

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH
POLSKA AKADEMIA NAUK



STUDIA PRAWNICZE

KWARTALNIK

ISSN 0039–3312

1 (217)
2019

W numerze:

- Moralność publiczna a konstytucyjne podstawy ochrony zwierząt
- Grupa jednostek jako podmiot poszukujący ochrony w postępowaniu przed ETPC. Koncepcja ochrony praw grup wrażliwych
- Dwudziesta rocznica utworzenia Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów – przegląd działalności
- Znaczenie wpisu wieczystoksięgowego ostrzeżenia o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego dla wszczęcia postępowania sądowego cywilnego
- Regionalizacja międzynarodowego sądownictwa karnego z perspektywy zasady komplementarności na przykładzie proponowanego Afrykańskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz Praw Człowieka i Ludów
- Gradacja nadużycia prawa w procesie karnym (zarys teoretyczny)
- Przypadek Manfreda i Kristen – czyli *stalking* jako przyczynek do kilku refleksji o tym, jak prawo odpowiada na zjawisko społeczne

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH
POLSKA AKADEMIA NAUK



STUDIA PRAWNICZE

KWARTALNIK

ISSN 0039-3312



Wydawnictwo INP PAN
Warszawa 2019



KOMITET REDAKCYJNY:

Andrzej Bierć, Władysław Czapliński, Lech Gardocki, Ewa Łętowska,
Małgorzata Król-Bogomilska, Maria Kruk-Jarosz, Igor Martynienko, Joanna Mucha-Kujawa,
Celina Nowak, Gino Scaccia, Jan Skupiński, Tadeusz Smoczyński, Andrzej Szajkowski,
Monika Szwarc, Elżbieta Tomkiewicz, Arkadiusz Wudarski, Roman Wieruszewski,
Tadeusz Wiśniewski, Andrzej Wróbel

KOLEGIUM REDAKCYJNE:

Andrzej Bierć – redaktor naczelny
Tadeusz Smoczyński – z-ca redaktora naczelnego
Joanna Mucha-Kujawa – sekretarz redakcji

Za każdą publikację naukową w kwartalniku „Studia Prawnicze”
Autor otrzymuje **11 punktów**.

„Studia Prawnicze” ukazują się nieprzerwanie **od 1963 r.**

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że dążąc do upowszechniania za granicą artykułów ukazujących się w „Studiach Prawniczych”, zamieszcza angielskie streszczenia artykułów w „The Central European Journal of Social Sciences and Humanities” (CEJSH).

Pełne wersje artykułów, publikowanych w modelu Open Access,
są dostępne na platformie czasopisma i w bazie ICI World of Journals (wskaźnik ICV 42.84).

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.

© Copyright 2018 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: studiaprawnicze@inp.pan.pl

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

Publikacja „Studiów Prawniczych INP PAN” online
– zadanie finansowane w ramach umowy nr 557/P-DUN/2018.

Redakcja i korekta: Olga Kłos

Skład i przygotowanie do druku: Adrian Szatkowski

Druk na zlecenie INP PAN: Sowa Sp. z o.o.

Nakład: 140 egz.



Ministerstwo Nauki
i Szkolnictwa Wyższego



SPIS TREŚCI

Dr hab. prof. UŚ Tomasz Pietrzykowski

Uniwersytet Śląski w Katowicach

MORALNOŚĆ PUBLICZNA A KONSTYTUCYJNE PODSTAWY OCHRONY ZWIERZĄT	5
1. Wprowadzenie	6
2. Dobrostan zwierząt a konstytucyjne przesłanki ograniczenia wolności i praw obywatelskich	8
3. Moralność publiczna jako pojęcie prawne	13
4. Dobrostan zwierząt jako wartość moralności publicznej	17
5. W stronę bezpośredniej konstytucjonalizacji ochrony zwierząt	20
Bibliografia	23

Dr Monika Domańska

Instytut Nauk Prawnych PAN

GRUPA JEDNOSTEK JAKO PODMIOT POSZUKUJĄCY OCHRONY W POSTĘPOWANIU PRZED ETPC. KONCEPCJA OCHRONY PRAW GRUP WRAŻLIWYCH.	27
1. Uwagi wprowadzające	28
2. Charakter art. 34 EKPC jako podstawa normatywna skargi grupy jednostek	29
3. Grupy wrażliwe społecznie	32
4. Potrzeba ochrony grup wrażliwych a orzecznictwo ETPC	35
5. Konkluzje	41
Bibliografia	43

Dr Anna Dąbrowska

Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny

im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu

DWUDZIESTA ROCZNICA UTWORZENIA AFRYKAŃSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA I LUDÓW – PRZEGLĄD DZIAŁALNOŚCI	49
Wstęp	50
Początkowa działalność organizacyjno-administracyjna Trybunału Afrykańskiego.	52
Działalność sądowa i doradcza Trybunału Afrykańskiego	54
Działalność pozasądowa Trybunału Afrykańskiego	60
Zakończenie	62
Bibliografia	63

Dr Daniel Jakimiec

ZNACZENIE WPISU WIECZYSTOKSIĘGOWEGO OSTRZEŻENIA O PROWADZENIU POSTĘPOWANIA RESTRUKTURYZACYJNEGO DLA WSZCZĘCIA POSTĘPOWANIA SĄDOWEGO CYWILNEGO	71
Bibliografia	86

Prof. UWr dr hab. Bartłomiej Krzan

Uniwersytet Wrocławski

REGIONALIZACJA MIĘDZYNARODOWEGO SĄDOWNICTWA KARNEGO Z PERSPEKTYWY ZASADY KOMPLEMENTARNOSCI NA PRZYKŁADZIE PROPONOWANEGO AFRYKAŃSKIEGO TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI ORAZ PRAW CZŁOWIEKA I LUDÓW	89
1. Wstęp	90
2. Regionalizacja międzynarodowego sądownictwa karnego i jej postacie	91
3. Projekt rozszerzenia jurysdykcji Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów	93
4. Dopuszczalność powołania trybunału regionalnego.	94
5. Zasada komplementarności	98
6. Komplementarność z perspektywy Protokołu z Malabo.	102
7. Uwagi końcowe	103
Bibliografia	105

Dr Łukasz Cora

Uniwersytet Gdański

GRADACJA NADUŻYCIA PRAWA W PROCESIE KARNYM (ZARYS TEORETYCZNY)	113
1. Uwagi wprowadzające. Doktryna <i>abuse of process</i>	114
2. Pojęcie i charakter prawny nadużycia prawa	116
3. Kryteria hierarchizacji nadużycia prawa w procesie karnym	123
4. Wnioski końcowe	133
Bibliografia	135

Mgr Jakub Hanc

Uniwersytet Śląski w Katowicach

PRZYPADEK MANFREDA I KRISTEN – CZYLI STALKING JAKO PRZYCZYNEK DO KILKU REFLEKSJI O TYM, JAK PRAWO ODPOWIADA NA ZJAWISKO SPOŁECZNE	139
Bibliografia	154



Dr hab. prof. UŚ Tomasz Pietrzykowski
Uniwersytet Śląski w Katowicach
tomasz.pietrzykowski@us.edu.pl

Moralność publiczna a konstytucyjne podstawy ochrony zwierząt¹

Public morality and constitutional basis of animals' protection

Abstrakt

Problematyka konstytucyjnych podstaw prawodawstwa ochrony zwierząt stanowi kluczowy warunek rozstrzygania sporów o granice dopuszczalności ograniczeń praw i wolności obywatelskich, dokonywanych w imię humanitarnej ochrony zwierząt jako istot zdolnych do odczuwania cierpienia. W odróżnieniu od rosnącej liczby krajów, w Polsce konstytucja nie zawiera żadnego wyraźnego przepisu nakazującego prawną ochronę zwierząt. Jej podstawy poszukiwać można jednak w pojęciu moralności publicznej zawartym w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Analiza tego pojęcia wskazuje na konieczność jego interpretacji w świetle przede wszystkim uznanego społecznie katalogu podstawowych wartości moralnych. Wymaga także odróżnienia pozytywnego i krytycznego ujęcia funkcjonujących w społeczeństwie przekonań i postaw moralnych. Moralność publiczną w rozumieniu konstytucyjnym należy utożsamiać raczej z moralnością krytyczną, stanowiącą rodzaj racjonalnej rekonstrukcji faktycznych przekonań i praktyk moralnych rozpowszechnionych w społeczeństwie. Racje

¹ Artykuł powstał w ramach projektu badawczego finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki (2017/27/B/HS5/00085).

humanitarnej ochrony zwierząt w sposób niebudzący wątpliwości mieszczą się w tak rozumianym pojęciu moralności publicznej.

Abstract

Constitutional basis of animal welfare legislation is a key issue in resolving conflicts over the limits of human rights and freedoms imposed in order to safeguard animals as sentient creatures. In contrast to the growing number of countries in Poland the constitution does not directly mandate protecting animals. As the ground for such protection may be, however, considered the concept of public morality provided for in art. 31 sec. 3 of the Constitution. The analysis of this concept reveals that it has to be interpreted in the light of the range of socially recognized basic moral values. Furthermore, the positive and critical account of the socially embedded moral beliefs and attitudes need to be distinguished. Public morality, in the constitutional sense, has to identified rather with the critical morality, that is a kind of rational reconstruction of the views and practices widely shared within the society. The reasons of humanitarian protection of animals are unquestionably a part of public morality so conceived.

1. Wprowadzenie

Dopuszczalność i przesłanki ograniczenia konstytucyjnie chronionej wolności praktyk religijnych ze względu na potrzebę humanitarnej ochrony zwierząt stanowią istotne teoretycznie i praktycznie zagadnienie konstytucyjno-prawne. Jedyną ilustracją tej doniosłości jest wydany przed paru laty wyrok w sprawie uboju rytualnego zwierząt, będący jednym z najbardziej jaskrawo nietrafnych orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego w dziejach niezależnego sądownictwa konstytucyjnego w Polsce². Był on wynikiem niedostatecznego opracowania teoretycznych kluczowych dla ówczesnego rozumowania Trybunału kwestii konstytucyjnych i pojęciowych. Mimo krytyki, z jaką spotkało się to orzeczenie, od tego czasu niewiele posunęło się pod tym względem do przodu³.

² Wyrok TK z 10 grudnia 2014 r. (OTK 52/13).

³ Zob. P. Ochman, M. Pisz, *Prawne aspekty uboju rytualnego w Polsce (uwagi do wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 52/13)*, „Państwo i Prawo”, z. 1, 2018; A. Młynarska-Sobaczewska, *Rytualne ofiary a moralność publiczna. Analiza argumentacji TK (K 52/13) i SN USA (508 U.S. 520.1993)*, „Państwo i Prawo” 2017, z. 4; E. Łętowska, Mateusz Grochowski, A. Wiewiórowska-Domagalska, *Wiąże, ale nie przekonuje (wyrok Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 52/13 o uboju rytualnym)*, „Państwo i Prawo”, z. 6, 2015; A. Lis, T. Pietrzykowski, *Animals as Objects of Ritual Slaughter. The Polish Battle over Exceptionless Mandatory Stunning*, „Global Journal of Animal Law” 2015, No. 2, <https://ojs.abo.fi/ojs/index.php/gjal/article/view/1388> [dostęp: 23.04.2019].

Już z samej tej racji problem miejsca dobrostanu zwierząt i ich humanitarnej ochrony w konstytucyjnym systemie ochrony praw i wolności obywatelskich zasługuje na pogłębioną refleksję. Na horyzoncie zaś rysuje się dość nieuchronna perspektywa kolejnych sporów podobnej natury. Coraz głośniej wybrzmiewają postulaty zasadniczych ograniczeń polowań jako anachronicznej praktyki okrutnego zabijania zwierząt dla rozrywki, zasadniczo niespójnej nie tylko z aksjologią, ale także aktualnie obowiązującymi normatywnymi zasadami prawodawstwa ochrony zwierząt⁴. Od lat – zwłaszcza w obliczu corocznej, przedświątecznej gehenny karpi – nasilają się postulaty zakazu lub drastycznego zaostreżenia zasad handlu żywymi rybami⁵. Coraz głośniej wybrzmiewają także żądania zakazu udziału zwierząt w występach cyrkowych, skądinąd wprowadzone już w wielu krajach, nie tylko zresztą europejskich⁶.

We wszystkich tego rodzaju sporach pojawiają się podobne co do istoty problemy konstytucyjne. Czy ustawowy zakaz polowań, handlu żywym karpem czy używania niedźwiedzi bądź lwów w występach cyrkowych, dałyby się pogodzić z konstytucyjnymi prawami i wolnościami osób zajmujących się tego rodzaju działalnością? Perspektywa kolejnych tego rodzaju konfliktów, niemniej niż powierzchowność i prawnicza nietrafność argumentacji Trybunału Konstytucyjnego, w najistotniejszym dotąd orzeczeniu podejmującym te zagadnienia, zdecydowanie przemawia za dogłębnym przemyśleniem relacji dobrostanu zwierząt do konstytucyjnych przesłanek uzasadniających ograniczenie wolności i praw obywatelskich.

⁴ M. Micińska-Bojarek, *Łowiectwo. Aspekt humanitarно-prawny*, Warszawa 2014.

⁵ Postulaty takie pojawiają się z dużą regularnością od kilku lat, były już także zawierane w projektach ustaw składanych do łaski marszałkowskiej (np. obywatelski projekt ustawy o zmianie ustawy o ochronie zwierząt, druk Sejmowy nr 26, wniesiony 11 lipca 2011 r.). Choć, jak dotąd, nie zyskały one szerszego poparcia, postrzeganie praktyki handlu, transportu i przetwarzania żywych ryb systematycznie się zmienia. Jak zauważył SN w głośnym orzeczeniu uznającym niewłaściwe obchodzenie się z karpami przez pracowników sprzedającego je sklepu za przestępstwo znęcania się nad zwierzętami, „mieć należy bowiem na uwadze, że w ostatnich latach doszło do radykalnego przewartościowania w stosunkach człowieka do zwierząt, które przeciwstawiono rzeczy i uznano ich przynależność do świata istot żyjących oraz zdolnych do odczuwania cierpienia, a człowieka zobowiązano do poszanowania zwierząt, ich ochrony i zagwarantowania opieki” (wyrok SN z 13 grudnia 2016 r. KK 281/16).

⁶ Takie zakazy (polegające na zarządzeniach o zakazie organizowania przedstawień cyrkowych z udziałem zwierząt na nieruchomościach należących do danej gminy) wprowadzane były już przez wiele samorządów lokalnych, a w toczonych na ich tle sporach prawnych pojawiały się także wątki dopuszczalności zakazu „dyskryminacji” podmiotów prowadzących legalną działalność gospodarczą oraz „arbitralnego” ograniczania konstytucyjnie chronionej wolności jej prowadzenia [p. wyrok WSA w Białymstoku z 13 lutego 2018 r. sygn.gn. II SA/Bk 781/17), wyrok WSA w Warszawie z 14 września 2016 r. sygn.gn. I SA/Wa 604/16), wyrok WSA w Gliwicach z 19 stycznia 2017 r. sygn.gn. II SA/Gl 580/16)].

2. Dobrostan zwierząt a konstytucyjne przesłanki ograniczenia wolności i praw obywatelskich

Kolizje norm służących ochronie dobrostanu zwierząt z wolnościami i prawami obywatelskimi rangi konstytucyjnej podlegać muszą rozstrzygnięciom w oparciu o racje konstytucyjne. Innymi słowy – ograniczenia wolności i praw przysługujących ludziom w imię ochrony dobrostanu zwierząt muszą znajdować oparcie w wartościach i normach konstytucyjnych. W przeciwnym bowiem wypadku wszystkie je należałoby uznać – *a limine* – za niekonstytucyjne. Dotyczyłoby to zarówno tak zasadniczych unormowań rangi ustawowej, jak ograniczenia w przesłankach i dopuszczalnych sposobach zabijania zwierząt, jak i względnie trywialnych ingerencji w sferę wolności i praw człowieka – jak zakaz utrzymywania psa na łańcuchu czy organizowania objazdowych menażerii.

Gdyby przyjąć, *arguendo*, że dobrostan zwierząt nie jest dobrem mającym rangę konstytucyjną, wszelkie uzasadnione nim nakazy i zakazy musiałyby ustępować – jako *leges inferiori* – konstytucyjnie chronionym wolnościom i prawom ludzi, bądź to dotyczącym poszczególnych dziedzin życia (wolności gospodarczej, praktyk religijnych, twórczości artystycznej czy badań naukowych), bądź też – wolności człowieka *tout court* (art. 30 ust. 1 Konstytucji RP). Absurdalność takiego stanowiska wskazuje na konieczność identyfikacji tych wartości, norm czy pojęć konstytucyjnych, które stanowić mogą przeciwwagę dla wolności i praw obywatelskich w przypadkach, gdy dochodziłoby do kolizji między tymi ostatnimi a przepisami ustaw lub innymi aktami podkonstytucyjnymi, chroniącymi dobrostan zwierząt przed określonymi typami zachowań ludzkich.

Hipotetycznie co najmniej kilka norm i pojęć konstytucyjnych mogłoby wchodzić w rachubę w roli tego rodzaju przesłanek legitymizujących konstytucyjnie ograniczenia wolności i praw obywatelskich ze względu na potrzebę ochrony dobrostanu zwierząt.

Pierwszym z możliwych rozumowań, najbardziej radykalnym, byłoby wyprowadzenie dopuszczalności ograniczeń w traktowaniu zwierząt, ze względu na ich dobrostan, z samego pojęcia wolności w znaczeniu, w jakim użyte zostało w przepisach Konstytucji. Oparcie dla takiego rozumowania mogłoby mieć powiązanie przez ustrojodawcę wszelkich wolności i praw obywatelskich z przyrodzoną godnością człowieka, traktowaną jako ich źródło (art. 30 Konstytucji). W takim ujęciu godność wyznacza niejako inherentne granice wolności i jej konstytucyjnych gwarancji. W chrześcijańskiej interpretacji wolności, jako swoistej emanacji godności osoby ludzkiej (będącej dość oczywistą inspiracją omawianych przepisów), jest ona w istocie „wolnością do czynienia dobra”. Jak ujmuje to jeden z najbardziej miarodajnych dokumentów wykładających to zagadnienie, „wolność nie polega na możliwości czynienia czegokolwiek; jest ona wolnością ku Dobru, w którym jedynie znajduje się szczęście. Dobro jest więc jej celem [...]”.

W przełożeniu na wskazania nauki społecznej Kościoła oznacza to, że „instytucje i prawa, gdy są zgodne z prawem naturalnym i ukierunkowane ku dobru [kurs. – T.P.] wspólnemu, są gwarantami wolności [kurs. – T.P.] osób i jej promocji⁷”.

Interpretując pojęcie wolności i granic jego konstytucyjnej ochrony w takim właśnie duchu, jako realizacji tak czy inaczej pojmowanej godności osoby ludzkiej, będącej jej źródłem i ugruntowaniem, można byłoby argumentować, że okrucieństwo w stosunku do bezbronnych istot, krzywdzenie ich czy innego typu niehumanitarna ich eksploatacja, stanowi zachowanie nieliczące z właściwie rozumianą godnością istoty ludzkiej. Tym samym nie stanowiłoby legitymowanego korzystania z wolności, lecz raczej jej eksces, wykraczający poza granice jej konstytucyjnej ochrony. Tego rodzaju myśl czy sugestię odnaleźć można, jak się wydaje, również we wspomnianym już wyżej wyroku Trybunału Konstytucyjnego, jedynym, w którym szerzej poruszane były kwestie konstytucyjnych podstaw ochrony dobrostanu zwierząt. Trybunał wyraził w nim bowiem następujące spostrzeżenie: „ochronę zwierząt podczas uboju uzasadniają podstawowe wartości, na których oparty jest porządek aksjologiczny państwa. W szczególności dotyczy to wartości w postaci «dobra», o którym wspomina wstęp do Konstytucji, a które cenne jest zarówno dla osób wierzących, jak i tych, które uniwersalne wartości wywodzą z innych źródeł. Z godności człowieka (wstęp do Konstytucji, art. 30 Konstytucji), w jej rozumieniu ściśle związanym z podmiotowością człowieka, wynika obowiązek odpowiedzialnego postępowania w stosunku do zwierząt. Świat zwierząt stanowi integralną część otoczenia, w którym człowiek żyje i z którego korzysta, ale za które jest również odpowiedzialny⁸”.

Trybunał nie artykułuje jednak *expressis verbis* zapatrywania, że okrucieństwo wobec zwierząt może *per se* nie mieścić się w granicach konstytucyjnie chronionej wolności, będąc działaniem sprzecznym z godnością człowieka i wynikającą z niego powinnością czynienia „dobra”. Nie wyprowadza też z tej uwagi żadnych konkretnych konsekwencji interpretacyjnych czy normatywnych, co więcej – zarówno sentencja orzeczenia, jak i pozostałe fragmenty uzasadnienia (bardzo skądinąd niespójnego) – świadczą o tym, że nawet sami sędziowie nie potraktowali swojego zapatrywania nazbyt poważnie.

Ten sposób interpretacji pojęcia wolności wydaje się *prima facie* kuszący i intelektualnie atrakcyjny. Nie uważam go jednak za obiecujący kierunek poszukiwań konstytucyjnych podstaw umocowania prawodawstwa ochrony zwierząt, z co najmniej dwóch powodów. Po pierwsze, na poziomie abstrakcyjnej refleksji filozoficznoprawnej odrzucam takie „moralistyczne” pojmowanie wolności, jako

⁷ Instrukcja o chrześcijańskiej wolności i wyzwoleniu, http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19860322_freedom-liberation_pl.html [dostęp: 23.04.2019].

⁸ Wyrok TK z 10 grudnia 2014 r. (OTK 52/13), p. 8.2.3.

rodzaj szczególnie niebezpiecznej definicji perswazyjnej⁹. Szersze uzasadnienie tego odrzucenia znacząco wykraczałoby poza ramy rozważanego tu tematu i wymagałoby odrębnego, znacznie obszerniejszego opracowania. Po drugie zaś, „odnalezienie” w ten sposób w Konstytucji podstaw ochrony dobrostanu zwierząt byłoby jaskrawym przykładem praktyki wprowadzania do niej treści pożądanых przez samego interpretatora i przypisywania ich – różnego typu zabiegami retorycznymi – woli czy intencji ustrojodawcy. Otwierałoby zarazem drogę do bardzo daleko posuniętej dowolności interpretacyjnej, której przykładów dostarczają także wieloletnie praktyki „odnajdywania” w podobny sposób różnorodnych treści w innych pojęciach i normach konstytucyjnych¹⁰.

Drugą potencjalną regulacją konstytucyjną, w której możliwe jest poszukiwanie ugruntowania dla wartości dobrostanu zwierząt, są względy ochrony środowiska naturalnego, znajdujące wyraz w kilku miejscach Konstytucji (art. 5, 74 i 86 Konstytucji). Za przyjęciem, że ochrona dobrostanu zwierząt znajduje umocowanie właśnie w tym pojęciu konstytucyjnym przemawiać może kilka argumentów.

Po pierwsze, nie ulega wątpliwości, że zwierzęta – jako element ziemskiej fauny i flory – współtworzą ekosystem ziemi i środowisko życia człowieka. Ich istnienie oraz posiadane przez nie zdolności postrzegania i odczuwania świata są elementem przyrody, niezależnie od tego czy zamieszkują z ludźmi w domach, są utrzymywane w gospodarstwach rolnych czy rodzą się i umierają na wolności. W pewnym fundamentalnym znaczeniu wszystkie zwierzęta – nie tylko te żyjące w warunkach niezależnych od woli i działań człowieka – są więc elementem otaczającego człowieka „środowiska” przyrodniczego.

Po drugie, ochrona dobrostanu zwierząt jest postrzegana jako działalność bardzo blisko powiązana z ochroną środowiska naturalnego człowieka w wielu ustawodawstwach i konstytucjach innych państw. Przykładem może być chociażby niemiecka ustawa zasadnicza, która w art. 20a stanowi, że „państwo w ramach porządku konstytucyjnego chroni poprzez ustawodawstwo oraz zgodnie z ustawami i przepisami prawa poprzez władzę wykonawczą i sądownictwo naturalne podstawy życia i zwierzęta, również w poczuciu odpowiedzialności przed przyszłymi pokoleniami”. Także w niektórych innych konstytucjach, w których ochrona zwierząt została w sposób wyraźny przewidziana, wiązana jest ona z ochroną środowiska naturalnego (m.in. Luksemburg, Egipt, Brazylia, Indie¹¹).

⁹ Na temat definicji perswazyjnych zob. syntetycznie T. Pietrzykowski, *Etyczne problemy prawa. Zarys wykładu*, Katowice 2005, s. 64 i n. (i tam pow. lit.).

¹⁰ Zob. np. J. Nowacki, *Klauzula „państwo prawne” a orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego* [w:] dz. cyt., Kraków 2003, s. 41 i n.; tenże, *Rządy prawa. Dwa problemy*, Katowice 1995, s. 48 i n.

¹¹ Zob. szerzej na ten temat O. Le Bot, *Droit Constitutionnel de l'animal*, Marseille 2018, s. 36–46.

Po trzecie wreszcie, bardzo wiele przypadków nierespektowania dobrostanu zwierząt, zwłaszcza w formie zorganizowanych, masowych praktyk ich eksploatacji lub eksterminacji, wprost zaburza równowagę w przyrodzie i prowadzi do zdecydowanego obniżenia stanu środowiska naturalnego. Również to wiąże regulacje służące humanitaryzacji traktowania zwierząt z konstytucyjną wartością ochrony środowiska naturalnego.

Jednakże niemniej istotne racje przemawiają przeciwko utożsamianiu ochrony dobrostanu zwierząt z troską o stan środowiska naturalnego. Po pierwsze, nie ulega wątpliwości, że bardzo wiele aktów okrucieństwa wobec zwierząt, zwłaszcza indywidualnego znęcania się lub zabicia zwierzęcia nie ma – *per se* – żadnych dalszych negatywnych skutków dla środowiska poza skrzywdzeniem konkretnej istoty, będącej – jak wszystkie żywe organizmy – jego częścią. Różnica ta staje się jaskrawo widoczna w przypadku zwłaszcza niektórych typów przebiegów przeciwko dobrostanowi zwierząt – jak np. przeprowadzenie na zwierzęciu doświadczenia naukowego bez zgody odpowiedniej komisji etycznej¹², transport zwierząt powodujący ich zbędne cierpienie lub stres czy zmuszanie zwierząt do czynności mogących wywołać ból¹³. Aksjologia przepisów o ochronie dobrostanu zwierząt odwołuje się do moralnych ograniczeń krzywdzenia ich, a nie potrzeby zachowania środowiska naturalnego w odpowiednio niepożądanym stanie. Chodzi zatem przede wszystkim o to, że zwierzę „jako istota żyjąca, zdolna do odczuwania cierpienia nie jest rzeczą”, a „człowiek jest mu winien poszanowanie, opiekę i ochronę¹⁴”. Zakres i treść norm ustawodawstwa ochrony zwierząt, jak i ich deklarowane przez ustawodawcę przesłanki, różnią się od względów ochrony środowiska tworzącego warunki do życia i przetrwania człowieka.

Różnica ta znajduje potwierdzenie w formułowanej w doktrynie różnicy pomiędzy gatunkową a humanitarną ochroną zwierząt¹⁵. W przypadku ochrony gatunkowej chodzi o ochronę zwierząt jako przedstawicieli gatunków potrzebnych do zachowania równowagi czy chociażby różnorodności biologicznej. Jest ona realizowana w polskim porządku prawnym przede wszystkim normami ustawy o ochronie przyrody, a także odpowiednimi konwencjami międzynarodowymi. Opierają się one – co do zasady – na dążeniu do ochrony środowiska traktowanego jako zasób niezbędny do trwania gatunku ludzkiego i jego zdolności

¹² Art. 66 ust. 1 pkt 2 ustawy z 15 stycznia 2015 r. o ochronie zwierząt wykorzystywanych do celów naukowych lub edukacyjnych (Dz.U. poz. 266).

¹³ Art. 6 ust. 2 pkt 3 i 6 ustawy z 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt (t.j. Dz.U. z 2017, poz. 1840).

¹⁴ Art 1 ustawy powołanej w przyp. 9 powyżej.

¹⁵ Zob. np. O. Le Bot, *Introduction au droit de l'animal*, Marseille 2018, s. 6–8; Ł. Smaga, *Humanitarna ochrona zwierząt*, Białystok 2010, s. 97 i n.

do zaspokajania swoich (rosnących) potrzeb gatunkowych¹⁶. Ochrona gatunkowa dotyczyć może zarówno zwierząt świadomych i zdolnych do odczuwania cierpienia, jak i prostych organizmów bezkręgowych, jeżeli tylko pełnią wystarczająco użyteczną rolę w całokształcie uwarunkowań egzystencji człowieka. Nie stoi zaś na przeszkodzie eliminacji „szkodników”, jeżeli tylko może to – zgodnie z aktualnymi uwarunkowaniami i przekonaniami – służyć ostatecznie człowiekowi i jego dobru.

Zasadniczo inaczej przedstawiają się aksjologiczne podstawy humanitarnej ochrony zwierząt. Mają one charakter przede wszystkim etyczny i wynikają z rozpoznania moralnych implikacji zdolności części istot niebędących ludźmi do świadomego odczuwania bólu, cierpienia i innych emocji. W związku z rozwojem cywilizacji człowieka, egzystencja setek milionów takich istot i jej subiektywna jakość (suma przeżyć czy doznań składających się na ich przeżywanie świata) zależy w wielu wypadkach wprost od człowieka i jego decyzji. Podporządkowanie sobie tych istot przez człowieka nakłada zatem na niego – z racji faktycznej kontroli sprawowanej nad ich losem – moralne obowiązki uwzględniania ich cierpień i potrzeb¹⁷.

Są to racje niezależnie od interesu człowieka, a w dużej mierze wprost sprzeczne z nim; podobnie jak obowiązujące międzyludzko uwarunkowania moralne mogą być sprzeczne z egoistycznie pojmowanym interesem poszczególnych jednostek, ograniczającym ich swobodę realizowania go *per fas et ne fas*. W przypadku humanitarnej ochrony zwierząt nie chodzi więc o ich ochronę ze względu na własne dobro człowieka, ale ze względu na nie same i moralne roszczenia wynikające z ich zdolności sensorywnych i emocjonalnych. Tym samym przedmiotem takiej ochrony są jedynie zwierzęta zdolne do subiektywnych odczuć – przede wszystkim bólu, cierpienia i innego typu emocji. Wedle najlepszej współczesnej wiedzy naukowej dotyczy to co do zasady zwierząt kręgowych (ssaków, ptaków, gadów, ryb), a w bardzo niewielkim stopniu zwierząt bezkręgowych – wyjątkiem są tu przede wszystkim głowonogi. O ile w przypadku ochrony gatunkowej jej przedmiotem jest zwierzę (lub roślina) należąca do danego gatunku i pełniąca określoną rolę w ekosystemie, w ochronie humanitarnej liczy

¹⁶ Nieco inaczej te racje aksjologiczne wyglądać mogą w różnorodnych nurtach ekologii tzw. „głębokiej” (*deep ecology*), w której środowisku naturalnemu przypisywana jest zdecydowanie silniej wartość samoistna, zasadnicza, a nie tylko instrumentalna – jako zasobów warunkujących możliwość zaspokajania swoich potrzeb przez człowieka. Zob. na ten temat bliżej np. A. Naess, *Self-realization. An Ecological Approach to Being in the World*, „The Trumpeter” 1987, No. 4(3), s. 3940 i n. I tu jednak racje aksjologiczne podbudowujące postulaty normatywne różnią się w sposób istotny od przesłanek etycznych humanitarnej ochrony zwierząt.

¹⁷ Zob. na ten temat np. C. Korsgaard, *Fellow Creatures. Our Obligations to Other Animals*, Oxford 2018; por. także T. Pietrzykowski, *Kant, Korsgaard i podmiotowość moralna zwierząt*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2015, z. 2, s. 106 i n.

się indywidualnie pojmowana żywa, zdolna do odczuwania, istota. Ochronie podlega tu – ze względów moralnych – jakość jej subiektywnej egzystencji, która może doznawać drastycznego uszczerbku wskutek nieliczących się z nią działań człowieka, sprawującego często niepodzielną kontrolę nad losem zwierząt bezradnych wobec jego dominacji.

Również Trybunał Konstytucyjny zdaje się dostrzegać różnicę pomiędzy względami ochrony środowiska oraz humanitarną ochroną zwierząt. W powoływanym już wcześniej wyroku nadmienia bowiem, że „przesłanka w postaci «ochrony środowiska» (...) w podstawowym znaczeniu obejmuje wyłącznie ochronę zwierząt dziko (wolno) żyjących, stanowiących część środowiska naturalnego¹⁸”. Trybunał nie wyjaśnia bliżej, co rozumie przez „podstawowe znaczenie” konstytucyjnego pojęcia ochrony środowiska. Wydaje się jednak, że sens cytowanej uwagi może być bliski zasygnalizowanemu wcześniej sposobowi myślenia, w którym zwierzęta wprawdzie należą ostatecznie do środowiska naturalnego, jednakże w sensie konstytucyjno-normatywnym ich ochrona jako elementu ekosystemu człowieka polega na ochronie gatunkowej, a nie humanitarnej. Ta ostatnia wywodzi się bowiem z innych racji konstytucyjnych, implikujących nieco różne zasady i zakres ochrony zwierząt przed okrucieństwem i bezwzględnością człowieka.

Kolejnym zatem potencjalnym umocowaniem konstytucyjnym humanitarnej ochrony zwierząt byłyby racje moralności publicznej, o której mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji [a także jego odpowiedników, choć określonych jako „moralność” (*tout court*) w art. 45 ust. 2 i 53 ust. 5 Konstytucji¹⁹].

3. Moralność publiczna jako pojęcie prawne

Ani pojęcie moralności publicznej, ani „moralności” nie ma w polskim porządku prawnym swoich definicji legalnych. Podejmuje się je natomiast w literaturze – wskazując, że jest ona „klauzulą generalną służącą ochronie wartości «publicznych» – czyli na tyle utrwalonych i akceptowanych przez większość społeczeństwa,

¹⁸ Wyrok TK z 10 grudnia 2014 r. (OTK 52/13).

¹⁹ Nie sądzę, aby istniały podstawy do różnicowania pojęcia „moralności publicznej”, o której mowa w art. 31 ust. 3 Konstytucji (jako przesłanki ograniczenia wolności i praw jednostki) oraz „moralności” użytej w art. 45 ust. 2 (jako przesłanki ograniczenia jawności rozprawy) i 53 ust. 5 (jako przesłanki ograniczenia wolności praktyk religijnych). Z moralnością publiczną w rozumieniu art. 31 ust. 3 Konstytucji nie powinny być natomiast utożsamiane pojęcia „moralności” użyte w art. 53 ust. 3 (w kontekście prawa rodziców do zapewnienia nauczania zgodnego z ich przekonaniami moralnymi) oraz art. 85 ust. 2 (jako przesłanki odmowy przez obywatela służby wojskowej). Takie założenie – jako względnie niekontrolowane – przyjmuję w dalszych rozważaniach, choć jego szersze uzasadnienie wykraczałoby poza ramy niniejszego opracowania.

że można je uznać za charakterystyczne²⁰”. Także Trybunał Konstytucyjny akcentuje element „uznania” danych wartości czy norm moralnych w społeczeństwie, przesądzających o możliwości traktowania ich jako elementu moralności w znaczeniu konstytucyjnym²¹. Można zatem, jak się wydaje, przyjąć, że w dominujących ujęciach moralności (publicznej) jako pojęcia konstytucyjnego chodzi o takie wartości, normy i oceny moralne, które stały się na tyle rozpowszechnione i zakorzenione w danym społeczeństwie i jego kulturze, że można je uznać za należące nie tylko do sfery „prywatnych” przekonań moralnych poszczególnych jednostek. Chodzi więc raczej o leżące u podstaw takich przekonań względnie szeroko podzielane wartości i zasady podstawowe, a także ich etyczno-normatywnych implikacje. Istotnym argumentem za publicznym charakterem określonej wartości, normy czy oceny moralnej mogą być zwłaszcza odniesienia do nich w samym prawie (np. preambule do Konstytucji) lub możliwe do wykazania związku pomiędzy nimi a konkretnym kształtem regulacji prawnych.

Jednocześnie, publiczny charakter moralności nie oznacza, że składające się na nią oceny lub normy moralne dotyczyć mogą jedynie zachowań w sferze publicznej. Podkreśla się bowiem, że zakres moralności publicznej może także obejmować zachowania w sferze prywatnej, o ile tylko dotyczące ich normy czy oceny mają charakter w wystarczającym stopniu „publiczny” (tj. zakorzeniony w odpowiednio szeroko podzielanych wartościach i zasadach moralnych²²). Nie należą do niej zatem normy czyjejkolwiek moralności indywidualnej, o ile nie odwołują się czy nie wywodzą z odpowiednio szeroko podzielanych w danym społeczeństwie wartości i zasad podstawowych. W literaturze etycznej tę różnicę ujmuje się czasem przeciwstawiając „przekonania moralne” (*moral beliefs*) poszczególnych osób z funkcjonującymi w wymiarze społecznym „normami moralnymi” (*moral rules*²³).

²⁰ A. Kalisz, *Klauzula moralności (publicznej) w prawie polskim i europejskim jako przykład regulacyjnej, ochronnej oraz innowacyjnej funkcji prawa*, „Principia” 2013, t. LVII–LVIII, s. 197–210; doi:10.4467/20843887PI.14.010.1534; podobnie, choć akcentując „narodowy” charakter tak rozumianej moralności publicznej M.W. Greßler, *Moralność publiczna jako wyznacznik treści pojęcia wolność gospodarcza*, „Prawo Kanoniczne” 2015, t. 58, nr 2, s. 163–172.

²¹ Wyrok TK 52/13, pkt 8.2.2.

²² K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 196; M. Wyrzykowski, *Granice wolności i praw obywatelskich – granice władzy* [w:] *Obywatel – jego wolności i prawa*, Warszawa 1998.

²³ N. Cooper, *Two Concepts of Morality*, „Philosophy” 1966, vol. 41, No. 155, s. 19–33, s. 25. W tym odróżnieniu upatrywałbym zasygnalizowanej wcześniej różnicy pomiędzy moralnością (publiczną), o której mowa w art. 31 ust. 3, art. 45 ust. 2 i art. 53 ust. 5 Konstytucji, a moralnością w znaczeniu indywidualnych przekonań moralnych, o których mowa w art. 53 ust. 3 oraz 85 ust. 2 Konstytucji. Odrębną sprawą jest to, na ile konstytucyjna ochrona może obejmować indywidualne przekonania moralne radykalnie sprzeczne z moralnością publiczną. Jest to jednak odrębny i interesujący problem, który nie może być tu szerzej rozwijany.

