w wykonywaniu czynności na stanowisku pracy pomaga jej opiekun. Opiekun ten przeszedł na emeryturę,

⁷¹ Informacja ze strony: <http://www.csun.edu/~sp20558/dis/reasonable.html>

⁷² Komisja ds. Praw Osób Niepełnosprawnych (Disability Rights Commission) – obecnie jako Komisja ds. Równości i Praw Człowieka, DCR/01/484, opinia z 24 stycznia 2004 w sprawie *Williams v. Walter Thompson Group Ltd.* Sąd po pierwsze bada, czy reakcja pracodawcy na prośbę dokonania racjonalnych usprawnień była racjonalnie uzasadniona. Dopiero jeżeli stwierdzi, że odmowa nie była uzasadniona, może stwierdzić, że doszło do dyskryminacji. Por. Inclusion Europe, *Wir kämpfen für unser Rechte, Anwendung des Antidiskriminierungsrechts zum Schutz von Menschen mit Behinderungen, Richtlinie des Rates 2000/78/EG. Bestehendes Fallrecht bezüglich Diskriminierung in Beschäftigung und anderen Bereichen*, s. 5.

⁷³ Komisja ds. Praw Osób Niepełnosprawnych, DCR/01/1142, opinia z 27 stycznia 2003 r..

a nowy opiekun odmawia pomocy w miejscu pracy, kobieta została zwolniona z powodu „stwarzania zagrożenia”. Pracodawca nie podjął żadnych racjonalnych usprawnień, aby kobieta mogła kontynuować zatrudnienie⁷⁴.

8. Wnioski

Trudności interpretacyjne wynikające z obowiązku dokonania racjonalnych usprawnień, które mogą pojawiać się niezależnie od treści ustaw implementujących Dyrektywę 2000/78/WE w państwach członkowskich UE, są nieuniknione. Należy dlatego zapewnić, by przyjęcie odpowiednich przepisów w tym zakresie wsparte było działaniem organu odpowiedzialnego za walkę z dyskryminacją i ochronę praw osób dyskryminowanych.

W Polsce obowiązek racjonalnych usprawnień w obszarze zatrudnienia i pracy wprowadzono dopiero na mocy przepisów zmieniających ustawę z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych w ustawie o równym traktowaniu⁷⁵. Zgodnie z art. 23a ust. 3 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej niedokonanie niezbędnych racjonalnych usprawnień uważa się za naruszenie zasady równego traktowania w zatrudnieniu w rozumieniu przepisów Kodeksu pracy. Do wejścia w życie tej zmiany 1 stycznia 2011 r. obowiązywały zatem tylko przepisy dotyczące przystosowania stanowiska pracy⁷⁶, które interpretowały racjonalne usprawnienia w bardzo wąski sposób.

Poza tym w polskim ustawodawstwie nadal brakuje jest ogólnej definicji racjonalnego dostosowania, która odpowiadałaby przepisom KPOzN i odnosiła się do wszystkich dziedzin życia⁷⁷. Brakuje także definicji osoby niepełnosprawnej, która byłaby przyjęta nie dla potrzeb orzekania o niepełnosprawności, ale dla celu ochrony przed dyskryminacją. Definicja ta nie powinna być zatem powiązana z oceną zdolności do pracy, ale uwzględniać nowe tendencje inter-

⁷⁴ Komisja ds. Praw Osób Niepełnosprawnych, DCR/02/4844, opinia z 27 stycznia 2003 r.

⁷⁵ Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 r. o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania, Dz. U. z 2010 r. Nr 254, poz. 1700.

⁷⁶ Art. 2 pkt. 8 ustawy o rehabilitacji zawodowej i społecznej odnosi się do „stanowiska pracy, które jest oprzyrządowane i dostosowane odpowiednio do potrzeb wynikających z rodzaju i stopnia niepełnosprawności”, Dz. U. z 1997 r. Nr 123 poz. 776.

⁷⁷ A. Lawson, Reasonable Accommodation and Accessibility Obligations: Towards a More Unified European Approach?, „European Anti-Discrimination Law Review”, 2010, nr 11, s. 11; M. Szeroczyńska, Polska droga..., *op. cit.*, s. 22.

pretacyjne w prawie UE, które uznają za niepełnosprawność także długoterminowe ograniczenia sprawności wynikające z przewlekłych lub nieuleczalnych chorób⁷⁸. Należy poza tym jasno określić kto jest zobowiązany do dokonania racjonalnych usprawnień, kiedy odmowa ich dokonania będzie uzasadniona, ze szczególnym uwzględnieniem tego, jakie usprawnienia uznaje się za racjonalne (efektywne dla osób niepełnosprawnych), a także jakie kryteria decydują o uznaniu nakładów za nieproporcjonalnie wysokie. W związku z tym, że obowiązek dokonania racjonalnych usprawnień jest korelatem prawa podmiotowego osób niepełnosprawnych należy określić również skutki (sankcje) niewykonania tego obowiązku.

THE DUTY TO PROVIDE REASONABLE ACCOMMODATION - REFLECTIONS ON THE CJEU JUDGMENT IN *JETTA RING* AND *LONE SKOUBOE WERGE* (C-335/11 AND C-337/11)

The Article posits that in *Jetta Ring* i *Lone Skouboe Werge* (C-335/11 and C-337/11) the CJEU has contributed to further evolution of the protection of persons with disabilities under the EU law and clarified the important difference between disability and illness. Following the UN Convention on Rights of Persons with Disabilities, as ratified by the EU in 2010, it held that disability covers a condition caused by a curable or incurable illness, which entails a long-term limitation in the full and effective participation in professional life on an equal basis with other workers. The limitation as such results from the interaction of human impairments with social barriers. Therefore, the termination of employment due to the employee's absence from work because of illness may constitute unlawful discrimination based on disability if the employer failed to provide the employee with reasonable accommodation in pursuance to Article 5 of the Framework Directive 2000/78/EC. The Article argues that significant differences in national laws implementing the relevant provisions of the Framework Directive lead to an unequal protection of the disabled across

⁷⁸ Por. pytanie prejudycjalne w sprawie C-363/12 z 12 lipca 2012 r. Pytanie dotyczy m.in. tego, czy odmowa udzielenia urlopu równoważnego z urlopem macierzyńskim lub urlopem z tytułu adopcji kobiecie, której niepełnosprawność nie pozwala urodzić dziecka, a której dziecko genetyczne urodziło się w drodze umowy o macierzyństwo zastępcze i która opiekuje się tym dzieckiem od chwili urodzenia, stanowi dyskryminację ze względu na niepełnosprawność.

the EU. Drawing the comparison with Americans with Disabilities Act the Article identifies the best practical examples of providing reasonable accommodation which give full effect to the ratio of this legislation.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 2 (194) 2013
Warszawa 2013

Maciej Domański ■

ZAWIERANIE MAŁŻEŃSTW PRZEZ OSOBY Z NIEPEŁNOSPRAWNOŚCIĄ INTELEKTUALNĄ I PSYCHICZNĄ W PRAWIE POLSKIM A KONWENCJA ONZ O PRAWACH OSÓB NIEPEŁNOSPRAWNYCH¹

Jedną z podstawowych zasad polskiego prawa rodzinnego jest ochrona rodziny i małżeństwa. Zasada ta ma rangę normy konstytucyjnej – art. 18 Konstytucji RP stanowi m.in., że małżeństwo i rodzina znajdują się pod opieką i ochroną Rzeczypospolitej Polskiej.

Zasada ta tradycyjnie jest ujmowana jako postulat (obowiązek) takiego ukształtowania poszczególnych instytucji prawnych, aby zapewnić małżeństwu i rodzinie na niej opartej optymalną realizację funkcji, które ustawodawca uznaje za najbardziej istotne dla społeczeństwa. Analiza poszczególnych instytucji prawa rodzinnego prowadzi do wniosku, że najważniejsze dla ustawodawcy są funkcje prokreacyjna i opiekuńczo-socjalizacyjna w stosunku do dzieci².

¹ Sporządzona w Nowym Jorku 13 grudnia 2006 r., ratyfikowana przez Polskę 6 września 2012 r., weszła w życie w stosunku do Polski 25 października 2012 r. (Dz. U. poz. 1169). Tytuł konwencji opublikowany w Dzienniku Ustaw brzmi: Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych. W tekście będę posługiwał się tytułem zgodnym z oficjalnym tłumaczeniem, które jednak z uwagi na brzmienie tytułu w języku angielskim *Convention on the Rights of Persons with Disabilities* może budzić pewne wątpliwości. Problem został dostrzeżony w polskiej doktrynie: zob. B. Mikołajczyk, *Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych jako nowy typ traktatu*, [w:] *Prawo międzynarodowe – teraźniejszość, perspektywy, dylematy. Księga Jubileuszowa Profesora Zdzisława Galickiego*, red. Elżbieta Mikos-Skuza, Katarzyna Myszone-Kostrzewa, Jerzy Poczobut, Warszawa 2013, s. 222.

² Zagadnienie zostało przedstawione w: M. Domański, *Względne zakazy małżeń-*

Ochrona małżeństwa i rodziny w powyżej przedstawionym znaczeniu wywarła silny wpływ na kształt i wykładnię przepisów regulujących zawarcie małżeństwa. Ustawodawca określił katalog cech wymaganych (czy też niedopuszczalnych) dla niewadliwego zawarcia małżeństw – zakazów małżeńskich – które tworzą kategorię prawnej możliwości zawarcia małżeństwa.

Katalog zakazów małżeńskich nie ma charakteru przypadkowego. Obojętne ograniczenia uznane zostały za konieczne, aby rodzina zbudowana na niewadliwie zawartym związku małżeńskim dawała szanse optymalnego realizowania wymienionych, doniosłych dla ustawodawcy, funkcji. Poszczególne zakazy małżeńskie czy też konstrukcja prawnej możliwości zawarcia małżeństwa może być postrzegana jako realizacja ochrony małżeństwa i rodziny w tradycyjnym znaczeniu³.

Przepisem realizującym, a może raczej będącym próbą realizacji tej zasady jest art. 12 k.r.o. Zgodnie z jego brzmieniem nie może zawrzeć małżeństwa osoba dotknięta chorobą psychiczną albo niedorozwojem umysłowym. W wyjątkowych tylko przypadkach sąd może zezwolić na zawarcie małżeństwa przez takie osoby, jeżeli ich stan zdrowia lub umysłu nie zagraża małżeństwu ani zdrowiu przyszłego potomstwa.

Regulacja uniemożliwiająca zawarcie małżeństwa osobom dotkniętym dysfunkcjami psychicznymi i intelektualnymi ma długą tradycję w polskim systemie prawnym. Przewidywał ją już art. 8 projektu prawa małżeńskiego z 1929 r. wskazując, że nie mogą zawrzeć małżeństwa osoby, które dotknięte są chorobą umysłową, nawet w okresie przytomności umysłu⁴.

Podobne rozwiązanie przyjęte zostało w art. 7 Dekretu prawo małżeńskie z 1945 r., który wprowadził bezwzględną przeszkodę małżeńską w postaci choroby psychicznej, nawet w okresie przytomności umysłu, oraz niedorozwoju psychicznego.

Odminną konstrukcję zawierał art. 9 Kodeksu rodzinnego z 1950 r. Zakaz zawierania małżeństw przez osoby dotknięte chorobą psychiczną i niedorozwojem psychicznym zyskał charakter względny. Sąd mógł zezwolić na zawarcie małżeństwa przez taką osobę, jeżeli jej stan zdrowia nie pozostawał w sprzeczności z istotą i celami małżeństwa. Rozwiązanie to, ze wskazanymi już zmianami terminologicznymi, zostało przejęte przez Kodeks rodzinny i opiekuńczy.

Wymienione przepisy, różniące się w szczegółach, łączyło jednak wspólne *ratio legis*. W barwny i bezpośredni sposób ujął je referent projektu z 1929 r.

skie, Warszawa 2013, s. 36 i n.

³ Ibidem, s. 42 i n.

⁴ Projekt prawa małżeńskiego uchwalony przez Komisję Kodyfikacyjną w dniu 28 maja 1929 r., Warszawa 1931.

– Karol Lutostański – który w 1931 r. pisał „Instytut małżeństwa wymaga prawnego ustroju, który ogranicza swobodę zawarcia małżeństwa wyłącznie ze względów na potrzebę przeszkodzenia w powstawaniu związków, nie odpowiadających powadze moralnej małżeństwa oraz podstawowym warunkom fizycznego i moralnego rozwoju rodziny, jako podstawy organizacji współczesnego państwa. W szczególności społeczeństwo i państwo mają obowiązek dbać o utrzymanie zdrowia rasy, od której dzielności zależy zdolność państwa do walki fizycznej i kulturalnej; ma ono też prawo do obrony przeciw ciężarom, jakie nam spadają przez rodzenie pokolenia o wartości ujemnej (...) Prawo musi swój wpływ ograniczyć (a) do stanowienia niezbędnych zakazów zawierania małżeństw przez osoby o wybitnie ujemnej wartości ustroju, szkodliwego czy to dla drugiego współmałżonka, czy dla wspólnego potomstwa”⁵. Do takich zakazów zaliczył wyłączenie możliwości zawierania małżeństw przez osoby „umysłowo chore” i ubezwłasnowolnione⁶. Odnosząc się już szczegółowo do art. 8 projektu, autor uzasadnienia wskazał, że przy ustanowieniu zakazu projekt kierował się „nie względami na brak dostatecznego rozeznania (...) lecz raczej względami na zasadniczą niezdolność umysłowo chorego do tego, aby mógł założyć rodzinę”⁷.

W późniejszym okresie uzasadnienie analizowanego zakazu, co prawda, nie było przedstawiane w sposób tak dobitny i bezpośredni, jednak pozostało w swej istocie niezmienione. Opierało się na założeniu, że osoby, które dotknięte są dysfunkcjami psychicznymi czy niepełnosprawnością intelektualną, nie mogą zawierać małżeństw i założyć rodziny, ponieważ z powodu tych ograniczeń zdrowotnych nie są w stanie stworzyć prawidłowo funkcjonującej rodziny (a więc takiej, która prawidłowo realizuje funkcje istotne dla państwa i społeczeństwa)⁸. Ponadto, zgodnie z przyjętymi założeniami, osoby takie nie są w stanie prawidłowo wywiązywać się z obowiązków wynikających z zawarcia małżeństwa.

Ujmując lapidarnie powyższe argumenty, można stwierdzić, że zgodnie z założeniami ustawodawcy osoby dotknięte pewnymi zaburzeniami nie są zdolne (w znaczeniu nie mają koniecznych kompetencji) do założenia rodziny⁹.

⁵ *Zasady projektu prawa małżeńskiego uchwalonego przez Komisję Kodyfikacyjną w dniu 28 maja 1929 r. opracował główny referent projektu Prof. Karol Lutostański, Warszawa 1931*, s. 43 i n.

⁶ j.w., s. 44.

⁷ j.w., s. 66.

⁸ Szczegółowo zagadnienie zostało przedstawione: M. Domański, *op. cit.*, s. 33 i n.

⁹ Tak przykładowo SN w uzasadnieniu uchwały z 9 maja 2002 r., III CZP 7/02, OSNC 2003/1/1, stwierdzając: *poszczególne systemy prawne zakazują zawierania związków małżeńskich przy zaistnieniu pewnych stanów faktycznych, które według poglądów panujących w danym społeczeństwie wykluczają prawidłowe powstanie i właściwe funkcjonowanie małżeństwa*

Drugim „filarem” *ratio legis* zakazu był argument eugeniczny – a więc obawa o płodzenie potomstwa obciążonego dysfunkcjami rodziców. Chodziło o wyłączenie możliwości „przekazania” chorób psychicznych i niepełnosprawności intelektualnej dzieciom. Argument wynika chociażby z ujęcia przesłanki udzielenia zezwolenia na zawarcie małżeństwa (art. 12 § 1 zd. 2 k.r.o.) – braku zagrożenia zdrowia przyszłego potomstwa. Należy podkreślić, że przesłanka ta jest rozumiana w orzecznictwie Sądu Najwyższego szeroko. Zagrożenie zdrowia przyszłego potomstwa należy pojmować w tym sensie, że „chodzi tu nie tylko o to, czy choroba psychiczna może być «przekazana» ewentualnemu potomstwu, ale także o to, czy stan psychiczny tej osoby nie wyłącza prawidłowego, zgodnego z przyjętymi zasadami, wychowania dzieci, i w ogóle wykonywania władzy rodzicielskiej”¹⁰. Zgodnie z takim zapatrywaniem zasadniczo osoby dotknięte wymienionymi zaburzeniami nie powinny posiadać potomstwa, ponieważ mogą „przenieść” na nie swoje choroby, a ponadto nie mają właściwych kompetencji wychowawczych dla prawidłowego wykonywania władzy rodzicielskiej.

Przesłanki udzielenia zezwolenia na zawarcie małżeństwa osobie chorej psychicznie lub dotkniętej niedorozwojem umysłowym – brak zagrożenia małżeństwa i zdrowia przyszłego potomstwa – są wymownym podkreśleniem jego „ochronnej” funkcji w tradycyjnym, powyżej zarysowanym znaczeniu.

Odminną konstrukcję od „ochronnej” i ograniczającego możliwość zawarcia małżeństwa podejścia polskiego ustawodawcy można dostrzec w aktach prawa międzynarodowego. Zgodnie z art. 12 EKPC mężczyźni i kobiety w wieku małżeńskim mają prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny zgodnie z ustawami krajowymi regulującymi korzystanie z tego prawa. Analogiczny przepis (choć bez podkreślenia heteroseksualnego charakteru małżeństwa) zawiera art. 8 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Wskazane akty prawne gwarantują prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny jako jedno z praw podmiotowych o charakterze osobistym. Takie ujęcie akcentuje prawo jednostki do zawarcia małżeństwa w odróżnieniu od tradycyjnych regulacji krajowych akcentujących raczej aspekt negatywny – ograniczenia czy zakazy małżeńskie.

Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny gwarantowane we wskazanych aktach prawa międzynarodowego nie jest nieograniczone. Zgodnie z wykładnią art. 12 EKPC dokonywaną w orzecznictwie ETPC państwa mają znaczny „margines oceny” przy regulowaniu zakresu tego prawa¹¹. Nie ozna-

¹⁰ Wyrok z 29 grudnia 1978 r., II CR 475/78, OSP 7/1980, poz. 141.

¹¹ L. Garlicki, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. I, *Komentarz do artykułów 1–18*, red. L. Garlicki, Warszawa 2010, s. 714.

cza to oczywiście arbitralności i pełnej dowolności w ustanawianiu jego ograniczeń (Trybunał wskazał na wymóg nienaruszania istoty prawa czy zachowanie proporcjonalności).

Analiza orzeczeń Trybunału prowadzi do wniosku, że dopuszczalne są ograniczenia materialnego zakresu analizowanego prawa oparte na ocenie interesu publicznego (dotyczące zdolności, świadomości zgody, pokrewieństwa czy bigamii¹²). Za dopuszczalne uznane zostało także ograniczanie (oczywiście spełniające określone standardy) prawa do zawarcia małżeństwa dla realizacji celów, takich jak: ochrona dzieci, środowiska rodzinnego czy realizacji pewnych potrzeb społecznych¹³.

Dotychczasowe, nieliczne zresztą, orzecznictwo dotyczące art. 12 EKPC nie wyłączyło, jak się wydaje, generalnie możliwości ograniczeń zawierania małżeństw ze względu na stan zdrowia nupturientów¹⁴, w szczególności opartych na przesłance interesu publicznego.

W ostatnim okresie w orzeczeniu Lashin przeciwko Rosji¹⁵ Trybunał stwierdził naruszenie art. 12 EKPC przez uniemożliwienie zawarcia małżeństwa osobie ubezwłasnowolnionej na gruncie prawa rosyjskiego. W orzeczeniu stwierdzone zostało jednak, że brak możliwości zawarcia małżeństwa był jedną z konsekwencji statusu skarżącego, który nie miał zdolności do czynności prawnych. Ponieważ Trybunał uznał, że procedura ubezwłasnowolnienia w prawie rosyjskim, jak również surowość i brak elastyczności prawa w zakresie skutków ubezwłasnowolnienia narusza art. 8 EKPC, nie było już potrzeby badania naruszenia art. 12.

Orzeczenie dotyczące przede wszystkim instytucji ubezwłasnowolnienia nie może jednak być interpretowane poprzez sformułowanie tezy, iż Trybunał całkowicie wyłączył możliwość ograniczenia prawa do zawarcia małżeństwa ze względu na stan zdrowia nupturientów (psychiczny i intelektualny) w szczególności z powołaniem na ochronę interesu społecznego

Prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny zostało zagwarantowane również w konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych. Zgodnie z jej art. 23 państwa mają obowiązek podjąć efektywne i odpowiednie środki „w celu likwidacji dyskryminacji osób niepełnosprawnych we wszystkich sprawach dotyczących małżeństwa, rodziny, rodzicielstwa i związków¹⁶, na zasadzie równości

¹² Frasik v. Poland, nr skargi 22933/02, Jaremicz v. Poland, nr skargi 24023/03.

¹³ B. and L. v. UK, nr skargi 36536/02.

¹⁴ L. Garlicki, op. cit. s. 718.

¹⁵ Orzeczenie z 22 stycznia 2013 r., nr skargi: 33117/02.

¹⁶ W wersji angielskiej: *relationships*, francuskiej: *relations personnelles*.

z innymi osobami”, a w szczególności do zapewnienia „prawa wszystkich osób niepełnosprawnych, które są w odpowiednim do zawarcia małżeństwa wieku, do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, na podstawie wolnej i swobodnie wyrażonej i pełnej zgody przyszłych małżonków”.

Istotne znaczenie dla wskazania zakresu praw gwarantowanych w konwencji ma zdefiniowanie pojęcia niepełnosprawności. Z uwagi na rozbieżność zdań w czasie jej tworzenia nie zdecydowano się na wprowadzenie zamkniętej definicji niepełnosprawności¹⁷. W art. 1 wskazane zostało jednak, że „do osób niepełnosprawnych zalicza się te osoby, które mają długotrwale naruszoną sprawność fizyczną, umysłową, intelektualną lub w zakresie zmysłów, co może, w oddziaływaniu z różnymi barierami, utrudniać im pełny i skuteczny udział w życiu społecznym, na zasadzie równości z innymi osobami”.

Nie budzi więc wątpliwości, że Konwencja odnosi się również do osób, u których niepełnosprawność wynika z problemów zdrowia psychicznego czy rozwoju intelektualnego. Stwierdzenie takie przesądza, że Konwencja gwarantuje prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny również takim osobom.

Wykładnia poszczególnych przepisów musi uwzględniać kontekst, jak również przedmiot i cel traktatu ujęty zarówno w jego tekście, jak też wstępie czy załącznikach (art. 31 konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów). Szczegółowe skonstruowanie normy art. 23 konwencji musi uwzględniać całość analizowanego dokumentu.

Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych jest aktem o ogromnym znaczeniu. Została ona określona jako pierwszy traktat międzynarodowy XXI wieku¹⁸. Cechuje go całościowość i wielowymiarowość ujęcia, jak również niezwykle szeroki przedmiot regulacji obejmujący bezprecedensowy pakiet praw i gwarancji dla osób z niepełnosprawnościami¹⁹.

Doniosłość analizowanego aktu wynika z fundamentalnej zmiany w odniesieniu do ujmowania samej niepełnosprawności. Tradycyjne podejście funkcjonujące od wielu lat można określić jako medyczny model niepełnosprawności. Była ona postrzegana jako problem wymagający rozwiązania – wyleczenia osoby z niepełnosprawności i dostosowania jej do życia w „normalnym”, „zdrowym” społeczeństwie²⁰. Przedstawiony model medyczny zakładał również, że osoby

¹⁷ A. S. Kanter, *The Promise and Challenge of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, „Syracuse Journal of the International Law & Commerce” vol. 34: 287, s. 291 i n. Wprowadzenie szczegółowej definicji mogłoby okazać się zbyt wąskie i posłużyć do wyłączenia pewnych grup spod ochrony konwencyjnej.

¹⁸ Ibidem, s. 306.

¹⁹ Ibidem, s. 289.

²⁰ L. Coffey, *A Rights – Based Claim to Surrogacy: Article 23 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, „Michigan State International Law Review” vol. 20: 2/2012, s. 265.

z niepełnosprawnością potrzebują przede wszystkim ochrony i opieki²¹. Podejście takie prowadziło jednak do ich uprzedmiotowienia, a w konsekwencji marginalizacji²². Istotne były nie osoby z niepełnosprawnością jako członkowie społeczeństwa, ale sama niepełnosprawność jako problem głównie medyczny.

Konwencja odrzuciła takie tradycyjne podejście i została oparta na społecznym modelu niepełnosprawności²³. Zgodnie z nim nie należy skupiać się na samej niepełnosprawności jako przedmiocie procedur medycznych czy też opieki, ale na relacjach osób z niepełnosprawnością ze społeczeństwem²⁴. Źródłem niepełnosprawności jest, zgodnie z prezentowanym podejściem, samo społeczeństwo, które tworzy bariery wykluczające pewne grupy²⁵. To społeczeństwo „niepełnosprawnia” jednostkę poprzez tworzenie barier ją wykluczających²⁶.

Zgodnie z punktem (e) preambuły konwencji strony uznają, że niepełnosprawność jest pojęciem ewoluującym i wynika ona z interakcji pomiędzy osobami z dysfunkcjami a barierami, które mają źródło w nastawieniu i środowisku, które utrudniają pełny i efektywny udział w społeczeństwie na równych zasadach z innymi.

Zaprezentowane społeczne podejście do niepełnosprawności ma na celu upodmiotowienie takich osób. Stają się one podmiotami zagwarantowanych w konwencji praw, a nie przedmiotami ochrony i opieki. Konwencja uznała osoby z niepełnosprawnością za pełnoprawnych obywateli i wartościowych członków społeczeństwa²⁷.

Podejście zakładające podmiotowość osób z niepełnosprawnością, przyznanie im szeregu praw musi implikować uznanie dla ich autonomii i swobody podejmowania przez nich decyzji. Zgodnie z punktem (n) preambuły, państwa – strony uznają znaczenie dla osób z niepełnosprawnościami ich osobistej autonomii i niezależności, w tym wolności dokonywania wyborów. W kolejnym

²¹ R. D. Dinerstein, *Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision – Making*, „Human Rights Brief”, Volume 19, Issue 2, Winter 2012, s. 9.

²² P. Bartlett, *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Mental Health Law*, „The Modern Law Review Volume”, 75, Issue 5, September 2012, s. 758.

²³ M. Waterstone, *Foreword: The Significance of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, „Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review”, Volume 33, Number 1 (2010) Fall 2010 – Symposium: The Significance of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, s. 3.

²⁴ P. Bartlett, op. cit.

²⁵ P. Bartlett, op. cit., 759, R. D. Dinerstein, j.w.

²⁶ L. Coffey, op. cit., s. 266.

²⁷ M. Waterstone, op. cit., s. 2.

punkcie podkreślone zostało, że osoby z niepełnosprawnościami powinny mieć możliwość aktywnego udziału w procesie podejmowania decyzji w zakresie polityk i programów również bezpośrednio ich dotyczących.

Fundamentem, na którym zbudowane są prawa osób z niepełnosprawnościami i ich gwarancje, jest więc poszanowanie autonomii i swobody dokonywania wyborów przez te osoby. Mają one być wciągnięte w proces decydowania o własnych sprawach.

Podstawowym instrumentem służącym realizacji praw gwarantowanych w konwencji jest uznanie, że wszystkie osoby z niepełnosprawnościami mają pełną zdolność prawną (czynną i bierną) podlegającą ochronie²⁸. Rozwiązanie takie ma zapewniać maksymalizację autonomii w podejmowaniu decyzji przez takie osoby²⁹.

Szczegółowa analiza problematyki art. 12 konwencji wykracza poza ramy niniejszego opracowania. Należy jednak podkreślić, że uznanie pełnej zdolności prawnej (na gruncie polskiego systemu prawnego należy mówić o zdolności do czynności prawnych, gdyż zdolność prawna – podmiotowość prawna – wszystkich ludzi nie budzi wątpliwości) jest podstawą i przesłanką dla innych praw gwarantowanych w konwencji, w szczególności prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny. Bez uznania zdolności do czynności prawnych osób niepełnosprawnych prawa te zostałyby pozbawione znaczenia³⁰ z uwagi na brak możliwości czynnego korzystania z nich.

Zgodnie z art. 1 celem konwencji jest promowanie, ochrona i zapewnienie pełnego i równego korzystania ze wszystkich praw człowieka i podstawowych wolności przez wszystkie osoby z niepełnosprawnościami, a także promowanie poszanowania ich przyrodzonej godności. Zgodnie z art. 2 podstawowymi zasadami konwencji są m.in. poszanowanie indywidualnej autonomii osób, w tym swobody dokonywania wyborów i ich niezależności, niedyskryminacji oraz pełnego i efektywnego udziału w społeczeństwie.

²⁸ P. Weller, *Supported Decision-Making and the Achievement of Non-Discrimination: The Promise and Paradox of the Disabilities Convention*, „Law in Context”, Volume 26, No 2 (2008), International Trends in Mental Health Laws – November 2008, s. 102 i n.

²⁹ I. Hoffman, G. Könczei, *Legal Regulations Relating to the Passive and Active Legal Capacity of Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities in Light of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Impending Reform of the Hungarian Civil Code*, „Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Volume 33, Number 1 (2010) Fall 2010 – Symposium: The Significance of the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, s. 163.

³⁰ A. Dhanda, *Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?*, „Syracuse Journal of the International Law & Commerce”, Vol. 34, No. 2 (2007), s. 461.

Konwencja, obok zagwarantowania pakietu praw i wolności osobom z niepełnosprawnościami, nałożyła na państwa obowiązek ich efektywnej realizacji. Zgodnie z art. 4, państwa „zobowiązują się do zapewnienia i popierania pełnej realizacji wszystkich praw człowieka i podstawowych wolności wszystkich osób niepełnosprawnych, bez jakiegokolwiek dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność”, w szczególności „przyjęcia wszelkich odpowiednich środków ustawodawczych, administracyjnych i innych w celu wdrożenia praw uznanych w (...) konwencji”. Ponadto zobowiązują się do „podjęcia wszelkich odpowiednich środków, w tym ustawodawczych, w celu zmiany lub uchylenia obowiązujących ustaw, przepisów wykonawczych, zwyczajów i praktyk, które dyskryminują osoby niepełnosprawne”. Oznacza to konieczność nie tylko tworzenia nowych regulacji w zgodzie z postanowieniami konwencji, ale również obowiązek przeglądu i dostosowania norm już obowiązujących.

Artykuł 23 konwencji interpretowany z uwzględnieniem zarysowanych uwarunkowań przesądza, że obowiązkiem państwa jest podjęcie wskazanych środków dla zapewnienia prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny wszystkim osobom z niepełnosprawnościami oraz jego ochrony na równych zasadach z osobami, które nie są dotknięte niepełnosprawnością. Państwo ma obowiązek powzięcia wszelkich kroków legislacyjnych, aby zapewnić możliwość zawarcia małżeństwa i założenia rodziny, tak aby wyeliminować dyskryminację osób z niepełnosprawnościami³¹.

Konwencja szczegółowo wskazała, jak należy rozumieć pojęcie dyskryminacji. Zgodnie z art. 2, dyskryminacja ze względu na niepełnosprawność oznacza każde rozróżnienie, wykluczenie czy ograniczenie oparte na niepełnosprawności, którego celem lub skutkiem jest ograniczenie lub odebranie uznania korzystania czy wykonywania wszelkich praw człowieka i podstawowych wolności w zakresie politycznym, ekonomicznym, socjalnym, kulturalnym, obywatelskim i innym na zasadzie równości z innymi osobami. Za dyskryminację uznaje Konwencja również odmowę racjonalnego usprawnienia³².

Wykładnia art. 23 konwencji uwzględniająca inne postanowienia konwencji prowadzi, jak się wydaje, do wniosku, że pozbawienie prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny oparte na określonej dysfunkcji zdrowotnej (psychicznej, fizycznej czy intelektualnej) należy uznać za dyskryminujące i niedopuszczalne w świetle jej postanowień.

Przyjęcie powyższego stanowiska oznaczałoby uznanie, że Konwencja w zakresie prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny wprowadza nowe

³¹ L. Coffey, op. cit., s., 291.

³² Definicja racjonalnego usprawnienia również została zawarta w art. 2 Konwencji.

rozwiązanie, poszerzając zakres tego prawa w stosunku do wcześniej obowiązujących regulacji międzynarodowych (czy też ograniczając zakres dopuszczalnych jego ograniczeń).

Zarysowany standard konwencyjny wymaga odniesienia do obowiązującego art. 12 k.r.o.³³. Nie ma potrzeby w niniejszym opracowaniu dokonywania szczegółowej krytycznej analizy tego przepisu. Została ona już przeprowadzona na wielu płaszczyznach³⁴ i w związku z tym należy odesłać do właściwej literatury³⁵. Konfrontując obowiązujący art. 12 k.r.o. z konwencją o prawach osób niepełnosprawnych należy stwierdzić, że jest on niezgodny w szczególności z jej art. 23. Wskazana norma Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego pozbawia prawa do zawarcia małżeństwa osoby z określoną etykietą diagnostyczną: dotknięte „chorobą psychiczną” i „niedorozwojem umysłowym”. Jest to rozróżnienie sytuacji prawnej w oparciu o pewien typ niepełnosprawności, pozbawiające znaczną grupę osób prawa gwarantowanego przez konwencję, a więc w świetle powyższych wywodów należałoby uznać za dyskryminujące.

Pomiędzy art. 23 konwencji a art. 12 k.r.o. występuje fundamentalna różnica. O ile art. 23 przyjmuje zasadę przyznającą wszystkim osobom dotkniętym niepełnosprawnościami prawo do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny (ewentualnie należy rozważać, w jakich okolicznościach prawo to może zostać ograniczone), o tyle art. 12 k.r.o. przyjmuje jako zasadę wyłączenie możliwości zawarcia małżeństwa przez wszystkie osoby dotknięte wskazanymi dysfunkcjami (a więc pozbawia ich prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny) z wprowadzeniem wyjątku od takiej zasady, gdy sąd może zezwolić na zawarcie małżeństwa.

Konkluzja, zgodnie z którą art. 12 k.r.o. jest niezgodny z art. 23 konwencji, nie jest szczególnie odkrywcza. Sprzeczność tę dostrzegł również rząd RP, który składając dokument ratyfikacyjny, złożył zastrzeżenie do art. 23 konwencji, zgodnie z którym Rzeczpospolita Polska zastrzegła sobie prawo do niestosowania postanowienia art. 23 ust. 1 lit. a konwencji do czasu zmiany przepisów

³³ Problem z ograniczeniem prawa do zawarcia małżeństwa można dostrzec również w art. 11 k.r.o. przewidującym zakaz zawierania małżeństw przez osoby ubezwłasnowolnione całkowicie. Zagadnienie jest jednak wycinkiem dużo szerszego problemu – zgodności (czy też raczej niezgodności) z konwencją (w szczególności jej art. 12) obowiązującej w prawie polskim instytucji ubezwłasnowolnienia. Norma art. 11 k.r.o. jest jedną z konsekwencji ubezwłasnowolnienia całkowitego, które pozbawia osobę ubezwłasnowolnioną zdolności do czynności prawnych. Zagadnienie to wykracza poza zakres niniejszego opracowania.

³⁴ W szczególności w zakresie braku skuteczności z punktu widzenia zakładanych celów.

³⁵ M. Domański, op. cit., s. 312 i n.

prawa polskiego. Do momentu wycofania zastrzeżenia Polska zagwarantowała sobie stosowanie art. 12 k.r.o.³⁶.

Przyjęte w konwencji rozwiązania mogą mieć jednak, przynajmniej potencjalnie, zdecydowanie dalej idące skutki w zakresie krajowych rozwiązań ograniczających możliwość zawarcia małżeństwa.

Konwencja, przyznając szereg praw osobom dotkniętym niepełnosprawnością, przyjęła założenie o konieczności włączenia takich osób do życia społecznego we wszystkich aspektach na równi z innymi osobami. Pełnia praw została również zagwarantowana w zakresie szeroko rozumianego życia rodzinnego i zagadnień prokreacyjnych. Artykuł 23 oprócz prawa do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny gwarantuje (ust. 1 pkt b) prawo osób z niepełnosprawnościami do swobodnego i odpowiedzialnego decydowania o liczbie i czasie urodzenia dzieci oraz zachowania zdolności rozrodczych na zasadzie równości z innymi osobami (pkt c). Ponadto na państwa nałożony został obowiązek zagwarantowania pełni praw i obowiązków osób niepełnosprawnych w zakresie m.in., opieki nad dziećmi (zależnie od specyfiki instytucji obowiązujących w poszczególnych systemach prawnych) jak również adopcji, z zastrzeżeniem jednak nadrzędności ochrony dobra dziecka (ust. 2).

Konwencja uznała więc pełne prawo do zakładania rodzin i swobodnego decydowania o ich kształcie oraz strukturze przez wszystkie osoby z niepełnosprawnościami. Stanowisko takie uzasadnia postawienie pytania nie tylko co do obowiązującego art. 12 k.r.o., ale ogólnych założeń legislacyjnych, jakie stały za jego wprowadzeniem.

Konwencja jako priorytet przyjęła autonomię, wolność, uczestnictwo we wszystkich przejawach życia społecznego osób z niepełnosprawnościami na zasadzie równości z innymi ludźmi. Stanowisko takie rodzi wątpliwości, czy pozbawienie osób z pewnymi dysfunkcjami prawa do zawarcia małżeństwa (jak również innych praw gwarantowanych w art. 23 konwencji) z uwagi na domniemany brak możliwości stworzenia „prawidłowej”, „zgodnej z interesem społecznym” rodziny jest w świetle jej postanowień dopuszczalne.

Szerokie gwarancje praw prokreacyjnych (zakaz ograniczania zdolności rozrodczych, prawo do swobodnego decydowania o liczbie dzieci, a nawet dostępu do procedury adopcyjnej) zdają się wskazywać, że celem twórców konwencji była delegitymizacja argumentów eugenicznych, co mogłoby stawiać pod znakiem zapytania możliwość ograniczania praw nie tylko z uwagi na „dbałość o czystość rasy”, ale również z uwagi na obawę o „zdrowie przyszłego potomstwa”.

³⁶ Dz. U. 2012 poz. 1070.

Silne zaakcentowanie w konwencji nieograniczonej właściwie autonomii w sferze małżeńskiej i rodzinnej stoi w opozycji do stanowiska tradycyjnie reprezentowanego w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym. Sfera zakazów małżeńskich jest nasycona elementami publicznymi i społecznymi (idea ochrony rodziny przez państwo). Dostrzegalne jest to chociażby w ujęciu przesłanek udzielenia zezwolenia na zawarcie małżeństwa w przypadkach występowania zakazów względnych: dobro rodziny (art. 10 k.r.o., a do 1998 r. również zgodność małżeństwa z interesem społecznym), brak zagrożenia małżeństwa i zdrowia przyszłego potomstwa (art. 12 k.r.o.) czy też specyficznie interpretowane ważne powody (art. 14 k.r.o.)³⁷. Co nie mniej istotne, zwłaszcza w kontekście hierarchii źródeł prawa obowiązującego w Polsce, podkreślić należy pewne „napięcie” pomiędzy przedstawionymi rozwiązaniami konwencji a Konstytucją RP. Cytowany już art. 18 Konstytucji, znajdujący się w pierwszym rozdziale Ustawy Zasadniczej zawierającym podstawowe zasady porządku konstytucyjnego³⁸ (a nie rozdziale o prawach i wolnościach jednostki), uwypukla ochronę rodziny, małżeństwa i rodzicielstwa³⁹. Jednocześnie prawo podmiotowe do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny nie zostało wyraźnie sformułowane w Konstytucji⁴⁰. Rozwiązanie takie oczywiście nie przesądza, że prawa takiego nie można konstruować w oparciu o ogólną zasadę godności człowieka (art. 30) czy prawo do ochrony prawnej życia rodzinnego (art. 47), ale zdaje się silnie akcentować doniosłość instrumentów publicznych w sferze stanowienia i stosowania prawa, mających chronić wskazane wartości konstytucyjne.

Szczególnie doniosłe znaczenie ma wskazana funkcja ochronna z punktu widzenia dobra dziecka. Ochrona dobra dziecka jest podstawową zasadą całego polskiego prawa rodzinnego⁴¹. Również Trybunał Konstytucyjny uznaje dobro

³⁷ Reprezentatywne w tym zakresie jest stwierdzenie Zbigniewa Wiszniewskiego „żaden powód nie jest tak ważny, aby uzasadniał zezwolenie na zawarcie małżeństwa społecznie niepożądanego, a więc takiego, które stwarzałoby niezdrową komórkę społeczną, a więc z góry skazaną na rozkład”, [w:] *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. B. Dobrzański, J. Ignatowicz, Warszawa 1975, s. 54 i n. Szerzej zob. M. Domański, op. cit., s. 336 i n.

³⁸ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 28 kwietnia 2003 r., K 18/02.

³⁹ L. Garlicki, *Komentarz do art. 18 Konstytucji RP*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz, tom III*, red. L. Garlicki, Warszawa 2003, s. 5.

⁴⁰ Ibidem., s. 3.

⁴¹ W. Stojanowska, *Rozwód a dobro dziecka*, Warszawa 1979, s. 11 i n., J. Wiñiarz, [w:] *System prawa rodzinnego i opiekuńczego*, red. J. S. Piątowski, Ossolineum 1985, s. 69 i n., T. Smoczyński, [w:] *System Prawa Prywatnego. Tom 11. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2011, s. 52 i n., T. Sokołowski, *Prawo rodzinne. Zarys wykładu*, Poznań 2008, s. 13, J. Ignatowicz, M. Nazar, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2010, s. 39, J. Strzebińczyk, *Prawo rodzinne*, Warszawa 2010, s. 41.

dziecka za konstytucyjną klauzulę generalną⁴². Służy ona zapewnieniu ochrony interesów małoletniego który sam może dochodzić tej ochrony jedynie w bardzo ograniczonym zakresie. Kluczowe znaczenie zasady dobra dziecka polega na wskazaniu dyrektywy rozstrzygania kolizji jego interesów i interesów innych osób, w szczególności rodziców, na korzyść dziecka⁴³. Realizację tej dyrektywy dostrzec można chociażby na gruncie polskiego prawa rozwodowego, gdzie art. 56 § 2 k.r.o. mimo spełnienia wszystkich pozostałych przesłanek rozwodowych i woli małżonków rozwiązania małżeństwa uniemożliwia orzeczenie rozwodu, jeżeli wskutek tego miałoby ucierpieć dobro wspólnych małoletnich dzieci. W oczywisty sposób regulacja ta daje priorytet ochronie dziecka ponad interesem małżonków.

Rozwiązania konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych mogą być interpretowane jako próba zawężenia możliwości stosowania argumentów „ochronnych” i „społecznych” w odniesieniu do ograniczeń możliwości zawarcia małżeństwa w oparciu o stan zdrowia nupturientów. Spojrzenie z punktu widzenia prawa podmiotowego do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny oraz silne jego gwarancje w odniesieniu do wszystkich osób z niepełnosprawnościami zdają się przenosić elementy tradycyjnie uznawane za domenę publiczną, otwartą na ograniczenia „w interesie społecznym”⁴⁴ do sfery prywatnej autonomii jednostki. Zgodnie z takim podejściem państwo nie mogłoby ograniczać możliwości zawarcia małżeństwa z uwagi na dysfunkcje, które (przynajmniej w jego ocenie) uniemożliwiają prawidłowe wywiązywanie się z obowiązków małżeńskich.

Potwierdzeniem powyższej obserwacji jest uznanie w art. 23 konwencji prawa wszystkich niepełnosprawnych do zawarcia małżeństwa i założenia rodziny z zastrzeżeniem jedynie, że ma to nastąpić na podstawie swobodnie wyrażonej i pełnej zgody przyszłych małżonków. Tylko w odniesieniu do praw i obowiązków w zakresie opieki nad dziećmi (art. 23 ust. 2) zastrzeżono nadrzędność dobra dziecka. Ocena dokonywana jest więc z punktu widzenia zdolności

⁴² Wyroki w sprawach K 18/02 (j.w.) oraz K 16/10 (wyrok z 11 października 2011 r.).

⁴³ Co nie oznacza oczywiście zupełnego pomijania interesu rodziców. Zob. Trybunał Konstytucyjny w sprawie K 18/02, Sąd Najwyższy w uchwale z 9 czerwca 1976 r., *Zalecenia kierunkowe w sprawie wzmocnienia ochrony rodziny*, III CZP 46/75, OSNC 9/1976, poz. 184, Z. Radwański, *Pojęcie i funkcja „dobra dziecka” w polskim prawie rodzinnym i opiekuńczym*, *Studia Cywilistyczne* t. 31, 1981, s. 14 i n., W. Stojanowska, *Władza rodzicielska pozamałżeńskiego i rozwiedzionego ojca. Studium socjologiczno-prawne*, Warszawa 2000, s. 31 i n.

⁴⁴ Dobro dziecka jest tradycyjnie uznawane za kryterium interesu społecznego. Tak w szczególności Uchwała SN z III CZP 46/75, jw., Podobnie: W. Stojanowska [w:] *System Prawa Prywatnego. Tom 11. Prawo rodzinne i opiekuńcze*, red. T. Smoczyński, Warszawa 2011, s. 599 i n.

do złożenia oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński, a nie zdolności do założenia rodziny i możliwości wywiązywania się z obowiązków małżeńskich czy rodzicielskich.

Interpretacja konwencji podważająca tradycyjną funkcję ochronną prowadziłaby do paradoksalnej sytuacji, gdy pewne ograniczenia powinny być uznane za dyskryminujące i niedopuszczalne z punktu widzenia konwencji, ale dopuszczalne (a może nawet wskazane) z punktu widzenia Konstytucji i założeń prawa rodzinnego. Szczegółowe rozwiązania prawa rodzinnego, jak chociażby art. 12 k.r.o., mogą być oceniane jako nieskuteczne, nieproporcjonalne i w związku z tym niespełniające standardów praw i wolności człowieka. Systemowy problem z treścią art. 23 konwencji polega na tym, że jego interpretacja może prowadzić do wniosku, iż tego typu ograniczenia w ogóle nie powinny być rozważane ponieważ *en bloc* są niedopuszczalne jako dyskryminujące.

Regulacje prawne nie są w stanie zmienić rzeczywistości, w której istnieje grupa osób, które z uwagi na głębokie dysfunkcje zdrowotne nie mogą (czasowo czy długotrwale) uczestniczyć w obrocie prawnym na równi z osobami zdrowymi i w związku z tym nie mogą zawrzeć małżeństwa oraz założyć rodziny na nim opartej. Prawa i wolności jednostki nie mają również charakteru nieograniczonego, a ich zakres zawsze określa kolizja z innymi prawami i wolnościami. Dopuszczalność ograniczeń korzystania z czynnej zdolności prawnej dopuszcza również art. 12 ust. 4 konwencji.

Znalezienie optymalnych rozwiązań, które byłyby dopuszczalne z punktu widzenia praw i wolności osób z niepełnosprawnościami, ale jednocześnie uwzględniały szerszy kontekst społeczny, konstytucyjny oraz specyfikę, tradycje i cele rozwiązań krajowych, jest niezwykle trudne. Biorąc pod uwagę analizę obowiązujących regulacji prawa rodzinnego, praktykę ich funkcjonowania, jak również treść konwencji, być może poszukiwanie odpowiedniego rozwiązania, w zakresie zawarcia małżeństwa przez osoby dotknięte dysfunkcjami zdrowotnymi, powinno zostać oparte na kryterium świadomości i swobody wyrażenia woli przez nupturientów. Kryterium to zostało wskazane w samej treści art. 23 konwencji. Rozwiązanie takie z jednej strony stanowiłoby realizację autonomii i wolności osób z niepełnosprawnościami (a więc zgodne byłoby z celami i założeniami konwencji), z drugiej strony, mogłoby być również bardziej efektywnym środkiem ochrony małżeństwa i rodziny niż obowiązujący art. 12 k.r.o. (czy też jego modyfikacje). Przykładowo tylko można wskazać, że dla biegłego psychiatry ocena zdolności do złożenia świadomego oświadczenia o wstąpieniu w związek małżeński z właściwym rozeznaniem mogłaby być zdecydowanie łatwiejsza i bardziej jednoznaczna niż antycypowanie, czy stan zdrowia badanego nie będzie zagrażał małżeństwu, zdrowiu potomstwa, czy też na ile nupturient będzie mógł

wywiązywać się z obowiązków małżeńskich⁴⁵. Istotne byłoby stworzenie mechanizmu pozwalającego na ocenę *ex ante* wskazanych elementów przed złożeniem oświadczeń o wstąpieniu w związek małżeński tak, aby nie dopuścić do zawarcia małżeństwa, którego niewadliwość mogłaby być później kwestionowana.

*

Przedstawione powyżej rozważania sygnalizują jedynie drobny wycinek zagadnień, z jakimi będzie musiał zmierzyć się ustawodawca w związku z ratyfikacją przez Polskę konwencji o prawach osób niepełnosprawnych. Zagadnienia, których dotyka Konwencja, wbrew pobieżnemu oglądowi, dotyczą kwestii niezwykle wrażliwych społecznie i kontrowersyjnych, takich jak: prokreacja osób z niepełnosprawnościami, edukacja seksualna, przysposobienie przez osoby z niepełnosprawnościami itd. Wydaje się, że doniosłość i znaczenie konwencji, jak również pewne zagrożenia dla spójności systemu prawnego z niej wynikające, nie były i nadal nie są w wystarczającym stopniu dostrzegane. Tymczasem wiele jej rozwiązań w konfrontacji z tradycyjnymi konstrukcjami i poglądami może zostać określone pojęciem często stosowanym w literaturze w odniesieniu do zastąpienia opieki substytucyjnej modelem asystencyjnym (art. 12 konwencji): *paradigm shift*⁴⁶. Na koniec można również skonstatować, że zdecydowanie bardziej pogłębiona dyskusja powinna toczyć się już na etapie poprzedzającym ratyfikację tak ważnej i dalekiej w skutkach umowy międzynarodowej.

⁴⁵ O problemach z oceną przesłanek udzielenia zezwolenia na podstawie art. 12 k.r.o. zob. M. Domański, op. cit., s. 273 i n.

⁴⁶ Szczegółowe odesłania bibliograficzne zob. R. D. Dinerstein, op. cit., s. 8 przypis 3.

CONTRACTING MARRIAGE BY PERSONS WITH INTELLECTUAL AND MENTAL DISABILITIES ACCORDING TO POLISH LAW AND THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES

According to Polish legal system it is not possible for persons affected by „mental illness” or „mental retardation” to marry (article 12 Family and Guardianship Code). As an exception to this rule, the Court may authorize the conclusion of such marriage, if the person’s condition does not put „marriage” or „the future health of the offspring” in hazard. This adjustment was justified by the traditional understanding of the principle of the protection of marriage and family, concern about the lack of „capability” of the patient to meet one’s marriage commitments, the recognition of lack of parental competences in people with mental disabilities and mental illness, and the danger of „transferring” the illness to the children of parents.

Acts of international law provide for a different design, accenting the right to marry and to found a family (article 12 European Convention on Human Rights). For people with disabilities, article 23 of the Convention on the Rights of Persons With Disabilities which guarantees the right to marry and to found a family of all persons with disabilities, including mental and intellectual, is of particular importance.

The conventional solutions analysis leads to the conclusion that not only the current article 12 Family and Guardianship Code is contrary to the Convention but to establish similar restrictions based on the health status of the betrothed could be regarded as discriminatory and contrary to the Convention.

It should be noted that the progressive interpretation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities can lead to conflicts between solutions of the act of international law and the national rules of family law which are based on the traditionally understood principles of the protection of the family and child welfare. It is therefore necessary to find solutions and develop compromise in the process of adaptation of Polish law to the requirements of conventional solutions.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 2 (194) 2013
Warszawa 2013

Paweł Kubicki ■

BARIERY W EDUKACJI WŁĄCZAJĄCEJ

Wstęp

Edukacja włączająca¹, rozumiana jako edukacja osoby z niepełnosprawnością² w ogólnodostępnej placówce edukacyjnej najbliższej miejsca zamieszkania, jest w teorii prawem każdego dziecka. Wskazuje na to wyrażenie Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych, bowiem zgodnie z art. 24 ust. 1 każda osoba z niepełnosprawnością (dalej OzN) ma prawo do edukacji bez dyskryminacji i na zasadach równych szans, a sygnatariusze Konwencji powinni zapewnić włączający system kształcenia umożliwiający integrację na wszystkich poziomach edukacji i w kształceniu ustawicznym. Artykuł 24 ust. 2 zakazuje również wykluczania OzN z powszechnego systemu edukacji ze względu na niepełnosprawność, nakazując jednocześnie wprowadzenie racjonalnych usprawnień, zgodnie z indywidualnymi potrzebami oraz niezbędnego wsparcia w ramach

¹ Istniejący w literaturze termin *inclusive education* nie odpowiada polskiemu tłumaczeniu *edukacja integracyjna* ze względu na istnienie w Polsce specyficznej formy nauczania, jaką są oddziały integracyjne. Stąd termin *edukacja włączająca*, który odpowiada edukacji w placówkach ogólnodostępnych. Patrz np. oficjalne polskie tłumaczenie Deklaracji z Salamanki, które poprzez użycie określenia *szkoły integracyjne* sprawia wrażenie, że jest to promowana forma edukacji, gdy z kontekstu wynika, że mowa jest o placówkach ogólnodostępnych (*Deklaracja z Salamanki oraz wytyczne dla działań w zakresie specjalnych potrzeb edukacyjnych, przyjęte przez światową konferencję dotyczącą specjalnych potrzeb edukacyjnych: dostęp i jakość*, Salamanka, Hiszpania, 7–10 czerwca 1994 r.).