Jak się jednak podkreśla, aby tak rozumiana moralność publiczna nie przeistoczyła się w narzędzie opresji moralnej w pluralistycznym światopoglądowo społeczeństwie, nie powinna ona obejmować zachowań zupełnie „nieszkodliwych społecznie”, tj. takich, które nie dotyczą nikogo, poza samym sprawcą²⁴. Nie wymaga to bynajmniej wiary w istnienie jakiegokolwiek „interesu społecznego” odrębnego od interesów indywidualnych interesów jednostek. Stanowisko takie jest do pogodzenia także z przekonaniem, że wszelkie dobra moralne mają ostatecznie charakter sumy czy wypadkowej subiektywnych interesów poszczególnych jednostek. W takim ujęciu, normy moralności publicznej powinny chronić jakiś odpowiednio doniosły interes kogoś innego niż sam sprawca potencjalnie „niemoralnych” czynów.

Podzielając, co do zasady, ten sposób myślenia, wydaje się jednak, że do właściwego scharakteryzowania pojęcia moralności publicznej niezbędne jest uczynienie jeszcze jednego kroku, to jest uwzględnienia podnoszonego w literaturze filozoficzno-prawnej przeciwstawienia moralności „pozytywnej” i „krytycznej”. Zostało ono sformułowane przez H.L.A. Harta, dla którego inspiracją były tu etyczne poglądy J. Benthama i innych utylitarystów²⁵. Na moralność pozytywną składają się – według Harta – przekonania i postawy moralne faktycznie akceptowane i rozpowszechnione w danej grupie społecznej. Natomiast moralność krytyczną danego społeczeństwa stanowią „ogólne zasady moralne używane do krytyki instytucji społecznych, w tym moralności pozytywnej²⁶”. Zbliżone przeciwstawienie odgrywa istotną rolę także w poglądach R. Dworkina, zdaniem którego rozwiązania prawne nie mogą opierać się na najprościej odczytywanych reakcjach moralnych społeczeństwa. Prawodawca powinien bowiem uwzględnić także podstawy i argumenty, na jakich się one opierają, a następnie „przeanalizować te argumenty i poglądy, starając się ustalić, które z nich są uprzedzeniami lub racjonalizacjami, które zakładają zasady ogólne takiego rodzaju, że nie można przyjąć, że olbrzymia większość społeczeństwa je wyznaje itd.”²⁷

Pozytywna moralność społeczna stanowi zatem sumę indywidualnych przekonań moralnych poszczególnych osób, dotyczących zarówno ocen i postaw wobec konkretnych zachowań czy zjawisk, jak i pewnych podstawowych wartości i zasad, na jakich – w ich odczuciu – powinno być oparte społeczeństwo

²⁴ Por. Zważszcza W. Brzozowski, *Bezstronność światopoglądowa władz publicznych w Konstytucji RP*, Warszawa 2011, s. 163 i n. i tam cyt. lit.

²⁵ Jak bowiem ujmuje H.L.A. Hart, przeciwstawiając pojęcia pozytywnej krytycznej moralności wszystko co czyni, to jedynie „revive the terminology much favored by the utilitarians of the previous century” (tamże, s. 20).

²⁶ Tamże, s. 20.

²⁷ R. Dworkin, *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998, s. 454–455; to odróżnienie [pozytywnej i krytycznej moralności] „is present throughout Dworkin’s writings” (S. Guest, R. Dworkin, 3rd ed., Stanford CA 2013, s. 127).

(jak np. godności, równości, wolności, sprawiedliwości itp.). Zbiór przekonań, z których zbudowana jest moralność pozytywna, cechują jednak niespójności i wewnętrzne sprzeczności, a także oparcie wielu z nich na fałszywych wyobrażeniach o faktach, a niejednokrotnie wprost na stereotypach bądź emocjonalnych skojarzeniach i intuicyjnych reakcjach, uwarunkowanych kulturą i przygodnymi procesami socjalizacji poszczególnych jednostek. Bywają także z zasady kształtowane pod wpływem przypadkowych spostrzeżeń, uogólnień i osobistych doświadczeń²⁸. Niezwykle rzadko stanowią w pełni przemyślany system przekonań, w których wszelkie konkretne oceny i reakcje moralne stanowią konsekwentne rozwinięcie podstawowych zasad i spójnego zespołu leżących u ich podstaw wartości.

Z tych właśnie względów relewantna prawnie moralność publiczna nie może być utożsamiana z moralnością pozytywną. Ta ostatnia stanowi bowiem jedynie „surowiec” do krytycznej refleksji etycznej, która wymaga weryfikacji, czy i na ile poszczególne rozpowszechnione przekonania i postawy społeczne są zbieżne z aprobowanymi przez to samo społeczeństwo podstawowymi wartościami i zasadami. Krytyczna refleksja etyczna zmierza zatem nie tyle do prostego ustalenia treści moralności pozytywnej w odniesieniu do konkretnych problemów etycznych, zmierza raczej do swego rodzaju jej racjonalnej rekonstrukcji, eliminując błędy, niespójności i niekonsekwencje wynikające z niepełnego przemyślenia związków i zależności pomiędzy podstawowymi zasadami i wartościami a ocenami formułowanymi w odniesieniu do konkretnych zjawisk i zachowań, a także usunięciu z niej deformacji wynikających z błędnej lub niepełnej znajomości faktów, do jakich odwoływać mogą się niektóre z sądów moralności pozytywnej (często wypływających ze stereotypów, uprzedzeń lub innego typu obiegowych opinii).

Do tego rodzaju podstawowych zasad w demokratycznych, wolnych i pluralistycznych społeczeństwach należy zazwyczaj poszanowanie dla możliwych do tolerowania różnic w indywidualnych przekonaniach moralnych, zwłaszcza wówczas, gdy nie prowadzą one do zachowań krzywdzących innych, ochrona określonej sfery prywatności każdej jednostki, a w tych ramach jej prawa do decydowania o sobie samej, równego respektu dla wolności i praw każdego obywatela, podlegających takim samym zasadom i ograniczeniom bez względu dzielące ich różnice itd.

Podsumowując ten wątek rozważań można zatem powiedzieć, że moralność publiczna nie jest ani czyjąkolwiek moralnością indywidualną, ani najprościej

²⁸ “Positive morality when unpacked is a body of beliefs and patterns of behavior of the members of the group – but to a large extent accepted unreflectively on the basis of social mimics and enculturation (S. Hampshire, *Public and Private Morality* [w:] S. Hampshire (red.) *Public and Private Morality*, Cambridge 1978, s. 30).

ujęcią moralnością pozytywną rozpowszechnioną w danym miejscu i czasie. Nie jest oczywiście także pojęciem blankietowym, pozwalającym na dowolne i nieskrępowane „ustalenia”, jakiego rodzaju oceny i normy moralne mieszczą się, a jakie nie mieszczą, w jej zakresie.

Moralność publiczna jest natomiast całokształtem konsekwencji etycznych wynikających z podstawowych wartości i zasad moralnych uznawanych w danym społeczeństwie. Rozwinięcie tych konsekwencji wymaga zarówno racjonalnej rekonstrukcji wzajemnych relacji pomiędzy poszczególnymi wartościami i zasadami, jak i uwzględnienia wszelkich rzetelnie ustalonych faktów i wiedzy, istotnych dla konkretyzacji i odniesienia tych wartości i zasad do konkretnych, podlegających ocenie zachowań lub zjawisk. Moralność publiczna, jako pojęcie prawne, implikuje ponadto związek pomiędzy podstawowymi wartościami i zasadami moralnymi a aksjologicznymi podstawami porządku publicznego, w tym przede wszystkim prawnego. Chodzi więc o jakieś odniesienie konstytuujących ją norm i wartości do treści Konstytucji i zasad na jakich opierają się poszczególne dziedziny prawa. Na ogół bowiem podstawy aksjologiczne porządku prawnego będą najklarowniejszym wyrazem akceptacji społecznej określonych wartości czy zasad, jako podstaw moralności publicznej²⁹. Nie oznacza to zarazem, że jedynie one są ich wyrazem, ani też, że w szczególnych sytuacjach nie mogą – np. z racji względnej sztywności i ustabilizowania, „rozmiąć się” z nieustannie ewoluującymi standardami moralności publicznej.

4. Dobrostan zwierząt jako wartość moralności publicznej

Wstępne ustalenie pojęciowe, dotyczące podstawowych wyznaczników sensu konstytucyjnej klauzuli moralności publicznej, pozwala przejść do bardziej skonkretyzowanego pytania o to, czy w jej aktualnym kształcie mieszczą się nakazy humanitarnej ochrony zwierząt. Sprawa ta wydaje się o tyle istotna i warta rozważenia, że Trybunał Konstytucyjny, w cytowanym już wyroku z 2013 r., zasugerował, że odpowiedź na to pytanie powinna – przynajmniej na obecnym etapie rozwoju moralności społeczeństwa – brzmieć negatywnie. Uchylając się od wyraźnego odniesienia się do tej kwestii, jako swego rodzaju *obiter dicta* zauważył jednak, że „można przypuszczać, że dynamika zmian postaw społecznych

²⁹ Dlatego w literaturze formułowany jest pogląd, że moralność publiczną należałoby określać raczej jako „moralność konstytucyjną” (R. Thoreson, *The Limits of Moral Limitation. Reconceptualizing „Morals” in Human Rights Law*, „Harvard International Law Journal” 2018, vol. 59, No. 1, s. 227.

i prawnych *stworzy w nieodległej przyszłości podstawy* [kurs. – T.P.] do analizowania zachowania człowieka wobec zwierząt w kontekście przesłanki «moralności³⁰».

Uwaga ta budzi bardzo poważne i warte wyartykułowania wątpliwości – dotyczy bowiem fundamentalnej dla prawodawstwa ochrony zwierząt kwestii konstytucyjnej, a Trybunał wypowiedział się tu bowiem w sposób skrajnie arbitralny. W całym orzeczeniu nie ma mianowicie żadnych racji uzasadniających wyrażone (niejako *implicite*) przekonanie. Wynika to zapewne z okoliczności, że kwestia ta – zdaniem Trybunału – nie miała bezpośredniego znaczenia dla normatywnej podstawy rozstrzygnięcia (co także jest, skądinąd, bardzo wątpliwe). Wzmiankowane niejako w ten sposób stanowisko Trybunału, gdyby uznać je za trafne, ma jednak istotne znaczenie zarówno dla rekonstrukcji konstytucyjnych aspektów prawodawstwa ochrony zwierząt, jak i szerzej – dla sposobu ustalania znaczenia moralności (publicznej) jako przesłanki ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności jednostki.

Zdanie Trybunału nie budzi obiekcji o tyle, o ile wskazuje na historycznie zmienną treść pojęcia moralności publicznej i ewolucję postaw społecznych względem zwierząt³¹. Jednakże nie ma przekonujących podstaw, aby zasadność traktowania postawy wobec zwierząt jako kwestii moralności publicznej uważać – jak uczynił to Trybunał – za kwestię „przyszłości” (nawet jeśli „nieodległej”).

Przede wszystkim należy zauważyć, że argumentem przesądzającym na rzecz ograniczenia moralności do relacji międzyludzkich nie może być antropocentrycznie zorientowana aksjologia preambuły do Konstytucji oraz katalogu jej podstawowych zasad i wartości. Kwestią otwartą pozostaje bowiem, czy i na ile „ogólnoludzkie wartości” deklarowanych w preambule Konstytucji jako „zakorzenienia” kultury, na jakiej nadbudowany jest porządek prawny, obejmują także postawę nieobojętności na dobrostan słabszych i zależnych od człowieka istot zdolnych do odczuwania cierpienia.

Rekonstrukcja obecnego stanu rozwoju moralności publicznej nie może – jak wspomniano – abstrahować od podstawowych rozstrzygnięć prawnych (zwłaszcza o charakterze swoistych deklaracji ideologicznych), które zasadnie traktować można jako ekspresję określonego publicznego konsensusu moralnego. Do takich norm z pewnością należy art. 1 ustawy o ochronie zwierząt deklarujący nie tylko, że zwierzę „nie jest rzeczą, lecz istotą zdolną do odczuwania cierpienia”, ale także, że „człowiek jest mu winien poszanowanie, opiekę i ochronę”. Podobny konsensus – w szerszej skali – wyrażony został na poziomie

³⁰ Wyrok TK 52/13 pkt 8.2.2.

³¹ Na temat postępu moralnego i prawnego zob. np. P. Singer, *The Expanding Circle. Ethics, Evolution and the Moral Progress*, Princeton 2011; S. Pinker, *Better Angels of Our Nature. A History of Violence and Humanity*, London 2011; W. Załuski, *Law and Evil. An Evolutionary Perspective*, Chettham-Northampton 2018, s. 53 i n.

prawa traktowego Unii Europejskiej, w którym dobrostan zwierząt „jako istot zdolnych do odczuwania” uznany został za wartość wymagającą poszanowania przy kształtowaniu poszczególnych polityk unijnych³². Jednocześnie warto zwrócić uwagę, że Konstytucja wymienia ochronę moralności (publicznej) jako przesłankę ograniczenia praw i wolności odrębnie od przesłanki „ochrony wolności i praw innych osób”.

Przemawia to, jak się wydaje, przeciw ograniczaniu moralności do relacji międzyludzkich, te bowiem – w zakresie, w jakim zasługują na ochronę prawną – mieszczą się, co do zasady, w przesłance ochrony „wolności i praw innych osób”, a nie ochrony moralności. Ta ostatnia obejmować zdaje się zatem także względy i racje niesprowadzalne do poszanowania tego, co od każdej jednostki należne „innym osobom”.

Relevantne racje prawne zdecydowanie przemawiają zatem za zaliczeniem dobrostanu zwierząt do wartości mieszczących się wśród uznanych przez prawo standardów moralności publicznej. Chodzi tu przy tym o rekonstrukcję moralności „krytycznej”, niezależnie od tego, na ile względy ochrony zwierząt mieszczą się w aktualnej (i rzeczywiście nieustannie ewoluującej) pozytywnej moralności społecznej. Również jednak pod tym względem nie wydaje się, aby istniały przekonujące argumenty mogące przemawiać za indyferencją moralności pozytywnej względem dopuszczalności zadawania zwierzętom cierpień. Przeczą temu wszelkie dostępne wyniki badań społecznych dotyczących postaw Polaków wobec zwierząt. Szczególnie wyraźnie uwidacznia się to w odpowiedziach na pytanie, czy zabijając zwierzęta dla pożywienia należy czynić to w sposób zapewniający, aby możliwie jak najmniej przy tym cierpiały, przyniatająca większość (powyżej 90%) respondentów odpowiada, że jest to „bardzo ważne” lub „ważne”. Praktycznie takie same wyniki w tej sprawie przyniosły badania CBOS przeprowadzone już w 1997 i 2006 r.³³ Podobne wyniki świadczące o przyniatającej przewadze postaw postrzegających humanitarną ochronę zwierząt jako ważną kwestię etyczną dotyczą także europejskiej opinii publicznej³⁴.

Badania te wskazują także, że opinia publiczna wykazuje się dość adekwatną znajomością faktów dotyczących zdolności sensorywnych i poznawczych zwierząt oraz rozpoznaje przynajmniej elementarne implikacje etyczne tych faktów. Na tym poziomie nie zachodzą zatem najbardziej typowe przyczyny niezgodności publicznej moralności pozytywnej z krytyczną, jakim jest błędna

³² Art. 13 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. z 2004 r., nr 90, poz. 864/2).

³³ CBOS, Komunikat z Badań „Polacy a zwierzęta”, maj 2006 r., https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2006/K_082_06.PDF [dostęp: 04.02.2019].

³⁴ Attitudes of Europeans Towards Animal Welfare. Eurobarometer Special Report No. 442, 2016 (<http://eurogrouarb.cluster020.hosting.ovh.net/wp-content/uploads/Eurobarometer-2016-Animal-Welfare.pdf> [dostęp 04.02.2019]).

lub niedokładna znajomość faktów, przesady, stereotypy, uprzedzenia itd. Tego rodzaju przyczyny dotyczyć mogą natomiast poszczególnych kwestii szczegółowych (np. metod uboju, warunków hodowli, zasadności eksperymentów na zwierzętach itp.), gdzie tego rodzaju niepełna znajomość faktów może prowadzić do przewagi postaw trudnych do racjonalnego pogodzenia z wartościami i zasadami stanowiącymi fundament tej samej (i uznawanej w dużej mierze przez te same jednostki) moralności publicznej.

O znaczeniu dobrostanu zwierząt w uznanej w naszej kulturze świadczy także dobitnie ranga tej problematyki w głównym nurcie zachodniej tradycji etycznej. Kwestia traktowania zwierząt postrzegana była jako niejako „pełnoprawna” kwestia etyczna przez cały łańcuch myślicieli kluczowych dla formowania się refleksji etycznej naszej części świata – w starożytności m.in. Pitagorasa, Teofrasta czy Porfiriusza, a w czasach nowożytnych – L. da Vinci, P. De Maupertuisa, J. Benthama, J.J. Rousseau, A. Schopenhauera czy L. Tołstoja. Jako kwestię *stricto* moralną (choć polegającą na obowiązku człowieka niejako wobec siebie samego) humanitarne traktowanie zwierząt traktowali także J. Locke oraz I. Kant. Za postrzeganiem ochrony dobrostanu zwierząt jako elementu moralności publicznej przemawia zatem nie tylko stan obecnej moralności pozytywnej w Polsce i w Europie, ale także odzwierciedlenie moralnej troski o stosunek człowieka do zwierząt w obowiązującym prawodawstwie oraz najbardziej nawet powierzchowna znajomość współkształtującej naszą kulturę tradycji etycznej w europejskiej myśli filozoficznej.

Sama przynależność racji ochrony dobrostanu zwierząt do konstytucyjnego rozumienia moralności publicznej oznacza tylko tyle, że są one w pełni legitymowanym ograniczeniem konstytucyjnych wolności i praw. W szczególności dotyczy to prawa do własności (gdy jego przedmiotem jest zwierzę zdolne do odczuwania cierpienia), wolności gospodarczej, artystycznej, wolności praktyk religijnych, badań naukowych itd. To jednak, jak daleko w konkretnych sytuacjach tego rodzaju ograniczenia mogą się posunąć, podlega, oczywiście, testowi proporcjonalności oraz ochronie „istoty” każdego prawa lub wolności.

5. W stronę bezpośredniej konstytucjonalizacji ochrony zwierząt

Pojęcie moralności publicznej stanowi *de lege lata* podstawowy łącznik humanitarnej ochrony zwierząt z Konstytucją. Stan ten można określić mianem „pośredniej” konstytucjonalizacji takiej ochrony³⁵. Różni ona nasz porządek

³⁵ Jest ona, jak się wydaje, klasycznym przykładem rozstrzygnięcia prawodawczego opartego na „niepełnej zgodzie teoretycznej” (*incompletely theorized agreement*), często stanowiącej

prawny od tych krajów, w których ochrona taka uległa konstytucjonalizacji bezpośredniej pod dwoma istotnymi względami. Po pierwsze, obecność racji ochrony dobrostanu zwierząt w konstytucji wymaga „odkodowania”, a wyniki tego rodzaju zabiegów interpretacyjnych – zwłaszcza w odniesieniu do tego rodzaju nieostrych i wieloznacznych pojęć, jak moralność publiczna – pozostają z natury rzeczy dyskusyjne i podważalne. Po drugie, i znacznie istotniejsze, stan tego rodzaju konstytucjonalizacji pośredniej oznacza wprawdzie, że ewentualne działania prawodawcy w zakresie humanitarnej ochrony zwierząt wymagające ograniczenia sfery konstytucyjnych wolności i praw nie są wprawdzie *a limine* wykluczone, jednak na ustawodawcy nie ciąży żaden kierunkowy nakaz realizacji takiej ochrony. Może to znacząco i negatywnie oddziaływać na status i dynamikę polityki prawa w tej dziedzinie.

Dlatego wzorem rosnącej liczby krajów postulować należałoby bezpośrednią konstytucjonalizację humanitarnej ochrony zwierząt. Choć trudno w tym przypadku poszukiwać w prawodawstwie obcym jakichkolwiek wzorców niektóre spośród obowiązujących konstytucji mogą służyć jako istotna inspiracja w konstruowaniu rozwiązań optymalnie dostosowanych do polskiego porządku prawnego. W ich świetle sposób normatywnego wyrażenia takiej wartości w przepisach polskiej ustawy zasadniczej można wyobrażać sobie co najmniej dwojako. Rozwiązanie skromne i ostrożne mogłoby polegać na dodaniu jedynie wzmianki dotyczącej zwierząt w art. 5 Konstytucji. Obligowałby on Rzeczpospolitą nie tylko do zapewnienia ochrony środowiska, kierując się zasadą „zrównoważonego rozwoju”, lecz także „potrzebą humanitarnego traktowania zwierząt zdolnych do odczuwania cierpienia³⁶”. Ujęcie to opiera się na dwóch założeniach. Po pierwsze, traktowaniu wszystkich zwierząt – nie tylko wolnożyjących – jako elementu środowiska człowieka zasługującego na ochronę kierującą się zasadą zrównoważonego rozwoju. Po drugie natomiast, pewna część tego środowiska, jaką stanowią zwierzęta zdolne do odczuwania cierpienia, zasługiwałyby na humanitarne traktowanie ze względów nieinstrumentalnych (które determinują podejście do ochrony środowiska jako takiego).

Ewentualne odrzucenie założenia pierwszego i ściślejsze wyodrębnienie humanitarnej ochrony zwierząt od względów ochrony środowiska wymagałoby, aby dodane do art. 5 sformułowanie brzmiało raczej: „a także [zapewnia]

warunek przyjęcia wspólnego rozwiązania normatywnego, mimo różnic w poglądach na jego przesłanki oraz konsekwencje (zob. C. Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York-Oxford 1996, s. 34 i n.).

³⁶ Przepisowi temu mogłoby zatem zostać nadane następujące brzmienie: „Art. 5. Rzeczpospolita Polska strzeże niepodległości i nienaruszalności swojego terytorium, zapewnia wolności i prawa człowieka i obywatela oraz bezpieczeństwo obywateli, strzeże dziedzictwa narodowego oraz zapewnia ochronę środowiska, kierując się zasadą zrównoważonego rozwoju, a także potrzebą humanitarnego traktowania zwierząt zdolnych do odczuwania cierpienia.”

humanitarną ochronę zwierząt zdolnych do odczuwania cierpienia”. Jestem jednak zdania, że ewentualny wybór rozwiązania dalej idącego i w sposób wyraźny emancypującego dobrostan zwierząt jako wartość odrębną i opartą na innych wartościach niż ochrona środowiska, powinno polegać na dodaniu po art. 74 Konstytucji, art. 74a, który mógłby mieć brzmienie następujące: „władze publiczne zapewniają ochronę dobrostanu zwierząt zdolnych do odczuwania cierpienia, uwzględniając ich interesy przy tworzeniu i stosowaniu prawa”.

Przepis ten wyrażałby znacznie wyraźniej konieczność respektowania indywidualnych interesów istoty zdolnej do odczuwania cierpienia, które w przypadku ludzi uzyskują postać praw i wolności wprost wymienionych w Konstytucji. W przypadku zwierząt interesy te muszą podlegać ważeniu z innymi racjami konstytucyjnymi, w tym przede wszystkim prawami podmiotowymi, ale także racjami ekonomicznymi i społecznymi. Niemniej jednak nakaz brania tych interesów pod uwagę wymuszałby odnoszenie do ewentualnych kolizji norm i wartości konstytucyjnych zasady proporcjonalności i dążenie do optymalnego „wyważenia” kolidujących dóbr³⁷.

W powiązaniu z istniejącą normą ustawową dereifikującą zwierzęta oraz interpretowaną w tym świetle przesłanką moralności publicznej wymienioną w art. 30 (oraz odpowiednio 52) Konstytucji, stwarzałoby to akceptowalne w świetle współczesnych standardów etycznych i legislacyjnych podstawy prawodawstwa ochrony zwierząt i ewolucji statusu prawnego tych ostatnich.

³⁷ Por. na ten temat zwłaszcza T. Gizbert-Studnicki, *Konflikt dóbr i kolizja norm*, „Ruch Prawniczy”, Ekonomiczny i Socjologiczny 1989, nr 1.

Bibliografia

- Brzozowski W., *Bezstronność światopoglądowa władz publicznych w Konstytucji RP*, Warszawa 2011.
- Cooper N., *Two Concepts of Morality*, „Philosophy” 1966, vol. 41, No. 155.
- Dworkin R., *Biorąc prawa poważnie*, tłum. T. Kowalski, Warszawa 1998.
- Gizbert-Studnicki T., *Konflikt dóbr i kolizja norm*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1989, nr 1.
- Greßler M.W., *Moralność publiczna jako wyznacznik treści pojęcia wolność gospodarcza*, „Prawo Kanoniczne” 2015, t. 58.
- Guest S., R. Dworkin, 3rd ed., Stanford CA 2013.
- Hampshire S., *Public and Private Morality* [w:] S. Hampshire (red.), *Public and Private Morality*, Cambridge 1978.
- Hart H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, Oxford 1966.
- Kalisz A., *Klauzula moralności (publicznej) w prawie polskim i europejskim jako przykład regulacyjnej, ochronnej oraz innowacyjnej funkcji prawa*, „Principia” 2013, t. LVII–LVIII.
- Korsgaard Ch., *Fellow Creatures. Our Obligations to Other Animals*, Oxford 2018.
- Le Bot O., *Droit Constitutionnel de l'animal*, Marseille 2018.
- Le Bot O., *Introduction au droit de l'animal*, Marseille 2018.
- Łętowska E., Grochowski M., Wiewiórowska-Domagalska A., *Wiąże, ale nie przekonuje (wyrok Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 52/13 o uboju rytualnym)*, „Państwo i Prawo” 2015, z. 6.
- Lis A., Pietrzykowski T., *Animals as Objects of Ritual Slaughter. The Polish Battle over Exceptionless Mandatory Stunning*, „Global Journal of Animal Law” 2015, No. 2 [dostęp: <https://ojs.abo.fi/ojs/index.php/gjal/article/view/1388>].
- Micińska-Bojarek M., *Łowiectwo. Aspekt humanitarno-prawny*, Warszawa 2014.
- Młynarska-Sobaczewska A., *Rytualne ofiary a moralność publiczna. Analiza argumentacji TK (K 52/13) i SN USA (508 U.S. 520.1993)*, „Państwo i Prawo” 2017, z. 4.
- Naess A., *Self-realization. An Ecological Approach to Being in the World*, „The Trumpeter” 1987, No. 4(3), s. 3940 i n.
- Nowacki J., *Klauzula „państwo prawne” a orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego* [w:] tenże (red.), *Studia z teorii prawa*, Kraków 2003.
- Nowacki J., *Rządy prawa. Dwa problemy*, Katowice 1995.
- Ochman P., Pisz M., *Prawne aspekty uboju rytualnego w Polsce (uwagi do wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 52/13)*, „Państwo i Prawo” 2018, z. 1.
- Pietrzykowski T., *Kant, Korsgaard i podmiotowość moralna zwierząt*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej” 2015, z. 2.
- Pietrzykowski T., *Etyczne problemy prawa. Zarys wykładu*, Katowice 2005.

- Pinker S., *Better Angels of Our Nature. A History of Violence and Humanity*, London 2011.
- Singer P., *The Expanding Circle. Ethics, Evolution and the Moral Progress*, Princeton 2011.
- Smaga Ł., *Humanitarna ochrona zwierząt*, Białystok 2010.
- Sunstein C., *Legal Reasoning and Political Conflict*, New York-Oxford 1996.
- Thoreson R., *The Limits of Moral Limitation. Reconceptualizing „Morals” in Human Rights Law*, „Harvard International Law Journal” 2018, vol. 59, No. 1.
- Wojtyczek K., *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w konstytucji RP*, Kraków 1999.
- Wyrzykowski M., *Granice wolności i praw obywatelskich – granice władzy* [w:] B. Oliwa-Radzikowska (oprac.), *Obywatel – jego wolności i prawa. Rzecznik Praw Obywatelskich [1988–1998]. Zbiór studiów przygotowanych z okazji 10. lecia urzędu Rzecznika Praw Obywatelskich*, Warszawa 1998.
- Załoski W., *Law and Evil. An Evolutionary Perspective*, Chettelham-Northhampton 2018.

STRESZCZENIE

Artykuł porusza problem konstytucyjnych podstaw prawodawstwa ochrony zwierząt, mający kluczowe znaczenie dla rozstrzygania sporów o granice dopuszczalności ograniczeń praw i wolności obywatelskich, dokonywanych w imię humanitarnej ochrony zwierząt jako istot zdolnych do odczuwania cierpienia. W odróżnieniu od rosnącej liczby krajów, w Polsce konstytucja nie zawiera żadnego wyraźnego przepisu nakazującego prawną ochronę zwierząt. Dlatego część ustawowych ograniczeń wprowadzonych dla ochrony zwierząt spotyka się z zarzutem naruszenia konstytucyjnych praw i wolności osób, których dotyczą takie ograniczenia. Najbardziej spektakularny wymiar spór taki uzyskał w sprawie dopuszczalności zakazu uboju rytualnego, który rozstrzygnięty został przez Trybunał Konstytucyjny w 2014 r. na rzecz ochrony wolności praktyk religijnych. Dlatego też poszukiwanie odpowiedzi na pytanie o wartości i normy konstytucyjne mogące stanowić podstawę ingerencji w wolności i prawa obywatelskie w imię humanitarnej ochrony zwierząt ma ogromne znaczenie teoretyczne i praktyczne. W artykule rozważanych jest kilka możliwych podstaw tego rodzaju ochrony. Zarówno pojęcie wolności człowieka i jej granice wynikające z wartości godności człowieka, na której jest ona ufundowana, jak i obowiązek ochrony środowiska naturalnego, okazują się wątpliwymi i niewystarczającymi racjami, mogącymi stanowić konstytucyjną podstawę prawodawstwa humanitarnej ochrony zwierząt. Dlatego szczególnie wnikliwej analizie poddane zostaje pojęcie moralności publicznej, zawarte w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Wskazuje ona na konieczność interpretacji tego pojęcia w świetle przede wszystkim uznanego społecznie katalogu podstawowych wartości moralnych. Prowadzi także do wniosku, że dla konstytucyjnego pojęcia moralności publicznej zasadnicze znaczenie ma wprowadzone przez H.L.A. Harta (a następnie także R. Dworkina) odróżnienie pozytywnego i krytycznego ujęcia funkcjonujących w społeczeństwie przekonań i postaw moralnych. Moralność publiczną w rozumieniu konstytucyjnym należy utożsamiać raczej z moralnością krytyczną, stanowiącą rodzaj racjonalnej rekonstrukcji faktycznych przekonań i praktyk moralnych rozpowszechnionych w społeczeństwie. Racje humanitarnej ochrony zwierząt odwołują się zarówno do treści istotnych i niekontrowersyjnych regulacji prawnych i ich aksjologicznych presupozycji, szeroko rozpowszechnionych przekonań obecnych w społecznej moralności pozytywnej, jak i wreszcie głębokiej tradycji europejskiej myśli etycznej. Z tych względów w sposób niebudzący wątpliwości mieszczą się w konstytucyjnie rozumianym pojęciu moralności publicznej.

Słowa kluczowe: moralność, prawo, konstytucja, zwierzęta, prawa człowieka

SUMMARY

The paper discusses the problem of constitutional grounds for animal welfare legislation. This issue plays a key role in the decisions concerning the limits of constitutionally acceptable intrusions into the human rights and freedoms made for the sake of the protection of sentient animals against harm and suffering. In contrast to the growing number of countries, in Poland the constitution does not directly mandate protecting animals. That is why many statutory constraints introduced to protect animals give rise to objections based on the constitutional guarantees of human rights and freedoms of those, whose actions are being constrained. The most spectacular case of such complaint concerned the statutory ban on ritual slaughter of animals that had been reviewed by the Constitutional Tribunal in 2014 and resolved in favor of the protection of constitutional freedom of religious practice. Therefore, the question of the constitutional values and norms that could be the basis of limiting the exercise of human rights and freedoms to protect sentient animals has an enormous theoretical and practical significance. In the paper, several potential constitutional grounds of such protection are examined. Either the concept of freedom and its limitations related to the value of human dignity on which it is founded or the duty of protecting natural environment does not suffice as such constitutional basis. Thus, the concept of public morality used in the art. 31 sec. 3 of the Constitution is carefully unpacked. Its analysis reveals that it has to be interpreted in light of the range of socially recognized basic moral values. Furthermore, it leads to the conclusion that for the constitutional conception of public morality the distinction offered by H.L.A. Hart (and later developed by R. Dworkin) between positive and critical morality is of utmost importance. Public morality, in the constitutional sense, has to be identified rather with the critical morality, that is a kind of rational reconstruction of the views and practices widely shared within the society. The reasons of humanitarian protection of animals refer to the content of important and uncontroversial legal regulations and their axiological presuppositions, widely shared beliefs present in the positive social morality as well as the deeply rooted tradition of the European ethical thought. All that makes such reasons unquestionable part of the public morality in its constitutional sense.

Keywords: morality, law, constitution, animals, human rights



Dr Monika Domańska
Instytut Nauk Prawnych PAN
astamz@sn.pl

Grupa jednostek jako podmiot poszukujący ochrony w postępowaniu przed ETPC. Koncepcja ochrony praw grup wrażliwych

Abstrakt

Artykuł 34 EKPC określa kryteria dopuszczalności wniesienia przez jednostkę skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, ale stanowi również, że skarga może być wniesiona przez grupę jednostek, które twierdzą, że są ofiarą naruszenia praw zawartych w Konwencji lub w jednym z Protokołów do Konwencji. Celem artykułu jest analiza orzecznictwa Trybunału, które potwierdza, że ochrona praw grup jednostek może również wynikać z orzeczenia Trybunału wydanego w indywidualnej sprawie, jeżeli tylko wnioskodawca udowodni, że jest członkiem danej grupy wrażliwej i cała grupa wymaga przyznania takiej samej ochrony. Ważne jest, aby wrażliwa grupa i jej członkowie byli identyfikowani przez pryzmat charakterystycznych kryteriów oraz wspólnych okoliczności, w których ich prawa zostały naruszone.

Abstract

Article 34 ECHR sets forth criteria for the admissibility of individual applications to the European Court of Human Rights but it also states that applications can be submitted by a group of individuals who claim to be a victim of a violation of rights enshrined in the Convention or one of the protocols to it.

The aim of the article is to analyze of the Court's jurisprudence which confirm that the protection of the rights of a group of individuals may also result

from a decision of the Tribunal issued in an individual case if only applicant proves that he is a member of a vulnerable group and the whole group require the same protection. It is important, that the vulnerable group and its members must be identified by a set of characteristics criteria and by common circumstances in which their rights have been violated.

1. Uwagi wprowadzające

Historyczne podejście do analizowanego zagadnienia nakazuje przyjąć, że jednostki nie były tymi podmiotami, dla ochrony których stanowiono prawo międzynarodowe. Wyjątkiem nie były też przepisy Europejskiej Konwencji Praw Człowieka¹. Możliwość wnoszenia skarg przez jednostki była pierwotnie postrzegana jako jedna z opcji tego systemu ochrony, lecz w ciągu dziesięcioleci stała się jego najważniejszym elementem zapewniającym ochronę praw i wolności ustanowionych w Konwencji. W związku z tym, że jednostki nie żyją w izolacji, lecz w społeczeństwach wypełnionych siecią różnych powiązań i zależności, w sposób naturalny dochodzi między nimi do kształtowania się grup wykazujących podobne potrzeby i cele. Mogą to być także grupy, do których jednostki zarówno chcą, jak i potrzebują należeć z uwagi na interes przejawiający się w dążeniu do ochrony wspólnego prawa konwencyjnego. Jeżeli prawo takie zostaje naruszone, wszyscy członkowie tej grupy stają się ofiarami takiego naruszenia. Poszukując ochrony w postępowaniu przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka skargę może wnieść każdy członek takiej grupy, jak i grupa jednostek. Zakres podmiotowy przyznanej ochrony powinien pozostawać taki sam i dotyczyć wszystkich potencjalnie pokrzywdzonych.

Odwołując się do powyższego, w niniejszym artykule odniesiono się do roli Europejskiej Konwencji Praw Człowieka jako instrumentu prawnego mającego gwarantować poszanowanie ochrony praw i wolności zawartych w Konwencji, nie tylko wobec jednostek, ale także grup jednostek poszukujących takiej ochrony. Aby zrealizować powyższy cel przeprowadzono rekonstrukcję normatywnego charakteru art. 34 EKPC, jako podstawowego instrumentu prawnego umożliwiającego ochronę praw wyróżnionej grupy jednostek. W następnej kolejności przeanalizowano koncepcję „wrażliwości” jako cechy społecznej przenikającej konstrukcję grupy jednostek. Podjęto próbę krytycznej oceny praktyki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w obszarze ochrony praw grup jednostek, ze szczególnym uwzględnieniem grup wrażliwych. W szczególności odniesiono

¹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.), dalej jako EKPC lub Konwencja.

się do tych przykładów orzeczeń, w których problem ochrony praw konwencyjnych dotyczył mniejszościowych grup etnicznych. Na koniec sformułowano ogólne wnioski odnoszące się do dotychczasowego rozwoju koncepcji ochrony praw grup jednostek w systemie EKPC oraz przyszłości tego środka prawnego.

2. Charakter art. 34 EKPC jako podstawa normatywna skargi grupy jednostek

W art. 34 EKPC zawarto prawo do skargi indywidualnej, która jest uznawana za jedną z podstawowych gwarancji skuteczności konwencyjnego systemu ochrony praw człowieka². Z treści tego przepisu wynika wprost, że Trybunał może przyjmować skargi każdej osoby, organizacji pozarządowej lub grupy jednostek, które uważają, że stały się ofiarami naruszenia praw zawartych w Konwencji. O ile jednak prawo jednostki (osoby fizycznej, osoby prawnej) czy organizacji pozarządowych, w kontekście wykonywania art. 34 Konwencji jest szeroko komentowane³, o tyle prawo grupy jednostek do złożenia skargi do ETPC wciąż nie wydaje się być sprecyzowane ani pod względem podmiotowym, ani przedmiotowym. Jako przykład wniesienia skargi do ETPC przez grupę jednostek wymienia się sprawę *Guerra i inni p. Włochom*⁴. W sprawie tej grupa 40 mieszkańców skarżyła się na zagrożenie wynikające z położenia w pobliżu ich miasteczka fabryki materiałów chemicznych. Trybunał uznał, że każdy z mieszkańców miał prawo do uzyskania stosownych informacji dotyczących zagrożeń związanych z zamieszkiwaniem okolicy, w której budowana jest fabryka, stąd przyjął, że taka grupa jednostek może występować jako podmiot składający skargę.

W kontekście stosowania art. 34 EKPC podnosi się, że grupa osób wnoszących skargę nie musi wykazać się więzią prawną, która łączy w formalny sposób jej członków⁵. Mimo tego, że Trybunał nie wymaga wykazania przewidzianej prawem formy organizacyjnej takiej grupy, to jednak istotne pozostaje, aby między jednostkami tworzącymi taką grupę występowała taka zależność (nawet niesformalizowana forma więzi), by rozstrzygnięcie przesądzające o (nie)naruszeniu

² Przykładowo wyrok ETPC z 23.03.1995 r., w sprawie *Loizidou przeciwko Turcji*, skarga nr 15318/89, pkt 70. Wszystkie powoływane wyroki ETPC są dostępne na stronie: www.hudoc.echr.coe.int.

³ Wystarczy wskazać na I. Kondak, *Komentarz do art. 34 [w:] Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom II. Komentarz do art. 19–59*, L. Garlicki (red.), Warszawa 2011, s. 123–149 i powoływana tam literatura, oraz W.A. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford 2015, s. 731–752 i powoływana tam literatura.

⁴ Wyrok ETPC z 19.02.1998 r., w sprawie *Guerra i inni przeciwko Włochom*, skarga nr 14967/89.

⁵ I. Kondak, dz. cyt., s. 130.

skarżonego prawa konwencyjnego nie miało charakteru abstrakcyjnego i aby wpływało na kształt sytuacji prawnej jednostek należących do tej grupy, czy też samej grupy jako podmiotu wyróżnionego na tle reszty społeczeństwa. Przyjmując taką perspektywę ETPC nie podzielił argumentu przedstawionego przez grupę religijną, która podnosiła, że stanie się „ofiara” naruszenia praw konwencyjnych, jeżeli określone sprawozdanie parlamentarne zostanie złożone. Trybunał uznał, że założenie to jest jedynie spekulacją i odmówił statusu ofiary dla tej organizacji⁶. Podobne względy zadecydowały o odmowie przyznania statusu ofiary dla islamskiej organizacji ze Szwajcarii, wskutek czego odmówiono jej prawa zakwestionowania konstytucyjnej poprawki wprowadzającej zakaz budowania minaretów⁷.

Z powyższego można wnioskować, że grupa jednostek wnosząca skargę do ETPC to nie jest podmiot zbiorowy występujący w sprawie w formie współuczestnictwa znanej polskiej procedurze cywilnej⁸, ale raczej przypadek wielopodmiotowości po jednej stronie procesu, w ramach którego toczące się postępowanie dotyczy sfery prawnej tych jednostek w takim rozumieniu, że każda z nich jest „ofiara” naruszenia tego samego prawa lub wolności gwarantowanych w Konwencji, albo działanie lub zaniechanie ze strony państwa bezpośrednio je dotyka⁹, nawet wówczas, gdy nie spowodowało to szkody majątkowej, ani niemajątkowej, czy wręcz, że istnieje uzasadnione potencjalne ryzyko naruszenia ich praw i wolności konwencyjnych przez państwo¹⁰.

Rozważania w kontekście zasadności uznania danej grupy jednostek za podmiot, który jest uprawniony do skorzystania z prawa zawartego w art. 34 Konwencji, nie mogą zostać oderwane od kwestii spajania członków takiej grupy przez wspólny interes przejawiający się w dążeniu do ochrony tego prawa konwencyjnego, które jest jednakowe dla wszystkich jej członków. Dlatego też członek grupy wyróżnionej pod względem etnicznym, który skarży posługiwanie się w przestrzeni publicznej rasistowskimi uwagami i wyrażeniami, które w jego ocenie poniżają społeczność, do której należy, mimo iż tego rodzaju akty nie zostały skierowane bezpośrednio do skarżącego, to jednak jest uprawniony do podnoszenia, że jest ofiarą takich działań z uwagi na to, że „mógł się poczuć dotknięty

⁶ Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 6.11.2011 r., w sprawie *Federation chretienne des temoins de Jehova de France przeciwko Francji*, skarga nr 53430/99.

⁷ Decyzja z 28.06.2011 r., w sprawie *La Ligue des Musulmans de Suisse przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 66274/09.

⁸ Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1360 ze zm.), np. art. 72.

⁹ Warunek ten nie został spełniony w sprawie *Tauira i 18 innych przeciwko Francji* zakończonej postanowieniem Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 4.12.2001 r., gdyż Komisja uznała, że działania rządu francuskiego dotyczące podjęcia decyzji o wznowieniu testów nuklearnych w Polinezji nie dotyczą w sposób bezpośredni skarżących.

¹⁰ I. Kondak, dz. cyt., s. 133–134.

takimi uwagami kierowanymi wobec grupy etnicznej, gdyż jest jej członkiem¹¹”. Podobnie należy ocenić przykład wynikający ze sprawy *S.A.S. p. Francji*¹², w której skarżąca obywatelka Francji, praktykująca muzułmanka, utraciła (z dniem wejścia w życie francuskiej ustawy nr 2010-1192 z 11.10.2010 r.) możliwość zakrywania twarzy w miejscach publicznych. Skarżąca wskazała, iż w swoim codziennym ubiorze stosuje burkę i hijab zakrywające całe jej ciało, z pominięciem oczu, z uwagi na wyznanie muzułmańskie, kulturę oraz przekonania osobiste. W skardze do Trybunału zarzuciła, że została pozbawiona możliwości całkowitego zasłaniania twarzy w miejscach publicznych (art. 8, 9 i 10 Konwencji). Z powołaniem się na art. 14 EKPC twierdziła, że zakaz ten oznaczał dyskryminację ze względu na płeć, religię i pochodzenie etniczne kobiet, które – podobnie jak ona – chodziły z twarzą całkowicie zasłoniętą. Mimo iż sprawa nie została rozstrzygnięta na korzyść skarżącej, to w kontekście prowadzonej analizy należy zauważyć, że jednostka wniosła sprawę do Trybunału, szukając ochrony własnych praw, ale także innych jednostek, które zostały przez nią samą zaszeregowane do grupy, która złożona była z kobiet, muzułmanek mających etniczne pochodzenie. W ten sposób, przez zespojenie wymienionych cech, została w sprawie wykazana tożsamość członków tej grupy (z którą także skarżąca się identyfikowała), a którzy, w ocenie skarżącej, wymagali ochrony praw i wolności konwencyjnych.

W podobny sposób doszło do ukształtowania grupy jednostek wymagającej ochrony praw w sprawie *Bayatyan p. Armenii*¹³. Skarżący odmówił odbywania służby wojskowej jako pozostającej w sprzeczności z przekonaniami religijnymi, za co został skazany na karę więzienia, mimo iż deklarował chęć odbycia alternatywnej służby cywilnej, której jednak przepisy krajowe nie przewidywały. Trybunał uznał, że odmowa służby wojskowej była motywowana szczerymi wierzeniami religijnymi (jako Świadek Jehowy, skarżący miał obowiązek sprzeciwiania się służbie w wojsku) i uzasadniana następstwami wywierającymi skutek w sumieniu skarżącego. W analizowanej sprawie ETPC uznał, że obowiązkiem państwa-strony Konwencji jest poszanowanie przekonań religijnej grupy mniejszościowej przez umożliwienie jej służeniu społeczeństwu w sposób zgodny z sumieniem, ponieważ pozwoli to zapewnić spójny i stabilny pluralizm oraz promować w społeczeństwie harmonię religijną i tolerancję. Konsekwencją tego rozstrzygnięcia jest to, że poza ewidentnie pokrzywdzonym – skarżącym

¹¹ Wyrok ETPC z 15.03.2012 r., w sprawie *Aksu przeciwko Turcji*, skarga nr 4149/04, 41029/04. Pan Aksu, pochodzenia romskiego, twierdził, że trzy publikacje finansowane przez rząd (książka o Romach oraz dwa słowniki) zawierały uwagi i wyrażenia odzwierciedlające nastroje antyromskie.

¹² Wyrok ETPC z 1.07.2014 r., w sprawie *S.A.S. przeciwko Francji*, skarga nr 43835/11.

¹³ Wyrok ETPC z 27.10.2009 r. w sprawie *Bayatyan przeciwko Armenii*, skarga nr 23459/03.

w sprawie – jest również grupa jednostek potencjalnie pokrzywdzonych, tj. szeroki krąg osób (Świadkowie Jehowy), którym przysługuje taka sama ochrona konkretnych praw.

Na tle powyższego można zasadnie przyjąć, że mimo, iż Konwencja nie dopuszcza wnoszenia skarg mających charakter *actio popularis* czy mających za cel dokonanie przez ETPC abstrakcyjnej kontroli zgodności ustawodawstwa krajowego z przepisami Konwencji, to jednak status „ofiary”, który w odniesieniu do jednostki ma charakter subiektywny (powiązany wręcz z osobistą krzywdą), w odniesieniu do grupy jednostek przeszedł pewną ewolucję, co wydaje się być dopuszczalne gdyż jest to pojęcie autonomiczne na gruncie Konwencji. Tym samym w wyniku wniesienia skargi przez jednego z członków danej grupy, możliwe jest, że jej rozpatrzenie spowoduje, że status ofiary – czyli podmiotu, którego interesu dotyczy toczące się postępowanie – będzie należało przypisać także innym jednostkom, czy wręcz grupie jako takiej (np. mniejszości religijnej), o ile okoliczności faktyczne i prawne sprawy, oraz skutki naruszenia przepisów Konwencji, będą tożsame. Innymi słowy, rozsądne i przekonujące dowody w sprawie zapoczątkowanej skargą wniesioną przez jednostkę mogą spowodować, że stwierdzenie naruszenia przepisów Konwencji będzie wpływało na sytuację prawną większej liczby osób należących do wyróżnionej grupy.

3. Grupy wrażliwe społecznie

Potrzeba skutecznej ochrony praw całych grup jednostek została potwierdzona dość wcześnie w wypowiedziach ETPC. Do kategorii jednostek, które Trybunał uznał za podmioty szczególnego ryzyka, zaliczył np. nieślubne dzieci¹⁴, kobiety w wieku rozrodczym¹⁵, Romów oraz Żydów¹⁶. Bardzo precyzyjnych wyjaśnień dotyczących ryzyka nieprzestrzegania praw i wolności konwencyjnych związanych z sytuacją szczególnych grup jednostek dostarczył sędzia Pinto de Albuquerque w swoim zdaniu odrębnym do sprawy *Vallianatos i inni p. Grecji*¹⁷. W ocenie sędziego, jeżeli prawo konwencyjne przyznane jest – na podstawie przepisów krajowych – wyłącznie jednej grupie, która jest identyfikowana przez charakterystyczne dla tej grupy cechy, a jednocześnie istnieje domniemanie pozbawienia innej grupy (będącej w tej samej lub podobnej sytuacji)

¹⁴ Wyrok ETPC z 13.06.1979 r., w sprawie *Marckx przeciwko Belgii*, skarga nr 6833/74.

¹⁵ Wyrok ETPC z 29.10.1992 r., w sprawie *Open Door and Dublin Well Woman przeciwko Irlandii*, skargi nr 14234/88 i 14235/88.

¹⁶ Wyrok ETPC z 22.12.2009 r., w sprawie *Sejdić and Finci przeciwko Bośni i Hercegowinie*, skargi nr 27996/06 i 34836/06, pkt 28–29.

¹⁷ Wyrok ETPC z 7.11.2013 r., w sprawie *Vallianatos i inni przeciwko Grecji*, skargi nr 29381/09 i 32684/09.

korzystania z tego prawa bez jakiegokolwiek obiektywnego uzasadnienia, zgodność z przepisami prawa krajowego może zostać poddana ocenie przez Trybunał w sposób abstrakcyjny i na podstawie skargi złożonej przez jednego członka grupy osób gorzej traktowanych. Ten sam wniosek został przez sędziego odniesiony do różnych grup podmiotów, których sytuacja prawna została zróżnicowana przez przepisy będące przejawem dyskryminacji bezpośredniej i pośredniej. W obu przypadkach, zdaniem sędziego, członkowie grup pozbawionych pełnego korzystania z prawa gwarantowanego w Konwencji mogą skarżyć się do Trybunału.

Na tle omawianych wyroków nasuwa się wniosek, że przynajmniej jedna koncepcja, która zyskuje na znaczeniu w orzecznictwie ETPC, ucieka analizom doktryny przedmiotu. Jest nią koncepcja grup wrażliwych. Trybunał w Strasburgu użył jej po raz pierwszy w odniesieniu do mniejszości romskiej, odwołując się do „ich turbulentnej historii”, podkreślając konieczność przyznania im szczególnej ochrony¹⁸. Innym razem uznał, że grupę wrażliwą stanowią osoby psychicznie chore, „gdyż jest to grupa społeczna, która doświadczyła znaczącej dyskryminacji w przeszłości¹⁹”. Następnie ETPC rozszerzył listę grup wrażliwych na poszukujących azylu²⁰ i nosicieli wirusa HIV²¹.

Sama koncepcja wrażliwości społecznej nie jest do końca precyzyjna i wymaga odkodowania w kontekście jej partykularnego, jak i uniwersalnego wymiaru. Wymiar partykularny jest powiązany z koncepcją człowieczeństwa i łączy się ściśle z doświadczaniem wrażliwości w sposób charakterystyczny dla każdego człowieka oraz związany jest z odczuwaniem krzywdy, poczuciem zranienia²². Bywa definiowany jako „uniwersalny, nieunikniony, trwały aspekt ludzkiej kondycji²³”. Uniwersalny wymiar należy odnosić do wszelkich zależności jednostki od struktury społecznej, w której żyje. Dlatego należy przyjąć, że jest to koncepcja relacyjna, uwzględniająca miejsce jednostki w społeczeństwie²⁴, ale także ściśle związana z przynależnością jednostki (subiektywną i obiektywną)

¹⁸ Wyrok ETPC z 13.11.2007 r., w sprawie *D.H. i inni przeciwko Czechom*, skarga nr 57325/00.

¹⁹ Wyrok ETPC z 20.05.2010 r., w sprawie *Alajos Kiss przeciwko Węgrom*, skarga nr 38832/06.

²⁰ Wyrok ETPC z 21.01.2011 r., w sprawie *M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji*, skarga nr 30696/09.

²¹ Wyrok ETPC z 10.03.2011 r., w sprawie *Kiyutin przeciwko Rosji*, skarga nr 2700/10.

²² M.A. Fineman, *The Vulnerable Subject. Anchoring Equality in the Human Condition*, „Yale Journal of Law & Feminism” 2008, vol. 20, s. 9.

²³ Tamże, s. 8.

²⁴ F. Luna, *Elucidating the Concept of Vulnerability. Layers Not Labels*, „International Journal of Feminist Approaches to Bioethics” 2009, No. 2, s. 129.

do danej grupy społecznej (np. grupy mniejszościowej²⁵). Podejmując próbę ustalenia definicji dla grupy wrażliwej, należy przyjąć, że na taką grupę składają się jednostki, które szczególnie często doświadczają traktowania znacząco odmiennego od członków reszty społeczeństwa. Z perspektywy organów państwa, szczególna sytuacja członków takich grup na tle reszty społeczeństwa kształtuje imperatyw do podjęcia specjalnych instrumentów chroniących te grupy przed dyskryminacją. W tym kontekście zaznacza się, że dzieci, osoby w podeszłym wieku i kobiety są podmiotami, które ze względu na wewnętrzne, ale także zewnętrzne cechy, są „faktycznie wrażliwe²⁶”.

Orzecznictwo ETPC stanowi podstawę do przyjęcia tezy, że jednostki charakteryzujące się wspólną, istotną (w znaczeniu subiektywnym lub obiektywnym) cechą czy wręcz utrwaloną tożsamością można kwalifikować w ramach jednej grupy jako wrażliwe. Przykładem może być jednostka (skarżący w sprawie *MSS p. Belgii i Grecji*²⁷) wnioskująca o azyl, którą Trybunał uznał, że jest „jako taka członkiem grupy szczególnie wrażliwej, wymagającej szczególnej ochrony²⁸”. To stanowisko przemawia za możliwością przyjęcia, że każda osoba wnioskująca o azyl, niezależnie od jej osobistych doświadczeń, jest uznana za wrażliwą. Tym samym wrażliwość, która jest immanentnie wpisana w daną sytuację społeczną, powoduje, że staje się przesłanką do przypisania takiej wrażliwości wobec całej wyróżnionej grupy osób²⁹. Z drugiej zaś strony, afiliacja jednostki z konkretną grupą powoduje, że rozważenia wymaga, czy jednostka ta nie zasługuje na szczególne traktowanie.

Należy zaznaczyć, że wrażliwość, którą przypisuje się konkretnej grupie, może być jednak wzmocniona przez dodatkowe szczególne cechy, które stanowią kolejne kryterium aktualizujące potrzebę ochrony jednostki w konkretnych okolicznościach. W takich przypadkach ETPC przykłada większą wagę do tzw. „złożonej wrażliwości³⁰”. Za przykład mogą służyć grupy, na które składają się dzieci należące do mniejszości etnicznych, którym przypisuje się chorobę

²⁵ L. Peroni, A. Timmer, *Vulnerable groups. The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law*, „International Journal of Constitutional Law” 2013, No. 4, s. 1060.

²⁶ F. Ippolito, S.I. Sánchez, *Introduction* [w:] *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*, F. Ippolito, S.I. Sanchez (red.), Oxford-Portland-Oregon 2015, s. 6.

²⁷ Wyrok ETPC z 21 stycznia 2011 r., sprawie *MSS przeciwko Belgii i Grecji*, skarga nr 30696/09.

²⁸ Tamże, pkt 252.

²⁹ L. Peroni, A. Timmer, dz. cyt., s. 1068.

³⁰ A. Timmer, *A Quiet Revolution. Vulnerability in the European Court of Human Rights* [w:] *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, M.A. Fineman, A. Gear (red.), Ashgate 2013, s. 161.

psychiczną³¹, czy kobiety w ciąży należące do mniejszości etnicznej³². Na tak wyróżnioną „złożoną wrażliwość” składają się przede wszystkim te cechy jednostek, które determinują ich odrębność na tle reszty społeczeństwa. Istotne przy tym jest, że nie jest to jedna cecha, lecz co najmniej dwie i na tej podstawie dokonywana jest kategoryzacja grupy złożona z „podobnych jednostek”. Tak wyróżniona grupa nie jest, z oczywistych względów, wewnątrznie jednorodna. Jest to jednak zespół cech na tyle charakterystyczny, że zarówno pożądane, jak i wymagane, jest wyróżnienie jej na tle reszty społeczeństwa z uwagi na konieczność oceny ich wrażliwej sytuacji³³.

4. Potrzeba ochrony grup wrażliwych a orzecznictwo ETPC

Konfiguracja cech, które w danych okolicznościach powodują możliwość (konieczność) zakwalifikowania jednostki do danej grupy, są bardzo często utożsamiane z kryteriami zakazanej dyskryminacji. Dlatego zakaz dyskryminacji odnoszony do sposobu traktowania członków grupy szczególnie wrażliwej powinien być analizowany pod względem stosowania wszystkich wyróżnionych cech takiej grupy, które odpowiadają zakazanym kryteriom różnicowania. Tak rozumiana ochrona grup wrażliwych przed dyskryminacją jest znana orzecznictwu ETPC i stanowi podstawę do rozróżnienia pewnych aspektów społecznej nierówności pod kątem uwzględnienia potrzeb zapewnienia „specjalnej” równości traktowania podmiotom należącym do takich grup, jak i całym grupom.

Taka współzależność cech jednostek, klasyfikowanych następnie w ramach jednej wrażliwej grupy, która wymaga szczególnych rozważań z zakresu przyczyn zaistniałej dyskryminacji, jest bardzo wyraźna w sprawach, w których doszło do naruszenia zasady równości z uwagi na posłużenie się zakazanymi kryteriami różnicowania w konfiguracji „rasa + inne kryterium (kryteria)”. Odczucie stygmatyzacji jest o wiele silniejsze niż w przypadku zastosowania innego kryterium, a poczucie wspólnoty rasowej przekształca się w poczucie przynależności do

³¹ Tytułem przykładu wyrok ETPC z 13.11.2007 r., w sprawie *D.H. i inni p. Republice Czeskiej*, skarga nr 57325/00; wyrok z 5.06. 2008 r., w sprawie *Sampanis i inni przeciwko Grecji*, skarga nr 32526/05. Szeroko o dzieciach jako grupie wrażliwej: F. Ippolito, *(De)Constructing Children's Vulnerability under European Law* [w:] F. Ippolito, S.I. Sánchez (red.), dz. cyt., s. 23–47.

³² Wyrok ETPC z 8.11. 2011 r., w sprawie *V.C. przeciwko Słowacji*, skarga nr 18968/07. Szeroko o Romach jako grupie wrażliwej: T. Ahmed, *The Many Vulnerabilities of the Roma and the European Legal Framework* [w:] F. Ippolito, S.I. Sanchez (red.), dz. cyt., s. 141–179.

³³ Wyrok ETPC z 27.11.2017 r., w sprawie *Amirov przeciwko Rosji*, skarga nr 51857/13, pkt 65.

mniejszości społecznej i wywiera zarówno efekt wzmacniania więzi wewnątrzgrupowej, jak i separacji od reszty społeczeństwa³⁴.

Przykładem spraw przed ETPC, które należy powołać w kontekście prowadzonej analizy, są te należące do linii orzeczniczej dotyczącej tzw. segregacji dzieci romskich na etapie edukacji szkolnej. Wiodącym wyrokiem jest ten wydany w sprawie *D.H. p. Czechom*³⁵. Skargę wniosło 18 obywateli czeskich pochodzenia romskiego, którzy w trakcie edukacji szkolnej (w latach 1996–1999) zostali skierowani do szkół specjalnych uczących dzieci z niepełnosprawnością umysłową. Podstawą takiego skierowania była decyzja dyrektora poszczególnych placówek szkolnych, podejmowana po zasięgnięciu opinii poradni pedagogiczno-psychologicznej i po wyrażeniu zgody przez rodziców dziecka. W trakcie postępowania przed ETPC podważano wiarygodność testów na inteligencję wykonywanych w poradni, podkreślając, że został opracowany w oparciu o dane dotyczące populacji czeskiej (grupy większościowej), co powodowało, że dzieci mające romskie pochodzenie, z założenia niejako narażone były na osiąganie gorszych wyników. Skutkiem m.in. tego testu było umieszczenie w szkołach specjalnych od 80% do 90% wszystkich dzieci romskich pobierających naukę w Czechach. Początkowo, w postępowaniu przed Izbą (orzeczenie z 7.02.2006 r.) uznano, że zasady regulujące umieszczanie dzieci w szkołach specjalnych nie były dyskryminujące, ponieważ nie odnosiły się do pochodzenia etnicznego uczniów, ale były stosowane w słusznym celu dopasowania systemu kształcenia do potrzeb, zdolności i niepełnosprawności dzieci. Izba orzekła, że zebrane dowody w sprawie nie pozwalają na stwierdzenie, że umieszczenie lub, w niektórych przypadkach, pozostanie osób skarżących w szkołach specjalnych, było wynikiem uprzedzeń na tle rasowym. Jednak w postępowaniu przed Wielką Izbą w 2007 r. doszło do wyraźnego stwierdzenia, że żadna różnica w traktowaniu związana wyłącznie lub w dużej mierze z pochodzeniem etnicznym danej osoby nie może być obiektywnie uzasadniona w żadnym współczesnym

³⁴ Zaznaczenia wymaga, że rozróżnienie grup na mniejszość narodową, etniczną czy rasową jest w tym zakresie drugorzędne. Europejski Trybunał Praw Człowieka wypowiedział się na ten temat w wyroku z 15.12.2005 r., *Timishev przeciwko Rosji*, skargi nr 55762/00 i 55974/00, w której przyznał, że „etniczność i rasa to koncepcje powiązane i pokrywające się. Podczas gdy pojęcie rasy jest zakorzenione w biologicznej klasyfikacji jednostek ludzkich na podgatunki wyróżniane według cech morfologicznych takich jak kolor skóry czy cechy charakterystyczne twarzy, etniczność ma swój rodowód w idei grup społecznych wyróżnianych na podstawie wspólnej narodowości, afiliacji plemiennej, wyznania, języka czy innych źródeł i podłoża kulturowego i obyczajowego”. W tym kontekście, Romów należy postrzegać jako grupę etniczną, która nie ma państwa i nie aspiruje do uzyskania własnej politycznej autonomii (P. Macklem, *Minority Rights in International Law*, „International Journal of Constitutional Law” 2008, vol. 6).

³⁵ Wyrok ETPC (Wielka Izba) z 13.11.2007 r., *D.H. i inni przeciwko Czechom*, skarga nr 57325/00.

społeczeństwie demokratycznym zbudowanym w oparciu o zasady pluralizmu i szacunku dla innych kultur. Ponadto, przedstawione w sprawie dane statystyczne wykazywały, że prawdopodobieństwo, że dziecko romskie trafi do szkoły specjalnej było 27 razy większe niż w przypadku znajdującego się w podobnej sytuacji dziecka pochodzenia innego niż romskie.

Prowadząc szerokie rozważania ETPC zauważył, że w wyniku burzliwej historii i ciągłego wysiedlania społeczność romska stała się szczególnie mniejszością znajdującą się w trudnej sytuacji. Z tego powodu, grupa, jaką jest mniejszość romska, wymaga specjalnej ochrony. Tym samym, obiektywne i rozsądne uzasadnienie odmiennego traktowania tej grupy, musi być interpretowane jak najściślej.

Powyższa narracja Trybunału świadczy o odmiennym ustaleniu zakresu podmiotowego sprawy, aniżeli zostało to uczynione we wcześniejszym postępowaniu. Wielka Izba nie przyjęła indywidualistycznego podejścia do osi problemu podkreślonego w sprawie, lecz obrała grupową perspektywę ochrony praw oraz systemową perspektywę zastosowanych działań wobec dzieci romskich w ogóle. Wyraźnie podkreślono zastosowanie kryterium rasy + niepełnosprawności, a także wieku³⁶. Wszystko razem nadawało sprawie wymiar potrzeby ochrony praw szczególnej grupy wrażliwej. W tym kontekście należy podkreślić, że zasadne jest stanowisko o wystąpieniu w sprawie dyskryminacji o charakterze pośrednim, dotyczącej członków danej grupy społecznej, a nie indywidualnych skarżących. Taki wniosek uzasadnia też podstawa rozstrzygnięcia, tj. naruszenie art. 14 Konwencji w związku z art. 2 Protokołu nr 1. Wydaje się również, że podejście to uprawnia do założenia, że ETPC, uznając wystąpienie dyskryminacji pośredniej wobec całej mniejszości romskiej w Czechach, otworzył drzwi do uznania skargi o charakterze pozwu zbiorowego. Skarżący musieli zatem jedynie udowodnić swoją przynależność do mniejszości romskiej, by zostać uznanymi za ofiary ustalonej formy dyskryminacji³⁷.

Argumentacja ETPC zawarta w orzeczeniu w sprawie *D.H. p. Czechom* nie okazała się wystarczająca na potrzeby utrwalenia linii orzeczniczej z zakresu uznania rasy jako istotnego kryterium w kontekście ochrony grup wrażliwych. Wystarczy w tym miejscu odwołać się do przykładów najbardziej drastycznych spraw romskich, mających rasistowskie/etniczne podłoże, tj. do spraw dotyczących przymusowej sterylizacji (a także segregacji) kobiet romskich. Takim problemem zajmował się ETPC np. w wyroku *V.C. p. Słowacji*³⁸. Sterylizacja młodej

³⁶ S. Spiliopoulou Åkermark, *Images of children in education. A critical reading of DH and others v. Czech Republic* [w:] *Diversity and European Human Rights. Rewriting Judgements of the ECHR*, E. Brems (red.), Cambridge 2012, s. 59.

³⁷ J. Goldston, *The Struggle for Roma Rights. Arguments that Have Worked*, „Human Rights Quarterly” 2010, nr 2, s. 325.

³⁸ Wyrok ETPC z 8.11.2012. r., w sprawie *V.C. przeciwko Słowacji*, skarga nr 18968/07.

kobiety została wykonana w trakcie jej hospitalizacji w związku z urodzeniem drugiego dziecka. Skarżąca twierdziła, iż zapytano ją o plany dotyczące kolejnego potomstwa i jednocześnie poinformowano, że gdyby ponownie zdecydowała się na dziecko, to ją lub dziecko czekałaby z pewnością śmierć. W bólach porodowych i pod wpływem strachu skarżąca podpisała zgodę na sterylizację. Jej podpis pod drukowanym zwrotem: pacjent domaga się sterylizacji, był rozchwiany, a nazwisko rozdzielone na dwa słowa. Twierdziła, że nie miała świadomości, iż skutki sterylizacji są nieodwracalne. Według V.C. istotną kwestią przy sterylizacji było jej romskie pochodzenie, które wyraźnie podkreślono w dokumentacji medycznej skarżącej (rząd wyjaśniał w trakcie postępowania, że odwołanie się do pochodzenia romskiego było konieczne ze względu na wymóg specjalnej troski w stosunku do pacjentów romskich). Skarżąca na skutek sterylizacji (ze względu na bezpłodność) została odrzucona przez społeczność romską oraz rozwiodła się z mężem.

Mimo iż skarżąca podnosiła, że była dyskryminowana ze względu na rasę + płeć, to Trybunał uznał, że praktyka sterylizacji kobiet bez ich uprzedniej, świadomie wyrażonej zgody, dotyczyła bezbronnych osób z wielu grup etnicznych. Dostępne informacje, w ocenie ETPC, nie wystarczały do przekonującego wykazania, że lekarze mieli wobec skarżącej złe zamiary. Podobnie przedstawione do sprawy dowody nie okazały się wystarczająco przekonujące dla Trybunału, aby mógł uznać, że sterylizacja była częścią zorganizowanej polityki albo że zachowanie personelu szpitala było motywowane względami rasistowskimi. Konkludując Trybunał uznał, że doszło do naruszenia art. 8 Konwencji, tj. państwo nie zabezpieczyło dla skarżącej wystarczających środków ochrony umożliwiających jej – osobie należącej do społeczności romskiej – skuteczne korzystanie z prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego oraz uznał, że nie było potrzeby odrębnego rozstrzygnięcia, czy nastąpiło również naruszenie art. 14 Konwencji³⁹.

Sprawa V.C. *p. Słowacji* jest tylko jedną z szeregu spraw rozpatrywanych przez ETPC, które dotyczyły sterylizacji oraz segregacji kobiet romskich w szpitalach na Słowacji i w Czechach. Analiza tych spraw prowadzi do wniosku – wbrew ocenie dokonanej przez ETPC – że przymusowe sterylizacje kobiet romskich były powszechną praktyką w okresie reżimu komunistycznego, który miał na celu m.in. kontrolę liczby ludności romskiej, choć oficjalnie twierdzono, że jest to element polityki asymilacji tej mniejszości⁴⁰. Dostępne dane dowodzą, że w regionie Prešova, z którym należy łączyć sprawę V.C. *p. Słowacji*, aż 36, 6% sterylizacji w latach 1972–1990 dotyczyło właśnie kobiet romskich, a Romowie

³⁹ B. Smith, *Intersectional Discrimination and Substantive Equality. A Comparative and Theoretical Perspective*, „The Equal Rights Review” 2016, vol. 16, s. 96.

⁴⁰ Sterylizacja kobiet pochodzenia romskiego w Czechosłowacji oficjalnie prowadzona była od 1973 do 1991 r.

stanowili wówczas tylko 2% populacji czeskiej. Czeski Rzecznik Praw Obywatelskich szacuje, że między 1970 a 1990 rokiem, w ówczesnej Czechosłowacji, doszło do 90 tys. przypadków sterylizacji kobiet romskich⁴¹. Proceder był także stosowany w latach 90., co wynika z badań opracowanych na podstawie dokumentacji medycznych⁴².

Mimo iż wydane orzeczenia ETPC dotyczące segregacji dzieci romskich i sterylizacji kobiet romskich dzieli ok. 5 lat, a kwestia ochrony praw mniejszości etnicznych wciąż wzrasta, to jednak Trybunał zaprezentował całkiem odmienne podejście do potrzeby zapewnienia wzmożonej ochrony przed dyskryminacją systemową ze względu na rasę w sprawach dotyczących sterylizacji. Wykazywanie skali naruszeń praw kobiet romskich nie przekonało Trybunału, że jest to grupa o szczególnej wrażliwości, wyznaczona przez kumulację kryteriów rasy i płci. Stanowisko to jest zastanawiające, zwłaszcza że sam proceder sterylizacji Romek należy osadzić na fundamentach stereotypowego postrzegania tych kobiet w kontekście płci, rasy i klasy społecznej, a nawet patriarchalnej struktury społeczności romskiej. Przymusowej sterylizacji nie sposób połączyć wyłącznie z jednym wymienionym kryterium, ponieważ wyraźnie zaprzecza temu narracja stanowiska strony broniącej przed ETPC stosowanych praktyk sterylizacyjnych. Wynika z niej, że sterylizacja miała zapobiegać wysokiej liczbie „niezdrowej” populacji romskiej, przez co rozumiano reprezentowanie negatywnego stosunku do pracy i nauki, wysoką stopę przestępczości, podatność na alkoholizm, kobiecą rozwiązłość oraz niezdolność do rozwoju w porównaniu do innych grup społecznych⁴³.

Kolejny wyrok ETPC, który wyraźnie wpisuje się w zakres analizowanego zagadnienia, został wydany w sprawie *B.S. p. Hiszpanii*⁴⁴. Powódka (B.S.) od początku toczącego się postępowania zwracała uwagę, że w sprawie występuje ten rodzaj dyskryminacji, który – jak się wydawało – wynika z połączenia kryterium płci + rasy przy dodatkowym działaniu specyficznych okoliczności wykonywanej przez skarżącą profesji. Ze stanu faktycznego sprawy wynikało, że skarżącą była prostytutką nigeryjskiego pochodzenia z prawem stałego pobytu w Hiszpanii i w lipcu 2005 r. została trzykrotnie zatrzymana przez policję na

⁴¹ Za B. Walker (red.), *State of the World's Minorities and Indigenous People*, „Minority Rights Group International” 2013, s. 183.

⁴² Tytułem przykładu R.J. Cook, B.M. Dickens, *Voluntary and involuntary sterilization. Denials and abuses of rights*, „International Journal of Gynecology and Obstetrics” 2000, vol. 68, No. 1, s. 61–67, za A. Gwendolyn, M. Szilvasi, *Intersectional Discrimination of Romani Women Forcibly Sterilized in the Former Czechoslovakia and Czech Republic*, „Health and Human Rights Journal” 2017, vol. 19, No. 2, s. 4.

⁴³ *Final Statement of the Public Defender of Rights in the Matter of Sterilisations Performed in Contravention of the Law and Proposed Remedial Measures 2005*, s. 28, <http://www.ochrance.cz/documents/doc1142289721.pdf> [dostęp 16.02.2019].

⁴⁴ Wyrok ETPC z 24.07.2012 r., w sprawie *B.S. przeciwko Hiszpanii*, skarga nr 47159/08.

jednej z ulic Pallma de Mallorca i – jak podnosiła – potraktowana w sposób niewłaściwy zarówno w aspekcie fizycznym, jak i werbalnym. Twierdziła, że miało to bezpośredni związek z jej kolorem skóry (rasą), płcią i profesją. Skarżąca argumentowała, że po trzecim zatrzymaniu złożyła zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa oraz wymagała pomocy medycznej. Wkrótce potem doszło do kolejnego zatrzymania i skarżąca znowu musiała poddać się badaniom lekarskim oraz złożyła następne zawiadomienie o niewłaściwym potraktowaniu jej przez policję, w którym podkreślała, że prostytutki o „europejskim fenotypie” nie są w ten sam sposób traktowane.

W trakcie postępowania przed ETPC, dwa podmioty, które przystąpiły do sprawy po stronie skarżącej⁴⁵ podnosiły, że Trybunał powinien zbadać zagadnienie występującej w sprawie *intersectional discrimination*⁴⁶, tj. rodzaju dyskryminacji, która stwarza charakterystyczny system wykluczeń wynikający z nierozzerwalnego połączenia kilku konkretnych kryteriów zakazanego różnicowania⁴⁷. Powyższe wpisywało się w linię argumentacji, którą obrała sama skarżąca twierdząc, że pracując jako czarnoskóra prostytutka jest szczególnie podatna na ataki dyskryminacyjne, które są uwarunkowane właśnie czynnikami płci + koloru skóry + profesji i jako podstawy dyskryminacji nie mogą być rozważane rozdzielnie. Skarżąca zaznaczała, że wymienione kryteria wspólnie, a zwłaszcza przez pryzmat wzajemnych interakcji, stwarzają taką formę opresji, która dotyczy tylko charakterystyczną grupę podmiotów i nie dotyczy żadnej innej. W jej ocenie ten rodzaj dyskryminacji jest ściśle powiązany ze stanem faktycznym sprawy⁴⁸. Skarżąca podkreślała również, że postępowanie przed organami krajowymi zostało przeprowadzone w sposób, który należy uznać za dyskryminujący, a samą siebie uznała za ofiarę strukturalnej dyskryminacji, która występuje w sądownictwie hiszpańskim.

Rozważania ETPC, mimo iż noszą cechy analizy charakterystycznej dla uwzględnienia wielu kryteriów dyskryminacji, to jednak nie zawierają konkluzji, która pozwalałaby uznać, że pewna grupa społeczna wymaga ochrony praw jako wyróżniony podmiot. Odwołanie do wrażliwej sytuacji wystąpiło jedynie jako stwierdzenie: „sądy krajowe nie wzięły pod uwagę szczególnej wrażliwości

⁴⁵ The AIRE Centre oraz the European Social Research Unit of the University of Barcelona, pkt 65 i 66 wyroku.

⁴⁶ Np. *phenomenon of intersectional discrimination, which required a multiple-grounds approach that did not examine each factor separately*, pkt 57 wyroku.

⁴⁷ Wyczerpująco o tym rodzaju dyskryminacji w polskiej literaturze M. Domańska, *Zakaz dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium*, Warszawa 2019; patrz także: J. Maliszewska-Nienartowicz, *Multiple Discrimination and the European Union – What Lessons Can Be Learnt from Canada and the US?*, „Anti-Discrimination Law Review” 2017, No. 1, s. 106 i n., oraz *Zwalczanie dyskryminacji wielokrotnej (na przykładzie działań Unii Europejskiej)*, „Państwo i Prawo” 2012/2, s. 40 i n.

⁴⁸ Wyrok ETPC z 24.07.2012 r., w sprawie B.S. przeciwko Hiszpanii, skarga nr 47159/08, pkt 55.

skarżącej na atak dyskryminacji, która wpisana jest w jej sytuację jako afrykańskiej kobiety pracującej jako prostytutka⁴⁹”. Wprawdzie ETPC zauważył szczególnie wrażliwość pozycji społecznej skarżącej, lecz pominął przy tym szerszy kontekst występującego problemu, tj. synergii oddziaływania wyróżnionych kryteriów na inne podmioty niż skarżąca, które nie miały środków do wykazania, że marginalizacja, której doświadczają, nie wynika z zastosowania pojedynczej przesłanki, lecz ze wspólnego oddziaływania kilku, tj. w sposób niezauważalny z perspektywy standardowego, jednokryteryjnego podejścia do przepisów prawa antydyskryminacyjnego⁵⁰.

Analiza powyższego wyroku skłania do wniosku, że Trybunał celowo nie podjął rozważań prowadzących do zakwalifikowania sprawy jako tej, która może być odzwierciedleniem szerszego problemu dyskryminacyjnego, czyli mającej wymiar szerszy, aniżeli jednostkowy. Powodów może być wiele, lecz najbardziej prawdopodobne to te, że wyróżnione rodzaje kryteriów oddziałujących w sprawie nie stanowiły wystarczająco istotnej podstawy dla takiego zabiegu, oraz że ciężar gatunkowy sprawy nie dawał podstaw do zakwalifikowania jej jako „kamienia milowego” dla konieczności ochrony grupy podmiotów charakteryzujących się cechami odpowiadającymi wymienionym kryteriom zakazanej dyskryminacji.