² W tekście celowo zamiast określenia osoba niepełnosprawna używam określenia osoba z niepełnosprawnością. Jednocześnie ograniczam obszar zainteresowań do osób z niepełnosprawnościami, a nie wszystkich o specjalnych potrzebach edukacyjnych, w tym np. dzieci zdolnych.

powszechnego systemu edukacji³. Równość w dostępie do edukacji gwarantuje również Konstytucja RP, bowiem zgodnie z art. 70 każdy ma prawo do nauki (...). Władze publiczne zapewniają obywatelom powszechny i równy dostęp do wykształcenia (...) oraz podstawowy akt prawny dotyczący edukacji, jakim jest w naszym kraju ustawa z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty (Dz. U. z 2004 r. Nr 256, poz. 2572 ze zm.). Zgodnie z art. 1: System oświaty zapewnia w szczególności: (...) możliwość pobierania nauki we wszystkich typach szkół przez dzieci i młodzież niepełnosprawną oraz niedostosowaną społecznie, zgodnie z indywidualnymi potrzebami rozwojowymi i edukacyjnymi oraz predyspozycjami, a także opiekę nad uczniami niepełnosprawnymi przez umożliwianie realizowania zindywidualizowanego procesu kształcenia, form i programów nauczania oraz zajęć rewalidacyjnych (...). Omówienie obowiązujących przepisów prawa oraz działań dotyczących edukacji osób z niepełnosprawnością można znaleźć także w uzasadnieniu do przyjęcia ustawy o ratyfikacji Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych (druk sejmowy 408, s. 74–94).

Jednocześnie edukacja taka, choć w teorii w pełni możliwa, w praktyce napotyka na szereg barier. Niniejszy tekst poświęcony jest ich omówieniu z perspektywy obowiązujących przepisów, tzn. próbie skatalogowania sytuacji konfliktowych i problemów w ramach edukacji włączającej wynikających z niejednoznacznych przepisów, jak i ich błędnej interpretacji. Podstawę do analizy stanowią sprawy zgłoszone w ramach projektu „Wszystko jasne – dostępność i jakość edukacji dla uczniów niepełnosprawnych”⁴ oraz moja działalność jako społecznego rzecznika uczniów niepełnosprawnych w wyżej wymienionym projekcie.

Metodologia

W 2012 r., czyli w czasie pełnienia przeze mnie funkcji społecznego rzecznika, na konta mailowe projektu wpłynęło prawie 3000 maili, a wysłano ponad 1800 odpowiedzi. Część tej korespondencji to były oficjalne zaproszenia czy dyskusje robocze w ramach zespołu projektowego, jednak większość stanowiły pytania od rodziców, bądź w mniejszym zakresie nauczycieli i dyrektorów placówek niepublicznych. Niekiedy wymiana korespondencji w pojedynczej sprawie

³ Szerzej patrz: P. Kubicki, *Równy dostęp do edukacji osób z niepełnosprawnościami*, [w:] *Zasada równego traktowania*, „Prawo i praktyka” nr 6, *Ochrona praw osób z niepełnosprawnościami – najważniejsze wyzwania po ratyfikowaniu przez Polskę Konwencji ONZ o Prawach Osób Niepełnosprawnych*, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa 2012, s. 34–40.

⁴ Patrz strona projektu: www.wszystkojasne.waw.pl

sięgała kilkudziesięciu maili, choć i były proste pytania zajmujące dokładnie jeden mail. Jeśli doliczyć do tego kilkaset rozmów telefonicznych przeprowadzonych z służbowego telefonu w zaokrągleniu wypada około 1000 osób, które zgłosiły jakiś problem związany z edukacją uczniów z niepełnosprawnościami. Spośród wszystkich zgłaszanych kwestii wybrałem te, które powtarzały się przynajmniej kilkakrotnie, jak i nie dotyczyły ewidentnej złej woli i łamania prawa przez szkołę czy władze samorządowe, ale były wynikiem odmiennych interpretacji przepisów bądź ich braku⁵. W dalszej kolejności uporządkowałem je od najbardziej ogólnych do szczegółowych i starałem się stworzyć bloki tematyczne skupiające zagadnienia z danych obszarów. W efekcie uzyskałem trzy kluczowe obszary problemowe, które wynikają z definiowania niepełnosprawności i systemu orzecznictwa, finansowania wsparcia i na koniec zasad i kryteriów jego udzielania.

Definiowanie i orzekanie o niepełnosprawności

Sposób definiowania niepełnosprawności i OzN nie jest prostym opisem stanu faktycznego, ale odzwierciedleniem postaw całego społeczeństwa wobec niepełnosprawności i przemian podejścia do tej kwestii w polityce społecznej. W opracowaniach eksperckich⁶ opisujących kluczowe zmiany wyraźnie widać przejście z podejścia bardziej medycznego, koncentrującego się na braku sprawności i deficytach jednostki, do podejścia społecznego nakierowanego na funkcjonowanie osoby z niepełnosprawnością w społeczeństwie⁷. Biorąc jednak pod uwagę fakt, że w Polsce nie istnieje jedna spójna dla wszystkich aktów prawnych definicja niepełnosprawności, podobnie jak nie ma jednego spójnego systemu

⁵ Patrz też specjalny Informator dla rodziców, który miał pomóc im w uzyskaniu odpowiedzi na najczęściej powtarzające się pytania: <http://www.wszystkojasne.waw.pl/informator-dla-rodzicow/>

⁶ A. I. Brzezińska, P. Rycielski, K. Sijko, *Wyzwania metodologiczne. Diagnoza potrzeb i ewolucja wsparcia wśród osób z ograniczeniami sprawności*, Warszawa 2010, s. 11–20; B. Kołaczek, *Polityka społeczna wobec osób niepełnosprawnych*, Warszawa 2012, s. 42–45; A. Roulstone, S. Prideaux, *Understanding disability policy*, Bristol 2012, s. 1–20; S. Shah, M. Priestley, *Disability and social change – private lives and public policies*, Bristol 2010, s. 5–22; Z. Woźniak, *Niepełnosprawność i niepełnosprawni w polityce społecznej – społeczny kontekst medycznego problemu*, Warszawa 2008, s. 36–110.

⁷ S. Golinowska, *Demedykalizacja niepełnosprawności i jej konsekwencje instytucjonalne*, „Polityka Społeczna”, nr monograficzny, Warszawa 2012, s. 2–5; K. Kurowski, *Niepełnosprawność i osoba niepełnosprawna – od medycznego do społecznego modelu niepełnosprawności*, [w:] *Zasada równego traktowania*, „Prawo i praktyka” nr 6, op. cit., s. 8–15.

orzecznictwa⁸ należy stwierdzić, że równie niejednoznaczne jest podejście do problematyki niepełnosprawności polskiego społeczeństwa.

Problem ten został dobrze opisany w uzasadnieniu do rządowego projektu ustawy o ratyfikacji Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych: Polska polityka dotycząca osób niepełnosprawnych, szczególnie w zakresie organizowania oparcia społecznego dla osób niepełnosprawnych, oparta jest w dalszym ciągu, w znacznej mierze, na modelu działania „na rzecz osób niepełnosprawnych”, który czyni osoby niepełnosprawne raczej przedmiotem oddziaływania instytucji i różnych podmiotów. Ratyfikowanie konwencji stymulować będzie rozpoczętą już zmianę podejścia. Przyczyni się zatem do zbudowania bardziej kompleksowego podejścia do problematyki osób niepełnosprawnych przez wszystkie ministerstwa i do rzeczywistej realizacji idei zintegrowanego podejścia do niepełnosprawności, to jest włączania problematyki niepełnosprawności w główny nurt polityki realizowanej na różnych szczeblach zarządzania państwem, z czym związane jest stopniowe odchodzenie od tworzenia struktur, programów i innych instrumentów tylko dla osób niepełnosprawnych (szkoły specjalne, zakłady aktywności zawodowej), na rzecz rozwiązywania problemów tych osób w ramach głównych obszarów polityki państwa. (Druk sejmowy nr 408, s. 13)

Z perspektywy ucznia z niepełnosprawnością kluczowy jest system orzekania o niepełnosprawności stosowany w oświacie⁹. W jego ramach za dzieci niepełnosprawne uznaje się uczniów, którzy uzyskali w poradni psychologiczno-pedagogicznej orzeczenie o potrzebie kształcenia specjalnego z tytułu niepełnosprawności. Są to dzieci: 1. niesłyszące, 2. słabosłyszące, 3. niewidome, 4. słabowidzące, 5. z niepełnosprawnością ruchową, w tym z afazją, 6. z upośledzeniem umysłowym w stopniu lekkim, 7. z upośledzeniem umysłowym w stopniu umiarkowanym lub znacznym, 8. z autyzmem, w tym z zespołem Aspergera, 9. z niepełnosprawnościami sprzężonymi¹⁰. Należy zwrócić uwagę, że choć

⁸ S. Golinowska, A. Sowa, A. Wilmonska-Pietruszyńska, *Funkcjonowanie orzecznictwa lekarskiego oraz działalność lekarzy orzeczników w systemie zabezpieczenia społecznego i wspierania zatrudnienia*, „Polityka Społeczna”, nr monograficzny, Warszawa 2012, s. 26–32.

⁹ Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 18 września 2008 r. w sprawie orzeczeń i opinii wydawanych przez zespoły orzekające działające w publicznych poradniach psychologiczno-pedagogicznych (Dz. U. Nr 173, poz. 1072). Patrz też: M. Lempart, *Wybrane problemy orzecznictwa w zakresie potrzeby kształcenia specjalnego, Zasada równego traktowania*, „Prawo i praktyka” nr 3, *Równe szanse w dostępie do edukacji osób z niepełnosprawnościami. Analiza i zalecenia*, Warszawa 2012, s. 73–80.

¹⁰ Par. 1 Rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z dnia 17 listopada 2010 r. w sprawie warunków organizowania kształcenia, wychowania i opieki dla dzieci i młodzieży niepełnosprawnych oraz niedostosowanych społecznie w przedszkolach, szkołach i oddziałach ogólnodostępnych lub integracyjnych (Dz. U. 2010 Nr 228, poz. 1490).

przepisy wyraźnie mówią o możliwości edukacji włączającej, to wciąż część zwrotów językowych stosowanych w wyżej wymienionych rozporządzeniach ma charakter segregacyjny, np. orzeczenie o potrzebie kształcenia specjalnego, czy specjalna organizacja metod nauki, co stanowi pozostałość po dominującym w przeszłości modelu kształcenia OzN w placówkach specjalnych¹¹.

Drugim kluczowym dokumentem, który nie dotyczy bezpośrednio oświaty, ale jest wymagany do uzyskania pomocy w ramach systemu lokalnej polityki społecznej, a w szczególności pomocy społecznej, jest orzeczenie o niepełnosprawności wydane przez Miejskie/Powiatowe Zespoły ds. Orzekania o Niepełnosprawności (PZON)¹². Jest wspomniany także dlatego, że często rodzice próbowali łączyć oba te systemy wsparcia, co jest działaniem w pełni racjonalnym, gdy niektórzy przedstawiciele władz samorządowych traktowali je jako zasoby alternatywne i np. w przypadku rozbudowanej pomocy w ramach placówki edukacyjnej odmawiali bądź minimalizowali zakres wsparcia w ramach pomocy społecznej i np. godzin specjalistycznych usług opiekuńczych. Oba te systemy, choć nie stoją w sprzeczności z Konwencją ONZ o prawach osób niepełnosprawnych, to jednocześnie w żaden sposób się do niej nie odwołują, ani na poziomie definiowania niepełnosprawności, ani zobowiązań.

Istnienie dwóch odrębnych systemów, które cechują inne kryteria orzekania, jak i odmienny sposób formułowania zaleceń, z całą pewnością utrudnia synchronizację wsparcia udzielanego w ramach systemu edukacji, z tym udzielanym w ramach systemu pomocy społecznej. Zdarzają się też przypadki, że dziecko uznane za niepełnosprawne przez PZON nie ma szans na uzyskanie analogicznego orzeczenia w ramach poradni psychologiczno-pedagogicznej, w szczególności w przypadku chorób przewlekłych bądź specyficznych całościowych zaburzeń rozwoju, które nie zostaną zaklasyfikowane jako autyzm. Podwójne orzecznictwo wymusza stawienie się rodziców i dziecka na dwóch komisjach i przygotowanie dwóch kompletów zaświadczeń i opinii lekarskich. Jest to

¹¹ Aktualne statystyki dotyczące uczniów z orzeczoną niepełnosprawnością w ramach systemu edukacji można znaleźć na stronach Systemu Informacji Oświatowej (stan na 30 września 2011 r.): <http://www.cie.men.gov.pl/index.php/dane-statystyczne/139.html>, natomiast dokładną analizę danych za rok 2010 w tekście: A. Dudzińska, *Uczniowie z niepełnosprawnościami w Polsce wg danych Systemu Informacji Oświatowej 2010, Zasada równego traktowania*, „Prawo i praktyka” nr 3, op. cit., s. 121-192.

¹² Ustawa z dnia 27 sierpnia 1997 r. o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych (Dz. U. Nr 123, poz. 776, ze zmianami); Rozporządzenie Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 1 lutego 2002 r. w sprawie kryteriów oceny niepełnosprawności u osób w wieku do 16 roku życia (Dz. U. Nr 17, poz. 162), Rozporządzenie Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 15 lipca 2003 r. w sprawie orzekania o niepełnosprawności i stopniu niepełnosprawności (Dz. U. Nr 139, poz. 1328).

niezwykle czasochłonne, a przy utrudnionym dostępie do lekarzy specjalistów w ramach publicznej służby zdrowia wiąże się z kosztami prywatnych wizyt. Koszt ten, w zależności od niepełnosprawności, to kwoty od 100–200 zł do nawet kilku tysięcy złotych¹³. W przypadku uboższych rodzin, w szczególności mieszkających z dala od powiatowych centrów specjalistycznych, może to oznaczać znaczne wydłużenie się okresu diagnozowania dziecka bądź też brak odpowiedniej diagnozy.

O ile kłopoty zgłaszane przez rodziców w zakresie uzyskania orzeczenia, choć kluczowe z punktu widzenia efektywności systemu wsparcia OzN, z perspektywy rodziców mają charakter marginalny i dotyczą głównie specyficznych i trudnych do diagnozowania niepełnosprawności, o tyle charakter masowy miały uwagi dotyczące samego kształtu orzeczenia, a w szczególności wpisywanych zaleceń¹⁴ dotyczących dalszej pracy z dzieckiem. Podstawowym problemem praktycznym było samo podejście do wpisanych zaleceń i tego, czy muszą bezwzględnie, powinny czy mogą być realizowane.

Jednoznaczna interpretacja przepisów dotyczy zalecanych form kształcenia (ogólnodostępne, integracyjne, specjalne) i tak zgodnie z par. 18 pkt 1. Rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z dnia 18 września 2008 r. w sprawie orzeczeń i opinii wydawanych przez zespoły orzekające działające w publicznych poradniach psychologiczno-pedagogicznych na wniosek rodziców (prawnych opiekunów) dziecka posiadającego orzeczenie o potrzebie kształcenia specjalnego, starosta lub jednostka samorządu terytorialnego, o których mowa w art. 71b ust. 5 i 5a ustawy o systemie oświaty, zapewnia dziecku formę kształcenia zalecaną w orzeczeniu o potrzebie kształcenia specjalnego. Jednocześnie wpisywane do orzeczenia zalecane formy mają charakter sugestii

¹³ Koszty badań, takich jak: USG, EEG, badane tomograficzne, rezonans magnetyczny, badania krwi, badania genetyczne, obserwacje i wywiad psychiatryczne i psychologiczne, konsultacje neurologiczne, testy fizjoterapeutyczne, badanie słuchu, diagnoza Integracji Sensorycznej, etc. Patrz też: P. Kubicki, M. Olcoń-Kubicka, *Analiza kosztów ponoszonych przez rodziców dzieci z orzeczoną niepełnosprawnością*, Polityka Społeczna, nr monograficzny, Warszawa 2012, s. 52–56.

¹⁴ Zgodnie z załącznikiem do cytowanego rozporządzenia (Dz. U. Nr 173, poz. 1072), zalecenia powinny zawierać: warunki realizacji potrzeb edukacyjnych, formy stymulacji, rewalidacji, terapii, usprawniania, rozwijania potencjalnych możliwości i mocnych stron dziecka oraz inne formy pomocy psychologiczno-pedagogicznej, a także najkorzystniejsze dla dziecka formy kształcenia specjalnego: w przedszkolu ogólnodostępnym, w tym z oddziałami integracyjnymi, integracyjnym albo specjalnym, szkole ogólnodostępnej, szkole integracyjnej lub oddziale integracyjnym, szkole specjalnej lub oddziale specjalnym, ośrodku rewalidacyjno-wychowawczym albo w szkole zorganizowanej w młodzieżowym ośrodku wychowawczym, młodzieżowym ośrodku socjoterapii lub w specjalnym ośrodku szkolno-wychowawczym).

i to rodzic (prawny opiekun) ostatecznie podejmuje decyzję o wyborze najodpowiedniejszej formy nauczania¹⁵.

W przypadku form wsparcia, w tym pomocy psychologiczno-pedagogicznej, podstawę prawną stanowi cytowane rozporządzenie w sprawie warunków organizowania kształcenia dla dzieci i młodzieży niepełnosprawnych, a dokładniej § 4.1. Przedszkola, szkoły i oddziały oraz ośrodki, o których mowa w § 1, zapewniają: 1) realizację zaleceń zawartych w orzeczeniu o potrzebie kształcenia specjalnego. Jednak wiele placówek edukacyjnych, bądź ich organów prowadzących (samorządów) stwierdzało, że będzie realizowało tylko część zaleceń, jako argumenty podając brak środków finansowych (głównie indywidualne wsparcie osoby dorosłej dla danego ucznia), specjalistów (w zależności od braków kadrowych, np. logopedy) bądź warunków do realizacji zaleceń (głównie integracja sensoryczna wymagająca zarówno odpowiedniego sprzętu, jak i pomieszczenia). Dyskusje wzbudzało samo słowo „zalecenia”, jako swego rodzaju sugestie do dalszej pracy, a nie obowiązkowy zakres wsparcia.

Deklarowany brak możliwości realizacji części zaleceń był tylko częścią kłopotów rodzica, bowiem kolejnym dyskusyjnym elementem okazał się wymiar wsparcia. Szerzej problem ten będzie poruszony w dalszej części pracy, tutaj warto wspomnieć, że brak w zaleceniach wymiernej minimalnej formy wsparcia¹⁶ oznaczał brak możliwości odwołania się od liczby przyznanych godzin i tego, czy dane wsparcie jest w jakikolwiek sposób adekwatne do potrzeb dziecka.

Finansowanie wsparcia¹⁷

W Polsce oświata jest w większości finansowana ze środków publicznych, a próbując sprowadzić skomplikowany model finansowania publicznej oświaty do jednego zdania, można powiedzieć, że między budżetem centralnym

¹⁵ Patrz odpowiedź MEN na zapytanie złożone w ramach projektu „Wszystko jasne”, a dotyczące odpowiednich form nauczania: http://www.wszystkojasne.waw.pl/sites/default/files/men_wj3_rz8.pdf

¹⁶ Przykładowe zalecenia dla dziecka autystycznego: *terapia logopedyczna stymulująca rozwój mowy, dostosowanie wymagań edukacyjnych, terapeutycznych i wychowawczych wynikających z programu nauczania do indywidualnych i aktualnych potrzeb psychofizycznych dziecka*.

¹⁷ Patrz też ogólne zasady finansowania oświaty: M. Herbst (red.), *Finansowanie oświaty*, Warszawa 2012. Kwestie związane z edukacją OzN: A. Waszkielewicz, K. Dumnicka, *Finansowanie edukacji uczniów z niepełnosprawnościami, Zasada równego traktowania*, „Prawo i praktyka” nr 3, op. cit., s. 19–34.

a samorządami obowiązuje zasada „pieniądz idzie za uczniem”, a pomiędzy samorządem a poszczególnymi placówkami „pieniądz idzie za nauczycielem”.

Głównym źródłem finansowania oświaty jest subwencja oświatowa, a dokładniej część oświatowa subwencji ogólnej, naliczana dla każdej jednostki samorządu terytorialnego w oparciu o coroczne rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej w sprawie sposobu podziału części oświatowej subwencji ogólnej na dany rok budżetowy. Algorytm podziału subwencji kładzie przede wszystkim nacisk na liczbę uczniów, stąd właśnie określenie, że „pieniądz idzie za uczniem”. Środkami z subwencji ogólnej, w tym części oświatowej, samorząd może dysponować w dowolny sposób i wydać je nawet na cele niezwiązane z edukacją, jednocześnie w przypadku niewystarczających środków z subwencji powinien pokryć wydatki na cele edukacyjne ze środków własnych.

Zgodnie z danymi statystycznymi za rok 2010 udział wydatków na edukację w budżetach samorządów gminnych i powiatowych wyniósł 33%, a udział wynagrodzeń w strukturze wyżej wymienionych wydatków gmin i powiatów był zbliżony do 70%. Jeśli wziąć pod uwagę, że udział subwencji oświatowej w pokryciu wydatków edukacyjnych wynosił średnio 63,9%¹⁸, oznacza to, że zdecydowana większość wydatków z subwencji oświatowej była przeznaczana na wynagrodzenie nauczycieli. Stąd uprawnienie twierdzenia, że na poziomie danego samorządu „pieniądz szedł za nauczycielem”.

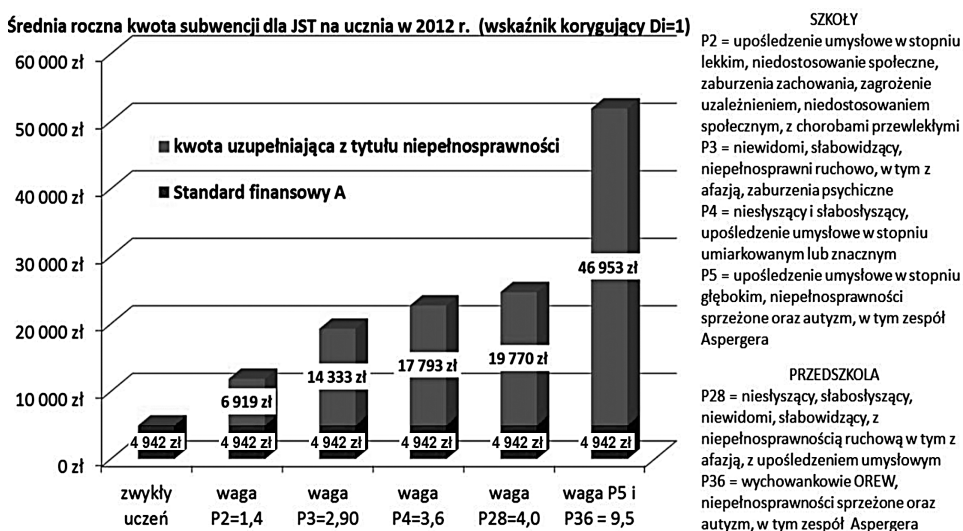
W przypadku ucznia z orzeczeniem o potrzebie kształcenia specjalnego z tytułu niepełnosprawności kwota bazowa subwencji (standard finansowy A) jest uzupełniona o dodatkową kwotę (wagę subwencyjną), wynikającą z rodzaju niepełnosprawności: stanowi ona od 1,4 do 9,5-krotności stawki bazowej na ucznia. Środki z dodatkowych wag subwencyjnych wynikających z niepełnosprawności łącznie przyznawane są na około 3% uczniów, ale stanowią około 9% wszystkich środków z subwencji oświatowej naliczanych na oświatę i trafiających z budżetu państwa do samorządów (w 2012 r. = 3.470.693 tys. zł z 38.711.095 tys. zł).

Stąd na poziomie teorii interesy dzieci z niepełnosprawnościami są zabezpieczone, ponieważ dodatkowe kwoty przekazywane samorządom powinny pozwalać na zaspokajanie dodatkowych potrzeb. W praktyce jednak na poziomie budżetu gminy wydatki na oświatę tworzyły jedną całość i nie istniał oddzielny sposób rozliczania dodatkowych środków wynikających z niepełnosprawności uczniów. Stąd w placówkach ogólnodostępnych często nie dochodziło do zwiększenia środków wynikających z dodatkowych wag subwencyjnych, a co za tym

¹⁸ Wszystkie dane za: *Raport o stanie edukacji. Kontynuacja przemian*, Warszawa 2012, s. 34–38.

idzie brakowało możliwości do zaspokojenia zwiększonych potrzeb edukacyjnych. Głównie dlatego, że dodatkowe środki zostały rozdysponowane na inne cele oświatowe. Jednocześnie ze względu na utrzymywanie zwiększonej liczby pracowników w placówkach integracyjnych (nauczyciel wspomagający) oraz specjalnych (mniejsze klasy) samorządy, ale też sami dyrektorzy szkół często starali się przesunąć uczniów z niepełnosprawnościami z placówek ogólnodostępnych do integracyjnych i specjalnych.

Wykres nr 1. Wagi subwencyjne dla uczniów z niepełnosprawnościami



Źródło: opracowanie własne na podstawie danych MEN (kwoty w zaokrągleniu do 1 zł)

W efekcie placówki edukacyjne – zwłaszcza ogólnodostępne – często obawiają się przyjęcia dzieci z orzeczeniem o potrzebie kształcenia specjalnego z tytułu niepełnosprawności, bądź stosują specjalne castingi, wybierając „mniej kłopotliwych” niepełnosprawnych ewentualnie sugerują nieoficjalnie pokrycie dodatkowych kosztów (zwłaszcza indywidualnego wsparcia osoby dorosłej) bezpośrednio przez opiekunów ucznia z niepełnosprawnością. Dyrektorzy placówek oświatowych wiedzą bowiem, że są zobowiązani przepisami oświatowymi do realizacji zaleceń i dostosowania procesu edukacji do potrzeb dziecka. Jednocześnie nie mają pewności, czy uda im się uzyskać od samorządu dodatkowe środki związane z pokryciem kosztów dodatkowych godzin dla specjalistów, etatu nauczyciela wspomagającego, zakupu pomocy dydaktycznych itp. W wielu przypadkach słyszą wręcz wprost, że gminy nie stać na dodatkowe wsparcie bądź

samorządy wprowadzają odgórne limity wsparcia przypadającego na jedno dziecko. Stoi to w całkowitej sprzeczności z zasadami głoszonymi w Konwencji, jak i przepisami oświatowymi wskazującymi na konieczność zindywidualizowania procesu edukacji i dostosowania go do potrzeb dziecka.

W przypadku placówek niepublicznych kwota subwencji przekształcana jest zgodnie z art. 90 ust. 2 ustawy o systemie oświaty z subwencji w dotację. Kłopoty interpretacyjne sprawiają natomiast kolejne podpunkty, tzn.

- ust. 2a. Dotacje dla szkół niepublicznych o uprawnieniach szkół publicznych, w których realizowany jest obowiązek szkolny lub obowiązek nauki, przysługują na każdego ucznia w wysokości nie niższej niż kwota przewidziana na jednego ucznia danego typu i rodzaju szkoły w części oświatowej subwencji ogólnej otrzymywanej przez jednostkę samorządu terytorialnego, o której mowa w ust. 1 i 2, pod warunkiem że osoba prowadząca szkołę poda organowi właściwemu do udzielania dotacji planowaną liczbę uczniów nie później niż do 30 września roku poprzedzającego rok udzielania dotacji.
- ust. 2b. Dotacje dla niepublicznych przedszkoli przysługują na każdego ucznia w wysokości nie niższej niż 75% ustalonych w budżecie danej gminy wydatków bieżących ponoszonych w przedszkolach publicznych w przeliczeniu na jednego ucznia, z tym że na ucznia niepełnosprawnego w wysokości nie niższej niż kwota przewidziana na niepełnosprawnego ucznia przedszkola i oddziału przedszkolnego w części oświatowej subwencji ogólnej otrzymywanej przez jednostkę samorządu terytorialnego – pod warunkiem, że osoba prowadząca niepubliczne przedszkole poda organowi właściwemu do udzielania dotacji planowaną liczbę uczniów nie później niż do dnia 30 września roku poprzedzającego rok udzielania dotacji. W przypadku braku na terenie gminy przedszkola publicznego podstawą do ustalenia wysokości dotacji są wydatki bieżące ponoszone przez najbliższą gminę na prowadzenie przedszkola publicznego. (podkreślenia własne – PK)

W praktyce wątpliwości budził niejednoznaczny przepis wyliczania kwoty dotacji, który w przypadku przedszkoli (Art. 90 ust. 2b) wprost wskazuje, że kwota dotacji na ucznia z niepełnosprawnością nie może być niższa niż odpowiednia kwota subwencyjna, natomiast nie ma podobnego przepisu w odniesieniu do placówek szkolnych (2a). Oddzielnym tematem jest sytuacja, w której dziecko było orzeczone i zgłoszone po 30 września roku poprzedzającego, co jest szczególnie częste w pierwszych klasach przedszkolnych i szkolnych. Stąd kilkanaście samorządów w Polsce bądź przekazywało uśrednioną kwotę dotacji

na jednego ucznia, nie uwzględniając dodatkowej wagi wynikającej z niepełnosprawności, bądź stwierdzało, że ze względu na brak zgłoszenia dziecka pieniądze wypłaci dopiero w następnym roku kalendarzowym. Odpowiedź MEN w tej sprawie jest jednoznaczna i wskazuje na konieczność wypłacania pełnych stawek wynikających z dodatkowych wag, jak i korektę sprawozdania do systemu informacji oświatowej uwzględniającą zmianę liczby uczniów z orzeczeniem, a tym samym zwiększenie dotacji od następnego miesiąca po pojawieniu się dziecka¹⁹. Pomimo tego wciąż regularnie w ramach projektu zgłaszają się placówki niepubliczne, które takowej kwoty – zarówno jeśli chodzi o wysokość, jak i terminy przekazywania – nie otrzymują.

Kryteria i zakres udzielanego wsparcia

Głównym problemem zgłaszanym przez rodziców w ramach projektu były kwestie związane z zakresem udzielanego wsparcia, czyli próba odpowiedzi, co się danemu dziecku należy i na ile godzin wsparcia tygodniowo może liczyć? Dokładna odpowiedź na to pytanie, przede wszystkim ze względów prawnych, nie jest możliwa. Jedyne kwantyfikowalne formy wsparcia to, dla dzieci w okresie do rozpoczęcia edukacji szkolnej, wczesne wspomaganie rozwoju dostępne w wymiarze od 4 do 8 godzin miesięcznie²⁰. Natomiast dla uczniów z niepełnosprawnościami w publicznych placówkach ogólnodostępnych i integracyjnych 2 godziny obowiązkowych zajęć rewalidacyjnych w szkołach publicznych²¹.

Brak szczegółowego doprecyzowania wsparcia wynika z założenia, że zakres taki powinien zależeć przede wszystkim od realnych potrzeb ucznia. Według przepisów wymiar godzin, w którym realizowane będą poszczególne formy pomocy psychologiczno-pedagogicznej, podobnie jak formy, sposoby i okres udzielania tej pomocy, są ustalane przez dyrektora przedszkola lub szkoły na podstawie zaleceń szkolnego zespołu. Zespół z kolei określa formy, sposoby i okres udzielania uczniowi pomocy, kierując się zaleceniami zawartymi w orzeczeniu lub opinii. Natomiast przy ustalaniu wymiaru godzin, w którym realizowane będą poszczególne formy pomocy psychologiczno-pedagogicznej, nowe

¹⁹ Patrz odpowiedź MEN na moje pismo w tej sprawie: http://www.wszystkojasne.waw.pl/sites/default/files/men_wj3_rz11.pdf

²⁰ Par. 4 ust. 1 rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z dn. 3 lutego 2009 r. w sprawie organizowania wczesnego wspomagania rozwoju dzieci (Dz. U. Nr 23 poz. 133).

²¹ Ust. 2 pkt 1a załącznika nr 1 do rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z dn. 7 lutego 2012 r. w sprawie ramowych planów nauczania w szkołach publicznych (Dz. U. poz. 204).

przepisy obligują dyrektora do uwzględniania godzin do dyspozycji dyrektora szkoły²².

Zgodnie ze skargami rodziców punktem wyjścia do ustalania zakresu wsparcia nie są jednak potrzeby dziecka, ale minimalny możliwy wymiar wsparcia, który regulują wyżej wymienione przepisy oraz zalecenia z orzeczenia. Stąd wspomniany wcześniej problem mało precyzyjnych sformułowań z orzeczeń. Trudno bowiem określić, jaki wymiar ma mieć terapia logopedyczna czy psychologiczna. Sprawy nie rozwiązuje wskazanie, że zajęcia specjalistyczne powinny trwać 60 minut, czyli godzinę zegarową. Bowiem nie dookreślono, czy mają być one rozliczane w wymiarze tygodniowym, czy może miesięcznym²³. Stąd przypadki dzieci, które miały realizowaną terapię logopedyczną raz w tygodniu przez piętnaście minut, co dawało razem 60 minut miesięcznie i od strony formalnej zabezpieczało realizację zalecenia, jakim była terapia logopedyczna.

Kolejnym problemem jest nieuwzględnianie potrzeb dzieci, jeśli chodzi o to, w jak licznej grupie powinny być prowadzone zajęcia specjalistyczne (paragrafy od 8 do 12 wspomnianego rozporządzenia²⁴). Brak wskazania w zaleceniach do orzeczenia, że zajęcia te powinny być prowadzone indywidualnie, może sprawić, że w ramach oszczędności zajęcia te będą odbywać się w grupie wieloosobowej, niezależnie od potrzeb dziecka. Co więcej, poradnie często nie chcą także wpisywać konkretnego wymiaru wsparcia, bo nie chcą nadmiernie obciążać placówek, placówka i tak nie ma szans na realizację danego zalecenia, mają zakaz wpisywania nauczyciela wspomagającego (wszystkie cytaty to oryginalne wytłumaczenia pracowników poradni, które były przekazywane rodzicom, gdy pytali się czemu nie ma jakiegoś zalecenia).

Widać zatem wyraźnie, że teoretycznie dobre i pozwalające na dużą elastyczność wsparcia przepisy prawne, w przypadku sytuacji, w której samorządy starają się oszczędzać na oświacie oraz istnieją sztywne zapisy regulujące niektó-

²² Podstawa prawna: par. 20 i par. 21 Rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z dnia 17 listopada 2010 r. w sprawie zasad udzielania i organizacji pomocy psychologiczno-pedagogicznej w publicznych przedszkolach, szkołach i placówkach (Dz. U. 2010 Nr 228 poz. 1487).

²³ § 13. ust. 1. Godzina zajęć rozwijających uzdolnienia i zajęć dydaktyczno-wyrównawczych trwa 45 minut, a godzina zajęć specjalistycznych – 60 minut. 2. W uzasadnionych przypadkach dopuszcza się prowadzenie zajęć specjalistycznych w czasie krótszym niż 60 minut, zachowując ustalony dla ucznia łączny czas tych zajęć (Dz. U. 2010 Nr 228, poz. 1487).

²⁴ Przykładowo: § 10. Zajęcia korekcyjno-kompensacyjne organizuje się dla uczniów z zaburzeniami i odchyleniami rozwojowymi lub specyficznymi trudnościami w uczeniu się. Liczba uczestników zajęć wynosi do 5. § 11. Zajęcia logopedyczne organizuje się dla uczniów z zaburzeniami mowy, które powodują zaburzenia komunikacji językowej oraz utrudniają naukę. Liczba uczestników zajęć wynosi do 4. (Dz. U. 2010 Nr 228, poz. 1487).

re pozycje wydatkowe, np. wynagrodzenia nauczycieli uregulowane w ramach Karty Nauczyciela, sprawiają, że w przypadku wydatków określonych w sposób elastyczny dąży do minimalizacji, co odbija się negatywnie na wsparciu ucznia z niepełnosprawnością.

Podsumowanie

Tak jak wskazano we wstępie w teorii polskie prawodawstwo chroni ucznia z niepełnosprawnością i gwarantuje mu odpowiednie wsparcie w ramach edukacji włączającej. Jednak szczegółowe rozwiązania prawne, jak i praktyka działania wielu samorządów i szkół, ale też nieznanomość prawa oświatowego, sprawiają, że los uczniów z niepełnosprawnościami zależy od bardzo wielu czynników pozaprawnych, w tym między innymi od poziomu znajomości przepisów oświatowych, jakim mogą wykazać się jego rodzice i opiekunowie prawni, możliwości finansowych danego samorządu, a wreszcie konkretnych nauczycieli.

Dodatkowym problemem, który nie był istotą tego artykułu, są możliwości rozwiązywania sporów wynikających z edukacji włączającej, która dla wielu placówek oświatowych w Polsce jest doświadczeniem całkiem nowym. Nie ma zewnętrznych mediatorów, którzy mogliby rozwiązywać i neutralizować konflikty. Kuratoria, po pierwsze, trudno uznać za w pełni neutralne, skoro stanowią element systemu oświaty oraz pracują w nich zazwyczaj byli nauczyciele. Po drugie, koncentrują się, o co trudno je winić, przede wszystkim na sprawdzeniu papierów, czyli spełnianiu przez szkołę kryteriów formalnych, a nie na efektach wsparcia. Co przy wspomnianym braku precyzji uregulowań i niezdefiniowanego minimalnego zakresu wsparcia utrudnia wychwycenie ewentualnych nieprawidłowości. Bowiem każde, nawet najmniejsze działanie może być formalnie uznane za realizację zaleceń i zaspokojenie potrzeb dziecka.

To, czego z całą pewnością również brakuje, to podejścia do edukacji włączającej w sposób efektywnościowy, co wymagałoby między innymi formułowania zaleceń w sposób konkretny, tzn. sformułowany w sposób nie budzący wątpliwości oraz mierzalny, a przede wszystkim określania celów wsparcia i mierzenia, czy zostały one osiągnięte.

Wracając do praktycznych problemów edukacji włączającej, które mają podłoże prawne i wynikają nie tylko z samych sformułowań, co również z ich interpretacji i niskiego poziomu wiedzy prawniczej, jak i też obiektywnie rzecz biorąc, szybkiego tempa zmian przepisów oświatowych. Istnieją trzy wzajemnie się uzupełniające sposoby mające na celu poprawę tego stanu rzeczy. Pierwszą jest edukacja rodziców dzieci z niepełnosprawnościami, ale też nauczycieli i dyrekto-

rów szkół oraz władz samorządowych na temat praw OzN, w tym chociażby wynikających z Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych. Między innymi tym zajmuje się projekt „Wszystko jasne”, którego wyniki stanowią podstawę do niniejszego tekstu. Drugim jest egzekucja prawa i działania na rzecz przestrzegania już obowiązujących przepisów, jak i wspieranie mediacji, które pozwoliłyby łagodzić i rozwiązywać konflikty na wczesnym etapie ich powstawania. Trzecim jest precyzja językowa i konieczność doprecyzowania niektórych aktów prawnych oraz spójne i jednolite posługiwanie się określonymi zwrotami, jak też wyeliminowanie niekomplementarności lub niezgodności przepisów w systemie prawnym. W tym kontekście jako ciekawostkę warto wspomnieć, że nigdzie w obowiązujących przepisach nie istnieje definicja zajęć rewalidacyjnych, jak i wskazanie, czym różnią się one od form pomocy psychologiczno-pedagogicznej, choć zgodnie z nową podstawą programową przysługują one niektórym uczniom w wymiarze dwóch godzin tygodniowo. Na zakończenie tematem, który wymaga oddzielnej dyskusji, jest system finansowania zadań samorządów i ogólniej rzecz ujmując, sytuacja ekonomiczna polskich samorządów. Nawet świetnie zaplanowany system wspierania OzN nie będzie wdrażany, o ile samorządy będą kierowały się przede wszystkim krótkookresową jednoroczną perspektywą budżetową. W takim przypadku bez ścisłego powiązania środków z dodatkowych wag subwencyjnych, np. w formie przekształcenia ich w dotację, będzie to zawsze stanowiło pole do nadużyć i manipulacji oraz dylematów, w których choćby ze względu na proporcje (3% ogółu uczniów) uczniowie z niepełnosprawnościami będą stali na z góry przegranej pozycji.

BARRIERS TO INCLUSIVE EDUCATION

In 2012 Poland ratified the UN Convention on the Rights of Persons with disabilities. In relation to this, the article discusses the barriers faced by students with disabilities within the inclusive education system. The analysis is based on the cases reported in 2012 to me, acting at that time, as the public spokesperson for students with disabilities, within the campaign titled „All clear - the availability and quality of education for students with disabilities.” As a result, the analysis identifies three key problem areas that arises from 1) the definition of disability and the system of law, 2) financial support, and 3) the principles and criteria used in diagnosing disabled students. The conclusions show that in theory the Polish legislation seems to protect students with disabilities and

provide it with adequate support in the framework of inclusive education. However, specific legal solutions and the practices of many local governments and schools, along with the ignorance of the education law, indicates that the situation of students with disabilities depends on many extralegal factors, such as the knowledge of education rules acquired by the parents and the carers of the students, the financial capacity of the local government as well as the teachers' attitudes.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 2 (194) 2013
Warszawa 2013

Monika Zima-Parjaszewska ■

ARTYKUŁ 12 KONWENCJI ONZ O PRAWACH OSÓB Z NIEPEŁNOSPRAWNOŚCIAMI A UBEZWŁASNOWOLNIENIE W POLSCE

Wprowadzenie

Proces oczekiwania na ratyfikację Konwencji ONZ o prawach osób z niepełnosprawnościami¹ (dalej: Konwencja) nagłosił toczącą się już w Polsce od kilku lat dyskusję na temat instytucji ubezwłasnowolnienia. Mimo wielu krytycznych uwag odnośnie tej instytucji zgłaszanych w ostatnich latach, dostrzeganych poważnych naruszeń w procedurze ubezwłasnowolnienia, a przede wszystkim stanowiska Trybunału Konstytucyjnego wyrażonego w wyroku z dnia 7 marca 2007 r. oraz w wyroku z dnia 6 listopada 2007 r.², ubezwłasnowolnienie wciąż obowiązuje w niezmienionym od lat 60. XX wieku kształcie. Ani kolejne orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka³, zmieniające się warunki życia, definicje prawne i medyczne, zmiana paradygmatu osoby z niepełnosprawnością, nie wpłynęły w Polsce na zmianę instytucji, która dotycząc

¹ Oficjalna wersja Konwencji opublikowana w Dzienniku Ustaw z 25 października 2012 r., poz. 1169 brzmi: Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych. Oryginalne brzmienie dokumentu to: Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

² Wyrok TK z dnia 7 marca 2007 r., sygn. K 28/05; Wyrok TK z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. U 8/05.

³ W szczególności Wyrok ETPCZ z dnia 20 maja 2010 r. w sprawie Kiss v. Wegrom, skarga nr 38832/06 oraz z dnia 16 października 2012 r. Kędzior v. Polska, skarga nr 45026/07.

podstawowych wolności i praw człowieka, prowadzi do wykluczenia społecznego i prawnego coraz większej liczby osób. Mimo że w praktyce ubezwłasnowolnienie nie odpowiada na faktyczne potrzeby osób wymagających prawnego wsparcia w różnorodnych sytuacjach, nie uwzględnia różnych stanów ich funkcjonowania, odmiennych interesów, a przede wszystkim zaprzecza podmiotowości człowieka, jego prawa do samorealizacji i rozwoju, wciąż jest stosowane przez polskie sądy.

Cywilistyczna koncepcja ubezwłasnowolnienia od wielu lat broniła się argumentem ochronnego charakteru tej instytucji, a orzecznictwo Sądu Najwyższego przekonywało o „konieczności rozważenia przez sądy wszystkich okoliczności sprawy, a przede wszystkim interesu osoby, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie”⁴, oraz konsekwentnie wskazywało, że „jego podstawą może być jedynie dobro osoby, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie”⁵. Uchwalenie Konstytucji z 2 kwietnia 1997 r. i określenie w niej statusu wolnościowego jednostki, podkreślenie znaczenia godności, wolności i równości, jako przewodnich zasad wyznaczających ten status, a także zakreślenie nieprzekraczalnych granic ograniczeń wolności i praw konstytucyjnych w art. 31 ust. 3 Konstytucji zmusza do poddania ubezwłasnowolnienia testowi zgodności z regulacjami konstytucyjnymi. Ubezwłasnowolnienie kierowane jest przede wszystkim do osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną oraz do osób starszych, z chorobą Alzheimera, z demencją, w tzw. trudnych sytuacjach wymagających podjęcia czynności prawnych. Wśród nich można wymienić zarówno zgodę na zabieg medyczny, przyjęcie spadku, wystąpienie z powództwem o alimenty, ale także złożenie wniosku o wymianę dowodu osobistego, odbiór renty socjalnej, wystąpienie o inne świadczenia. Czy w XXI wieku nie istnieją inne formy wsparcia prawnego kierowane do osób znajdujących się z różnych powodów w trudnych sytuacjach wymagających podjęcia czynności prawnych? Czy jedyną formą w praktyce działania sądów jest ubezwłasnowolnienie powodujące stopniową degradację jednostki, która staje się zależna od innych podmiotów i nie ma choćby minimalnego wpływu na swoje życie?

Uchwalona przez ONZ w 2006 r. Konwencja umożliwiła formułowanie coraz bardziej odważnych postulatów odnośnie do zmiany ubezwłasnowolnienia. Konwencja stanowi najpełniejsze i najbardziej precyzyjne zobowiązanie do odejścia od systemu zastępczego podejmowania decyzji (*substitute decision making*) wobec osób z niepełnosprawnościami, a tym samym eliminacji ubezwłasnowolnienia polegającego na pozbawieniu zdolności do czynności prawnych

⁴ Orzeczenie SN z dnia 8 stycznia 1966 r., II CR 412/65.

⁵ Postanowienie SN z dnia 25 kwietnia 1972 r., sygn. I CZ 38/72.

i wprowadzenia do ustawodawstw członków ONZ systemu opartego na wspieranym podejmowaniu decyzji (*supported decision making*)⁶. Niestety, Polska świadomie nie przyjęła tego zobowiązania, a w najlepszym wypadku, o czym przekonują niektóre wypowiedzi przedstawicieli władzy publicznej⁷, odsunęła ten proces na czas bliżej nieokreślony.

Ubezważnowolnienie

Obecnie Kodeks cywilny rozróżnia dwa rodzaje ubezważnowolnienia: całkowite i częściowe. Te dwa rodzaje ubezważnowolnienia nie różnią się w zasadzie co do przesłanek, lecz co do intensywności ich występowania oraz skutków, jakie ustawodawca wiąże z każdym z nich.

Przesłanki ubezważnowolnienia całkowitego i częściowego zostały sformułowane w sposób budzący wątpliwości interpretacyjne. Wola ustawodawcy do objęcia nimi wielu tzw. „zaburzeń psychicznych”, przez które ustawodawca rozumie między innymi chorobę psychiczną, niedorozwój umysłowy, pijaństwo i narkomanię, i ustalenia na ich podstawie „możności kierowania swoim postępowaniem” oraz „pomocy w prowadzeniu spraw”, powoduje w praktyce brak możliwości skierowania adekwatnego wsparcia do konkretnej osoby w konkretnej sytuacji. Zgodnie z dyspozycją art. 13 § 1 k.c. osoba, która ukończyła lat trzynaście może być ubezważnowolniona całkowicie, jeżeli wskutek choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego albo innego rodzaju zaburzeń psychicznych, w szczególności pijaństwa lub narkomanii, nie jest w stanie kierować swoim postępowaniem. Skutkiem całkowitego ubezważnowolnienia jest utrata zdolności do czynności prawnych osoby ubezważnowolnionej oraz ustanowienie dla niej opiekuna prawnego. W myśl z art. 16 § 1 k.c. ubezważnowolnienie częściowe może być orzeczone tylko wobec osoby pełnoletniej, a więc mającej ukończonych lat osiemnaście (oraz kobiety, która uzyskała pełnoletność przez zawarcie małżeństwa), która ze względu na chorobę psychiczną, niedorozwój umysłowy lub inne zaburzenia psychiczne, w szczególności pijaństwo i narkomanię, potrzebuje pomocy w prowadzeniu swoich spraw. Orzeczenie częściowego

⁶ Szerzej na ten temat: M. Zima-Parjaszewska: *Równość osób z niepełnosprawnościami wobec prawa. Prawa osób ubezważnowolnionych*, [w:] *Najważniejsze wyzwania po ratyfikacji przez Polskę Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych*, Warszawa 2012, s. 16 i n.

⁷ Stanowisko Przewodniczącego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego z dnia 5 lipca 2012 r., tekst dostępny na stronie internetowej: http://www.hfhrpol.waw.pl/precedens/images/stories/odpowiedz_KKPC.pdf

ubezwłasnowolnienia skutkuje ograniczeniem zdolności do czynności prawnych osoby ubezwłasnowolnionej oraz ustanowieniem dla niej kuratora.

Nawet pobieżna analiza wskazanych przepisów wskazuje, że ich treść budzi zastrzeżenia. Po pierwsze, krąg podmiotów, wobec których może być zastosowane ubezwłasnowolnienie, określony został w sposób pejoratywny, a ustawodawca posłużył się nieużywanyymi obecnie w literaturze medycznej, pedagogicznej i socjologicznej terminami. Termin „niedorozwój umysłowy” zastąpiony początkowo przez „upośledzenie umysłowe” ostatnio pojawia się w dokumentach międzynarodowych jako „niepełnosprawność intelektualna” i oznacza niższy od przeciętnego poziom funkcjonowania intelektualnego⁸. Podobnie od wielu lat nauka psychiatrii nie posługuje się terminem „choroba psychiczna”, a „zaburzenia psychiczne”. Zauważalne są także zmiany definiowania i postrzegania w naukach medycznych i psychologii „pijaństwa” oraz „narkomanii”. Literatura naukowa posługuje się terminem „choroba alkoholowa”, natomiast klasyfikacje międzynarodowe zaczęły stosować pojęcie „zespół uzależnienia od alkoholu”, a w odniesieniu do narkomanii „uzależnienie od środków”.

Po drugie, praktyczne trudności wywołuje ustalenie tzw. „niemożności kierowania swoim postępowaniem” w odniesieniu do całkowitego ubezwłasnowolnienia, oraz „potrzeby pomocy w prowadzeniu swoich spraw”, w przypadku częściowego ubezwłasnowolnienia. Trudności są tym większe, że np. niemożność kierowania swoim postępowaniem często mylona jest z nieczytelnością, a niektórzy przedstawiciele doktryny, omawiając przesłanki ubezwłasnowolnienia przekonują o „niezdolności do świadomego i racjonalnego kierowania swoim postępowaniem”. Ten ostatni pogląd prezentowany w kontekście przesłanek pozbawienia prawa wyborczego osoby ubezwłasnowolnionej, niestety oddaje charakter decyzji o ubezwłasnowolnieniu w wielu przypadkach⁹. Wymóg racjonalności postępowania, podejmowania racjonalnych decyzji nie wynika – jak się wydaje – z przepisów Kodeksu cywilnego, a jest podyktowany przekonaniem społeczeństwa o potrzebie kierowania tymi, którzy z punktu widzenia większości, są słabsi i nie mają racji.

⁸ Powyższa zmiana nie jest jedynie zmianą terminologiczną. Daleko idącą jej konsekwencją jest sposób postrzegania osób, o których do tej pory mówiło się „upośledzenie umysłowe, niedorozwinięci umysłowo”, akcentujący społeczne, a nie biologiczne uwarunkowania niepełnosprawności. Oznacza to, że niepełnosprawność intelektualna nie jest chorobą, tylko stanem, w którym funkcjonowanie jednostki jest ograniczone. Ograniczenia te w dużym stopniu zależą od środowiska zewnętrznego, w którym dana jednostka żyje. Doświadczone przez osoby z niepełnosprawnością trudności i bariery mają w większej mierze wymiar społeczny niż biologiczny, dlatego należy dążyć do ich usunięcia.

⁹ W. Sokolewicz: *Komentarz do art. 62 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Komentarz*, t. 4, Warszawa 2005, s. 28.

Choć ustalenie, iż jednostka nie jest w stanie kierować swoim postępowaniem, powinno obejmować analizę procesów poznawczych, stanu emocjonalnego, dojrzałości społecznej, zdolności zrozumienia sensu działania, przewidywania skutków, motywacji, to jednak w praktyce często oznacza to jedynie zdiagnozowanie konkretnych „zaburzeń psychicznych”. Mimo że dla rozstrzygnięcia, czy osoba, co do której złożono wniosek o ubezwłasnowolnienie, jest w stanie samodzielnie kierować swoim postępowaniem, konieczne jest poznanie nie tylko jej zachowania, ale przede wszystkim zakresu spraw wymagających jej decyzji¹⁰, to jednak w praktyce sądy odnoszą się jedynie do sytuacji opisanych we wniosku o ubezwłasnowolnienie. Tymczasem, jak podkreśla Sąd Najwyższy, w „kierowaniu” postępowaniem istotną rolę, obok świadomości, odgrywa element woli, w tym ustalenie, czy dana osoba jest w stanie dokonywać czynności prawnych skierowanych na osiągnięcie zamierzonych skutków prawnych i z pełną świadomością tych skutków i ich znaczenia¹¹. Przy ocenie zdolności osoby dotkniętej zaburzeniami psychicznymi do kierowania swym postępowaniem, Sąd nie może nie brać pod uwagę konkretnej sytuacji życiowej tej osoby i możliwości kierowania przez nią swym postępowaniem w okolicznościach związanych z tą sytuacją. Ocena powyższej możliwości wyłącznie w płaszczyźnie objawów – z lekarskiego punktu widzenia – dla określonego rodzaju zaburzeń psychicznych typowych, nie jest wystarczająca dla oceny zasadności wniosku o ubezwłasnowolnienie¹².