5. Konkluzje

Przechodząc do konkluzji wynikającej z powyższych rozważań, należy zaznaczyć, że podmiot, jakim jest grupa jednostek poszukująca ochrony praw konwencyjnych przed ETPC, może skorzystać z gwarancji przewidzianych w art. 34 EKPC i wnosić skargę jako podmiot zbiorowy, jak również może próbować szukać ochrony na podstawie wykazania szczególnej wrażliwości społecznej tej grupy w skardze indywidualnej wniesionej przez jednostkę, która utożsamia się z tą grupą. Wówczas, tak jak to wynika np. ze sprawy *MSS p. Belgii i Grecji*, oraz z argumentacji przedstawionej przez sędziego Pinto de Albuquerque, wynik kontroli przestrzegania praw i wolności konwencyjnych dokonany przez ETPC należy odnieść do wszystkich członków tej grupy, o ile każdej z tych jednostek przypisuje się jednakową wrażliwość społeczną.

Problematyka ochrony grup wrażliwych przed ETPC jest szczególnie dobrze widoczna na przykładzie mniejszości romskiej. Zauważenie przez Trybunał

⁴⁹ J. ang.: *Special vulnerability to discrimination attacks inherent in her situation as an African woman working as a prostitute* (wyrok ETPC z 24.07.2012 r., w sprawie *B.S. przeciwko Hiszpanii*, skarga nr 47159/08, pkt 71).

⁵⁰ B. Smith, *Intersectional Discrimination and Substantive Equality. A Comparative and Theoretical Perspective*, „The Equal Rights Review” 2016, No. 16, s. 95.

„problemu romskiego” jest już samo w sobie symptomem istnienia problemu strukturalnej dyskryminacji tej mniejszości, wynikającej z uprzedzeń społecznych i funkcjonujących stereotypów. Wagę tego „zabiegu” podkreśla dodatkowo okoliczność, że aż do 2004 r. tylko dwa orzeczenia zawierające zarzuty na tle rasowym zostały rozstrzygnięte z korzyścią dla jednostki, przy czym żadne z tych orzeczeń nie dotyczyło zakresu stosowania art. 14 Konwencji. Podkreślić również należy, że w związku z tym, że Trybunał „zbyt ostrożnie” traktował sprawy związane z ochroną praw populacji romskiej, naraził się na zarzut stronnictwa antyromskiej⁵¹.

Z tej perspektywy na szczególną uwagę zasługuje przyznanie ochrony praw jednostkom, które zostały pokrzywdzone działaniami państwa udowodnionymi w tzw. sprawach segregacji dzieci romskich. Nie może ulegać wątpliwości, że każda jednostka, która wykaże, że w określonych okolicznościach (przedziale czasowym, okręgu zamieszkania) została umieszczona w szkole specjalnej z uwagi na jej romskie pochodzenie, może domagać się ochrony tych samych praw, o których orzeczono wobec jednostek biorących udział w postępowaniu przed ETPC.

Z uwagi na powyższe, bardzo rozczarowujące jest stanowisko ETPC w sprawach dotyczących sterylizacji kobiet romskich, zwłaszcza że Trybunał zauważał aspekty naruszenia prawa podmiotowego tych kobiet w postaci równości. Niemniej jednak przyjął pozycję wyczekującą w kontekście rozważenia występowania dyskryminacji systemowej opartej na art. 14 EKPC.

Wydaje się, że instytucja skarg wnoszonych przez grupę jednostek (lub jednostkę, która poszukuje ochrony dla całej grupy, z którą się utożsamia) będzie zyskiwać na znaczeniu. Multietniczna i wielokulturowa Europa, w ramach której wciąż dochodzi do migracji i przesiedleń, to środowisko, w którym tożsamość religijna, etniczna czy kulturowa wciąż pozostają silnym spoiwem dla każdej jednostki poszukującej ścisłej relacji z innymi jednostkami w swym otoczeniu.

⁵¹ C.H. del Llano, *Argumentation of the Court of Strasbourg's Jurisprudence Regarding the Discrimination against Roma* [w:] J. Jaskiernia, K. Spryszak (red.), *Europejski system ochrony praw człowieka. Inspiracja uniwersalna – uwarunkowania kulturowe – bariery realizacyjne*, Toruń 2016, s. 230.

Bibliografia

Akty prawne

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

Ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 1360 ze zm.).

Inne akty prawne

Final Statement of the Public Defender of Rights in the Matter of Sterilisations Performed in Contravention of the Law and Proposed Remedial Measures 2005, s. 28, <http://www.ochrance.cz/documents/doc1142289721.pdf> [dostęp 16.02.2019].

Orzeczenia

Wyrok ETPC z 13.06.1979 r., w sprawie *Marckx przeciwko Belgii*, skarga nr 6833/74.

Wyrok ETPC z 29.10.1992 r., w sprawie *Open Door and Dublin Well Woman przeciwko Irlandii*, skargi nr 14234/88 i 14235/88.

Wyrok ETPC z 23.03.1995 r., w sprawie *Loizidou przeciwko Turcji*, skarga nr 15318/89, pkt 70.

Wyrok ETPC z 19.02.1998 r., w sprawie *Guerra i inni przeciwko Włochom*, skarga nr 14967/89.

Wyrok ETPC z 26.02.2004 r., w sprawie *Nachova i inni przeciwko Bułgarii*, skarga nr 43577/98, 43579/98.

Wyrok z 15.12.2005 r., *Timishev przeciwko Rosji*, skargi nr 55762/00 i 55974/00.

Wyrok ETPC z 13.11.2007 r., w sprawie *D.H. i inni przeciwko Czechom*, skarga nr 57325/00.

Wyrok z 5.06. 2008 r., w sprawie *Sampanis i inni przeciwko Grecji*, skarga nr 32526/05.

Wyrok ETPC z 27.10. 2009 r., w sprawie *Bayatyan przeciwko Armenii*, skarga nr 23459/03.

- Wyrok ETPC z 22.12.2009 r., w sprawie *Sejdić and Finci przeciwko Bośni i Hercegowinie*, skargi nr 27996/06 i 34836/06, pkt 28–29.
- Wyrok ETPC z 20.05.2010 r., w sprawie *Alajos Kiss przeciwko Węgrom*, skarga nr 38832/06.
- Decyzja z 28.06.2011 r., w sprawie *La Ligue des Musulmans de Suisse przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 66274/09.
- Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 6.11.2011 r., w sprawie *Federation chretienne des temoins de Jehova de France przeciwko Francji*, skarga nr 53430/99.
- Wyrok ETPC z 21.01.2011 r., w sprawie *M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji*, skarga nr 30696/09.
- Wyrok ETPC z 10.03.2011 r., w sprawie *Kiyutin przeciwko Rosji*, skarga nr 2700/10.
- Wyrok ETPC z 8.11.2011 r., w sprawie *V.C. przeciwko Słowacji*, skarga nr 18968/07.
- Wyrok ETPC z 15.03.2012 r., w sprawie *Aksu przeciwko Turcji*, skarga nr 4149/04, 41029/04.
- Wyrok ETPC z 24.07.2012 r., w sprawie *B.S. przeciwko Hiszpanii*, skarga nr 47159/08.
- Wyrok ETPC z 7.11.2013 r., w sprawie *Vallianatos i inni przeciwko Grecji*, skargi nr 29381/09 i 32684/09.
- Wyrok ETPC z 1.07.2014 r., w sprawie *S.A.S. przeciwko Francji*, skarga nr 43835/11.
- Wyrok ETPC z 27.11.2017 r., w sprawie *Amirov przeciwko Rosji*, skarga nr 51857/13.

Literatura

- Ahmed T., *The Many Vulnerabilities of the Roma and the European Legal Framework* [w:] *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*, F. Ippolito, S.I. Sánchez (red.), Oxford-Portland-Oregon 2015.
- Cook R.J., Dickens B.M., *Voluntary and involuntary sterilization. Denials and abuses of rights*, „International Journal of Gynecology and Obstetrics” 2000, vol. 68, No. 1.
- Domańska M., *Zakaz dyskryminacji ze względu na więcej niż jedno zabronione kryterium*, Warszawa 2019.
- Fineman M.A., *The Vulnerable Subject. Anchoring Equality in the Human Condition*, „Yale Journal of Law & Feminism” 2008, vol. 20.
- Goldston J., *The Struggle for Roma Rights. Arguments that Have Worked*, „Human Rights Quarterly” 2010, No. 2.
- Gwendolyn A., Szilvasi M., *Intersectional Discrimination of Romani Women Forcibly Sterilized in the Former Czechoslovakia and Czech Republic*, „Health and Human Rights Journal” 2017, vol. 19, No. 2.

- Ippolito F., Sánchez S.I., *Introduction* [w:] F. Ippolito, S.I. Sánchez (red.), *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*, Oxford-Portland-Oregon 2015.
- Ippolito F., *(De)Constructing Children's Vulnerability under European Law* [w:] F. Ippolito, S.I. Sánchez (red.), *Protecting Vulnerable Groups. The European Human Rights Framework*, Oxford-Portland-Oregon 2015.
- del Llano C.H., *Argumentation of the Court of Strasbourg's Jurisprudence Regarding the Discrimination against Roma* [w:] J. Jaskiernia, K. Spryszak (red.), *Europejski system ochrony praw człowieka. Inspiracja uniwersalna – uwarunkowania kulturowe – bariery realizacyjne*, Toruń 2016.
- Kondak I., *Komentarz do art. 34* [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom II. Komentarz do art. 19–59*, Warszawa 2011.
- Luna F., *Elucidating the Concept of Vulnerability. Layers Not Labels*, „International Journal of Feminist Approaches to Bioethics” 2009, No. 2.
- Macklem P., *Minority Rights in International Law*, „International Journal of Constitutional Law” 2008, vol. 6.
- Maliszewska-Nienartowicz J., *Multiple Discrimination and the European Union – what Lessons Can Be Learnt from Canada and the US?*, „Anti-Discrimination Law Review” 2017, No. 1.
- Maliszewska-Nienartowicz J., *Zwalczanie dyskryminacji wielokrotnej (na przykładzie działań Unii Europejskiej)*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 2.
- Peroni L., Timmer A., *Vulnerable groups. The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention Law*, „International Journal of Constitutional Law” 2013, No. 4.
- Schabas W.A., *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford 2015.
- Smith B., *Intersectional Discrimination and Substantive Equality. A Comparative and Theoretical Perspective*, „The Equal Rights Review” 2016, vol. 16.
- Spiliopoulou Åkermark S., *Images of children in education. A critical reading of DH and others v. Czech Republic* [w:] Brems E. (red.), *Diversity and European Human Rights. Rewriting Judgements of the ECHR*, Cambridge 2012.
- Timmer A., *A Quiet Revolution. Vulnerability in the European Court of Human Rights* [w:] M.A. Fineman, A. Grear (red.), *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Ashgate 2013.
- Walker B. (red.), *State of the World's Minorities and Indigenous People*, „Minority Rights Group International” 2013.

STRESZCZENIE

W artykule zawarto rozważania, które zmierzają do wykazania, że prawo grupy jednostek do wniesienia skargi do ETPC na podstawie art. 34 Konwencji jest istotnym środkiem służącym ochronie praw i wolności konwencyjnych, które zostały naruszone w taki sposób, że każdy z członków takiej grupy stał się ofiarą przedmiotowego naruszenia. W związku z powyższym każdy członek tak wyróżnionej grupy może wnosić do Trybunału o przyznanie stosownej ochrony dla całej grupy, jak również sama grupa może domagać się takiej ochrony dla każdego jej członka.

Grupa jednostek jako podmiot poszukujący ochrony przed ETPC to zagadnienie szczególnie istotne w kontekście ochrony praw grup wrażliwych, czyli takich, wobec których historyczne, ekonomiczne, a nawet polityczne czynniki nie pozostają bez znaczenia w kontekście ich społecznej marginalizacji i wykluczenia. Dla grup takich jak dzieci czy kobiety z mniejszości etnicznych istotne pozostaje, aby rozstrzygnięcie ETPC dotyczące jednego jej członka, w ramach którego wykazano, że naruszenia mają charakter opresji systemowych czy strukturalnych, wpływało na możliwość ochrony naruszonego prawa konwencyjnego przez wszystkich innych pozostałych członków tej grupy.

Słowa kluczowe: grupa jednostek, grupa wrażliwa, tożsamość, ochrona praw, EKPC

SUMMARY

The article contains considerations that aim to show that the right of a group of individuals to submit a complaint to the ECtHR pursuant to art. 34 of the Convention is an important measure to protect conventions rights and freedoms that have been violated in such a way that each member of such a group has become the victim of this violation. Accordingly, any member of such a group may ask the Court to grant protection for the whole group as well as the group itself may demand such protection for each member.

A group of individuals as a subject seeking protection by the ECtHR is a particularly important issue in the context of protecting the rights of vulnerable groups, which means a group for whom historical, economic and even political factors are not without significance in the context of their social marginalization and exclusion. It is of great importance for groups such as children or women from ethnic minorities, that the ECtHR's decision regarding one of its members – where it was stated that the violations have systemic or structural nature – influence the possibility of protection of the violated right by all other members of this group.

Keywords: group of individuals, vulnerable group, identity, protection of rights, ECHR



Dr Anna Dąbrowska
Uniwersytet Technologiczno-Humanistyczny
im. Kazimierza Pułaskiego w Radomiu
angolu@wp.pl

Dwudziesta rocznica utworzenia Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów – przegląd działalności

*The 20th Anniversary of Establishing the African Court on
Human and Peoples' Rights – Overview of Activities*

Abstrakt

Dwudziesta rocznica utworzenia Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów jest doskonałą okazją do dokonania przeglądu działalności najmłodszego z trzech funkcjonujących obecnie na świecie regionalnych trybunałów praw człowieka. Celem prezentowanego artykułu jest przedstawienie działań podejmowanych przez Trybunał Afrykański na przestrzeni lat 1998–2018 (począwszy od utworzenia Trybunału Afrykańskiego mocą Protokołu do Karty Afrykańskiej, aż do chwili obecnej) i dokonanie ich analizy. Badanie rozpoczyna się od przypomnienia podstawowych faktów dotyczących powstania tej instytucji, następnie dokonany został przegląd jej początkowej działalności organizacyjno-administracyjnej, działalności sądowej, doradczej i pozasądowej.

Abstract

The 20th anniversary of establishing the African Court on Human and Peoples' Rights is a good occasion to have a closer look at the activities of the youngest among the regional human rights courts functioning in the world. The aim of this paper is to present the activities undertaken by the African Court over the

period 1998–2018 (from the establishment of the African Court by virtue of the Protocol to the African Charter until now) and analyse them. Our research starts with giving the facts concerning the institution establishment. They are followed by an overview of the Court's initial organizational, administrative, judicial, advisory and extra-judicial activities.

Wstęp

Afrykański Trybunał Praw Człowieka i Ludów (dalej Trybunał Afrykański) został powołany mocą art. 1 Protokołu do Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów o ustanowieniu Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów¹ (dalej Protokół do Karty Afrykańskiej), przyjętego 9 czerwca 1998 r. w Ouagadougou, Burkina Faso, przez Zgromadzenie Szefów Państw i Rządów Organizacji Jedności Afrykańskiej (aktualnie Unia Afrykańska)². Powszechnie wskazuje się, iż traktat ten został przyjęty po długim okresie nalegania na jego przyjęcie przez naukowców i organizacje pozarządowe³. Trybunał rozpoczął swoją działalność dopiero w 2006 r. Składa się z jedenastu sędziów⁴, a jego siedziba znajduje się w Arushy w Zjednoczonej Republice Tanzanii.

Głównym celem powołania Trybunału Afrykańskiego było uzupełnienie⁵ mandatu ochronnego Afrykańskiej Komisji Praw Człowieka i Ludów⁶

¹ Protokół do Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów ustanawiający Afrykański Trybunał Praw Człowieka i Ludów, Ouagadougou, 10 czerwca 1998 r., OAU Doc. OAU/LEG/EXP/AFCHPR/PROT(III). Protokół do Karty Afrykańskiej ostatecznie wszedł w życie 25 stycznia 2004 r., albowiem oczekiwano na zatwierdzenie go przez państwa członkowskie. Ostatecznie po ratyfikacji przez 15 państw członkowskich postanowienia Protokołu weszły w życie, zgodnie z jego art. 34 ust. 3. Fakt ten został uznany przez część przedstawicieli doktryny za wzmocnienie afrykańskiego systemu ochrony praw człowieka. Kraje, które ratyfikowały Protokół do Karty Afrykańskiej, to: Algieria, Burkina Faso, Burundi, Komory, Wybrzeże Kości Słoniowej, Gambia, Lesoto, Libia, Mali, Mauretania, Rwanda, Senegal, RPA, Togo i Uganda.

² Szerzej na temat przekształcenia Organizacji Jedności Afrykańskiej w Unię Afrykańską: zob. R. Murray, *Human Rights in Africa. From OAU to the African Union*, Nowy Jork 2004.

³ R.G.V. Cole, *The African Court on Human and Peoples' Rights.. Will Political Stereotypes Form an Obstacle to the Enforcement of its Decisions?*, „The Comparative and International Law Journal of Southern Africa” 2010, vol. 43, s. 23–26.

⁴ Tylko Prezes Trybunału Afrykańskiego jest zatrudniony na pełny etat. Pozostali sędziowie pracują w niepełnym wymiarze godzin i przyjeżdżają na sesje zwyczajne co 3 miesiące.

⁵ Uzupełnienie należy rozumieć jako wzmocnienie i pełne wypełnianie celów Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów, Nairobi, 27 czerwca 1981 r., UNTS, vol. 1520, s. 217. Taka regulacja sugeruje, że Trybunał Afrykański wraz z Komisją Afrykańską będą współistnieć jako niezależne ciała, a jednocześnie będą wzajemnie się wzmacniać.

⁶ Warto zwrócić uwagę na fakt, iż Komisja Afrykańska wzywała państwa afrykańskie do szybkiej ratyfikacji Protokołu do Karty Afrykańskiej, zob. *Resolution on the Ratification of the Additional Protocol on the Creation of the African Court of Human and Peoples' Rights*, 12 Annual

(dalej Komisja Afrykańska), która została utworzona jako quasi-sądowy organ Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów (dalej Karta Afrykańska) w 1981 r.⁷ Liczne okrucieństwa, których dopuszczano się na kontynencie afrykańskim, stały się wyraźnym świadectwem niewydolności Komisji Afrykańskiej i bezkarności afrykańskich rządów. Pozasądowe egzekucje, masakry, tortury, zaginięcia, nieuzasadnione zatrzymania, jak również nadzór polityczny czy nękanie, były powszechne i stały się ważną przesłanką dla wzmocnienia efektywności Komisji Afrykańskiej. Od czasu powstania Trybunał Afrykański wraz z Komisją Afrykańską dążą do stworzenia kompleksowego mechanizmu kontynentalnego nadzoru, który pozwoli ustalić, czy państwa-strony wprowadzają w życie swoje zobowiązania prawnomiędzynarodowe, wypowiadają się także na temat roszczeń dotyczących naruszeń praw człowieka przez poszczególne państwa⁸.

W świetle Protokołu do Karty Afrykańskiej Trybunał Afrykański ma kompetencję sporną i doradczą⁹. Do dnia dzisiejszego jedynie 9 państw¹⁰, spośród 30, które są stronami Protokołu do Karty Afrykańskiej, i 55 państw członkowskich Unii Afrykańskiej, złożyło oświadczenie w przedmiocie uznania kompetencji tego Trybunału.

Dwudziesta rocznica utworzenia Trybunału Afrykańskiego skłania do przeglądu i podsumowania jego działalności, choć biorąc pod uwagę wszystkie

Report Activity of the African Commission on Human and Peoples' Rights, annex IV, at 28 ACHPR/Res.29(XXIV)1998. Szerzej na temat Komisji Afrykańskiej: zob. N.J. Udombana, *The African Commission on Human and Peoples' Right and the Development of Fair Trial Norms in Africa*, „African Human Rights Law Journal” 2006, vol. 6, No. 2, s. 298–332; G. Bekker, *The African Commission on Human and Peoples' Rights and Remedies for Human Rights Violations*, „Human Rights Law Review” 2013, vol. 13, s. 499–528.

⁷ Zob. art. 30 Karty Afrykańskiej. W świetle tej regulacji Komisja Afrykańska została utworzona w celu ochrony i promowania praw człowieka w Afryce. Karta Afrykańska przyznała Komisji Afrykańskiej mandat obejmujący m.in. daleko idące działania promocyjne, ochronne, quasi-sądowe, doradcze i dyplomatyczne.

⁸ Art. 2 Protokołu do Karty Afrykańskiej stanowi, że Trybunał Afrykański uzupełnia mandat ochronny Komisji Afrykańskiej. Komisja Afrykańska jest quasi-sądowym organem o uprawnieniach zbliżonych do uprawnień Komitetu Praw Człowieka ONZ. Zasada 3 regulaminu Komisji Afrykańskiej określa ją jako „autonomiczny organ traktatowy działający w ramach Unii Afrykańskiej w celu promowania praw człowieka i ludów oraz zapewnienia ich ochrony w Afryce”, zob. *Rules of Procedure of the African Commission on Human and Peoples' Rights 2010*, <http://www.achpr.org/instruments/rules-of-procedure-2010> [dostęp: 09–12.2018].

⁹ Zob. art. 3 i 4 Protokołu do Karty Afrykańskiej. Zob. również: R.W. Eno, *The Jurisdiction of the African Court on Human and Peoples' Rights*, „African Human Rights Law Journal” 2002, vol. 2, No. 2, s. 223–233.

¹⁰ Benin, Burkina Faso, Wybrzeże Kości Słoniowej, Ghana, Malawia, Mali, Rwanda, Tanzania, Tunezja. Na początku 2016 r. Rwanda wycofała swoją uprzednio złożoną deklarację. Zob. na ten temat: Centre for Human Rights University of Pretoria, *Report. Rwanda's Withdrawal of Its Acceptance of Direct Individual Access to the African Human Rights Court*, 22 March 2016, <http://www.bit.ly/2sFPMam> [dostęp: 09–12.2018].

regionalne trybunały praw człowieka funkcjonujące na świecie, należy stwierdzić, iż Trybunał Afrykański jest stosunkowo młodą instytucją w porównaniu z Europejskim Trybunałem Praw Człowieka¹¹ czy Amerykańskim Trybunałem Praw Człowieka¹².

Początkowa działalność organizacyjno-administracyjna Trybunału Afrykańskiego

Oficjalnie Trybunał Afrykański rozpoczął swoją działalność w listopadzie 2006 r. w Addis Abebie w Etiopii, a w sierpniu 2007 r. przeniósł się do siedziby w Aruszy w Tanzanii. Przez pierwsze dwa lata swojej działalności (2006–2008), licząc od daty wyboru pierwszych sędziów¹³, jego działalność dotyczyła wyłącznie kwestii organizacyjno-administracyjnych, związanych m.in. z rozwojem biura, przygotowywaniem budżetu, jak również opracowywaniem regulaminu przejściowego.

Pierwsza sesja Trybunału Afrykańskiego odbyła się w dniach 3–5 lipca 2006 r. w Banjul (Gambia)¹⁴, niezwłocznie po objęciu funkcji przez sędziów, a jej przedmiotem uczyniono relacje pomiędzy Trybunałem Afrykańskim a Komisją Afrykańską, jak również utworzenie i organizację stałej siedziby Trybunału Afrykańskiego¹⁵. Powołano ponadto Komitet Sędziów odpowiedzialny

¹¹ Ustanowiony mocą Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzonej w Rzymie 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 Rzym, ETS No. 5, w mocy od 3 września 1953 r., ratyfikowana przez Polskę 19 stycznia 1993 r., tekst polski: Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

¹² Ustanowiony mocą Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka, San José, 22 listopada 1969 r., w mocy od 18 lipca 1978 r., OAS TS No. 36, UNTS, Vol. 1144, s. 123.

¹³ Pierwszych 11 sędziów Trybunału Afrykańskiego, obywateli państw członkowskich Unii Afrykańskiej, zostało powołanych w styczniu 2006 r. w Chartumie (Sudan). Zostali zaprzysiężeni przed 7. Zgromadzeniem Szefów Państw i Rządów organizacji 2 lipca 2006 r. w Bandżul (Gambia). Pierwszymi sędziami w historii Trybunału Afrykańskiego zostali: Sędzia Gerard Niyungeko (Burundi) – Przewodniczący, sędzia Modibo Tounty Guindo (Mali) – Wiceprezes, sędzia Fatsah Ouguergouz (Algieria), sędzia Jean Emile Somda (Burkina Faso), sędzia Sophia AB Akuffo (Ghana), sędzia Kellelo Justina Mafoso-Guni (Lesotho), sędzia Hamdi Faraj Fanoush (Libia), sędzia Jean Mutsinzi (Rwanda), sędzia El Hadji Guissé (Senegal), sędzia Bernard Ngoepe (RPA) oraz sędzia George Kanyeihemba (Uganda).

¹⁴ Powoływane w artykule dane (włącznie z liczbowymi) pochodzą zasadniczo ze źródeł internetowych Trybunału Afrykańskiego, które stanowią podstawę dla niniejszego przeglądu, <http://www.african-court.org/en/> [dostęp 09–12.2018].

¹⁵ Od listopada 2006 r. obsługa Trybunału Afrykańskiego działała w Addis Abebie (Etiopia) w pomieszczeniach udostępnionych przez Komisję Unii Afrykańskiej. Ostatecznie mocą porozumienia pomiędzy Unią Afrykańską a Tanzanią siedzibą Trybunału Afrykańskiego została Tanzania. Zob. Addis Abeba, 31 sierpnia 2007 r., <http://www.african-court.org/en/images/Protocol-Host%20Agreement-Tanzania%20and%20AU.pdf> [dostęp 09–12.2018].

za przygotowanie projektu regulaminu. Podczas drugiej sesji, która odbyła się w dniach 18–21 września 2006 r. w Addis Abebie (Etiopia), utworzone zostało Biuro Trybunału Afrykańskiego, uzgodniono również sprawy budżetowe i finansowe kwestie administracyjne. Trzecia sesja Trybunału Afrykańskiego odbyła się w dniach 11–20 grudnia 2006 r., również w Etiopii. W jej trakcie zaczęto rozpatrywać projekt regulaminu Trybunału Afrykańskiego. Owocem spotkania było także przyjęcie projektu budżetu¹⁶.

Oceniając początkową działalność Trybunału Afrykańskiego, przypadającą na 2006 r., należy wskazać, iż organ ten już na starcie musiał zmierzyć się z wieloma trudnościami, które uniemożliwiły mu efektywne rozpoczęcie działalności. Udany start nowo powstałego organu utrudniała m.in. jego silna zależność od Komisji Unii Afrykańskiej, czego przejawami były brak personelu, własnych środków finansowych czy ustalonej funkcjonalnej siedziby. Można wnioskować, iż to przeszkody natury biurokratycznej w głównej mierze wstrzymały realizację pilnych działań związanych z rozpoczęciem działalności.

W 2007 r. odbyły się cztery sesje zwyczajne Trybunału Afrykańskiego: 19–28 marca, 4–13 czerwca – Addis Abeba (Etiopia), 17–28 września – Arusha (Tanzania), 3–14 grudnia Dar-es-Salaam (Tanzania) oraz jedna sesja nadzwyczajna w dniach 29 października–9 listopada – Arusha (Tanzania). Podczas spotkań rozważano m.in. kwestie związane z procedurą rekrutacji personelu Trybunału Afrykańskiego i wynagrodzeniem sędziów, siedzibą, czasem trwania kadencji członków, a także projektem regulaminu¹⁷.

Dopiero w czerwcu 2008 r. został przyjęty regulamin tymczasowy, choć początkowo przewidywano, iż Trybunał Afrykański zdoła przyjąć regulamin podczas sesji zwołanej w lutym lub marcu 2008 r. Dokument ten obowiązywał do czasu konsultacji z Komisją Afrykańską, w wyniku których w czerwcu 2010 r. Trybunał Afrykański przyjął swój ostateczny regulamin¹⁸.

Nie przesadzając można stwierdzić, iż początkowa działalność Trybunału Afrykańskiego, przypadająca na lata 2006–2008, była nieco ograniczona i wiązała się głównie z jego organizacją. Kształtowanie się nowego organu komplikowała

¹⁶ *Activity Report of the Court for 2006*, <http://www.african-court.org/en/images/Activity%20Reports/EIGHTH%20ORDINARY%20SESSION%2029%2030%20January%202007%20Addis%20Ababa%20ETHIOPIA%20AssemblyAU8%20VIII%20ACTIVITY%20REPORT%20OF%20THE%20COURT%20FOR%202006.pdf> [dostęp 09–12.2018], s. 3.

¹⁷ *Report of the African Court on Human and People's Rights for 2007*, <http://www.african-court.org/en/images/Activity%20Reports/EXECUTIVE%20COUNCIL%20Thirteenth%20Ordinary%20Session%2024%2028%20June%202008%20Sharm%20ElSheikh%20EGYPT%20REPORT%20OF%20THE%20AFRICAN%20COURT%20ON%20HUMAN%20AND%20PEOPLES%20RIGHTS.pdf> [dostęp 09–12.2018], s. 2.

¹⁸ *Rules of the Court*, http://www.african-court.org/en/images/Basic%20Documents/Final_Rules_of_Court_for_Publication_after_Harmonization_-_Final__English_7_sept_1_.pdf [dostęp 09–12.2018].

też kwestia dotycząca jego współdziałania z Trybunałem Sprawiedliwości Unii Afrykańskiej¹⁹. Co więcej, w lipcu 2004 r. mocą Protokołu nastąpiło połączenie obu organów. W świetle nowej regulacji zaplanowane zostało rozszerzenie jurysdykcji połączonego sądu na sprawy karne. Nowy Trybunał będzie sprawował jurysdykcję nad sprawami ogólnymi, prawami człowieka i sprawami karnymi (podobnie jak Międzynarodowy Trybunał Karny).

Działalność sądowa i doradcza Trybunału Afrykańskiego

W świetle art. 3 Protokołu do Karty Afrykańskiej Trybunał Afrykański sprawuje jurysdykcję nad wszystkimi przedłożonymi mu sprawami dotyczącymi interpretacji i stosowania Karty Afrykańskiej, Protokołu do Karty Afrykańskiej oraz wszelkich innych instrumentów dotyczących ochrony praw człowieka ratyfikowanych przez dane państwo Unii Afrykańskiej.

Warto w tym miejscu podkreślić, iż dostęp do Trybunału Afrykańskiego jest ograniczony, albowiem osoby fizyczne i organizacje pozarządowe nie mogą się do niego zwracać bezpośrednio. Podmioty te uprawnione są do wszczęcia postępowania wyłącznie w sytuacji, gdy Trybunał Afrykański da im na to zezwolenie i – co bardziej kłopotliwe – jeśli państwo pozwane o naruszenie międzynarodowego prawa praw człowieka przyjęło jego jurysdykcję²⁰.

Działalność sądowa prowadzona przez Trybunał Afrykański w badanym okresie dotyczyła przyjęcia i rozpatrzenia wniesionych do niego spraw, organizacji publicznych rozpraw oraz wydawania wyroków.

Pierwsze postępowanie przed Trybunałem Afrykańskim, zainicjowane skargą z 11 sierpnia 2008 r. przeciwko Republice Senegalu²¹, zwieńczone zostało po szesnastu miesiącach wydaniem wyroku, w którym Trybunał Afrykański stwierdził brak jurysdykcji do orzekania w sprawie.

Przez kolejne dwa lata (2009–2010) organ nie podejmował żadnej aktywności orzeczniczej, co budziło obawy, że stanie się instytucją fasadową,

¹⁹ Utworzony mocą art. 18 Aktu Konstytucyjnego Unii Afrykańskiej jako główny organ sądowy tej organizacji, por. Akt Konstytucyjny Unii Afrykańskiej, Lomé, 11 lipca 2000 r., UNTS, Vol. 2158, s. 3. Zob. N.J. Udombana, *An African Human Rights Court and an African Union Court. A Needful Duality or a Needless Duplication?*, „Brooklyn Journal of International Law” 2003, vol. 28, No. 3, s. 811.

²⁰ Art. 5 ust. 3 w zw. z art. 34 ust. 6 Protokołu do Karty Afrykańskiej. Zob. M. Ssenyonjo, *Direct Access to the African Court on Human and Peoples’ Rights by Individuals and Non Governmental Organisations. An Overview of the Emerging Jurisprudence of the African Court 2008–2012*, „International Human Rights Law Review” 2013, vol. 2(1), No. 17, s. 51–54.

²¹ *Michelot Yogogo M’baye v. Republic of Senegal*, wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r., Application No. 001/2008.

pozbawioną praktycznego znaczenia²². Momentem przełomowym okazał się rok 2011, w którym przed Trybunałem Afrykańskim zawisło czternaście spraw. W większości z nich Trybunał stwierdził brak właściwości *ratione personae*²³, m.in. z uwagi na fakt, iż pozwany nie był członkiem Unii Afrykańskiej²⁴. W jednym wniosku, w odniesieniu do przypadków naruszenia umowy o pracę, stwierdził, iż w świetle art. 34 ust. 6 Protokołu do Karty Afrykańskiej nie ma jurysdykcji *ratione materiae* do rozpoznania wniesionej sprawy²⁵. Pomimo rosnącej liczby spraw wnoszonych do Trybunału Afrykańskiego wydaje się, że nadal nie jest on w wystarczającym stopniu wykorzystywany przez ludność afrykańską i organizacje pozarządowe. Głównymi przyczynami takiego stanu rzeczy są brak wiedzy w przedmiocie procedury wnoszenia skarg, jak również ograniczony dostęp osób fizycznych i organizacji pozarządowych, o czym była mowa powyżej. W związku z tymi ograniczeniami w latach 2008–2013 rozstrzygnięcia Trybunału Afrykańskiego dotyczyły głównie kwestii wstępnych, a wiele spraw uznano za niedopuszczalne lub poza jurysdykcją organu²⁶.

Począwszy od 2013 r. Trybunał Afrykański zaczął ustalać więcej kwestii merytorycznych. Częściowo jest to zasługa działań Trybunału Afrykańskiego związanych z informowaniem państw, obywateli Afryki, jak również innych zainteresowanych podmiotów odnośnie do jego kompetencji, co przełożyło się na większą liczbę prawidłowo składanych do Trybunału Afrykańskiego skarg. Dzięki temu wypowiedzieć się na temat kilku nierozstrzygniętych kwestii dotyczących praw na kontynencie afrykańskim, a tym samym przyczynić

²² J. Biegon, M. Killander, *Human Rights Developments in the African Union during 2009*, „African Human Rights Law Journal” 2010, vol. 10, s. 232.

²³ Zob. np. *Association des Juristes d’Afrique pour la Bonne Gouvernance v. Republic of Cote d’Ivoire*, decyzja z 16 czerwca 2011 r., Application No. 006/2011; *Convention Nationale des Syndicats du Secteur Education (CONASYSED) v. Republic of Gabon*, decyzja z 15 grudnia 2011 r., Application No. 012/2011.

²⁴ *Youssef Ababou v. Kingdom of Morocco*, decyzja z 2 września 2011 r., Application No. 007/2011.

²⁵ *Efoua Mbozo’o Samuel v. Pan African Parliament*, decyzja z 30 września 2011 r., Application No. 010/2011.

²⁶ Zob. *Michelot Yogogo M’baye v. Republic of Senegal*, wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r., Application No. 001/2009; *Soufiane Ababou v. Peoples’ Democratic Republic of Algeria*, decyzja z 16 czerwca 2011 r., Application No. 002/2011; *Daniel Amare and Mulugeta Amare v. Republic of Mozambique and Mozambique Airlines*, decyzja z 16 czerwca 2011 r., Application No. 005/2011; *Association des Juristes d’Afrique pour la Bonne Gouvernance v. Republic of Cote d’Ivoire*, decyzja z 16 czerwca 2011 r., Application No. 006/2011; *Ekollo M. Alexandre v. Republic of Cameroon and Federal Republic of Nigeria*, decyzja z 23 września 2011 r., Application No. 008/2011; *Delta International Investments S.A., Mr and Mrs A.G.L. De Lange v. RPA*, decyzja z 30 marca 2012 r., Application No. 002/2012; *Emmanuel Joseph Uko and Others v. Republic of South Africa*, decyzja z 30 marca 2012 r., Application No. 004/2012; *Amir Adam Timan v. The Republic of Sudan*, decyzja z 30 marca 2012 r., Application No. 005/2012; *Baghdadi Ali Mahmoudi v. Republic of Tunisia*, decyzja z 26 czerwca 2012 r., Application No. 007/2012.

do wzbogacenia afrykańskiego prawa człowieka i praw obywatelskich. Pierwszy wyrok merytoryczny zapadł 14 czerwca 2013 r. Sprawa dotyczyła procesu demokratycznego w wyborach prezydenckich. Rozstrzygając, Trybunał Afrykański stwierdził naruszenie przez Tanzanię szeregu postanowień Karty Afrykańskiej. Uznał jednomyślnie, iż zakaz startowania niezależnych kandydatów w wyborach, wynikający z Konstytucji Tanzanii, stanowi naruszenie Karty Afrykańskiej²⁷.

W ciągu kolejnych 5 lat Trybunał Afrykański, rozwijając swoją działalność orzeczniczą, rozstrzygał istotne kwestie. Na uwagę zasługuje rozstrzygnięcie, w którym Trybunał odniósł się do wolności słowa, stanowiąc, że Burkina Faso nie podjęła odpowiednich działań w celu odnalezienia i ścigania zabójcy dziennikarza i jego towarzyszy w 1998 r.²⁸

Oprócz działalności orzeczniczej w 2014 r., Trybunał Afrykański rozpatrzył pierwszy wniosek o interpretację i rewizję wydanego wcześniej przez siebie wyroku²⁹. Uznał, iż wniosek o wykładnię nie może zostać pozytywnie rozpatrzony, albowiem tego typu wniosek może zostać złożony wyłącznie w celu wykonania jego wyroku. Trybunał Afrykański uznał ponadto, iż w konsekwencji odrzucenia sprawy ze względu na niewyczerpanie krajowych środków odwoławczych wniosek o interpretację nie jest możliwy do rozpatrzenia. W kwestii rewizji wyroku, zdaniem Trybunału Afrykańskiego, wniosek nie uwzględnił kluczowych punktów poprzedniego wyroku. Co więcej, wnioskodawca nie wskazał nowych, nieznanych mu wcześniej, dowodów.

W 2014 r. Trybunał Afrykański wydał również pierwsze orzeczenie w sprawie odszkodowań, uznając tym samym swoje uprawnienia do ich przyznania. Wart odnotowania jest fakt, iż w lipcu 2014 r. uruchomił system pomocy prawnej w celu sfinansowania przez ewentualnych skarżących kosztów związanych z wynajęciem adwokata czy z podróżą.

Do lutego 2017 r. Trybunał Afrykański rozstrzygał w 33 sprawach spornych, a 95 spraw nadal czekało na rozpoznanie. Według stanu na koniec 2017 r. Trybunał Afrykański otrzymał łącznie 147 skarg, z których 32 zostały rozpatrzone. Z przywołanych statystyk widać więc, że w kolejnych latach Trybunał Afrykański przyspieszył swoją działalność orzeczniczą. Można rzec, iż nastąpił szybki postęp, m.in. dzięki wydaniu szeregu przełomowych orzeczeń i prowadzeniu działań mających na celu wzmocnienie praw człowieka w Afryce.

²⁷ *Tanganyika Law Society, The Legal and Human Rights Centre & Reverend Christopher Mtikila v. United Republic of Tanzania*, wyrok z 14 czerwca 2013 r. (*Merits*), Application No. 009/2011–011/2011.

²⁸ *Zongo v. Burkina Faso*, wyrok z 28 marca 2014 r., Application No. 013/2011.

²⁹ *Urban Mkandawire v. Republic of Malawi*, wyrok z 28 marca 2014 r., Application No. 003/2011.

Jako przykład można wskazać przełomową sprawę *Ogiek*³⁰, przekazaną Trybunałowi Afrykańskiemu przez Komisję Afrykańską³¹. Było to pierwsze orzeczenie Trybunału Afrykańskiego w sprawie traktowania i praw ludności rdzennej, w którym orzekł, iż rząd kenijski naruszył prawa ludu Mau Ogiek, eksmitując jego członków z ich rodowej ziemi. W oparciu o wcześniejsze decyzje Komisji Afrykańskiej w podobnych sprawach Trybunał Afrykański stwierdził naruszenie prawa do niedyskryminacji, prawa do kultury, prawa do religii, prawa do własności, prawa do swobodnego dysponowania dobrami i zasobami naturalnymi oraz prawa do gospodarczego i społecznego rozwoju. Wyrok ten został uznany za wielkie zwycięstwo w dziedzinie ochrony praw ludności tubylczej, albowiem dotyczy wielu złożonych i drażliwych kwestii dotyczących sytuacji rdzennych mieszkańców całego kontynentu³².

Wśród pozostałych naruszeń szczególnego podkreślenia wymaga wyrok Trybunału Afrykańskiego z 11 maja 2018 r. Był to pierwszy wyrok dotyczący praw kobiet i dzieci w Afryce, w którym Trybunał nałożył na państwa zobowiązanie do utrzymania międzynarodowych standardów praw człowieka w sferze prawa rodzinnego, nawet jeśli może to wymagać odejścia od prawa religijnego i zwyczajowego³³.

Zestawiając działalność orzeczniczą Trybunału Afrykańskiego z działalnością sądową pozostałych regionalnych trybunałów praw człowieka – Trybunału Europejskiego i Trybunału Amerykańskiego – nie można uznać jej za wysoko rozwiniętą. Niski poziom wniesionych i rozpatrzonych spraw jest zapewne konsekwencją ograniczonego zobowiązania jurysdykcji państw afrykańskich, które podpisały Kartę Afrykańską, będącą fundamentalnym instrumentem prawnym Trybunału Afrykańskiego. Co więcej, nie jest to organ pełnoetatowy, lecz sesyjny (cztery sesje zwyczajne rocznie), z 11 sędziami orzekającymi w niepełnym wymiarze godzin, z wyjątkiem prezesa, który pracuje w pełnym wymiarze czasu i ma siedzibę w budynku Trybunału Afrykańskiego.

Przez cały okres działalności Trybunału Afrykańskiego łącznie wpłynęło do niego 180 skarg, z czego 165 stanowią skargi indywidualne, 12 – skargi wniesione przez organizacje pozarządowe i 3 skargi przedłożone przez Komisję Afrykańską.

³⁰ *African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*, wyrok z 26 maja 2017 (*Merits*), Application No. 006/2012.

³¹ Zgodnie z art. 5 ust. 1 Protokołu do Karty Afrykańskiej.

³² Szerzej na ten temat: *The Contribution of the African Court on Human and Peoples' Rights to the Protection of Indigenous Peoples' Rights*, di Enzamaría Tramontana, *Ricercatrice di Diritto internazionale Università degli Studi di Palermo*, 14 Marzo 2014, <http://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2018/03/The-Contribution-of-the-African-Court-on-Human-and-Peoples%E2%80%99-Rights-to-the-Protection-of-Indigenous-Peoples%E2%80%99-Rights.pdf> [dostęp: 09-12.2018].

³³ *Rutabingwa Chrysanthé v. Republic of Rwanda*, wyrok z 11 maja 2018 r., Application No. 022/2015.

Na dzień 1 listopada 2018 r. Trybunał Afrykański zakończył rozpatrywanie 48 skarg, 4 skargi przekazał do Komisji Afrykańskiej (zgodnie z art. 6 ust. 3 Protokołu do Karty Afrykańskiej), a 128 skarg jest zawisłych³⁴.

Sesja po sesji Trybunał Afrykański udowodnił, iż jest niezależny i bezstronny, jest też zdolny do karania państw za naruszenia praw człowieka³⁵.

Z dokonanego przeglądu spraw rozpatrywanych przez Trybunał Afrykański wynika, że ich przedmiotem były nierzadko złożone problemy z zakresu praw człowieka, dotyczące m.in. prawa do swobodnego udziału w rządzie kraju, wolności zrzeszania się, prawa do niedyskryminacji, prawa do wysłuchania sprawy przez właściwy i niezawisły sąd, prawa do sprawiedliwego procesu, wolności wypowiedzi, prawa do przeprowadzania wyborów przez niezależny organ, prawa do wolności i bezpieczeństwa, prawa rdzennych społeczności do tradycyjnych ziem i związanych z nimi praw religijnych i kulturowych.

Trybunał Afrykański z roku na rok odnotowuje znaczny wzrost liczby wnoszonych do niego spraw. Można zatem wnioskować, że cieszy się coraz większym zaufaniem obywateli państw afrykańskich. Przy tych pozytywnych wskaźnikach można domniemywać, że liczba spraw wnoszonych do Trybunału Afrykańskiego będzie nadal wzrastać. Wzrost ten jest dowodem na to, że coraz więcej państw, organizacji pozarządowych, jednostek i społeczeństwo obywatelskie jako całość mają świadomość istnienia i pracy Trybunału. Pozytywne byłoby utrzymanie tej dynamiki i zbudowanie w oparciu o działalność Trybunału Afrykańskiego filaru umożliwiającego Afryce rozwój społeczno-gospodarczy i polityczny. W dążeniu tym jednak szczególną rolę powinny odegrać państwa i wszystkie inne zainteresowane podmioty, dążąc do zapewnienia powszechnej ratyfikacji Protokołu do Karty Afrykańskiej i złożenia wymaganej deklaracji umożliwiającej jednostkom i organizacjom pozarządowym bezpośredni dostęp do niego, jak również zapewniając Trybunałowi niezbędne zasoby ludzkie i finansowe.

Prócz kompetencji spornej Trybunał Afrykański wyposażony został w kompetencję doradczą³⁶. Na wniosek państwa członkowskiego Unii Afrykańskiej, któregośkolwiek z jej organów lub którejkolwiek organizacji afrykańskiej (zarówno rządowej, jak i pozarządowej³⁷) uznanej przez Unię Afrykańską, może

³⁴ *Contentious Matters Statistical Summary*, <http://www.african-court.org/en/index.php/cases/2016-10-17-16-18-21> [dostęp: 15.11.2018].

³⁵ Zob. K. Hopkins, *The Effect of an African Court on the Domestic Legal Orders of African States*, „*African Human Rights Law Journal*” 2002, vol. 2, No. 2, s. 234–251.

³⁶ Szerzej na ten temat: zob. A.P. van der Mei, *The Advisory Jurisdiction of the African Court on Human and Peoples' Rights*, „*African Human Rights Law Journal*” 2005, vol. 5, No. 1, s. 29–31.

³⁷ Jest to niebywale istotne, albowiem, jak wskazuje A.P. van der Mei, zwłaszcza w Afryce organizacje pozarządowe odgrywają bardzo ważną rolę w promowaniu praw człowieka, bez nich Komisja Afrykańska prawdopodobnie nigdy nie przekształciłaby się w organ, jakim jest dzisiaj. Ze względu na ograniczenia spornej jurysdykcji Trybunału Afrykańskiego organizacje

on wydawać opinie dotyczące każdej kwestii prawnej związanej z Kartą Afrykańską lub innym dokumentem dotyczącym praw człowieka, jeśli jej przedmiot nie jest związany z kwestią rozpatrywaną przez Komisję Afrykańską³⁸.

Według stanu na dzień 1 listopada 2018 r. do Trybunału Afrykańskiego łącznie wpłynęło 13 wniosków³⁹ o wydanie opinii doradczych, pochodzących od osób prywatnych, organizacji pozarządowych, organów Unii Afrykańskiej, jak również jej państw członkowskich⁴⁰. 12 z nich zostało przez Trybunał Afrykański rozpatrzonych, 1 wniosek pozostaje nadal zawisły⁴¹.

Z analizy procedury dotyczącej opinii doradczych wynika, że mimo szerokiego spektrum zagadnień związanych z prawami człowieka, które mogą stać się przedmiotem takich opinii, Trybunał Afrykański nie korzystał z tej możliwości zbyt często. Po przejrzaniu wniosków można stwierdzić, iż znaczna część z nich nie została przez Trybunał Afrykański rozpatrzona z powodu braku spełnienia przesłanek dopuszczalności, które zostały wskazane w Regulaminie Trybunału Afrykańskiego⁴².

te, przynajmniej krótkoterminowo, nie mogą wnieść porównywalnego wkładu do Trybunału Afrykańskiego, ale właśnie z tego powodu pożądane jest, aby mogły one zwrócić się o opinie doradcze, *The Advisory...*, dz. cyt., s. 40.

³⁸ Por. art. 4 ust. 1 Protokołu do Karty Afrykańskiej w zw. z art. 68 Regulaminu Trybunału Afrykańskiego.

³⁹ Request No. 001/2011, *The Republic of Mali*; Request No. 002/2011, *The Great Socialist Peoples' Libyan Jamahiriya*; Request No. 001/2012, *Socio Economic Rights and Accountability Project (SERAP)*; Request No. 002/2012, *The Pan African Lawyers' Union (PALU) and Southern African Litigation Centre (SALC)*; Request No. 001/2013, *Socio Economic Rights and Accountability Project (SERAP)*; Request No. 002/2013, *The African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child on the Standing of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child before the African Court on Human and Peoples' Rights*; Request No. 001/2014, *Coalition on the international criminal court ltd/gte(ciccn), Legal defence& assistance project ltd/gte (ledap), Civil resource development & documentation center(cirdoc) and Women advocates documentation center ltd/gte(wardc)*; Request No. 002/2014, *Rencontre Africain pour la Défense des Droits de l'Homme (RADDHO)*; Request No. 001/2015, *Coalition on International Criminal Court LTD/GTE*; Request No. 002/2015, *The Centre for Human Rights, University of Pretoria (CHR) & The Coalition of African Lesbians (CAL)*; Request No. 001/2016, *The Centre for Human Rights, Federation of Women Lawyers Kenya, Women's Legal Centre, Women Advocates Research and Documentation Centre, Zimbabwe women Lawyers Association*; Request No. 002/2016, *Request for Advisory Opinion Association Africaine de Defense des Droits de l'Homme*.

⁴⁰ Pierwszy wniosek państwowy został złożony przez Mali w 2011 r., a następnie wycofany 7 marca 2012 r. Drugi wniosek złożony został w imieniu Libii przez nieumocowanego w tym zakresie pełnomocnika rodziny Kaddafi, a następnie wycofany 30 marca 2012 r., por. zarządzenie z 30 marca 2012 r. w sprawie *The Great Socialist Peoples' Libyan Jamahiriya*, Request No. 002/2011.

⁴¹ *Advisory Proceedings Statistical Summary*, <http://www.african-court.org/en/index.php/cases/2016-10-17-16-19-35#statistical-summary> [dostęp 09-12.2018].

⁴² W świetle regulacji art. 68 Regulaminu Trybunału Afrykańskiego wniosek o wydanie opinii doradczej powinien precyzyjnie wskazywać stawiane pytanie oraz konkretne

Działalność pozasądowa Trybunału Afrykańskiego

W rozpatrywanym okresie Trybunał Afrykański podjął szereg działań pozasądowych. Obejmują one m.in. współpracę z podmiotami zewnętrznymi, takimi jak: Unia Europejska⁴³, Niemiecka Agencja Współpracy Technicznej⁴⁴, Fundacja Konrada Adenauera⁴⁵, Duński Instytut Praw Człowieka czy Fundacja MacArthura⁴⁶. Dzięki tym działaniom i otrzymanej pomocy Trybunał Afrykański tylko w 2010 r. mógł m.in. przeprowadzić cztery sesje zwyczajne, przeszkolić swój personel, rozwinąć bibliotekę oraz podjąć działania promocyjne⁴⁷.

Z uwagi na fakt, iż jest dość młodą instytucją, Trybunał podejmuje również działania promocyjne, mające na celu podniesienie świadomości wśród zainteresowanych podmiotów, jak również przyspieszenie tempa ratyfikacji Protokołu do Karty Afrykańskiej i złożenia przez państwa deklaracji uznających jego jurysdykcję. W ramach działań autopromocyjnych Trybunał Afrykański był szczególnie aktywny w 2010 r. Obejmowały one organizację i uczestnictwo jego przedstawicieli w różnorodnych spotkaniach, debatach, sesjach czy kolokwium poświęconych problematyce ochrony praw człowieka. Jako przykład można wskazać uczestnictwo sędziów Trybunału w spotkaniach Komisji Unii Afrykańskiej, które dotyczyły rozwoju strategii praw człowieka dla Afryki, jak również udział w międzynarodowych warsztatach poświęconych wsparciu współpracy między regionalnymi i międzynarodowymi mechanizmami związanymi z promocją i ochroną praw człowieka⁴⁸.

postanowienia Karty Afrykańskiej lub innego instrumentu, do którego się odnosi, przedstawiać stan faktyczny, na którego tle pojawiło się pytanie prawne, oraz wymieniać osoby reprezentujące wnioskodawcę.

⁴³ Za sprawą programu *55 Million Euro Support Programme to the African Union* mógł dokonać rekrutacji i przeszkolenia personelu zarządzającego projektem.

⁴⁴ W ramach współpracy w sierpniu 2009 r. w Berlinie zorganizowano kolokwium, podczas którego regionalne trybunały praw człowieka (afrykański, amerykański i europejski) wymieniły się doświadczeniami i debatowały nad kwestiami dotyczącymi ochrony praw człowieka.

⁴⁵ Fundacja ta sfinansowała w 2007 r. wyjazdy studyjne członków Trybunału Afrykańskiego do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, Amerykańskiego Trybunału Praw Człowieka, Niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego, Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Międzynarodowego Trybunału Karnego.

⁴⁶ Fundacja zapewniła wsparcie finansowe dla wzmocnienia Biblioteki Trybunału Afrykańskiego.

⁴⁷ Szerzej zob. *Report of the African Court on Human and Peoples' Rights, Executive Council Eighteenth Ordinary Session*, 24–28 January 2011, Addis Ababa, Ethiopia, <http://www.african-court.org/en/images/Activity%20Reports/EXECUTIVE%20COUNCIL%20Eighteenth%20Ordinary%20Session%2024%20%2028%20January%202011%20Addis%20Ababa%20ETHIOPIA%20REPORT%20OF%20THE%20AFRICAN%20COURT%20ON%20HUMAN%20AND%20PEOPLES%20RIGHTS.pdf> [dostęp 09–12.2018].

⁴⁸ *Activity Report of the Court 2010*, <http://www.african-court.org> [dostęp 09–12.2018].

Począwszy od *Colloquium of Human Rights Courts and Similar Institutions*, które odbyło się w październiku 2010 r., Trybunał Afrykański przeprowadził seminaria i konferencje m.in. w Tanzanii, Malawii, Burkina Faso, Mali, Ugandzie, RPA, Mozambiku, Gabonie, Nigerii, Ghanie, Burundii, Etiopii i Senegalu⁴⁹.

W ramach działań związanych z obchodami 2016 r. jako Afrykańskiego Roku Praw Człowieka podkreślono wagę praw kobiet i w ramach Międzynarodowego Dnia Kobiet, zorganizowano seminarium *Prawa kobiet w ramach Protokołu z Maputo i dostęp do Trybunału Afrykańskiego* (8 marca 2016 r. w Aruszy, Tanzania). W dniach 8–9 września 2016 r. zorganizowano również dwudniowe szkolenie w Aruszy dla dziennikarzy z całego kontynentu. Następnie, 10 września 2016 r., odbyło się jednodniowe seminarium UNESCO, przygotowane we współpracy z Trybunałem Afrykańskim, *Wzmocnienie systemu sądownictwa i sądów afrykańskich w celu ochrony bezpieczeństwa dziennikarzy i bezkarności*⁵⁰.

W ramach działań pozasądowych Trybunał brał czynny udział w szczytach Unii Afrykańskiej. Uczestniczył w 31. i 32. zwyczajnej sesji Stałego Komitetu Przedstawicieli, 28. i 29. zwyczajnej sesji Rady Wykonawczej, jak również w 26. i 27. Zgromadzeniu Szefów Państw i Rządów Unii Afrykańskiej, które odbyło się w Addis Abebie w Etiopii i Kigali w Rwandzie.

Trybunał zajmował się ponadto wdrażaniem decyzji Rady Wykonawczej w zakresie badania wpływu na art. 34 ust. 6 Protokołu do Karty Afrykańskiej. Badanie to przeprowadzał we współpracy z państwami członkowskimi i organami Unii Afrykańskiej.

Mówiąc o pozasądowej działalności Trybunału Afrykańskiego, warto wskazać na publikację i rozpowszechnianie artykułów promocyjnych i reklamowych, jak również budowanie strony internetowej (<http://www.african-court.org>).

⁴⁹ *Report of the African Court on Human and Peoples' Rights on the Relevant Aspects Regarding the Judiciary in the Protection of Human Rights in Africa*, 8–9 November 2012, http://www.african-court.org/en/images/Other%20Reports/Report_of_the_African_Court_on_Human_and_Peoples_Rights_in_the_Protection_of_Human_Rights_in_Africa_final.pdf [dostęp 09–12.2018].

⁵⁰ Szerzej zob. *Report on the Activities of the African Court on Human and Peoples' Rights*, Executive Council Thirtieth Ordinary Session, 22–27 January 2017, Addis Abeba, Ethiopia, <http://www.african-court.org/en/index.php/publications/activity-reports/994-executive-council-thirtieth-ordinary-session-22-27-january-2017-addis-ababa-ethiopia-report-on-the-activities-of-the-african-court-on-human-and-peoples-rights> [dostęp 09–12.2018].

Zakończenie

Nie ulega wątpliwości, iż utworzenie przeszło 20 lat temu Trybunału Afrykańskiego było milowym krokiem przyczyniającym się do ochrony praw człowieka na kontynencie afrykańskim. Wydarzenie to należy ocenić bardzo pozytywnie, a potwierdzeniem tego jest nieustanny rozwój najmłodszego regionalnego trybunału praw człowieka w każdym wymiarze. Przez 20 lat istnienia Trybunał Afrykański udowodnił, iż odgrywa znaczącą rolę w promowaniu i ochronie praw człowieka w regionie. Do chwili obecnej 30 państw ratyfikowało Protokół do Karty Afrykańskiej, co oznacza, że większość krajów afrykańskich uznaje kompetencje Trybunału do interpretowania i monitorowania Karty Afrykańskiej. Będąc młodą instytucją na kontynencie spragnionym sprawiedliwości, Trybunał Afrykański wyznacza standardy praw człowieka uznane przez prawo międzynarodowe.

Nikt nie ma dziś wątpliwości, że od momentu powstania Trybunał Afrykański wspiera promocję i ochronę praw człowieka na kontynencie afrykańskim. Jest jedyną władzą sądowniczą Unii Afrykańskiej, której została powierzona ochrona tych praw. Wydaje się, że po dwóch dekadach swojej działalności Trybunał nie zawiodł, lecz spełnił oczekiwania tych, którzy dali mu szansę. Zdobył zaufanie nie tylko poszczególnych osób, ale także różnych podmiotów zaangażowanych w ochronę praw człowieka na Czarnym Lądzie.

Trzeba jednak pamiętać, że przed Trybunałem Afrykańskim nadal stoi ogromna liczba wyzwań, które mogą zagrozić osiągniętym dotychczas sukcesom i zmniejszyć skuteczność jego działania. Jednym z kluczowych wyzwań jest niski poziom ratyfikacji Protokołu do Karty Afrykańskiej. Równie znaczące wydają się brak składania przez poszczególne państwa deklaracji zezwalającej osobom fizycznym i organizacjom pozarządowym na bezpośredni dostęp do Trybunału Afrykańskiego czy niedostateczna skuteczność w zakresie wykonywania jego wyroków przez poszczególne państwa. Problemami, z którym boryka się nieustannie Trybunał Afrykański, są również niewystarczające zasoby ludzkie i fakt, że sędziowie pracują w niepełnym wymiarze godzin.

Zdaniem autorki należy docenić pracę Trybunału Afrykańskiego i rolę, jaką odgrywa on w afrykańskiej architekturze praw człowieka – i nie tylko. Mimo, że nie wydał wielu wyroków, przez ostatnie lata stał się kluczowym podmiotem ochrony praw podstawowych w regionie. Jest istotnym narzędziem w dążeniu do regionalnej integracji, pokoju, jedności i rządów prawa. Rozwój Afryki może nastąpić wyłącznie wówczas, gdy prawa człowieka będą chronione i promowane w odpowiedni sposób. Gwarantem ich przestrzegania może być Trybunał Afrykański, dzięki któremu Afryka dysponuje wielopoziomowym systemem praw człowieka, zbliżonym w wielu aspektach do systemu europejskiego i amerykańskiego.

Bibliografia

ŹRÓDŁA

Traktaty

- Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów, Nairobi, 27 czerwca 1981 r., UNTS, vol. 1520, s. 217.
- Akt Konstytucyjny Unii Afrykańskiej, Lomé, 11 lipca 2000 r., UNTS, vol. 2158, s. 3.
- Amerykańska Konwencja Praw Człowieka, San José, 22 listopada 1969 r., OAS TS No. 36, UNTS, vol. 1144, s. 123.
- Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, sporządzona w Rzymie 4.11.1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, ETS No. 5, Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.
- Protokół o ustanowieniu Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów, Ouagadougou, 10 czerwca 1998 r., OAU Doc. OAU/LEG/EXP/AFCHPR/PROT (III).

Dokumenty i sprawozdania

- Activity Report of the Court for 2006*, <http://www.african-court.org/en/images/Activity%20Reports/EIGHTH%20ORDINARY%20SESSION%2029%2030%20January%202007%20Addis%20Ababa%20ETHIOPIA%20AssemblyAU8%20VIII%20ACTIVITY%20REPORT%20OF%20THE%20COURT%20FOR%202006.pdf>.
- Advisory Proceedings Statistical Summary*, <http://www.african-court.org/en/index.php/cases/2016-10-17-16-19-35#statistical-summary>.
- Centre for Human Rights University of Pretoria, *Report. Rwanda's Withdrawal of its Acceptance of Direct Individual Access to the African Human Rights Court*, 22 March 2016, <http://www.bit.ly/2sFPMam>.
- Contentious Matters Statistical Summary*, <http://www.african-court.org/en/index.php/cases/2016-10-17-16-18-21>.
- The Contribution of the African Court on Human and Peoples' Rights to the Protection of Indigenous Peoples' Rights*, di Enzamaría Tramontana, *Ricercatrice di Diritto internazionale Università degli Studi di Palermo*, 14 Marzo 2014, <http://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2018/03/The-Contribution-of-the-African-Court-on-Human-and-Peoples%E2%80%99-Rights-to-the-Protection-of-Indigenous-Peoples%E2%80%99-Rights.pdf>.

- Porozumienie pomiędzy Unią Afrykańską, a Tanzanią dotyczące siedziby Trybunału Afrykańskiego, Addis Abeba, 31 sierpnia 2007 r., <http://www.african-court.org/en/images/Protocol-Host%20Agreement-Tanzania%20and%20AU.pdf>.
- Report of the African Court on Human and People's Rights for 2007*, <http://www.african-court.org/en/images/Activity%20Reports/EXECUTIVE%20COUNCIL%20Thirteenth%20Ordinary%20Session%2024%2028%20June%202008%20Sharm%20ElSheikh%20EGYPT%20REPORT%20OF%20THE%20AFRICAN%20COURT%20ON%20HUMAN%20AND%20PEOPLES%20RIGHTS.pdf>.
- Report of the African Court on Human and Peoples' Rights, Executive Council Eighteenth Ordinary Session*, 24–28 January 2011, Addis Abeba, Ethiopia, <http://www.african-court.org/en/images/Activity%20Reports/EXECUTIVE%20COUNCIL%20Eighteenth%20Ordinary%20Session%2024%2028%20January%202011%20Addis%20Ababa%20ETHIOPIA%20REPORT%20OF%20THE%20AFRICAN%20COURT%20ON%20HUMAN%20AND%20PEOPLES%20RIGHTS.pdf>.
- Report of the African Court on Human and Peoples' Rights on the Relevant Aspects Regarding the Judiciary in the Protection of Human Rights in Africa*, 8–9 November 2012, http://www.african-court.org/en/images/Other%20Reports/Report_of_the_African_Court_on_Human_and_Peoples_Rights_in_the_Protection_of_Human_Rights_in_Africa_final.pdf.
- Report on the Activities of the African Court on Human and Peoples' Rights, Executive Council Thirtieth Ordinary Session*, 22–27 January 2017, Addis Abeba, Ethiopia, <http://www.african-court.org/en/index.php/publications/activity-reports/994-executive-council-thirtieth-ordinary-session-22-27-january-2017-addis-ababa-ethiopia-report-on-the-activities-of-the-african-court-on-human-and-peoples-rights>.
- Resolution on the Ratification of the Additional Protocol on the Creation of the African Court of Human and Peoples' Rights*, 12 Annual Report Activity of the African Commission on Human and Peoples' Rights, annex IV, at 28 ACHPR/Res. 29(XXIV)1998.
- Rules of the Court*, http://www.african-court.org/en/images/Basic%20Documents/Final_Rules_of_Court_for_Publication_after_Harmonization_-_Final__English_7_sept_1_.pdf.
- Rules of Procedure of the African Commission on Human and Peoples' Rights* 2010, <http://www.achpr.org/instruments/rules-of-procedure-2010>.

Orzecznictwo

- Abdoulaye Nikiema, Ernest Zongo, Blaise Ilboudo & Burkinabe Human and Peoples' Rights Movement v. Burkina Faso*, wyrok z 28 marca 2014 r. (Merits), Application No. 013/2011.
- African Commission on Human and Peoples' Rights v. Republic of Kenya*, wyrok z 26 maja 2017 (Merits), Application No. 006/2012.
- Amir Adam Timan v. The Republic of Sudan*, decyzja z 30 marca 2012 r., Application No. 005/2012.
- Baghdadi Ali Mahmoudi v. Republic of Tunisia*, decyzja z 26 czerwca 2012 r., Application No. 007/2012.
- Association des Juristes d'Afrique pour la Bonne Gouvernance v. Republic of Cote d'Ivoire*, decyzja z 16 czerwca 2011 r., Application No. 006/2011.
- Convention Nationale des Syndicats du Secteur Education (CONASYSED) v. Republic of Gabon*, decyzja z 15 grudnia 2011 r., Application No. 012/2011.
- Daniel Amare and Mulugeta Amare v. Republic of Mozambique and Mozambique Airlines*, decyzja z 16 czerwca 2011 r., Application No. 005/2011.
- Delta International Investments S.A., Mr and Mrs A.G.L. De Lange v. Republic of South Africa*, decyzja z 30 marca 2012 r., Application No. 002/2012.
- Efoua Mbozo'o Samuel v. Pan African Parliament*, decyzja z 30 września 2011 r., Application No. 010/2011.
- Ekollo M. Alexandre v. Republic of Cameroon and Federal Republic of Nigeria*, decyzja z 23 września 2011 r., Application No. 008/2011.
- Emmanuel Joseph Uko and Others v. Republic of South Africa*, decyzja z 30 marca 2012 r., Application No. 004/2012.
- Michelot Yogogo M'baye v. Republic of Senegal*, wyrok z 15 grudnia 2009 r., Application No. 001/2008.
- Rutabingwa Chrysanthé v. Republic of Rwanda*, wyrok z 11 maja 2018 r., Application No. 022/2015.
- Soufiane Ababou v. Peoples' Democratic Republic of Algeria*, decyzja z 16 czerwca 2011 r., Application No. 002/2011.
- Tanganyika Law Society, The Legal and Human Rights Centre & Reverend Christopher Mtikila v. United Republic of Tanzania*, wyrok z 14 czerwca 2013 r. (Merits), Application No. 009/2011–011/2011.
- Urban Mkandawire v. Republic of Malawi*, wyrok z 28 marca 2014 r., Application No. 003/2011.
- Youssef Ababou v. Kingdom of Morocco*, decyzja z 2 września 2011 r., Application No. 007/2011.
- Zongo v. Burkina Faso*, wyrok z 28 marca 2014 r., Application No. 013/2011.

Wnioski o wydanie opinii doradczych

Request No. 001/2011, *The Republic of Mali*.

Request No. 002/2011, *The Great Socialist Peoples' Libyan Jamahiriya*.

Request No. 001/2012, *Socio Economic Rights and Accountability Project (SERAP)*.

Request No. 002/2012, *The Pan African Lawyers' Union (PALU) and Southern African Litigation Centre (SALC)*.

Request No. 001/2013, *Socio Economic Rights and Accountability Project (SERAP)*.

Request No. 002/2013, *The African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child on the Standing of the African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child before the African Court on Human and Peoples' Rights*.

Request No. 001/2014, *Coalition on the international criminal court ltd/gte (ciccn), Legal defence & assistance project ltd/gte (ledap), Civil resource development & documentation center (cirddoc) and Women advocates documentation center ltd/gte (wardc)*.

Request No. 002/2014, *Rencontre Africain pour la Défense des Droits de l'Homme (RADDHO)*.

Request No. 001/2015, *Coalition on International Criminal Court LTD/GTE*.

Request No. 002/2015, *The Centre for Human Rights, University of Pretoria (CHR) & The Coalition of African Lesbians (CAL)*.

Request No. 001/2016, *The Centre for Human Rights, Federation of Women Lawyers Kenya, Women's Legal Centre, Women Advocates Research and Documentation Centre, Zimbabwe Women Lawyers Association*.

Request No. 002/2016, *Request for Advisory Opinion Association Africaine de Defense des Droits de l'Homme*.

Zarządzenie z 30 marca 2012 r. w sprawie *The Great Socialist Peoples' Libyan Jamahiriya*.

Literatura

Bekker G., *The African Commission on Human and Peoples' Rights and Remedies for Human Rights Violations*, „Human Rights Law Review” 2013, vol. 13.

Biegon J., Killander M., *Human rights developments in the African Union during 2009*, „African Human Rights Law Journal” 2010, vol. 10.

Cole R.G.V., *The African Court on Human and Peoples' Rights. Will Political Stereotypes Form an Obstacle to the Enforcement of its Decisions?*, „The Comparative and International Law Journal of Southern Africa” 2010, vol. 43.

Eno R.W., *The jurisdiction of the African Court on Human and Peoples' Rights*, „African Human Rights Law Journal” 2002, vol. 2, No. 2.

Hopkins K., *The Effect of an African Court on the Domestic Legal Orders of African States*, „African Human Rights Law Journal” 2002, vol. 2, No. 2.

- Murray R., *Human Rights in Africa. From OAU to the African Union*, Nowy Jork 2004.
- Ssenyonjo M., *Direct Access to the African Court on Human and Peoples' Rights by Individuals and Non Governmental Organisations. An Overview of the Emerging Jurisprudence of the African Court 2008–2012*, „International Human Rights Law Review” 2013, vol. 2 (1), No. 17.
- Udombana N.J., *An African Human Rights Court and an African Union Court. A Needful Duality or a Needless Duplication?*, „Brooklyn Journal of International Law” 2003, vol. 28, No. 3.
- Udombana N.J., *The African Commission on Human and Peoples' Right and the Development of Fair Trial Norms in Africa*, „African Human Rights Law Journal” 2006, vol. 6, No. 2.
- Van der Mei A.P., *The Advisory Jurisdiction of the African Court on Human and Peoples' Rights*, „African Human Rights Law Journal” 2005, vol. 5, No. 1.

Źródła internetowe

<http://www.african-court.org/en/>, oficjalna strona internetowa Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów.

STRESZCZENIE

Przedmiotem prezentowanego artykułu jest przegląd działalności najmłodszego z regionalnych trybunałów praw człowieka – Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów. Rozpoczynając, autorka odwołuje się do celu powstania organu. Następnie czytelnik zostaje zapoznany z początkową działalnością organizacyjno-administracyjną, sądową, doradczą, jak również pozasądową Trybunału Afrykańskiego.

Z przeprowadzonej analizy wynika, iż ustanowienie trybunału było niezwykle ważnym wydarzeniem na kontynencie afrykańskim, mającym doniosłe znaczenie z punktu widzenia ochrony praw człowieka. Choć działalności orzeczniczej Trybunału Afrykańskiego nie można w żaden sposób porównać z działalnością orzeczniczą pozostałych trybunałów praw człowieka, nie ulega wątpliwości, iż jako jedyny organ sądowy Unii Afrykańskiej wyznacza standardy w zakresie praw człowieka w regionie. Od momentu wydania pierwszego swojego wyroku w 2009 r. trybunał doprowadził do odnowienia nadziei w afrykańskim systemie praw człowieka i stał się skutecznym instrumentem w dążeniu do regionalnej integracji, pokoju, jedności, rządów prawa. Działalność trybunału przyczyniła się do wzmocnienia poszanowania praw człowieka.

Niezależnie jednak od wskazanych powyżej pozytywnych zmian, przed Trybunałem Afrykańskim stoi wiele wyzwań. Dotyczą one m.in. niskiego poziomu ratyfikacji Protokołu do Karty Afrykańskiej, czy jeszcze niżej liczby złożonych deklaracji wymaganej mocą art. 34 ust. 6 Protokołu do Karty Afrykańskiej.

Słowa kluczowe: sądownictwo międzynarodowe, prawa człowieka, Afrykański Trybunał Praw Człowieka i Ludów, afrykański system praw człowieka

SUMMARY

The subject matter of this paper is an overview of the activities of the African Court on Human and People's Rights, the youngest regional human rights court. At the beginning the authoress reminds of the aim for which the Court was established. Then, she familiarizes the readers with the initial organizational, administrative, judicial, advisory and extra-judicial activities of the African Court.

The conducted analysis indicates that establishing the Court was a particularly significant event from the point of view of the human rights protection. Although the judicial functions of the African Court cannot be compared in any way with judicial functions of other human rights courts, there is no doubt that as the only judicial authority of the African Union it sets standards in the field of human rights in the region. Since issuing its first ruling in 2009, the Court has caused a revival of hopes in the African system of human rights and has become an effective instrument for pursuing regional integration, peace, unity and rules of law. The Court's activities contributed to strengthening the respect for human rights.

Yet, irrespective of the positive changes indicated above, the African Court faces many challenges. They refer to the low ratification rate of the Protocol to the African Charter or even a lower number of declarations required under Article 34 section 6 of the Protocol to the African Charter.

Key words: international jurisdiction, human rights, African Court on Human and Peoples' Rights, African human rights system



Dr Daniel Jakimiec
danieljakimiec@onet.pl

Znaczenie wpisu wieczystoksięgowego ostrzeżenia o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego dla wszczęcia postępowania sądowego cywilnego

Significance of the entry of perpetual-accounting warning about conducting restructuring proceedings for starting civil judicial proceedings.

Abstrakt:

W artykule naukowym analizie poddano znaczenie wpisu wieczystoksięgowego ostrzeżenia o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego dla wszczęcia postępowania sądowego cywilnego. Wpis ten umożliwia sądowi w sprawach cywilnych w szczególności z zakresu prawa rzeczowego, dotyczących nieruchomości powzięcie informacji o otwarciu i prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego. Sąd cywilny zapoznając się z treścią księgi wieczystej uzyskuje wskazane informacje i łączy z nimi skutki prawne dla sądowego postępowania cywilnego. W szczególności poprzez ich pryzmat sąd ocenia legitymację procesową poszczególnych podmiotów do wszczęcia sądowego postępowania cywilnego i podejmowania w jego toku czynności procesowych. Wpis ten służy w taki sposób zachowaniu prawidłowości powyższych czynności i tym samym realizacji ochrony interesu prawnego uczestników postępowania restrukturyzacyjnego. Przedmiotowy wpis wieczystoksięgowy zapobiega nieważności postępowania sądowego.

Abstract:

In the scientific paper a significance of the entry of perpetual-accounting warning about the running restructuring proceedings was analysed for starting civil judicial proceedings. This entry enables the orchard in civil cases in particular from the scope of the right in rem, of concerning real estates arriving at information about opening and conducting restructuring proceedings. Acquainting a civil court with the plot of the land register shown information is being obtained and is linking legal effects with them for the judicial civil procedure. In particular through their prism the court is assessing the procedural card of individual entities to starting the judicial civil procedure and undertaking procedural activities in his course. In the scientific paper an establishment constituted the aim of presented deliberations, as this entry is used this way for keeping above regularities activities and in the process of completion of the protection of the legal interest of participants in restructuring proceedings. The object perpetual-accounting entry prevents the nullity of judicial proceedings.

Wpisy wieczystoksięgowe urzeczywistniają funkcje, które wiążą się z prowadzeniem ksiąg wieczystych. Stwierdzenie to dotyczy także wpisu wieczystoksięgowego ostrzeżenia o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego, który w systemie ksiąg wieczystych egzemplifikuje takie funkcje, jak: informacyjna, ochronna, kontrolna i ostrzegawcza. Wpis ten, służąc realizacji ochrony prawnej, posiada znaczenie nie tylko dla podmiotów, które z dłużnikiem będącym uczestnikiem postępowania restrukturyzacyjnego zamierzają dokonać czynności prawnej dotyczącej nieruchomości¹. Mianowicie stosownie do art. 365 § 1 k.p.c. posiada on także znaczenie m.in. dla sądów cywilnych, rozpoznających sprawy z udziałem dłużnika i wierzycieli. W szczególności wynika to z tego, że dostarcza informacji o tym, czy dłużnikowi odebrano zarząd masą restrukturyzacyjną albo że został on w nim ograniczony. W konsekwencji ujawnienia przedmiotowego wpisu, ocena legitymacji procesowej dłużnika do wszczęcia i uczestniczenia w postępowaniu sądowym cywilnym powinna zostać dokonana także w kontekście prowadzonego postępowania restrukturyzacyjnego. Sądy w rozpoznawanych sprawach cywilnych, dotyczących masy układowej lub sanacyjnej, nie mogą

¹ Na ten temat A. Szpunar, *Roszczenie o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym*, „Rejent” 1997, nr 12, s. 10, a także E. Wengerek, *Pojęcie, przedmiot przesłanki postępowania egzekucyjnego oraz zabezpieczającego* [w:] J. Jodłowski (red.), *Wstęp do systemu prawa procesowego cywilnego. Zbiór studiów*, Wrocław 1974, s. 361; F. Zedler, [w:] A. Jakubecki, F. Zedler (red.), *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, red. A. Jakubecki, F. Zedler, Warszawa 2006, s. 24–31.

pomijać wpływu sprawy restrukturyzacyjnej na legitymację procesową dłużnika. Pragmatycznie rzecz ujmując, oceniają czy jest on uprawniony do wszczęcia postępowania sądowego cywilnego, a także czy jest uprawniony do podejmowania czynności procesowych w toku takiego postępowania, w tym wszczętego przez inne podmioty. Przy czym na płaszczyźnie regulacji przepisów ustawy – Prawo restrukturyzacyjne z 15 maja 2015 r. – można stwierdzić, że w związku z prowadzeniem przyspieszonego postępowania układowego, postępowania układowego oraz postępowania sanacyjnego na podstawie norm tego aktu prawnego, zachodzi dyferencjacja ograniczenia legitymacji materialnej i procesowej dłużnika w postępowaniu sądowym cywilnym.