Odnosnie „prowadzenia spraw”, Sąd Najwyższy wskazuje, że obejmuje ono pomoc w prowadzeniu spraw, a nie jednej sprawy, nawet jeśli by wymagałoby to szeregu działań¹³, a ponadto nie tylko podjęcie czynności prawnych, lecz także załatwianie czynności faktycznych dotyczących danej osoby, wykonywanie obowiązków społecznych¹⁴. Muszą to być sprawy osoby, której dotyczy ubezwłasnowolnienie, a nie innych osób, na przykład rodziny. Konsekwencją zaś uznania, że chodzi o sprawy tej konkretnej osoby, jest konieczność umiejętnego rozróżnienia spraw w ogóle, hipotetycznie mogących dotyczyć danej osoby, od spraw, które faktycznie jej dotyczą i są z nią związane. Za trafny zatem uznać trzeba pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 9 maja 1972 r.¹⁵, że sąd – oceniając potrzebę zapewnienia osobie chorej pomocy w prowadzeniu jej spraw – powinien mieć na uwadze rzeczywiście istniejący zakres spraw wymagających jej decyzji¹⁶.

¹⁰ Postanowienie SN z dnia 20 listopada 1973 r., I CR 646/73.

¹¹ Postanowienie SN z dnia 26 lutego 1971 r., I CR 659/70.

¹² Postanowienie SN z dnia 27 stycznia 1975 r., I CR 797/74.

¹³ Orzeczenie SN z dnia 6 lipca 1967 r., I CR 28/67.

¹⁴ Postanowienie SN z dnia 14 maja 1973 r., I CR 207/73.

¹⁵ Orzeczenie SN z dnia 9 maja 1972 r., II CR 48/72.

¹⁶ Ta kwestia wymaga szczególnej oceny przez sądy właśnie w stosunku do osób

Po trzecie, literalne brzmienie przepisu nie nakłada na sąd obowiązku uwzględnienia interesu i rzeczywistych potrzeb konkretnej osoby. Jedynie wytyczne powoływane często przez Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach odwołują się do konieczności rozważenia przez sądy wszystkich okoliczności sprawy, a przede wszystkim interesu osoby, której dotyczy wnioski o ubezwłasnowolnienie¹⁷ oraz przekonują, że ten interes jest ustawową przesłanką tej instytucji. Celem ubezwłasnowolnienia zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego jest „niesienie pomocy osobie w załatwieniu jej spraw osobistych lub majątkowych”. W żadnym zaś razie ubezwłasnowolnienie nie może dotyczyć interesu wnioskodawcy, jego rodziny, nie może być orzeczone w celu zabezpieczenia innych osób czy też urzędów przed pieniactwem czy też naprzykrzaniem się¹⁸.

Treść przepisów prawa materialnego prowadzi do poważnych naruszeń w postępowaniu sądowym o ubezwłasnowolnienie, o czym przekonują prowadzone badania akt sądowych w sprawach o ubezwłasnowolnienie. Badania instytucji ubezwłasnowolnienia z 2001 r.¹⁹ wykazały szereg nadużyć w stosowaniu ubezwłasnowolnienia względem osób z niepełnosprawnością przez polskie sądy (braki danych w aktach sprawy, wyrokowanie jedynie na podstawie opinii biegłych, brak lub krótkotrwały kontakt osoby z sędzią, brak danych o posiadanym lub nie orzeczeniu o niepełnosprawności, orzekanie w 91% zbiorowości badanych ubezwłasnowolnienia całkowitego). Badania w roku 2004 wykazały natomiast liczne wymuszania stosowania tej instytucji przez organy władzy publicznej, przede wszystkim przez jednostki terenowe Zakładu Ubezpieczeń Społecznych²⁰.

z niepełnosprawnością intelektualną. Jak pokazują badania, często powoływaną podstawą wniosków o ubezwłasnowolnienie są sprawy mogące się pojawić w przyszłości. Często ubezwłasnowolnienie jest traktowane jako zabezpieczenie na przyszłość sytuacji wymagających udziału osoby z niepełnosprawnością intelektualną.

¹⁷ Orzeczenie SN z dnia 8 stycznia 1966 r., II CR 412/65.

¹⁸ Postanowienie SN z dnia 27 października 1976 r., II CR 387/76.

¹⁹ Badania przeprowadzone zostały przez Zarząd Główny Polskiego Stowarzyszenia na Rzecz Osób z Upośledzeniem Umysłowym we współpracy z Kliniką Prawa WPiA UW, A. Firkowska-Mankiewicz, J. Parczewski, M. Szeroczyńska, *Praktyka ubezwłasnowolniania osób z niepełnosprawnością intelektualną w polskich sądach* – raport z badań, „Człowiek – Niepełnosprawność – Społeczeństwo” 2005, nr 2, s. 87–11.

²⁰ Badania przeprowadzone zostały przez Zarząd Główny Polskiego Stowarzyszenia na Rzecz Osób z Upośledzeniem Umysłowym, J. Kamiński, *Sytuacja osób niepełnosprawnych intelektualnie w postępowaniu z jednostkami organizacyjnymi Zakładu Ubezpieczeń Społecznych* – raport z badań, Warszawa 2005; Open Society Institute, *Rights of People with Intellectual Disabilities. Access to Education and Employment – Poland*, 2005.

Na polecenie Departamentu Sądów Powszechnych Ministerstwa Sprawiedliwości²¹ zaplanowane i przeprowadzone zostały w roku 2003 lustracje wybranych spraw o ubezwłasnowolnienie. Departament po zapoznaniu się z wynikami przeprowadzonej lustracji uznał, że uchybienia w sprawach o ubezwłasnowolnienie „wskazują nie tyle na mankamenty regulacji prawnej, ile na drastyczne jej ignorowanie”²². Badania akt sądowych spraw o ubezwłasnowolnienie, których postępowanie miało miejsce w latach 1995–2000²³ zwracają uwagę, na trudności wynikające z uproszczeń stosowanych przez sądy w dochodzeniu do prawdy materialnej, w pewnym „myśleniu na skróty” – czego konsekwencje stanowi zauważalny schematyzm rozstrzygnięć.

Część z dostrzeganych uchybień znalazła rozwiązanie w nowelizacji procedury cywilnej w 2007 r., która z pewnością wprowadziła szereg gwarancji procesowych dla osoby, której dotyczy wniosek o ubezwłasnowolnienie (m.in. terminologia – osoba, której wniosek dotyczy, zamiast osoba, która ma być ubezwłasnowolniona, konieczność dołączenia do wniosku zaświadczenia lekarskiego, obligatoryjne wstępne wysłuchanie, obowiązkowy udział psychologa w postępowaniu, legitymacja osoby ubezwłasnowolnionej do złożenia wniosku o zmianę lub uchylenie ubezwłasnowolnienia). Zmiany te jednak nie są wystarczające. Badania pilotażowe akt sądowych w sprawach o ubezwłasnowolnienie z 2011 r., a zatem już po nowelizacji przepisów Kodeksu postępowania cywilnego dowodzą, iż mimo zmian przepisów, instytucja ta wciąż jest stosowana z naruszeniem dobra i interesu osoby z niepełnosprawnością, a przez to prowadzi do dyskryminacji tej grupy społecznej²⁴. Z praktyki Rzecznika Praw Obywatelskich wynika z kolei, iż orzeczenie ubezwłasnowolnienia przez sąd okręgowy wcale nie kończy problemów osoby, która – jak wskazuje orzecznictwo Sądu Najwyższego – dla jej dobra i ochrony jej interesów – została ubezwłasnowolniona²⁵.

²¹ Na skutek działań PSOUU, Rzecznik Praw Obywatelskich wystąpił dnia 17 września 2002 r. do Ministra Sprawiedliwości z wnioskiem o niezwłoczną zmianę praktyki orzeczniczej sądów i rozważenie zmiany przepisów o ubezwłasnowolnieniu, Pismo RPO-418864-XI-02/GR.

²² Pismo DSP II 5000/200/02 dot. KKPC 169/OP/203; I. Kleniewska, *Postępowanie w sprawach o ubezwłasnowolnienie w praktyce sądowej*, [w:] *Prawo w działaniu*, nr 1, Warszawa 2006, s. 119–134.

²³ M. Tomaszewska, *Charakter prawny decyzji o ubezwłasnowolnieniu w sądowym stosowaniu prawa*, Toruń 2008, s. 203–236.

²⁴ M. Szeroczyńska, R. Grzejszczak, *Ubezwłasnowolnienie i inne formy wsparcia dla osób z niepełnosprawnością intelektualną w Polsce – teoria i praktyka*, [w:] *Jeśli nie ubezwłasnowolnienie, to co? Prawne formy wsparcia osób z niepełnosprawnością intelektualną*, Warszawa 2012, s. 63 i n.

²⁵ Wystąpienie Generalne do Ministra Sprawiedliwości z dnia 29 czerwca 2012 r., RPO-685058-IV/11/MK. Ze spraw wpływających do Biura RPO wynika, że brakuje

Z doświadczeń autorki opracowania wynika, iż ubezwłasnowolnienie nie jest środkiem zabezpieczającym interesy osób z niepełnosprawnościami, ale osób z otoczenia, które albo szukają łatwej drogi do wzbogacenia się (cel majątkowy), albo szukają sposobu na załatwienie jakiejś sprawy dotyczącej lub/i z udziałem osoby z niepełnosprawnością i spotykają się barierami urzędniczymi, świadomościowymi i prawnymi (np. wniosek o dowód osobisty, o rentę socjalną, o dofinansowanie ze środków unijnych, postępowanie spadkowe, zgoda na zabieg medyczny itp.)²⁶. Ubezwłasnowolnienie w jego obecnym kształcie pozostawia ciężar radzenia sobie z trudnościami w funkcjonowaniu na osobie z niepełnosprawnością, jej rodzinie i osobach najbliższych. Ubezwłasnowolnienie w praktyce zwalnia władzę publiczną z obowiązku podejmowania starań o jak najwyższy poziom funkcjonowania osoby z niepełnosprawnością, ponieważ funkcje te zostaną przekazane opiekunowi prawnemu lub kuratorowi. Ubezwłasnowolnienie usypia czujność społeczną, ponieważ osoba ubezwłasnowolniona zostaje wyłączona z głównego nurtu życia społecznego. Praktyka stosowania art. 13 i 16 k.c. w ciągu ostatnich lat bezsprzecznie dowodzi, iż pozbawianie lub ograniczanie zdolności do czynności prawnych osób z niepełnosprawnością jest bardzo często nadużywane w sytuacjach, które tego nie wymagają i wykorzystywane w celach majątkowych (renta socjalna, mieszkalna, spadek, darowizna).

Ubezwłasnowolnienie a art. 31 ust. 3 Konstytucji²⁷

Mimo że w procesie stosowania ubezwłasnowolnienia Sąd Najwyższy dostrzegł, że „ubezwłasnowolnienie ogranicza w wysokim stopniu prawa i wolności osobiste człowieka”, to jednak *ratio legis* ubezwłasnowolnienia powoływane przez orzecznictwo przysłańiało tę konsekwencję. Ochrona interesu i dobro

kandydatów do objęcia funkcji opiekuna czy kuratora dla osoby ubezwłasnowolnionej, co często oznacza, że od momentu wydania przez sąd postanowienia o ubezwłasnowolnieniu do momentu wyznaczenia opiekuna lub kuratora mijają np. dwa lata lub nawet więcej.

²⁶ W ramach poradnictwa prawnego świadczonego rodzinom osób z niepełnosprawnością intelektualną autorka spotyka się z licznymi przykładami wykorzystywania ubezwłasnowolnienia, w sytuacjach, które tego nie wymagają, i jednocześnie bezradnością wobec braku innych środków pozwalających w konkretnej sytuacji wesprzeć osobę, która ma trudności z podjęciem decyzji i wyrażaniem swojej woli.

²⁷ Szerzej na ten temat: M. Zima, *Ubezwłasnowolnienie osób z niepełnosprawnością intelektualną jako ograniczenie wolności i praw konstytucyjnych w świetle art. 31 ust. 3 Konstytucji z 2 IV 1997 r.*, praca doktorska nr 995, WPIA UW; M. Zima, *Ubezwłasnowolnienie osób z niepełnosprawnością intelektualną w świetle Konstytucji RP oraz Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych*, [w:] *Studium nad potrzebą ratyfikacji przez Rzeczpospolitą Polską Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych*, Łódź 2010.

osoby ubezwłasnowolnionej było ważniejsze niż skutki zastosowania tej instytucji. Odzwierciedleniem tego stanowiska są fragmentaryczne wypowiedzi doktryny traktujące ubezwłasnowolnienie jako „ważny fragment szerszej problematyki zdrowia psychicznego”²⁸. Poważne ograniczenie korzystania z wolności i praw człowieka wynikające z utraty lub ograniczenia zdolności do czynności prawnych przez wiele lat przyjmowano jako naturalną konsekwencję trudności wynikających np. z niepełnosprawności, wieku, choroby.

Poszukując argumentów przemawiających za koniecznością likwidacji ubezwłasnowolnienia, rozumianej oczywiście jako wprowadzenie do ustawodawstwa alternatywnych form prawnego wsparcia, nie sposób nie zadać pytania, czy instytucja ta pozostaje zgodna z zasadami ograniczeń wolności i praw konstytucyjnych, przewidzianymi w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Zgodnie z nim „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą przy tym naruszać istoty wolności i praw”.

Artykuł 31 ust. 3 Konstytucji formułuje kumulatywnie ujęte przesłanki dopuszczalności ograniczeń w korzystaniu z konstytucyjnych praw i wolności. Są to: ustawowa forma ograniczenia, istnienie w państwie demokratycznym konieczności wprowadzenia ograniczenia, funkcjonalny związek ograniczenia z realizacją wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji wartości (bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej, wolności i praw innych osób) oraz zakaz naruszania istoty danego prawa lub wolności. Granice ingerencji w konstytucyjne prawa i wolności wyznacza zasada proporcjonalności oraz koncepcja istoty poszczególnych praw i wolności. Stwierdzenie, że ograniczenia mogą być ustanawiane tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie nakazuje rozważyć: czy wprowadzona regulacja jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków (test przydatności), czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest połączona (test konieczności) oraz czy efekty wprowadzonej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (test proporcjonalności sensu stricto)²⁹. Jak wskazuje Trybunał Konstytucyjny, ocena spełnienia przesłanek

²⁸ Istnieje jedno opracowanie monograficzne problematyki ubezwłasnowolnienia: K. Lubiński, *Postępowanie o ubezwłasnowolnienie*, Warszawa 1979 r., s. 5; a także częściowo: S. Kalus, *Opieka nad osobą ubezwłasnowolnioną całkowicie*, Prace naukowe Uniwersytetu Śląskiego, Katowice 1989, Nr 1033.

²⁹ Por. np. Wyrok TK z dnia 12 stycznia 1999 r., sygn. P 11/98, OTK ZU 2000, Nr 1, poz. 3.

art. 31 ust. 3 Konstytucji wymaga bliższej analizy w każdym konkretnym przypadku ograniczenia prawa lub wolności, w szczególności przez skonfrontowanie wartości i dóbr chronionych daną regulacją z tymi, które w jej efekcie podlegają ograniczeniu, jak również przez ocenę metody realizacji ograniczania³⁰.

Wobec powyższego regulacja art. 31 ust. 3 Konstytucji zmusza do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy jako ograniczenie wolności i praw człowieka ubezwłasnowolnienie jest instytucją konieczną w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Chociaż ze względu na ramy opracowania nie jest możliwe szczegółowe przedstawienie skutków ubezwłasnowolnienia, to jednak – ze względu na konsekwencje utraty lub ograniczenia zdolności do czynności prawnych – można stwierdzić, że zarówno ubezwłasnowolnienie całkowite, jak i częściowe narusza wolność osoby ubezwłasnowolnionej, rozumianą jako „swoboda podejmowania aktów woli i wyboru”³¹ oraz jej prawo do prywatności, w kontekście autonomii decyzyjnej, czyli tego obszaru autonomicznych decyzji jednostki dotyczących jej zachowań i wypowiedzi, które pozwalają jej zachować własną tożsamość. Należy też przy tym pamiętać, że zarówno wolność, jak i prawo do prywatności, w kontekście samostanowienia, przysługują każdemu człowiekowi. Nawet sprzężona niepełnosprawność nie oznacza utraty tych praw. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem L. Garlickiego, jakoby „w odniesieniu do osób chorych psychicznie czy z innych powodów ograniczonych w swoich władzach umysłowych (...) w przypadkach krańcowych można mówić tylko o gwarancji bezpieczeństwa i integralności osobistej, a całkowitym wykluczeniu swobody podejmowania aktów woli i wyboru”³². Trudności wynikające np. z niepełnosprawności czy też wieku mogą stać się podstawą do kierowania odpowiednich i dostosowanych do konkretnej osoby form wsparcia w korzystaniu z wolności i praw człowieka, ale w żadnym wypadku nie mogą polegać na pozbawieniu tych praw. Należy bowiem przyjąć za Trybunałem Kon-

³⁰ Por. np. Wyrok TK z dnia 22 września 2005 r., sygn. Kp 1/05, OTK ZU 2005, nr 8A, poz. 93.

³¹ L. Wiśniewski, *Prawo a wolność człowieka. Pojęcie i konstrukcja prawna*, [w:] *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, pod red. L. Wiśniewskiego, Warszawa 1997, s. 54. W doktrynie podkreśla się, że „swoboda ta odnosi się – z jednej strony do sfery zewnętrznej aktywności (każdy może decydować o sposobie swojego postępowania czy zachowania się, a więc wyznaczać sposób swego oddziaływania na świat zewnętrzny), a z drugiej – do sfery bezpieczeństwa i integralności osobistej (co wyznacza granice oddziaływania świata zewnętrznego na sytuację jednostki)”, L. Garlicki, *Komentarz do art. 31 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 4, pod red. L. Garlickiego, Warszawa 2003, s. 8.

³² L. Garlicki, *Komentarz do art. 31 Konstytucji*, op. cit., s. 9.

stytucyjnym, że „między inspirowaniem do podjęcia decyzji a samodzielnym jej podejmowaniem istnieje z punktu widzenia prawa do wolności zasadnicza różnica jakościowa – pierwsze jest tylko „wtórnym” odbiciem tego prawa, a drugie stanowi zaś jego istotę” (Wyrok TK, sygn. K 28/05). Nie można także mówić o zachowaniu prywatności osób ubezwłasnowolnionych, jeżeli ich wszystkie osobiste decyzje są podejmowane albo pod wpływem nacisku czy też manipulacji na przykład jej kuratora, albo tylko za jego zgodą, lub wyłącznie przez działanie opiekuna. Tym bardziej nie można uznać za samorealizację osoby ubezwłasnowolnionej sytuacji, w których osoba ta – pozostając bierną i bezczynną – jest uzależniona w podstawowych decyzjach dnia codziennego od innej osoby. Konstytucja proklamuje w art. 47 prawo do decydowania o swoich sprawach osobistych, obejmujące sferę aspiracji, dążenia, aktywności.

Ustalenie, że ubezwłasnowolnienie stanowi ograniczenie wolności i prawa do samostanowienia, pozwala poddać tę instytucję testowi przydatności, konieczności oraz proporcjonalności sensu stricto, zgodnie ze wskazaniami Trybunału Konstytucyjnego.

Przeprowadzenie testu przydatności ubezwłasnowolnienia, tj. zbadanie, czy za pomocą tej instytucji uda się osiągnąć zamierzone skutki, wymaga ustalenia celu ubezwłasnowolnienia. Jak wspomniano wyżej, nie wynika on wprost z przepisów. Na podstawie orzecznictwa Sądu Najwyższego możliwe jest przyjęcie, że celem ubezwłasnowolnienia jest ochrona dobra i interesów osób wymagających tego ze względu na swoją kondycję psychofizyczną. Odnosząc ubezwłasnowolnienie do sytuacji osób z niepełnosprawnościami, ich dobro powinno być rozumiane jako zapewnienie warunków rozwoju, stymulowanie rozwoju poprzez zwiększenie zakresu samostanowienia, na miarę możliwości każdej osoby. Tak określony cel nie znajduje bezpośredniego odzwierciedlenia w ochronie wartości wskazanych w artykule 31 ust. 3 Konstytucji. Zarówno bezpieczeństwo państwa³³, porządek publiczny³⁴, ochrona środowiska, zdrowie publiczne³⁵, moralność

³³ Bezpieczeństwo państwa w ujęciu konstytucyjnym oznacza stan, w którym brak jest zagrożeń dla istnienia państwa jako całości oraz dla jego demokratycznego ustroju, jest to „stan braku zagrożeń, umożliwiający państwu (narodowi) bezpieczną egzystencję i rozwój, W. Wołpiuk, *Siły zbrojne w regulacjach Konstytucji RP*, Warszawa 1998, s. 47; por. także: Wyrok TK z dnia 16 lutego 1999 r., sygn. SK 11/98, OTK ZU 1999, nr 2, poz. 22, Wyrok TK z dnia 3 lipca 2001 r., sygn. K 3/01 OTK ZU 2001, nr 5, poz. 125.

³⁴ Porządek publiczny to stan faktyczny wewnątrz państwa, regulowany normami prawnymi i pozaprawnymi (moralnymi, religijnymi, obyczajami, zasadami współżycia społecznego itp.), których przestrzeganie umożliwia normalne współżycie jednostek w organizacji państwowej, w określonym miejscu i czasie, J. Zaborowski, *Administracyjne ujęcie pojęcia „bezpieczeństwa publicznego” i „porządku publicznego”*, Zeszyty Naukowe Akademii Spraw Wewnętrznych 1985, nr 41, s. 130. Gdyby zatem próbować uzasadniać ubezwłasnowolnienie ochroną (realizacją) porządku publicznego, to należałoby wykazać,

publiczna³⁶, jak i w szczególności ochrona wolności i praw innych osób³⁷ – nie mogą stanowić uzasadnienia dla ubezwłasnowolnienia. Analiza treści materialnych przesłanek art. 31 ust. 3 Konstytucji w odniesieniu do ubezwłasnowolnienia jednoznacznie wskazuje, że ograniczenie wolności i prywatności osoby z niepełnosprawnością poprzez ubezwłasnowolnienie, motywowane zabezpieczeniem jej interesów, nie jest uzasadnione ochroną żadnej z wymienionych wartości konstytucyjnych. Wobec jasnych kryteriów i wskazówek Sądu Najwyższego, z pewnością nie można przyjąć na gruncie Konstytucji, iż ubezwłasnowolnienie jest uzasadnione ochroną interesu publicznego lub wolnościami i prawami innych osób, choć niestety praktyka jego stosowania może prowadzić do takich wniosków.

Wobec tego, jedynym konstytucyjnie uzasadnionym celem ubezwłasnowolnienia może być obowiązek państwa do ochrony i poszanowania godności

że pozbawianie jednostki zdolności do czynności prawnych jest podyktowane troską o należyte, harmonijne współzycie członków społeczeństwa, co obejmuje ochronę interesów poszczególnych osób, jak i określonych dóbr społecznych, w tym i mienia publicznego. Co więcej, należałoby przyjąć, że osoby z niepełnosprawnością intelektualną i zaburzeniami psychicznymi, wywołują taki stan, który w danym miejscu, czasie i okolicznościach, zgodnie z przyjętymi zwyczajami i obowiązującymi przepisami, uważa się za nienormalny, i który – w obiektywnym odbiorze – odczuwany jest jako utrudnienie lub uniemożliwienie powszechnie akceptowanego sposobu zachowania. Wydaje się, że w świetle wyraźnych wskazań odnośnie do celu ubezwłasnowolnienia, formułowanie jakichkolwiek argumentów na rzecz uznania przesłanki ochrony porządku publicznego za uzasadnienie ograniczania wolności i prywatności, musi budzić wątpliwości.

³⁵ Zdrowie publiczne należy rozumieć jako obowiązek zapewnienia takiego kontekstu prawnego i społecznego, by zarówno usunąć zewnętrzne zagrożenia zdrowia jednostki (czyli na przykład zwalczanie chorób zakaźnych), jak i eliminować pokusy skłaniające jednostkę do dobrowolnego niszczenia swojego zdrowia.

³⁶ Moralność publiczna to zespół reguł postępowania, dość powszechnie akceptowanych w zachowaniach indywidualnych i zbiorowych, opartych na uznanym w danym społeczeństwie rozumieniu pojęcia moralności, M. Wyrzykowski, *Granice praw i wolności – granice władzy*, [w:] *Obywatel – jego wolności i prawa*, Warszawa 1998, s. 51.,

³⁷ Przesłanka ta nie była do tej pory przedmiotem szerszej działalności orzeczniczej Trybunału Konstytucyjnego, a sama doktryna jest podzielona odnośnie do konieczności jej ujęcia w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Przesłanka ta dotyczy kolizji praw różnych podmiotów, czyli sytuacji, w której faktyczne urzeczywistnienie prawa pewnego podmiotu prowadzi do naruszenia prawa innego podmiotu lub jedynie niebezpieczeństwa takiego naruszenia. Zwracając uwagę na konsekwentnie podnoszony argument o ochronie interesów osoby ubezwłasnowolnionej jako jedynym celu tej instytucji, trudno argumentować jej istnienie ochroną wolności lub praw innych osób, choć praktyka przemawia niestety za takim poglądem.

³⁸ Zdrowie publiczne należy rozumieć jako obowiązek zapewnienia takiego kontekstu prawnego i społecznego, by zarówno usunąć zewnętrzne zagrożenia zdrowia jednostki (czyli na przykład zwalczanie chorób zakaźnych), jak i eliminować pokusy skłaniające jednostkę do dobrowolnego niszczenia swojego zdrowia.

wynikający z art. 30 Konstytucji³⁹. Oznacza to, że art. 31 ust. 3 należy rozpatrywać w kontekście art. 30 Konstytucji. Skoro godność jest wartością nadrzędną oraz źródłem wszystkich wolności i praw, to dla jej poszanowania władza publiczna może ingerować w inne wolności i prawa jednostki. Zakładając, że ubezwłasnowolnienie jest instytucją ochrony prawnej osób z niepełnosprawnościami nie potrafiącymi kierować swoim postępowaniem lub potrzebującymi do tego pomocy, można rzeczywiście odnaleźć jego główny cel w ochronie godności tych osób. Jednak istotą godności, którą miałyby chronić ubezwłasnowolnienie, jest podmiotowość człowieka, jego autonomia, swoboda postępowania zgodnie z własną wolą i obowiązek innych do jej poszukiwania i respektowania.

Tymczasem ubezwłasnowolnienie nie tylko nie prowadzi do stworzenia osobie z niepełnosprawnością szans na rozwój osobowości w otaczającym ją środowisku na miarę jej możliwości, ale dodatkowo pogłębia dyskryminację i wykluczenie tej osoby z życia społecznego. Praktyka postępowania sądowych o ubezwłasnowolnienie oraz wskazywane skutki ubezwłasnowolnienia przekonują, że ubezwłasnowolnienie nie chroni godności osób, które zamiast praktykowania swoich wolności i praw, zostają ich pozbawiane. Ubezwłasnowolnienie nie jest przydatne do realizacji tego celu. Nawet w odniesieniu do osób z głęboką niepełnosprawnością, których egzystencja jest faktycznie i stale zależna od drugiego człowieka, należy uznać, że poza ustanowieniem opiekuna, osoby z głęboką niepełnosprawnością w żaden sposób nie odczuwają działań w ochronie ich dobra i interesów. Każda osoba z niepełnosprawnością intelektualną czy też psychiczną, przy odpowiednim wsparciu mogłaby funkcjonować w społeczeństwie bardziej samodzielnie. Gdyby ustawodawca w konstrukcji ubezwłasnowolnienia uwzględnił obowiązek opiekunów i kuratorów osób ubezwłasnowolnionych do podejmowania działań zmierzających do społecznej aktywności tych osób na miarę ich możliwości, można by wtedy mówić o ochronie godności osób z niepełnosprawnościami poprzez ubezwłasnowolnienie. Niestety, instytucja ta nie jest w stanie w istniejącym kształcie doprowadzić do konstytucyjnego celu.

Czy ubezwłasnowolnienie jest koniecznym i niezbędnym środkiem do ochrony godności osób z niepełnosprawnością intelektualną czy też psychiczną lub osób z chorobą Alzheimera, demencją? Czy aby wyrazić zgodę na zabieg

³⁹ W aspekcie pozytywnym obowiązek poszanowania godności oznacza nakaz podejmowania przez władze publiczne takich działań, które ochronią jednostkę przed sytuacjami niepołączalnymi z jej godnością. Obowiązek ochrony godności natomiast władza publiczna powinna realizować poprzez kierowanie nakazów i zakazów do innych podmiotów w stosunkach społecznych, w tym osób fizycznych tak, by podmioty te nie naruszały godności innych ludzi, co ma znaczenie szczególnie przy zadaniach władzy ustawodawczej.

medyczny, przyjąć spadek, darowiznę, sprzedać mieszkanie, wystąpić o alimenty, konieczne jest pozbawienie na czas nieokreślony zdolności do czynności prawnych lub też jej ograniczenie? Istnieją inne, mniej uciążliwe środki prawnego wsparcia, które mogłyby doprowadzić do założonego przez ustawodawcę celu, nie powodując tak drastycznych konsekwencji. Ewolucja, jaka następuje w dziedzinie form wsparcia osób z niepełnosprawnościami, a także stopniowa zmiana postrzegania przez społeczeństwo tej grupy społecznej, nakłada na władzę publiczną kreowanie instytucji prawnych z uwzględnieniem faktycznych potrzeb osób, do których państwo i tak ma obowiązek na podstawie np. art. 69 Konstytucji kierować wsparcie. Analiza ubezwłasnowolnienia w świetle art. 31 ust. 3 w zw. z art. 30 Konstytucji wskazuje ponadto, że skutki ubezwłasnowolnienia nie pozostają w racjonalnej i właściwej proporcji do celu, jakiemu ma ono służyć. Pozbawienie wolności, autonomii decyzyjnej, prawa do samostanowienia, powoduje brak możliwości korzystania z praw człowieka, a co za tym idzie, społeczne i prawne wykluczenie osób ubezwłasnowolnionych. Wykluczona społecznie oraz prawnie osoba z niepełnosprawnością intelektualną czy też zaburzeniami psychicznymi nie ma szans na powrót do życia społecznego.

Artykuł 31 ust. 3 Konstytucji nakłada również obowiązek sprawdzenia, czy ubezwłasnowolnienie narusza istotę wolności oraz prawa do prywatności w kontekście autonomii decyzyjnej osoby ubezwłasnowolnionej. Osoba ubezwłasnowolniona całkowicie traci wpływ na swoje życie. W każdej dziedzinie życia jest zależna od opiekuna prawnego. Sama nie ma żadnych możliwości podejmowania decyzji dotyczących swojego życia osobistego, zatem jej wolność oraz prawo do decydowania o swoim życiu osobistym nie mogą być stosowane w praktyce. Ubezwłasnowolnienie częściowe nie narusza wprawdzie istoty wolności i prywatności osoby ubezwłasnowolnionej, ale w poważnym stopniu je ogranicza.

Konwencja – początek nowej ery

Konwencja posługuje się terminem „osoba z niepełnosprawnością”. Zgodnie ze światowym trendem w terminologii dotyczącej niepełnosprawności, należy oddzielić spójnikiem „z” cechę niepełnosprawności od osoby, która ją posiada. Niepełnosprawność jest tylko jednym z elementów tożsamości człowieka, nie jedynym. Dlatego też osoba z niepełnosprawnością to osoba, która obok niepełnosprawności posiada inne cechy ją określające. Sformułowanie „osoba niepełnosprawna” skupia się na dysfunkcji i problemach związanych z niepełnosprawnością, która jest traktowana jako jedyna cecha określająca taką osobę.

Sformułowanie „niepełnosprawni” depersonifikuje. Natomiast osobowe, podmiotowe podejście do osoby z niepełnosprawnością podkreśla jej wartość, wielowymiarową tożsamość.

Terminologia dotycząca osób z niepełnosprawnościami jest wyrazem zmiany paradygmatu niepełnosprawności. Jego pełną realizacją jest art. 1 Konwencji, wprowadzający definicję osoby z niepełnosprawnością. Zgodnie z nim: „Do osób z niepełnosprawnościami zalicza się te osoby, które mają długotrwale naruszoną sprawność fizyczną, umysłową, intelektualną lub w zakresie zmysłów co może, w oddziaływaniu z różnymi barierami, utrudniać im pełny i skuteczny udział w życiu społecznym, na zasadzie równości z innymi osobami”. Zatem to nie medyczny, zdrowotny problem przesądza o niepełnosprawności, ale różnorodne bariery uniemożliwiające skorzystanie osobom z trudnościami na równi z innymi z życia społecznego, np. niedostosowany dla osób z niepełnosprawnością wzroku tekst, niedostępna dla osób z niepełnosprawnością narządu słuchu lub mowy audycja telewizyjna, segregacyjne kształcenie, stereotypy i uprzedzenia, bariery architektoniczne itd. Prezentowany model społeczny niepełnosprawności oznacza, że osoba z niepełnosprawnością ma prawo być włączona do życia społecznego, tzn. ma być jego częścią, a nie zintegrowanym dodatkiem, a władza publiczna, społeczeństwo mają dostosować warunki życia społecznego do potrzeb tej osoby.

Konsekwencją społecznego modelu niepełnosprawności jest potwierdzenie i zagwarantowanie w Konwencji wszystkich wolności i praw człowieka, które na równi z innymi przysługują osobom z niepełnosprawnościami, nawet osobom ze sprzężonymi niepełnosprawnościami, tym którzy potrzebują bardziej intensywnego wsparcia. Przekonuje o tym już preambuła do Konwencji, która podkreśla: „równe i niezbywalne prawa wszystkich (...)” oraz wskazuje, że „każdy ma prawo do korzystania ze wszystkich praw i wolności (...) bez jakiegokolwiek rozróżnienia”, oraz że „dyskryminacja kogokolwiek ze względu na niepełnosprawność jest pogwałceniem przyrodzonej godności i wartości osoby ludzkiej”. Wśród zasad ogólnych, na których oparta jest Konwencja, artykuł 3 wymienia zasadę „poszanowania przyrodzonej godności, autonomii osoby, w tym swobody dokonywania wyborów, a także poszanowania niezależności osoby”, zasadę nie-dyskryminacji oraz „pełnego i skutecznego udziału i włączenia w społeczeństwo (...)”.

Zgodnie z art. 5 Konwencji „1. Państwa Strony uznają, że wszyscy ludzie są równi wobec prawa i są uprawnieni, bez jakiegokolwiek dyskryminacji, do jednakowej ochrony prawnej i jednakowych korzyści wynikających z prawa; 2. Państwa Strony zakazą jakiegokolwiek dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność i zagwarantują osobom z niepełnosprawnościami jednakową dla wszystkich

i skuteczną ochronę przed dyskryminacją z jakichkolwiek względów; 3. W celu popierania równości i likwidacji dyskryminacji, Państwa Strony podejmą wszelkie odpowiednie kroki celem zapewnienia racjonalnych usprawnień; 4. Za dyskryminację w rozumieniu niniejszej konwencji nie będą uważane szczególnie środki, które są niezbędne celem przyspieszenia osiągnięcia lub zagwarantowania faktycznej równości osób z niepełnosprawnościami”.

Konwencja nie tylko wskazuje kierunki i zasady polityki państwa, ale także formułuje wyraźne obowiązki państwa w celu zapewnienia faktycznej równości osób z niepełnosprawnościami w społeczeństwie, tj. „zapewnienia i popierania pełnej realizacji wszystkich praw człowieka i podstawowych wolności wszystkich osób z niepełnosprawnościami, bez jakiegokolwiek dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność”, w tym „przyjęcia wszelkich odpowiednich środków ustawodawczych, administracyjnych i innych w celu wdrożenia praw uznanych w niniejszej konwencji, podjęcia wszelkich odpowiednich środków, w tym ustawodawczych, w celu zmiany lub uchylecia obowiązujących ustaw, przepisów wykonawczych, zwyczajów i praktyk, które dyskryminują osoby z niepełnosprawnościami (...).

W kontekście ubezwłasnowolnienia, oprócz art. 12, o którym poniżej, znaczenie odgrywa także art. 19 Konwencji, który nakłada na państwo obowiązek „uznania równego prawa wszystkich osób z niepełnosprawnościami do życia w społeczeństwie, wraz z prawem dokonywania wyborów, na równi z innymi osobami”, oraz „podjęcia skutecznych i odpowiednich środków w celu ułatwienia pełnego korzystania przez osoby z niepełnosprawnościami z tego prawa oraz ich pełnego włączenia i udziału w społeczeństwie”, w tym poprzez zapewnienie, że: „osoby z niepełnosprawnościami będą miały możliwość wyboru miejsca zamieszkania i podjęcia decyzji co do tego, gdzie i z kim będą mieszkać, na zasadzie równości z innymi osobami, a także, że nie będą zobowiązywane do mieszkania w szczególnych warunkach; osoby z niepełnosprawnościami będą miały dostęp do szerokiego zakresu usług wspierających świadczonych w domu lub w placówkach zapewniających zakwaterowanie oraz do innych usług wspierających, świadczonych w społeczności lokalnej, w tym do pomocy osobistej niezbędnej do życia i włączenia w społeczność oraz zapobiegającej izolacji i segregacji społecznej; świadczone w społeczności lokalnej usługi i urządzenia dla ogółu ludności będą dostępne dla osób z niepełnosprawnościami, na zasadzie równości z innymi osobami oraz będą odpowiadać ich potrzebom”.

Konwencja rozpoczęła nową erę – włączenie niepełnosprawności i osób z niepełnosprawnościami w życie społeczne. To nie osobę z niepełnosprawnością należy zmieniać i przystosować do życia w społeczeństwie, ale to społeczeństwo ma być przygotowane na każdą osobę z niepełnosprawnością, jej trudności

i potrzeby. Konwencja gwarantuje pełnię praw człowieka, poszanowanie godności i zagwarantowanie równości i wolności dla każdej osoby z niepełnosprawnością. Wiąże się to z uznaniem autonomii decyzyjnej osoby z niepełnosprawnością, jej prawem do podejmowania decyzji, choćby nieracjonalnych z naszego punktu widzenia, popełniania przy tym błędów. Z podmiotowości i godności każdego człowieka wynika obowiązek państwa stworzenia takich warunków, w których jak największa liczba osób z niepełnosprawnościami będzie mogła praktykować wszystkie wolności i prawa człowieka. To z kolei wymaga uznanie kompetencji każdej osoby z niepełnosprawnością do posiadania i korzystania ze zdolności do czynności prawnych.

Ubezważnowolnienie a art. 12 Konwencji⁴⁰

Zgodnie z dyspozycją artykułu 12 Konwencji, (Równość wobec prawa⁴¹) „1. Państwa Strony potwierdzają, że osoby z niepełnosprawnościami mają prawo do uznania ich za podmioty prawa; 2. Państwa Strony uznają, że osoby z niepełnosprawnościami mają zdolność do czynności prawnych⁴² na zasadzie równości z innymi osobami, we wszystkich aspektach życia; 3. Państwa Strony podejmą odpowiednie środki w celu zapewnienia osobom z niepełnosprawnościami dostępu do wsparcia, którego mogą potrzebować przy korzystaniu ze zdolności do czynności prawnych; 4. Państwa Strony zagwarantują, że wszelkie środki związane z korzystaniem ze zdolności do czynności prawnych obejmować będą odpowiednie i skuteczne zabezpieczenia w celu zapobiegania nadużyciom, zgodnie z międzynarodowym prawem praw człowieka. Zabezpieczenia zapewnią, że środki związane z korzystaniem ze zdolności do czynności prawnych będą respektowały prawa, wolę i preferencje osoby, będą wolne od konfliktu interesów i bezprawnych nacisków, będą proporcjonalne i dostosowane do sytuacji danej osoby, będą stosowane przez możliwie najkrótszy czas i będą podlegały regularnemu przeglądowi przez właściwe niezależne i bezstronne władze lub organ sądowy. Zabezpieczenia powinny być proporcjonalne do stopnia, w jakim takie środki wpływają na prawa i interesy danej osoby; 5. Państwa Strony podejmą wszelkie

⁴⁰ Na podstawie opracowania: M. Zima-Parjaszewska, *Równość osób z niepełnosprawnościami wobec prawa. Prawa osób ubezwłasnowolnionych*, [w:] *Najważniejsze wyzwania po ratyfikacji przez Polskę Konwencji ONZ o Prawach Osób Niepełnosprawnych*, pod red. A. Błaszczak, Warszawa 2012, s. 16 i n.

⁴¹ Equal Recognition before the law.

⁴² Opublikowana w Polsce wersja Konwencji w art. 12 posługuje się terminem „zdolność prawna”.

odpowiednie i efektywne środki, z uwzględnieniem postanowień niniejszego artykułu, celem zagwarantowania równego prawa osób z niepełnosprawnościami do posiadania i dziedziczenia własności, kontroli własnych spraw finansowych oraz do jednakowego dostępu do pożyczek bankowych, hipotecznych i innych form kredytów oraz zapewnią, że osoby z niepełnosprawnościami nie będą samowolnie pozbawiane własności”.

Szczegółowa analiza art. 12 Konwencji wskazuje, iż przyznanie osobom z niepełnosprawnościami zdolności do czynności prawnych (z jakąkolwiek niepełnosprawnością, w tym – zgodnie z Preambułą – osobom wymagającym bardziej intensywnego wsparcia) zostało powiązane z obowiązkiem państwa zapewnienia dostępu do środków wsparcia w korzystaniu z niej. Artykuł 12 wprowadza konkretne warunki, jakie spełniać muszą środki/institucje/regulacje prawne, aby mogły zostać uznane za środki wsparcia w korzystaniu ze zdolności do czynności prawnej w świetle Konwencji. Powinny one zapewnić: poszanowanie praw, woli i preferencji osoby z niepełnosprawnością, ochronę przed nadużyciami, ochronę przed konfliktem interesów, ochronę przed nieuzasadnionym wpływem. Środki te powinny być właściwe i efektywne, proporcjonalne i dostosowane do okoliczności, stosowane w możliwie krótkim czasie, poddawane regularnej rewizji przez kompetentny i bezstronny organ lub władzę sądowniczą.

Ponadto art. 12 Konwencji podkreśla także obowiązek do podjęcia działań w celu zapewnienia: równego prawa do posiadania lub dziedziczenia własności, sprawowania kontroli nad własnymi finansami, dostępu do pożyczek i kredytów, zakazu arbitralnego pozbawiania własności osób z niepełnosprawnościami.

Polskie tłumaczenie art. 12 Konwencji posługuje się terminem „zdolność prawna”. Brzmienie angielskojęzyczne artykułu 12 Konwencji „1. States Parties reaffirm that persons with disabilities have the right to recognition everywhere as persons before the law; 2. States Parties shall recognize that persons with disabilities enjoy legal capacity on an equal basis with others in all aspects of life (...)” wskazuje, iż Konwencja rozróżnia zarówno zdolność prawną (tę ujmuje jako podmiotowość prawną) oraz zdolność do czynności prawnych, o której mowa w ust. 2 art. 12. Polskie tłumaczenie art. 12 Konwencji opublikowane w Dzienniku Ustaw zdaje się pomijać tę kwestię, posługując się jedynie terminem zdolność prawna. Zdziwienie zatem budzić opublikowany w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej tekst Konwencji, w którym ust. 2 art. 12 został przetłumaczony w następujący sposób „Państwa Strony uznają, że osoby niepełnosprawne mają zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych, na równych zasadach z innymi osobami, we wszystkich aspektach życia”⁴³. Podkreśla

⁴³ Tekst dostępny na stronie internetowej: <http://eur-lex.europa.eu/Notice>.

to, iż Polska w sposób świadomy i celowy ignoruje zasadniczą różnicę między zdolnością prawną a zdolnością do czynności prawnych.

Tłumaczenie art. 12 Konwencji wyraźnie wskazuje, iż Polska nie uznaje prawa wszystkich osób z niepełnosprawnościami do zdolności do czynności prawnych i wsparcia w korzystaniu z tej zdolności. Zdumiewające w związku z tym jest stanowisko Polski zajęte w Oświadczeniu Rządowym w sprawie mocy obowiązującej Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych z dnia 25 września 2012 r., w którym Polska złożyła 2 zastrzeżenia do przepisów Konwencji oraz jedno oświadczenie interpretacyjne o następującej treści: „Rzeczpospolita Polska interpretuje art. 12 Konwencji w sposób zezwalający na stosowanie ubezwłasnowolnienia, w okolicznościach i w sposób określony w prawie wewnętrznym, jako środka, o którym mowa w art. 12 ust. 4, w sytuacji, gdy wskutek choroby psychicznej, niedorozwoju umysłowego lub innego rodzaju zaburzeń psychicznych osoba nie jest w stanie kierować swoim postępowaniem”.

Konsekwencją przyjęcia oświadczenia interpretacyjnego przez Polskę w powyższej treści jest przyznanie, iż art. 12 Konwencji w rzeczywistości dotyczy zdolności do czynności prawnych. W innym wypadku oświadczenie tego rodzaju byłoby zbędne. Zatem mając świadomość, iż artykuł 12 Konwencji przyznaje każdej osobie z niepełnosprawnością prawo do korzystania ze zdolności do czynności prawnych, zapewnia wsparcie w tym zakresie oraz przewiduje, iż wszelkie środki związane z korzystaniem ze zdolności do czynności prawnych będą proporcjonalne i dostosowane do potrzeb danej osoby, Rząd, następnie Sejm i Senat oraz Prezydent zgodzili się na nic nie wnoszące do polskiego systemu prawnego zobowiązanie do przyznania każdej osobie prawa do zdolności prawnej, która zgodnie z art. 8 k.c. przysługuje w Polsce każdemu człowiekowi od urodzenia. Rząd, przedstawiając Sejmowi wniosek ratyfikacyjny oraz projekt ustawy wyrażającej zgodę na ratyfikację Konwencji, stwierdził w sposób nie budzący wątpliwości, iż wobec oświadczenia, „Polska nie będzie mogła być zobowiązana przez Komitet do przeprowadzenia zmian ustawodawstwa krajowego w określony sposób i w określonym terminie”⁴⁴.

Przyjęcie przez Polskę zastrzeżeń oraz oświadczenia interpretacyjnego do Konwencji pozostaje w sprzeczności z art. 46 ust. 1 Konwencji, zgodnie z którym „Nie dopuszcza się żadnych zastrzeżeń do Konwencji, które są niezgodne z jej celem”. Podobnie art. 19 lit. c Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów

do?val=479552:cs&lang=pl&list=680193:cs,678881:cs,554405:cs,479552:cs,479581:cs,431131:cs,&pos=4&page=1&nbl=6&pgs=10&hwords=konwencja%20o%20prawach%20os%C3%B3b%20niepe%C5%82nosprawnych~&checktexte=checkbox&visu=#texte

⁴⁴ Tekst wniosku ratyfikacyjnego dostępny na stronie internetowej: <http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/A25E942EAA7F8651C1257A0100356633/%24File/408.pdf>

(Dz. U. z 1990, Nr 74, poz. 739) wskazuje, iż „Przy podpisaniu, ratyfikacji, przyjęciu lub zatwierdzeniu traktatu oraz przy przystąpieniu do niego państwo może zgłosić zastrzeżenie, chyba że (...) zastrzeżenie jest niezgodne z przedmiotem i celem traktatu”. Powyższe prowadzi do wniosku, iż oświadczenie interpretacyjne Polski dotyczące art. 12 Konwencji jest niezgodne z celem Konwencji polegającym na równym i pełnym korzystaniu przez osoby z niepełnosprawnościami z wszystkich praw człowieka.

Stanowisko Polski w sprawie art. 12 Konwencji pozostaje w sprzeczności z opracowanymi przez Komitet Praw Osób z Niepełnosprawnością w 2009 r. „Wytycznymi dotyczącymi zasady przygotowania przez Państwa Strony raportu na podstawie art. 35 ust. 1 Konwencji” (CRPD/C/2/3)⁴⁵. Komitet wyraźnie wskazał, iż raport krajowy powinien zawierać m.in. opis środków podejmowanych przez państwo dla zapewnienia osobom z niepełnosprawnościami korzystania ze zdolności do czynności prawnych, np. w sprawach poszanowania integralności fizycznej i psychicznej oraz pełnego udziału w życiu obywatelskim, a ponadto wskazywać przepisy ograniczające pełną zdolność do czynności prawnych z powodu niepełnosprawności, w szczególności działania podejmowane dla zapewnienia zgodności tych przepisów z art. 12 Konwencji. Państwo powinno przedstawić formy wsparcia udzielanego osobom z niepełnosprawnościami w korzystaniu ze zdolności do czynności prawnych oraz prowadzeniu spraw finansowych, a także gwarancje zapobiegające nadużyciom w modelu *substitute decision-making*. W oparciu o te Wytyczne Komitet ocenił już m.in. sprawozdanie Hiszpanii i wyraził zaniepokojenie faktem, iż Hiszpania nie podjęła żadnych kroków zmierzających do zastąpienia *substitute decision-making* przez *supported decision-making*. Komitet zarekomendował Hiszpanii wprowadzenie zmian w zakresie opieki i kurateli zmierzających do usunięcia środków odbierających lub ograniczających osobom z niepełnosprawnościami zdolność do czynności prawnych oraz mających na celu wprowadzenie środków prawnych pozwalających na zapewnienie im wsparcia w podejmowaniu decyzji przy pełnym poszanowaniu autonomii i preferencji życiowych⁴⁶. Dla Polski powinna być to cenna wskazówka i lekceważenie doświadczeń międzynarodowych powinno spotkać się ze stanowczym sprzeciwem ze strony zarówno społeczeństwa obywatelskiego, jak i społeczności międzynarodowej.

⁴⁵ Guidelines on treaty-specific document to be submitted by states parties under article 35, paragraph 1, of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, tekst dostępny na stronie internetowej: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CRPD/CRPD-C-2-3.pdf>

⁴⁶ Consideration of reports submitted by States parties under article 35 of the Convention, Concluding observations of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Spain, tekst dostępny na stronie internetowej: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/Session6.aspx>

W świetle dotychczasowych rozważań należy uznać, iż po pierwsze, ubezwłasnowolnienie nie jest środkiem, który zapewnia wsparcie przy korzystaniu ze zdolności do czynności prawnych, bowiem prowadzi ono do pozbawienia lub ograniczenia tej zdolności. Oparte jest na modelu zastępowania i działania za kogoś, a nie wspierania osoby w jej działaniu. Po drugie, nawet nowelizacja przepisów o postępowaniu w sprawach o ubezwłasnowolnienie w 2007 r., mimo jej pozytywnej oceny, nie stanowi skutecznego zabezpieczenia przed nadużywaniem tej instytucji. Po trzecie, mimo przepisów o obowiązku wysłuchania przez opiekuna osoby ubezwłasnowolnionej przed podjęciem decyzji w ważniejszych sprawach (odwołanie do przepisów o władzy rodzicielskiej), wola i preferencje osoby z niepełnosprawnością nie są brane pod uwagę w kwestiach dla niej najważniejszych, np. decyzji dotyczącej miejsca zamieszkania. Po czwarte, ubezwłasnowolnienie jest środkiem nieproporcjonalnym, najczęściej niedostosowanym do sytuacji danej osoby, nie uwzględnia różnorodnych potrzeb osób, wymagających wsparcia prawnego oraz odnosi się niemal do wszystkich sfer życia, bez względu na sposób funkcjonowania konkretnej osoby w konkretnych sytuacjach. Po piąte, orzekane jest bezterminowo, a powinno być stosowane przez możliwie najkrótszy czas. Po szóste, nadzór nad sprawowaniem opieki i kurateli prowadzony jest właściwie jedynie poprzez zatwierdzanie przez sąd rodzinny i opiekuńczy sprawozdań z ich wykonywania składanych nie rzadziej niż raz na rok. Ubezwłasnowolnienie uniemożliwia również korzystanie – na równi z innymi – z prawa do posiadania i dziedziczenia własności, kontroli własnych spraw finansowych oraz do dostępu do pożyczek bankowych, hipotecznych i innych form kredytów.