Precyzując powyższe, trzeba wskazać, że wydanie postanowienia o otwarciu jednego z postępowań restrukturyzacyjnych w różny sposób ogranicza dopuszczalność wszczęcia i dalszego prowadzenia postępowań cywilnych przez dłużnika. Warto zaznaczyć, że w ustawie Prawo restrukturyzacyjne z 15 maja 2015 r. nie został wyodrębniony dział dotyczący wpływu otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego na bieg innych postępowań sądowych, w tym postępowania sądowego cywilnego. Przepisy regulujące te zagadnienia zamieszczone są w działach tytułu drugiego wymienionego aktu prawnego, który ustawodawca poświęcił poszczególnym postępowaniom restrukturyzacyjnym. Stąd przyjęto prezentację dalszych rozważań odpowiednio do systematyki kolejno uregulowanych w ustawie Prawo restrukturyzacyjne z 15 maja 2015 r. postępowań restrukturyzacyjnych. Rozważania dalej zamieszczone dotyczą masy restrukturyzacyjnej, tj. układowej i sanacyjnej, w kontekście znaczenia wpisu wieczystoksięgowego ostrzeżenia o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego dla oceny legitymacji materialnej i procesowej dłużnika. W sprawach, które nie dotyczą masy układowej ani sanacyjnej, zarządca lub nadzorca sądowy nie podejmuje żadnych czynności. Legitymację materialną, jak i procesową, zachowuje dłużnik, który jest wówczas uprawniony do występowania w takim postępowaniu sądowym cywilnym.

Definicja legalna masy układowej zawarta jest w art. 240 pr. rest. Zgodnie z tym przepisem, z dniem otwarcia przyspieszonego postępowania układowego mienie służące prowadzeniu przedsiębiorstwa oraz mienie należące do dłużnika staje się masą układową. W analogiczny sposób została zdefiniowana masa sanacyjna w art. 294 pr. rest. Zasadniczą przesłanką uznania postępowania za dotyczące masy układowej lub sanacyjnej jest stwierdzenie, że jego wynik może oddziaływać na jej skład lub stan². Ustalenie, czy wynik postępowania wywoła wskazany wyżej efekt, należy do sądu rozpoznającego sprawę cywilną. Ustalenie

² Na ten temat szerzej: S. Gurgul S., *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1190–1191, 1238; R. Adamus, *Prawo restrukturyzacyjne*, Warszawa 2015, s. 416–417, 473.

to ma charakter obiektywny i jest niezależne od woli stron tego postępowania. Przesłanką do dokonania takiego ustalenia w sprawach cywilnych dotyczących nieruchomości jest ujawniony w księdze wieczystej wpis ostrzeżenia o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego. Informację o jego ujawnieniu sąd cywilny pozyskuje zapoznając się ze stanem prawnym nieruchomości wynikającym z treści wpisów zamieszczonych w księdze wieczystej w wykonaniu swojego obowiązku określonego treścią art. 607 § 1 k.p.c. Wpis ten odpowiednio do art. 365 § 1 k.p.c. wiąże sąd cywilny co do objęcia nieruchomości masą układową lub sanacyjną. Z kolei do sądu cywilnego, jak wyżej stwierdzono, należy ustalenie, czy wynik toczącego się przed nim postępowania oddziałuje na stan prawny nieruchomości i w konsekwencji na masę restrukturyzacyjną.

W kontekście prezentowanych uwag można stwierdzić, że dla postępowań sądowych cywilnych znaczenie ma wykonywanie w postępowaniach restrukturyzacyjnych zarządu majątkiem dłużnika. W przyspieszonym postępowaniu układowym oraz w postępowaniu układowym zarząd ten, co do zasady, sprawuje dłużnik pod nadzorem nadzorcy sądowego. Nadzór przede wszystkim stosownie do art. 39 ust. 1 pr. rest. przejawia się w tym, że po powołaniu nadzorcy sądowego dłużnik może samodzielnie dokonywać jedynie czynności zwykłego zarządu. Natomiast na dokonanie czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu wymagana jest zgoda nadzorcy sądowego, chyba że ustawa przewiduje zgodę rady wierzycieli. Zgoda może zostać udzielona również po dokonaniu czynności w terminie 30 dni od jej dokonania. Czynność przekraczająca zakres zwykłego zarządu dokonana bez wymaganej zgody odpowiednio do art. 39 ust. 1 pr. rest. jest nieważna. W jurejurisprudencji A. Hrycaj trafnie zauważa, że pozycja prawna nadzorcy sądowego w postępowaniach sądowych, a w tym cywilnym, jest pochodną jego pozycji ukształtowanej treścią art. 39 ust. 1 pr. rest. w postępowaniu restrukturyzacyjnym. Uprawnienia nadzorcy sądowego z uwagi m.in. na regulację powołanego tu art. 39 ust. 1 pr. rest., posiadają charakter kontrolno-nadzorczy, co implikuje ich oddziaływanie na legitymację materialną i procesową dłużnika. Stwierdzić można, że uprawnienia te ograniczają legitymację materialną i procesową dłużnika. Wykonywaniu tych uprawnień w sprawach cywilnych dotyczących nieruchomości służy wpis wieczystoksięgowy ostrzeżenia o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego. Wpis ten bowiem, jak wskazano, ujawnia uprawnienia nadzorcy sądowego, co do których sąd cywilny jest zobowiązany podjąć czynności procesowe celem umożliwienia ich realizacji³.

Nadzorca sądowy pełniący funkcję w przyspieszonym postępowaniu układowym nie bierze udziału w postępowaniu sądowym cywilnym. Postępowanie to toczy się z udziałem dłużnika. Zakres realizacji uprawnień nadzorcy sądowego

³ A. Hrycaj [w:] A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz (red.), *System prawa handlowego. Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*, Warszawa 2016, s. 197–204.

w tym postępowaniu wyznacza art. 258 pr. rest. Mianowicie zgodnie z tym przepisem w postępowaniu sądowym cywilnym uznanie roszczenia, a także jego zrzeczenie się, jak również zawarcie ugody lub przyznanie okoliczności istotnych dla sprawy przez dłużnika bez zgody nadzorcy sądowego, nie wywiera skutków prawnych. W jurysprudencji funkcjonuje stanowisko, według którego skutki prawne w rozumieniu art. 258 pr. rest. to zarówno te o charakterze materialnoprawnym, jak i procesowym⁴. W przypadku braku zgody nadzorcy sądowego sąd nie może umorzyć postępowania, w którym zawarto ugodę albo zrzeczono się roszczenia, nie może też wydać wyroku opartego na uznaniu powództwa czy też przyznaniu okoliczności istotnych dla sprawy. Takie ukształtowanie pozycji nadzorcy sądowego wskazuje, jak trafnie zauważa A. Hrycaj, że nie jest on ani stroną, ani uczestnikiem postępowań sądowych prowadzonych z udziałem dłużnika. Natomiast jest podmiotem zewnętrznym, który z mocy regulacji art. 258 pr. rest. ma kompetencję do dokonania określonych czynności, wywołujących skutek dla postępowania sądowego⁵.

Należy przy tym podkreślić za S. Gurgulem, że wyrażenie zgody przez nadzorcę sądowego nie jest czynnością podejmowaną w ramach postępowania, w którym dłużnik zamierza uznać roszczenie, zrzec się roszczenia lub przyznać okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Przyłączyć się należy do poglądu prezentowanego w doktrynie prawa przez wymienionego przedstawiciela jurysprudencji, że jest to czynność nadzorcy sądowego podejmowana w ramach prowadzonego postępowania restrukturyzacyjnego, która wywołuje skutki w innym postępowaniu sądowym⁶. Stwierdzenie to znajduje pełne odniesienie do spraw rozpoznawanych przez sądy cywilne. Przedstawione wyżej uprawnienia nadzorcy sądowego i to, że czynności przez niego podejmowane, określone treścią art. 258 pr. rest., oddziałują na przebieg postępowania cywilnego, podkreślają znaczenie wpisu wieczystoksięgowego ostrzeżenia o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego. W konsekwencji ujawnienie tego wpisu w księdze wieczystej zarówno organy orzekające, a w tym sąd cywilny, jak i podmioty zainteresowane stanem prawnym nieruchomości, wiąże z udziałem nadzorcy sądowego skutki wynikające z regulacji wyżej powołanego art. 258 pr. rest.

Przechodząc do następnego z postępowań restrukturyzacyjnych, tj. układowego, warto w pierwszej kolejności zwrócić uwagę na regulację art. 277 ust. 1 pr. rest. Mianowicie zgodnie z art. 277 ust. 1 pr. rest., w postępowaniu układowym nadzorca sądowy wstępuje z mocy prawa do postępowań

⁴ Na ten temat: D. Chrapoński [w:] A. Hrycaj, A. Jakubecki, A. Witosz (red.), dz. cyt., *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, red. A. Torbus, A. Witosz, A.J. Witosz, Warszawa 2016, s. 654–655; R. Adamus, dz. cyt., s. 441–442.

⁵ A. Hrycaj [w:] *System prawa handlowego...*, dz. cyt., s. 206–209.

⁶ Na ten temat szerzej S. Gurgul, dz. cyt., s. 599–603.

dotyczących masy układowej. W sprawach cywilnych nadzorca sądowy posiada uprawnienia interwenienta ubocznego albo uczestnika postępowania, do którego przepisy o współuczestnictwie jednolitym stosuje się odpowiednio, jak stanowi o tym art. 277 ust. 2 pr. rest. Z kolei w postępowaniach administracyjnych, sądowo-administracyjnych oraz przed sądami polubownymi ustawodawca treścią art. 277 ust. 3 pr. rest. przyznał nadzorcy sądowemu prawa strony. We wszystkich tych postępowaniach uznanie roszczenia, zrzeczenie się roszczenia, zawarcie ugody lub przyznanie okoliczności istotnych dla sprawy przez dłużnika bez zgody nadzorcy sądowego, w myśl art. 277 ust. 4 pr. rest., nie wywiera skutków prawnych.

W świetle powyższej regulacji należy uznać za A. Hrycajem, że nadzorca sądowy powołany w postępowaniu układowym, w jednocześnie prowadzonym postępowaniu cywilnym procesowym, korzysta z uprawnień interwenienta ubocznego samoistnego odpowiednio do art. 81 k.p.c. Pomimo to, zgodnie z przyjętym w doktrynie prawa poglądem nie jest interwenientem. Pogląd ten znajduje uzasadnienie w tym, że podstawą wstąpienia nadzorcy sądowego do postępowania nie jest, jak w przypadku interwenienta ubocznego, ubieganie się o ochronę jego własnego interesu prawnego, ale pełnienie funkcji organu postępowania. W tym miejscu warto nawiązać do twierdzenia A. Hrycaja, że charakter udziału nadzorcy sądowego w procesie cywilnym wszczętym przez dłużnika sprowadza się do udzielenia jemu pomocy w uzyskaniu korzystnego rozstrzygnięcia. Przy czym działanie nadzorcy sądowego posiada szerszy wymiar, bowiem, służąc ochronie interesu prawnego dłużnika, zmierza również do zabezpieczenia słusznych praw ogółu jego wierzycieli. Wskazanie, że nadzorca sądowy nie jest interwenientem, oznacza zdaniem A. Hrycaja, że nie wszystkie przepisy kodeksu postępowania cywilnego dotyczące interwencji samoistnej mają do niego zastosowanie. Przede wszystkim trzeba podkreślić, że nadzorca sądowy wstępuje do postępowań sądowych z mocy prawa, co w konsekwencji oznacza, że nie ma zastosowania art. 78 k.p.c. o opozycji przeciwko temu wstąpieniu. Otóż nadzorca sądowy nie musi wykazywać interesu prawnego w przystąpieniu do postępowania. Wstąpienie do postępowania z mocy prawa oznacza jednocześnie, że brak podstaw do zawieszenia postępowania w celu umożliwienia nadzorcy sądowemu wstąpienia do tego postępowania. Status interwenienta oznacza, że nadzorca jest uprawniony do wszystkich czynności dopuszczalnych według stanu sprawy o czym stanowi art. 79 k.p.c., przy jednocześnie wykonywanej przez dłużnika legitymacji procesowej. Należy mu też doręczać zawiadomienia o terminach i posiedzeniach oraz orzeczenia sądu na podstawie art. 80 k.p.c.⁷

W kontekście powyższego można stwierdzić, że ze względów prakseologicznych istotne jest ujawnienie wpisu wieczystoksięgowego ostrzeżenia

⁷ A. Hrycaj [w:] *System prawa handlowego...*, dz. cyt., s. 206–209.

o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego niezwłocznie z chwilą powołania nadzorcy sądowego w postępowaniu układowym. Ważnym argumentem, na który warto tu zwrócić uwagę jest ten, że nadzorca sądowy wstępuje do procesu cywilnego z mocy prawa, a więc z chwilą jego powołania w postanowieniu o otwarciu postępowania układowego. Oznacza to, że od tego momentu powstaje obowiązek sądu procesowego doręczania nadzorcy sądowemu zawiadomień i odpisów orzeczeń. Jeżeli zawiadomienia i orzeczenia nie były doręczone z uwagi na to, że sąd cywilny procesowy nie miał wiedzy o toczącym się postępowaniu restrukturyzacyjnym, to z chwilą uzyskania takiej wiedzy powinien doręczyć nadzorcy sądowemu wszystkie orzeczenia wydane od chwili otwarcia postępowania. Znaczenie ujawnienia wpisu wieczystoksięgowego ostrzeżenia o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego ze względów prakseologicznych podkreśla także to, że w takiej sytuacji nadzorca sądowy będzie mógł skutecznie domagać się przywrócenia terminu do wniesienia środka zaskarżenia w sprawie cywilnej. Ponadto, będzie mógł również domagać się powtórzenia czynności przeprowadzonych bez jego udziału i bez zawiadomienia go o nich. Zatem brak ujawnienia wpisu wieczystoksięgowego przedmiotowego ostrzeżenia może negatywnie oddziaływać na sprawne i efektywne prowadzenie postępowania sądowego cywilnego. Przy czym także postępowania restrukturyzacyjnego, bowiem brak sprawnego rozpoznania sprawy cywilnej m.in. uniemożliwia uwzględnienie jej rozstrzygnięcia w planie restrukturyzacyjnym sporządzonym stosownie do art. 10 pr. rest. Wskazać również należy, że w postępowaniu restrukturyzacyjnym układowym do nadzorcy sądowego nie stosuje się art. 83 k.p.c.⁸

Według tego przepisu, za zgodą stron, interwenient uboczny może wejść na miejsce strony, do której przystąpił, ponieważ – jak to już zaznaczono – wyłączną legitymację do występowania w postępowaniu w charakterze strony zachowuje dłużnik. W postępowaniu sądowym cywilnym prowadzonym w trybie nieprocesowym nadzorca sądowy posiada uprawnienia uczestnika postępowania. Przy czym, jak podkreśla A. Hrycaj, należy jednak mieć na względzie fakt, że jego udział w postępowaniu jest uzasadniony reprezentowaniem interesu prawnego dłużnika i ogółu wierzycieli, a nie osobistym zainteresowaniem wynikiem sprawy. Stąd – pomimo że w postępowaniu nieprocesowym nadzorca sądowy działa na prawach uczestnika – to, jak trafnie przyjmuje A. Hrycaj, nie jest nim⁹.

W przypadku zarządcy jego pozycja procesowa w sądowym postępowaniu cywilnym różni się od nadzorcy sądowego. Mianowicie zarządca zgodnie

⁸ Na ten temat A. Machowska [w:] tejże (red.), *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. Zagadnienia praktyczne*, Warszawa 2016, s. 80–85; M. Wójtowicz, *Prawo restrukturyzacyjne*, Warszawa 2016, s. 34–74.

⁹ A. Hrycaj [w:] A. Hrycaj, P. Filipiak (red.), *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 903–907.

z art. 52 ust. 1 pr. rest. niezwłocznie obejmuje zarząd masą sanacyjną, zarządza nią, sporządza spis inwentarza wraz z oszacowaniem oraz sporządza i realizuje plan restrukturyzacyjny. W zakresie przepisu art. 52 ust. 1 pr. rest. mieści się niezwłoczne objęcie mienia wchodzącego w skład masy sanacyjnej, a w tym nieruchomości jako przedmiotu zarządu oraz podjęcie w stosunku do niego czynności zarządczych. Czynności zarządcze to również te podejmowane w postępowaniach sądowych, a w tym w cywilnym dotyczące masy sanacyjnej¹⁰.

W konsekwencji powołanej wyżej regulacji art. 52 ust. 1 pr. rest. po otwarciu postępowania sanacyjnego dłużnik nie może wszczynać, ani występować w postępowaniach sądowych. Stwierdzenie to dotyczy także postępowania cywilnego. Wynika to z art. 311 ust. 1 pr. rest., zgodnie z którym postępowania sądowe dotyczące masy sanacyjnej mogą być wszczęte i prowadzone wyłącznie przez zarządcę albo przeciwko niemu¹¹.

Uprawnienie zarządcy w prezentowanym tu zakresie, jak i odpowiadające mu wyłączenie legitymacji procesowej dłużnika, powinny znaleźć wyraz w treści wpisu wieczystoksięgowego ostrzeżenia o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego. Pozycja prawna zarządcy w procesach dotyczących masy restrukturyzacyjnej jest więc pochodną pozbawienia wykonywania legitymacji procesowej przez dłużnika na czas trwania postępowania restrukturyzacyjnego. Postępowanie sądowe cywilne dotyczące masy sanacyjnej zarządca prowadzi w imieniu własnym na rzecz dłużnika. Z regulacji art. 311 ust. 1 pr. rest. wynika, że zarządca jest podmiotem procesu dotyczącego masy sanacyjnej. W jurysprudencji J. Jodłowski, jak również K. Piasecki, wyróżniają stronę procesową w znaczeniu materialnym i stronę w znaczeniu formalnym. Stroną w znaczeniu materialnym jest podmiot prawa, obowiązku albo innej sytuacji prawnej, jakiego dotyczy powództwo. Pojęcia strony w znaczeniu materialnym oraz strony w znaczeniu formalnym, jak zauważają trafnie wymienieni przedstawiciele jurysprudencji, nie są tożsame, przy czym odnoszą się do tego samego podmiotu¹².

Stroną postępowań dotyczących masy sanacyjnej w znaczeniu materialnym jest dłużnik, który nie może jednak, jak nadmieniono wyżej, ze względu na regulację art. 311 ust. 1 pr. rest., samodzielnie występować w postępowaniu sądowym cywilnym. Tak więc stroną w znaczeniu procesowym postępowań dotyczących masy sanacyjnej jest zarządca, który we własnym imieniu poszukuje przed sądem ochrony prawnej na rzecz dłużnika lub przeciwstawia się w swoim imieniu powództwu do niego skierowanemu. Z powyższego wynika również, jak zauważa A. Hrycaj, że pozycja prawna zarządcy w procesach cywilnych jest taka

¹⁰ A. Hrycaj [w:] *System prawa handlowego...*, dz. cyt., s. 197–204.

¹¹ R. Adamus, dz. cyt., s. 521.

¹² Na ten temat J. Jodłowski, [w:] dz. cyt., s. 177–184; K. Piasecki, *Postępowanie sporne rozpoznawcze*, Warszawa 2004, s. 203–222.

jak strony, bowiem zarządca działa we własnym imieniu. Stwierdzenie to nakazuje wykluczyć możliwość uznania, że w procesach zarządca działa jako pełnomocnik lub przedstawiciel ustawowy dłużnika lub wierzycieli. Zarządca nie jest również przedstawicielem masy sanacyjnej. Udział w procesie zarządcy zamiast dłużnika jest rodzajem zastępstwa procesowego, jak trafnie przyjmuje wskazany wyżej przedstawiciel jurysprudencji. Zarządca, jego zdaniem, nie jest jednak typowym zastępcą pośrednim dłużnika. Stanowisko to zasługuje na akceptację i przyłączenie się do niego. W przeciwieństwie do typowego zastępcy pośredniego zarządca staje się zastępcą z mocy samego prawa, niezależnie od woli dłużnika, który nie ma również wpływu na zakończenie bytu prawnego zastępstwa, oraz podejmuje czynności, które wykraczają poza zakres kompetencji typowego zastępcy¹³. Wskazuje też na to sposób formułowania treści orzeczeń co do istoty sprawy w postępowaniu sądowym cywilnym. Mianowicie świadczenie dochodzone przez zarządcę lub przeciwko niemu podlega zasądzeniu na rzecz dłużnika lub zobowiązaniu go do jego spełnienia¹⁴.

Powyższe uzasadnia przyjęcie, że jako stronę formalną należy oznaczyć zarządcę, ale jako stronę materialną, czyli podmiot, od którego lub na rzecz którego ma być zasądzone roszczenie, należy oznaczyć dłużnika z uwzględnieniem regulacji art. 66 ust. 2 pr. rest., zgodnie z którym po wydaniu przez sąd postanowienia o otwarciu postępowania restrukturyzacyjnego przedsiębiorca występuje w obrocie pod dotychczasową firmą z dodaniem oznaczenia „w restrukturyzacji”¹⁵.

Wynikająca z systematyki przepisów ustawy – Prawo restrukturyzacyjne z 15 maja 2015 r. gradacja, jak to wyżej przedstawiono, w ograniczeniu dłużnika w poszczególnych postępowaniach restrukturyzacyjnych, tj., poczynając od przyspieszonego postępowania układowego, poprzez postępowanie układowe, aż do postępowania sanacyjnego, w którym jest on wyłączony od zarządu swoim majątkiem w wynikającym z niej zakresie, wpływa na wykonywania legitymacji materialnej i procesowej przez dłużnika. Zakres ograniczenia dłużnika w poszczególnych postępowaniach restrukturyzacyjnych w wykonywaniu legitymacji materialnej i procesowej powinien znaleźć wyraz w treści wpisu wieczystoksięgowego ostrzeżenia o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego. Wpis ten bowiem dostarcza sądowi cywilnemu, zapoznającemu się ze stanem prawnym nieruchomości ujawnionym w księdze wieczystej informacji, o prowadzonym postępowaniu restrukturyzacyjnym. Sąd, analizując na podstawie art. 607 k.p.c. treść przedmiotowego wpisu wieczystoksięgowego ostrzeżenia,

¹³ A. Hrycaj [w:] *System prawa handlowego...*, dz. cyt., s. 209–215.

¹⁴ Tak Sąd Najwyższy w wyrokach z 7 października 2004 r., IV CK 86/04, „Biuletyn Sądu Najwyższego” 2005, nr 2, poz. 15, oraz z 21 lipca 2011 r., V CZ 37/11, Legalis.

¹⁵ S. Gurgul, dz. cyt., s. 1030–1031, a także M. Wójtowicz, dz. cyt., s. 76.

uwzględniając przy tym regulację przepisów ustawy Prawo restrukturyzacyjne z 15 maja 2015 r. ustala, czy dłużnik jest legitymowany procesowo do wszczęcia i prowadzenia postępowania cywilnego.

W dotychczas prezentowanych rozważaniach został przedstawiony zakres wykonywanej legitymacji procesowej przez dłużnika w kontekście poszczególnych postępowań restrukturyzacyjnych. Przy czym otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego posiada znaczenie nie tylko dla wszczęcia i prowadzenia przez niego postępowania cywilnego, ale także przez wierzyciela. Z powyższych względów niezbędne jest poświęcenie uwagi również pozycji procesowej wierzyciela i poddanie analizie wpływu wszczęcia i prowadzenia postępowania restrukturyzacyjnego na jego legitymację procesową w postępowaniu sądowym cywilnym.

Wskazać w tym miejscu trzeba, że przepisy ustawy Prawo restrukturyzacyjne z 15 maja 2015 r. w przypadku powołania nadzorcy sądowego lub zarządcy nie wyłączają wszczęcia przeciwko dłużnikowi i prowadzenia z jego udziałem postępowania sądowego cywilnego. Stwierdzenie to dotyczy także dochodzenia wierzytelności podlegających umieszczeniu ich w spisie w postępowaniu restrukturyzacyjnym. Dopuszczają taką możliwość art. 276 pr. rest. i art. 310 pr. restr. Postępowania restrukturyzacyjne w swoim założeniu mają przebiegać sprawnie, co wiąże się z potrzebą zapewnienia ich efektywności, stąd też można przyjąć, że aspekty prakseologiczne znalazły się u podstaw regulacji art. 276 pr. rest. i art. 310 pr. restr.¹⁶

Podkreślić należy za A. Machowską, że wprowadzenie jakichkolwiek regulacji prawnych wpływających na przebieg postępowań sądowych między dłużnikiem a poszczególnymi wierzycielami skutkowałoby zakłóceniem w dochodzeniu wierzytelności. Kierując się potrzebą ochrony interesów prawnych wierzycieli, ustawodawca jedynie nałożył na dłużnika obowiązek niezwłocznego informowania nadzorcy sądowego o wszystkich postępowaniach sądowych i administracyjnych dotyczących masy układowej, prowadzonych na rzecz lub przeciwko dłużnikowi. Obowiązek w powyższym zakresie został ustalony treścią przepisu art. 258 pr. restr.¹⁷

Rozwiązanie powyższe służy ochronie interesu prawnego wierzycieli przed czynnościami dłużnika, które mogą negatywnie oddziaływać na zaspokojenie ich wierzytelności. Pomimo że przyjęte w art. 258 pr. rest. unormowanie znacznie się przyczynia do ochrony interesu prawnego wierzycieli w postępowaniu restrukturyzacyjnym, to należy stwierdzić, że ochrona ta jest udzielana w węższym zakresie, aniżeli w drodze ujawnienia w księdze wieczystej ostrzeżenia o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego na podstawie art. 626¹³ § 1 k.p.c.

¹⁶ R. Adamus, dz. cyt., s. 458, 520–521.

¹⁷ A. Machowska, dz. cyt., s. 168–183.

Mianowicie ochrona interesu prawnego udzielana na podstawie art. 258 pr. rest. posiada charakter bieżący, jest bowiem związana z podejmowanymi przez dłużnika czynnościami procesowymi w konkretnych postępowaniach sądowych, w tym w postępowaniu cywilnym, a do tego dotyczy przede wszystkim stosunku prawnego łączącego dłużnika i wierzycieli. Przy czym wzmocnienie tej ochrony przez udział zarządcy ma miejsce dopiero w przypadku naruszenia przez dłużnika obowiązków odpowiednio do art. 239 ust. 1 pkt 1 pr. restr. Natomiast ochrona udzielana przez wpis wieczystoksięgowy ostrzeżenia o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego na podstawie wyżej powołanego art. 626¹³ § 1 k.p.c. posiada charakter generalny, tj. obejmuje nieograniczony partykularnie zakres czynności podejmowanych przez dłużnika. Ochrona ta przy tym, poprzez wskazany wpis wieczystoksięgowy, jest udzielana wszelkim osobom zainteresowanym stanem prawnym nieruchomości przed podjęciem zamierzonych czynności¹⁸. Stanowi to konsekwencję działania wyrażonej w art. 2 u.k.w.h. zasady jawności ksiąg wieczystych¹⁹.

Początkowy moment udzielenia ochrony prawnej poprzez ujawnienie wpisu w księdze wieczystej ostrzeżenia o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego wyznacza art. 29 u.k.w.h. Mianowicie treścią art. 29 u.k.w.h. legislator ustalił zasadę mocy wstecznej wpisu wieczystoksięgowego od chwili złożenia wniosku o jego dokonanie. Z tym momentem rozpoczyna się też ochrona interesu prawnego uczestników postępowania restrukturyzacyjnego, gdy złożono wiosek o ujawnienie faktu jego prowadzenia²⁰. Stwierdzenie to dotyczy także złożonego zawiadomienia przez sędziego – komisarza w tym przedmiocie. Wynika to bowiem z tego, że z chwilą złożenia wniosku wieczystoksięgowego w księdze wieczystej zostaje ujawniona wzmianka o nim, która stosownie do art. 8 u.k.w.h. wyłącza działanie rękoi wiary publicznej ksiąg wieczystych. W ten sposób zostaje podana do wiadomości publicznej informacja, że stan prawny ujawniony w księdze wieczystej stał się niezgodny z rzeczywistym stanem prawnym. Zatem zostaje tu udzielona ochrona prawna podmiotom, które zamierzają ujawnić swoje prawa w księdze wieczystej, jak i tym, które są zainteresowane stanem prawnym nieruchomości za względu na zamierzoną czynność prawną²¹.

Stanowi to argument uzasadniający zgłoszenie postulatu *de lege ferenda* wprowadzenia w treści norm ustawy Prawo restrukturyzacyjne z 15 maja 2015 r. oraz rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości – Regulamin urzędowania sądów

¹⁸ K. Flaga – Gieruszyńska [w:] Zieliński A. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 1185–1186.

¹⁹ Na ten temat T. Czech, dz. cyt., s. 35–45.

²⁰ Na ten temat E. Gniewek, *Księgi wieczyste i hipoteka. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 633–646.

²¹ Na ten temat B. Jelonek-Jarco, *Ustawa o księgach wieczystych i hipotece...*, s. 222–232.

powszechnych z 23 grudnia 2015 r. w zakresie ujawnienia w księdze wieczyste ostrzeżenia o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego szczegółowych regulacji prawnych dotyczących obowiązków sędziego – komisarza. Na gruncie zgłoszonych tu postulatów właściwym wydaje się rozwiązanie, aby sędzia – komisarz – wykonujący na podstawie art. 20 pr. rest. czynności przewodniczącego w przypadku, gdy masa restrukturyzacyjna obejmuje nieruchomości należącą do dłużnika w drodze zarządzenia, zawiadamiał sąd wieczystoksięgowy o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego z udziałem nadzorcy sądowego lub zarządcy. Do zawiadomienia jako podstawa wpisu powinno zostać załączone postanowienie, którym jest powoływany nadzorca sądowy lub zarządca, wydawane odpowiednio na podstawie art. 38 ust. 1 pr. rest. i art. 51 ust. 1 pr. rest. Sąd cywilny podejmujący decyzję procesową, która powoduje skutki dla masy restrukturyzacyjnej w przeciwnym razie może nie uzyskać informacji o utracie przez dłużnika uprawnienia do pełnego rozprzędzania prawem do nieruchomości.

W kontekście prezentowanych uwag należy stwierdzić, że zarówno poinformowanie nadzorcy sądowego przez dłużnika stosownie do art. 258 pr. rest., jak i ujawniony na podstawie art. 626¹³ k.p.c. w treści księgi wieczystej wpis wieczystoksięgowy ostrzeżenia o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego, nie wyłączają prowadzenia innych postępowań sądowych przeciwko dłużnikowi. Uregulowanie przyjęte w przepisie art. 257 pr. rest., art. 276 pr. rest. oraz art. 310 pr. rest. oznacza nie tylko, że postępowania wszczęte przed otwarciem przyspieszonego postępowania układowego, postępowania układowego bądź postępowania sanacyjnego mogą toczyć się dalej, ale również, że po otwarciu takiego postępowania, mogą być wszczynane nowe²².

W powyższym przekonaniu utwierdza przyjęte w jurysprudencji przez B. Merczyńskiego i M. Murawską stanowisko, zgodnie z którym samo otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego nie pozbawia wierzyciela interesu we wszczęciu lub kontynuowaniu postępowania sądowego w celu dochodzenia wierzytelności podlegającej umieszczeniu w spisie wierzytelności. W momencie bowiem otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego nie jest znany sposób zakończenia tego postępowania. W szczególności postępowanie restrukturyzacyjne może zostać umorzone przed zatwierdzeniem spisu wierzytelności, czyli w sposób, który nie powoduje uzyskania przez wierzyciela tytułu egzekucyjnego odpowiednio do art. 102 ust 1 pr. rest.²³

Stosownie do art. 102 pr. rest. wyciąg z zatwierdzonego spisu wierzytelności, zawierający oznaczenie wierzyciela i przysługującej mu wierzytelności, stanowi tytuł egzekucyjny przeciwko dłużnikowi. Po prawomocnej odmowie

²² A. Machowska, dz. cyt., s. 168–183.

²³ B. Merczyński, M. Murawska, *Wpływ otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego na postępowania sądowe i egzekucyjne*, „Monitor Prawa Bankowego” 2015, nr 12, s. 51.

zatwierdzenia układu lub prawomocnym umorzeniu postępowania restrukturyzacyjnego może powstać wątpliwość, czy w przypadku uznania w całości wierzytelności w liście wierzytelności powinno dojść do dalszego wyrokowania w postępowaniu cywilnym. Ponieważ wyciąg ze spisu wierzytelności jest tytułem egzekucyjnym przeciwko dłużnikowi, zdaniem P. Zimmermana, postępowanie wszczęte z powództwa cywilnego wierzyciela powinno zostać w takim przypadku umorzone na podstawie art. 355 § 1 k.p.c. jako bezprzedmiotowe. W przeciwnym razie, jak zauważa wymieniony przedstawiciel doktryny prawa, mogłoby dojść do powstania dwóch tytułów egzekucyjnych przeciwko temu samemu dłużnikowi, co stoi w sprzeczności z podstawowymi założeniami prawa procesowego²⁴.

Stwierdzenie, że zarówno poinformowanie nadzorcy sądowego przez dłużnika stosownie do art. 258 pr. rest., jak i ujawniony na podstawie art. 626¹³ k.p.c. w treści księgi wieczystej wpis wieczystoksięgowy ostrzeżenia o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego nie wyłączają możliwości wszczęcia i prowadzenia innych postępowań sądowych, nie oznacza, że pozostają one bez znaczenia dla nich. Mianowicie dzięki tym przepisom i podjętym w ich konsekwencji czynnościom procesowym, nadzorca sądowy lub zarządca biorą udział w postępowaniu sądowym. W takim przypadku pozwala to uniknąć przesłanki nieważności postępowania sądowego określonej treścią art. 379 pkt 5 k.p.c. Wówczas interes prawny dłużnika i wierzycieli jest właściwie reprezentowany.

W powyższy sposób prezentuje się znaczenie wpisu wieczystoksięgowego ostrzeżenia o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego dla dopuszczalności prowadzenia postępowania sądowego cywilnego przeciwko dłużnikowi, gdy został powołany nadzorca sądowy. Natomiast w przypadku powołania zarządcy w postępowaniu restrukturyzacyjnym sanacyjnym istotne znaczenie posiada regulacja art. 311 ust. 1 pr. rest. Mianowicie według powołanego przepisu art. 311 ust. 1 pr. rest., postępowania sądowe, a w tym cywilne dotyczące masy sanacyjnej, mogą być wszczęte i prowadzone wyłącznie przez zarządcę albo przeciwko niemu. W postępowaniach tych zarządca bierze udział w imieniu własnym, działając na rzecz dłużnika. Zatem dłużnik w wyniku przyjęcia tej regulacji nie wykonuje legitymacji materialnej, ani procesowej w sprawach dotyczących składnika majątku, w tym nieruchomości, na rzecz zarządcy. Podkreśla to znaczenie ujawniającego uprawnienia zarządcy wpisu wieczystoksięgowego ostrzeżenia o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego. Wiadomość o powołaniu zarządcy w postępowaniu restrukturyzacyjnym wówczas sądy cywilne w sprawach dotyczących nieruchomości pozyskują w konsekwencji stosowania art. 607 k.p.c. Stąd wpis wieczystoksięgowy przedmiotowego ostrzeżenia

²⁴ P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 1567. Na ten temat także A. Machowska, dz. cyt., s. 168–183.

nie pozostaje bez znaczenia dla zastosowania art. 174 § 1 pkt 4 k.p.c. Zgodnie z ostatnim z powołanych przepisów sąd zawiesza postępowanie z urzędu w przypadku, jeżeli postępowanie dotyczy masy upadłości, masy układowej lub masy sanacyjnej i ogłoszono upadłość lub wszczęto wtórne postępowanie upadłościowe albo ustanowiono zarządcę w postępowaniu restrukturyzacyjnym²⁵.

W świetle powyższego przepisu otwarcie postępowania sanacyjnego zawsze powoduje zawieszenie postępowania cywilnego, o ile tylko postępowanie to dotyczy masy sanacyjnej. Natomiast w przypadku otwarcia postępowania układowego do zawieszenia postępowania dojdzie tylko wtedy, gdy spełnione zostaną dwie przesłanki, tj. postępowanie dotyczy masy układowej oraz w postępowaniu tym ustanowiono zarządcę odpowiednio do art. 239 ust. 1 pr. rest., co oznacza, że dłużnik pozbawiony został prawa zarządu. Przyjęcie przez ustawodawcę w regulacji art. 174 § 1 pkt 4 k.p.c. przesłanek zawieszenia postępowania sądowego wynika z potrzeby ochrony interesów wierzycieli i masy sanacyjnej w sytuacji, gdy dłużnik w trakcie postępowania restrukturyzacyjnego, czyli insolwencyjnego, pozbawiony został prawa zarządu. Przepis art. 174 § 1 pkt 4 k.p.c. zobowiązuje sąd do wezwania zarządcy do udziału w sprawie. Zarządca nie może odmówić wstąpienia do postępowania, co jest zobowiązany uczynić po wezwaniu go przez sąd²⁶.

W kontekście powyższego znaczenia nabiera wpis wieczystoksięgowego ostrzeżenia o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego, dla podejmowania czynności procesowych w innych postępowaniach sądowych niż restrukturyzacyjne. Zasięgając na podstawie art. 607 k.p.c. informacji o stanie prawnym nieruchomości ujawnionym w treści księgi wieczystej, a w tym zapoznając się z treścią wyżej wskazanego wpisu ostrzeżenia, sąd może podjąć czynności procesowe, o których stanowi powołany wyżej art. 174 § 1 pkt 4 k.p.c.²⁷

Wpis wieczystoksięgowy ostrzeżenia o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego służy zachowaniu prawidłowości powyższych czynności i tym samym realizacji ochrony interesu prawnego uczestników postępowania restrukturyzacyjnego. W kontekście wyżej powołanej regulacji art. 607 k.p.c. i obowiązku zasięgania przez sąd informacji o stanie prawnym ujawnionym w treści księgi wieczystej, wpis ten zapobiega nieważności postępowania sądowego. Poprzez treść tego wpisu wieczystoksięgowego sąd może ocenić legitymację materialną i procesową uczestników postępowania sądowego. Przy czym są

²⁵ Na ten temat K. Knoppek [w:] T. Ereciński (red.), *System prawa procesowego cywilnego. Postępowanie zabezpieczające*, Warszawa 2016, s. 203–208; także A. Zieliński [w:] dz. cyt., s. 347–335; E. Wengerek, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu postępowania cywilnego za rok 1967*, „Nowe Prawo” 1968, nr 4, s. 613.