Zakończenie

Instytucja ubezwłasnowolnienia oraz korzystanie przez osoby z niepełnosprawnościami, szczególnie intelektualną lub psychiczną, ze zdolności do czynności prawnych budzą liczne obawy i wątpliwości. Jednak zasada równości i wynikający z niej zakaz dyskryminacji oznacza, iż sytuacja prawna osób z niepełnosprawnościami powinna być kształtowana według takich samych kryteriów jak innych osób, a w szczególności zdolność do czynności prawnych nie może podlegać ograniczeniom prowadzącym do wyłączenia z życia społecznego. Z podmiotowości człowieka wynika jego prawo do podejmowania decyzji dotyczących swojego życia. Emanacją równości jest prawo do korzystania z wolności i praw człowieka na równi z innymi, w tym przez osoby, które mają z tym trudności. Wdrożenie postanowień art. 12 Konwencji do polskiego ustawodawstwa umożliwiłoby wprowadzenie takich form korzystania ze zdolności do czynności

prawnych, które będą mogły być wykorzystywane przez różne osoby znajdujące się w sytuacjach utrudniających podjęcie decyzji i wyrażenie swojej woli. Ubezwłasnowolnienie nie jest rozwiązaniem problemów, jest wygodną dla państwa instytucją, dzięki której państwo czuje się zwolnione z obowiązku inicjowania rozwoju, rehabilitacji osób, które wymagają wsparcia.

Artykuł 12 Konwencji, jak wspomniano we wstępie, jest zobowiązaniem do wprowadzenia w Polsce tzw. „wspieranego podejmowania decyzji”. Wspierane podejmowanie decyzji, jako alternatywa dla ubezwłasnowolnienia, to proces podejmowania decyzji, który składa się z kilku etapów: 1. osoba musi zrozumieć dostępne informacje na dany temat; 2. musi również być w stanie ocenić skutki swoich działań; 3. na bazie informacji o sytuacji i skutkach ewentualnych decyzji musi być w stanie podjąć swobodną decyzję; 4. na koniec musi być w stanie przekazać swoją wolę innym, a więc swoją decyzję zakomunikować w zrozumiały dla innych sposób. Na każdym z tych etapów, o ile dana osoba z niepełnosprawnością tego potrzebuje, można ją wesprzeć różnymi sposobami (wsparcie osobowe, techniczne), aby pomóc jej przejść przez tę fazę procesu decyzyjnego. Doprowadzi to do podjęcia konkretnej decyzji przez osobę z niepełnosprawnością, bez konieczności decydowania za nią i w jej imieniu. Właśnie taka pomoc, w rozumieniu informacji i konsekwencji zachowań, w podejmowaniu decyzji, w interpretowaniu ich lub w ich komunikowaniu innym, nosi nazwę wspierane podejmowanie decyzji (*supported decision making*). Instytucja ta zakłada, że każda osoba przytomna jest w stanie zrozumieć rzeczywistość, o ile zostanie ona jej zaprezentowana w odpowiedni – dopasowany do jej indywidualnych potrzeb – sposób. Komunikacja z osobą z niepełnosprawnością intelektualną w stopniu znacznym, może przebiegać z udziałem alternatywnych metod komunikacji czy komunikacji za pomocą komputera, dźwięku lub obrazu. To osoba wspierająca odczytuje komunikat i interpretuje go, ale nie podejmuje decyzji za osobę z niepełnosprawnością. Oczywiście wspierane podejmowanie decyzji zakłada, iż w sytuacji, gdy żadne środki nie są w stanie umożliwić osobie z niepełnosprawnością przejścia przez wszystkie etapy procesu decyzyjnego w odniesieniu do konkretnej decyzji, można zastosować instytucję substytutu, który decydowałby w jej imieniu, w tej konkretnej sytuacji⁴⁷.

⁴⁷ M. Bach, *Legal Capacity, Personhood and Supported Decision Making*, Canadian Association for Community Living, January 2006, s. 5; B. Geller, E. Sugrue Hyman, *Maintaining and Achieving Legal Autonomy*, The Arc Michigan, <http://www.michiganallianceforfamilies.org/inf/alt.gua.htm#alt>, M. Bach, *Supported Decision Making under Article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Questions and Challenges*, Notes for Presentation to Conference on Legal Capacity and Supported Decision Making Parents' Committee of Inclusion Ireland Athlone, Ireland – November 3, 2007, s. 4.

Z pewnością istnieją osoby i sytuacje, w których państwo powinno mieć możliwość wsparcia prawnego konkretnych osób, które tego potrzebują. Jednak wsparcie to nie może opierać się na stereotypach i uprzedzeniach dotyczących niepełnosprawności i polegać za zakazie działań będących realizacją podmiotowości i praw człowieka.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 2 (194) 2013
Warszawa 2013

*Lechosław Kociucki*¹ ■

NIEKTÓRE PROBLEMY NOWELIZACJI POLSKIEGO PRAWA O UBEZWŁASNOWOLNIENIU

Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie niektórych problemów, przede wszystkim w zakresie materii cywilnoprawnych, jakie rysują się przed ustawodawcą, który zamierza implementować postanowienia art. 12 Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych.

I. Przesłanki wprowadzenia zmian w prawie o ubezwłasnowolnieniu

Procedura ratyfikacji przez Polskę Konwencji ONZ z dnia 13 grudnia 2006 r. o prawach osób niepełnosprawnych² była bardzo istotnym, a być może przesądzającym czynnikiem podjęcia prac nad nowelizacją polskich przepisów o ubezwłasnowolnieniu.

Należy tu zaznaczyć, że nowelizacją powinny być objęte nie tylko przepisy o ubezwłasnowolnieniu, lecz także inne przepisy prawa cywilnego o zdolności do czynności prawnych osób dorosłych oraz przepisy o pieczy nad osobami dorosłymi nie mogącymi samodzielnie prowadzić swych spraw.

¹ Autor jest członkiem Zespołu Problemowego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego ds. zdolności do czynności prawnych osób niepełnosprawnych psychicznie. Wystąpienie odzwierciedla jego poglądy osobiste.

² Dz. U. z 2012 r., poz. 1169.

Przesłanki, z których wynika potrzeba zmian w przepisach o ubezwłasnowolnieniu, były już wskazywane w piśmiennictwie³. W tym miejscu wystarczy zaznaczyć, że zmiany te są konieczne ze względu na zmieniające się warunki społeczne, w tym zmiany demograficzne i kulturowe, zwłaszcza dotyczące postrzegania osób z niepełnosprawnością czy zaburzeniami psychicznymi, jakie nastąpiły w Polsce od momentu wejścia w życie przepisów Kodeksów: cywilnego oraz rodzinnego i opiekuńczego. Nie do pominięcia w omawianej materii są też wyniki badań nauk medycznych (szczególnie osiągnięcia tych nauk w zakresie rehabilitacji, metod diagnostycznych i terapeutycznych) oraz nauk społecznych, m.in. doświadczenia psychologii społecznej, dotyczących inkluzji i walki z uprzedzeniami wobec osób z niepełnosprawnościami. Zmiany w przepisach o zdolności czynności prawnych i ubezwłasnowolnieniu osób dorosłych są też niezbędne ze względu na potrzebę dostosowania tych przepisów do bardzo poważnych zmian w ich otoczeniu prawnym przejawiających się m.in. we wprowadzeniu nowych regulacji w dziedzinach życia wcześniej nieregulowanych normami prawnymi, a także w przenikaniu do prawa cywilnego idei praw człowieka (poprzez normy konstytucyjne i umowy międzynarodowe).

Problem niewłaściwej ochrony osób ubezwłasnowolnionych został dostrzeżony przez Trybunał Konstytucyjny. W wyroku z dnia 7 marca 2007 r.⁴ (sygn. K 28/05) Trybunał wyraźnie zasugerował potrzebę dokonania kompleksowych zmian w zakresie instytucji ubezwłasnowolnienia w prawie polskim i zaznaczył, że w większości państw odchodzi się obecnie od sztywnego ograniczania praw i wolności osób chorych psychicznie, upośledzonych lub uzależnionych na rzecz regulacji bardziej elastycznych, dopasowanych do konkretnych sytuacji przez sąd orzekający w danej sprawie.

II. Spojrzenie na ustawodawstwa obce i na standardy międzynarodowe

1. **We wskazanym wyżej orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego powołano się na** szereg ustawodawstw obcych, które w nowy sposób uregulowały kwestie ubezwłasnowolnienia i, szerzej, instytucji prawnych służących ochronie dorosłych. Jako pierwszą odnotować należy tutaj nowelizację **francuskiego k.c. z 1968 r.** wprowadzającą instytucję *la sauvegarde de justice* – pieczy prawnej nie powodującej ograni-

³ L. Kociucki, *Zdolność do czynności prawnych osób dorosłych i jej ograniczenia*, Warszawa 2011.

⁴ Wyrok TK z 7.03.2007 r., K 28/05, OTK 2007, Nr 3A, poz. 24.

czenia zdolności do czynności prawnych. Następne były nowelizacje **prawa angielskiego** (*Mental Health Act* 1983 dotyczący leczenia chorych psychicznie, oraz uchwalony w 1985 r. *Enduring Powers of Attorney Act* 1985, pierwszy akt prawny dający możliwość udzielenia pełnomocnictwa opiekuńczego). W roku 1992 weszła w życie całościowa nowelizacja **niemieckiego prawa opiekuńczego**⁵, w której wprowadzono zasadę pomocniczości opieki, uniezależniając ustanowienie opieki od posiadania albo nieposiadania przez podopiecznego zdolności do czynności prawnych, sąd opiekuńczy uzyskał pełną swobodę w dostosowywaniu zakresu obowiązków opiekuna do potrzeb podopiecznego.

2. Za punkt przełomowy dla wprowadzania w krajach europejskich nowych norm dotyczących prawa ochrony dorosłych uznać można uchwalenie **Rekomendacji (1999) 4** z 23 lutego 1999 r. Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie zasad dotyczących prawnej ochrony dorosłych niemogących samodzielnie prowadzić swych spraw (dalej – Rekomendacja (99) 4).

Rekomendacja (99) 4 uwzględnia dorobek wielu wcześniejszych aktów prawa międzynarodowego dotyczących praw człowieka i praktyki ich stosowania. Przy jej redagowaniu uwzględniono bowiem normy Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r., (szczególnie art. 5, 6, i 8 Konwencji oraz art. 1 protokołu nr 1 do Konwencji), normy tzw. Konwencji bioetycznej z 4 kwietnia 1997 r.⁶, a także *case law* Europejskiej Komisji Praw Człowieka i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Dodać należy, że w roku 2011 przyjęta została Rekomendacja (2009) 11 Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie zasad dotyczących pełnomocnictwa opiekuńczego [*continuing powers of attorney*] i dyspozycji na wypadek niezdolności do czynności prawnych [*advance directives for incapacity*]. Rekomendacja ta jest istotna dla instytucji prawnych służących czynnościom ochrony podejmowanym we własnym zakresie przez zainteresowanego dorosłego.

3. Po pojawieniu się Rekomendacji (99) 4 w krajach członkowskich Rady Europy uchwalono wiele całościowych nowelizacji przepisów o ochronie dorosłych, respektujących zasady wskazane w Rekomendacji⁷.

⁵ *Betreuungsgesetz*, ustawa z 12 września 1990 r.

⁶ Konwencja o ochronie praw człowieka i godności istoty ludzkiej w odniesieniu do zastosowań biologii i medycyny, Oviedo, 4.04.1997 r.

⁷ Szerzej L. Kociucki, *Założenia nowelizacji przepisów o zdolności do czynno-*

- Wskazać tu należy między innymi Estonię⁸, Austrię⁹, Anglię i Walię¹⁰, Francję¹¹, Szwajcarię¹², Węgry¹³ i Czechy¹⁴.
4. W dniu dnia 13 grudnia 2006 r. uchwalona została przez Organizację Narodów Zjednoczonych Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych. W Polsce została ona ratyfikowana w roku 2012¹⁵. Jej walorem jest wiążący dla państwa, które ją ratyfikowało, charakter oraz procedury pozwalające kontrolować jej implementację. Zarówno zaletą, jak i wadą jest jej bardzo ogólny, zwłaszcza w porównaniu ze wspomnianymi wyżej Rekomendacjami, charakter. Przygotowania do ratyfikacji Konwencji były ważnym impulsem dla podjęcia w Polsce prac nad uchynieniem przepisów o ubezwłasnowolnieniu w prawie polskim oraz wprowadzeniem nowych uregulowań dotyczących prawnej ochrony dorosłych.
 5. Dla prac nad nowelizacją przepisów o ubezwłasnowolnieniu spośród przepisów Konwencji najistotniejsza jest treść jej art. 12 ust. 2–5¹⁶. Przepisy te nakazują państwom-stronom Konwencji w szczególności: (1) zapewnienie osobom niepełnosprawnym dostępu do wsparcia, którego mogą potrzebować przy korzystaniu ze zdolności do czynności prawnych, (2) zapewnienie tym osobom odpowiednich i skutecznych zabezpieczeń w celu zapobiegania nadużyciom przy korzystaniu i stosowaniu instytucji prawnych służących wsparciu osób

ści prawnych i o ochronie prawnej osób dorosłych w świetle standardów prawa międzynarodowego i wybranych ustawodawstw europejskich, „Studia prawa prywatnego”, 2013, w druku.

⁸ Przepisy ogólne Kodeksu cywilnego (obowiązujące od 1 lipca 2002 r.).

⁹ Daleko idąca nowelizacja przepisów austriackiego Kodeksu cywilnego o ochronie dorosłych, obowiązująca od 1 lipca 2007 r.

¹⁰ *Mental Capacity Act 2005*, obowiązujący od 1 stycznia 2007 r.

¹¹ Przepisy francuskiego Kodeksu cywilnego o ochronie dorosłych obowiązujące od 1 stycznia 2009 r.

¹² Przepisy szwajcarskiego Kodeksu cywilnego o ochronie dorosłych obowiązujące od 1 stycznia 2013 r.

¹³ Przepisy o ochronie dorosłych zawarte w uchwalonym 11 lutego 2013 r. nowym węgierskim Kodeksie cywilnym, który wejdzie w życie 15 marca 2014 r.

¹⁴ Przepisy o ochronie dorosłych zawarte w uchwalonym 3 lutego 2012 r., a mającym wejść w życie 1 lutego 2014 r. nowym czeskim Kodeksie cywilnym.

¹⁵ Po wyrażeniu zgody przez parlament w ustawie z dnia 15 czerwca 2012 r. (Dz. U. z 2012 r. poz. 882); sama konwencja została zamieszczona w Dz. U. z 2012 r. poz. 1169. W dniu 25 września 2012 r. wydano też Oświadczenie Rządowe w sprawie mocy obowiązującej Konwencji (Dz. U. z 2012 r. poz., 1170).

¹⁶ Pomijam tu dyskutowane w innych miejscach kwestie poprawności tłumaczenia art. 12 Konwencji z języków oryginalnych na język polski.

niepełnosprawnych w zakresie zdolności do czynności prawnej, oraz (3) zagwarantowanie tym osobom równego prawa osób niepełnosprawnych do posiadania i dziedziczenia własności, kontroli własnych spraw finansowych oraz do jednakowego dostępu do pożyczek bankowych, hipotecznych i innych form kredytów.

6. Standard wyznaczony przez Konwencję jest, przynajmniej dotychczas, bardzo ogólny. W szczególności nieliczne jest jeszcze orzecznictwo Komitetu do spraw praw osób niepełnosprawnych. Dlatego w pracach nad nowelizacją warto w moim przekonaniu uwzględnić też inne źródła, w tym Rekomendację (99) 4 oraz Rekomendację (2011) 9 w sprawie zasad dotyczących pełnomocnictwa opiekuńczego i dyspozycji na wypadek niezdolności do czynności prawnych.

Do podstawowych zasad wskazanych w Rekomendacji (99) 4 należą¹⁷:

- 1) poszanowanie praw człowieka (osoby dorosłej korzystającej z ochrony), przejawiające się m.in. w maksymalnej ochronie zdolności do czynności prawnych tej osoby;
- 2) elastyczność ingerencji prawnej w sferę prawną podopiecznego oraz subsydiarność i niezbędność oraz proporcjonalność tej ingerencji,
- 3) jawność środków ochrony, ale tylko w takim zakresie, w jakim jest ona niesprzeczna z dobrem osoby dorosłej korzystającej z ochrony,
- 4) proceduralna uczciwość i sprawność środków ochrony,
- 5) pierwszeństwo dobra osoby dorosłej korzystającej z ochrony przy wyborze metod ochrony; oraz respektowanie życzeń i uczuć podopiecznego,
- 6) konsultacja w trakcie stosowania środków ochrony dorosłych z rodziną i osobami bliskimi osobie dorosłej i włączanie tych osób do stosowania tych środków.

Można więc powiedzieć, że cele Rekomendacji są zbieżne z celami Konwencji. Co więcej, obie Rekomendacje i ustawodawstwa krajów członkowskich Rady Europy, które implementowały Rekomendacje, zawierają wiele rozwiązań szczegółowych sprawdzonych w praktyce. Zaznaczyć należy, że nie wszystkie nowe rozwiązania zostały wprowadzone z sukcesem. W wielu wypadkach nowe rozwiązania zostały okupione nadmiernymi kosztami czy spowodowały inne, nieznane wcześniej problemy. Zwłaszcza te nieudane czy nie w pełni udane rozwiązania legislacyjne winny być przedmiotem uwagi i namysłu w trakcie prac nad nowelizacją polskich przepisów, tak by nie powtórzyć cudzych błędów.

¹⁷ Bliżej omówione w: L. Kociucki, Założenia nowelizacji..., s. 21 i n.

III. Wybrane problemy nowelizacji

1. Wzmianka o terminologii – środki ochrony dorosłych

Uchylenie przepisów o ubezwłasnowolnieniu, spowoduje także konieczność odpowiedniego dostosowania wszystkich przepisów o zdolności do czynności prawnych osób dorosłych (art. 11–22 k.c.) oraz zmiany i rozbudowy systemu instytucji prawnych służących ochronie dorosłych nie mogących samodzielnie prowadzić swych spraw. Obecnie tymi instytucjami są opieka nad osobą ubezwłasnowolnioną całkowicie (art. 175–178 k.r.o. w związku z art. 145–174 k.r.o.), kuratela nad osobą ubezwłasnowolnioną częściowo (art. 181 k.r.o.), a także – z pewnymi zastrzeżeniami – kurator dla osoby niepełnosprawnej (art. 183 k.r.o.).

Rekomendacja (99) 4 wprowadziła termin *measures of adults' protection*, odnoszący się do instytucji prawnych ochrony dorosłych takich jak opieka, kuratela, pełnomocnictwo opiekuńcze. Analogiczne określenia znalazły się w znowelizowanym francuskim Kodeksie cywilnym (*mesures de protection juridique des majeurs*) i szwajcarskim (*Maßnahmen der Erwachsenenschutz*). Wprowadzenie terminu „**środki ochrony dorosłych**” obejmującego zarówno obecną opiekę i kuratelę nad osobami ubezwłasnowolnionymi, jak i ogół instytucji prawnych, jakie mogłyby je zastąpić, wydaje się zatem użyteczne także w polskim języku prawniczym.

2. Podstawowe wartości, jakie powinna chronić nowelizacja

Poszukując wskazówek co do podstawowych wartości, jakie powinna chronić nowelizacja w aktach prawa międzynarodowego czy ustawodawstwach obcych, nie można pomijać dorobku orzecznictwa i doktryny polskiej. Przeciwnie, dążyć należy do tego, by nowe rozwiązanie harmonijnie wkomponowywało się w istniejący i funkcjonujący system prawny. Wartości te powinny być więc spójne z podstawowymi standardami praw człowieka, i – z drugiej strony – z podstawowymi zasadami polskiego prawa cywilnego.

Jak już wspomniano, z Konwencji wynikają jedynie najbardziej podstawowe, co do zasady niesporne wskazania co do aksjologii. Źródłem o wiele bardziej pomocnym jest Rekomendacja (99) 4 (por. wyżej, pkt II 6).

Mając te założenia na względzie, można wskazać następujące wartości, jakie winny być podstawą nowelizacji:

3. **Najważniejszą z tych wartości niewątpliwie jest dobro osoby dorosłej korzystającej z ochrony.** Wywodzi się ono z konstytucyjnej zasady nienaruszalności i poszanowania godności człowieka. Na gruncie prawa prywatnego, do którego odnosi się proponowana nowelizacja, zasada ta jest ujmowana w kategoriach **autonomii woli** jednostki. Autonomia woli zakłada, że przesłanką decydowania jednostki o sobie jest jej autentyczna (a więc nie narzucona, ani nie zasugerowana z zewnątrz) wola. Co więcej, autonomia ta zakłada, że, przynajmniej co do zasady (wyjątki od tej zasady są rozpatrywane w kategoriach zasad słuszności), jednostka ponosi prawną odpowiedzialność za swoje decyzje.

Inaczej niż w dotychczasowym stanie prawnym, w którym aby dla osoby potrzebującej ustanowić opiekę czy kuratelę, konieczne jest ubezwłasnowolnienie tej osoby, w przyszłym stanie prawnym skorzystanie z instytucji prawnych ochrony dorosłych będzie możliwe bez ingerencji w zdolność do czynności prawnych tej osoby. Orzeczenie w sprawie niepełnej zdolności do czynności prawnych powinno być środkiem podejmowanym w ostateczności, gdy środki mniej inwazyjne (np. pełnomocnictwo opiekuńcze lub opieka asystencyjna) uznane zostaną za niewystarczające.

Problemem, jaki zapewne będzie musiał rozstrzygnąć ustawodawca, jest wybór drogi ustalania, co jest dobrem osoby korzystającej z ochrony (jeżeli nie może ona sama prowadzić swych spraw). Może to być mianowicie droga:

- 1) 'subiektywna', zmierzająca do ustalenia i respektowania hipotetycznej woli tej osoby, albo
- 2) 'obiektywna', zmierzająca do określenia, co byłoby w interesie osoby dorosłej ustalanej według systemu odniesienia zewnętrznego wobec tej osoby, uznanego z określonych względów za właściwy.

Obie drogi mogą mieć wersje umiarkowane (a więc ograniczone np. ze względu na wykonalność danej czynności zmierzającej do osiągnięcia dobra podopiecznego czy ze względu na interesy określonych osób trzecich) i radykalne.

W ustawodawstwach obcych najczęściej spotyka się umiarkowanie obiektywne rozumienie dobra osoby korzystającej z ochrony (np. w ustawodawstwie niemieckim, szwajcarskim, angielskim). Według tej koncepcji osoba czy organ podejmujący decyzje za podopiecznego ma obowiązek – z jednej strony – ustalić 'najlepszy' (obiektywny) interes podopiecznego, a z drugiej – ustalić, a następnie, w miarę

możliwości i o ile nie sprzeciwia się to dobru podopiecznego. Co więcej, według tej koncepcji do dobra osoby korzystającej z ochrony należy nie tylko jej wysłuchanie przez opiekuna i uwzględnianie jej rozsądnych życzeń, lecz przede wszystkim nawiązanie z nią osobistego kontaktu, wsparcie, **asystencja**.

4. Kolejną, budzącą już wątpliwości czy dyskusję wartością realizowaną przez prawo ochrony dorosłych jest **ochrona zaufania osób trzecich**. Nie budzi wątpliwości, że jest ona możliwa tylko w zakresie niesprzecznym z ochroną osoby niepełnosprawnej. Jednak pomijanie ochrony interesów osób trzecich mogłoby spowodować izolację osób korzystających z ochrony.

Przed ustawodawcą stoi konieczność rozstrzygnięcia, czy środki ochrony dorosłych mogą wywierać skutki prawne wobec osób trzecich, jeżeli te osoby, działając w dobrej wierze, nie są świadome ich istnienia lub treści. Problem ten stanie się szczególnie istotny w przypadku, gdyby środki ochrony dorosłych były indywidualnie dostosowywane w orzeczeniu sądu do sytuacji podopiecznego. Byłaby to istotna zmiana w porównaniu do obecnej instytucji opieki nad ubezwłasnowolnionym całkowicie, a w pewnej mierze do kurateli nad ubezwłasnowolnionym częściowo. Zważyć tu jednak należy, że jakkolwiek obecne instytucje (opieka i kuratela) są 'wystandaryzowane', tzn. ich treść jest taka sama dla wszystkich podopiecznych, to jednak również łączą się z pewnym zakresem niepewności dla osób trzecich. Mianowicie osoby te w zasadzie nie mogą dowiedzieć się o fakcie ubezwłasnowolnienia całkowitego bądź częściowego z publicznego rejestru; wyjątkiem jest informacja o ograniczeniu lub utracie zdolności do czynności prawnych przez przedsiębiorcę oraz ustanowieniu nad nim kurateli lub opieki, podlegająca ujawnieniu w Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej¹⁸.

Rysuje się zatem pytanie o celowość i dopuszczalność stworzenia w przyszłości **publicznego rejestru środków ochrony dorosłych**. Na odpowiedź na to pytanie wpływa wiele czynników, między innymi:

- 1) wola osoby, w interesie której dany środek ochronny ma zostać ustanowiony. Przykładowo, inaczej należy traktować opiekę, w której dana osoba dorosła wyraźnie sprzeciwia się ujawnianiu

¹⁸ Art. 25 ust. 1 pkt 13 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, tekst jednolity z dnia 24 kwietnia 2013 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 672 ze zm.).

opieki w rejestrze, inaczej, gdy osoba ta nie jest stanie wyrazić zgody, a jeszcze inaczej, gdy podopieczny zażyczy sobie – np. ze względu na własne bezpieczeństwo prawne – ujawnienia środka prawnego w rejestrze.

- 2) rodzaj środka ochrony dorosłych (inaczej należy traktować środki orzekane przez sąd, a inaczej środki dobrowolnie ustanawiane przez samych dorosłych potrzebujących ochrony);
- 3) krąg podmiotów uprawnionych do uzyskiwania informacji z rejestru.

Nie przesądzając, jaka powinna być odpowiedź na te pytania, dążyć należy do zminimalizowania zakresu informacji przetwarzanych w ewentualnym publicznym rejestrze bądź do rezygnacji z niego i zastąpienia go innymi rozwiązaniami chroniącymi bezpieczeństwo obrotu i interes osób trzecich.

5. Na gruncie proceduralnym wskazać należy na **subsydiarność instytucji służących ochronie dorosłych**. Oznacza ona, że, po pierwsze, żaden z instrumentów ochrony nie może być ustanowiony, jeżeli nie jest konieczny, przy czym ocena konieczności jest dokonywana na podstawie okoliczności konkretnego przypadku. Po drugie, przy decydowaniu, który z instrumentów ochrony jest konieczny, należy uwzględniać możliwie najmniej sformalizowane instrumenty ochrony spośród tych, które są dostępne czy dostarczone przez członków rodziny, władze publiczne czy z innych źródeł. Wreszcie po trzecie, reagowanie na potrzebę pomocy instrumentami prawnymi winno być subsydiarne wobec reagowania środkami nieformalnymi.

6. Wybór modelu prawnej ochrony dorosłych

W nowych ustawodawstwach pojawiło się wiele nowych instytucji prawnych służących ochronie dorosłych. Nie ma tu miejsca, by je szczegółowo analizować; warto jednak przedstawić **typologie** środków ochrony dorosłych.

A. Ze względu na **charakter prawny „źródła” kreującego dany środek** wyróżnić można:

- 1) **środki władcze**, rozumiane jako środki ustanawiane na podstawie orzeczenia sądu tworzącego nową sytuację podopiecznego. Środkami takimi są np. orzeczenia o ubezwłasnowolnieniu, a następnie ustanowieniu opieki w prawie polskim.
- 2) **środki ochrony podejmowane we własnym zakresie przez dorosłego** potrzebującego ochrony, np. pełnomocnictwo

opiekuńcze znane z prawa niemieckiego, austriackiego, angielskiego i nowego czeskiego Kodeksu cywilnego.

- 3) **środki ochrony skuteczne z mocy prawa**; zaliczają się do nich np. instytucje prawne służące reprezentacji podopiecznych przez małżonków czy członków rodziny bez konieczności wydawania orzeczenia przez sąd, ani też bez potrzeby podejmowania jakichkolwiek czynności przez samego podopiecznego.

B. Inny ważny podział środków ochrony dorosłych następuje według kryterium przedmiotowego **zakresu ochrony**, można zatem wyróżnić środki ochrony (1) **pełne**, obejmujące wszystkie sprawy podopiecznego, (2) „**zakresowe**”, obejmujące określony zakres spraw podopiecznego, oraz (3) środki ustanawiane **ad casum**, obejmujące jedną lub więcej indywidualnie określonych spraw podopiecznego, dla których dany środek jest ustanawiany.

C. Ze względu na **zakres czasowy, na jaki są ustanawiane** wyróżnić z kolei można środki ustanawiane (1) **na czas nieokreślony** (np. opieka nad ubezwłasnowolnionym całkowicie w prawie polskim, opieka w prawie niemieckim); (2) środki ustanawiane **na czas określony**, np. piecza prawna w prawie francuskim, oraz (3) środki **ad casum**, dla potrzeb jednej sprawy, np. zarządzenia wydawane przez szwajcarską władzę ochrony dorosłych na podstawie prawa szwajcarskiego (art. 392 znowelizowanego ZGB) lub sąd na podstawie prawa angielskiego (sec. 16 ust. 2 lit. a) MCA 2005).

D. Środki ochrony dorosłych można także podzielić ze względu na to, czy organ o nich orzekający względnie osoba podejmująca decyzję o skorzystaniu ma swobodę w określeniu ich treści (**środki ‘szyte na miarę’**), czy nie (**środki, których treść jest ściśle zdefiniowana w ustawie**).

E. Ze względu na rodzaj pieczy wyróżnić można:

- a) **substytucyjne** – osoba sprawująca dany środek ochrony działa **zamiast** podopiecznego (np. opieka nad ubezwłasnowolnionym całkowicie w prawie polskim, pełnomocnictwo opiekuńcze w prawie francuskim), i
- b) **asystencyjne** – osoba sprawująca dany środek ochrony działa **obok** podopiecznego (np. opieka asystencyjna w prawie szwajcarskim, wsparcie w podejmowaniu decyzji w prawie węgierskim, pełnomocnictwa opiekuńcze).

7. Każde z nowych ustawodawstw przewiduje nie jeden środek ochrony dorosłych, lecz cały ich zestaw, składający się na pewną funkcjonalną całość. Powstaje w związku z tym zasadnicze pytanie, jaki model instytucji ochrony opieki powinien wybrać polski ustawodawca. Punktem wyjścia do odpowiedzi na to pytanie powinny być – wspomniane wyżej – założenia aksjologiczne nowelizacji oraz doświadczenia wynikłe na tle funkcjonowania dotychczasowych polskich przepisów.

W moim przekonaniu nowa regulacja winna łączyć prostotę i złożoność regulacji (środkiem osiągnięcia tego celu jest m.in. unikanie kazuistyki przy redagowaniu przepisów) z pozostawieniem sądom i samym osobom zainteresowanym określonej swobody w dostosowaniu instytucji służących ochronie do potrzeb podopiecznego.

Można zatem zaproponować, by nowe prawo przewidywało:

- jedną instytucję o charakterze władczym (opiekę), w ramach której sąd mógłby decydować o zakresie ochrony, poczynając od jednorazowej czynności podejmowanej w interesie podopiecznego o opiekę pełną; w ramach tej instytucji mogłaby funkcjonować zarówno opieka asystencyjna, jak i opieka substytucyjna w różnych jej postaciach;
- jedną instytucję ustanawianą **we własnym zakresie przez dorosłego (np. pełnomocnictwo opiekuńcze) pozostawiające mocodawcy dużą swobodę kształtowania jego treści, wyraźnie jednak regulujące kwestie nadzoru publicznego nad jego sprawowaniem, oraz określonych wymogów formalnoproceduralnych dla zapewnienia bezpieczeństwa obrotu prawnego** (forma aktu notarialnego, ewentualnie wpis do rejestru);
- jedną instytucję ochronną działającą z mocy prawa (**Upoważnienie osób bliskich do reprezentacji**). Obecnie prawo polskie przewiduje takie upoważnienie, jednak ma ono charakter tylko tymczasowy i dotyczy tylko ściśle określonej sprawy. Ustawa o emeryturach i rentach z funduszu ubezpieczeń społecznych z dnia 17 grudnia 1998 r.¹⁹ w art. 136b przewiduje, że jeżeli z akt sprawy emerytalnej wynika konieczność ustanowienia dla osoby uprawnionej do emerytury lub renty opiekuna prawnego, do czasu jego ustanowienia świadczenia mogą być wypłacane osobie sprawującej faktyczną opiekę nad emerytem lub

¹⁹ Tekst jednolity z dnia 26 sierpnia 2009 r. (Dz. U. Nr 153, poz. 1227 ze zm.).

rencistą, po uprzednim pouczeniu o konieczności poinformowania organu rentowego o zajściu okoliczności powodujących ustanie lub zawieszenie prawa do świadczenia albo wstrzymanie wypłaty świadczenia w całości lub w części oraz o obowiązku zwrotu świadczenia przez tę osobę, w przypadku gdy zostało pobrane nie należnie. Świadczenie jest wypłacane osobie sprawującej faktyczną opiekę nad emerytem lub rencistą na podstawie oświadczenia o sprawowaniu tej opieki, potwierdzonego przez organ, który z racji wykonywanych zadań posiada informacje dotyczące sprawowania tej opieki.

8. **Miejsce instytucji zdolności do czynności prawnych i środków ochrony dorosłych w systematyce prawa cywilnego.**

Ustawodawca będzie musiał odpowiedzieć na pytanie, **czy przepisy o zdolności do czynności prawnych i przepisy o ochronie dorosłych winny być traktowane jako instytucje prawne tego samego typu (i w konsekwencji występować razem, w jednej jednostce redakcyjnej ustawy) czy jako odrębne typy instytucji prawnych?**

W niektórych ustawodawstwach (francuskim, angielskim, rosyjskim, projekcie węgierskiego k.c., a także projekcie księgi pierwszej polskiego k.c.) przepisy o zdolności do czynności prawnych bezpośrednio poprzedzają przepisy o środkach ochrony dorosłych. Dzięki temu obie grupy przepisów, należące do osobowego prawa cywilnego, tworzą przejrzystą całość legislacyjną.

W prawie niemieckim przepisy o zdolności do czynności prawnych znajdują się w dziale Kodeksu cywilnego poświęconym czynnościom prawnym, natomiast przepisy o ochronie dorosłych – na końcu księgi poświęconej rodzinie. Podobnie jest w prawie szwajcarskim, w którym przepisy o zdolności do czynności prawnych znajdują się w tytule Kodeksu cywilnego poświęconym osobom fizycznym, natomiast przepisy o ochronie dorosłych – następują po przepisach poświęconych rodzinie. Takie rozwiązanie ułatwia zmniejszenie objętości przepisów o ochronie dorosłych, poprzez odwołanie się do przepisów o ochronie małoletnich; można mu jednak zarzucić 'infantyлизację' przepisów o ochronie dorosłych.

Jak się wydaje, warto zachować obecną systematykę prawa polskiego, tzn. przepisy o zdolności do czynności prawnych osób dorosłych winny znaleźć się na początku księgi pierwszej Kodeksu cywilnego, a prze-

pisy o instytucjach ochrony dorosłych w tytule III Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego. Odesłanie do przepisów o opiece nad małoletnim (art. 175 k.r.o.) powinno jednak, inaczej niż dotychczas, wskazywać konkretne przepisy, a nie wszystkie przepisy działu poświęconego opiece.

9. **Kolejne pytanie, przed jakim stanie ustawodawca, to pytanie o stosunek między przepisami o zdolności do czynności prawnych i przepisami o wadzie oświadczenia woli z powodu braku rozeznania (art. 82 k.c.). Rozważenia wymaga** w szczególności, czy przesłanki wystąpienia wady oświadczenia woli są tego samego typu, co przesłanki niepełnej zdolności do czynności prawnych, a jedynie różnica sprowadza się do czasu i ewentualnie natężenia ich występowania.

W prawie niemieckim²⁰ i projekcie nowego węgierskiego kc²¹ przepisy o zdolności do czynności prawnych sąsiadują z przepisami o przemijającym stanie braku rozeznania (odpowiedniku polskiej wady oświadczenia woli określonej w art. 82 k.c., tj. stanu wyłączającego świadome albo swobodne powzięcie decyzji i wyrażenie woli). W prawie rosyjskim, gdzie skutki braku lub ograniczenia zdolności do czynności prawnych stwierdzonych w orzeczeniu sądu są uregulowane w jednym rozdziale ze skutkami 'naturalnej' niezdolności do czynności prawnych (art. 171–176 rosyjskiego k.c.).

W innych ustawodawstwach (np. austriackim, francuskim), definicja przesłanek posiadania lub braku zdolności do czynności prawnych towarzyszy przepisom o instytucjach ochrony dorosłych; wada oświadczenia woli uregulowana jest w innym miejscu.

Z punktu widzenia celu przepisów o zdolności do czynności prawnych i o ochronie dorosłych zasadne byłoby, aby przepisy o zdolności do czynności prawnych towarzyszyły przepisom o przemijającym braku rozeznania. W odróżnieniu od innych wad oświadczenia woli przemijający brak rozeznania wynika z przyczyn niezależnych od człowieka i powoduje konieczność udzielenia mu ochrony prawnej.

²⁰ § 104 BGB dotyczący zdolności do czynności prawnych i § 105 ust. 2 BGB, dotyczący nieważności oświadczenia woli złożonego w stanie nieświadomości lub przemijającego zakłócenia czynności umysłu.

²¹ § 2:8 określający ogólne reguły dotyczące zdolności do czynności prawnych, i § 2:9 dotyczący nieważności oświadczenia woli osoby, która w chwili jego składania znajdowała się w stanie, w którym chwilowo brakło jej rozeznania [Einsichtsfähigkeit] koniecznego do złożenia danego oświadczenia.

Jednak ewentualna zmiana systematyki Kodeksu cywilnego w tym zakresie wymaga spojrzenia szerszego, z punktu widzenia spójności kodeksu jako całości. Dlatego, zaznaczając problem, w niniejszej propozycji nie zmieniono miejsca przepisów o wadzie oświadczenia woli z powodu braku rozeznania.

10. **Bardzo istotna jest w moim przekonaniu odpowiedź na pytanie, czy normy dotyczące zdolności do czynności o charakterze ściśle osobistym** (np. zgoda na zbieg leczniczy, zgoda na przetwarzanie informacji o osobie) **powinny być zawarte w przepisach k.c., czy ustaw ‘kompleksowych’** (np. ustawy o zawodzie lekarza czy ustawy o ochronie danych osobowych)?

Niektóre ze znowelizowanych ustawodawstw kwestie zgody na zabieg leczniczy, na przymusowe leczenie psychiatryczne, czy na określone szczególne czynności (np. sterylizację) regulują w jednym miejscu: Kodeksie cywilnym (Niemcy, Szwajcaria) lub specjalnej ustawie (Francja, Anglia).

Obecny stan prawny w prawie polskim, w którym przepisy te rozrzucone są po licznych ustawach tzw. kompleksowych budzi zastrzeżenia z punktu widzenia spójności i przejrzystości prawa. Zastrzeżenia może również budzić zamieszczenie przepisów dotyczących kwestii podstawowych dla autonomii jednostki poza Kodeksem cywilnym, który ma być konstytucją prawa prywatnego. Z drugiej strony, uwzględnić należy bogate orzecznictwo i piśmiennictwo powstałe na tle dotychczasowych, rozdrobnionych i zróżnicowanych przepisów. Zdaniem piszącego te słowa celowe byłoby wprowadzenie jednolitej regulacji tej materii w nowym Kodeksie cywilnym, choć niewątpliwie jej stworzenie byłoby zadaniem obciążonym wieloma trudnościami.

IV. Wpływ uchylenia przepisów o ubezwłasnowolnieniu na system prawny

Przyjęcie wskazanych wyżej założeń aksjologicznych powoduje konieczność uchylenia przepisów Kodeksu cywilnego o ubezwłasnowolnieniu i przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego odnoszących się do opieki dla osób ubezwłasnowolnionych całkowicie oraz kurateli dla osób ubezwłasnowolnionych częściowo. Kwestia ta, jak się wydaje, jest niesporna.

Zważyć jednak należy, że instytucja ubezwłasnowolnienia jest głęboko zakorzeniona w polskim systemie prawnym. Pełni ona nadzwyczaj doniosłą,

a być może nie w pełni uświadamianą rolę regulacyjną w rozlicznych dziedzinach ludzkiej działalności. System ten zawiera wiele – kilkadziesiąt – regulacji nawiązujących do ubezwłasnowolnienia. Nie ma potrzeby wyliczać tu ich wszystkich, warto jednak wskazać następujące typy tych przepisów:

- 1) Przepisy regulujące tzw. specjalne zdolności czynne, uzależniające zdolność do dokonania określonych czynności prawnych od tego, że osoba dokonująca tej zdolności nie jest ubezwłasnowolniona całkowicie bądź częściowo; np. zdolność do zawarcia małżeństwa (art. 11 k.r.o.); zdolność do wytoczenia powództwa o zaprzeczenie ojcostwa (art. 64–65 k.r.o.), do złożenia oświadczenia koniecznego dla uznania ojcostwa (art. 77 k.r.o.), czy zdolność do zawarcia umowy o pracę (22 § 3 k.p.);
- 2) Przepisy regulujące prawa polityczne jednostki i publicznoprawny status osoby fizycznej, w tym czynne i bierne prawo wyborcze²².
- 3) Przepisy regulujące pewne aspekty funkcjonowania osoby fizycznej w obrocie cywilnoprawnym, jak np. przepisy regulujące **bieg przedawnienia** względem osoby, która nie ma pełnej zdolności do czynności prawnych albo co do której – obecnie – istnieje podstawa do jej całkowitego ubezwłasnowolnienia (art. 122 k.c., art. 294 k.p.); czy reguły **zmiany majątkowego ustroju małżeńskiego w razie ubezwłasnowolnienia małżonka**²³.
- 4) Przepisy regulujące status osoby fizycznej w rozmaitych przepisach proceduralnych, w tym:
 - status w procesie cywilnym w ogólności – zdolność do czynności procesowych – art. 65 k.p.c.,
 - status w procesie karnym (status pokrzywdzonego i oskarżonego, art. 51 § 2 i art. 76 k.p.k.);
 - pozycję osoby dorosłej w procedurze administracyjnej (art. 30 k.p.a.) i w procedurze podatkowej (art. 135 Ordynacji podatkowej).
- 5) Przepisy regulujące przesłanki poddania się osoby dorosłej leczeniu, w tym wyrażenia **zgody na przeprowadzenie badania lub udzielenie innych świadczeń zdrowotnych przez lekarza** (art. 17 i 25

²² Art. 62 ust. 2 Konstytucji RP, art. 10 § 2 i art. 11 § 1 ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy, Dz. U. Nr 21, poz. 112 ze zm.

²³ Art. 53 § 1 k.r.o., z uwzględnieniem art. 29 § 2 pkt 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja Podatkowa, tekst jednolity z dnia 10 maja 2012 r.; Dz. U. z 2012 r., poz. 749 i art. 125 ust. 3 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze, tekst jednolity z dnia 28 czerwca 2012 r.; Dz. U. z 2012 r., poz. 1112 ze zm.

ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i rzeczniku praw pacjenta²⁴; art. 32 ust. 4, 6 i 8, art. 34 ust. 6 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty²⁵); **przymusowego leczenia zaburzeń psychicznych** (art. 21 i następne ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego²⁶); **przymusowego leczenia odwykowego osoby uzależnionej od alkoholu** (art. 35 ustawy z dnia 26 października 1982 r. o wychowaniu w trzeźwości i przeciwdziałaniu alkoholizmowi²⁷),

6) Przepisy regulujące przesłanki wykonywania zawodów medycznych, w tym:

- **zawodu lekarza i lekarza dentysty** (art. 14 pkt 2 w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty);
- **zawodu farmaceuty** (art. 18a ustawy z dnia 19 kwietnia 1991 r. o izbach aptekarskich²⁸);
- **zawodu psychologa** (art. 11 ustawy z dnia 8 czerwca 2001 r. o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów²⁹ (ze zmianami));
- **zawodu felczera** (art. 2a ust. 1 ustawy z dnia 20 lipca 1950 r. o zawodzie felczera³⁰).

7) Przepisy regulujące przesłanki wykonywania zawodów prawniczych, w tym:

- **zawodu sędziego** (art. 129 § 1 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych³¹; art. 41b § 1 i § 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. Prawo o ustroju sądów wojskowych³², art. 22 pkt 1 (mówiący o ‘korzystaniu w pełni z praw cywilnych i obywatelskich’, a więc, jak można domniemywać, o pełnej zdolności do czynności prawnych) i art. 40 ust. 1 ustawy z dnia 23 stycznia 2009 r. o krajowej szkole sądownictwa i prokuratury³³;

²⁴ Tekst jednolity z dnia 24 stycznia 2012 r., Dz. U. z 2012 r. poz. 159 ze zm.

²⁵ Tekst jednolity z dnia 27 września 2011 r., Dz. U. Nr 277, poz. 1634 ze zmianami.

²⁶ Tekst jednolity z dnia 15 września 2011 r.; Dz. U. Nr 231, poz. 1375 ze zm.

²⁷ Tekst jednolity z dnia 20 września 2012 r.; Dz. U. z 2012 r., poz. 1356 ze zm.

²⁸ Tekst jednolity z dnia 21 lipca 2008 r., Dz. U. Nr 136, poz. 856 ze zmianami.

²⁹ Dz. U. Nr 73, poz. 763 ze zmianami.

³⁰ Tekst jednolity z dnia 30 sierpnia 2012 r.; Dz. U. z 2012 r., poz. 1133.

³¹ Tekst jednolity z dnia 30 stycznia 2013 r.; Dz. U. z 2013 r., poz. 427.

³² Tekst jednolity z dnia 27 lipca 2012 r., Dz. U. z 2012 r., poz. 952 ze zmianami.

³³ Tekst jednolity z dnia 13 września 2012 r., Dz. U. z 2012 r., poz. 1230 ze zmianami.

- **zawodu adwokata** (art. 4b ust. 1 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze³⁴;
- **zawodu notariusza** – art. 11 pkt 1 (mówiący o ‘korzystaniu w pełni z praw cywilnych i obywatelskich’, a więc, jak można domniemywać, o pełnej zdolności do czynności prawnych) i art. 68 § 1 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. - Prawo o notariacie³⁵;
- **zawodu radcy prawnego** - art. 24 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych³⁶;
- **zawodu komornika sądowego** (art. 15 ust. 1, 2 i 3, art. 15a ust. 1, art. 30a ust. 1, *art. 32a, art. 32b ust. 1* pkt 5 ustawy z dnia 21 grudnia 1990 r. o komornikach sądowych i egzekucji³⁷).

To obszerne, choć zapewne niewyczerpujące wyliczenie ma na celu wskazanie zakresu i wagi konsekwencji, jakie spowoduje nowelizacja przepisów o ochronie dorosłych. W przypadku każdej z tych odniesienie do tych instytucji może i powinno być inne. Przykładowo, przesłanką wykonywania zawodów prawniczych powinna zawsze być, jak się wydaje, pełna zdolność do czynności prawnych.

Inaczej jednak jest w przypadku innych zawodów, czy – co było przedmiotem orzecznictwa Trybunału Praw Człowieka³⁸ - w przypadku czynnego prawa wyborczego. A zatem sąd orzekający o niepełnej zdolności do czynności prawnych w związku powinien poinformować właściwy organ nadzorczy o treści swego rozstrzygnięcia, bądź nawet sam rozstrzygnąć o tym, jaki wpływ orzeczenie danego środka ochronnego wywrze na status danej osoby.

V. Przesłanki orzeczenia o niepełnej zdolności do czynności prawnych i o stosowaniu środków ochronnych

W przyszłym, znowelizowanym systemie instytucji ochrony dorosłych przy orzekaniu o ustanowieniu opiekuna, i ewentualnie o stwierdzeniu niepełnej zdolności do czynności prawnych, sąd powinien mieć na względzie:

- 1) stan psychiczny osoby z zaburzeniami psychicznymi (przesłanka medyczna),

³⁴ Tekst jednolity z dnia 25 sierpnia 2009 r.; Dz. U. Nr 146, poz. 1188 ze zmianami.

³⁵ Tekst jednolity z dnia 14 października 2008 r., Dz. U. Nr 189, poz. 1158 ze zmianami.

³⁶ Tekst jednolity z dnia 16 grudnia 2009 r.; Dz. U. 2010 Nr 10, poz. 65 ze zmianami.

³⁷ Tekst jednolity z dnia 15 września 2011 r., Dz. U. Nr 231, poz. 1376 ze zmianami.

³⁸ Wyrok z 20.05.2010 r. w sprawie Kiss v. Węgry.

- 2) potrzebę interwencji ograniczającej jej swobodę podejmowania decyzji (przesłanka społeczna ustanowienia opiekuna i stwierdzenia niepełnej zdolności do czynności prawnych).

Orzekając o potrzebie ustanowienia opieki i o niepełnej zdolności do czynności prawnych, sąd w szczególności powinien rozważyć, czy inne, mniej inwazyjne formy pomocy (pomoc społeczna w postaci asystenta, pełnomocnictwo opiekunów lub przepisy przewidujące reprezentację z mocy ustawy) nie zapewniają dostatecznego wsparcia osobom z zaburzeniami psychicznymi. Jeżeli wsparcie w postaci interwencji sądowej okaże się niezbędne, sąd powinien je określić przy maksymalnym zachowaniu autonomii osoby z zaburzeniami psychicznymi. Sąd powinien też dążyć do dostosowania kształtu opieki i zakresu niepełnej zdolności do czynności prawnych do rzeczywistych potrzeb podopiecznego. Opieka i ewentualne stwierdzenie niepełnej zdolności do czynności prawnych z zasady będą orzekane na czas oznaczony, chyba że niepełnosprawność ma charakter trwały.

VI. Niektóre problemy nowych przepisów

Jak już wspomniano, nie wszystkie zamiary legislacyjne się spełniły. Warto tu wskazać na problemy, jakie pojawiły się na tle stosowania znowelizowanych przepisów niemieckich i austriackich. Mianowicie, mimo wielkich nakładów poniesionych zarówno przy opracowaniu nowych przepisów, jak i przy ich stosowaniu, niespełniony pozostał podstawowy cel nowych przepisów, jakim była obrona godności podopiecznych i zniesienie barier dzielących ich od reszty społeczeństwa w Niemczech, się dla wielu podopiecznych nowa opieka jest upokarzająca podobnie jak poprzednio ubezwłasnowolnienie³⁹. W piśmiennictwie socjologicznym przedstawia się zjawisko subkultury integracji: mimo zniesienia barier widocznych (w tym prawnych – ubezwłasnowolnienia) pozostała pewna odrębność podopiecznych i ich środowiska (opiekunowie, rodziny, osoby bliskie, pracownicy socjalni, działacze organizacji pozarządowych)⁴⁰.

³⁹ Bt.Ds 15/2494, 12. 02. 2004.

⁴⁰ A. Gustaffson, *Integracja*, [w:] E. Zakrzewska-Manterys, A. Gustaffson, *Upośledzenie w społecznym zwierciadle*, s. 287.

Liczba przypadków opieki po wprowadzeniu nowych przepisów wzrosła niewspółmiernie w stosunku do liczby osób rzeczywiście spełniających przesłanki jej udzielenia; jako przyczynę wskazywano nieprzestrzeganie zasad proporcjonalności i konieczności przy orzekaniu środków ochrony dorosłych. Krewni i osoby bliskie podopiecznym uważają procedury ustanowienia ich opiekunem za zbyt uciążliwe. Nadmierne sformalizowanie procedur angażujące czas i pracę opiekunów i władz opiekuńczych, nakład pracy konieczny dla sporządzenia i sprawdzenia wniosków o wynagrodzenie opiekunów okazały się nadmierne. Wreszcie, co było nietrudne do przewidzenia, koszty stosowania prawa opiekuńczego w przeliczeniu na pojedynczy przypadek ‘eksplodowały’, nawet jak możliwości finansowe najzamożniejszych nawet państw.

Jako rozwiązanie tych problemów wskazywano:

- wprowadzenie zasady, że opieka nie może być ustanowiona wbrew wolnej woli osoby dorosłej mającej rozeznanie;
- wzmocnienie roli instytucji prawnych ochrony dorosłych respektującej autonomię jednostki, w tym – w zależności od kraju – pełnomocnictwa względnie zlecenia opiekuńczego;
- wprowadzenie instytucji prawnych ochrony dorosłych znajdujących zastosowanie z mocy prawa (nie wymagających stosowania skomplikowanych procedur użytecznych na co dzień) ustawowego upoważnienia dla osób bliskich do reprezentacji podopiecznych;
- wprowadzenie przepisów o ryczałtowym wynagrodzeniu opiekunów.

Stosunkowo późne rozpoczęcie prac nad nowelizacją polskiego prawa o ochronie dorosłych pozwala na uwzględnienie doświadczeń ustawodawców zagranicznych w tym zakresie i na uniknięcie przynajmniej części trudności, jakie napotkali i popełnionych przez nich błędów.

Jakość pomocy dla osób jej wymagającej zależy nie tylko od treści przepisów prawa cywilnego objętych nowelizacją, ale także od ustroju i sprawności organizacyjnej podmiotów zajmujących się pomocą dla osób niepełnosprawnych. Wskazać tu należy instytucje pomocy społecznej, organy pomocnicze sądu (kuratorów, ośrodki diagnostyczno-konsultacyjne), prokuraturę, i – co nie jest najmniej ważne – organizacje pozarządowe. Równolegle z przedstawianą nowelizacją winny więc nastąpić zmiany legislacyjne dotyczące także tych podmiotów.

PROBLEMS OF IMPLEMENTATION OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS
OF PERSONS WITH DISABILITIES IN THE POLISH CIVIL LAW

The article discusses the problems of implementation of the Convention on the Rights of persons with disabilities in the Polish civil law.