²⁶ A. Machowska, dz. cyt., s. 168–183.

²⁷ Na ten temat K. Pietrzykowski [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 763–764.

to przypadki postępowań sądowych, w których rozstrzygnięcie istoty sprawy dotyczy stanu prawnego nieruchomości. W pozostałych przypadkach zapobiegać przesłankom nieważności postępowania sądowego, a w tym służyć realizacji ochrony prawnej, mają przede wszystkim regulacje art. 258 pr. rest. i art. 291 Pp. rest. Jednak, co istotne, ochrona interesu prawnego udzielana na podstawie art. 258 pr. rest. i art. 291 pr. rest., jak już nadmieniono w prezentowanych tu rozważaniach, posiada charakter bieżący, jest bowiem związana z podejmowanymi przez dłużnika czynnościami procesowymi w konkretnych postępowaniach sądowych, w tym cywilnych, a do tego dotyczy przede wszystkim stosunku prawnego łączącego dłużnika i wierzycieli. Natomiast ochrona udzielana przez wpis wieczystoksięgowy ostrzeżenia o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego ze względu na uregulowaną w art. 2 u.k.w.h. zasadę jawności ksiąg wieczystych posiada szerszy zakres. Ochrona ta poprzez wskazany wpis wieczystoksięgowy jest udzielana wszelkim podmiotom zainteresowanym stanem prawnym nieruchomości niezależnie od toczących się postępowań sądowych i tego, czy są ich stronami lub uczestnikami. Zaznaczyć trzeba, że ze względu na art. 626¹³ § 1 k.p.c., ochrona ta może być efektywnie realizowana w postępowaniach dotyczących nieruchomości. Jednak wymaga to doprecyzowania obowiązków sędziego – komisarza – w zakresie ujawniania w treści księgi wieczystej wpisu wieczystoksięgowego ostrzeżenia o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego.

Bibliografia

- Adamus R., *Prawo restrukturyzacyjne*, Warszawa 2015.
- Czech T., *Księgi wieczyste i hipoteka. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Ereciński T (red.), *System prawa procesowego cywilnego. Postępowanie zabezpieczające*, Warszawa 2016.
- Gniewek E., *Księgi wieczyste. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Gurgul S., *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Hrycaj A., Jakubecki A. (red.), *System prawa handlowego. Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*, Warszawa 2016.
- Hrycaj A., Filipiak P. (red.), *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Jodłowski J., Resich Z., Lapierre J., Misiuk-Jodłowska T., Weitz K., (red.), *Postępowanie cywilne*, Warszawa 2009.
- Machowska A. (red.), *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe. Zagadnienia praktyczne*, Warszawa 2016.
- Merczyński B., Murawska M. (red.), *Wpływ otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego na postępowania sądowe i egzekucyjne*, „Monitor Prawa Bankowego” 2015, nr 12.
- Pietrzykowski K. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2015.
- Szpunar A., *Roszczenie o uzgodnienie treści księgi wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym*, „Rejent” 1997, nr 12.
- Torbus A., Witosz A., Witosza A.J. (red.), *Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Wengerek E., *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego z zakresu postępowania cywilnego za rok 1967*, „Nowe Prawo” 1968, nr 4.
- Wengerek E., *Pojęcie, przedmiot przesłanki postępowania egzekucyjnego oraz zabezpieczającego* [w:] J. Jodłowski (red.), *Wstęp do systemu prawa procesowego cywilnego. Zbiór studiów*, Wrocław 1974.
- Wójtowicz M., *Prawo restrukturyzacyjne*, Warszawa 2016.
- Zedler F., Jakubecki A. (red.), *Prawo upadłościowe i naprawcze. Komentarz*, Warszawa 2006.
- Zieliński A. (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Zimmerman P., *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, Warszawa 2016.

Wykaz orzeczeń Sądu Najwyższego

- IV CK 86/04 z 7 października 2004 r., „Biuletyn Sądu Najwyższego” 2005, Nr 2, poz. 15.
- V CZ 37/11 z 21 lipca 2011 r., Legalis.

STRESZCZENIE

Wpis wieczystoksięgowy ostrzeżenia o prowadzeniu postępowania restrukturyzacyjnego służy zachowaniu prawidłowości powyższych czynności i tym samym realizacji ochrony interesu prawnego uczestników postępowania restrukturyzacyjnego. W kontekście wyżej powołanej regulacji art. 607 k.p.c. i obowiązku zasięgania przez sąd informacji o stanie prawnym ujawnionym w treści księgi wieczyste, wpis ten zapobiega nieważności postępowania sądowego. Poprzez treść tego wpisu wieczystoksięgowego sąd może ocenić legitymację materialną i procesową uczestników postępowania sądowego. Przy czym są to przypadki postępowań sądowych, w których rozstrzygnięcie istoty sprawy dotyczy stanu prawnego nieruchomości. W pozostałych przypadkach zapobiega przesłankom nieważności postępowania sądowego, a w tym służyć realizacji ochrony prawnej, mają przede wszystkim regulacje art. 258 i art. 291 ustawy Prawo restrukturyzacyjne z 15 maja 2015 r.

Słowa kluczowe: postępowanie restrukturyzacyjne, zdolność procesowa, nadzorca sądowy, zarządca, księgi wieczyste, wpis wieczystoksięgowy ostrzeżenia

SUMMARY

The perpetual-accounting entry of warning about the running restructuring proceedings is used for keeping above regularities activities and in the process of completion of the protection of the legal interest of participants in restructuring proceedings. In the context of the higher appointed regulation of the Art. of 607 Code of Civil Procedure and the duty of drawing by the court of information about the legal status revealed into contents of the land and mortgage register this entry prevents the nullity of judicial proceedings. Through contents of this perpetual-accounting entry the court can assess the card financial and procedural of participants in judicial proceedings. In addition they are these are cases of judicial proceedings in which the decision of the substance of the case is regarding the legal status real estates. In other cases to prevent conditions of the unimportance of judicial proceedings, and in it to serve the realization of the legal protection above all regulations have Art. 258 and Art. 291 acts – restructuring Law from 15 May 2015.

Keywords: restructuring proceedings, procedural ability, court superintendent, administrator, land register, perpetual-accounting entry of the warning



Prof. UW r dr hab. Bartłomiej Krzan
Uniwersytet Wrocławski
bartlomiej.krzan@uwr.edu.pl

**Regionalizacja międzynarodowego sądownictwa
karnego z perspektywy zasady komplementarności
na przykładzie proponowanego Afrykańskiego
Trybunału Sprawiedliwości oraz Praw Człowieka
i Ludów**

**The regionalization of international criminal justice
from the perspective of the complementarity principle
on the example of the proposed African Court
on Human and Peoples' Rights**

Abstrakt

Artykuł odnosi się do tendencji regionalizacji międzynarodowego sądownictwa karnego, jak np. planów rozszerzenia jurysdykcji Afrykańskiego Trybunału Sprawiedliwości oraz Praw Człowieka i Ludów, z perspektywy zasady komplementarności. Opracowanie zmierza do udowodnienia, że tradycyjne rozumienie komplementarności (jako alokacji jurysdykcji pomiędzy Międzynarodowym Trybunałem Karnym a sądami krajowymi) można rozwinąć tak, aby uwzględnić także regionalne trybunały karne – jako szczebel pośredni pomiędzy stałym MTK a sądownictwem krajowym. Ze względu na zachodzące na siebie – choć nie tożsame – zakresy jurysdykcji, można potraktować MTK i trybunał regionalny jako potencjalnych partnerów, a nie konkurentów, w sączeniu zbrodni międzynarodowych.

Abstract

The present contribution deals with recent trends of regionalizing international criminal justice, as in the case of the proposed extension of jurisdiction of the African Court of Justice and Human and People's Rights over international crimes, and examines them against the background of the principle of complementarity, whose classic aim would be to allocate jurisdiction between the International Criminal Court and national courts. It is argued that the traditional understanding of complementarity may be extended to accommodate also regional criminal tribunals. A regional layer of criminal jurisdiction would therefore be introduced between the ICC and national courts. Given the overlapping but not identical scopes of jurisdiction, by the ICC, and the African Court, respectively, it is possible to conceive of them as potential partners working in parallel terms in prosecuting international (and transnational) crimes.

1. Wstęp

Wynikająca z Protokołu z Malabo¹ propozycja utworzenia Wydziału Międzynarodowego Prawa Karnego w ramach reformowanego Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów² nie tylko wpisuje się w trend badający „afrykańskie” podejście do prawa międzynarodowego³ (także karnego⁴), ale przede wszystkim daje znakomity asumpt do zastanowienia się nad regionalizacją międzynarodowego sądownictwa karnego.

Celem niniejszego opracowania jest analiza możliwości wykorzystania trybunałów regionalnych z perspektywy zasady komplementarności oraz tej bardziej ogólnej – Statutu rzymskiego⁵. W pierwszej kolejności odniesiemy się do samego fenomenu regionalizacji i jej postaci, aby następnie dokładniej zająć się projektem wyposażenia Afrykańskiego Trybunału w jurysdykcję karną. Oczywiście to tylko

¹ Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, Annex: Statute of the Statute of the African Court of Justice and Human and Peoples' Rights https://au.int/sites/default/files/treaties/7804-treaty-0045_-_protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e-compressed.pdf [dostęp 20.08.2018].

² Zob. np. B. Krzan, *Afrykańska alternatywa dla Międzynarodowego Trybunału Karnego* [w:] B. Kuźniak, M. Ingelevič-Citak (red.), *Ius cogens soft law. Dwa bieguny prawa międzynarodowego publicznego*, Kraków 2017, s. 131–138.

³ Zob. np. klasyczne opracowanie: T.O. Elias, *Africa and the Development of International Law*, Hague 1988.

⁴ C. Jalloh, *Regionalizing International Criminal Law?*, „International Criminal Law Review” 2009, vol. 9, s. 445 i n.

⁵ Rome Statute of the International Criminal Court, Rome, 17 July 1998, United Nations Treaty Series, vol. 2187, s. 3; Polska wersja językowa – Dz.U. 2003 Nr 78, poz. 708.

jeden z przejawów tego zjawiska, a rozważania nasze są czysto spekulatywne, ponieważ Protokół z Malabo dotychczas nie wszedł w życie⁶. Konieczne jest jednak rozważenie samej możliwości tworzenia trybunałów regionalnych. Dotychczasowe rozważania nad komplementarnością skupiały się na stosunku MTK do sądów krajowych; nie podjęto natomiast kwestii relacji z innymi trybunałami międzynarodowymi⁷. Pojawia się tym samym pytanie, czy prowadzenie postępowania przed trybunałem regionalnym można potraktować jako prowadzenie postępowania karnego przez państwo, na potrzeby art. 17(1)(a) Statutu rzymskiego. Odpowiedź na te kwestie ma kapitalne znaczenie dla funkcjonowania właściwie zorganizowanej architektury sądownictwa karnomiędzynarodowego.

2. Regionalizacja międzynarodowego sądownictwa karnego i jej postacie

Regionalizacja była w doktrynie prawa międzynarodowego wielokrotnie analizowana z różnych perspektyw⁸. Na potrzeby naszych obecnych rozważań możemy przyjąć, że oznacza ona po prostu „proces wzrostu, zwiększania interakcji i działalności regionalnych⁹”. Przydatne okaże się też podejście Komisji Prawa Międzynarodowego zaprezentowane przy okazji prac nad fragmentacją prawa międzynarodowego, a traktujące regionalizm m.in. w dwóch normatywnych aspektach: jako „regułę bądź zasadę z regionalnym zakresem obowiązywania” albo też „regionalne ograniczenie sfery ważności uniwersalnej reguły lub zasady¹⁰”.

⁶ Praktyka jest daleka od zakładanych efektów. Według stanu na 8 lutego 2018 r. zmiany do protokołu podpisało jedynie 11 z 54 państw, przy czym żadne z nich jeszcze go nie ratyfikowało (https://au.int/sites/default/files/treaties/7804-sl-protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_5.pdf). Do wejścia w życie protokołu potrzeba 15 ratyfikacji.

⁷ K. Rau, *Jurisprudential Innovation or Accountability Avoidance? The International Criminal Court and Proposed Expansion of the African Court of Justice and Human Rights*, „Minnesota Law Review”, 2012, vol. 97, s. 676.

⁸ Zob. zvl. H. Golsong, *Le développement du droit international regional* [w:] *Colloque de Bordeaux, Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, Paris 1997, s. 221; T. Jasudowicz, *Normy regionalne w prawie międzynarodowym*, Toruń 1983; W. Czapliński, *Universalism, Regionalism and Localism in the Age of Globalization* [w:] R.St.J. Macdonald, D.M. Johnston (red.), *Towards World Constitutionalism. Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Hague 2005, s. 255.

⁹ Tak L. Fawcett, *Regionalism. From Concept to Regional Practice* [w:] M.J. Aznar, M.E. Footer (red.), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, vol. 4, Oxford-Portland 2012, s. 9.

¹⁰ Zob. *Fragmentation of international law. Difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Report of the Study Group of the International Law Commission*,

Również w sądownictwie międzynarodowym perspektywa regionalna nie jest niczym nowym¹¹. Obecnie funkcjonuje wiele trybunałów o wyłącznie regionalnym zakresie, zarówno dysponujących jurysdykcją ogólną (np. trybunały regionalnych organizacji gospodarczych) albo wyspecjalizowaną (np. ochrona praw człowieka). Regionalne trybunały zazwyczaj traktuje się na równi z trybunałami międzynarodowymi o zasięgu powszechnym, uniwersalnym. Nie można jednak zapominać, że przyczyny tworzenia przez państwa trybunałów regionalnych wynikają z naśladownictwa i korzystania z doświadczeń innych regionów, ale też czasami z dynamiki charakteryzującej dany region lub organizację regionalną, z którą trybunał jest związany. Jeśli te bodźce różnią się pomiędzy regionami, to dynamika tworzenia sądów międzynarodowych również będzie się różniła od tej na poziomie regionalnym¹².

Z perspektywy sądownictwa karnomiędzynarodowego można wyróżnić rozmaite warianty – mniej i bardziej intensywne stopnie regionalizacji¹³. Trybunały karne należałoby traktować zasadniczo jako trybunały regionalne, ze względu na jurysdykcję ograniczoną do węższej lub szerszej zdefiniowanego regionu¹⁴. Ta konstatacja wydaje się oczywista dla międzynarodowych trybunałów *ad hoc*, jak i hybrydowych, ale kwalifikowanie stałego MTK jako trybunału uniwersalnego również może – przynajmniej pod pewnymi względami – okazać się problematyczne, zwłaszcza, gdy spojrzymy na jego skład¹⁵ czy też na wokandę¹⁶. Pamiętajmy też, że stały trybunał, jeżeli tylko uzna to za pożądane, może na gruncie art. 3(3) Statutu rzymskiego ustanowić swoją siedzibę poza Hagę. Refleksem

Finalized by Martti Koskeniemi, UN Doc. A/CN.4/L.682, § 211, s. 108. Pomijamy tu dwa wcześniejsze rozumienia regionalizmu, tj. jako zestawu różnych podejść i metod badania prawa międzynarodowego oraz jako techniki tworzenia tego prawa. Zob. też E. Cała-Wacinkiewicz, *Fragmentacja prawa międzynarodowego*, Warszawa 2018, s. 242 i n.

¹¹ Jako jeden z pierwszych C.W. Jenks, odnosił się do relacji pomiędzy Stałym Trybunałem Sprawiedliwości Międzynarodowej a trybunałami regionalnymi i przy tej okazji postulował ich podporządkowanie poprzednikowi Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości – zob. C.W. Jenks, *Regionalism in International Judicial Organization*, „American Journal of International Law” 1943, vol. 37, s. 314.

¹² S. Katzenstein, *In the Shadow of Crisis. The Creation of International Courts in the Twentieth Century*, „Harvard International Law Journal” 2014, vol. 55, s. 157.

¹³ Zob. W.W. Burke-White, *Regionalization of International Criminal Law Enforcement. A Preliminary Exploration*, „Texas International Law Journal” 2003, vol. 38, s. 748.

¹⁴ Pomijamy też regionalne preferencje wykonywania jurysdykcji uniwersalnej.

¹⁵ W składzie którego wyraźnie zaznacza się europejski element. W.A. Schabas mówi wręcz o MTK jako o regionalnym w praktyce trybunale – zob. W.A. Schabas, *Regions, Regionalism and International Criminal Law*, „New Zealand Yearbook of International Law” 2007, vol. 4, s. 12 i n.

¹⁶ Tu z kolei „dominują” sytuacje i sprawy afrykańskie.

tego zjawiska może być wreszcie tworzenie lokalnych regionalnych izb w ramach MTK¹⁷ albo też regionalnej strategii współpracy z nim¹⁸.

Zgodnie z zapowiedzią poczynioną na wstępie, niniejsze studium skupia uwagę na relacji pomiędzy z jednej strony MTK, tj. trybunałem o zasięgu (prawie) uniwersalnym, a z drugiej – sądem regionalnym, jak np. mającym uzyskać kompetencję do orzekania o odpowiedzialności karnej, nieustannie reformującym się Afrykańskim Trybunałem Praw Człowieka i Ludów.

3. Projekt rozszerzenia jurysdykcji Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów

Utworzenie organu sądowego Unii Afrykańskiej przewidziano już w art. 18 i 26 Aktu konstytucyjnego Unii podpisanego w Lome w 2000 r.¹⁹, a w lipcu 2003 r. Zgromadzenie Unii Afrykańskiej uchwaliło protokół tworzący Trybunał Sprawiedliwości Unii Afrykańskiej²⁰. Po uzyskaniu 15 ratyfikacji, protokół ten wszedł w życie 11 lutego 2009 r., choć sam Trybunał nie został utworzony, ponieważ już 5 lat wcześniej postanowiono o jego połączeniu z Afrykańskim Trybunałem Praw Człowieka i Ludów²¹, co zrealizowano poprzez przyjęcie 1 lipca 2008 r. Protokołu w sprawie Statutu Afrykańskiego Trybunału Sprawiedliwości i Praw Człowieka²², łączącego i zastępującego dwa dotychczasowe (jeden funkcjonujący i drugi ostatecznie niepowołany) w jeden trybunał. Protokół nie obowiązuje i trudno spodziewać się rychłej zmiany tego stanu.

Nie czekając na wejście w życie protokołu łączącego trybunały w jeden²³, Zgromadzenie Unii Afrykańskiej na sesji w Malabo 24 czerwca 2014 r. przyjęło Protokół w sprawie zmian do protokołu dotyczącego Statutu Afrykańskiego

¹⁷ Zob. S. Ford, *The International Criminal Court and Proximity to the Scene of the Crime. Does the Rome Statute Permit All of the ICC's Trials to Take Place at Local or Regional Chambers*, „The John Marshall Law Review” 2010, vol. 43, s. 715.

¹⁸ F. Boehme, *‘We Chose Africa’. South Africa and the Regional Politics of Cooperation with the International Criminal Court*, „International Journal of Transitional Justice” 2017, vol. 11, s. 50.

¹⁹ Constitutive Act of African Union, UNTS 2158, s. 3.

²⁰ Decision on the Protocol of the Court of Justice of the African Union, AU Doc. Assembly/AU/Dec.25 (II).

²¹ AU Doc. Assembly/AU/Dec.45 (III) Rev.1, § 4.

²² Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, https://au.int/sites/default/files/treaties/7792-treaty-0035_-_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e.pdf [dostęp 20.08.2018].

²³ Niektórzy kwestionują wprowadzenie zmian przed wejściem w życie pierwotnego aktu oraz niedochowanie trybu zmian określonego w art. 58–59 Protokołu dot. Statutu (zob. M. Ssenyonjo, S. Nakitto, *The African Court of Justice and Human and Peoples' Rights 'International Criminal Law Section'. Promoting Impunity for African Union Heads of State and Senior State*

Trybunału Sprawiedliwości i Praw Człowieka. Zgodnie z protokołem, zreformowany Trybunał miałby składać się z 16 sędziów pracujących w trzech wydziałach: Wydziale Spraw Ogólnych, Wydziale Praw Człowieka i Ludów oraz w Wydziale Międzynarodowego Prawa Karnego. Ten ostatni miałby składać się z trzech izb: Izby Wstępnej, Procesowej oraz Apelacyjnej²⁴ i posiadać jurysdykcję w odniesieniu do 14 kategorii przestępstw, określonych w art. 28A(1) Protokołu z Malabo²⁵. Taki bezprecedensowy zakres przedmiotowy jurysdykcji każe poddać w wątpliwość realistyczne podejście twórców zmian tego protokołu. Niezależnie od stopnia (nie-) prawdopodobieństwa realizacji litery protokołu z Malabo, wydaje się, że powołanie takiego trybunału wywołuje niebezpieczeństwo powstania regionalnej wyjątkowości (afrykańskiego „ekscepcjonalizmu”) w międzynarodowym prawie i sądownictwie karnym, ostatecznie godzącej w wiarygodność i skuteczność afrykańskiego regionalnego systemu praw człowieka, a przede wszystkim instytucjonalizującej „afrykańską lukę bezkarności”, pozbawiającą międzynarodowe prawo karne jakiegokolwiek znaczenia²⁶.

4. Dopuszczalność powołania trybunału regionalnego

Poszukiwania podstawy dla utworzenia regionalnych trybunałów karnych należy rozpocząć chociażby od art. VI konwencji o ludobójstwie²⁷. Międzynarodowe prawo karne nie przesądza kategorycznie o formie, w jakiej państwa mają

Officials?, „International Criminal Law Review” 2016, vol. 16, No. 1, s. 76). Trudno jednak zgodzić się z tak kategorycznym stanowiskiem.

²⁴ Przydział sędziów do odpowiednich wydziałów i izb ma zostać określony przez sędziów w regulaminie, ale wskazówek w tym zakresie dostarcza sam protokół z Malabo.

²⁵ Obok czterech zbrodni ujętych w Statucie rzymskim jurysdykcją reformowanego Trybunału Afrykańskiego objęto by także przestępstwo niekonstytucyjnej zmiany rządu, piractwo, terroryzm, najemnictwo, korupcję, pranie brudnych pieniędzy, handel ludźmi, handel narkotykami, handel niebezpiecznymi odpadami oraz niedozwolone wykorzystywanie zasobów naturalnych.

²⁶ G. Odo, *At the Crossroads. Deconstructing the Challenges of International Justice and the Fight against Impunity in Africa* [w:] V.O. Nmehielle (red.), *Africa and the future of international criminal justice*, Hague 2012, s. 349. (Powierzenie afrykańskiemu trybunałowi jurysdykcji karnej nie tylko utrudni, ale może wręcz przekroczyć możliwości istniejącego systemu regionalnego nie tylko w odniesieniu do sądenia zbrodni międzynarodowych. Mówimy tym samym nie tylko o podważeniu skuteczności pociągania do odpowiedzialności za zbrodnie międzynarodowe popełniane w Afryce, ale wręcz o erozji obowiązujących norm). W tym kontekście mówi się wręcz o „a licence for impunity rather than an important step towards combating it” (L. Oette, *The African Union High-Level Panel on Darfur. A Precedent for Regional Solutions to the Challenges Facing International Criminal Justice?* [w:] tamże, s. 371).

²⁷ Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa, uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 9 grudnia 1948 r., Dz.U. 1952 Nr 2, poz. 9. Można też wskazać inne traktaty międzynarodowego prawa karnego materialnego.

ze sobą współpracować w ściganiu zbrodni, a zatem można sobie wyobrazić bardziej zinstytucjonalizowaną formę współpracy poprzez połączenie wysiłków na rzecz stworzenia trybunału regionalnego²⁸. Taki trybunał mógłby wspierać wysiłki sądów krajowych i MTK dla osądzenia zbrodni międzynarodowych.

Argumenty za powołaniem regionalnych trybunałów karnych przypominają bardzo argumenty podnoszone w odniesieniu do trybunałów hybrydowych, o mieszanej (międzynarodowo-krajowej) jurysdykcji i składzie²⁹. Podkreślenia wymaga swoistego rodzaju „przybliżenie” (*proximity*)³⁰, tj. większe zrozumienie dla okoliczności i prawa mających znaczenie dla danego społeczeństwa, doświadczanego zbrodniami międzynarodowymi, jego historii, kultury i religii, a równocześnie ogranicza sytuacje, w których orzeczenie zapadałoby bez uwzględnienia tych prawnie relewantnych kontekstów³¹, choć z drugiej strony trzeba pamiętać o ewentualnych wadach z tym związanych – zwłaszcza, gdy władzę sądenia powierzy się osobom przynależnym do byłych stron dawnych konfliktów etnicznych, a MTK przestanie być wystarczająco świadomy regionalnie³².

Można wręcz zastanawiać się, czy tworzenie regionalnych alternatyw dla MTK nie podważa sensu jego istnienia³³. W myśl najdalej idącej interpretacji strony Statutu rzymskiego „uciekają w organizację” (tj. w utworzenie konkurencyjnego trybunału, np. afrykańskiego), aby nie wypełniać zaciągniętych wcześniej zobowiązań³⁴. Z perspektywy formalnej można ten problem łatwo zredukować do pytania o konsekwencje walidacyjne ustanowienia traktatu sprzecznego z wcześniej zawartymi umowami międzynarodowymi. W trakcie prac nad kodyfikacją prawa traktatów, specjalny sprawozdawca Komisji Prawa Międzynarodowego, Sir Hersch Lauterpacht, sugerował nieważność traktatu, którego realizacja miałaby pociągać za sobą naruszenie zobowiązań traktatowych wcześniej zaciągniętych przez jedną lub więcej umawiających się stron³⁵. Nie trzeba jednak przypominać, że Komisja Prawa Międzynarodowego nie zaakceptowała

²⁸ P. Manirakiza, *The Case for an African Criminal Court to Prosecute International Crimes Committed in Africa* [w:] V.O. Nmehielle (red.), dz. cyt., s. 397.

²⁹ Zob. A. Cassese, *The Role of Internationalized Courts and Tribunals in the Fight Against International Criminality* [w:] C.P.R. Romano, A. Nollkaemper, J.K. Kleffner (red.), *Internationalized Criminal Courts and Tribunals*, Oxford 2004, s. 6.

³⁰ R. Burchill, *International Criminal Tribunals at the Regional Level. Lessons from International Human Rights Law*, „New Zealand Yearbook of International Law” 2007, vol. 4, s. 38.

³¹ R.E. Rauxloh, *Regionalisation of the International Criminal Court*, „New Zealand Yearbook of International Law” 2007, vol. 4, s. 79.

³² Tamże, s. 82–83.

³³ Zob. L. Condorelli, T. Boutruche, *Internationalized Criminal Courts and Tribunals. Are They Necessary?* [w:] C.P.R. Romano, A. Nollkaemper, J.K. Kleffner (red.) *Internationalized Criminal Courts and Tribunals*, Oxford 2004, s. 435.

³⁴ B. Krzan, dz. cyt., s. 137.

³⁵ UN Doc. A/CN.4/63, Law of Treaties, Report by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur, YILC 1953, vol. II, s. 93 i 156.

tego stanowiska, co wyraźnie wynika z art. 30 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów³⁶.

Odnosząc się konkretnie do projektu rozszerzenia jurysdykcji Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów, trzeba podkreślić brak jakiegokolwiek wzmianki o MTK w protokole z Malabo. Tym samym naturalne wydają się posądzenia o konkurencyjne podejście³⁷ albo o naruszenie zobowiązań państw stron Statutu rzymskiego³⁸. Ale nie można zgodzić się ze stanowiskiem, wedle którego utworzenie Wydziału Międzynarodowego Prawa Karnego byłoby sprzeczne z postanowieniami Statutu rzymskiego, który miałby wymagać od państw-stron i od Unii Afrykańskiej (*sic!*)³⁹ pełnej współpracy z Trybunałem. Taka argumentacja jest na gruncie art. 86 Statutu nie do przyjęcia, trudno bowiem uznać, że ta organizacja międzynarodowa jest związana Statutem rzymskim⁴⁰.

Regionalizacji międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości nie można przyjmować jako negacji uniwersalnego międzynarodowego prawa karnego⁴¹. Oczywiście prawdą jest, że Statut MTK możliwości tworzenia regionalnych trybunałów karnych wprost nie przewiduje, ale też nie można automatycznie zakładać, że ją wyklucza⁴². Taka wyłącznie dwuwartościowa logika (albo uruchomienie jurysdykcji MTK, albo prowadzenie krajowych postępowań karnych) wydaje się sprzeczna z celem i przedmiotem Statutu rzymskiego, który przecież zakłada położenie kresu bezkarności sprawców najpoważniejszych zbrodni międzynarodowych. Skoro dopuszczamy ściganie zbrodni przeciwko zbiorowym interesom społeczności międzynarodowej przez pojedyncze państwa działające w imieniu

³⁶ Dz.U. 1990 Nr 74, poz. 439.

³⁷ Zob. M.W. Martin, B. Jürgen, *The proposed International Criminal Chamber section of the African Court of Justice and Human Rights. A legal analysis. Notes and comments*, „South African Yearbook of International Law” 2012, vol. 37, s. 263.

³⁸ C.B. Murungu, *Towards a Criminal Chamber in the African Court of Justice and Human Rights*, „Journal of International Criminal Justice” 2012, vol. 9, s. 1081.

³⁹ Tak twierdzą, odwołując się do art. 87(6) Statutu, M.W. Martin, B. Jürgen, dz. cyt., s. 264.

⁴⁰ Słusznie zatem podważa się badanie legalności tworzenia afrykańskiej międzynarodowej jurysdykcji karnej jako „fallacious, fundamentally mistaken and unscrupulous in international law” – zob. A. Abass, *Prosecuting International Crimes in Africa. Rationale, Prospects and Challenges*, „European Journal of International Law” 2013, vol. 24, s. 942. Powołany autor twierdzi dalej jeszcze bardziej dobitnie: „No provision of the Statute forbids its States Parties from concluding other treaties, even if those were to establish courts of a similar nature to the ICC. The Rome Statute is not a *primus inter pares* among treaties and cannot fetter the competence of its States Parties to deploy their consent in international law. It is but a manifestation of uncritical appraisal now to regard the Rome Statute as the *fons et origo* of all international crimes and their international prosecution.”

⁴¹ A. Soma, *L’africanisation du droit international pénal* [w:] *Société africaine pour le droit international*, „L’Afrique et le droit international penal” 2015, s. 12.

⁴² C.B. Murungu, dz. cyt., s. 1081.

tej społeczności, to trudno byłoby przyjąć jednoczesną niedopuszczalność osądzenia tychże zbrodni przez państwa, działając zbiorowo⁴³. A zatem: *tertium datur!* Trzeba przy tym wreszcie podkreślić, że Statut rzymski nie korzysta z nadrzędności w jakiegokolwiek formie – ani na podobieństwo art. 103 Karty Narodów Zjednoczonych, ani też nie można go uznać całościowo za emanację norm peremptoryjnych. Bezzasadne jest tym samym twierdzenie, że utworzenie regionalnego trybunału karnego stoi w sprzeczności z literą Statutu MTK. Zamiast takiego postawienia sprawy można bezpiecznie uznać propozycję stworzenia regionalnego trybunału np. jako próbę reakcji w dobrej wierze na zastrzeżenia liderów państw afrykańskich formułowane pod adresem MTK⁴⁴. Mnożenie trybunałów regionalnych pozornie wydawałoby się działaniem sprzecznym z logiką funkcjonowania MTK, ale przecież mogłyby one wypełnić lukę pomiędzy krajowym wymiarem sprawiedliwości a stałym Trybunałem. W ten sposób można by także uniknąć problemów związanych z powołaniem trybunałów *ad hoc* i niedomagań stałego MTK⁴⁵.

Uruchomienie jurysdykcji karnej w ramach regionalnego (np. afrykańskiego) trybunału mogłoby zatem zapewnić dodatkowy mechanizm odpowiedzialności za zbrodnie międzynarodowe, uzupełniające narzędzie w stosunku do sądownictwa krajowego i trybunałów międzynarodowych. Zamiast konkurować z nimi, taki regionalny trybunał byłby częścią wspólnoty sądów działających w systemie zdecentralizowanym na rzecz wspólnego celu, jakim jest położenie kresu bezkarności⁴⁶. Tworzenie regionalnych trybunałów karnych można by potraktować tym samym jako włożenie dodatkowej płaszczyzny jurysdykcyjnej do mechanizmu komplementarności Statutu rzymskiego⁴⁷. Tworzenie nowych jurysdykcji karnomiędzynarodowych wymusi jednak przynajmniej minimalną koordynację zarówno na poziomie kompetencyjnym, jak i w zakresie spójności orzeczniczej. Na pewno nie można mówić o przymusowym, jednolitym hierarchicznym systemie sądów międzynarodowych, co dobitnie wyraził Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii w sprawie *D. Tadicia*⁴⁸. Trudno wyobrazić sobie, by MTK był instancją odwoławczą od orzeczeń trybunału

⁴³ D. Akande, *The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties. Legal Basis and Limits*, „Journal of International Criminal Justice” 2003, vol. 1, s. 626.

⁴⁴ Ch. Eboe-Osuji, *The ICC and the African Court and the Extended Notion of Complementarity of International Criminal Jurisdictions*, „Nigerian Yearbook of International Law” 2017, s. 200.

⁴⁵ R.E. Rauxloh, dz. cyt., s. 68.

⁴⁶ P. Manirakiza, dz. cyt., s. 385–6.

⁴⁷ R. Burchill, dz. cyt., s. 44.

⁴⁸ *Prosecutor v. Dusko Tadić A/K/A „Dule”*. Decision on the Defence motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2.10.1995, § 11: „International law, because it lacks a centralized structure, does not provide for an integrated judicial system operating an orderly division of labour among a number of tribunals, where certain aspects or components of jurisdiction as

regionalnego⁴⁹. Budowanie takiej hierarchii (kontroli instancyjnej) wydaje się problematyczne⁵⁰, pozostaje zatem rozważyć kwestie komplementarnej pomiędzy nimi relacji.

Na pewno jednak nie należy traktować proliferacji międzynarodowego sądownictwa karnego jako negatywnego procesu, lecz raczej jako konieczność w obecnej sytuacji stosunków międzynarodowych, zmierzającą do postępowego wzmocnienia znajdującego się w początkowym stadium międzynarodowego systemu sądownictwa karnego⁵¹.

5. Zasada komplementarności

Choć współcześnie w doktrynie prawa międzynarodowego (nie tylko karnego) dominuje podejście odnoszące komplementarność do jurysdykcji MTK⁵², nie można zapominać o szerszym nań spojrzeniu występującym również w innych dziedzinach tego prawa. Trudno tym samym przyjąć jedną definicję albo wręcz potraktować komplementarność jako zasadę powszechnego prawa międzynarodowego⁵³. Można mówić np. o komplementarnych, wzajemnie uzupełniających

a power could be centralized or vested in one of them but not the others. In international law, every tribunal is a self-contained system (unless otherwise provided)."

⁴⁹ R. Burchill, dz. cyt., s. 44. Nawiązujemy tym samym do innego środka zaradczego na proliferację sądownictwa międzynarodowego, proponowanego przez Guillaume'a (skonstruowania swoistej hierarchii trybunałów, z przyznaniem centralnej pozycji Międzynarodowemu Trybunałowi Sprawiedliwości). Guillaume proponuje też zwracanie się przez trybunały międzynarodowe do MTS z wnioskiem o opinie doradcze (Guillaume, s. 302–303). Sam autor ma świadomość, że zrealizowanie jego postulatów jest trudne, przede wszystkim ze względu na brak gotowości po stronie i państw, i samych trybunałów. Dobitnie w odniesieniu do MTS wyraził to MTKJ: „this Tribunal is an autonomous international judicial body, and although the ICJ is the «principal judicial organ» within the United Nations system to which the Tribunal belongs, there is no hierarchical relationship between the two courts”. (Prosecutor v. *Dela-lic* et al. (Celebici case), Judgment, Appeals Chamber, IT-96-21-A, 20.02. 2001, § 24.

⁵⁰ Zob. F. Pocar, *The International Proliferation of Criminal Jurisdictions Revisited. Uniting or Fragmenting International Law?* [w:] H.P. Hestermeyer (red.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity. Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Hague 2011, s. 1721.

⁵¹ F. Pocar, *The Proliferation of International Criminal Courts and Tribunals – A Necessity in the Current International Community*, „Journal of International Criminal Justice” 2004, vol. 2, s. 308.

⁵² W.A. Schabas, podkreślając jej znaczenie, stwierdza wręcz, że stanowi ona część DNA MTK – W.A. Schabas, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, 2nd ed., Oxford 2016, s. 447.

⁵³ S.T. Ebobrah, *Towards a Positive Application of Complementarity in the African Human Rights System. Issues of Functions and Relations*, „European Journal of International Law” 2011, vol. 22, s. 666.

się instytucjach ochrony praw człowieka⁵⁴. Jednak dominujące, klasyczne stanowisko, odnosi ten termin do alokacji jurysdykcji pomiędzy MTK a sądownictwem krajowym⁵⁵. Zasada komplementarności jest jednym z fundamentów, na których budowana jest przyszłość MTK⁵⁶.

Wyróżnia się wiele rodzajów komplementarności (np.: komplementarność klasyczna, negatywna, pozytywna, proaktywna, konstruktywna)⁵⁷, ale rozrost i bogactwo określeń, zamiast klaryfikacji, wprowadzają niemałe zamieszanie⁵⁸. Kapitałne znaczenie dla naszych rozważań ma przede wszystkim komplementarność pozytywna, zmierzająca do zwiększenia dostępności poszczególnych środków sądowych zwalczania bezkarności (nie tylko przed sądami krajowymi czy instytucjami międzynarodowymi), zachęcając państwa do realizacji ich międzynarodowych zobowiązań w zakresie ścigania i karania zbrodni międzynarodowych⁵⁹.

Warto zresztą zauważyć, że Urząd Prokuratora MTK sam postuluje wyjście poza bierne postrzeganie zasady komplementarności. Nawiązuje tym samym do doktrynalnych postulatów czynnej, aktywnej (*proactive*) komplementarności, odchodząc od wąskiego, formalnego pojmowania tego mechanizmu jako

⁵⁴ W ten trend wpisuje się zresztą P. Milik, rozważając komplementarność jako sposób wypełniania luk w jurysdykcji MTK poprzez trybunały hybrydowe – zob. P. Milik, *Komplementarność jurysdykcji Międzynarodowego Trybunału Karnego i trybunałów hybrydowych*, Warszawa 2012, s. 405 i n.

⁵⁵ K. Wierczyńska, *Przesłanki dopuszczalności wykonywania jurysdykcji przez Międzynarodowy Trybunał Karny, Studium międzynarodoprawne*, Warszawa 2016, s. 24. W Statucie rzymskim komplementarność uregulowana została w kilku przepisach. Po pierwsze, w ustępie 10 preambuły Statutu podkreślono, iż Międzynarodowy Trybunał Karny ma charakter komplementarny w stosunku do krajowych systemów wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych. Taka formuła została powtórzona w artykule 1 Statutu. Konkretyzację zasady stanowi natomiast art. 17 Statutu rzymskiego, w którym określano przesłanki dopuszczalności sprawy.