Polish legislator needs to choose the model of legal regulation of adult's protection, which will replace the incapacitation. The article presents the solutions adopted in this field in Germany, Austria, Switzerland, England, France, Hungary, and in some other European countries.

The institution of incapacitation is deeply rooted in the Polish legal system, both in law and in legal culture. The abolition of incapacitation will require changes in many areas of law such as family law, rights of the patient, the rules of the exercise of the legal professions and the medical professions, and others.

The reform of adult's protection law carried out in other European countries have faced many problems, such as rising costs of institutions dealing with the protection and the ineffectiveness of many of the new norms.

The reform of the law to protect adults conducted in Poland can and should learn from the experience of other countries in this regard.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 2 (194) 2013
Warszawa 2013

Karolina Wierczyńska ■

DEKADA DZIAŁALNOŚCI MIĘDZYNARODOWEGO TRYBUNAŁU KARNEGO – SUKCESY I PORAŹKI MIĘDZYNARODOWEGO WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

Uwagi wstępne

W 2002 roku w Hadze rozpoczął swoją działalność Międzynarodowy Trybunał Karny (dalej MTK lub Trybunał). Powstał na podstawie Statutu Rzymskiego (dalej Statut) otwartego do podpisu i ratyfikacji w 1998 roku. W lipcu 2012 roku minęła dekada działalności Trybunału. Była to dekada „wyrzynania mlecznych zębów”¹, a więc budowania zrębów procedur, pierwszych dochodzeń, aktów oskarżenia, pierwszych postępowań, ale również krytyki, z którą należy się zmierzyć. Truizmem jest powiedzieć, choć to nieuniknione w wypadku artykułu podsumowującego dziesięciolecie działalności Trybunału, że to krok w walce z bezkarnością sprawców zbrodni międzynarodowych. Jednak dość mały krok, bo choć była to dekada pierwszych sukcesów „globalnej sprawiedliwości międzynarodowej”, ale też czas porażek. Jak nigdy bowiem doświadczyliśmy

* Tekst został sfinansowany z grantu Narodowego Centrum Nauki UMO-2011/01/M/HS5/03846.

¹ W ten sposób na konferencji w Hadze (27 września 2012 roku) zatytułowanej „The Law and Practice of the International Criminal Court: Achievements, Impact and Challenges”, William Schabas nazwał minioną dekadę, parafrazując jednocześnie tytuł artykułu A. Cassese, *Is the ICC still having teething problems?*, 4 J.Int'l Crim. Just. 434, (2006).

świadości, że sprawiedliwość, choć globalna, nie osiągnie wszystkich zbrodniarzy, pomimo istnienia MTK i że międzynarodowe prawo karne to obszar, w którym ścierają się różne polityki. Obecnie postępowania Trybunału dotyczą jedynie wydarzeń w Afryce. Bez wątpliwości można uznać, że na chwilę obecną międzynarodowy wymiar sprawiedliwości nie dotyczy tych krajów, które są głównymi rozgrywającymi na arenie międzynarodowej.

Niemniej jednak nie można powstania MTK oceniać inaczej niż pozytywnie. Jest pierwszym stałym trybunałem międzynarodowym, który działa w oparciu o umowę międzynarodową. W ramach swoich kompetencji *ratione materiae* może osądzać zbrodnie przeciwko ludzkości, ludobójstwo, zbrodnie wojenne i niebawem zbrodnie agresji² i, co najważniejsze, w założeniu ma działać na podstawie zasady komplementarności, a więc podejmować działanie dopiero, jeśli państwo z jakiegoś powodu samo nie osądzi sprawcy zbrodni lub jego postępowanie nie będzie rzeczywiste. Pierwszeństwo jurysdykcji przysługuje państwu, to ono ma obowiązek wykonywać jurysdykcję karną w stosunku do osób odpowiedzialnych za zbrodnie międzynarodowe, MTK ma podejmować swoją aktywność jedynie komplementarnie w stosunku do krajowych systemów wymiaru sprawiedliwości. Postanowienia Statutu³ wyraźnie wskazują, jakie sytuacje objęte są jego jurysdykcją. Art. 17 Statutu stanowi, że sprawa jest niedopuszczalna, jeżeli jest przedmiotem postępowania karnego w państwie, do którego jurysdykcji sprawa ta należy. Tak więc przede wszystkim bada się, czy państwo podjęło jakiekolwiek działania. Jeśli nie, sprawa jest dopuszczalna do postępowania w MTK. Jeśli natomiast państwo podjęło działania, postępowanie przed MTK jest niedopuszczalne, chyba że państwo nie wyraża woli lub jest niezdolne do rzeczywistego przeprowadzenia postępowania karnego; a także jeśli w sprawie było prowadzone postępowanie przygotowawcze i państwo postanowiło zaniechać wniesienia oskarżenia przeciwko osobie podejrzanej, chyba że decyzja taka została spowodowana brakiem woli lub niezdolnością tego państwa do rzeczywistego ścigania. Sprawa będzie również uznana za niedopuszczalną, jeśli już

² Od samego początku istnienia MTK jego Statut przewidywał karanie zbrodni agresji, ale nie wskazywał, jaka jest jej definicja. Ta luka została wypełniona na konferencji rewizyjnej w 2010 roku w Kampali w Ugandzie. Zgodnie z przyjętymi dokumentami w 2017 roku Zgromadzenie Państw Stron zdecyduje o aktywacji jurysdykcji MTK w odniesieniu do zbrodni agresji po uzyskaniu 30 ratyfikacji poprawki, por. http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf, szeroko na temat agresji W. Czapliński, *Zbrodnie agresji jako przestępstwo przeciwko prawu międzynarodowemu*, Archiwum Kryminologii 2007–2008, t. XXIX–XXX; P. Grzebyk, *Odpowiedzialność karna za zbrodnie agresji*, Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2010.

³ Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego, Dz.U. 2003 r. Nr 78, poz. 708.

została osądzona i postępowanie naruszałoby zasadę *ne bis in idem*, a także jeśli powaga sprawy nie usprawiedliwia dalszego działania Trybunału. Tak sformułowane przesłanki wymagają od państwa podjęcia jakiejś aktywności – dopiero w toku jego działań może okazać się, że państwo jest niezdolne lub niechętnie do dalszego prowadzenia postępowania lub prowadzi je w sposób nieautentyczny i pozorowany.

W pierwszej części opracowania odniosę się do postępowań prowadzonych przed MTK ze względu na podmiot referujący sprawę do Trybunału, jak również przedstawię problemy ściśle związane z tymi zagadnieniami w praktyce Trybunału, jak np. odróżnienie sytuacji od sprawy dokonane przez MTK. Druga część dotyczy będzie sprzeciwów złożonych w kontekście postępowań prowadzonych przez Trybunał i standardu oceny aktywności państwa, który da się wywieść z postanowień MTK, a także interpretacji, kluczowej dla MTK, zasady komplementarności, której rozumienie jest różne nawet w gronie sędziów Trybunału. W kolejnej części przedstawione zostaną niektóre kwestie dotyczące dyskusji o interpretacji elementów zbrodni przeciwko ludzkości. Zakończenie obejmuje podsumowanie dekady działalności MTK.

1. Przedstawienie sprawy do MTK

Zgodnie z art. 13 Statutu Trybunał wykonuje swoją jurysdykcję, jeżeli:

- a) sytuacja, wskazująca na popełnienie zbrodni, została przedstawiona Prokuratorowi przez Państwo-Stronę w trybie artykułu 14;
- b) sytuacja, wskazująca na popełnienie zbrodni, została przedstawiona Prokuratorowi przez Radę Bezpieczeństwa, działającą na podstawie rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych; lub
- c) postępowanie przygotowawcze w odniesieniu do takiej zbrodni zostało wszczęte przez Prokuratora na podstawie artykułu 15.

W kontekście postanowień tego przepisu istotne wydaje się wskazanie na różnice pomiędzy sytuacją a sprawą. Statut wyraźnie rozdziela te dwa pojęcia, choć nie precyzuje ich⁴. Konkretnie odniesienia znaleźć można w orzeczeniach Trybunału. W postępowaniu dotyczącym sprzeciwu wobec dopuszczalności sprawy kenijskiej Izba Przygotowawcza Trybunału wskazała, że w fazie badania dopuszczalności sprawy Statut rozróżnia sytuację od sprawy. Do momentu wydania aktu oskarżenia czy nakazu aresztowania mamy do czynienia z sytuacją. Nie należy jej jednak rozpatrywać abstrakcyjnie, ale w kontek-

⁴ Por. sformułowania art. 13 i 14 Statutu (sytuacja) oraz art. 18 i 19 (sprawa).

ście potencjalnej sprawy. Prokurator, badając, czy może prowadzić dochodzenie w kontekście konkretnej sytuacji powinien wskazywać na konkretne osoby czy grupę osób oraz konkretne czyny, które chciałby tym dochodzeniem objąć. Test ten jest bardziej szczegółowy, gdy dochodzi się do fazy sprawy, kiedy jeden czy dwóch potencjalnych sprawców zostało konkretnie zidentyfikowanych⁵. Fundamentalne znaczenie miało w tym wypadku orzeczenie Izby Przygotowawczej w sprawie Thomasa Lubangi Dyilo. Izba wskazała, że aby ocenić, iż sprawa jest niedopuszczalna przed MTK – postępowanie krajowe musi dotyczyć tej samej osoby i tego samego postępowania, którego dotyczyłoby postępowanie przed Trybunałem⁶. Trybunał wskazał też elementy składające się na potencjalną sprawę, wymieniając: grupę osób jako podmiot przyszłego postępowania oraz zbrodnie objęte jurysdykcją Trybunału będące przedmiotem postępowania przed MTK. Podkreślił także, że należy zwracać uwagę na powagę zbrodni, którą można ustalić w oparciu o skalę popełnionych zbrodni, ich naturę, środki użyte do popełnienia zbrodni, a także wpływ popełnionych zbrodni na pokrzywdzonych i ich rodziny⁷.

Wymogi sformułowane w orzeczeniach Trybunału tworzą swego rodzaju test nie tylko dla oceny działań państwa, ale również dla działań prokuratora, ponieważ już w fazie dochodzenia jego postępowanie musi dotyczyć potencjalnej sprawy, co nakłada na niego obowiązek dotyczący jego aktywności. Działania prokuratora od samego początku odnosić się mają do konkretnych osób i zdarzeń, które w przyszłości uformują sprawę rozpatrywaną przed MTK. Ponieważ Statut przewiduje zajmowanie się jedynie najcięższymi zbrodniami międzynarodowymi, w związku z tym wiele spraw nie będzie wcale objętych postępowaniem prokuratora. Prokurator może także odmówić wszczęcia postępowania, nawet biorąc pod uwagę powagę zbrodni i interesy pokrzywdzonych, jeśli postępowanie nie służyłoby interesowi wymiaru sprawiedliwości (art. 53 (1) c Statutu), jednak podlega w tym zakresie kontroli, ponieważ musi zawiadomić o tym Izbę Przygotowawczą. Biorąc pod uwagę efektywność Trybunału, tak skonstruowane postanowienia Statutu wydają się rozsądne, ale z drugiej strony mogą budzić obawę, że prokurator nie będzie się zajmował trudnymi (np. w sensie dowodo-

⁵ PTC, Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute, 30 maja 2011, §§ 49–50, dostępne na: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1078823.pdf>

⁶ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision on the Prosecutor's Application for a warrant of arrest, Article 58, ICC-01/04-01/06, 10 lutego 2006, §§ 31 I 37–39, na stronie: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc236260.PDF>

⁷ PTC II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09, 31 marca 2012, §§ 59–62.

wym) sytuacjami, jeśli nie będą od samego początku „rokowały” potencjalnej sprawy. A takie rozwiązanie byłoby groźne nie tylko ze względu na bezkarność ewentualnych sprawców, ale także proces pokojowy w danym regionie.

1.1. Przedstawienie sytuacji przez państwo – stronę Statutu

Na podstawie cytowanego wyżej art. 13, a także art. 14 Statutu państwo-strona może przedstawić (*refer*) prokuratorowi MTK sytuację wskazującą na popełnienie jednej lub więcej zbrodni objętych jurysdykcją Trybunału, żądając od niego wstępnego zbadania sprawy w celu ustalenia, czy należy postawić zarzut popełnienia tych zbrodni konkretnej osobie lub większej liczbie osób. Dodatkowo, owo przedstawienie (*referral*) powinno wskazywać odpowiednie okoliczności sprawy i powinno być poparte dokumentami, które są dostępne państwu przedstawiającemu sytuację.

Twórcy Statutu projektujący takie rozwiązanie zdaje się nie przewidywali, że pierwsze takie sytuacje dotyczyć będą przedstawiania sytuacji przez państwo, w którym miały miejsce naruszenia (*self-referral*), w każdym razie Statut nie wspomina o przedstawieniu własnej sprawy przez państwo. Jak wskazał W. Schabas nigdy na etapie prac nad Statutem nie było najmniejszej sugestii, że państwo przedstawiać będzie sprawę „przeciwko samemu sobie”⁸.

Pierwszym państwem, które przedstawiło swoją sprawę do MTK była Uganda. W grudniu 2003 roku prezydent Ugandy Yoweri Museveni przedstawił prokuratorowi MTK sytuację związaną z działalnością Armii Bożego Oporu w północnej Ugandzie. Prokurator Trybunału uznał, że istnieją wystarczające podstawy do wszczęcia dochodzenia dotyczącego sytuacji w północnej Ugandzie. W 2005 roku Trybunał wydał nakazy aresztowania wobec kilku podejrzanych, wskazując na popełnienie przez nich zbrodni przeciwko ludzkości i zbrodni wojennych. Ponieważ podejrzani przebywali na wolności, wyraźnie podkreślono potrzebę poszukiwania ich, schwytania, aresztowania i przekazania do Trybunału. Do tej chwili pozostają oni na wolności. W nakazie aresztowania wydanym wobec Josepha Kony prokurator wskazywał, że Uganda nie podejmuje i nie zamierza podejmować żadnych krajowych postępowań w odniesieniu do najbardziej odpowiedzialnych osób⁹, podkreślił to również w decyzji dotyczącej

⁸ W. Schabas, *‘Complementarity in Practice’: Some Uncomplimentary Thoughts*, dostępne: <http://www.isrcl.org/Papers/2007/Schabas.pdf> (akces grudzień 2012), s. 3; podobnie P. Akhavan, *Self-Referrals Before the International Criminal Court: Are States the Villains or the Victims of Atrocities?*, „Criminal Law Forum”, 2010, vol. 21, s. 104 i n.

⁹ PTC II, Warrant of Arrest for Joseph Kony issued on 8 July 2005 as Amended on 27 September 2005, ICC-02/04-01/05, 27 września 2005, § 37, na stronie: <http://icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc97185.pdf>

dopuszczalności sprawy, wskazując, że sprawa jest dopuszczalna do MTK na skutek całkowitego braku aktywności ze strony Ugandy. Jednym słowem uznał sprawę Ugandy za dopuszczalną, ponieważ nie podjęła ona żadnych działań zmierzających do tego, aby ukarać winnych naruszeń (*inaction*)¹⁰.

Kolejnym krajem, który przedstawił własną sprawę w MTK, jest Kongo. Prokurator podjął się zbadać sytuację w Kongo po otrzymaniu listu od Prezydenta Republiki przesłanego do MTK w 2004 roku¹¹. Prokurator oskarżył 6 osób m.in. Thomasa Lubangę Dyilo, Germaina Katangę and Mathieu Ngudjolo Chui o popełnienie zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości.

W opinii Trybunału, kiedy Prezydent Republiki przedstawiał w liście sytuację swojego kraju, Kongo w rzeczywistości nie było zdolne (*indeed unable*), aby prowadzić postępowanie w sprawie wydarzeń, które miały miejsce na jego terytorium po 1 lipca 2002. Przedstawienie sytuacji do MTK w takich warunkach jest zgodne z reżimem komplementarności, MTK nie ma zastępować krajowego wymiaru sprawiedliwości, ale go dopełniać¹². Trybunał przyznał jednak, że w Kongo zaszły pozytywne zmiany i momencie wydania omawianej decyzji nie można było stwierdzić, że Kongo nadal jest całkowicie niezdolne do prowadzenia postępowania¹³. Jakkolwiek, w opinii Trybunału, aby uznać sprawę za niedopuszczalną przez Trybunał musi ona dotyczyć tej samej osoby i tego samego postępowania przed krajowym wymiarem sprawiedliwości, co nie ma miejsca w przypadku Thomasa Lubangi Dyilo. Nakazy aresztowania wydane przez władze Konga wobec Dyilo nie zawierały bowiem zarzutu przymuszania dzieci poniżej 15. roku życia do brania udziału w działaniach wojennych, o co oskarża go MTK. Tak więc aktywności Kongo dotyczą tej samej osoby, ale nie tych samych czynów¹⁴ (*same conduct test*) i dlatego w sprawie potwierdzono jej dopuszczalność przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym.

Lubanga Dyilo był pierwszą osobą skazaną przez Międzynarodowy Trybunał Karny i w tym sensie wydarzenie to stanowi kamień milowy w historii międzynarodowego prawa karnego. Dodatkowo postępowanie dotyczyło zbrodni

¹⁰ PTC II, Prosecutor v. Joseph Kony i inni, Decision on the admissibility of the case under article 19(1) of the Statute, ICC-02/04-01/05, 10 marca 2009, na stronie: http://www.worldcourts.com/icc/eng/decisions/2009.03.10_Prosecutor_v_Kony2.pdf (akces grudzień 2012), § 52.

¹¹ Zobacz notatkę prasową Biura Prokuratora Trybunału http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/2004/Pages/the%20office%20of%20the%20prosecutor%20of%20the%20international%20criminal%20court%20opens%20its%20first%20investigation.aspx (dostęp: maj 2013).

¹² Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, przypis 6, § 35.

¹³ Ibidem, § 36.

¹⁴ Ibidem, § 38.

przymuszania dzieci do brania udziału w działaniach wojennych a ponadto po raz pierwszy Trybunał miał możliwość wypowiedzieć się na temat reparacji¹⁵.

W grudniu 2012 roku Mathieu Ngudjolo Chui został uniewinniony od zarzucanych mu czynów i uwolniony z aresztu. Izba orzekająca wskazała jednak, że uniewinnienie go nie oznacza, że nie popełnił on zarzucanych mu zbrodni czy że zarzucane zbrodnie (zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko ludzkości) nie miały miejsca. Oznacza to jedynie, że Trybunał nie mógł bez żadnych wątpliwości stwierdzić winy podsądnego. Trybunał odrzucił wniosek prokuratora, aby Chui pozostał w areszcie do czasu rozstrzygnięcia sprawy przez Izbę Apelacyjną, która jednak utrzymała decyzję Izby Orzekającej. Ngudjolo Chui przebywa ciągle w Holandii, ponieważ stara się o azyl. Proces Germaina Katangi trwa.

1.2. Przedstawienie sytuacji przez Radę Bezpieczeństwa

Rada Bezpieczeństwa (RB) przedstawiła sprawę do MTK dwukrotnie, w sprawie Darfuru (rezolucja 1593 (2005))¹⁶ i w sprawie Libii (rezolucja 1970 (2012))¹⁷. Obie sprawy toczą się nadal przed Trybunałem. Ani Libia, ani Sudan nie są stronami Statutu Rzymskiego. W obu sprawach Rada Bezpieczeństwa nie przekazała środków na sfinansowanie postępowań prowadzonych przez Trybunał, nie pomogła także w egzekucji wydanych przez Trybunał nakazów aresztowania. W szczególności nakaz aresztowania wydany wobec Omara Al Baszira do dziś stanowi przedmiot dyskusji, gdyż po pierwsze, nie został on wykonany, po drugie, Al Baszir jest nadal urzędującym prezydentem Sudanu. W tej sytuacji nie do końca wiadomo, jak interpretować immunitety urzędujących głów państwa, w kontekście państw nie będących stronami Statutu i jakie obowiązki ma państwo – strona Statutu, na którego terytorium przebywa oskarżony prezydent; i w końcu, który reżim w tym wypadku przeważa: reżim prawa dyplomatycznego czy reżim „sprawiedliwości międzynarodowej”? W obu wspomnianych rezolucjach RB nakazała państwu pełną współpracę z Trybunałem oraz okazanie Trybunałowi niezbędnej pomocy. Jednocześnie nie sprecyzowała, na czym polegać miałaby pełna współpraca. Nie określiła także, jakie są obowiązki państwa nie będącego stroną Statutu Rzymskiego. W doktrynie istnieją rozbieżne opinie

¹⁵ TCI, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Decision establishing the principles and procedures to be applied to reparations, ICC-01/04-01/06, 7 sierpnia 2012, na stronie: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1447971.pdf>; szeroko na ten temat: M. Swart, *The Lubanga Reparations Decision: A Missed Opportunity?*, XXXII Polish Yearbook of International Law, 2012, s. 169.

¹⁶ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 1593 (2005), na stronie: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/85FEBD1A-29F8-4EC4-9566-48EDF55CC587/283244/N0529273.pdf>

¹⁷ Rezolucja Rady Bezpieczeństwa 1970 (2011), na stronie: <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/081A9013-B03D-4859-9D61-5D0B0F2F5EFA/0/1970Eng.pdf>

dotyczące obowiązków państw nie będących stronami Statutu. Z jednej strony sugeruje się, że państwa te mają te same obowiązki co państwa strony, tylko wywodzi się je nie ze Statutu, ale z rezolucji RB¹⁸, ale z drugiej strony – znaleźć można opinie wyrażające krytyczne podejście do nadinterpretacji postanowień rezolucji RB¹⁹. Kontrowersji prowadzonym dyskusjom dodaje fakt, że spośród 5 stałych członków RB aż trzy państwa (Rosja, Chiny, USA) nie są stronami Statutu Rzymskiego.

1.3. Podjęcie aktywności przez prokuratora *proprio motu*

Zgodnie z art. 13 Statutu prokurator może także wnieść sprawę do Trybunału samodzielnie; jeżeli uzna, że istnieje uzasadniona podstawa do prowadzenia postępowania przygotowawczego, składa do Izby Przygotowawczej MTK wnioski o upoważnienie do wszczęcia tego postępowania (art. 15 ust. 3)²⁰. Prokurator korzystał z tej kompetencji w sprawie Kenii²¹ i Wybrzeża Kości Słoniowej²². W tej ostatniej wydano dwa nakazy aresztowania przeciwko Laurentowi Gbagbo²³ i jego żonie Simone²⁴, oskarżając ich o popełnienie zbrodni przeciwko ludzkości. Obie sprawy dopiero zaczęły toczyć się przed Trybunałem, natomiast procedury w sprawie Kenii są o wiele bardziej zaawansowane. Zarzuty prokuratora zostały potwierdzone przez Izbę Przygotowawczą w dwóch sprawach²⁵,

¹⁸ D. Akande, *The legal nature of Security Council Referrals to the ICC and its impact on Al Bashir's immunities*, „Journal of International Criminal Justice” 7 (2009), s. 341–342.

¹⁹ S. Yee, *The Dynamic Interplay between the Interpreters of Security Council Resolutions*, Chinese JIL (2012), s. 613–622.

²⁰ Art. 15 (3) Statutu: Jeżeli Prokurator uzna, że istnieje uzasadniona podstawa do prowadzenia postępowania przygotowawczego, składa do Izby Przygotowawczej wnioski o upoważnienie do wszczęcia tego postępowania, wraz z zebranymi w sprawie materiałami, na których wnioski jest oparty. Pokrzywdzeni mogą składać oświadczenia do Izby Przygotowawczej zgodnie z Regulami Procesowymi i Dowodowymi.

²¹ Decision pursuant to art. 15 of the Rome Statute on the authorization of an Investigation into the situation in the Republic of Kenya, ICC– 01/09, 31 marca 2010, na stronie: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc854287.pdf>

²² Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire, ICC-02/11–14, 3 października 2011, na stronie: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1240553.pdf>.

²³ PTC III, Warrant of arrest for Laurent Koudou Gbagbo, ICC-02/11, 23 listopada 2011, na stronie: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1276751.pdf>

²⁴ PTC III, Warrant of arrest for Simone Gbagbo, ICC-02/11-01/12, 29 lutego 2012, na stronie: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1344439.pdf>

²⁵ The Prosecutor v. William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/09-01/11-373, 23 stycznia 2012, na stronie: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1314535.pdf>; The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthau-

dotyczących 6 osób. W dalszym toku postępowania części zarzutów nie udało się potwierdzić, np. wobec oskarżonego Henrego Kosgey, lub zostały wycofane, jak wobec Francisa Muthaury. Niepewne jest także, czy uda się dokończyć postępowanie dotyczące Uhuru Kenyatty, który właśnie został wybrany na nowego prezydenta Kenii, zwłaszcza, że jak podaje zagraniczna prasa, jego obrońca wskazuje, że dowody są takiej samej jakości jak te dotyczące właśnie uwolnionego od zarzutów Muthaury²⁶.

Sprawa Kenii, pomimo że postępowanie nadal trwa, jest jednak niezwykle interesująca z powodu sprzeciwu wobec dopuszczalności sprawy złożonego przez Kenię, bowiem z decyzji Izby Przygotowawczej Trybunału odrzucającej wniosek Kenii i decyzji Izby Apelacyjnej wywieść można zestaw kryteriów, który wypełnić muszą państwa, aby udowodnić, że prowadzą aktywne postępowanie w sprawie, żeby uniemożliwić prowadzenie postępowania przez MTK. MTK ustanowił w tych sprawach pewien standard kontroli państwa, który państwa muszą wypełnić, aby skutecznie nie dopuścić do rozstrzygania sprawy przed MTK.

2. Sprzeciw wobec dopuszczalności sprawy przed MTK

Na podstawie art. 19 (2) b Statutu państwo, które ma jurysdykcję na tej podstawie, że prowadzi lub prowadziło postępowanie karne w danej sprawie, może wnieść sprzeciw wobec dopuszczalności sprawy przed MTK. Z tej możliwości skorzystały do tej pory dwa państwa: Kenia i Libia.

2.1. Sprzeciw kenijski

W sprawie Kenii decyzję wydała już Izba Przygotowawcza i Izba Apelacyjna, podtrzymując decyzję Izby Przygotowawczej odrzucającą wniosek Kenii. Kenia starała się wykazać, że aktywnie prowadzi postępowanie, czyniąc zadość testowi wywiedzionemu ze sprawy Thomasa Lubangi Dyilo²⁷, a mianowicie że jej postępowanie dotyczy zarówno tej samej osoby, jak i tego samego postępowania co procedury prowadzone przez MTK (*same person/same conduct test*). W opinii Izby Przygotowawczej Kenia użyła mylącej interpretacji, nie czyniąc

ra, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, ICC-01/09-02/11-382-Red, 23 stycznia 2012, na stronie: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1314543.pdf>

²⁶ Na stronie BBC News: <http://www.bbc.co.uk/news/world-africa-21828831>, aktywne dnia 2 sierpnia 2013.

²⁷ Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, przypis 6.

zadość testowi dotyczącemu tej samej osoby. Kenia wskazywała, że jej postępowanie dotyczy osób z tego samego poziomu hierarchii, natomiast zdaniem MTK powinno dotyczyć dokładnie tych samych osób, czyli tych, które MTK uważa za podejrzane w sprawie²⁸. Dodatkowo, zdaniem Izby, Kenia nie przedstawiła przekonujących dowodów dotyczących toczącego się postępowania, co przypomina sytuację braku aktywności ze strony państwa, a w takim wypadku Izba nie musi nawet analizować chęci czy możliwości państwa do prowadzenia aktywnego postępowania²⁹, stwierdza dopuszczalność sprawy do postępowania przed MTK na podstawie braku działań państwa.

Izba Apelacyjna, do której odwołała się Kenia, potwierdziła decyzję Izby Przygotowawczej. Wskazała jednocześnie na słuszość testu przeprowadzonego przez Izbę Przygotowawczą dotyczącego tej samej osoby i zasadniczo tego samego postępowania³⁰, wskazując, że sprawa już nie tylko ma dotyczyć tego samego postępowania (*same conduct test*), ale faktycznie tego samego postępowania (*substantially same conduct*). Dodatkowo wskazała, że prowadzenie postępowania dotyczy podejmowania kroków mających na celu upewnienie się, czy podejrzane osoby są rzeczywiście odpowiedzialne za dane czyny, co oznacza zbieranie dowodów, przesłuchiwanie świadków, przeprowadzanie analiz naukowych. Sama gotowość do przeprowadzenia takich działań jest niewystarczająca³¹. W opinii MTK to na państwie spoczywa ciężar dowodu i to ono musi udowodnić, że rzeczywiście prowadzi postępowanie w sprawie, a więc wesprzeć swoje twierdzenia wiarygodnymi dowodami. Dowody zgromadzone przez państwo muszą mieć dostateczny stopień uszczegółowienia i możliwość poddania weryfikacji³². Izba Apelacyjna zarzuciła Kenii, że przedstawione przez nią dokumenty nie są szczegółowe, nie zawierają detali, że brakuje konkretnej, wyczerpującej informacji i nie wymieniono podejrzanych z imienia i nazwiska.

Kenia, składając odwołanie od decyzji Izby Przygotowawczej, wskazywała, że nie miała dość czasu na dostarczenie niezbędnych, dodatkowych dowodów.

²⁸ PTC, Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute, 30 maja 2011, §§ 49–50, dostępne na <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1078823.pdf>

²⁹ Ibidem, § 66.

³⁰ The Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Judgment on the appeal of the Republic of Kenya against the decision of Pre-Trial Chamber II of 30 May 2011 entitled “Decision on the Application by the Government of Kenya Challenging the Admissibility of the Case Pursuant to Article 19(2)(b) of the Statute”, ICC-01/09-02/11 O A, 30 sierpnia 2011, § 39, dostępne na: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1223134.pdf>

³¹ Ibidem, § 40.

³² Ibidem, § 61.

Jednak i ten zarzut został odrzucony przez Izbę Apelacyjną, która potwierdziła, że Izba Przygotowawcza dysponuje szerokim zakresem uznania, jeśli chodzi o ocenę dowodów, ale Izba Apelacyjna może interweniować dopiero, jeśli postępowanie Izby Przygotowawczej stanowić będzie naruszenie. W tym wypadku, zdaniem Izby Apelacyjnej, do naruszenia nie doszło³³.

Izba Apelacyjna odrzuciła odwołanie Kenii, podtrzymując decyzję Izby Przygotowawczej o jurysdykcji MTK w sprawie kenijskiej, sędziowie jednak nie byli jednomyślni. Zdanie odrębne złożyła sędzia Anita Ušacka, podkreślając, że gdyby Kenia miała dość czasu, mogłaby przygotować wyczerpujące dowody dotyczące prowadzonego przez nią postępowania i że zasada swobodnego uznania rozumiana jest w tym wypadku zbyt szeroko³⁴. Najważniejszą jednak kwestią było wskazanie, że zasada komplementarności wymaga, aby państwa i MTK współpracowały ze sobą, aby prowadziły dialog, bo tylko to zapewni wypełnienie celów Statutu, jako że jurysdykcje państwa i Trybunału muszą się dopełniać, być względem siebie komplementarne³⁵. Równocześnie sędzia wskazała, że suwerennym prawem każdego państwa jest możliwość podjęcia śledztwa czy dochodzenia w danej sprawie i złożenie sprzeciwu wobec dopuszczalności w sprawie, dopóki proces przed MTK się nie rozpoczął. Jeśli państwo wypełnia przesłanki określone w art. 17, to przez samo złożenie sprzeciwu jego jurysdykcja karna przeważa nad jurysdykcją MTK³⁶.

Sprawa ta wydaje się niezwykle interesująca nie z powodu faktu odrzucenia kenijskiego sprzeciwu, ale z powodu określenia kryteriów, którymi kieruje się MTK przy ocenie zachowań państwa i ze względu na dającą się zauważyć odmienną interpretację zasady komplementarności w gronie sędziów Trybunału.

2.2. Sprzeciw libijski

Kryteria oceny państwa przez Trybunał, które można wywieść ze sprawy Lubangi i sprawy kenijskiej, zostały zastosowane przez Libię, kiedy ta złożyła swój sprzeciw wobec dopuszczalności sprawy przez MTK³⁷. Libia, powołując się na nie, wskazywała w swoim sprzeciwie, że aktywnie prowadzi postępowanie w sprawie, dostarczyła szczegółowe informacje na temat zbierania dowodów,

³³ Ibidem, § 96.

³⁴ Dissenting Opinion of Judge Anita Ušacka, ICC-01/09-01/11OA, 20 września 2011, §§ 20–28, dostępne na: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1234872.pdf>

³⁵ § 19.

³⁶ § 20.

³⁷ Application on behalf of the Government of Libya pursuant to Article 19 of the ICC Statute, ICC-01/11-01/11, 1 maja 2012, dostępne na: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1405819.pdf>

przesłuchiwania świadków³⁸. Władze libijskie wskazały, że postępowanie w Libii dotyczy tych samych osób, co postępowanie przed Trybunałem (Saif Al-Islam Kaddafi i Abdullah Al-Senussi), a także tych samych czynów, mianowicie morderstw i prześladowań jako części systematycznych i masowych ataków przeciwko ludności cywilnej³⁹. Libia starała się wykazać, że dowody przez nią przedstawione są wystarczająco szczegółowe i mają wysoką wartość dowodową⁴⁰.

Al-Senussi i Kaddafi są oskarżeni w Libii o popełnienie zbrodni pospolitych, libijski system karny nie przewidywał bowiem karania za zbrodnie międzynarodowe. W swoim sprzeciwie władze libijskie starały się zatem wykazać, że Statut nie wymaga, aby osądzać zbrodnie w systemie krajowym pod etykietą zbrodni międzynarodowej („*under international crime label*”), jako że, zdaniem Libii, Statut wymaga, aby zarzuty dotyczyły zachowania „zawartości” zbrodni, a nie jej formy⁴¹.

Decyzja w sprawie wniosku Libii zapadła w maju 2013 roku⁴², sprzeciw został odrzucony, Libia została zobowiązana do dostarczenia do Trybunału Saifa Kaddafiego. Po pierwsze, MTK wskazał, odrzucając sprzeciw Libii, że choć ta dowiodła iż prowadzi postępowanie i wykazała, jego progresywny charakter, nie dowiodła, wystarczająco, że procedury krajowe dotyczą tego samego postępowania (*same conduct*) podejrzanego⁴³.

Po drugie, MTK odniósł się także do kwestii niezdolności Libii do prowadzenia postępowania przeciwko Kaddafiemu objawiającej się m.in. w tym, że nie jest w stanie zapewnić przejęcia Kaddafiego pod opiekę sił państwowych (przebywa pod opieką milicji Zintan), w związku z tym nie będzie zdolna do uzyskania niezbędnych zeznań czy zabezpieczenia obecności prawnika⁴⁴.

MTK odniósł się także do prowadzonej dyskusji, czy państwo powinno osądzać dokładnie tę samą zbrodnię międzynarodową, czy, jak w przypadku Libii, której ustawodawstwo nie przewidywało karania zbrodni przeciwko ludzkości, wystarczy, że postępowanie krajowe dotyczy zbrodni, których składowe elementy są jednakowe (np. morderstwo v. zbrodnia przeciwko ludzkości). Odnosząc się do tego dylematu, MTK wskazał, że osądzanie zbrodni pospolitych, o ile odnoszą się do tego samego postępowania, jest wystarczające. Sam brak

³⁸ Ibidem, §§ 44–45.

³⁹ Ibidem, § 83.

⁴⁰ Ibidem, § 90.

⁴¹ Ibidem, § 87.

⁴² Decision on the admissibility of the case against Saif Al-Islam Gaddafi, ICC-01/11-01/11-344-Red, 31 maja 2013, dostępne: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1599307.pdf>

⁴³ Ibidem, §§ 132–137.

⁴⁴ Ibidem, §§ 206–215.

kryminalizacji międzynarodowych zbrodni w krajowych kodeksach karnych nie czyni spraw dopuszczalnymi przed MTK⁴⁵.

Warto również zauważyć, że Izba orzekająca odniosła się do pojęcia tego samego postępowania (*same conduct*), wskazując, że ustalania, jaki jest jego zakres, dokonywać należy ze sprawy na sprawę. W prowadzonej sprawie Kaddafiego Trybunał podkreślił, że porównać należy postępowanie prowadzone wobec Kaddafiego w Libii z postępowaniem toczącym się przed MTK, tj. zarzutami sformułowanymi w nakazie aresztowania⁴⁶. W opinii Trybunału nie jest zasadne oczekiwać, aby postępowanie libijskie dotyczyło tych samych aktów morderstw i prześladowań, ale należy badać, czy jest skoncentrowane na tym, aby wykazać, że pod kierownictwem Saifa Kaddafiego siły rządowe dokonywały morderstw i prześladowały osoby cywilne⁴⁷.

2.3 Kryteria oceny działań państwa

W kontekście ustalenia kryteriów oceny działań państwa przez Trybunał należy zwrócić uwagę na to, że MTK, oceniając działania państwa brał pod uwagę kwestie identyfikujące daną sprawę (czy toczy się ona wobec tej samej osoby i czy dotyczy tego samego postępowania), a także kwestie dotyczące jakości danego postępowania, a w szczególności kwestii dowodowych. Sprzeciw kenijski został odrzucony z tego powodu, że zdaniem Trybunału postępowanie prowadzone w Kenii nie dotyczyło tych samych osób, ale osób z tej samej urzędniczej hierarchii, a także dodatkowo Kenia nie wykazała dostatecznie, że rzeczywiście prowadzi dochodzenie w sprawie, nie przedstawiła szczegółowych dowodów, sama gotowość do prowadzenia postępowania, w opinii sędziów nie wystarczy. Libijski wniosek został odrzucony, ponieważ Libia nie wykazała, że jest zdolna do prowadzenia postępowania.

O ile należy uznać za zasadne istnienie kryteriów pozwalających na ocenę działań państwa, wątpliwości budzić może, po pierwsze, fakt, że nie istnieje katalog działań, które państwo powinno podjąć, a po drugie, istniejące kryteria są niejasne oraz niedostatecznie sprecyzowane i ich doprecyzowanie odbywa się ze sprawy na sprawę. Z orzeczeń Izby orzekającej w sprawie kenijskiej i libijskiej wiadomo, jak mniej więcej należy rozumieć test tej samej osoby i tego samego postępowania. Wiadomo, że w odniesieniu do osoby musi on dotyczyć tej samej osoby, nie osoby z tej samej urzędniczej hierarchii. W odniesieniu do tego samego postępowania, choć decyzje mają zapadać ze sprawy na sprawę, można wskazać że postępowanie nie musi dotyczyć tych samych konkretnych aktów

⁴⁵ Ibidem, § 88.

⁴⁶ Ibidem, § 78.

⁴⁷ Ibidem, § 83.

morderstw i prześladowań czy incydentów, ale ma być ukierunkowane na to, aby wykazać, że dana osoba popełniała dane zbrodnie (np. akty morderstw i prześladowań). Dodatkowo działania państw muszą spełniać oczekiwania dotyczące jakości toczącego się postępowania dowodowego. To na państwie sprzeciwiającym spoczywa ciężar dowodu, a zatem to państwa muszą wykazywać progresywny charakter toczących się postępowań, dodatkowo prowadzone postępowanie, jak i przedstawiane dowody muszą mieć wystarczającą wartość dowodową.

Odrzucenie kenijskiego i libijskiego sprzeciwu budzi uzasadnione wątpliwości co do tego, czy kryteria, którymi kieruje się Trybunał, nie powinny być państwom znane wcześniej, kiedy składają one sprzeciw wobec dopuszczalności. W szczególności, czy nie powinny być one sprecyzowane na piśmie. Przykład kenijski i libijski wskazuje na to, że państwa, składając sprzeciw, właściwie zgadzają, na co uwagę może zwracać Trybunał. Libia wyraźnie czerpała z doświadczenia kenijskiego, chociaż i to nie zapewniło jej sukcesu.

Dodatkowo powstaje pytanie, czy autonomia Trybunału nie jest w tym wypadku zbyt szeroka, szczególnie, że w tym szczególnym postępowaniu, które dotyczy ustalenia podmiotu właściwego do wykonania jurysdykcji Trybunał nie tylko jest stroną tego postępowania, ale także decyduje o rezultacie tego postępowania, stosując kryteria, które sam określił, i ocenia, kierując się przyznaną mu swobodą. W sytuacji dwóch podmiotów o podobnych kompetencjach w sferze jurysdykcji karnej (zarówno państwo, jak i Trybunał mogą osądzić daną sprawę) takie uregulowanie relacji państw i Trybunału nie zapewnia równowagi, ale podporządkowuje hierarchicznie państwo decyzji Trybunału. Nie jest to rozwiązanie zgodne choćby z intencjami twórców Statutu, których działaniom przyświecała myśl o poszanowaniu suwerenności państwa.

3. Interpretacja zasady komplementarności

Kolejne wątpliwości budzić może interpretacja przez sędziów kluczowej dla Statutu zasady komplementarności. Komplementarność miała być narzędziem pozwalającym na alokację jurysdykcji karnej, przy założeniu, że pierwszeństwo jurysdykcji karnej przysługuje państwu⁴⁸. Decyzja w sprawie kenijskiej i opinia odrębna sędzi Ušackiej wskazuje, jak różna może być interpretacja pojęcia komplementarności w łonie samego Trybunału. Większość sędziów uznała, że Kenia nie wykazała dostatecznie, że aktywnie prowadzi postępowanie karne.

⁴⁸ Szeroko na ten temat K. Wierczyńska, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law*, [w:] *Jurisdictional Competition of International Courts and Tribunals*, red. B. Krzan, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 2012, s. 263.

Trybunał nie dał wiary jej zapewnieniom, uznając, że dowody przez nią przedstawione nie mają dostatecznej wartości dowodowej. Uznał zatem, że nie istnieją przesłanki pozwalające na zaakceptowanie wniosku Kenii i uznanie, że sprawa jest niedopuszczalna do rozpoznania przez MTK.

Sędzia Ušacka w opinii odrębnej położyła nacisk na komplementarność w jej wersji pozytywnej, a więc komplementarność, której celem jest zachęcanie państwa do podjęcia własnych działań i samodzielne prowadzenie postępowań karnych. Jej zdaniem trzeba z dobrą wiarą interpretować działania państwa i jeśli państwo złożyło sprzeciw wobec dopuszczalności, a przy tym nie wypełnia ono przesłanek z art. 17 (tzn. nie jest niezdolne czy niechętne, aby osądzić sprawców), to jego jurysdykcja przeważa nad jurysdykcją Trybunału.

W sprawie libijskiej Izba Przygotowawcza wskazała, że co prawda w kontekście zasady komplementarności preferuje się, aby państwo podjęło jurysdykcję karną, ale to nie zwalnia państwa z wypełnienia przesłanek dotyczących sprzeciwu wobec dopuszczalności sprawy przed MTK⁴⁹. Państwo musi wykazać, że prowadzi konkretne postępowanie, nie musi ono jednak dotyczyć tych samych konkretnych aktów, bo to zdaniem MTK byłoby niezgodne z zasadą komplementarności⁵⁰.

Wydaje się, że takie propaństwowe rozumienie zasady komplementarności jest bardziej zgodne z zamierzeniami twórców Statutu, niż podejście większości sędziów prezentowane w decyzji w sprawie kenijskiej. Zresztą decyzja w sprawie kenijskiej nie wskazuje na to, że Kenia nie prowadzi postępowania, ale że prowadzi je w sposób nie do końca zgodny z oczekiwaniami Trybunału. Taka postawa sędziów nie będzie zachęcać państw do prowadzenia własnych postępowań, wręcz może je od tego odwozić, ponieważ na podstawie doświadczeń kenijskich państwo może nie chcieć podejmować jakiegokolwiek trudu związanego z osądzaniem sprawców zbrodni, jeśli jego wysiłki i tak nie zostaną uznane przez MTK za wystarczające. Wydaje się rozsądnym zasugerowanie, żeby Trybunał prowadził swoje postępowanie dopiero wtedy, jeśli nie ma innego forum do osądzenia sprawców, tzn. jeśli państwo nie wykazuje najmniejszej ochoty do osądzenia, a nie w sytuacji, kiedy państwo aktywnie stara się wykazać, że prowadzi własne postępowanie.

⁴⁹ Ibidem, § 52.

⁵⁰ Ibidem, § 83.

4. Interpretacja pojęcia zbrodni przeciwko ludzkości

W kontekście sprawy kenijskiej warto również przytoczyć dyskusję, która toczyła się, poczynając od decyzji o otwarciu dochodzenia w sprawie Kenii, poprzez decyzje wzywające do stawienia się przed Trybunałem aż po decyzje dotyczące sprzeciwu wobec dopuszczalności sprawy złożone przez obrońców oskarżonych. Dyskusja dotyczyła pojęcia zbrodni przeciwko ludzkości. Sędzia Kaul konsekwentnie składał opinię odrębną⁵¹, prezentując bardziej „konserwatywne” podejście, podczas gdy większość sędziów opowiedziała się za podejściem bardziej elastycznym. Sędzia Kaul podtrzymywał swoje stanowisko, że MTK nie ma jurysdykcji *ratione materiae* w sprawie⁵², wskazując, że ma wątpliwości, czy zbrodnie popełnione pomiędzy 2007 a 2008 rokiem w Kenii były popełnione w związku z polityką organizacji w myśl art. 7(2)(a) Statutu, a więc czy stanowią one zbrodnie przeciwko ludzkości. Zdaniem sędziego Kaula zbrodnie, choć niewątpliwie popełnione, nie urastają do rangi zbrodni przeciwko ludzkości zgodnie z definicją zawartą w art. 7 Statutu.

Stosownie do treści art. 7 Statutu zbrodnie przeciwko ludzkości oznaczają czyny (tj. np. zabójstwo, eksterminacja, prześladowania...) popełnione w ramach rozległego lub systematycznego, świadomego ataku przeciwko ludności cywilnej. Atak przeciwko ludności cywilnej oznacza atak podjęty do lub dla wsparcia polityki państwowej lub organizacyjnej zakładającej dokonanie takiego ataku.

Sędzia Kaul odwołał się do definicji z art. 7, zwracając uwagę, że choć Statut nie wymaga wskazywania konstytutywnych cech państwowości, organizacje powinny nosić cechy państwa. Te cechy sprawiają, że organizacje mogą działać jak państwa (*state-like organisation*) i są to:

- a. zbiór osób,
- b. sformowany w pewnym celu,
- c. na dłuższy okres czasu,
- d. pod odpowiedzialnym dowództwem i z określonym stopniem zhierarchizowania i przynajmniej minimalnym stopniem upolitycznienia,
- e. z możliwością wdrożenia określonych zasad względem członków i nakładania sankcji na członków,
- f. ze zdolnością do przeprowadzenia ataku na ludność cywilną.

⁵¹ Zobacz np. PTC II, Dissenting Opinion by Judge Hans-Peter Kaul to Pre-Trial Chamber II's „Decision on the Prosecutor's Application for Summonses to Appear for Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, ICC-01/09-02/11-3, 15 marca 2011, na stronie: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc1039485.pdf>

⁵² Ibidem, § 2.

Grupy, które nie wykazują takich cech, czyli nie osiągają tego stopnia zorganizowania, grupy spontaniczne, utworzone *ad hoc*, nie wchodzą w zakres określony w art. 7⁵³. Sędzia Kaul, analizując powiązania sprawców, doszedł do wniosku, że używane przez prokuratora, na określenie powiązań między sprawcami, słowo sieć (zamiast organizacja) nie nosi znamion organizacji, gdyż oznacza grupę, która nie jest powiązana hierarchicznie i nie ma odpowiedzialnego dowódcy. Elementy sieci nawet analizowane pojedynczo nie konstytuują organizacji⁵⁴. Sędzia Kaul, przyznając, że naruszenia Kenii były planowane i organizowane, uznał jednak, że te pojedyncze akty nie wskazują, aby istniała polityka organizacyjna w myśl art. 7 (2) a Statutu i nie da się przypisać ataków skierowanych przeciwko ludności cywilnej organizacji przypominającej państwo (*state-like organisation*)⁵⁵.

W opinii większości⁵⁶ formalna natura grupy i stopień jej zorganizowania nie powinny stanowić kryteriów oceny, a uwaga powinna się skupić na zdolności grupy do zagrożenia podstawowym wartościom ludzkim (*basic human values*)⁵⁷. Zdaniem Izby kwalifikowanie, czy grupa stanowi organizację powinno odbywać się ze sprawy na sprawę, a Trybunał może brać pod uwagę między innymi: zhierarchizowanie grupy i istnienie odpowiedzialnego dowództwa; czy grupa posiada środki, aby przeprowadzić rozległy i systematyczny atak przeciwko ludności cywilnej; czy grupa kontroluje dane terytorium; czy grupa artykułuje zamiar ataku; czy grupa stanowi część większej grupy, która wypełnia wszystkie wskazane kryteria. Przy czym, jak wskazał Trybunał, te kryteria nie stanowią legalnej definicji i nie muszą być wyczerpująco wypełnione⁵⁸.

Ta bardziej „elastyczna” definicja większości sędziów nie pozostała jednak niezauważona w doktrynie i pojawiły się głosy krytyczne, wskazujące, że może ona zacierać różnicę pomiędzy zbrodniami przeciwko ludzkości a zbrodniami pospolitymi i ponadto, że przyjęcie takiej definicji może przesuwąć granicę działania MTK w stronę oceny zachowań różnych podmiotów w trakcie wewnętrznych konfliktów wszelkich typów⁵⁹, a więc ingerencję w krajowe

⁵³ Ibidem, § 12.

⁵⁴ Ibidem, §§ 45–47.

⁵⁵ Ibidem, § 49.

⁵⁶ PTC II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09, 31 marca 2010, na stronie: <http://www.icc-cpi.int/iccdocs/doc/doc854287.pdf>

⁵⁷ Ibidem, § 90.

⁵⁸ Ibidem, § 93.

⁵⁹ C. Kress, *On the Outer Limits of Crimes against Humanity: The Concept of Organization within the Policy Requirement: Some Reflections on the March 2010 ICC Kenya Decision*, „Leiden Journal of International Law”, 23 (2010), s. 855–873, zobacz dyskusje

systemy wymiaru sprawiedliwości. A to w dalszej kolejności prowadzi do pytań o rolę międzynarodowego prawa karnego w kontekście światowego wymiaru sprawiedliwości i współpracy z państwami, a także ich suwerenności.

Konkluzje

Mijająca dekada była dla międzynarodowego sądownictwa karnego zupełnie wyjątkowa. Realizacji doczekała się jedna z prawdopodobnie najdłużej istniejących idei utworzenia stałego międzynarodowego trybunału karnego. Wątpliwe jest jednak, czy MTK wypełni pokładane w nim nadzieje. Już teraz na pewno można stwierdzić, że nie jest to instrument „globalnego” wymiaru sprawiedliwości, nie tylko dlatego, że ze względów finansowych nigdy nie zdoła podjąć wszystkich postępowań, jakie powinny być podjęte, ale także dlatego, że nie wszystkie państwa są stronami Statutu, a przede wszystkim, ponieważ już teraz widać, że przedstawianie sprawy do rozpatrzenia czy implementowanie wydanego przez Trybunał nakazu aresztowania może być polem do rozgrywek politycznych⁶⁰.

Jeśli chodzi o obecną działalność MTK, łatwo wskazać, jakie wyzwania stawia przed Trybunałem kolejna dekada, poczynając od ustalenia zasad współpracy z państwami, w szczególności państwami nie będącymi stronami Statutu, poprzez określenie zakresu/standardu kontroli państw (w kontekście prowadzonych postępowań), zakresu ewentualnej ingerencji MTK w krajowy wymiar sprawiedliwości czy w końcu ustalenia zakresu współpracy z Radą Bezpieczeństwa ONZ.

W kolejnej dekadzie należałoby zadbać o bardziej aktywne działanie Zgromadzenia Państw-Stron. To organ, który powinien mieć większy wpływ na działanie Trybunału, choćby z tego względu, że posiada kompetencje, aby podejmować działania usprawniające działanie Trybunału⁶¹ oraz może wprowadzać poprawki do Statutu⁶². Zgodnie z art. 121 Statutu Zgromadzenie może przyjmować poprawki do Statutu bezpośrednio lub podczas konferencji rewizyjnych.

na blogach: W. Schabas, *London Riots: Were they Crimes Against Humanity?*, dostępne na stronie: <http://humanrightsdoctorate.blogspot.com/2011/08/london-riots-were-they-crimes-against.html>; D. Robinson, *Essence of Crimes against Humanity Raised by Challenges at ICC*, dostępne na stronie: <http://www.ejiltalk.org/essence-of-crimes-against-humanity-raised-by-challenges-at-icc/>.

⁶⁰ Zobacz np. S. Nouwen, W. Werner, *Doing justice to the political: The International Criminal Court in Uganda and Sudan*, „The European Journal of International Law”, 21 (2010), s. 941–965.

⁶¹ Por. art. 112 Statutu.

⁶² Por. art. 121 Statutu.

Taka konferencja miała miejsce w 2010 roku w Kampali, w Ugandzie i dotyczyła między innymi wprowadzenia do Statutu definicji zbrodni agresji⁶³. MTK będzie mógł osądzać zbrodnię agresji po uzyskaniu przez poprawkę 30 ratyfikacji bądź przyjęć. Stosownie do postanowień art. 121 (5) Statutu poprawka wchodzi w życie jedynie w odniesieniu do państw, które ją przyjęły⁶⁴. Dodatkowo jednak przyjęto rozwiązanie, polegające na tym, że dopiero po 1 stycznia 2017 roku państwa Strony ostatecznie rozstrzygną kwestię, czy MTK będzie osądzał zbrodnię agresji.

Wszystko wskazuje więc na to⁶⁵, że w następnej dekadzie zmierzmy się z kwestią zbrodni agresji, ponieważ zostanie ona wprowadzona do Statutu; na pewno również podniesiona będzie kwestia skuteczności Trybunału i jego legitymacji, zwłaszcza w kontekście nie wykonanych przez państwa nakazów aresztowania w odniesieniu do urzędujących głów państwa. Kluczowe w tym kontekście będzie rozważenie pierwszeństwa reżimów prawnych.

Wydaje się jednak, że najbardziej fundamentalnym zagadnieniem pozostaje kwestia interpretacji zasady komplementarności. Bez wątpienia to państwo powinno mieć pierwszeństwo w wykonywaniu jurysdykcji karnej. Wydaje się najrozsądniejszym rozwiązaniem przyznanie państwu bezwzględne pierwszeństwo w tej kwestii, o ile jego działania dotyczące prowadzenia postępowania są rzeczywiste i autentyczne, a jego urząd sędziowski wart zaufania i wiarygodny. Trybunał nie powinien starać się zastępować krajowych wymiarów sprawiedliwości, ale powinien wspierać je i zachęcać do podejmowania spraw. Można mieć nadzieję, że kolejna dekada upłynie na refleksji, że Trybunał nie miał być organem przejmującym wszystkie sprawy, ale sądem, który aktywuje swoją jurysdykcję dopiero w momencie, gdy nie ma innego właściwego forum. Po stwierdzeniu, że państwowy system sędziowski jest godny zaufania, Trybunał powinien pozostawić państwu swobodę decydowania o zakresie zarzutów i osobach stawianych przed sądem.

⁶³ Szeroko na temat prac P. Grzebyk, *Definicja zbrodni agresji (po konferencji przeglądowej MTK)*, „Państwo i Prawo” 1/2011, s. 45, zobacz dodatkowo przypis 2.

⁶⁴ Art. 121 (5). Każda poprawka do artykułów 5, 6, 7 i 8 niniejszego Statutu wchodzi w życie w stosunku do tych Państw-Stron, które ją przyjęły, w ciągu jednego roku po złożeniu dokumentów ratyfikacji lub przyjęcia. Jeśli chodzi o Państwo-Stronę, które nie przyjęło poprawki, Trybunał nie może wykonywać jurysdykcji w stosunku do zbrodni objętej tą poprawką, jeżeli została popełniona przez obywatela tego Państwa-Strony lub na jego terytorium.

⁶⁵ Co prawda, tylko kilka państw ratyfikowało do tej pory poprawkę, ale kilkadziesiąt państw wyraziło taką chęć i rozpoczęło niezbędne procedury, poza tym warto zauważyć, że wśród państw, które ratyfikowały poprawkę, są Niemcy i Norwegia, zobacz: http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtds_g_no=XVIII-10-a&chapter=18&lang=en

FIRST DECADE OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT'S ACTIVITIES - ACHIEVEMENTS AND FAILURES OF THE INTERNATIONAL JUSTICE

The paper is focused on the activities of the International Criminal Court during the first decade that passed since its establishment. The author discusses questions of the first referrals, admissibility challenges, definition of crimes against humanity and principle of complementarity, suggesting necessary amendments to the works of the ICC.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 2 (194) 2013
Warszawa 2013

Agnieszka Szpak ■

BRONIE AUTONOMICZNE W ŚWIETLE MIĘDZYNARODOWEGO PRAWA HUMANITARNEGO

1. Co to jest broń autonomiczna?

Razem z gwałtownym rozwojem i proliferacją zautomatyzowanych, zrobotyzowanych broni maszyny zaczynają zajmować miejsce ludzi na polu czy też w kontekście walki zbrojnej. Wykorzystanie przez USA amerykańskich Predatorów lub Reaperów i innych bezzałogowych statków powietrznych, czyli tzw. dronów, w Afganistanie i w innych miejscach świata jest wyraźnym sygnałem oddalania się żołnierzy od ich celów. Bardzo często takie drony są pilotowane lub operowane z miejsca na drugiej połowie globu¹. Warto w tym miejscu przytoczyć kilka danych statystycznych. Pomiedzy 2000 a 2008 r. liczba amerykańskich systemów bezzałogowych statków powietrznych wzrosła z mniej niż 50 do powyżej 6 000. Podobnie liczba systemów bezzałogowych pojazdów naziemnych

¹ Szerzej o bezzałogowych statkach powietrznych i aspektach prawnych ich użycia zob. J. R. Heaton, *Civilians at War: Reexamining the Status of Civilians Accompanying the Armed Forces*, „Air Force Law Review” vol. 57 (2005), s. 163–168; M. N. Schmitt, *Unmanned Combat Aircraft Systems and International Humanitarian Law: Simplifying the Oft Benighted Debate*, „Boston University International Law Journal” nr 30 (2012), s. 595–619; M. E. O’Connell, *Lawful Use of Combat Drones*, Congress of the United States, House of Representatives, Subcommittee on National Security and Foreign Affairs, Hearing: Rise of the Drones II: Examining the Legality of Unmanned Targeting, April 28, 2010, dostępne na stronie internetowej: https://www.fas.org/irp/congress/2010_hr/drones2.pdf (13.01.2013); M. E. O’Connell, *Unlawful Killing with Combat Drones. A Case Study of Pakistan, 2004–2005*, dostępne na stronie internetowej: <http://ssrn.com/abstract=1501144> (13.01.2013).

używanych przez amerykański departament obrony wzrosła z mniej niż 100 w 2001 r. do około 4 400 w 2007 r.²

Niektórzy specjaliści zajmujący się militariami i robotyką przewidują, że tzw. roboty-zabójcy (*killer robots*) czyli w pełni autonomiczna broń, która jest zaprogramowana w taki sposób, że jest w stanie samodzielnie wybrać i zaatakować cel bez interwencji człowieka, mogą zostać wyprodukowane za 20–30 lat. W chwili obecnej wojskowi wskazują, że ludzie wciąż będą posiadali pewien stopień kontroli nad decyzjami w zakresie użycia siły śmiertelnej, lecz ich oświadczenia pozostawiają otwartą kwestię, czy w przyszłości takie autonomiczne roboty nie zostaną użyte³.

Broń autonomiczna to broń, którą cechuje pewien stopień autonomii, tzn. ma ona możliwość wykryć cel i zaatakować go na podstawie zaprogramowanych wcześniej odpowiednich parametrów. Nie jest potrzebne zaangażowanie czynnika ludzkiego. Poziom autonomii może być różny: taka broń może być sterowana na odległość przez operatora (np. wspomniany dron); w innym przypadku w zasadzie taka broń działa autonomicznie, lecz jest jedynie nadzorowana przez człowieka, wreszcie taka broń może działać zupełnie autonomicznie, tzn. bez nadzorowania ani zdalnego sterowania przez operatora, a tylko na podstawie parametrów, które ma zaprogramowane⁴. Specjalista z zakresu robotyki prof. Noel Sharkey definiuje automatycznego robota (dla odróżnienia od autonomicznego) jako maszynę, która przeprowadza zaprogramowaną wcześniej sekwencję operacji lub ruchów w środowisku o określonej strukturze. Jako przykład podaje zrobotyzowane ramię malujące samochód. Z kolei robot czy też broń autonomiczna ma podobne cechy, z tym wyjątkiem, że działa w otwartym i nieokreślonym środowisku. Nadal jest kontrolowana przez program, ale uzyskuje informację ze swoich czujników (*sensors*), które umożliwiają jej dostosowanie szybkości i kierunku jej działania⁵.

² Podano za: *Interim Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions*, Philip Alston, UN Doc. A/65/321, 23 sierpnia 2010, http://www.ishr.ch/component/docman/doc_download/1078-extrajudicial-executions-report-ga65-alston (08.05.2013), s. 12.

³ B. Docherty, *Losing Humanity. The Case against Killer Robots* (raport International Human Rights Clinic i Human Rights Watch, 2012), dostępne na stronie internetowej: <http://www.hrw.org/reports/2012/11/19/losing-humanity-0>; s. 1 i 6 (dalej jako: *HRW Report*).

⁴ *HRW Report*, s. 2. Więcej na temat szczegółów technicznych broni autonomicznych, autonomicznych systemów obrony i prekursorów broni w pełni autonomicznych zob. *HRW Report*, s. 2–3 i 9–20.

⁵ Podano za: *HRW Report*, s. 12.

W tym opracowaniu skupię się na tym ostatnim rodzaju broni autonomicznej – w zasadzie całkowicie autonomicznej. Na wstępie należy zauważyć, że jak na razie taka broń jeszcze nie istnieje⁶. Jednak prawnicy powinni już teraz przewidywać wpływ takich technologii na międzynarodowe prawo humanitarne oraz sposób prowadzenia konfliktów zbrojnych⁷. Teza tego artykułu jest następująca: użycie broni autonomicznej byłoby niezgodne z podstawowymi zasadami międzynarodowego prawa humanitarnego, takimi jak zasada rozróżniania, proporcjonalności oraz konieczności wojskowej. Broń taka nie jest w stanie sprostać wymogom płynącym z tych zasad. Jako takie jej użycie stanowiłoby zagrożenie dla osób i ludności cywilnej. Są jednak autorzy, którzy uważają, że taki zakaz nie miałby większego sensu oraz że rozwój broni autonomicznej jest nieunikniony i będzie następował stopniowo. Nawet więcej, autonomia systemów broni może pozytywnie wpłynąć na promocję celów praw wojny w niektórych konfiguracjach technologicznych i okolicznościach operacyjnych, lecz w innych nie⁸. Jak postaram się jednak wykazać poniżej, wady zastosowania broni autonomicznej wykluczają jej legalność. W moim przekonaniu legalne jest zastosowanie autonomicznych urządzeń, których celem jest rozpoznanie, identyfikacja celu, ale nie autonomicznych broni zdolnych atakować cel bez ingerencji czynnika ludzkiego⁹.

2. Wyzwania związane z użyciem broni autonomicznej – czy użycie takiej broni może być zgodne z międzynarodowym prawem humanitarnym?

Jak pisze M. Bucholtz, „automatyzacja działań wojennych nie oznacza jeszcze pełnej „autonomii” w robotyce. Problemem nie jest wprowadzenie robotów na polu bitwy, ale stopniowe usuwanie ludzi. Technologia już zdystansowała

⁶ HRW Report, s. 3.

⁷ Por. V. Kanwar, *Post-Human Humanitarian Law: The Law of War in the Age of Robotic Weapons*, 2010, dostępne na stronie internetowej: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1619766 (11.05.2013).

⁸ K. Anderson, M. Waxman, *Law and Ethics for Autonomous Weapons Systems. Why a Ban Won't Work and How the Laws of War Can*, Task Force on National Security and Law, Hoover Institution, Stanford University, 2013, s. 2; dostępne na stronie internetowej: <http://www.cfr.org/us-strategy-and-politics/law-ethics-autonomous-weapon-systems-why-ban-wont-work-laws-war-can/p30445> (10.05.2013).

⁹ Por. M. Wagner, *Autonomy in the Battlespace: Independently Operating Weapon Systems and the Law of Armed Conflict*, 2012, s. 100; artykuł dostępny na stronie internetowej: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2211036 (10.05.2013).

żołnierzy przestrzennie i czasowo z pola walki. [...]”¹⁰. Konieczne jest wprowadzenie przepisów prawnych, które zabraniałyby sztucznej inteligencji samodzielnego podejmowania decyzji o życiu i śmierci. Obecnie takie przepisy nie istnieją. „To „opóźnienie” może mieć katastrofalne skutki, gdy będziemy mieli do czynienia z uzbrojonymi, w pełni autonomicznymi robotami. Niepokojące jest, iż potrzebne uregulowania prawne nie nadążają za tak szybkimi zmianami. Robotyka staje się jedną z największych rewolucji technologicznych w dziejach ludzkości, a mimo to, jak się wydaje, jesteśmy na nią całkowicie nieprzygotowani”¹¹.

Zdaniem P. Alstona, byłego specjalnego sprawozdawcy ONZ ds. pozasądowych, zbiorowych i arbitralnych egzekucji, szybki rozwój takich technologii, zwłaszcza tych mogących zabijać ludzi i tych ze zmniejszonym poziomem kontroli czynnika ludzkiego, wywołują poważne wątpliwości i obawy, które nie zostały zbadane przez aktorów stosujących prawa człowieka czy prawo humanitarne¹². W ostatnio opublikowanym raporcie specjalnego sprawozdawcy ONZ ds. pozasądowych, zbiorowych i arbitralnych egzekucji, Ch. Heynesa, specjalny sprawozdawca stwierdził, że użycie broni autonomicznych wywołuje poważne obawy co do ochrony ludzkiego życia w czasie wojny i pokoju. Obejmuje to pytanie o możliwość zaprogramowania takich broni w sposób zapewniający przestrzeganie wymogów międzynarodowego prawa humanitarnego. Ponadto użycie takich broni może być nieakceptowane, ponieważ roboty nie powinny mieć prawa do decydowania o życiu i śmierci¹³.

W tym miejscu należy przede wszystkim przeanalizować, czy użycie broni autonomicznej może być zgodne z fundamentalnymi zasadami międzynarodowego prawa humanitarnego, takimi jak zasada rozróżniania i zasada proporcjonalności.

¹⁰ M. Bucholc, *Użycie bezzałogowych aparatów latających w sytuacji konfliktu zbrojnego. Wybrane aspekty z zakresu międzynarodowego prawa humanitarnego*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego” nr 3 (2012), s. 178.

¹¹ M. Bucholc, op. cit., s. 181.

¹² *Interim Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions*, Philip Alston, UN Doc. A/65/321, 23 sierpnia 2010, http://www.ishr.ch/component/docman/doc_download/1078-extrajudicial-executions-report-ga65-alston (08.05.2013), s. 10.

¹³ *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions*, Christof Heyns, 9 kwietnia 2013, A/HRC/23/47, dostępny na stronie internetowej: http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/RegularSession/Session23/A-HRC-23-47_en.pdf (27.06.2013), s. 1.

2.1. Zasada rozróżnienia

Międzynarodowe prawo zwyczajowe i traktatowe¹⁴ nakazuje, że w trakcie prowadzenia operacji wojskowych w każdym czasie należy rozróżniać między osobami aktywnie biorącymi udział w działaniach zbrojnych (kombatantami) a ludnością cywilną oraz między celami wojskowymi a obiektami cywilnymi. Stosownie do tego, osoby cywilne, ludność cywilna i obiekty cywilne nie mogą być celem ataków; należy podjąć każdy wysiłek, aby uchronić ludność cywilną przed skutkami wojny oraz przedsięwziąć wszelkie możliwe środki ostrożności celem uniknięcia ranienia, strat i szkód dla ludności cywilnej oraz w dobrach o charakterze cywilnym¹⁵. I Protokół dodatkowy do Konwencji genewskich z 1977 r. w art. 48 stanowi, że „[w] celu zapewnienia poszanowania i ochrony ludności cywilnej oraz dóbr o charakterze cywilnym strony konfliktu powinny zawsze odróżnić ludność cywilną od kombatantów oraz dobra o charakterze cywilnym od celów wojskowych i w związku z tym kierować swoje operacje jedynie przeciwko celom wojskowym”. Art. 51 (2) dodaje, że celem ataków nie mogą być ani ludność cywilna jako taka, ani osoby cywilne. Zabronione są akty i groźby przemocy, których głównym celem jest zastraszenie ludności cywilnej. Analogiczne do art. 51 (2) postanowienie odnoszące się do niemiedzynarodowych konfliktów zbrojnych zawiera art. 13 (2) II Protokołu dodatkowego.

Zgodnie z art. 52 (2) I Protokołu dodatkowego, jeżeli chodzi o dobra, celami wojskowymi są tylko takie, które z powodu swej natury, swego rozmieszczenia, swego przeznaczenia lub wykorzystania wnoszą istotny wkład do działalności wojskowej i których całkowite lub częściowe zniszczenie, zajęcie lub zneutralizowanie daje określoną korzyść w danej sytuacji. Z kolei obiektami cywilnymi są dla przykładu dom, szkoła, miejsce kultu religijnego lub inne dobra normalnie przeznaczone do użytku cywilnego. W razie wątpliwości domniemywa się, że takie dobra nie są używane w celu wniesienia rzeczywistego wkładu do działania wojskowego. Co do definicji celu wojskowego, nie wystarczy abstrakcyjne określenie, że dany obiekt jest celem wojskowym, lecz że w danych okolicznościach jego zniszczenie lub zneutralizowanie daje konkretną korzyść wojskową. Na przykład, jeśli uznamy most za cel wojskowy należy odpowiedzieć na

¹⁴ I Protokół dodatkowy do Konwencji genewskich dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych. Tekst I Protokołu dodatkowego [w:] Dz. U. z 1984 r., Nr 23, poz. 104, załącznik.

¹⁵ Tak orzekł również Międzynarodowy Trybunał Karny ds. Zbrodni w b. Jugosławii (MTKJ) w sprawach: *Blaskicia (Izba Apelacyjna 2004)* § 109 i *Galicia (Izba Orzekająca 2003)*, § 44–50. Orzeczenia MTKJ są dostępne na stronie internetowej: <http://www.icty.org/>

pytanie, czy zniszczenie konkretnego mostu, który mógł mieć znaczenie militarne wczoraj, w danych okolicznościach dzisiaj wciąż przyniesie korzyść wojskową¹⁶. Y. Dinstein wskazuje kilka przykładów celów wojskowych. Celami wojskowymi z natury są m.in. fortyfikacje wojskowe, samoloty wojskowe, okręty wojenne, broń, amunicja, czołgi, składnice broni i porty wojskowe. Celem wojskowym z powodu swego przeznaczenia jest obiekt, który w przyszłości może zostać użyty w celach wojskowych, jako że kryterium przeznaczenia oznacza zamierzone użycie danego obiektu w przyszłości. Można je ustalić w oparciu o wiarygodne dane, że nieprzyjaciel zamierza użyć danego dobra w celach wojskowych. Nie wystarczy samo tylko podejrzenie takiego użycia, lecz na przykład konkretne kroki wskazujące na wspomniane użycie (takie jak umieszczenie broni w szkole). Celem wojskowym z powodu swego wykorzystania jest na przykład szkoła lub kościół, które są wykorzystywane w celach militarnych (na przykład przez snajpera, który strzela z wieżyczki kościoła). Zasada ogólna jest taka, że każdy obiekt cywilny używany w celach wojskowych staje się celem wojskowym. Celem wojskowym z powodu swego rozmieszczenia z kolei może być na przykład cywilny samolot znajdujący się na wojskowym lotnisku¹⁷.

W kontekście definicji celu wojskowego podanej wyżej, która ograniczona jest do obiektów, bardzo często dodaje się do listy celów wojskowych pewne kategorie osób, przede wszystkim kombatantów.

Należy doprecyzować, że w przypadku wewnętrznych konfliktów zbrojnych zgodnie z zasadą 1 Studium MKCK na temat zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego należy rozróżniać osoby cywilne od kombatantów (nie w formalnym znaczeniu, gdyż w wewnętrznych konfliktach zbrojnych nie obowiązuje status kombatanta, lecz w rozumieniu osób aktywnie uczestniczących w walkach zbrojnych, walczących). Ataki mogą być kierowane tylko przeciwko takim kombatantom¹⁸. Podobne stwierdzenie można znaleźć w *Manual on the Law of Non-International Armed Conflict* wydanym w 2006 r. przez Międzynarodowy Instytut Prawa Humanitarnego w San Remo¹⁹. Konsekwencją zasady rozróżniania jest zakaz dokonywania tzw. ataków bez rozróżnienia (*indiscriminate attacks*).

¹⁶ Zob. też: M. N. Schmitt, *The Law of Targeting*, [w:] E. Wilmschurst, S. Breau (red.), *Perspectives on the ICRC Study on Customary International Humanitarian Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2007, s. 131–168.

¹⁷ Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, s. 88–92.

¹⁸ J. M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, s. 3–8.

¹⁹ *Manual on the Law of Non-International Armed Conflict*, San Remo 2006, <http://www.iihl.org/iihl/Documents/The%20Manual%20on%20the%20Law%20of%20NIAC.pdf>; zasada 1.2.2.

I Protokół dodatkowy w art. 51 ust. 4 stanowi, że określenie ataki „bez rozróżnienia” oznacza:

- a) ataki, które nie są skierowane przeciwko określonemu celowi wojskowemu,
- b) ataki, w których stosuje się metody i środki walki, jakie nie mogą być ograniczone do określonego celu wojskowego, albo
- c) ataki, w których stosuje się metody i środki walki, których skutki nie mogą być ograniczone i w następstwie tego w każdym z tych wypadków mogą godzić bez rozróżnienia w cele wojskowe i w osoby cywilne lub w dobra o charakterze cywilnym.

Art. 51 ust. 5 I Protokołu dodatkowego podaje również przykłady ataków, które są traktowane jako ataki bez rozróżnienia. Są nimi: ataki w postaci bombardowania, niezależnie od zastosowanych metod i środków, które jako jeden cel wojskowy traktują pewną liczbę celów wojskowych wyraźnie zarysowanych i odróżniających się, położonych w mieście, na wsi lub w innej strefie obejmującej podobne skupienie osób cywilnych lub dóbr o charakterze cywilnym; ataki, co do których można przypuszczać, że wywołają również straty w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienia osób cywilnych, szkody w dobrach o charakterze cywilnym lub połączenie tych strat i szkód, jeśli byłyby one nadmierne w porównaniu z oczekiwaną konkretną i bezpośrednią korzyścią wojskową (czyli z naruszeniem omawianej niżej zasady proporcjonalności). Za broń, która nie jest w stanie rozróżnić między celami wojskowymi a osobami/obiektami cywilnymi, uważa się np. broń kasetową, miny przeciwpiechotne czy napalm.

Można w tym miejscu przywołać opinię doradcą MTS w sprawie legalności groźby lub użycia broni jądrowej (1996), w której MTS podkreślił znaczenie zasady rozróżniania między osobami/obiektami cywilnymi a kombatanami/celami wojskowymi i określił ją jako kardynalną²⁰. Również w swoim orzecznictwie międzynarodowe trybunały karne *ad hoc* potwierdziły fundamentalny charakter zasady rozróżniania²¹. Należy zauważyć, że zakaz atakowania osób cywilnych ma charakter absolutny i konieczność wojskowa nie może uzasadniać takiego ataku. Należy z całą mocą podkreślić, że ochrona ludności cywilnej nie ma charakteru absolutnego, jedynie zakaz jej bezpośredniego atakowania takowy

²⁰ Opinia doradcza MTS w sprawie *legalności groźby lub użycia broni jądrowej* (1996) dostępna na stronie internetowej: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4>, § 78.

²¹ Patrz przypis 14. Na temat zasady rozróżniania zob. również: F. Kalshoven, *The Law of Warfare. A Summary of its Recent History and Trends in Development*, Sijthoff, Genewa 1973, s. 31–47; M. N. Schmitt, *The Principle of Distinction in 21st Century Warfare*, „Yale Human Rights and Development Law Journal” nr 2 (1999), s. 143–182.

charakter posiada. Może się bowiem zdarzyć, że w sytuacji ataku na cel wojskowy osoby cywilne ucierpią jako tzw. *collateral damage* (co można przetłumaczyć jako niezbyt „ładne” określenie straty incydentalne, uboczne), jednakże i w tym przypadku muszą zostać spełnione określone warunki. Warunki te określa art. 57 I Protokołu dodatkowego, który przewiduje, że w toku prowadzenia operacji wojskowych należy stale troszczyć się o oszczędzanie ludności cywilnej, osób cywilnych oraz dóbr o charakterze cywilnym. Odnośnie do ataków planujących lub decydujących o podjęciu ataku powinni uczynić wszystko, „co jest praktycznie możliwe, dla sprawdzenia, czy celami ataku nie są osoby cywilne ani dobra o charakterze cywilnym i czy nie korzystają ze szczególnej ochrony, lecz że są celami wojskowymi [...] i że postanowienia niniejszego protokołu nie zakazują ich atakowania”. Ponadto „dobierając środki i metody ataku, [należy] przedsięwziąć wszystkie praktycznie możliwe środki ostrożności w celu uniknięcia, a przynajmniej sprowadzenia do minimum, niezamierzonych strat w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienia osób cywilnych i szkód w dobrach o charakterze cywilnym”. Należy również „powstrzymać się od podjęcia ataku, który mógłby spowodować niezamierzone straty w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienia osób cywilnych, szkody w dobrach o charakterze cywilnym lub takie straty i szkody łącznie, których rozmiary byłyby nadmierne do oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej”.

Czy możliwe jest zatem użycie broni autonomicznej w sposób zgodny z zasadą rozróżniania? Biorąc pod uwagę zwłaszcza ostatnie zmiany w prowadzeniu wojen – w mojej opinii – nie jest to możliwe. W ostatnich dziesięcioleciach natura wojny znacznie się zmieniła, a kilka czynników przyczyniło się do zatarcia jasnej granicy oddzielającej osoby cywilne od kombatanów. Działania wojenne przeniosły się z pól bitewnych i coraz częściej są prowadzone wewnątrz skupisk ludności cywilnej. Osoby cywilne coraz bardziej dotykane są przez konflikt zbrojny, z drugiej strony, same coraz częściej się w ten konflikt angażują, w tym w bezpośrednią walkę. Kombatanzi z kolei nie zawsze odróżniają się od osób cywilnych. Zacierające się rozróżnienie między cywilnymi a militarnymi funkcjami i wzrastające zaangażowanie osób cywilnych w działania zbrojne spowodowały zamieszanie i niepewność odnośnie do tego, kto jest legalnym celem wojskowym, a kto musi być chroniony przed atakami. Rezultatem tego zamieszania jest, z jednej strony, zwiększone ryzyko dla osób cywilnych stania się ofiarą błędnego lub arbitralnego ataku, a z drugiej, dla samych żołnierzy, którzy – nie będąc w stanie właściwie zidentyfikować nieprzyjaciela – muszą stawić czoła możliwości zostania zaatakowanym przez osoby, których nie potrafią odróżnić od osób cywilnych. Istotną kwestią w tym kontekście jest, czy autonomiczna broń będzie

miała „świadomość sytuacyjną”, niezbędną do rozróżnienia pomiędzy kombatanami i obiektami militarnymi (celami wojskowymi) a cywilami i obiektami cywilnymi. „Świadomość sytuacyjna” oznacza zrozumienie intencji i przewidywanie prawdopodobnego zachowania w danej sytuacji. Ewentualne niejasności na polu bitwy wymagają poziomu ludzkiego zrozumienia sytuacji, którego roboty nie posiadają. Świadomość jest tym, co pozwala na dostosowanie reakcji w przypadku wątpliwości²². P. Singer zauważa, że – w przypadku zastosowania broni autonomicznych – człowiek jest częścią procesu decyzyjnego, ale głównie na początkowym etapie programowania takiej broni (roboty)²³.

Broń autonomiczna pozbawiona jest cech jakościowych człowieka, które są konieczne dla działania zgodnie z zasadami międzynarodowego prawa humanitarnego. Zastosowanie tych zasad w praktyce może być skomplikowane i wymagać subiektywnej decyzji oraz ludzkiego osądu. Dla przykładu, odróżnienie pomiędzy przerażonym cywilem a kombatanem strony przeciwnej stanowiącym zagrożenie wymaga od żołnierza zrozumienia intencji stojących za zachowaniem takiej osoby, coś, czego broń autonomiczna nie jest w stanie uczynić²⁴. Można dodać, że na przykład terroryści lub powstańcy nie mieliby żadnych problemów w oszukiwaniu takich broni (robotów) poprzez ukrywanie broni lub przez wykorzystywanie ograniczeń ich zdolności sensorycznych i behawioralnych²⁵. Ludzie rozumieją się w sposób, w jaki maszyny nie potrafią. Wskazówki mogą być bardzo subtelne, ponadto istnieje nieskończona liczba sytuacji, w których użycie siły śmiertelnej jest niewskazane²⁶. Jako przykład – podany zresztą w raporcie Human Rights Watch – można wskazać następującą sytuację: przestraszona matka biegnie za dwójką swoich dzieci i krzyczy na nie, żeby przestały się bawić bronią-zabawką w pobliżu żołnierza. Człowiek-żołnierz jest w stanie utożsamić się ze strachem tej matki i rozpoznać jej strach oraz to, że dziecko się bawi i tym sposobem rozpoznać ich intencje jako nieszkodliwe, podczas gdy broń (robot) autonomiczna zidentyfikuje osobę biegnącą w jej kierunku i dwie uzbrojone jednostki. Żołnierz powstrzymałby się od ataku, natomiast broń autonomiczna – wedle wszelkiego prawdopodobieństwa – zaatakowałaby. Broń autonomiczna

²² M. Bucholc, op. cit., s. 179.

²³ *HRW Report*, s. 12.

²⁴ *Ibidem*, s. 4.

²⁵ *Ibidem*, s. 31.

²⁶ *Ibidem*. Podobnego zdania jest: profesor robotyki N. Sharkey, *Making the drone distinction: autonomous robot awareness*, 2013, <http://www.scienceomega.com/article/1163/making-the-drone-distinction-increasing-autonomous-robot-awareness> (16.07.2013); Ch. Heynes, *Robot wars: after drones, a line we must not cross*, 19 czerwca 2013, <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2013/jun/19/robot-wars-drones-life-death-decisions> (16.07.2013).

nie jest w stanie zrozumieć ludzkich emocji, intencji, zachowania i nie ma wspomnianej „świadomości sytuacyjnej”²⁷. Jako takie więc jej zastosowanie naruszałoby zasadę rozróżniania.

2.2. Zasada proporcjonalności

Zasada proporcjonalności stanowi próbę znalezienia równowagi między zasadą humanitarnego traktowania a zasadą konieczności wojskowej i znajduje zastosowanie przy podejmowaniu ataku na legalny cel wojskowy i wchodzących w grę stratach wśród ludności cywilnej. Zastosowanie przedmiotowej zasady wymaga od tych, którzy planują atak, aby uczynili wszystko, co jest praktycznie możliwe dla sprawdzenia, czy celami ataku nie są osoby cywilne ani dobra o charakterze cywilnym. Dobierając środki i metody ataku, planujący atak powinni przedsięwziąć wszystkie praktycznie możliwe środki ostrożności w celu uniknięcia, a przynajmniej sprowadzenia do minimum, niezamierzonych strat w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienia osób cywilnych i szkód w dobrach o charakterze cywilnym; powinni również powstrzymać się od podjęcia ataku, który mógłby spowodować niezamierzone straty w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienia osób cywilnych, szkody w dobrach o charakterze cywilnym lub takie straty i szkody łącznie, których rozmiary byłyby nadmierne do oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej. Gdy okaże się, że cel ataku nie ma charakteru wojskowego lub można oczekiwać, iż atak wywoła niezamierzone straty w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienia osób cywilnych lub szkody w dobrach o charakterze cywilnym albo takie straty i szkody łącznie, których rozmiary byłyby nadmierne w stosunku do oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej, należy odstąpić od takiego ataku lub go przerwać (tak: art. 57 I Protokołu dodatkowego do Konwencji genewskich dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych z 1977 r.²⁸).

Przepis art. 57 I Protokołu dodatkowego jest niewątpliwie odzwierciedleniem zasady proporcjonalności, zgodnie z którą, mimo że co do zasady dany atak na obiekt wojskowy jest legalny, to należy go zaniechać, gdy wywoła on lub można oczekiwać, że wywoła, nadmierne straty w życiu ludzkim lub szkody w dobrach o charakterze cywilnym, tym samym prowadząc do kwalifikacji danego ataku jako nielegalnego²⁹. Należy wyraźnie podkreślić, że zasada propor-

²⁷ Ibidem, s. 31–32. Zob. też: M. Wagner, op. cit., s. 114.

²⁸ Tekst I Protokołu dodatkowego, [w:] Dz. U. z 1984 r. Nr 23, poz. 104, załącznik.

²⁹ Więcej na ten temat zob. N. Hayashi, *Requirements of Military Necessity in International Humanitarian Law and International Criminal Law*, „Boston University

jonalności ma zastosowanie w przypadku ataku na cel wojskowy, a nie na osoby lub obiekty cywilne. Osoby te lub obiekty mogą uciepć jako *collateral damage*, czyli incydentalnie. Tytułem uzupełnienia należy zaznaczyć, że zasada proporcjonalności w ataku znajduje zastosowanie również do wewnętrznych konfliktów zbrojnych, gdyż odzwierciedla prawo zwyczajowe, na co wyraźnie wskazuje zasada 14 Studium MKCK na temat zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego³⁰.

Z zasadą proporcjonalności łączy się zasada rozróżniania, jako że na dowódcy ciąży obowiązek wyboru celu i atakowania jedynie celu wojskowego, a ponadto należy do niego dalsza ocena, czy dany atak na legalny cel nie narusza zasady proporcjonalności. W sytuacji naruszenia tej drugiej zasady pierwotnie legalny atak staje się nielegalnym³¹.

W orzeczeniu Międzynarodowego Trybunału Karnego ds. Zbrodni w byłej Jugosławii (MTKJ) w sprawie Galicia analizowano zasadę proporcjonalności. Warto w tym miejscu poświęcić tej sprawie kilka uwag. Dotyczyła ona oblężenia i ostrzału Sarajewa przez siły bośniackich Serbów w przedziale czasowym od sierpnia 1992 r. do sierpnia 1994 r. W kontekście analizy zasady proporcjonalności można postawić pytanie, kto decyduje, że dany atak jest sprzeczny z zasadą proporcjonalności? Izba Orzekająca MTKJ w sprawie Galicia uznała, że musi to być dobrze poinformowana osoba, która podejmuje decyzję w określonych okolicznościach każdej sprawy w oparciu o wiedzę, którą posiada³². Z reguły osobą taką jest dowódca danego oddziału. Inna ważna kwestia odnosi się do odpowiedzi na pytanie, w odniesieniu do czego należy oceniać proporcjonalność ataku? Czy w odniesieniu do efektu danego ataku, bitwy, kampanii czy może całej wojny? Izba Orzekająca MTKJ w sprawie Galicia przyjęła kryterium celu militarnego, czyli ocenę proporcjonalności w odniesieniu do spodziewanego do osiągnięcia celu wojskowego³³. Z orzeczenia w sprawie Galicia wynika, że proporcjonalność należy oceniać w odniesieniu do spodziewanego do osiągnięcia celu militarnego samego ataku. Wniosek taki wydaje się być słuszny, jako że przy przyjęciu innego punktu odniesienia ocena proporcjonalności danego ataku byłaby bardzo trudna, a ponadto groziłoby to dopuszczalnością większych strat wśród ludności cy-

International Law Review” nr 28 (2010), s. 114–118.

³⁰ J.–M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, op. cit., s. 46–50.

³¹ K. Dorman, *Proportionality and Distinction in the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, „Australian International Law Journal” nr 12 (2005), s. 83–98; Ch. Downes, *Targeted Killings’ In An Age Of Terror: The Legality Of The Yemen Strike*, „Journal of Conflict & Security Law” vol. 9, nr 2 (2004), s. 93. Por. Y. Dinstein, op. cit., s. 119–123.

³² Prokurator przeciwko S. Galiciowi, Izba Orzekająca 2003, § 58.

³³ Ibidem, § 387.

wilnej. Dla przykładu, przyjmując jako punkt odniesienia spodziewaną do osiągnięcia korzyść wojskową z całej kampanii wojskowej, a więc generalnie działań o szerszym zasięgu i bardziej dalekosiężnych efektach wojskowych niż atak, można by uznać za dopuszczalną większą ilość ofiar cywilnych. Izba Orzekająca MTKJ zajmowała się jednym konkretnym przypadkiem ostrzelania osób biorących udział w wydarzeniu sportowym (mecz piłki nożnej z dnia 1 czerwca 1993 r.), na którym zebrało się około 200 widzów (włączając kobiety i dzieci), a które miało miejsce w Dobrinje. Izba Orzekająca stwierdziła, że w wyniku ostrzału zginęło od 12 do 16 osób, a rannych zostało od 80 do 140 osób. Graczami i widzami byli również członkowie personelu wojskowego. Stanowili oni cele wojskowe, na które atak był uprawniony. Wedle raportu dowódcy armii Bośni i Hercegowiny, zabito 6 kombatanów, a 55 raniono. Śmierć poniosło także 5 osób cywilnych, a 32 osoby zostały ranne. Mimo że ocena proporcjonalności nie polega tylko na porównaniu samych liczb i jest zadaniem niezwykle trudnym, jako że nie porównuje się matematycznych znaków – liczb, lecz liczby symbolizujące ofiary, to w tym przypadku Izba uznała, że została naruszona zasada proporcjonalności: „(...) Mimo znacznej liczby żołnierzy obecnych na meczu piłki nożnej, po ataku na tłum obejmujący około 200 osób, w tym dużo dzieci, można się wyraźnie spodziewać spowodowania strat wśród ludności cywilnej nadmiernych w porównaniu z oczekiwaną konkretną i bezpośrednią korzyścią wojskową (...)”³⁴. W. J. Fenrick zauważył jednak, że w tym przypadku byłoby trudno uznać, że straty wśród ludności cywilnej były nadmierne, chyba że przyjmie się założenie, że życie osób cywilnych jest bardziej cenne niż życie kombatanów³⁵. Z opinią tą jednak nie można się zgodzić. Przede wszystkim dlatego, że atak na osoby cywilne jest zakazany i celem międzynarodowego prawa humanitarnego jest ochrona ludności cywilnej, zgodnie z zasadą, że wojna powinna być stosunkiem państwa do państwa, a ludność cywilna powinna ucierpieć jak najmniej. Co prawda, w sprawie Galicia miał miejsce atak na cel wojskowy, więc osoby cywilne mogły stać się ofiarami jako *collateral damage*, jednakże przy tak zbliżonej liczbie zabitych i rannych wśród osób cywilnych i kombatanów wątpliwości w ocenie proporcjonalności powinny być rozstrzygnięte na korzyść wzmocnionej ochrony osób cywilnych, a tym samym na rzecz zasady humanitaryzmu. Ponadto, jako argument na rzecz tej tezy i słusznego w moim przekonaniu wniosku Izby Orzekającej MTKJ o nielegalności ataku badanego w sprawie Galicia można podać fakt, że w przypadku kombatanów podejmują oni ryzyko tego, że zostaną zaatakowa-

³⁴ Ibidem, § 376. Wątek ten porusza: W. J. Fenrick, *International Humanitarian Law and Combat Casualties*, „European Journal of Population” nr 2–3 (2005), s. 176–178.

³⁵ Ibidem, s. 177.

ni i zabici bądź zranieni. Jest to istotą statusu kombatanta – z jednej strony ma on prawo walczyć, a z drugiej sam może stać się legalnym celem ataku. Natomiast osoby i ludność cywilna korzystają z ochrony przed atakami, a więc podobnego ryzyka nie podejmują³⁶.

Wśród czynników, które powinny być brane pod uwagę w celu zapewnienia postępowania zgodnego z zasadą proporcjonalności, można wymienić: znaczenie militarne celu, gęstość zaludnienia w okolicy celu, prawdopodobieństwo spowodowania przypadkowych zniszczeń podczas ataku (włączając w to możliwość uwolnienia substancji niebezpiecznych), rodzaje dostępnej broni mogącej posłużyć do przeprowadzenia ataku na dany cel oraz celność tej broni, fakt świadomego narażania przez obrońców ludności cywilnej i obiektów cywilnych na atak (przykładowo, używanie „żywych tarcz”), sposób przeprowadzenia ataku oraz czas jego przeprowadzenia (np. w celu ograniczenia ofiar wśród cywilnych pracowników fabryki produkującej sprzęt wojenny, atak można przeprowadzić w nocy, kiedy pracowników w tej fabryce nie ma)³⁷.

W ocenie proporcjonalności danego ataku w świetle I Protokołu dodatkowego główny problem sprowadza się do tego, że wymagane jest badanie i porównywanie dwóch różnych, nieporównywalnych w gruncie rzeczy spraw: z jednej strony, strat w osobach cywilnych i cywilnej własności, z drugiej, korzyść wojskową. Jest to tym trudniejsze, że art. 57 Protokołu dodatkowego I kwalifikuje korzyść wojskową jako „oczekiwaną”. Podobnie w przypadku strat w ludności lub obiektach cywilnych – są one określone jako „oczekiwane”. Do tego należy dodać, że bardzo często taka ocena jest dokonywana w tzw. ogniu walki³⁸. W związku z tymi trudnościami można uznać, że zasada proporcjonalności będzie stosowana bez jakichkolwiek problemów i wątpliwości jedynie w oczywistych przypadkach, a więc kiedy dysproporcja pomiędzy oczekiwanymi stratami w ludności cywilnej a oczekiwaną korzyścią wojskową będzie znaczna i wyraźna³⁹. Dotyczy to zarówno oceny proporcjonalności przed podjęciem ataku, jak i po, np. w przypadku rozpatrywania sprawy przez MTKJ. Należy dodać, że

³⁶ Zob. też: A. Szpak, *Kontrola przestrzegania międzynarodowego prawa humanitarnego w orzecznictwie międzynarodowych trybunałów karnych ad hoc*, Toruń 2011, s. 294–296.

³⁷ Tak: A. P. V. Rogers. Podano za: M. Marcinko, *Podstawowe zasady międzynarodowego prawa humanitarnego*, [w:] M. Marcinko (red.), *Osiągnięcia i wyzwania międzynarodowego prawa humanitarnego*, Małopolski Oddział Okręgowy Polskiego Czerwonego Krzyża, Kraków 2011, s. 19. Por. M. John-Hopkins, *Regulating the Conduct of Urban Warfare: lessons from contemporary asymmetrical armed conflicts*, „International Review of the Red Cross” nr 878 (2010), s. 480–482.

³⁸ K. Dorman, op. cit., s. 95.

³⁹ *Ibidem*, s. 98,

pomimo wszystkich trudności związanych z oceną proporcjonalności nie ma alternatywy wobec tego procesu oraz że powinna ona być zawsze dokonywana w dobrej wierze przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności faktycznych i dostępnych informacji⁴⁰.

Jak wynika z powyższych rozważań, określenie proporcjonalności operacji militarnej w bardzo dużym stopniu zależy od kontekstu. Podobnie jak przy zasadzie rozróżniania tutaj także konieczna jest „świadomość sytuacyjna”, której broń autonomiczna nie posiada. Jest wysoce nieprawdopodobne, że broń autonomiczna mogłaby zostać tak zaprogramowana, że byłaby w stanie poradzić sobie z nieskończoną liczbą scenariuszy, które należałoby zinterpretować w czasie rzeczywistym. Liczba różnorodnych okoliczności, które pojawiają się w warunkach konfliktu zbrojnego jest ogromna i może powodować chaotyczne reakcje broni autonomicznej ze śmiertelnymi konsekwencjami. Interpretacja międzynarodowego prawa humanitarnego oraz zastosowanie konkretnych norm do konkretnej sytuacji wymaga ludzkiego osądu, a nie tylko automatycznego procesu podejmowania decyzji właściwego dla komputera (obliczeń o charakterze ilościowym, a nie jakościowym. Te pierwsze są łatwe dla komputera, a te drugie już nie). Jak słusznie zauważa specjalny sprawozdawca ONZ ds. pozasądowych, zbiorowych i arbitralnych egzekucji Ch. Heynes, określenie, czy zasada proporcjonalności została spełniona wymaga przede wszystkim zdrowego rozsądku oraz dobrej wiary po stronie dowódców wojskowych podejmujących decyzje o ataku⁴¹. Stawia to ponownie na porządku dziennym możliwość zaprogramowania broni autonomicznej w sposób zapewniający przestrzeganie zasady proporcjonalności. W tym kontekście należy dodać, że w raporcie Parlamentu Europejskiego Unii Europejskiej pt. „Human rights implications of the usage of drones and unmanned robots in warfare” z maja 2013 r. wskazano, że używając środków, takich jak drony, kontrola ich użycia przez czynnik ludzki jest konieczna. Broń w pełni autonomiczna byłaby niezdolna do przestrzegania zasad rozróżniania i proporcjonalności i jako tako zakazana przez międzynarodowe prawo humanitarne⁴².

⁴⁰ Tak też: Y. Dinstein, op. cit., s. 122. Zob. też: W. J. Fenrick, *The Rule of Proportionality and Protocol I in Conventional Warfare*, „Military Law Review” nr 98 (1982), s. 91–127; A. P. V. Rogers, *Zero-casualty warfare*, „International Review of the Red Cross” nr 837 (2000), <http://www.icrc.org/eng/resources/documents/misc/57jqcu.htm>; R. D. Rosen, *Targeting Enemy Forces in the War on Terror: Preserving Civilian Immunity*, „Vanderbilt Journal of Transnational Law” nr 3 (2009), s. 743–750.

⁴¹ *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions*, Christof Heyns, 9 kwietnia 2013, A/HRC/23/47, punkt 72.

⁴² Raport Parlamentu Europejskiego jest dostępny na stronie internetowej: <http://bit.ly/125ZQWS> (16.07.2013), s. 28.

Jako przykład niemożliwości określenia proporcjonalności przez broń autonomiczną można podać scenariusz, w którym w pełni autonomiczny statek powietrzny zidentyfikuje cel wojskowy (np. dowódca wojskowy przeciwnika), który znajduje się w zaludnionym obszarze. Autonomiczny statek powietrzny musi w takiej sytuacji podjąć decyzję, czy zaatakowanie takiego celu jest legalne, czy nie. Może to napotkać dwa problemy. Po pierwsze, jeśli cel znajduje się w mieście sytuacja będzie podlegała ciągłej zmianie: mogą podjeżdżać cywilne samochody, może pojawić się nawet szkolny autobus. Nie wydaje się możliwe, aby autonomiczny statek powietrzny czy szerzej autonomiczna broń była w stanie wziąć pod uwagę te okoliczności przy ocenie ciągle ewoluującej proporcjonalności. Po drugie, taki statek powietrzny musiałby ocenić, niejako zważyć, oczekiwane korzyści z ataku na cel wojskowy w porównaniu do również oczekiwanych strat w ludności cywilnej. Ludzie są jednak lepiej przygotowani do wydawania takiej oceny z przyczyn już wspomnianych. Takie oceny nie mogą sprowadzać się do prostego algorytmu⁴³. Wniosek będzie więc podobny jak przy zasadzie rozróżniania. Zastosowanie broni autonomicznej może naruszać zasadę proporcjonalności i tym samym stanowić zagrożenie dla osób cywilnych.

3. Inne zagrożenia związane z użyciem broni autonomicznej

W tym miejscu pokrótce odniosę do innych zagrożeń związanych z potencjalnym użyciem broni autonomicznej, w tym tych dotyczących głównie osób cywilnych. Poprzez wyeliminowanie czynnika ludzkiego z decyzji o użyciu siły śmiertelnej, użycie broni autonomicznej powodowałoby zagrożenie także innych pozaprawnych środków ochrony osób cywilnych. Po pierwsze, broń autonomiczna nie byłaby ograniczona przez ludzkie emocje i zdolność do współczucia, które mogą zadziałać jako ograniczenie w zabijaniu osób cywilnych. Jak wskazano w raporcie Human Rights Watch, pozbawione emocji bronie autonomiczne (roboty) byłyby idealnym narzędziem w rękach opresyjnych dyktatorów, którzy mogliby wykorzystywać je do prześladowania własnej populacji bez obaw o to, że żołnierze mogą się zbuntować⁴⁴. Po drugie, pomimo tego, że użycie broni

⁴³ *HRW Report*, s. 33–34. Podobnego zdania jest: profesor robotyki N. Sharkey, *Making the drone distinction: autonomous robot awareness*, 2013, <http://www.sciencemega.com/article/1163/making-the-drone-distinction-increasing-autonomous-robot-awareness> (16.07.2013); Ch. Heynes, *Robot wars: after drones, a line we must not cross*, 19 czerwca 2013, <http://www.guardian.co.uk/commentisfree/2013/jun/19/robot-wars-drones-life-death-decisions> (16.07.2013).

⁴⁴ Więcej na temat ludzkich emocji w tym kontekście zob. *HRW Report*, s. 37–39.

autonomicznych znacznie zmniejszyłoby straty militarne – co jest pożądanym skutkiem – to jednocześnie uczyniłoby to odwoływanie się do wojen i ich prowadzenie znacznie łatwiejszym, jako że wojna nie pociągałaby za sobą dużych strat w żołnierzach. Ciężar prowadzenia wojen spadłby w takiej sytuacji na osoby cywilne⁴⁵. Wreszcie użycie broni autonomicznej wywołuje poważne pytania dotyczące odpowiedzialności, która może być traktowana jako jedno z narzędzi zapewnienia ochrony, m.in. osobom cywilnym, oraz środek odstraszający od przyszłych naruszeń. Kto powinien ponosić odpowiedzialność w sytuacji, gdy taka autonomiczna broń czy też maszyna popełni czyn nielegalny, naruszy międzynarodowe prawo humanitarne? Możliwości jest kilka. Może to być dowódca, który tej broni użył, programator, producent i sama broń (robot). Żadna z tych opcji nie jest jednak satysfakcjonująca⁴⁶.

4. Wnioski

Aby użycie broni autonomicznych było zgodne z międzynarodowym prawem humanitarnym, broń taka musiałaby posiadać ludzkie cechy, których z zasady posiadać nie może. W szczególności taka broń nie dysponuje „świadomością sytuacyjną” i nie jest w stanie rozpoznać intencji ludzi. W skomplikowanych warunkach współczesnych konfliktów zbrojnych taka broń nie jest w stanie rozróżniać osób cywilnych od kombatanów oraz ocenić, czy atak na dany cel wojskowy jest zgodny z zasadą proporcjonalności. Samo to wystarczy dla uznania zastosowania takich broni za naruszające międzynarodowe prawo humanitarne

⁴⁵ Więcej na ten temat zob. *HRW Report*, s. 39–41. Tak też: M. Wagner, op. cit., s. 104. Zob. też: *Interim Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions*, Philip Alston, UN Doc. A/65/321, 23 sierpnia 2010, http://www.ishr.ch/component/docman/doc_download/1078-extrajudicial-executions-report-ga65-alston (08.05.2013), s. 20.

⁴⁶ *HRW Report*, s. 4. Szerzej na temat odpowiedzialności za naruszenie prawa humanitarnego przy użyciu broni autonomicznych zob. *HRW Report*, s. 42–45. K. Anderson i M. Waxman proponują, aby w takiej sytuacji do odpowiedzialności pociągać państwo lub stronę konfliktu zbrojnego, a nie skupiać się na odpowiedzialności karnej jednostek. Zob. K. Anderson, M. Waxman, op. cit., s. 17. Nie jest to jednak dobre rozwiązanie, gdyż odpowiedzialność międzynarodowa państwa nie wyklucza indywidualnej odpowiedzialności karnej jednostek. Są to dwa odrębne reżimy odpowiedzialności. Z międzynarodowego prawa humanitarnego wypływa obowiązek karania sprawców ciężkich naruszeń tego prawa (art. 49/50/129/146 odpowiednio czterech Konwencji genewskich). Tekst Konwencji genewskich [w:] Dz. U. z 1956 r. Nr 38, poz. 171, załącznik. Zob. również: *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions*, Christof Heyns, 9 kwietnia 2013, A/HRC/23/47, punkty 74–81.

i jako takie nielegalne. Ich użycie stanowiłoby zagrożenie przede wszystkim dla osób i ludności cywilnej⁴⁷. Mimo że w pełni autonomiczne bronie jeszcze nie zostały wyprodukowane, to nie jest to jednak całkowite science fiction⁴⁸. Technologia rozwija się bardzo szybko i w przyszłości na polach bitew mogą pojawić się zautomatyzowane, autonomiczne roboty. Dlatego tak ważny byłby traktatowy zakaz prowadzenia prac, produkowania i wykorzystywania broni w pełni autonomicznych. Dzięki takiemu traktatowi sytuacja stawałaby się jasna⁴⁹. Naturalnie należy pozostawić możliwość budowania autonomicznych robotów, lecz nie w taki sposób, aby w pełni samodzielnie zabijały ludzi.

Specjalny sprawozdawca Ch. Heynes z kolei zaleca przyjęcie przez państwa moratoriów na używanie broni autonomicznych i dalsze konsultacje w tym zakresie, np. na forum ONZ, ale także organizacji regionalnych⁵⁰.

Do momentu przyjęcia wspomnianego wyżej traktatu znajdują zastosowanie zwyczajowe zasady międzynarodowego prawa humanitarnego wspomniane wyżej. W takim traktacie należałoby, po pierwsze, zdefiniować, czym jest broń autonomiczna, oraz określić ewentualne dozwolone sposoby jej użycia. Niektórzy autorzy wskazują na dopuszczalne użycie broni autonomicznych w celach defensywnych – np. w celu ochrony celów wojskowych i stref zakazu lotów⁵¹. Bez wątpienia maszyny takie mogłyby zostać wykorzystane bez używania siły śmiertelnej, np. w celu identyfikacji celów wojskowych, rozpoznania czy też oczyszczania pól minowych. Rekomendacje z raportu Human Rights Watch również obejmują zakaz rozwijania, produkowania i używania broni autonomicznych w drodze umowy międzynarodowej oraz wprowadzenie zakazu rozwijania, produkowania i używania takiej broni w prawie krajowym i krajowej polityce oraz rozpoczęcie weryfikacji technologii i komponentów, które mogłyby doprowadzić do wytworzenia autonomicznych broni (taka weryfikacja powinna mieć miejsce na samym początku procesu rozwijania nowych broni oraz trwać przez kolejne etapy, w tym etap testów)⁵².

Na zakończenie należy wspomnieć o art. 36 I Protokołu dodatkowego do Konwencji genewskich dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych z 1977 r. Zgodnie z nim, przy prowadzeniu badań, prac rozwo-

⁴⁷ Tak też: *HRW Report*, s. 36.

⁴⁸ Zob. L. McCauley, 'Historic' Drone Landing Paves Way for 'Killer Robots' Anytime, Anywhere, <http://www.commondreams.org/headline/2013/07/10-8> (16.07.2013).

⁴⁹ Należy zauważyć, że od kilku lat na rzecz zakazu działa *International Committee for Robot Arms Control*. Zob. strona internetowa Komitetu: <http://icrac.net/>

⁵⁰ *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions*, Christof Heyns, 9 kwietnia 2013, A/HRC/23/47, punkty 111 i 113.

⁵¹ V. Kanwar, op. cit., s. 12.

⁵² *HRW Report*, s. 5. Szerzej na temat rekomendacji zob. *HRW*, s. 46–48.

jowych, nabywaniu lub wprowadzaniu nowej broni, nowego środka lub metody prowadzenia wojny strony są obowiązane ustalić, czy ich zastosowanie byłoby w pewnych lub we wszelkich okolicznościach zakazane przez postanowienia Protokołu lub przez jakikolwiek inny przepis prawa międzynarodowego odnoszący się do danego państwa-strony. Jeśli już taka broń znajduje się w procesie prowadzenia badań nad nią, to należy tego przepisu przestrzegać. Już w 1987 r. w Komentarzu MKCK do tego artykułu można przeczytać, że „użycie zdalnie sterowanej broni z dużej odległości [...] prowadzi to automatyzacji pola walki, w której żołnierz odgrywa coraz mniejszą rolę. [...] Wszystkie prognozy są zgodne, że jeśli człowiek nie panuje nad technologią, lecz pozwala jej panować nad sobą, zostanie on zniszczony przez technologię”⁵³. To ostrzeżenie dotyczące w zasadzie broni częściowo autonomicznych jest aktualne i dziś, zwłaszcza w kontekście możliwości tworzenia broni w pełni autonomicznych.

AUTONOMOUS WEAPON IN LIGHT OF INTERNATIONAL LAW

Along the rapid development and proliferation of autonomous robotic weapons, machines begin to replace people on the battlefields. The use by the USA of Predators or Reapers and other unmanned aerial vehicles (so called drones) in Afghanistan, Pakistan and other places in the world clearly signals distancing of the soldiers from their targets. Some military and robotics experts have predicted that “killer robots” – fully autonomous weapons that could select and engage targets without human intervention – could be developed within 20 to 30 years. At present, military officials generally say that humans will retain some level of supervision over decisions to use lethal force, but their statements often leave open the possibility that robots could one day have the ability to make such choices on their own power. In this paper I will concentrate on the last kind of autonomous weapons, namely fully autonomous ones. It should however be noted that so far such a weapon does not yet exist. Nonetheless, lawyers should already be anticipating the effect of these technologies on international humanitarian law and the conduct of warfare. The thesis of the paper goes as follows: the use of autonomous weapons would be contrary to the basic and fundamental principles of international humanitarian law such as the principle of distinction, proportionality and military necessity and thus

⁵³ *Komentarz MKCK do I Protokołu Dodatkowego*, s. 427–428; dostępny na stronie internetowej: <http://www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=D9E6B6264D7723C3C12563CD002D6CE4&action=openDocument> (10.05.2013).

illegal. Such weapons are not capable of meeting the conditions enshrined in these principles. As such their use would threaten the well-being, life and health of civilians and civilian populations. On the other hand, there are scholars who are of the opinion that prohibiting the use of autonomous weapons would make no sense at all and that the development of such weapons is inevitable and will take place gradually. Moreover, autonomy in weapon systems might positively promote the aims of the laws of war in some technological configurations and operational circumstances – but not in others. As I will try to demonstrate below, the drawbacks of the use of autonomous weapons are of such magnitude that they exclude its legality. In my opinion, it is legal to use autonomous devices aimed at target identification but not autonomous weapons capable of attacking the target without human interference.

Studia PRAWNICZE

Zeszyt 2 (194) 2013
Warszawa 2013

Monika Szwarc ■

OGRANICZENIA PRAWA DOSTĘPU DO DOKUMENTÓW INSTYTUCJI UNII EUROPEJSKIEJ NA PODSTAWIE ROZPORZĄDZENIA 1049/2001 W SPRAWIE PUBLICZNEGO DOSTĘPU DO DOKUMENTÓW

Prawo dostępu do dokumentów instytucji Unii Europejskiej zostało wprowadzone po raz pierwszy do prawa pierwotnego UE na mocy Traktatu z Amsterdamu w ówczesnym art. 253 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską¹. Przepis ten przyznawał prawo dostępu do dokumentów Parlamentu Europejskiego, Komisji Europejskiej i Rady, upoważniając jednocześnie te instytucje do przyjęcia rozporządzenia, które regulowałoby szczegółowe zasady udostępniania tych dokumentów. Upoważnienie zostało zrealizowane poprzez przyjęcie rozporządzenia 1049/2001 w sprawie publicznego dostępu do dokumentów Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji², które jest przejawem woli wyrażonej w ob. art. 1 akapit drugi TUE, by Traktaty wyznaczały nowy etap w procesie

¹ Warto na marginesie przypomnieć, że kwestia umożliwienia obywatelom dostępu do dokumentów instytucji unijnych pojawiła się na początku lat 90. XX w. Przyjęcie nowego art. 253 TWE zostało poprzedzone odpowiednimi zmianami w regulaminach wewnętrznych Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji Europejskiej, umożliwiającymi udostępnianie dokumentów osobom zainteresowanym, szerzej na ten temat zob. M. Szwarc, *Zasady wglądu do dokumentów instytucji Wspólnot Europejskich*, „Państwo i Prawo” 2001, z. 11, s. 63–76.

² Dz. Urz. UE z 2001 r., L 145, s. 43, polskie wydanie specjalne rozdz. 1, tom 3, s. 331.

tworzenia coraz ściślejszego związku między narodami Europy, w którym decyzyje są podejmowane z możliwie najwyższym poszanowaniem zasady otwartości i jak najbliżej obywateli (motyw 1 preambuły rozporządzenia 1049/2001) oraz odzwierciedla przekonanie, że prawo dostępu do dokumentów instytucji jest związane z ich demokratycznym charakterem (motyw drugi preambuły rozporządzenia 1049/2001). Uzasadnieniem przyznania obywatelom prawa dostępu do dokumentów instytucji jest wobec tego uznanie, że Unia powinna działać w sposób otwarty względem obywateli, zaś instytucje powinny mieć jak najbardziej demokratyczny charakter³.

Po wejściu w życie Traktatu z Lizbony prawo dostępu do dokumentów instytucji uzyskało nowy wymiar poprzez wyraźne umiejscowienie go w kontekście zasady otwartości, która z kolei jest ściśle związana z dążeniem do nadania instytucjom unijnym bardziej demokratycznego charakteru. Zgodnie z art. 15 ust. 1 TFUE „w celu wspierania dobrych rządów i zapewnienia uczestnictwa społeczeństwa obywatelskiego, instytucje, organy i jednostki organizacyjne Unii działają z jak największym poszanowaniem zasady otwartości”. Otwartość tę wspierać ma nowy wymóg wprowadzony na mocy art. 15 ust. 2 TFUE, zgodnie z którym obrady Parlamentu Europejskiego i Rady obradującej i głosującej nad projektem aktu ustawodawczego są jawne, a także obowiązek udostępniania dokumentów instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii – zgodnie z art. 15 ust. 3 TFUE. W ten sposób prawo dostępu do dokumentów jest jednym z mechanizmów zapewnienia otwartości działania instytucji UE, co wspierać ma m.in. proces demokratyzacji tej instytucji. Traktat z Lizbony wprowadził również zmiany w samym brzmieniu przepisu odnoszącego się do dostępu do dokumentów, polegające przede wszystkim na rozszerzeniu zakresu podmiotowego obowiązku udostępniania dokumentów na organy i jednostki organizacyjne Unii⁴.

Od momentu wprowadzenia d. art. 253 TWE i przyjęcia rozporządzenia 1049/2001 nie było wątpliwości, że zamiarem prawodawcy unijnego było zapewnienie możliwie najszerzego dostępu do dokumentów instytucji. Taki wniosek jest uprawniony na podstawie lektury motywów preambuły rozporządzenia 1049/2001 oraz analizy orzecznictwa sądów unijnych, tzn. Sądu Pierwszej Instancji (obecnie – Sąd) i Trybunału Sprawiedliwości (działającego jako instancja

³ Motywy rozporządzenia przywołuje również TS, dokonujący interpretacji jego postanowień, zob. w szczególności wyrok TS z 1 lipca 2008 r. w sprawach połączonych C-39/05 P i C-52/05 P *Szwecja i Turco p. Radzie*, Zb. Orz. 2008, s. I-4723, pkt 34; wyrok TS z 21 września 2010 r. w sprawach połączonych C-514/07 P, C-528/07 P, C-532/07 P *Szwecja p. API i Komisji*, Zb. Orz. 2010, s. I-8533, pkt 68.

⁴ Zob. szerzej K. Kowalik-Bańczyk, *komentarz do art. 15 TFUE*, [w:] A. Wróbel, D. Miąsik, N. Półtorak (red.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, tom I, Warszawa 2012, s. 280 i nast.

odwoławcza od orzeczeń SPI)⁵. W obecnym stanie prawnym wzmocnieniem statusu prawa do dokumentów jest ponadto ujęcie go jako jednego z praw podstawowych w art. 42 Karty Praw Podstawowych, który został umiejscowiony wśród praw obywatelskich.

Takie ukształtowanie prawa dostępu do dokumentów unijnych oraz uznanie go za prawo podstawowe na mocy Karty Praw Podstawowych powoduje, że po pierwsze, wszelkie wyjątki uzasadniające odmowę udostępnienia dokumentów muszą wynikać wyraźnie z przepisów prawa, w tym przypadku rozporządzenia 1049/2001 oraz po drugie, że wyjątki te muszą być interpretowane ściśle⁶.

1. Wyjątki uzasadniające odmowę udostępnienia dokumentu – uwagi ogólne

Wyjątki uzasadniające odmowę udostępnienia dokumentów instytucji unijnych wskazane zostały w art. 4 rozporządzenia 1049/2001. Przepis ten przewiduje wyjątki o charakterze obligatoryjnym (z uwagi na interes ogólny lub interes prywatny) i o charakterze fakultatywnym – wówczas instytucja rozpatrująca wniosek ma obowiązek wyważenia interesów instytucji i wnioskodawcy⁷. Ponieważ wyjątki od dostępu do dokumentów muszą być interpretowane zawężająco, na instytucjach spoczywa szczególnie obowiązek uzasadnienia decyzji odmawiającej dostępu do dokumentów. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem TS, gdy instytucja zdecyduje się odmówić udzielenia dostępu do dokumentu, o którego ujawnienie się do niej zwrócono, jest ona zasadniczo zobowiązana wyjaśnić, w jaki sposób dostęp do tego dokumentu mógłby stanowić konkretne i faktyczne naruszenie interesu chronionego wyjątkiem określonym w art. 4 rozporządzenia 1049/2001, na który instytucja się powołuje⁸.

⁵ Motyw 4 preambuły rozporządzenia oraz zob. wyrok TS z 1 lutego 2007 r. w sprawie C-266/05 *P Sison p. Radzie*, Zb. Orz. 2007, s. I-1233, pkt 61; wyrok TS z 18 grudnia 2007 r. C-64/05 *P Szwecja p. Komisji*, Zb. Orz. 2007, s. I-11389, pkt 53; C-39/05 i C-52/05 *Szwecja i Turco p. Radzie*, pkt 33; wyrok TS z 29.06.2010 w sprawie C-139/07 *P Komisja p. Technische Glaswerke Ilmenau*, Zb. Orz. 2010, s. I-5885, pkt 51.

⁶ C-64/05 *P Szwecja p. Komisji*, pkt 66; C-39/05 i C-52/05 *Szwecja i Turco p. Radzie*, pkt 36; wyrok TS z 21 lipca 2011 r. w sprawie C-506/08 *P Szwecja p. My Travel Group i Komisja*, niepublik., pkt 75.

⁷ C-266/05 *P Sison p. Radzie*, pkt 62; C-139/07 *P Komisja p. Technische Glaswerke Ilmenau*, pkt 51.

⁸ C-39/05 *P i C-52/05 P Szwecja i Turco p. Radzie*, pkt 49; C-139/07 *P Komisja p. Technische Glaswerke Ilmenau*, pkt 53; C-506/08 *P Szwecja p. My Travel Group i Komisja*, pkt 76.

Po pierwsze, instytucja, do której skierowano wniosek, ma obowiązek odmówić udostępnienia dokumentu, jeżeli ujawnienie go naruszyłoby: 1) ochronę interesu publicznego w odniesieniu do bezpieczeństwa publicznego, kwestii obronnych i wojskowych, stosunków międzynarodowych oraz finansowej, monetarnej czy ekonomicznej polityki Unii lub państwa członkowskiego; 2) ochronę prywatności i integralności osoby fizycznej, w szczególności w odniesieniu do ustawodawstwa Unii związanych z ochroną danych osobowych (art. 4 ust. 1 rozporządzenia 1049/2001).

Po drugie, w odniesieniu do innych interesów, których ochrona mogłaby uzasadniać odmowę udostępnienia dokumentów, rozporządzenie pozostawia instytucjom pewien margines uznania. Instytucja ma bowiem obowiązek odmówić dostępu do dokumentu, jeśli ujawnienie go naruszyłoby ochronę interesów handlowych osoby fizycznej lub prawnej, w tym własności intelektualnej; postępowania sądowego lub porady prawnej; celu kontroli, śledztwa lub audytu, chyba że za ujawnieniem przemawia interes publiczny (art. 4 ust. 2 rozporządzenia 1049/2001).

Odrębnie natomiast potraktowane zostały przypadki dotyczące ochrony procesu podejmowania decyzji. Zgodnie z art. 4 ust. 3 akapit 1 rozporządzenia 1049/2001 instytucja może odmówić udostępnienia dokumentu objętego wnioskiem, jeżeli jest to dokument sporządzony przez instytucję do celów wewnętrznych i odnosi się do spraw, w przypadku których decyzja nie została przez tę instytucję wydana, a jednocześnie ujawnienie takiego dokumentu poważnie naruszyłoby proces podejmowania decyzji przez tę instytucję. Za ujawnieniem tego dokumentu może mimo wszystko przemawiać interes publiczny. Ochroną objęte są również sytuacje związane z zasięganiem opinii prawnych. Zgodnie z art. 4 ust. 3 akapit 2 rozporządzenia 1049/2001 instytucja może odmówić udostępnienia dokumentu objętego wnioskiem, jeżeli jest to dokument zawierający opinie do wykorzystania wewnętrznego jako część rozważań i konsultacji wstępnych w obrębie rzeczonoj instytucji, nawet po podjęciu decyzji, a jednocześnie ujawnienie takiego dokumentu poważnie naruszyłoby proces podejmowania decyzji przez tę instytucję. Za ujawnieniem tego dokumentu może mimo wszystko przemawiać interes publiczny.

Po czwarte, szczególnie status mają dokumenty przekazane instytucjom przez państwa członkowskie. Rozporządzenie przewiduje bowiem, że państwo członkowskie, od którego pochodzi dokument, może zażądać od instytucji nieujawniania go bez jego uprzedniej zgody (art. 4 ust. 5 rozporządzenia 1049/2001). Interpretacja tego przepisu może w praktyce oznaczać stosowanie jeszcze jednego wyjątku ograniczającego prawo dostępu do dokumentów, chociaż – jak wskazuje poniższa analiza – Trybunał Sprawiedliwości stara się takiej sytuacji zapobiec.

Przytoczone powyżej przepisy rozporządzenia wyznaczają zakres dalszej analizy, która będzie obejmować kolejno: wyjątki o charakterze obligatoryjnym (w interesie publicznym i w interesie prywatnym), wyjątki o charakterze względnym, pozostawiające instytucjom pewien margines oceny (podyktowanej przeważającym interesem publicznym), wyjątki związane z ochroną procesu decyzyjnego oraz możliwość odmowy udostępnienia dokumentu pochodzącego od państwa członkowskiego, jeżeli państwo to nie wyrazi zgody. Należy już w tym miejscu podkreślić, że wszystkie te wyjątki są przez sądy unijne interpretowane w sposób autonomiczny, na podstawie rozporządzenia 1049/2001 oraz innych aktów prawa unijnego, które znajdują zastosowanie w konkretnych sytuacjach spornych.

2. Wyjątki o charakterze obligatoryjnym

2.1. Wyjątki w interesie publicznym

Zgodnie z art. 4 ust. 1 lit. a) rozporządzenia 1049/2001 instytucje mają obowiązek odmówić dostępu do dokumentu, jeżeli jego ujawnienie naruszyłoby ochronę interesu publicznego w odniesieniu do bezpieczeństwa publicznego, obrony i spraw wojskowych, stosunków międzynarodowych lub finansowej, pieniężnej lub gospodarczej polityki Wspólnoty lub państwa członkowskiego. Pojęcia użyte w tym przepisie będą podlegać każdorazowo interpretacji instytucji odmawiającej udostępnienia dokumentu z powołaniem na jedną z przesłanek w interesie publicznym.

W świetle dotychczasowego orzecznictwa sądów unijnych można zasadnie przyjąć, że instytucja może skutecznie powołać się na wyjątek związany z ochroną bezpieczeństwa publicznego w sytuacji, gdy udostępnienie dokumentów utrudniłoby prowadzone przez państwo członkowskie działania zapobiegające popełnianiu przestępstw⁹. Konieczność ochrony bezpieczeństwa publicznego może również uzasadniać odmowę udostępnienia dokumentów przygotowawczych dotyczących przyjęcia określonych środków na poziomie UE zmierzających do zapobiegania i zwalczania terroryzmu¹⁰. Instytucja może również powołać się skutecznie na ochronę polityki pieniężnej w celu odmowy udostępnienia dokumentów związanych z prowadzoną przez UE polityką walutową¹¹.

⁹ Wyrok SPI z 17.06.1998 r., T-174/95, *Svenska Journalistförbundet przeciwko Radzie Unii Europejskiej*, Zb. Orz. 1998, s. II-2289, pkt 121.

¹⁰ Wyrok SPI z 26.04.2005 r., T-110/03, T-150/03, T-405/03 *Sison*, Zb. Orz. 2005, s. II-1429, pkt 74–78, potwierdzone w wyroku TS C-266/05 *P Sison p. Radzie*, pkt 66.

¹¹ Wyrok SPI z 27.11.2007 r. w sprawach T-3/00 i T-337/04 *Pitsiorlas p. Radzie*,

W tym kontekście należy jednak zauważyć, że orzecznictwo sądów unijnych jest kazuistyczne i nie dostarcza wskazówek, które mogłyby w bardziej ogólny sposób wyznaczyć granice powoływania się na te wyjątki.

2.2. Wyjątki w interesie prywatnym

Wyjątkiem o charakterze obligatoryjnym w interesie prywatnym jest prywatność i integralność osoby fizycznej, w szczególności w odniesieniu do ustawodawstwa UE związanego z ochroną danych osobowych (art. 4 ust. 1 lit. b) rozporządzenia 1049/2001). Kwestia ochrony danych osobowych jest szczególnie interesująca z uwagi na zależność między interesem w udostępnianiu informacji a interesem ochrony danych osobowych w przypadkach, gdy dokumenty objęte obowiązkiem udostępnienia takie dane zawierają. W szczególności chodzi o dyrektywę 95/46 sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych¹² oraz rozporządzenie 45/2001 o ochronie osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez instytucje i organy wspólnotowe i o swobodnym przepływie takich danych¹³.

Zagadnienie wzajemnych relacji między tymi aktami prawnymi było przedmiotem analizy Sądu, a następnie Trybunału Sprawiedliwości w sporze między Komisją a przedsiębiorstwem Bavarian Lager, dotyczącym udostępnienia protokołu ze spotkania, jakie odbyło się w ramach postępowania w sprawie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego. W ramach tego sporu Komisja przekazała wnioskującemu protokół ze spotkania, w którym pięć nazwisk osób uczestniczących w nim zostało utajnione, z uzasadnieniem, że dwie osoby wyraźnie sprzeciwiły się ujawnieniu tożsamości, natomiast skontaktowanie się z pozostałymi było niemożliwe. W tym zakresie Komisja powołała się na art. 8 rozporządzenia 45/2001, zgodnie z którym dane osobowe mogą być przekazane jedynie odbiorcom podlegającym prawu krajowemu przyjętemu dla wykonania dyrektywy 95/46, jeżeli odbiorca wykaże konieczność przekazania danych i nie ma powodu zakładać, że uprawniony interes podmiotu danych może być naruszony. Zdaniem tej instytucji, ponieważ wnioskujący nie wykazał wyraźnego i usankcjonowanego przez przepisy prawa celu lub konieczności takiego ujawnienia, ustanowione w tymże art. 8 wymogi nie zostały spełnione, a w konsekwencji zastosowanie znalazł wyjątek wynikający z art. 4 ust. 1 lit. b) rozporządzenia 1049/2001.

Zb. Orz. 2007, s. II-4779, pkt 231.

¹² Dz. Urz. UE z 1995 r., L 281 s. 31, polskie wydanie specjalne rozdział 13, tom 15, s. 355.

¹³ Dz. Urz. UE z 2001 r., L 8, s. 1, polskie wydanie specjalne rozdział 13, tom 26, s. 102.

Wskutek wniesienia skargi przez Bavarian Lager przeciwko Komisji (T-309/97), Sąd dokonał analizy decyzji Komisji oddalającej wniosek o udostępnienie pełnych danych osobowych tych osób. Ustalając wzajemne zależności między rozporządzeniem 1049/2001 a rozporządzeniem 45/2001, Sąd wskazał, że dostęp do dokumentów zawierających dane osobowe wchodzi w zakres stosowania rozporządzenia 1049/2001 i zgodnie z art. 6 ust. 1 tego rozporządzenia wnioskodawca nie jest zobowiązany do podania uzasadnienia swego wniosku, a zatem do wykazywania jakiegokolwiek interesu w uzyskaniu dostępu do żądanych dokumentów. Zdaniem Sądu zatem wprowadzenie dodatkowego warunku wykazania przez wnioskodawcę konieczności przekazania danych byłoby sprzeczne z celem rozporządzenia 1049/2001, polegającym na zapewnieniu jak najszerszego publicznego dostępu do posiadanych przez instytucje dokumentów. W konsekwencji Sąd przyjął, że wyjątek przewidziany w art. 4 ust. 1 lit. b) rozporządzenia 1049/2001 powinien podlegać ścisłej wykładni i dotyczyć jedynie danych osobowych mogących w konkretny i rzeczywisty sposób naruszyć prawo do poszanowania prywatności i integralności osoby fizycznej, zaś badanie takich naruszeń powinno być przeprowadzane wyłącznie w świetle art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, bez konieczności uwzględniania art. 6 rozporządzenia 1049/2001¹⁴. W konsekwencji zdaniem Sądu Komisja naruszyła prawo, uznając, że Bavarian Lager nie wykazała żadnego wyraźnego i usankcjonowanego przez przepisy prawa celu ani konieczności uzyskania nazwisk wymienionych w spornym protokole.

Stanowiska Sądu nie podzielił jednak Trybunał w postępowaniu odwoławczym wszczętym na wniosek Komisji Europejskiej. Ustalając wzajemne relacje między dwoma rozporządzeniami, Trybunał przeanalizował cele tych aktów prawnych i ich postanowienia. Zwrócił uwagę, że jedyne powiązanie między tymi dwoma aktami zawarte jest w art. 4 ust. 1 lit. b) rozporządzenia 1049/2001, a jednocześnie w żadnym z tych aktów prawnych nie ma postanowienia, które wskazywałoby na pierwszeństwo jednego z rozporządzeń przed drugim. Zdaniem Trybunału, jeżeli wniosek sporządzony na podstawie rozporządzenia 1049/2001 ma na celu uzyskanie dostępu do danych osobowych, przepisy rozporządzenia 45/2001 znajdują w pełni zastosowanie, w tym również jego art. 8 i 18¹⁵. W konsekwencji, w ocenie Trybunału dokonana przez Sąd ograniczająca wykładnia art. 4 ust. 1 lit. b) rozporządzenia 1049/2001 nie odpowiada zamiarowi prawodawcy Unii, którym było stworzenie równowagi między dwoma analizowanymi rozporządzeniami.

¹⁴ Wyrok Sądu z 8.11.2007 r. w sprawie T-194/04 *Bavarian Lager p. Komisji*, Zb. Orz. 2007, s. II-4523, pkt 107-109.

¹⁵ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 29.06.2010 r. w sprawie C-28/08 *P Komisja Europejska p. Bavarian Lager*, Zb. Orz. 2010, s. I-6055, pkt 63.

Skoro Trybunał ustalił, że dla oceny wniosku złożonego w trybie rozporządzenia 1049/2001 zastosowanie ma – w zakresie, w jakim chodzi o ochronę danych osobowych – rozporządzenie 45/2001, w następnej kolejności analizował, czy Komisja mogła udzielić dostępu do protokołu zawierającego nazwiska uczestników spotkania, na podstawie rozporządzenia 1049/2001. Zdaniem TS, ponieważ Bavarian Lager nie przedstawiła żadnego wyraźnego i prawnie usankcjonowanego uzasadnienia ani żadnego przekonującego argumentu w celu wykazania konieczności przekazania danych osobowych, Komisja nie miała możliwości sprawdzenia, czy istniał jakikolwiek powód, by zakładać, że uprawnione interesy zainteresowanych podmiotów mogą zostać naruszone, jak wymaga tego art. 8 lit. b) rozporządzenia nr 45/2001. W konsekwencji – Komisja słusznie oddaliła wniosek o udostępnienie protokołu w całości, natomiast Sąd naruszył prawo, stwierdzając nieważność decyzji Komisji.

Stanowisko Trybunału Sprawiedliwości w tej sprawie uwzględnia wyraźne brzmienie art. 4 ust. 1 lit. b) *in fine* rozporządzenia 1049/2001, który odwołuje się do prawodawstwa wspólnotowego dotyczącego ochrony danych osobowych. Chociaż Trybunał Sprawiedliwości przyjął w tym przypadku zwężającą interpretację postanowień rozporządzenia 1049/2001, co prowadzi faktycznie do ograniczenia prawa dostępu do dokumentów, stanowisko to zasługuje na aprobatę. W tym przypadku bowiem, zgodnie zresztą z wyraźnym brzmieniem art. 4 ust. 1 lit. b) rozporządzenia 1049/2001 prawo dostępu do dokumentów musi ustąpić przed koniecznością ochrony danych osobowych zainteresowanych osób.

3. Wyjątki względne – wymagające wyważenia interesów

3.1. Reguły ogólne

Zgodnie z art. 4 ust. 2 rozporządzenia 2001/1049 instytucje odmawiają dostępu do dokumentu w przypadku, gdy ujawnienie go naruszyłoby ochronę interesów handlowych osoby fizycznej lub prawnej, w tym własności intelektualnej; postępowania sądowego lub opinii prawnej lub celu kontroli, dochodzenia lub audytu, chyba że za ujawnieniem przemawia nadrzędny interes publiczny. Zatem przepis ten wymaga od instytucji, do której skierowano wniosek, by dokonała wyważenia interesów między interesem uzasadniającym odmowę udostępnienia a interesem przemawiającym mimo wszystko za udostępnieniem. Z orzecznictwa TS wynika, że analiza ta powinna obejmować trzy etapy. Po pierwsze, instytucja musi się upewnić, że dokument, o którego udostępnienie chodzi, rzeczywiście mieści się w zakresie wyjątku, na który instytucja ma zamiar się powołać. Na przykład, zanim instytucja powoła się na wyjątek dotyczący ochrony

porad prawnych, musi upewnić się, że dokument ten rzeczywiście dotyczy tego wyjątku (innymi słowy wykluczone jest automatyczne powołanie się na poradę prawną tylko z tego powodu, że dokument objęty wnioskiem nosi tytuł „opinia prawna”). Po drugie, instytucja powinna zbadać, czy udostępnienie dokumentu naruszyłoby ochronę interesu uwzględnionego w art. 4 ust. 2 rozporządzenia 1049/2001, przy czym ryzyko to nie może być czysto hipotetyczne – lecz powinno ono dać się w rozsądny sposób przewidzieć. Po trzecie, jeżeli instytucja uzna, że ujawnienie dokumentu naruszy ochronę interesu chronionego na podstawie art. 4 ust. 2 rozporządzenia 1049/2001, powinna ona zbadać, czy nie istnieje przeważający interes publiczny, który uzasadniałby ujawnienie go, mimo wynikającego z tego zagrożenia dla interesu chronionego¹⁶.

W dotychczasowym orzecznictwie sądów unijnych najmniej wątpliwości wywoływał jak dotąd wyjątek związany z ochroną interesów handlowych. Instytucja może zasadnie powoływać się na ochronę interesów handlowych aby odmówić udostępnienia umowy zawartej między podmiotem prawa publicznego a przedsiębiorcą, ponieważ może zawierać poufne informacje dotyczące podmiotów zawierających taką umowę¹⁷. Ponadto wyjątkiem ochrony interesów handlowych są objęte dokumenty wymieniane między Komisją a przedsiębiorstwami w toku kontroli koncentracji przedsiębiorstw¹⁸. W znacznie szerszym zakresie sądy unijne analizowały możliwość odmowy udostępnienia dokumentów z powołaniem na konieczność ochrony postępowań sądowych oraz ochrony celu kontroli, śledztwa lub audytu.

3.2. Ochrona postępowania sądowego (art. 4 ust. 2 tiret drugie rozporządzenia 1049/2001)

Wyjątek związany z ochroną postępowania sądowego był przedmiotem analiz sądów unijnych w kontekście sporu między API (*Association de la presse internationale*) a Komisją dotyczącym udostępnienia jej pism procesowych, które instytucja ta złożyła Sądowi lub Trybunałowi w ramach postępowań sądowych dotyczących postępowań przeciwko przedsiębiorstwom działającym na rynku unijnym (z zakresu prawa konkurencji) oraz postępowań przeciwko państwom członkowskim o uchybienie zobowiązaniom wynikającym z prawa unijnego. Komisja, odmawiając dostępu do tych dokumentów, powołała się na wyjątek

¹⁶ Zob. C-39/05 P i C-52/05 P *Szwecja i Turco p. Radzie*, pkt 38–39.

¹⁷ Wyrok Sądu z 30 stycznia 2008 r. w sprawie T-380/04 *Ioannis Terezakis przeciwko Komisji Wspólnot Europejskich*, Zb. Orz. 2008, s. II–11, pkt 57.

¹⁸ Wyrok TS z 28 czerwca 2012 r. w sprawie C-477/10 P *Komisja p. Agrofert Holding a.s.*, niepublik., pkt 62; wyrok TS z 28 czerwca 2012 r. w sprawie C-404/10 P *Komisja p. Editions Odile Jacob SAS*, niepublik., pkt 121.

dotyczący ochrony postępowań sądowych, wynikający z art. 4 ust. 2 tiret drugie rozporządzenia 1049/2001.

Sąd, rozpatrując skargę API o stwierdzenie nieważności decyzji Komisji w sprawie T-36/04¹⁹, uwzględnił jej argumenty jedynie częściowo. Sąd przypominał, że zasadniczo instytucja ma obowiązek przeprowadzenia konkretnej i indywidualnej oceny treści dokumentów określonych we wniosku o udzielenie dostępu, przy czym ryzyko naruszenia interesu chronionego przez każdy z tych wyjątków nie może być hipotetyczny. Jednocześnie jednak w niektórych przypadkach badanie takie okaże się zbędne, tzn. wówczas, gdy ze względu na szczególne okoliczności jest oczywiste, że należy udzielić bądź odmówić dostępu. Zdaniem Sądu takim wyjątkiem objęte są dokumenty złożone w postępowaniach sądowych – są one w sposób oczywisty i w całości objęte wyjątkiem dotyczącym postępowań sądowych aż do chwili, gdy rozpatrywane postępowanie dojdzie do etapu rozprawy, a dopiero po rozprawie Komisja ma obowiązek przeprowadzenia z osobna konkretnej oceny każdego pisma procesowego, objętego wnioskiem o udostępnienie. Natomiast w odniesieniu do pism procesowych złożonych w postępowaniach, które już zostały zakończone, Sąd wskazał, że odmowa Komisji nie była uzasadniona. Zdaniem Sądu, treść pism procesowych została już podana do wiadomości publicznej w czasie rozprawy i w tekście samego wyroku. W efekcie Sąd stwierdził nieważność decyzji Komisji, w której odmówiła ona dostępu do pism procesowych w tych sprawach, które zostały już zakończone wyrokami.

Od wyroku Sądu odwołały się wszystkie podmioty uczestniczące w postępowaniu²⁰. Trybunał Sprawiedliwości, rozpatrując te odwołania łącznie, utrzymał w mocy wyrok Sądu, niemniej na uwagę zasługuje zastosowana przez niego argumentacja. W niektórych kwestiach przyjął bowiem stanowisko odmienne od tego prezentowanego przez Sąd (choć bez wpływu na ostateczne rozstrzygnięcie sprawy). W wyroku TS warto zwrócić uwagę przede wszystkim na interpretację wyjątku od prawa dostępu do dokumentów związanego z ochroną postępowań sądowych, w kontekście dwóch rodzajów pism procesowych: 1) złożonych w postępowaniu, które w chwili złożenia wniosku o udostępnienie jeszcze nie zostało zakończone orzeczeniem sądu unijnego; 2) złożonych w postępowaniu, które w chwili złożenia wniosku o udostępnienie zostało zakończone orzeczeniem sądowym, lecz – jak utrzymywała Komisja – zawierały argumenty podobne do zawartych w innych pismach procesowych złożonych w podobnych sprawach zawisłych przed Sądem.

¹⁹ Wyrok Sądu z 12.09.2007 w sprawie T-36/04 API p. Komisji, Zb. Orz. 2007, s. II-3201.

²⁰ C-514/07 P, C-528/07 P, C-532/07 P Szwecja p. API i Komisji.

W odniesieniu do pism procesowych złożonych w postępowaniach zawiśłych w chwili składania wniosku o udostępnienie, Trybunał przeprowadził ekstensywną analizę treści wyjątku związanego z ochroną postępowań sądowych, zawartego w art. 4 ust. 2 tiret drugie rozporządzenia 1049/2001. Z jednej strony przypomniał, że wyjątki od prawa dostępu do dokumentów powinny podlegać ścisłej wykładni i stosowaniu, przyznając jednocześnie, że dopuszczalne jest, by w tym względzie dana instytucja oparła się na ogólnych założeniach mających zastosowanie do niektórych kategorii dokumentów, ponieważ podobne względy natury ogólnej mogą mieć zastosowanie do wniosków o ujawnienie dotyczących dokumentów o tym samym charakterze. Z tego względu TS badał, czy względy natury ogólnej umożliwiały wyciągnięcie wniosku, że Komisja mogła powołać się na okoliczność, iż ujawnienie pism procesowych wpłynęłoby negatywnie na postępowanie sądowe i to bez konieczności przeprowadzania oceny każdego z dokumentów indywidualnie. Zdaniem TS, po pierwsze, pisma złożone przed Trybunałem w ramach postępowania sądowego mają szczególny charakter ze względu na to, iż z samej swej natury należą one bardziej do działalności orzeczniczej Trybunału niż do działalności administracyjnej Komisji, przy czym zresztą drugi z tych rodzajów działalności nie wymaga takiego samego zakresu dostępu do dokumentów co działalność ustawodawcza instytucji wspólnotowej. Pisma procesowe są bowiem sporządzane dla celów postępowania sądowego. Po drugie, działalność orzecznicza jako taka jest wyłączona z zakresu zastosowania prawa dostępu do dokumentów ustanowionego przez te uregulowania, co wynika z ogółu postanowień rozporządzenia 1049/2001 a także obecnego art. 15 TFUE. Na mocy tego przepisu Trybunał podlega obowiązkowi przejrzystości jedynie przy wykonywaniu swoich funkcji administracyjnych, natomiast wyłączenie Trybunału z grupy instytucji podlegających obowiązkowi przejrzystości jest uzasadnione właśnie ze względu na charakter działalności orzeczniczej, którą musi on wykonywać zgodnie z art. 19 TUE. W konsekwencji ograniczenia w stosowaniu zasady przejrzystości w odniesieniu do działalności orzeczniczej zmierzają do tego samego celu, polegającego na zapewnieniu, aby prawo dostępu do dokumentów instytucji było wykonywane bez szkody dla ochrony postępowań sądowych.

Dalej Trybunał odniósł się do podnoszonego przez Komisję zarzutu, że udostępnienie dokumentów naruszałoby zasadę równości broni w postępowaniu. Zdaniem Trybunału, ochrona postępowań skutkuje w szczególności zapewnieniem poszanowania zasad równości broni, jak i prawidłowego administrowania wymiarem sprawiedliwości. W odniesieniu do poszanowania zasady równości broni Trybunał uznał, że w przypadku gdy treść pism procesowych Komisji powinna stanowić przedmiot dyskusji publicznej, krytyka wysunięta

wobec nich, poza jej rzeczywistym znaczeniem prawnym, mogłaby wpływać na stanowisko bronione przez instytucję Unii, a ponadto mogłaby zmienić konieczną równowagę pomiędzy stronami sporu rozpatrywanego przez sąd – równowagę, która stanowi podstawę zasady równości broni – w zakresie, w jakim tylko instytucja, której dotyczy wnioski o dostęp do jej dokumentów, a nie – wszystkie strony postępowania, podlegałyby obowiązkowi ujawnienia.

Natomiast w odniesieniu do zapewnienia prawidłowego administrowania wymiarem sprawiedliwości TS uznał, że wyłączenie działalności orzeczniczej z zakresu stosowania prawa dostępu do dokumentów, bez dokonywania rozróżnienia pomiędzy różnymi etapami postępowania, jest uzasadnione w świetle konieczności zapewnienia w czasie całego postępowania sądowego tego, aby dyskusje między stronami, jak również narady danego sądu dotyczące toczącej się sprawy odbywały się w niczym niezakłócony sposób. Tymczasem ujawnienie tych pism procesowych doprowadziłoby w konsekwencji do umożliwienia wywierania, choćby było to tylko tak postrzegane przez odbiorców, zewnętrznych nacisków na działalność orzeczniczą i naruszałoby niezakłócony przebieg rozpraw przed sądem. W konsekwencji Trybunał orzekł, że należy uznać istnienie ogólnego domniemania, zgodnie z którym ujawnienie pism procesowych złożonych przez instytucję w ramach postępowania sądowego narusza ochronę tego postępowania zgodnie z art. 4 ust. 2 tiret drugie rozporządzenia 1049/2001 tak długo, jak rozpatrywane postępowanie jest zawieszone, bowiem ich udostępnienie nie uwzględniałoby szczególnych cech tej kategorii dokumentów i sprowadzałoby się do poddania zasadzie przejrzystości zasadniczej części postępowania sądowego. W konsekwencji wyłączenie Trybunału spod zasady przejrzystości zostałoby w znacznej części nieskuteczne. Chociaż TS jednocześnie zastrzega, że takie ogólne domniemanie nie wyklucza prawa zainteresowanego do wykazania, że dany dokument, o którego udostępnienie wnosi, nie wchodzi w zakres tego domniemania, ale w tej sprawie skarżące stowarzyszenie z tego prawa do obalenia domniemania nie skorzystało.

Dalszym efektem tej konkluzji było uznanie przez TS, że Sąd naruszył prawo, stwierdzając, że wobec braku jakiegokolwiek dowodu, który mógłby obalić omawiane domniemanie, Komisja miała po rozprawie obowiązek dokonania konkretnej oceny każdego żadanego dokumentu w celu sprawdzenia, czy, uwzględniając jego szczególną treść, jego ujawnienie naruszyłoby ochronę postępowania sądowego, którego dotyczy, chociaż jednocześnie TS zaznaczył, że to błędne ustalenie nie miało wpływu na rozstrzygnięcie Sądu – uchylenie tej części uzasadnienia zaskarżonego wyroku nie pociąga za sobą uchylenia jego sentencji.

Drugą kwestią podlegającą analizie TS w sprawie *Szwecja p. API i Komisji* była możliwość odmowy udostępnienia pism procesowych w sytuacji, gdy

postępowanie zostało już zakończone. W takich przypadkach nie można domniemywać, że ujawnienie pism procesowych narusza działalność sądowniczą Trybunału, a to z tego względu, iż ta działalność jest po zakończeniu postępowania zakończona, chociaż jednocześnie nie jest wykluczone, że ujawnienie pism procesowych dotyczących zakończonego postępowania sądowego, lecz związanego z innym jeszcze zawisłym postępowaniem, może wywoływać zagrożenie naruszenia tego postępowania, w szczególności wtedy, gdy jego strony nie są takie same jak strony zakończonego postępowania. W takiej sytuacji, w przypadku gdy Komisja użyła takich samych argumentów na poparcie swego stanowiska prawnego w ramach tych dwóch postępowań, ujawnienie jej argumentów w ramach zawisłego postępowania mogłoby bowiem zagrozić jego naruszeniem. Jednakże takie zagrożenie zależy od wielu czynników, w tym w szczególności od stopnia podobieństwa pomiędzy argumentami wysuniętymi w tych dwóch postępowaniach. W przypadku gdy pisma procesowe Komisji powtarzają się tylko częściowo, częściowe ujawnienie mogłoby wystarczyć do tego, aby uniknąć jakiegokolwiek zagrożenia naruszenia zawisłego postępowania. W efekcie, zdaniem TS, jedynie konkretne badanie dokumentów, o których udostępnienie wnioskowano, może umożliwić Komisji ustalenie, czy ich ujawnienia można odmówić zgodnie z art. 4 ust. 2 tiret drugie rozporządzenia 1049/2001. Zatem Sąd w zaskarżonym wyroku nie naruszył prawa, stwierdzając, że zagrożenia naruszenia interesu chronionego wymaganego przez ten przepis nie można domniemywać jedynie na podstawie istniejącego między rozpatrywanymi postępowaniami sądowymi związku.

W omawianej sprawie TS kontrolował również sposób, w jaki instytucja (a potem Sąd) dokonały wyważenia interesów: z jednej strony uzasadniającego odmowę udostępnienia dokumentów, a z drugiej – przemawiającego mimo wszystko za jego udostępnieniem. W pierwszej instancji Sąd, badając ważność decyzji Komisji odmawiającej udostępnienia dokumentów, wskazał, że rozporządzenie 1049/2001 nie definiuje pojęcia nadrzędnego interesu publicznego. Z tego względu do zainteresowanej instytucji należy wyważenie interesu publicznego, związanego z ujawnieniem dokumentów, z interesem, któremu przysłużyłoby się, odmawiając ujawnienia w świetle, w zależności od przypadku, argumentów przedstawionych w tej kwestii przez wnioskodawcę. Sąd uznał, że wolność prasy odgrywa istotną rolę w społeczeństwie demokratycznym. W istocie to do prasy należy przekazywanie informacji na temat wszystkich zagadnień będących przedmiotem ogólnego zainteresowania, również w zakresie sporządzania sprawozdań i komentarzy dotyczących postępowań sądowych, co przyczynia się do ich poznania i jest całkowicie zgodne z wymogiem jawności rozpraw. Sąd nie miał również wątpliwości, że prawo opinii publicznej do otrzymywania

informacji jest wyrazem zasady przejrzystości, którą wdrażają wszystkie przepisy rozporządzenia 1049/2001 i co wynika z drugiego motywu tego rozporządzenia, zgodnie z którym przejrzystość pozwala obywatelom na bliższe uczestnictwo w procesie podejmowania decyzji i gwarantuje, że administracja działa w sposób bardziej zgodny z prawem, jest bardziej skuteczna i odpowiedzialna względem obywateli i przyczynia się do umacniania zasad demokracji. Niemniej jednak, zdaniem Sądu, nadrzędny interes publiczny, określony w art. 4 ust. 2 *in fine* rozporządzenia 1049/2001, który może uzasadniać ujawnienie dokumentu naruszającego ochronę postępowań sądowych, musi w zasadzie różnić się od wspomnianych wyżej zasad, które są podstawą tego rozporządzenia. Jednakże fakt, że strona występująca z wnioskiem o udzielenie dostępu nie powołuje się, jak to ma miejsce w niniejszym przypadku, na żaden interes publiczny, inny od tych zasad, nie oznacza automatycznie, że wyważenie istniejących interesów nie jest konieczne. W istocie przywołanie tych samych zasad może, w świetle szczególnych okoliczności przypadku, być tak ostre, że wykracza poza potrzebę ochrony spornych dokumentów.

Trybunał Sprawiedliwości w postępowaniu odwoławczym podtrzymał stanowisko Sądu, oddalając zarzuty skarżących, jakoby Sąd nie dokonał wyważenia interesów, wymaganego przez art. 4 ust. 2 *in fine* rozporządzenia 1049/2001. Trybunał zaakceptował w szczególności stwierdzenie Sądu, że przywołanie zasady przejrzystości może w szczególnych przypadkach być tak ostre, że wykracza poza potrzebę ochrony spornych dokumentów. Jednocześnie TS stwierdził, że ogólne twierdzenia zgłaszane przez skarżące stowarzyszenie, mianowicie że „prawo opinii publicznej do informacji o ważnych kwestiach prawa wspólnotowego, takich jak kwestie dotyczące konkurencji, jak również o kwestiach o dużym znaczeniu politycznym, co dotyczy kwestii poruszonych w skardze o stwierdzenie uchybienia [zobowiązaniom państwa członkowskiego], przeważa nad ochroną postępowań sądowych”, nie pozwalają stwierdzić, iż zasada przejrzystości ujawnia się w danym przypadku ze szczególną ostrością, co mogłoby przeważać powody uzasadniające odmowę ujawnienia przedmiotowych dokumentów. A zatem Trybunał potwierdził, że interes powoływany przez API nie uzasadniał udostępnienia pism procesowych, o których ujawnienie wnioskowano, a w konsekwencji konkretne badanie treści tych dokumentów nie było konieczne.

Z przedstawionego rozstrzygnięcia Trybunału w sprawie *Szwecja p. API i Komisji* wynika zatem, że dokumenty składane w sądach unijnych w trakcie postępowań sądowych korzystają z ogólnego domniemania, iż instytucja może odmówić ich udostępnienia z uwagi na ochronę postępowania sądowego. Domniemanie to obejmuje jednak dokumenty składane w postępowaniu sądowym tak długo, jak postępowanie to się toczy. Istnienie tego domniemania powoduje,

że instytucja nie ma obowiązku analizy każdego dokumentu indywidualnie. Z tego domniemania nie korzystają pisma procesowe złożone w postępowaniu, które już zostało zakończone – w tych przypadkach instytucja musi dokonać analizy konkretnych dokumentów pod kątem powoływanego wyjątku związanego z ochroną postępowań sądowych.

3.3. Ochrona kontroli, śledztwa lub audytu (art. 4 ust. 2 tiret trzecie rozporządzenia 1049/2001

Wyjątek związany z ochroną kontroli śledztwa lub audytu ma szczególne znaczenie w kontekście uprawnień Komisji Europejskiej, która prowadzi postępowania w ramach kontroli przestrzegania przez przedsiębiorstwa reguł konkurencji, kontroli koncentracji przedsiębiorstw, przestrzegania przez państwa członkowskie prawa unijnego (postępowanie związane z uchybieniem zobowiązaniom państwa członkowskiego) oraz w szczególności – kontroli dopuszczalności pomocy państwa. W tym zakresie na szczególną uwagę zasługują rozważania sądów unijnych w sporze między Komisją a przedsiębiorstwem domagającym się udostępnienia dokumentów w ramach postępowania dotyczącego dopuszczalności pomocy państwa (Komisja p. TGI), w sporze między Komisją a przedsiębiorstwem domagającym się udostępnienia dokumentów, wytworzonych w ramach postępowania dotyczącego uprzedniej kontroli koncentracji przedsiębiorstw (Komisja p. Editions Odile Jacobs) oraz w ramach postępowania o uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego (Szwecja p. API i Komisji).

W sporze pomiędzy Komisją a Technische Glaswerke Ilmenau (TGI), dotyczącym dostępu do dokumentów postępowań kontrolnych w sprawie pomocy państwa, Komisja odmówiła udostępnienia dokumentów powołując się na konieczność ochrony celu kontroli i śledztwa. Wskutek skargi wniesionej przez TGI o stwierdzenie nieważności tej decyzji, Sąd w sprawie T-237/02 *TGI p. Komisji*²¹ stwierdził nieważność decyzji Komisji, odmawiającej dostępu do wnioskowanych dokumentów. Sąd wskazał, iż co prawda dokumenty objęte wnioskiem o udostępnienie mają rzeczywiście związek ze śledztwem w rozumieniu art. 4 ust. 2 tiret trzecie rozporządzenia 1049/2001, ale jednocześnie sama ta okoliczność, iż dokument dotyczy interesu chronionego przez jeden z wyjątków, nie jest wystarczająca do uzasadnienia stosowania danego wyjątku. Zdaniem Sądu zastosowanie jednego z wyjątków wskazanych w art. 4 rozporządzenia jest możliwe tylko wtedy, gdy instytucja ustaliła, że udzielenie dostępu do dokumentu stanowiłoby rzeczywiste i konkretne zagrożenie dla chronionego interesu oraz,

²¹ Wyrok Sądu z 14 grudnia 2006 r. w sprawie C-237/02 *TGI p. Komisji Europejskiej*, Zb. Orz. 2006, s. II-5131.

że nie istnieje żaden nadrzędny interes publiczny uzasadniający mimo wszystko ujawnienie danego dokumentu. Sąd wskazał ponadto, że każdy z dokumentów objętych wnioskiem winien być przedmiotem konkretnej analizy, przyznając jednocześnie, że analiza tego typu może nie być konieczna, gdy ze względu na szczególne okoliczności danej sprawy jest oczywiste, że należy odmówić dostępu bądź przeciwnie – dostępu udzielić. Z taką sytuacją, zdaniem Sądu, można mieć do czynienia wówczas, gdy dokumenty albo są oczywiście objęte w całości wyjątkiem od prawa dostępu, albo przeciwnie, są oczywiście dostępne w całości, albo też stanowiły już uprzednio, w podobnych okolicznościach, przedmiot konkretnej oceny każdego z nich przez Komisję. Natomiast tak ogólna ocena mająca zastosowanie do wszystkich akt administracyjnych postępowań kontrolnych w sprawie pomocy państwa nie wykazuje istnienia szczególnych okoliczności danego przypadku, które pozwalałyby uznać, że nie było konieczności przeprowadzania konkretnej analizy każdego z dokumentów, które wchodziły w skład tych akt.

W odniesieniu do kwestii indywidualnego badania każdego dokumentu objętego wnioskiem o udostępnienie całkowicie odmienne stanowisko zajął Trybunał Sprawiedliwości, rozpatrując sprawę z odwołania Komisji²². TS w sprawie *Komisja p. TGI* przypominał o spoczywającym na instytucji obowiązku uzasadnienia, w jaki sposób dostęp do dokumentu mógłby stanowić konkretne i faktyczne naruszenie interesu chronionego wyjątkiem przewidzianym w art. 4 rozporządzenia 1049/2001, dopuszczając jednocześnie możliwość powołania się przez instytucję na „ogólne założenia mające zastosowanie do niektórych kategorii dokumentów” z uwagi na okoliczność, że podobne względy natury ogólnej mogą mieć zastosowanie do wniosków o ujawnienie odnośnych dokumentów o tym samym charakterze²³. Zdaniem Trybunału tego rodzaju ogólne domniemanie dotyczące postępowań kontrolnych w sprawie pomocy państwa może wynikać z rozporządzenia 659/1999²⁴, jak również z orzecznictwa w przedmiocie prawa dostępu do dokumentów z akt postępowań administracyjnych prowadzonych przez Komisję. Tymczasem rozporządzenie 659/1999, zwłaszcza jego art. 20, nie przyznaje zainteresowanym w toku postępowania prowadzonego na podstawie art. 108 TFUE (d. art. 88 ust. 2 TWE) żadnego prawa dostępu do dokumentów z akt postępowań administracyjnych. Zdaniem Trybunału, zainteresowani,

²² C-139/07 P *Komisja p. Technische Glaswerke Ilmenau*.

²³ *Komisja p. TGI*, pkt 53–54; podobnie C-39/05 i C-52/05 *Szwecja i Turco p. Radzie*, pkt 50 – omawiany poniżej.

²⁴ Rozporządzenie Rady ustanawiające szczegółowe zasady stosowania art. 93 Traktatu WE, Dz. Urz. UE z 1999, L 83, s. 1, polskie wydanie specjalne rozdział 8, t. 1, s. 339.

z wyjątkiem państwa członkowskiego, które przyznało pomoc, nie dysponują w ramach postępowań kontrolnych w sprawie pomocy państwa prawem wglądu do dokumentów zgromadzonych w aktach postępowań administracyjnych Komisji. Okoliczność ta musi być uwzględniona przy interpretacji art. 4 ust. 2 tiret trzecie rozporządzenia 1049/2001, w przeciwnym razie gdyby bowiem wspomniani zainteresowani mogli uzyskać na podstawie rozporządzenia 1049/2001 dostęp do dokumentów zgromadzonych w aktach postępowań administracyjnych Komisji, system kontroli pomocy państwa zostałby podważony. Po dokonaniu analizy celów obu rozporządzeń, tj. rozporządzenia 659/1999 oraz rozporządzenia 1049/2001, Trybunał doszedł do wniosku, że w celu dokonania wykładni wyjątków przewidzianych w art. 4 ust. 2 tiret trzecie rozporządzenia 1049/2001 Sąd w zaskarżonym wyroku winien był wziąć pod uwagę okoliczność, iż zainteresowani inni niż państwa członkowskie uczestniczące w postępowaniach kontrolnych w sprawie pomocy państwa nie dysponują prawem wglądu do dokumentów postępowań administracyjnych Komisji, a w związku z tym winien był uwzględnić ogólne domniemanie, zgodnie z którym ujawnienie dokumentów akt administracyjnych może stwarzać zagrożenie dla ochrony celów śledztwa. Jednocześnie TS zastrzegł, że to ogólne domniemanie nie wyklucza prawa zainteresowanych do wykazania, że dokument, o którego ujawnienie wnoszą, nie wchodzi w zakres tego domniemania lub że nadrzędny interes publiczny uzasadnia ujawnienie danego dokumentu zgodnie z art. 4 ust. 2 rozporządzenia.

Do podobnych wniosków doszedł Trybunał Sprawiedliwości w sprawie C-404/10 P *Komisja p. Editions Odile Jacobs*²⁵, w której dokonał kontroli wyroku Sądu dotyczącego decyzji Komisji Europejskiej odmawiającej udostępnienia dokumentów związanych z postępowaniem kontroli koncentracji przedsiębiorstw na podstawie ówczesnego rozporządzenia 4064/89²⁶. TS podtrzymał w tej sprawie stanowisko wyrażone w wyroku w sprawie *Komisja p. TGI*, iż aby uzasadnić odmowę udzielenia dostępu do dokumentu, nie wystarczy co do zasady powołać się na okoliczność, że dokument ten ma związek z czynnościami lub z interesem wymienionymi w art. 4 ust. 2 rozporządzenia 1049/2001, ponieważ instytucja powinna również wyjaśnić, w jaki sposób dostęp do tego dokumentu mógłby stanowić konkretne i faktyczne zagrożenie dla interesu chronionego wyjątkiem

²⁵ Wyrok z 28 czerwca 2012 r., niepublik., tezy zawarte w tym wyroku TS powtórzył również w wyroku z tego samego dnia, 28 czerwca 2012 r. w sprawie C-477/10 P *Komisja p. Agrofert Holding Polski Koncern Naftowy Orlen*, niepublik.

²⁶ Rozporządzenie Rady 4064/1989 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw, Dz. Urz. UE 1989, L 395, s. 1, polskie wydanie specjalne rozdział 8, t. 1, s. 31, obecnie zastąpione rozporządzeniem 139/2004 w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw (rozporządzenie WE w sprawie kontroli łączenia przedsiębiorstw), Dz. Urz. UE 2004, L 24, s. 1, polskie wydanie specjalne rozdział 8, t. 3, s. 40.

przewidzianym w tym przepisie. Niemniej jednak zasadniczo jest dopuszczalne, by instytucja oparła się w tym względzie na ogólnych założeniach mających zastosowanie do niektórych kategorii dokumentów, ponieważ podobne względy natury ogólnej mogą mieć zastosowanie do wniosków o ujawnienie dotyczących dokumentów o tym samym charakterze. Podobnie jak w przypadku postępowań z zakresu pomocy państwa prowadzonych na podstawie rozporządzenia 659/1999, również w przypadku postępowań kontrolnych z zakresu koncentracji przedsiębiorstw prowadzonych na podstawie rozporządzenia 4069/89 (ob. rozporządzenia 139/2004), instytucja może oprzeć się na ogólnych założeniach mających zastosowanie w tych postępowaniach, ze względu na to, że w przepisach, które regulują to postępowanie, przewidziano także rygorystyczne zasady w zakresie przetwarzania informacji otrzymanych lub ustalonych w ramach takiego postępowania. Zdaniem TS, prawo wglądu do akt postępowań administracyjnych w ramach postępowania w sprawie kontroli koncentracji przedsiębiorstw oraz prawo dostępu do dokumentów wynikające z rozporządzenia 1049/2001 różnią się z prawnego punktu widzenia, co jednak nie zmienia faktu, zdaniem TS, że prowadzą do sytuacji porównywalnej pod względem funkcjonalnym. Niezależnie bowiem od podstawy prawnej pozwala ono zainteresowanym na zapoznanie się z uwagami i dokumentami przedstawionymi Komisji. W konsekwencji, jak argumentował TS, dostęp do dokumentów przygotowanych w ramach kontroli koncentracji między Komisją a przedsiębiorstwami, mógłby naruszyć zamierzoną przez prawodawcę Unii w rozporządzeniu w sprawie koncentracji równowagę między obowiązkiem przedsiębiorców przekazania komisji mających znaczenie informacji handlowych a gwarancją zaostrożonej ochrony obejmującą ze względu na tajemnicę zawodową i tajemnicę handlową informacje przekazane w ten sposób Komisji.

Zatem dokonując wykładni wyjątku związanego z ochroną dochodzeń i kontroli, należy uwzględnić ogólne domniemanie, zgodnie z którym udostępnienie dokumentów wymienianych między Komisją a kontrolowanymi przedsiębiorstwami w postępowaniu w sprawie kontroli koncentracji stwarza zagrożenie zarówno dla ochrony celów dochodzenia, jak również dla interesów handlowych przedsiębiorstw uczestniczących w postępowaniu. Nie ma wówczas znaczenia, czy wniosek o udostępnienie został złożony w trakcie postępowania, czy już po jego zakończeniu. Zdaniem TS publikacja mających szczególne znaczenie informacji dotyczących działalności gospodarczej uczestniczących w nim przedsiębiorstw może naruszyć ich interesy handlowe, niezależnie od toczącego się postępowania kontrolnego. Perspektywa takiej publikacji po zakończeniu postępowania kontrolnego mogłaby zaszkodzić gotowości przedsiębiorstw do współpracy, jeżeli postępowanie jest w toku.

Wyjątek związany z ochroną kontroli i śledztwa został powołany przez Komisję również w celu odmowy udostępnienia dokumentów złożonych przez Komisję przed TS w postępowaniu o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego (art. 258 TFUE), w sytuacji, gdy postępowanie zostało już zakończone. W sprawie tej Komisja argumentowała, że po wydaniu wyroku w postępowaniu z art. 258 TFUE może być prowadzone dalsze postępowanie w przedmiocie jego wykonania, które może prowadzić nie tylko do nowego postępowania w trybie 260 TFUE, lecz również do wymiany pism między Komisją a państwem członkowskim, któremu nakazano zastosowanie się do prawa unijnego. Analizując możliwość powołania się na ochronę kontroli lub śledztwa w celu odmowy udostępnienia takich dokumentów. Trybunał uwypuklił różne cele procedury z art. 258 i 260 TFUE. Celem tej pierwszej, procedury o stwierdzenie uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, jest stwierdzenie zachowania państwa członkowskiego naruszającego prawo Unii i spowodowanie zaprzestania takiego działania przez to państwo. Celem procedury z art. 260 TFUE jest natomiast jedynie nakłonienie państwa członkowskiego, które tego nie uczyniło, do wykonania wyroku stwierdzającego uchybienie. W konsekwencji, gdy Trybunał w wyroku wydanym na podstawie art. 258 TFUE stwierdził, iż dane państwo członkowskie uchybiło ciążącym na nim zobowiązaniom, dalsze negocjacje pomiędzy tym państwem członkowskim a Komisją nie będą miały za przedmiot istnienia uchybienia zobowiązaniom państwa członkowskiego, które właśnie już zostało stwierdzone przez Trybunał, lecz będą one miały za przedmiot kwestię, czy zostały spełnione przesłanki wniesienia przez Komisję skargi na podstawie art. 260 TFUE. Z tego względu Trybunał uznał, że nie można domniemywać, iż ujawnienie pism złożonych w ramach postępowania, które doprowadziło do wydania wyroku na podstawie art. 258 TFUE, przynosi uszczerbek czynnościom śledczym, które mogą doprowadzić do wszczęcia postępowania na podstawie art. 260 TFUE²⁷.

3.4. Ochrona porad prawnych (art. 4 ust. 2 tiret drugie *in fine*)

Zagadnienie ochrony porad prawnych było przedmiotem interpretacji Sądu w sprawie T-84/03 *Turco p. Radzie*²⁸, w której skarżący złożył skargę o stwierdzenie nieważności decyzji Rady odmawiającej udzielenia dostępu do opinii Służby Prawnej Rady dotyczącej projektu dyrektywy ustanawiającej

²⁷ Wyrok w sprawach połączonych C-514/07 P, C-528/07 P i C-532/07 P *Szwecja p. API i Komisji*.

²⁸ Wyrok Sądu z 23 listopada 2004 r. w sprawie T-84/03 *Turco p. Radzie*, Zb. Orz. 2004, s. II-4061.

minimalne normy dotyczące przyjmowania osób ubiegających się o azyl w państwach członkowskich. Sąd, rozpatrując skargę, przychylił się do argumentacji Rady prezentowanej w postępowaniu, stwierdzając, że ujawnienie przedmiotowej opinii prawnej prowadziłoby do upublicznienia wewnętrznych dyskusji Rady na temat kompetencji Wspólnoty w dziedzinie dostępu obywateli państw trzecich do rynku pracy i, w szerszym kontekście, na temat legalności tego aktu prawnego. Ujawnienie tego rodzaju opinii, uwzględniając szczególny rodzaj tego dokumentu, mogłoby więc pociągnąć za sobą wątpliwość co do legalności danego aktu prawnego. Zaakceptował ponadto stanowisko Rady, że niezależny charakter opinii prawnych jej Służby Prawnej, które są sporządzane na wniosek innych służb tej instytucji lub co najmniej są dla nich przeznaczone, stanowi interes godny ochrony. Pod tym względem skarżący nie wykazał, w jakim zakresie w okolicznościach niniejszego przypadku ujawnienie przedmiotowej opinii przyczyniłoby się do ochrony Służby Prawnej Rady przed niezgodnymi z prawem naciskami zewnętrznymi. Natomiast w odniesieniu do interpretacji pojęcia „przeważającego interesu publicznego”, który mógłby uzasadnić mimo wszystko ujawnienie dokumentu, Sąd wskazał, że interes ten musi odróżniać się od zasad, na których opiera się rozporządzenie 1049/2001, czyli zasad otwartości, demokracji i bliższego uczestnictwa obywateli w procesie decyzyjnym. Jak argumentował Sąd, w przeciwnym razie wnioskodawca zobowiązany byłby do wykazania, co najmniej, że ze względu na szczególne okoliczności tego konkretnego przypadku przywołanie tych zasad jest tak ważne, że przewyższa ono ochronę spornego dokumentu, dodając, że to do skarżącego należy powołanie się we wniosku o udostępnienie dokumentu na istnienie takiego przeważającego interesu publicznego, aby skłonić instytucję do wypowiedzenia się w tej kwestii.

W tym miejscu należy uznać stanowisko Sądu w sprawie *Turco* za trudne do zaakceptowania, przede wszystkim z uwagi na przyjętą szeroką interpretację wyjątku związanego z ochroną porady prawnej. Sąd bowiem zaakceptował argumenty Rady, że ochrona porady prawnej obejmowała takie sytuacje, gdy mogą powstać wątpliwości co do legalności danego aktu prawnego. Wydaje się, że takie podejście jest oczywiście sprzeczne z zasadą otwartości wyrażoną w art. 1 akapit 2 TUE oraz obecnie w art. 15 ust. 1 TFUE, która wymaga podejmowania decyzji jawnie względem obywateli. Tym bardziej więc opinia publiczna powinna mieć możliwość zapoznania się z takimi opiniami prawnymi, z których wynika ewentualna niezgodność projektowanego lub przyjętego aktu prawnego z prawem UE. Z tego względu z aprobatą należy przyjąć rozstrzygnięcie Trybunału Sprawiedliwości w wyroku wydanym w trybie odwołania w sprawach połączonych *Szwecja*

*i Turco p. Radzie*²⁹. Definiując wyjątek związany z ochroną porady prawnej, TS wskazał, że ma on na celu ochronę interesu instytucji leżącego w tym, by zwracać się o poradę i uzyskiwać w odpowiedzi szczere, obiektywne i wyczerpujące opinie, przy czym, aby można było się na ten wyjątek powołać, ryzyko naruszenia interesu instytucji nie może być jedynie hipotetyczne, lecz w rozsądny sposób możliwe do przewidzenia. Analizując natomiast przeważający interes publiczny, który mógłby przemawiać za udostępnieniem dokumentu, TS wskazał, że instytucja ma za zadanie wyważenie konkretnego interesu, który powinien być chroniony poprzez brak ujawnienia danego dokumentu i, w szczególności, ogólnego interesu, by dokument ten został udostępniony, biorąc pod uwagę korzyści płynące, jak głosi motyw 2 rozporządzenia 1049/2001, ze wzmożonej przejrzystości, czyli większego uczestnictwa obywateli w procesie podejmowania decyzji, a także większej legitymizacji, skuteczności i odpowiedzialności administracji względem obywateli w systemie demokratycznym. Zatem Trybunał, odmienne niż Sąd, uznał, że względy wzmożonej przejrzystości są szczególnie istotne wówczas, gdy instytucja (Rada) działa jako organ prawodawczy. Przejrzystość w kwestiach procedur prawodawczych, zdaniem TS, przyczynia się do umocnienia demokracji, gdyż umożliwia obywatelom skontrolowanie wszelkich informacji, które legły u podstaw aktu prawnego. Umożliwienie obywatelom poznania podstaw działań legislacyjnych jest bowiem warunkiem skutecznego korzystania przez nich z demokratycznych uprawnień.

Odnosząc się do rozstrzygnięcia Sądu, Trybunał uznał, że Sąd niesłusznie przyjął istnienie ogólnej potrzeby objęcia poufnością opinii Służby Prawnej Rady dotyczących zagadnień legislacyjnych. Zdaniem Trybunału, jeśli chodzi o wyrażane przez Radę obawy, iż ujawnienie opinii jej Służby Prawnej dotyczącej projektu aktu prawnego może wzbudzić wątpliwości co do zgodności z prawem tego aktu prawnego, należy stwierdzić, że to właśnie przejrzystość w tym względzie, pozwalająca na to, by rozbieżności między różnymi punktami widzenia były poddane otwartej debacie, przyczynia się do tego, by przydać większej legitymizacji w oczach europejskich obywateli i zdobyć ich większe zaufanie. W rzeczywistości to raczej brak informacji i debaty może wzbudzić u obywateli wątpliwości, nie tylko co do zgodności z prawem pojedynczego aktu, lecz co do legitymizacji procedury legislacyjnej w całości. Co więcej, ryzyko pojawienia się u obywateli europejskich wątpliwości w zakresie zgodności z prawem aktu prawnego przyjętego przez wspólnotowego ustawodawcę ze względu na to, że Służba Prawna Rady wydała niekorzystną opinię w odniesieniu do tego aktu prawnego, nie urzeczywistniłoby się najczęściej, gdyby podano lepsze uzasadnienie aktu

²⁹ C-39/05 i C-52/05 *Szwecja i Turco p. Radzie*.

prawnego, wskazując powody, dla których nie postąpiono zgodnie z taką niekorzystną opinią. W konsekwencji Trybunał uznał, że ogólne i abstrakcyjne powoływanie się na ryzyko powstania wątpliwości co do zgodności z prawem aktów prawnych nie jest wystarczające, aby uzasadnić powołanie się Rady na ochronę porady prawnej w rozumieniu art. 4 ust. 2 tiret drugie *in fine* rozporządzenia 1049/2001.

Również zaakceptowany przez Sąd argument Rady, jakoby udostępnienie opinii Służby Prawnej mogło narazić jej niezależność, nie zyskał aprobaty Trybunału. TS wskazał, że właśnie obawa naruszenia niezależności Służby Prawnej leży w samym centrum interesów chronionych wyjątkiem związanym z ochroną porad prawnych. Niemniej jednak, zdaniem Trybunału, Rada oparła się w tym względzie na zwykłych twierdzeniach, niepopartych uzasadnionymi argumentami. Tymczasem brakuje argumentów, pozwalających uznać istnienie prawdziwego ryzyka, dającego się w rozsądny sposób przewidzieć, a nie czysto hipotetycznego naruszenia tego interesu.

Swoje stanowisko w odniesieniu do możliwości odmowy udostępnienia dokumentów z powołaniem się na ochronę opinii prawnych, Trybunał potwierdził w sprawie C-506/08 P *Szwecja p. My Travel Group i Komisji*³⁰, w której rozstrzygał spór dotyczący decyzji komisji odmawiającej udostępnienia opinii przygotowanych przez Służbę Prawną Komisji. Podobnie jak w sprawie *Szwecja i Turco p. Radzie*, tak i w tej sprawie TS uznał, że właśnie przejrzystość procesu podejmowania decyzji, pozwalająca na to, by rozbieżności między różnymi punktami widzenia były poddane otwartej debacie, przyczynia się do większej legitymizacji instytucji w oczach obywateli Unii i do zwiększenia ich zaufania. Tymczasem ryzyko pojawienia się u obywateli Unii wątpliwości w zakresie zgodności z prawem aktu prawnego przyjętego przez instytucję, ponieważ służba prawna tej instytucji wydała niekorzystną opinię w przedmiocie tego aktu prawnego, najczęściej nie urzeczywistniłoby się, gdyby sporządzano lepsze uzasadnienie aktu prawnego, wskazując powody, dla których nie postąpiono zgodnie z taką niekorzystną opinią.

Szczególnie istotne w przypadku wyjątku związanego z ochroną porady prawnej jest sposób, w jaki Trybunał wymaga od instytucji wyważania interesów: z jednej strony, przemawiającego za odmową udostępnienia, a z drugiej – przemawiającego za udostępnieniem. W sprawie *Szwecja i Turco p. Radzie* Trybunał wskazał, że w tym przypadku interes ten polega na tym, że ujawnienie dokumentów zawierających opinię Służby Prawnej którejs z instytucji w przedmiocie

³⁰ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 21 lipca 2011 r. w sprawie C-506/08 P, niepublik.

kwestii prawnych powstałych w toku debaty nad pracami legislacyjnymi może zwiększyć przejrzystość i otwartość procesu legislacyjnego oraz wzmocnić demokratyczne uprawnienia obywateli europejskich do kontrolowania informacji, które legły u podstaw aktu prawnego, o których mowa w szczególności w motywach 2 i 6 rozporządzenia. Zdaniem Trybunału rozporządzenie 1049/2001 zasadniczo nakłada obowiązek ujawniania opinii Służby Prawnej Rady dotyczących procesu legislacyjnego, co jednak nie wyklucza możliwości odmowy ujawnienia dokumentu, ale instytucja ma obowiązek taką odmowę szczegółowo uzasadnić.

Z wyroku tego wynika, że dokumenty wytwarzane w procedurach legislacyjnych generalnie powinny podlegać udostępnianiu. Potwierdza to zresztą art. 12 ust. 2 rozporządzenia wymagający publikacji, a także sam TFUE w art. 15.

4. Ochrona procesu decyzyjnego (art. 4 ust. 3 rozporządzenia 1049/2001)

Oprócz omówionych wyżej wyjątków, rozporządzenie 1049/2001 wymaga ponadto od instytucji rozpatrujących wnioski o udostępnienie dokumentów wyważenia interesów również w przypadkach, gdy dotyczą one dokumentów sporządzonych na użytek wewnętrzny. Art. 4 ust. 3 rozporządzenia 1049/2001 różnicuje obowiązki instytucji w zależności od tego, czy proces decyzyjny trwa, czy też już został zakończony podjęciem decyzji. W przypadku, gdy proces decyzyjny jest w toku, instytucja odmawia udostępnienia dokumentu, jeżeli jego ujawnienie poważnie naruszyłoby proces podejmowania decyzji, chyba że za ujawnieniem przemawia nadrzędny interes publiczny. Natomiast po zakończeniu procesu decyzyjnego podjęciem decyzji, dokumentu zawierającego opinie na użytek wewnętrzny jako część obrad i wstępnych konsultacji w ramach zainteresowanej instytucji nie udostępniania się, jeśli ujawnienie takiego dokumentu poważnie naruszyłoby proces podejmowania decyzji przez tę instytucję, chyba że za ujawnieniem przemawia interes publiczny.

Interpretacja tego przepisu była przedmiotem sporu pomiędzy przedsiębiorstwem MyTravel a Komisją, dotyczącym częściowego oddalenia wniosku MyTravel o udostępnienie dokumentów przygotowawczych Komisji z dziedziny kontroli koncentracji. Najpierw Komisja uznała za niezgodną koncentrację w wyniku której brytyjskie przedsiębiorstwo Airtours zostało przekształcone w biuro MyTravel (postępowanie zostało wszczęte na wniosek konkurenta Airtours – przedsiębiorstwa First Choice). Decyzja Komisji została uznana za nieważną przez Sąd w sprawie T-342/99 Airtours p. Komisji. W wyniku tego

wyroku Komisja utworzyła grupę roboczą w celu zbadania celowości złożenia odwołania od tego wyroku do Trybunału Sprawiedliwości, a także – rozważenia konsekwencji tego wyroku dla procedur oceny kontroli koncentracji. W 2005 r. MyTravel wniosła o udostępnienie dokumentów związanych z przygotowaniem sprawozdania tej grupy roboczej, na podstawie rozporządzenia 1049/2001. Komisja odmówiła udostępnienia dokumentów, powołując się m.in. na art. 4 ust. 3 rozporządzenia 1049/2001, czyli na wyjątek dotyczący ochrony procesu decyzyjnego³¹. Przedmiotem postępowania przed Sądem w sprawie *My Travel p. Komisji*³² była kontrola dwóch decyzji Komisji, na podstawie których instytucja ta odmówiła udostępnienia: 1) sprawozdania grupy roboczej i dokumentów związanych z jej przygotowaniem; 2) dokumentów znajdujących się w aktach dotyczących rozpatrywanej koncentracji, na których opierało się sprawozdanie lub na które sprawozdanie się powoływało. Rozróżnienie to miało znaczenie w omawianej sprawie z uwagi na fakt, że art. 4 ust. 3 rozporządzenia 1049/2001 rozróżnia dwie kategorie dokumentów i dwie kategorie procesu decyzyjnego – w toku oraz zakończonego. Sąd, rozpatrując w pierwszej instancji skargę MyTravel, nie dopatrzył się błędu Komisji w ocenie, że ujawnienie przedmiotowych dokumentów poważnie naruszyłoby proces podejmowania przez nią decyzji oraz iż nie ma takiego nadrzędnego interesu publicznego, który mógłby uzasadnić ich ujawnienie pomimo zaistnienia wspomnianego naruszenia. Stanowiska tego nie podtrzymał Trybunał.

Trybunał Sprawiedliwości, rozstrzygając w instancji odwoławczej sprawę *Szwecja p. MyTravel i Komisji*, zauważył w pierwszej kolejności, że art. 4 ust. 3 rozporządzenia 1049/2001 wprowadza wyraźne rozróżnienie opierające się na kryterium, czy postępowanie zostało już zakończone, czy też nie. Tak więc z jednej strony, zgodnie z akapitem pierwszym tego przepisu, zakresem stosowania wyjątku dotyczącego ochrony procesu podejmowania decyzji objęte są dokumenty sporządzone przez instytucję na użytek wewnętrzny lub otrzymane przez instytucję, które odnoszą się do spraw, w przypadku których decyzja nie została jeszcze podjęta przez instytucję; z drugiej strony, akapit drugi tego przepisu stanowi, że po podjęciu decyzji wspomniany wyjątek obejmuje jedynie dokumenty zawierające opinie na użytek wewnętrzny jako część obrad i wstępnych konsultacji w ramach zainteresowanej instytucji. Zatem art. 4 ust. 3 rozporządzenia 1049/2001 zezwala na odmowę dostępu nawet po podjęciu decyzji, jeżeli ich ujawnienie poważnie naruszyłoby proces podejmowania decyzji przez instytu-

³¹ Ponadto powołane zostały wyjątki związane z postępowaniem sądowym i ochroną śledztw, o czym była już mowa wyżej.

³² Wyrok Sądu z 9 września 2008 r. w sprawie T-403/05 *MyTravel p. Komisji*, Zb. Orz. 2008, s. II-2027.

cję, jedynie w przypadku części dokumentów na użytek wewnętrzny – tzn. tych zawierających opinie na użytek wewnętrzny jako części obrad i wstępnych konsultacji w ramach zainteresowanej instytucji.

Zatem, zdaniem TS, prawodawca Unii uznał, iż po podjęciu decyzji wymogi dotyczące ochrony procesu decyzyjnego są mniej restrykcyjne i w efekcie ujawnienie dokumentu, który nie został wymieniony w art. 4 ust. 3 akapit drugi rozporządzenia 1049/2001, nie może w żadnym wypadku naruszyć tego procesu, a odmowa ujawnienia takiego dokumentu nie jest dopuszczalna, nawet jeśli jego ujawnienie poważnie naruszałoby wspomniany proces, gdyby nastąpiło przed wydaniem rzeczowej decyzji. W związku z tym TS zasadniczo zaakceptował stanowisko Sądu, że okoliczność, iż decyzja została podjęta, nie ma żadnego wpływu na samą możliwość powołania się na rozpatrywany wyjątek w celu odmowy dostępu do dokumentów zawierających opinie na użytek wewnętrzny jako część obrad i wstępnych konsultacji w ramach zainteresowanej instytucji. Jednocześnie jednak TS zastrzegł, że nie oznacza to, że ocena, której musi dokonać zainteresowana instytucja, aby ustalić, czy ujawnienie danego dokumentu mogłoby stanowić poważne naruszenie jej procesu decyzyjnego, nie musi uwzględniać okoliczności, iż postępowanie administracyjne, z którym wiążą się te dokumenty, zostało zakończone. Zdaniem Trybunału, powody podane przez instytucję, które mogłyby uzasadnić odmowę dostępu do dokumentu, o którego ujawnienie się zwrócono przed zakończeniem postępowania administracyjnego, mogą bowiem nie być wystarczające dla odmowy ujawnienia tego samego dokumentu po podjęciu decyzji bez podania przez wspomnianą instytucję szczególnych powodów, dla których uważa ona, że zamknięcie postępowania nie wyklucza tego, iż odmowa dostępu jest nadal uzasadniona ryzykiem poważnego naruszenia jej procesu decyzyjnego.

Z kolei w odniesieniu do sprawozdania grupy roboczej Sąd wskazał, że ujawnienie takiego dokumentu spowodowałoby, że Komisja nie mogłaby dysponować swobodnymi i kompletnymi opiniami swoich służb, ponieważ autorzy takich dokumentów zostaliby skłonieni do stosowania autocenzury, zaś obowiązek ujawnienia takich dokumentów skłoniłby członka Komisji zajmującego się konkurencją do tego, aby nie występować w przyszłości o pisemną, ewentualnie krytyczną opinię swoich współpracowników na temat kwestii należących do jego kompetencji lub kompetencji Komisji, co w sposób znaczący szkodziłoby wydajności wewnętrznych procesów decyzyjnych tych instytucji (por. pkt 50–52 wyroku T-403/05). Trybunał ponownie zajął odmienne stanowisko, przyjmując, że co prawda działalność administracyjna Komisji nie wymaga takiego samego zakresu dostępu do dokumentów co działalność prawodawcza instytucji Unii, co jednak nie oznacza, że działalność taka nie jest objęta zakresem stosowania

rozporządzenia 1049/2001. TS przypomniał brzmienie art. 2 ust. 3 rozporządzenia, zgodnie z którym akt ten ma zastosowanie do wszystkich dokumentów przechowywanych przez instytucje, zarówno sporządzanych, jak i otrzymywanych i będących w ich posiadaniu. Tymczasem w ocenie Trybunału Komisja w decyzji odmawiającej dostępu do dokumentów nie podała uzasadnionych argumentów, dotyczących przedmiotowego sprawozdania, które pozwoliłyby na zrozumienie powodów, dla których jego ujawnienie mogłoby stanowić poważne naruszenie procesu decyzyjnego Komisji, zwłaszcza w sytuacji, gdy postępowanie z którym związane są te dokumenty, zostało już zakończone. Tym samym Sąd naruszył prawo, uznając, że w takich okolicznościach Komisja mogła odmówić udostępnienia sprawozdania.

W odniesieniu do pozostałych dokumentów wewnętrznych³³ Trybunał potwierdził stanowisko Sądu, że dokumenty te zawierają opinie na użytek wewnętrzny jako część obrad i wstępnych konsultacji w ramach Komisji, w rozumieniu art. 4 ust. 3 akapit drugi rozporządzenia. Zasadniczo więc dokumenty te mogłyby być objęte wyjątkiem związanym z ochroną procesu decyzyjnego nawet po zakończeniu postępowania.

5. Dokumenty państw członkowskich

Zakresem rozporządzenia 1049/2001 objęte są, zgodnie z jego art. 2 ust. 3, dokumenty przechowywane przez instytucje, tj. sporządzane lub otrzymywane przez nie i pozostające w ich posiadaniu we wszystkich obszarach działalności Unii Europejskiej. Z przepisu tego wynika, że rozporządzenie nie przewiduje zasady autorstwa, tzn. prawo dostępu do dokumentów obejmuje nie tylko te wytworzone przez instytucje, lecz także te pochodzące od innych podmiotów, przechowywane przez instytucje. Zgodnie z art. 4 ust. 4 rozporządzenia 1049/2001 w odniesieniu do dokumentów stron trzecich instytucja konsultuje się ze stroną trzecią w celu oceny, czy zastosowanie ma którykolwiek z wyjątków omówionych wyżej. Z obowiązku konsultacji instytucja jest zwolniona, jeżeli nie ma wątpliwości, że dokument ten podlega lub nie podlega ujawnieniu.

Szczególne uprawnienie przewiduje rozporządzenie 1049/2001 dla państw członkowskich. Jeżeli bowiem dokument pochodzi od państwa członkowskiego, wówczas zgodnie z art. 4 ust. 5 rozporządzenia 1049/2001 państwo członkowskie może zażądać od instytucji nieujawniania dokumentu pochodzą-

³³ Chodziło w tym przypadku o sprawozdanie urzędnika ds. przesłuchań, uwagi Dyrekcji Generalnej ds. Konkurencji skierowane do komitetu konsultacyjnego i uwagi do akt dotyczące kontroli w siedzibie First Choice.

cego od tego państwa członkowskiego bez jego uprzedniej zgody. Powstaje zatem pytanie zasadnicze, czy instytucja jest związana brakiem zgody państwa członkowskiego na udostępnienie dokumentu oraz czy państwo członkowskie – nie wyrażając zgody na udostępnienie dokumentu – stosować ma prawo krajowe czy też unijne przepisy dotyczące dostępu do dokumentów.

Kwestie te były przedmiotem wykładni sądów unijnych w sporze pomiędzy IFAW i Komisją, dotyczącym odmowy udostępnienia dokumentów pochodzących od państwa członkowskiego, w których posiadanie weszła Komisja w ramach postępowania, w wyniku którego wydała pozytywną opinię w sprawie wykonania projektu przemysłowego w obszarze chronionym na podstawie dyrektywy siedliskowej. Rozpatrując skargę o stwierdzenie nieważności w sprawie T-168/02 *IFAW p. Komisji*³⁴, Sąd uznał, że Komisja słusznie uznała, że w przypadku, gdy państwo członkowskie powołuje się na art. 4 ust. 5 rozporządzenia 1049/2001 i domaga się od instytucji, aby ta nie udostępniała wydanego przez to państwo dokumentu, żądanie to stanowi nakaz nieudostępniania, któremu instytucja ta ma obowiązek się podporządkować, przy czym państwo członkowskie nie ma obowiązku uzasadniania swego żądania ani instytucja nie ma obowiązku badania, czy nieudostępnianie danego dokumentu jest uzasadnione. Uzasadniając swoje stanowisko. Sąd wskazał, że fakt przyznania państwom członkowskim na mocy art. 4 ust. 5 rozporządzenia wyjaśnia się tym, że rozporządzenie to nie ma na celu modyfikacji ustawodawstwa krajowego w dziedzinie dostępu do dokumentów ani nią nie skutkuje. Uznał również argumentację Komisji, że jeżeli dostęp do dokumentu, w stosunku do którego państwo członkowskie złożyło wniosek na podstawie art. 4 ust. 5, nie jest regulowany przez rozporządzenie 1049/2001, to jest on regulowany przez odpowiednie przepisy krajowe zainteresowanego państwa członkowskiego, które pozostają niezmienione po przyjęciu rozporządzenia; w konsekwencji ocena, przy zastosowaniu prawa krajowego, czy dostęp do dokumentu pochodzącego od państwa członkowskiego powinien być przyznany oraz czy prawo wniesienia skargi przez zainteresowane strony będzie możliwe przy zastosowaniu przepisów krajowych, należy do krajowych organów administracyjnych i sądowych.

Trybunał Sprawiedliwości, rozpatrujący odwołanie od wyroku Sądu wniesione przez Szwecję w sprawie C-64/05 P *Szwecja p. Komisji Europejskiej i in.*³⁵, zajął zniuansowane stanowisko. Po pierwsze, potwierdził rozstrzygnięcie Sądu,

³⁴ Wyrok Sądu z 30.11.2004 w sprawie C-168/02 *IFAW p. Komisji Europejskiej*, Zb. Orz. 2004, s. I-4135.

³⁵ C-64/05 P *Szwecja p. Komisji*, stanowisko wyrażone w tej sprawie TS podtrzymał również w wyroku z 21 czerwca 2012 r. w sprawie C-135/11 P *IFAW p. Komisji*, niepublik.

że art. 4 ust. 5 rozporządzenia 1049/2001 stawia państwa członkowskie w odmiennej sytuacji od innych podmiotów trzecich, ponieważ każde państwo może domagać się od instytucji nieudostępniania dokumentu pochodzącego od niego bez jego uprzedniej zgody. TS w tym względzie zauważył, że zawarty w art. 4 ust. 5 rozporządzenia wymóg uzyskania „uprzedniej zgody” stałby się martwą literą, gdyby pomimo wyraźnego sprzeciwu państwa członkowskiego wobec udostępnienia dokumentu pochodzącego od niego – a zatem gdy instytucja nie uzyskała zgody tego państwa – mogła i tak zadecydować o udostępnieniu przedmiotowego dokumentu. Wówczas bowiem analizowany przepis zostałby pozbawiony wszelkiej skuteczności. Trybunał rozróżnił ponadto „zgodę”, o której mowa w art. 4 ust. 5 rozporządzenia, od zasięgnięcia „opinii podmiotu trzeciego”, o którym mowa w art. 4 ust. 4 rozporządzenia 1049/2001. Zdaniem Trybunału obowiązek zasięgnięcia opinii oznacza jedynie prawo podmiotu trzeciego do przedstawienia swojego stanowiska, zanim instytucja podejmie decyzję o udostępnieniu dokumentu.

Po drugie, Trybunał dokonał odmiennej niż Sąd analizy w odniesieniu do kwestii zakresu swobody pozostawionej państwom członkowskim w przypadku odmowy zgody na udostępnienie dokumentu pochodzącego od tego państwa, uznając, iż przepisu art. 4 ust. 5 rozporządzenia 1049/2001 nie można interpretować jako przyznającego państwu członkowskiemu ogólne i bezwarunkowe prawo weta, skutkujące dyskrecjonalnym sprzeciwem wobec ujawnienia dokumentów przez nie wydanych i przechowywanych przez instytucję wspólnotową, tak iż dostęp do dokumentów przestaje podlegać przepisom rzeczzonego rozporządzenia i staje się zależny wyłącznie od przepisów prawa krajowego. Zdaniem TS należy przyjąć wykładnię tego przepisu, że korzystanie z uprawnienia przysługującego danemu państwu członkowskiemu na mocy art. 4 ust. 5 rozporządzenia jest objęte ramami wyjątków przedmiotowych wyliczonych w ust. 1–3 tego artykułu, zaś państwo członkowskie ma w tym względzie jedynie prawo do uczestniczenia w podejmowaniu decyzji. W tym kontekście uprzednia zgoda państwa członkowskiego, o której mowa w art. 4 ust. 5, jest podobna nie tyle do dyskrecjonalnego prawa weta, ile do pewnego rodzaju zgodnej opinii na temat braku podstaw do zastosowania wyjątków przewidzianych w art. 4 ust. 1–3 rozporządzenia 1049/2001.

Wyprzedzając ewentualne wątpliwości dotyczące braku możliwości ochrony interesów państw członkowskich, TS wyjaśnił, że ochrona tych interesów może być w razie potrzeby zagwarantowana za pomocą wyjątków wynikających z art. 4 ust. 1–3 rozporządzenia 1049/2001, jak również na mocy szczególnego reżimu ustanowionego w art. 9 rozporządzenia 1049/2001 w odniesieniu do dokumentów niejawnych. Zatem w poszanowaniu pewnych zasad prawa

krajowego chroniących interes publiczny lub prywatny, który stoi na przeszkodzie udostępnieniu dokumentu i który zostałby powołany w tym celu przez państwo członkowskie, interes ten mógłby w danym przypadku zostać uznany za godny ochrony w ramach wyjątków przewidzianych w rzeczonym rozporządzeniu.

Po trzecie, Trybunał wskazał, jakie są proceduralne uwarunkowania i konsekwencje przyjętej interpretacji art. 4 ust. 5 rozporządzenia 1049/2001, wskazując, że instytucja i państwo członkowskie są związane zasadą lojalnej współpracy: ponieważ wykonywanie zasad prawa unijnego jest w ten sposób powierzone wspólnie instytucji i państwu członkowskiemu, które skorzystało z przyznanego mu w tym art. 4 ust. 5 uprawnienia, przez co wykonywanie to zależy od dialogu, jaki powinien zostać nawiązany między nimi, są oni zobowiązani, w myśl obowiązku lojalnej współpracy, do działania i współpracy ze sobą w taki sposób, aby zasady te mogły zostać skutecznie zastosowane. Oznacza to, po pierwsze, obowiązek podjęcia przez instytucję i zainteresowane państwo członkowskie „lojalnych rozmów” na temat potencjalnego stosowania wyjątków przewidzianych w art. 4 ust. 1–3 rozporządzenia 1049/2001. Po drugie, jeżeli na zakończenie tych rozmów państwo członkowskie sprzeciwi się udostępnieniu spornego dokumentu – ma obowiązek uzasadnić ten sprzeciw pod kątem wyjątków przewidzianych w art. 4 ust. 1–3 rozporządzenia 1049/2001. Trybunał wskazał, że instytucja nie może nadać dalszego biegu sprzeciwowi zgłoszonemu przez państwo członkowskie wobec udostępnienia wydanego przez nie dokumentu, jeśli sprzeciw ten jest pozbawiony uzasadnienia lub uzasadnienie to nie zawiera odniesienia do wyjątków wyliczonych w art. 4 ust. 1–3 rozporządzenia 1049/2001. Ostatecznie, jeżeli państwo mimo wyraźnego wezwania nie dostarczy takiego uzasadnienia, a instytucja uzna, że żaden z wyjątków przewidzianych w rozporządzeniu nie znajduje zastosowania, musi ona udzielić dostępu do dokumentu będącego przedmiotem wniosku.

Po trzecie, obowiązek uzasadnienia odmowy udostępnienia dokumentu spoczywa na instytucji, do której skierowano wniosek o udostępnienie. Obowiązek ten oznacza, zdaniem TS, że instytucja musi poinformować nie tylko o sprzeciwie zgłoszonym przez dane państwo wobec udostępnienia żadanego dokumentu, lecz również o przyczynach przywołanych przez to państwo członkowskie, prowadzących do zastosowania jednego z wyjątków przewidzianych w rozporządzeniu. Informacje te mają bowiem umożliwić wnioskodawcy zrozumienie podstaw odmowy oraz ewentualną kontrolę sądową decyzji podjętej przez instytucję.

W szerszym kontekście proceduralnym TS uznał, że gdy państwo członkowskie w sposób uzasadniony odmawia wyrażenia zgody na udostępnienie dokumentu, przez co instytucja jest zmuszona do oddalenia wniosku o udzielenie

dostępu, jego autor ma prawo do ochrony sądowej. Wówczas, w trybie skargi o stwierdzenie nieważności decyzji wydanej przez instytucję odmawiającą udostępnienia dokumentu (art. 263 TFUE), do właściwości sądu unijnego należy dokonanie kontroli, na wniosek zainteresowanego, któremu instytucja odmówiła udostępnienia dokumentu, czy odmowa ta mogła zostać skutecznie wydana na podstawie tych wyjątków i czy wynika ona z dokonania oceny tych wyjątków przez samą instytucję lub przez dane państwo członkowskie. Aby uniknąć w tym względzie wątpliwości, Trybunał podkreślił, że z punktu widzenia osoby zainteresowanej udostępnieniem dokumentu, ingerencja państwa członkowskiego nie ma wpływu na unijny charakter decyzji wydanej mu następnie przez instytucję w odpowiedzi na wniosek o udzielenie dostępu.

Wyrok TS należy odczytywać w ten sposób, że państwo członkowskie ma prawo podjąć decyzję o udostępnieniu lub odmowie udostępnienia dokumentu, zaś instytucja, do której wpłynął wniosek o udostępnienie – zasadniczo musi tę zgodę respektować. Jednocześnie państwo członkowskie w zakresie podejmowania decyzji o udostępnieniu dokumentu lub odmowie, jest związane wyjątkami wynikającymi z art. 4 ust. 1–3 rozporządzenia 1049/2001, które oczywiście podlegają autonomicznej wykładni w świetle prawa unijnego, w oderwaniu od krajowych uregulowań w tym względzie. W tym aspekcie wyrok TS wydaje się mieć najbardziej doniosłe skutki, bowiem powoduje, że państwo członkowskie przekazując dokumenty instytucjom UE, w kontekście współpracy prowadzonej w ramach UE, musi liczyć się z tym, że dokumenty te – w zakresie dostępu do dokumentów – podlegają reżimowi rozporządzenia 1049/2001, a nie przepisom krajowym.

Podsumowanie

Analizowane w niniejszym artykule orzecznictwo sądów unijnych wskazuje, że występują duże odmienności w interpretacji rozporządzenia 1049/2001 między Sądem a Trybunałem. Należałoby oczekiwać, że aktywność orzecznicza Trybunału przyczyni się do większej spójności orzecznictwa obu sądów. Na podstawie przedstawionego orzecznictwa sformułować można następujące wnioski.

Po pierwsze, Trybunał Sprawiedliwości opowiada się za szczególną ochroną indywidualnego interesu jednostek wyrażającego się w konieczności nieudostępniania danych osobowych. Rozstrzygnięcie w sprawie C-28/08 P Komisja p. Bavarian Lager wskazuje, że interpretacja wyjątku związanego z ochroną integralności jednostki (art. 4 ust. 1 lit. b) rozporządzenia 1049/2001) wymaga uwzględnienia postanowień rozporządzenia 45/2001 i regulacji dotyczących

ochrony danych osobowych. W praktyce oznacza to, że ogólny interes w postaci publicznego dostępu do dokumentów musi ustąpić pierwszeństwa interesowi prywatnemu w postaci ochrony danych osobowych.

Po drugie, zauważalna jest tendencja Trybunału Sprawiedliwości do aprobowania możliwości odmowy przez instytucje udostępnienia dokumentów w związku z kontekstem postępowania, w jakim zostały one wytworzone. Ze szczególnej ochrony korzystają dokumenty składane w sądach unijnych w toku toczących się postępowań (np. postępowań z zakresu ochrony konkurencji lub w związku z uchybieniem zobowiązaniom państwa członkowskiego). Tak długo jak toczy się postępowanie sądowe, dokumenty te korzystają z ogólnego domniemania, że ich udostępnienie naruszałoby prawidłowy tok postępowania sądowego i prawidłowy wymiar sprawiedliwości. W konsekwencji instytucja może zasadnie odmówić udostępnienia takich dokumentów bez konieczności indywidualnej analizy każdego z nich oraz indywidualnego uzasadnienia odmowy z powołaniem na konieczność ochrony postępowania sądowego.

Ponadto z ogólnego domniemania korzystają dokumenty wytworzone w toku kontroli i dochodzeń prowadzonych przez instytucje, w szczególności przez Komisję Europejską. W tym przypadku również dokumenty wytwarzane w toku postępowania z zakresu kontroli dopuszczalności pomocy państwa, z zakresu kontroli koncentracji przedsiębiorstw lub postępowania o uchybienie zobowiązaniom państwa członkowskiego, korzystają z ogólnego domniemania, że ich ujawnienie zagrażałoby celom prowadzonego postępowania.

W obu przypadkach TS zastrzega, że to ogólne domniemanie jest obalalne, jeżeli wnioskodawca udowodni potrzebę ujawnienia dokumentu. Stanowisko TS – jak się wydaje – jest podyktowane koniecznością uwzględnienia ekonomiki działania administracji unijnej, ponieważ pozwala unikać nadmiernego obciążenia administracji obowiązkiem uzasadnienia odmowy udostępnienia w odniesieniu do każdego dokumentu. Jednocześnie jednak rozstrzygnięcia TS w powyższych sprawach mogą budzić wątpliwości z uwagi na fakt, że rozporządzenie w art. 6 ust. 1 wyraźnie zwalnia wnioskodawcę z uzasadnienia wniosku o udostępnienie dokumentu. Przyjęcie zatem ogólnego domniemania, zgodnie z którym instytucja może odmówić udostępnienia całej kategorii dokumentów z uwagi na fakt, iż zostały one wytworzone w szczególnym postępowaniu, i jednocześnie wymaganie od wnioskodawcy przedstawienia uzasadnienia wniosku, które to domniemanie obali, przenosi na osobę wnioskującą ciężar dowodu w sposób sprzeczny z art. 6 ust. 1 rozporządzenia 1049/2001.

Po trzecie, TS dokonał ważnych ustaleń w odniesieniu do stosowania wymogów rozporządzenia 1049/2001 do dokumentów będących w posiadaniu instytucji UE, ale pochodzących od państw członkowskich. Z jednej strony TS

potwierdził, że zgoda, o której mowa w art. 4 ust. 5 rozporządzenia 1049/2001, musi być rozumiana w ten sposób, że brak zgody państwa członkowskiego unie możliwia – co do zasady – udostępnienie dokumentu przez instytucję, do której zwrócił się wnioskodawca. Z drugiej strony jednak, państwo członkowskie, odmawiając wyrażenia zgody na udostępnienie dokumentu, ma obowiązek uwzględnić jedynie te wyjątki, które wynikają z art. 4 ust. 1–3 rozporządzenia 1049/2001. Takie rozwiązanie skutkuje uznaniem, że dokumenty przekazane przez państwa członkowskie instytucjom unijnym, przestają w zakresie ich udostępniania podlegać krajowym reżimom prawnym dostępu do informacji publicznej, a w zamian podlegają regułom unijnym, w tym przypadku art. 4 ust. 1–3 rozporządzenia 1049/2001. Taka sytuacja powoduje w konsekwencji, że na instytucjach i państwach członkowskich spoczywają szczególne obowiązki, wymienione przez TS, a które wynikają z zasady lojalnej współpracy (art. 4 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej). Powoduje to, że również kompetencje sądów unijnych – Sądu i Trybunału – są szersze, ponieważ dokumenty pochodzące od państw członkowskich, przekazane instytucjom UE zaczynają podlegać tym samym regułom, co inne dokumenty pochodzące od instytucji. W tym ujęciu zatem, prawo dostępu do dokumentów gwarantowane prawem unijnym ma zastosowanie nie tylko do dokumentów pochodzących od instytucji UE, lecz również od państw członkowskich, które przekazały dokumenty instytucjom unijnym w procesie integracji europejskiej.

EXCEPTIONS TO THE PUBLIC ACCESS TO EU INSTITUTIONS DOCUMENTS UNDER REGULATION 1049/2001

The article undertakes the issue of lawful exceptions to the right of public access to EU documents under Article 4 of Regulation 1049/2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents. The author analyses the jurisprudence of the General Court and the Court of Justice as regards the interpretation of these exceptions. The article covers obligatory as well as facultative exceptions in public or private interest, exception connected with the protection of the decision-making processes in the EU institutions and the issue of Member States' documents, which are in possession of EU institutions. The author argues that there have been so far important differences in jurisprudence of the General Court and the Court of Justice in a number of important issues, such as the balance between the public access to

documents and respect of privacy. The approach of the EU courts is also highlighted in respect of Member States' documents – the author draws a conclusion that when the documents drawn by the Member States are transmitted to the UE institutions, the public access to these documents does no longer belong to the national law but to the EU law. In particular, eventual denial to access such documents must be based on exceptions from Article 4 of the Regulation 1049/2001, and not on national law. This results in extending the scope of application of the EU rules on public access to documents.

Informacje dla Autorów

1. Objętość tekstów nadsyłanych do kwartalnika „Studia Prawnicze” powinna wynosić od 20 000 do 80 000 znaków typograficznych (w tym przypisy).
2. Nadsyłane materiały powinny uwzględniać szczegółowe zalecenia edytorskie, stosowane przez „Studia Prawnicze”. Ułatwi i przyspieszy to prace redakcyjne.
3. Do artykułu należy dołączyć streszczenie oraz tytuł opracowania w języku angielskim (o objętości od 800 do 1200 znaków łącznie ze spacją).
4. Tekst należy nadesłać w postaci zapisu elektronicznego w programie Word, jako załącznik w poczcie elektronicznej oraz komputerowy wydruk, podpisany własnoręcznie przez Autora (wydruk komputerowy należy nadesłać na adres: Kwartalnik „Studia Prawnicze”, Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa, e-mail: inp@inp.pan.pl).
5. Przyjmowane będą jedynie materiały oryginalne, które nie były wcześniej nigdzie publikowane.
6. Do przesłanych materiałów należy osobno dołączyć dane o Autorze (w szczególności: afiliację, stopień lub tytuł naukowy, numer telefonu kontaktowego, adres poczty elektronicznej i adres domowy), a także oświadczenie, że przedłożony tekst został nadesłany wyłącznie do redakcji „Studiów Prawniczych”.
7. Tytuł opracowania należy ująć w formie najbardziej zwartej. Dopuszczalne są podtytuły.
8. Tabele, gdy są one rzeczywiście niezbędne, należy przysyłać również w formie elektronicznej.
9. W tekście stosowane są przypisy dolne z osobnymi zestawieniami bibliograficznymi.
10. W tekście nie należy stosować podkreśleń ani pogrubień. Wyróżnienie fragmentu tekstu jest wyjątkowo możliwe przez zwiększenie odstępu między znakami (tekst rozstrzelony). Zwroty obcojęzyczne (np. *prima facie*, *de lege lata*) należy wyróżnić kursywą, natomiast cytaty – zapisać w cudzysłowach. Cytat w cytacie zaznacza się cudzysłowem ostro kątnym (« ... »).
12. Redakcja nie zwraca Autorom nadesłanych materiałów.
13. Prosimy Autorów o niekierowanie do Redakcji propozycji nawiązania stałej współpracy. Nie jest to możliwe.
14. Wszystkie materiały podlegają opracowaniu redakcyjnemu. Autor otrzymuje tekst do korekty. W przypadku nieodesłania korekty autorskiej w terminie materiał jest kierowany do publikacji bez poprawek Autora.
15. Teksty, które nie spełniają podstawowych wymogów poprawności językowej, nie będą przyjmowane.
16. Wszelkie wykryte naruszenia prawa autorskiego lub zasad etyki i rzetelności naukowej będą demaskowane i dokumentowane.

SZCZEGÓŁOWE ZALECENIA EDYTORSKIE DLA AUTORÓW

1. Tekst nadesłany do „Studiów Prawniczych” powinien mieć następujące parametry: czcionka 12 pkt (Times New Roman); interlinia 1,5; wcięcie akapitowe 1,25 cm; wyrównanie do lewego i prawego marginesu. Należy wprowadzić numerację stron.
2. W tekście należy stosować przypisy dolne o następujących parametrach: czcionka 10 pkt (Times New Roman); interlinia 1,0; brak wcięcia akapitowego; wyrównanie do lewego i prawego marginesu.
3. Przypisy powinny być ponumerowane liczbami arabskimi. Stosuje się numerację ciągłą zaczynającą się od 1.

PROCEDURA RECENZYJNA

1. Wszystkie materiały wpływające do „Studiów Prawniczych” są poddawane ocenie wydawniczej dokonywanej przez członków Komitetu Redakcyjnego. W wyjątkowych przypadkach Redakcja może zwrócić się z prośbą o ocenę do osób spoza Komitetu.
2. Artykuły są recenzowane przez co najmniej dwóch członków Komitetu Redakcyjnego. Ocenie podlegają wszystkie aspekty warsztatu naukowego.
3. Okres oczekiwania na ocenę wynosi ok. 8 tygodni. Po tym terminie Autor jest proszony o kontakt telefoniczny lub mailowy z Redakcją.
4. Ocena może mieć postać: a) recenzji pozytywnej; b) recenzji pozytywnej pod warunkiem dokonania określonych zmian; c) recenzji odmownej.
5. Tożsamość Recenzentów poszczególnych materiałów nie jest ujawniana Autorom.

Cena 35,00 zł (VAT 5%)

INDEKS 376620