⁵⁶ J.T. Holmes, *The Principle of Complementarity* [w:] R. Lee (red.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Hague 1999, s. 73.

⁵⁷ M.M. El Zeidy, *The Principle of Complementarity in International Criminal Law. Origin, Development and Practice*, Hague 2008; C. Stahn, M. El Zeidy (red.), *The International Criminal Court and Complementarity. From Theory to Practice*, Cambridge 2011.

⁵⁸ Jak np. w przypadku koncepcji „radikalnej” komplementarności – K. Heller, *Radical Complementarity*, „Journal of International Criminal Justice” 2016, vol. 14, s. 640. Poza zakresem naszych obecnych rozważań pozostaje komplementarność pozioma, która uwzględnia relacje z MTK na rzecz rozwiązywania konfliktów właściwości między państwami ściśle związanymi ze zbrodniami łącznikami terytorialności lub obywatelstwa (sprawcy bądź ofiary) a państwami wykonywającymi jurysdykcję uniwersalną – zob. L. Burens, *Universal Jurisdiction Meets Complementarity. An Approach towards a Desirable Future Codification of Horizontal Complementarity between the Member States of the International Criminal Court*, „Criminal Law Forum” 2016, vol. 27, s. 75 i n.

⁵⁹ W. Burke-White, *Proactive complementarity. The International Criminal Court and national courts in the Rome system of international justice*, „Harvard International Law Journal” 2008, vol. 49, s. 73, 76.

przysługującego (tj. możliwego do zastosowania) wyłącznie państwom-stronom Statutu rzymskiego. Idealnej egemplifikacji takiego podejścia dostarcza nieformalny raport ekspercki Urzędu prokuratora⁶⁰, a jeszcze dobitniej zostało to podniesione w dokumencie Urzędu Prokuratora z 15 września 2016 r. dot. wyboru spraw i priorytetów⁶¹, w którym zwrócono uwagę na podział obowiązków (*burden-sharing approach*)⁶².

Rozważania nad komplementarnością skupiały się na stosunku MTK do sądów krajowych; nie podjęto natomiast kwestii relacji z innymi trybunałami międzynarodowymi⁶³. Pojawia się tym samym pytanie, czy prowadzenie postępowania przed trybunałem regionalnym można potraktować jako prowadzenie postępowania karnego przez państwo, na potrzeby art. 17(1)(a) Statutu rzymskiego. Trudno byłoby zaprzeczyć takiej interpretacji⁶⁴. Pamiętamy o możliwości delegacji przez państwo swoich suwerennych uprawnień do karania (*ius puniendi*)⁶⁵, także na trybunały międzynarodowe⁶⁶. Nie można przecież wykluczyć, że państwa podejmą określone kroki na poziomie regionalnym czy subregionalnym⁶⁷. Innymi słowy, rozważyć należy jeszcze jeden – regionalny – wariant komplementarności, odpowiadający postulatowi doktryny, by MTK uznał sprawę za niedopuszczalną w razie jej rozpatrzenia przez legalnie utworzony trybunał regionalny⁶⁸. Można też potraktować statutowy model komplementarności jako dający przynajmniej pośrednią podstawę dla utworzenia regionalnego trybunału międzynarodowego⁶⁹.

W przeciwnym wypadku – jeśli ściśle rozumiana komplementarność ograniczać by się miała wyłącznie do państw – prowadzenie postępowań przed trybunałem regionalnym (np. afrykańskim) nie stanowiłoby przeszkody, by MTK

⁶⁰ Informal expert paper: The principle of complementarity in practice. Zob. zwłaszcza §§ 76–77.

⁶¹ OTP, Policy paper on case selection and prioritisation 15 September 2016, § 7, § 30 (doprecyzowanie oceny w zakresie komplementarności).

⁶² OTP, Policy paper on case selection and prioritisation, § 31.

⁶³ K. Rau, dz. cyt., s. 676.

⁶⁴ M. Jackson, *Regional Complementarity: The Rome Statute and Public International Law*, „Journal of International Criminal Justice” 20016, vol. 14, s. 1066.

⁶⁵ D. Sarooshi, *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford 2007, s. 18 i n.; D.G. Hawkins, D.A. Lake, D.L. Nielson, M.J. Tierney, *Delegation and Agency in International Organizations*, Cambridge 2006.

⁶⁶ K.J. Alter, *Delegating to International Courts. Self-Binding vs. Other-Binding Delegation*, „Law & Contemporary Problems” 2008, vol. 71, s. 37.

⁶⁷ Ch. Eboe-Osuji, *The ICC and the African Court and the Extended Notion of Complementarity of International Criminal Jurisdictions*, „Nigerian Yearbook of International Law” 2017, s. 204.

⁶⁸ M. Jackson, dz. cyt., s. 1061–1072.

⁶⁹ P. Manirakiza, dz. cyt., s. 397.

podjął postępowanie⁷⁰. Taka interpretacja wydaje się iść za daleko. Można bowiem uznać, że wystarczy przynajmniej częściowe, pośrednie zaangażowanie państw. Taka konstrukcja nie znajdzie jednak zastosowania w przypadku, gdy postępowanie będzie inicjował niepaństwowy podmiot⁷¹. Niezależnie od podniesionych wątpliwości dla rozwiązania tego problemu należy wysunąć argument zakazu podwójnego karania. Jak pamiętamy, zgodnie z art. 20(3) Statutu rzymskiego: „Nikt, kto został już osądzony przez inny sąd za czyn opisany w artykule 6, 7 lub 8, nie może być sądzony przez Trybunał za ten sam czyn [...]”. Trudno byłoby uznać, że „inny sąd”, o którym mowa w powołanym powyżej przepisie, musi oznaczać sąd wyłącznie krajowy.

Postulowane są odnośne zmiany w Statucie MTK⁷². Z taką inicjatywą wystąpiła Kenia, sugerując w 2015 r. na posiedzeniu Grupy Roboczej Zgromadzenia Państw Stron ds. Poprawek rozpoczęcie konsultacji zmierzających do zmiany preambuły Statutu rzymskiego tak, aby zapewnić, że zasada komplementarności uwzględniała regionalne mechanizmy sprawiedliwości karnej. Zaznaczono przy tym, że propozycja zagwarantuje pozycję MTK jako sądu, z którego korzysta się w ostateczności (*last resort*) i pozwoli na to, by postępowania karne prowadzone były bliżej miejsca popełnienia zbrodni⁷³. W braku dalszych materiałów, które podmiot inicjujący zobowiązał się dostarczyć, grupa robocza nie podjęła tej propozycji.

Nawet jednak bez wprowadzenia zmian w Statucie rzymskim zawsze pozostaje możliwość, by na podstawie art. 53(1) Statutu rzymskiego Prokurator MTK nie wszczął postępowania przygotowawczego, przyjąwszy, iż nie istnieje uzasadniona podstawa do prowadzenia postępowania. W szczególności taka decyzja mogłaby być podjęta ze względu na „istotne powody do uznania, że postępowanie przygotowawcze nie służyłoby interesowi wymiaru sprawiedliwości”⁷⁴.

W tym kontekście tworzenie regionalnych trybunałów karnych, chociażby na podobieństwo Wydziału Międzynarodowego Prawa Karnego Afrykańskiego Trybunału, nie stanowi zagrożenia, pod warunkiem odejścia od klasycznego, literalnego pojmowania zasady komplementarności. Taki zabieg byłby możliwy nawet bez konieczności wprowadzania zmian traktatowych. Pole do

⁷⁰ M. du Plessis, *Implications of the AU Decision to Give the African Court Jurisdiction Over International Crimes*, „Institute for Security Studies Paper” 2012, No. 235, s. 11.

⁷¹ Tak jak np. gdy Rada Bezpieczeństwa na podstawie art. 13b Statutu rzymskiego i podobnie w przypadku planowanego w trybie art. 46F (2) protokołu z Malabo uruchomienia jurysdykcji Wydziału Karnego afrykańskiego trybunału przez Zgromadzenie Głównych Państw i Rządów Unii Afrykańskiej albo przez Radę Pokoju i Bezpieczeństwa. W każdym ze wskazanych tu przypadków trudno mówić o delegacji uprawnień przez „zainteresowane” państwo.

⁷² K. Rau, dz. cyt., s. 691.

⁷³ Zob. *Assembly of States Parties*, Fourteenth session, Hague, 18–26 November 2015, Doc. ICC-ASP/14/34, § 18, s. 3.

⁷⁴ Statut rzymski, art. 53(1)(c).

zbudowania komplementarnej relacji otworzy się w szczególności, gdy zakresy jurysdykcyjne obu trybunałów nie będą identyczne. Jeśli potraktować poważnie MTK jako *a court of last resort*, to powinien on ustąpić miejsca swojemu regionalnemu odpowiednikowi, pozostając konieczną instancją kontrolną w sprawach, w których obie jurysdykcje się pokrywają.

6. Komplementarność z perspektywy Protokołu z Malabo

Dla uzyskania całościowego obrazu należy jeszcze rozpatrzyć komplementarność z perspektywy trybunału regionalnego. W myśl art. 46H(1) Protokołu z Malabo jurysdykcja afrykańskiego trybunału ma być komplementarna nie tylko pod względem sądów krajowych, ale także wobec trybunałów regionalnych wspólnot gospodarczych⁷⁵. W tym sformułowaniu uderza brak jakiejkolwiek wzmianki czy odniesienia do MTK. Tym samym mamy do czynienia ze swoistą symetrią: ani Statut rzymski nie przewidział odniesień do regionalnych trybunałów międzynarodowych, ani też nie przewidziano żadnych odwołań do MTK w Protokole z Malabo. Takie pominięcie MTK należałoby potraktować jako celowe zignorowanie, zwłaszcza że przepisy kolejnych ustępów art. 46H protokołu z Malabo prawie dosłownie powtarzają dyspozycję art. 17 Statutu rzymskiego⁷⁶.

Pamiętamy, że w zakresie jurysdykcji *ratione materiae* afrykańskiego Trybunału znalazły się nie tylko powszechnie uznane cztery zbrodnie międzynarodowe, wchodzące w zakres jurysdykcji przedmiotowej MTK. To właśnie w odniesieniu do tych pozostałych zbrodni, których nie ujęto w Statucie rzymskim, trybunał afrykański mógłby uzupełniać jurysdykcję MTK.

Natomiast w pokrywającym się zakresie jurysdykcji przedmiotowej obu trybunałów zasadniczo dominowałby odwrotny układ ze względu na ustanowione w Protokole z Malabo ograniczenia jurysdykcyjne. Zgodnie bowiem z dyspozycją art. 46A bis⁷⁷ nie można wszcząć ani kontynuować postępowania karnego przeciwko urzędującej głowie państwa członka Unii Afrykańskiej lub szefowi rządu, albo komukolwiek działającemu lub upoważnionemu do działania w takim

⁷⁵ The jurisdiction of the Court shall be complementary to that of the National Courts, and to the Courts of the Regional Economic Communities where specifically provided for by the Communities.

⁷⁶ Jedyną różnicą w treści obu traktatów jest pominięcie w art. 46H(2) protokołu kwalifikatora *genuinely*, w odniesieniu do niezdolności do rzeczywistego przeprowadzenia postępowania karnego lub niezdolnością państwa do rzeczywistego ścigania przy okazji stwierdzania niedopuszczalności sprawy.

⁷⁷ W opinii niektórych stanowi on najbardziej niepokojące postanowienia Protokołu z Malabo – zob. A. Kießling, *The Uncertain Fate of the African Court on Human and Peoples' Rights. The Problematic Merger with the African Court of Justice and the Establishment of an International Criminal Law Section*, „German Yearbook of International Law” 2014, vol. 57, s. 569.

charakterze, albo przeciwko innym wyższym urzędnikom państwowym w odniesieniu do ich funkcji w okresie sprawowania urzędu. Nie ulega bowiem wątpliwości, że znaczna część zbrodni objętych jurysdykcją Wydziału Międzynarodowego Prawa Karnego może zostać popełniona jedynie przez najwyższe władze, to mamy też do czynienia z kategorią niespójnością wewnątrz samego statutu tego trybunału. W szczególności widać to w odniesieniu do zbrodni niekonstytucyjnej zmiany rządu. Abstrahując od tych problemów, sformułowania użyte wydają się zbyt szerokie – skutkować będą wyłączeniem możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności sprawców wyższego szczebla⁷⁸. Mamy zatem do czynienia z odwrotnością nie tylko względem art. 27 Statutu rzymskiego, ale także względem wcześniej przygotowanego projektu protokołu⁷⁹, i wreszcie ze sprzecznością z Aktem konstytucyjnym Unii Afrykańskiej (która przecież opiera się na potępieniu i odrzuceniu bezkarności)⁸⁰. W tym zakresie ponownie wracamy do scenariusza, w którym to MTK będzie komplementarny względem trybunału regionalnego.

Można zastanawiać się nad ewentualnością zmian albo Statutu rzymskiego, albo protokołu z Malabo⁸¹. Niezależnie jednak od (braku) zmian traktatowych współfunkcjonowaniu obu trybunałów jest *de lege lata* możliwe, wiele zależeć będzie od ich wzajemnego podejścia i grzeczności międzysądowej (*comity*)⁸². Współpraca pomiędzy trybunałami mogłaby wzajemnie wzmocnić ich skuteczność.

7. Uwagi końcowe

Przedstawiona powyżej analiza ujawnia potencjał komplementarności dla regulowania relacji pomiędzy Międzynarodowym Trybunałem Karnym a regionalnymi sądami karnymi. Według tradycyjnego ujęcia komplementarność ma

⁷⁸ Zob. np. D. Tladi, *The Immunity Provision in the AU Amendment Protocol. Separating the (Doctrinal) Wheat from the (Normative) Chaff*, „Journal of International Criminal Justice” 2015, vol. 13, s. 7.

⁷⁹ Zob. Draft Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, Revisions up to Tuesday 15th May 2012, Meeting of Government Experts and Ministers of Justice/Attorneys General on Legal Matters, 7 to 11 and 14 to 15 May 2012, Addis Ababa, Ethiopia, doc. Exp/Min/IV/Rev.7, art. 46B(2).

⁸⁰ Art. 4(o) Aktu konstytucyjnego UA.

⁸¹ A.S. Knottnerus, E. de Volder, *International criminal justice and the early formation of an African criminal court* [w:] K.M. Clarke, A.S. Knottnerus, E. de Volder (red.), *Africa and the ICC. Perceptions of Justice*, Cambridge 2016, s. 384.

⁸² Zob. np. B. Krzan, *Zbieg jurysdykcji trybunałów międzynarodowych* [w:] J. Kolasa (red.), *Współczesne sądownictwo międzynarodowe, Tom II – Wybrane zagadnienia prawne*, Wrocław 2010, s. 239 i n.

zapewniać równowagę pomiędzy międzynarodowym i wewnętrznym wymiarem sprawiedliwości. Nie jest zadaniem sądu karnomiędzynarodowego zastępować sądy wewnętrzne i co z tym związane – pozbawiać państwa ich obowiązku ścigania określonych zbrodni na gruncie prawa krajowego. Przeciwnie, istnienie MTK wpłynąć powinno na wzmocnienie krajowego systemu karania zbrodni podlegających jurysdykcji Trybunału. W tym zakresie kapitalne zadanie do spełnienia może mieć rozszerzająco interpretowana zasada komplementarności, dopuszczająca alokację jurysdykcji na rzecz regionalnego trybunału karnego. Co ważne, regionalizacji międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości nie można przy tym przyjmować jako negacji uniwersalnego międzynarodowego prawa karnego. Stanowi ona jeszcze jeden wyraz multiplikacji sądownictwa międzynarodowego i wbrew obawom krytyków nie powinna być postrzegana negatywnie. Współistnienie regionalnego i uniwersalnego sądownictwa karnego trudno byłoby powstrzymać, zwłaszcza ze względu na generalnie pozytywne skutki.

Bibliografia

Literatura

- Abass A., *Prosecuting International Crimes in Africa. Rationale, Prospects and Challenges*, „European Journal of International Law” 2013, vol. 24.
- Akande D., *The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-Parties. Legal Basis and Limits*, „Journal of International Criminal Justice” 2003, vol. 1.
- Alter K.J., *Delegating to International Courts. Self-Binding vs. Other-Binding Delegation*, „Law & Contemporary Problems” 2008, vol. 71.
- Boehme F., *‘We Chose Africa’. South Africa and the Regional Politics of Cooperation with the International Criminal Court*, „International Journal of Transitional Justice” 2017, vol. 11.
- Burchill R., *International Criminal Tribunals at the Regional Level. Lessons from International Human Rights Law*, „New Zealand Yearbook of International Law” 2007, vol. 4.
- Burens L., *Universal Jurisdiction Meets Complementarity. An Approach towards a Desirable Future Codification of Horizontal Complementarity between the Member States of the International Criminal Court*, „Criminal Law Forum” 2016, vol. 27.
- Burke-White W., *Proactive complementarity. The International Criminal Court and national courts in the Rome system of international justice*, „Harvard International Law Journal” 2008, vol. 49.
- Burke-White W., *Regionalization of International Criminal Law Enforcement. A Preliminary Exploration*, „Texas International Law Journal” 2003, vol. 38.
- Cała-Wacinkiewicz E., *Fragmentacja prawa międzynarodowego*, Warszawa 2018.
- Cassese A., *The Role of Internationalized Courts and Tribunals in the Fight Against International Criminality* [w:] C.P.R. Romano, A. Nollkaemper, J.K. Kleffner (red.), *Internationalized Criminal Courts and Tribunals*, Oxford 2004.
- Czapliński W., *Universalism, Regionalism and Localism in the Age of Globalization* [w:] R.St.J. Macdonald, D.M. Johnston (red.), *Towards World Constitutionalism. Issues in the Legal Ordering of the World Community*, Hague 2005.
- du Plessis M., *‘Implications of the AU Decision to Give the African Court Jurisdiction Over International Crimes’*, „Institute for Security Studies Paper” 2012, No. 235.
- Ebobrah S.T., *Towards a Positive Application of Complementarity in the African Human Rights System: Issues of Functions and Relations*, „European Journal of International Law” 2011, vol. 22.

- Eboe-Osuji Ch., *The ICC and the African Court and the Extended Notion of Complementarity of International Criminal Jurisdictions*, „Nigerian Yearbook of International Law” 2017.
- Elias T.O., *Africa and the Development of International Law*, Hague 1988.
- El Zeidy M.M., *The Principle of Complementarity in International Criminal Law. Origin, Development and Practice*, Hague 2008.
- Fawcett L., *Regionalism. From Concept to Regional Practice* [w:] M.J. Aznar, M.E. Footer (red.), *Select Proceedings of the European Society of International Law*, vol. 4, Oxford-Portland 2012.
- Ford S., *The International Criminal Court and Proximity to the Scene of the Crime. Does the Rome Statute Permit All of the ICC's Trials to Take Place at Local or Regional Chambers*, „The John Marshall Law Review” 2010, vol. 43.
- Golsong H., *Le développement du droit international régional* [w:] SFDI, *Colloque de Bordeaux, Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, Paris 1997.
- Hawkins D.G., Lake D.A., Nielson D.L., Tierney M.J., *Delegation and Agency in International Organizations*, Cambridge 2006.
- Heller K., *Radical Complementarity*, „Journal of International Criminal Justice” 2016, vol. 14.
- Holmes J.T., *The Principle of Complementarity* [w:] R. Lee (red.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Hague 1999.
- Jackson M., *Regional Complementarity. The Rome Statute and Public International Law*, „Journal of International Criminal Justice” 2016, vol. 14.
- Jalloh Ch., *Regionalizing International Criminal Law?*, „International Criminal Law Review” 2009, vol. 9.
- Jasudowicz T., *Normy regionalne w prawie międzynarodowym*, Toruń 1983.
- Jenks C.W., *Regionalism in International Judicial Organization*, „American Journal of International Law” 1943, vol. 37.
- Katzenstein S., *In the Shadow of Crisis. The Creation of International Courts in the Twentieth Century*, „Harvard International Law Journal” 2014, vol. 55.
- Kießling A., *The Uncertain Fate of the African Court on Human and Peoples' Rights. The Problematic Merger with the African Court of Justice and the Establishment of an International Criminal Law Section*, „German Yearbook of International Law” 2014, vol. 57.
- Knottnerus A.S., de Volder E., *International criminal justice and the early formation of an African criminal court* [w:] K.M. Clarke, A.S. Knottnerus, E. de Volder (red.), *Africa and the ICC. Perceptions of Justice*, Cambridge 2016.
- Krzan B., *Afrykańska alternatywa dla Międzynarodowego Trybunału Karnego* [w:] B. Kuźniak, M. Ingelevič-Citak (red.), *Ius cogens soft law. Dwa bieguny prawa międzynarodowego publicznego*, Kraków 2017.

- Krzan B., *Zbieg jurysdykcji trybunałów międzynarodowych* [w:] J. Kolasa (red.), *Współczesne sądownictwo międzynarodowe. Tom II – Wybrane zagadnienia prawne*, Wrocław 2010.
- Manirakiza P., *The Case for an African Criminal Court to Prosecute International Crimes Committed in Africa* [w:] V.O. Nmehielle (red.), *Africa and the future of international criminal justice*, Hague 2012.
- Martin M.W., Jürgen B., *The proposed International Criminal Chamber section of the African Court of Justice and Human Rights. A legal analysis. Notes and comments*, South „African Yearbook of International Law” 2012, vol. 37.
- Milik P., *Komplementarność jurysdykcji Międzynarodowego Trybunału Karnego i trybunałów hybrydowych*, Warszawa 2012.
- Murungu C.B., *Towards a Criminal Chamber in the African Court of Justice and Human Rights*, „Journal of International Criminal Justice” 2011, vol. 9.
- Odo G., *At the Crossroads. Deconstructing the Challenges of International Justice and the Fight against Impunity in Africa* [w:] V.O. Nmehielle (red.), *Africa and the future of international criminal justice*, Hague 2012.
- Oette L., *The African Union High-Level Panel on Darfur. A Precedent for Regional Solutions to the Challenges Facing International Criminal Justice?* [w:] V.O. Nmehielle (red.), *Africa and the future of international criminal justice*, Hague 2012.
- Pocar F., *The International Proliferation of Criminal Jurisdictions Revisited. Uniting or Fragmenting International Law?* [w:] H.P. Hestermeyer (red.), *Coexistence, Cooperation and Solidarity. Liber Amicorum Rüdiger Wolfrum*, Hague 2011.
- Pocar F., *The Proliferation of International Criminal Courts and Tribunals – A Necessity in the Current International Community*, „Journal of International Criminal Justice” 2004, vol. 2.
- Rau K., *Jurisprudential Innovation or Accountability Avoidance? The International Criminal Court and Proposed Expansion of the African Court of Justice and Human Rights*, „Minnesota Law Review” 2012, vol. 97.
- Rauxloh R.E., *Regionalisation of the International Criminal Court*, „New Zealand Yearbook of International Law” 2007, vol. 4.
- Sarooshi D., *International Organizations and Their Exercise of Sovereign Powers*, Oxford 2007.
- Schabas W.A., *Regions, Regionalism and International Criminal Law*, „New Zealand Yearbook of International Law” 2007, vol. 4.
- Schabas W.A., *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, 2nd ed., Oxford 2016.
- Soma A., *L’africanisation du droit international pénal* [w:] Société africaine pour le droit international, „L’Afrique et le droit international penal” 2015.
- Ssenyonjo M., Nakitto S., *The African Court of Justice and Human and Peoples’ Rights ‘International Criminal Law Section’. Promoting Impunity for African*

Union Heads of State and Senior State Officials?, „International Criminal Law Review” 2016, vol. 16, No. 1.

Stahn C., El Zeidy M. (red.), *The International Criminal Court and Complementarity. From Theory to Practice*, Cambridge 2011.

Tladi D., *The Immunity Provision in the AU Amendment Protocol. Separating the (Doctrinal) Wheat from the (Normative) Chaff*, „Journal of International Criminal Justice” 2015, vol. 13.

Wierczyńska K., *Przesłanki dopuszczalności wykonywania jurysdykcji przez Międzynarodowy Trybunał Karny, Studium międzynarodowoprawne*, Warszawa 2016.

Umowy międzynarodowe

Constitutive Act of African Union, UNTS 2158.

Konwencja Wiedeńska o Prawie Traktatów sporządzona w Wiedniu 23 maja 1969 r., Dz.U. 1990 Nr 74, poz. 439.

Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa, uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 9 grudnia 1948 r., Dz.U. 1952 Nr 2, poz. 9.

Protocol on Amendments to the Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, Annex: Statute of the Statute of the African Court of Justice and Human and Peoples' Rights https://au.int/sites/default/files/treaties/7804-treaty-0045_-_protocol_on_amendments_to_the_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e-compressed.pdf [dostęp 20.08.2018].

Protocol on the Statute of the African Court of Justice and Human Rights, https://au.int/sites/default/files/treaties/7792-treaty-0035_-_protocol_on_the_statute_of_the_african_court_of_justice_and_human_rights_e.pdf [dostęp 20.08.2018].

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

Orzeczenia

Prosecutor v. Dusko Tadić A/K/A „Dule”, ICTY, Appeals Chamber Decision on the Defence motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 02.10.1995.

Prosecutor v. Delalic et al. (Celebici case), ICTY, Appeals Chamber, Judgment, IT-96-21-A, 20.02.2001.

Inne

Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi, UN Doc. A/CN.4/L.682.

Decision on the Protocol of the Court of Justice of the African Union, AU Doc. Assembly/AU/Dec.25 (II).

ICC, Office of the Prosecutor, Policy paper on case selection and prioritization, 15 September 2016, https://www.icc-cpi.int/itemsdocuments/20160915_otp-policy_case-selection_eng.pdf.

Informal expert paper: The principle of complementarity in practice, https://www.icc-cpi.int/RelatedRecords/CR2009_02250.PDF.

Law of Treaties, Report by Mr. H. Lauterpacht, Special Rapporteur, UN Doc. A/CN.4/63.

STRESZCZENIE

Celem opracowania jest analiza możliwości wykorzystania regionalnych trybunałów karnych z perspektywy zasady komplementarności. Zasadność podjęcia tej kwestii ujawnia m.in. Protokół z Malabo przewidujący wyposażenie Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów w jurysdykcję karną. Konieczne jest rozważenie samej możliwości tworzenia trybunałów regionalnych, a następnie zbadanie odnośnej relacji z Międzynarodowym Trybunałem Karnym. W tym kontekście zasada komplementarności może odegrać niebagatelną rolę, znacznie wykraczającą poza tradycyjne ujęcie komplementarności regulującej, jak dotychczas, stosunki MTK z krajowymi sądami karnymi. Zestawienie postanowień Protokołu z Malabo ze Statutem rzymskim wyraźnie pokazuje, że zachodzące na siebie, ale nie identyczne zakresy jurysdykcji mogą z jednej strony prowadzić do konkurencji pomiędzy trybunałami, ale też do zdrowego podziału obowiązków w zakresie rozliczenia sprawców najpoważniejszych zbrodni prawa międzynarodowego. W tym znaczeniu zasada komplementarności, dopuszczając alokację jurysdykcji na rzecz regionalnego trybunału karnego, stanowi ważny instrument ograniczania negatywnych skutków multiplikacji sądownictwa karnomiędzynarodowego.

Słowa kluczowe: regionalizacja, międzynarodowe sądownictwo karne, regionalne trybunały, Protokół z Malabo, Statut rzymski, MTK, zasada komplementarności

SUMMARY

The contribution aims at examining the potential of regional criminal tribunals against the background of the principle of complementarity. Such analysis seems necessary not only from the perspective of the Malabo Protocol extending the jurisdiction of the African Court of Human and Peoples' Rights over international and transnational crimes. It is crucial to consider the potential of establishing regional criminal tribunals, and then to examine their respective relations with the International Criminal Court. It is against this particular background that the principle of complementarity may play a vital role, extending well beyond its traditional understanding defining the relations between the ICC and domestic courts. A juxtaposition of the provisions of the Malabo Protocol with the Rome Statute clearly shows that the overlapping yet not identical scopes of jurisdiction may on one hand lead to competition between the ICC, and the African Court, respectively, but may as well offer a sound distribution of responsibilities as for the prosecution of most serious crimes. By enabling the allocation of jurisdiction to a regional tribunal, the principle of complementarity may be instrumental in restricting the negative impact of multiplication of international criminal courts and tribunals.

Keywords: regionalisation, international criminal courts, regional criminal jurisdiction, Malabo Protocol, Rome Statute, ICC, principle of complementarity



Dr Łukasz Cora
Uniwersytet Gdański
lukasz_cora@prawo.ug.edu.pl

Gradacja nadużycia prawa w procesie karnym (zarys teoretyczny)¹

The Abuse of Law in Criminal Proceedings (A Theoretical Outline)

Abstrakt

W artykule analizie poddano kwestię nadużycia prawa w procesie karnym z perspektywy realizacji funkcji procesowych orzekania, oskarżenia i obrony. Celem analizy przedstawionej w artykule było określenie gradacji stopnia nadużycia uprawnień procesowych oraz ich wpływu na trafność rozstrzygnięcia w kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonego oraz ocena możliwości recepcji koncepcji nadużycia prawa do polskiego procesu karnego. Wykorzystując metodę analizy dogmatyczno-prawnej, wskazano czynniki ryzyka, które wzmacniają zdolność do nadużycia prawa w procesie karnym w różnych sytuacjach i układach procesowych oraz na różnych etapach jego przebiegu. W badaniach podjęto próbę odpowiedzi na pytanie, czy nadużycie uprawnień procesowych jest przesłanką uznania określonej czynności za niedopuszczalną.

¹ Artykuł powstał dzięki środkom finansowym z programu grantowego Uniwersytetu Gdańskiego przeznaczonego dla młodych naukowców na pobyt badawczy w Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht we Freiburgu Br. w listopadzie 2017 r. W tym miejscu Autor dziękuje dr hab. Sławomirowi Steinbornowi, prof. UG, oraz Pani dr Johannie Rinceanu z MPICC – za wszelką udzieloną pomoc.

Abstract

The article analyzes the issue of abuse of law in criminal proceedings from the perspective of the implementation of the trial functions of adjudication, prosecution and defense. The aim of the analysis presented in the article was to determine the gradation of the degree of abuse of procedural rights and their impact on the hit decisions regarding the criminal responsibility of the accused and the assessment of the reception of the concept of abuse of the right to the Polish criminal process. Using the dogmatic and legal analysis method, risk factors have been identified that strengthen the ability to abuse the law in the criminal process in various situations and process arrangements and at various stages of its course. In the research, an attempt was made to answer the question whether abuse of procedural rights is a premise for considering a certain act unacceptable.

1. Uwagi wprowadzające. Doktryna *abuse of process*

Jednym z podstawowych warunków rzetelnego procesu karnego i realizacji zasady trafnej reakcji karnej jest takie ukształtowanie jego przebiegu, aby odbywał się w granicach udzielonego uczestnikom procesu zakresu uprawnień. Tak jest ze względu na permanentny konflikt wynikający z rozdziału funkcji procesowych. Ściślej rzecz biorąc, wpisanego w specyfikę ścigania obowiązku zwalczania przestępczości i związanej z nim potrzeby ingerencji w prawa i wolności osobiste człowieka z – konkurencyjną względem organów ścigania – działalnością procesową obrońcy, mającą na celu ochronę interesów i realizację gwarancji praw oskarżonego.

Doktryna nadużycia procesu (*abuse of process*) swój normatywy rodowód czerpie z procesu cywilnego i konstrukcji praw podmiotowych². Na płaszczyźnie przebiegu procesu karnego wiązać ją ściśle należy z systemem prawnym państw common law³, który nadużycie prawa uznaje za podstawę podjęcia sądowej decyzji o wstrzymaniu procesu (*The power of criminal court to stay proceedings in which abuse of law has been affirmed*⁴). Do zasadniczych przyczyn nadużycia procesu, które skutkują wstrzymaniem procesu (*stay of proceedings*) zalicza

² M. Taruffo, *General Report. Abuse of Procedural Rights. Comparative Standards of Procedural Fairness* [w:] „*Abuse of procedural Rights. International Association of Procedural Law. International Colloquium*” 27–30 October 1998, Hague-London-Boston 1999, s. 6 i n.T. Justyński, *Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym*, Kraków 2000, s. 67–68; M.G. Plebanek, *Nadużycie praw procesowych w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2012, s. 50–68.

³ D. Young, M. Summers, D. Corcker, *Abuse of Process in Criminal Proceedings*, Bloomsbury 2014, s. 1–15.

⁴ Zob. sprawy House of Lords in *Connelly v DPP* [1964] AC 1254 i *DPP v Humphrys*. [1977] AC 1.

się: 1) brak możliwości zagwarantowania oskarżonemu sprawiedliwego procesu (*fair trial*) i 2) uznanie za nieuczciwe (*unfair*) dalsze rozpoznawanie sprawy oskarżonego. Do pozostałych, szczegółowych przyczyn zakończenia (wstrzymania) procesu będącego konsekwencją nadużycia prawa A. L-Choo⁵ zalicza: pociągnięcie do odpowiedzialności za to, za co oskarżony był już ścigany, a co jest w rzeczywistości tym samym przestępstwem (*double jeopardy*), celowe uchybienie ustawowego terminu przez prokuratora, zastosowanie przez policję niewłaściwych metod śledczych podczas badania sprawy oraz opóźnienie w doprowadzeniu oskarżonego na rozprawę. Zdaniem Autora, rozstrzygnięcie w procesie karnym musi legitymować się nie tylko legalnością, dokładnością, ale także autorytetem moralnym, ponieważ w innym wypadku wyrok pozbawiony tych elementów traci atrybut orzeczenia podjętego z dbałością o powagę wymiaru sprawiedliwości. Do najpoważniejszych sytuacji skutkujących nadużyciem procesu w angielskim procesie karnym zalicza się: opóźnienia (przewlekłość, uchybienia terminów), nielegalnie zgromadzone dowody, zniszczenie lub zagubienie dowodów, popełnienie przestępstwa przez organy ścigania, pozbawienie uprawnień procesowych, naruszenie zasady *double jeopardy* i nagłaśnianie sprawy przed rozpoczęciem procesu.

Doktryna nadużycia prawa w procesie karnym nie została zaadaptowana nie tylko na grunt polskiego procesu karnego, ale także pozostaje obca kontynentalnym systemom prawa karnego procesowego. Wzmacniając standard rzetelnego procesu karnego stanowi bez wątpienia interesujący punkt odniesienia dla wzmożonej aktywności dowodowej organów ścigania, która nierzadko przyjmuje postać działań zmierzających do obejścia prawa (*praeter legem*) albo czynności balansujących na granicy prawidłowości i działań sprzecznych z ustawą (*contra legem*). O ile konsekwencją tych drugich jest naruszenie prawa, to skutkiem tych pierwszych jest nadużycie prawa w procesie karnym. Tendencję tę w praktyce ścigania karnego w Polsce wzmacnia powrót do dominującej roli sądu w poszukiwaniu, wprowadzaniu i przeprowadzaniu dowodów oraz przywrócenie prymatu zasady prawnej materialnej. Oznacza to, że mimo, iż realizacja trafnej reakcji karnej (art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k.) i osiągnięcia prawdy materialnej (2 § 2 k.p.k.) w pewnych okolicznościach i pod pewnymi warunkami, ulega ograniczeniom prawnym (zakazy dowodowe), to organy ścigania, realizując obowiązki zbierania, zabezpieczenia i w niezbędnym zakresie utrwalenia dowodów dla sądu (art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k.), ukierunkowują swoją działalność na efektywność ścigania. W tym kontekście jasne jest, że efektywność ścigania wiąże się z kolizją dwóch płaszczyzn, tj. prawidłowości i skuteczności przeprowadzonych

⁵ A. L-Choo, *Joint Unlawful Enterprises and Murder*, „Modern Law Review” 1992, vol. 55, No. 6, s. 874–875; tenże, *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*, Oxford 2008, s. 1–17.

czynności dowodowych. Jeżeli wziąć pod uwagę, że poszukiwanie dowodów dla sądu jest jednym z głównych zadań postępowania przygotowawczego, to jej faktycznego znaczenia, z punktu widzenia interesów procesowych organów ścigania, można doszukiwać się w powinności gromadzenia wszelkich dowodów potwierdzających określoną wersję śledczą.

Akcentowanie funkcji ścigania jako podstawowej (obok funkcji obrony i orzekania) funkcji procesowej, w działalności organów ścigania, nie oznacza niedostrzegania, że w toku poszukiwania, gromadzenia i wykorzystywania materiału dowodowego, bariery w dochodzeniu do prawdy wykraczają poza zakres przedmiotowy zakazów dowodowych, przyjmując szerszy zakres ograniczeń dowodowych⁶. Ingerencja w określone dobro czy interes prawny może, przy pomocy określonych narzędzi prawno-dowodowych, odbywać się z różnym stopniem natężenia i intensywności. Natomiast wprowadzanie i przeprowadzanie dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa procesowego, bądź w skutek przestępstwa, czyni w procesie karnym osiągnięcie sprawiedliwości materialnej i procesowej niemożliwe. Realizacja funkcji ścigania nie może oznaczać pełnej dowolności w podejmowaniu przez nie działań oraz nieskrępowanego wyboru metod i środków. Może mieć ona miejsce wyłącznie na podstawie i w granicach wyznaczonych przez prawo karne procesowe. Dlatego dla ochrony podstawowych praw i wolności człowieka prawo procesowe ustanawia reguły zabraniające przeprowadzania dowodów w określonych warunkach lub stwarzające ograniczenia w ich poszukiwaniu oraz wprowadzaniu i przeprowadzaniu.

Stąd zasadnicze pytanie, na jakie należy odpowiedzieć, dotyczy się tego, na czym polega znaczenie i rola nadużycia prawa w procesie karnym, czy koncepcja ta byłaby użyteczna w obowiązującym w Polsce modelu względnie inkwizycyjnego procesu karnego, i czy w związku z tym należy rozważyć możliwość jej recepcji do porządku wewnętrznego.

2. Pojęcie i charakter prawny nadużycia prawa

Dla ustalenia gradacji nadużycia prawa w polskim procesie karnym zwrócić należy uwagę na kwestie terminologiczne, które stanowią punkt wyjścia dla określenia funkcji i celów, jakim służy instytucja nadużycia prawa w procesie karnym. Ponadto, dla przeprowadzania właściwej hierarchizacji poszczególnych nadużyć, elementem niezbędnym jest określenie kryterium, według których

⁶ Zakazy dowodowe należy definiować jako normy prawne zabraniające w pewnych okolicznościach i pod pewnymi warunkami, ustalenie prawdy materialnej z uwagi na prymat szczególnie istotnych społecznie wartości. Z. Kwiatkowski, *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Kraków 2005, s. 56–57.

ustalić można rangę, wagę oraz wpływ danego nadużycia na realizację gwarancji procesowych oraz trafne rozstrzygnięcie o odpowiedzialności karnej.

Poszukiwanie istoty jakiegokolwiek instytucji prawnej musi uwzględniać kontekst normatywny, co oznacza, że jej charakter prawny (istota) wyznaczony jest przez obowiązujące przepisy normujące podstawowe kwestie charakterystyczne dla danej instytucji. Stąd przyjmuje się, że odzwierciedlenie istotnych elementów unormowania badanej instytucji prawnej składa się na określenie jej charakteru prawnego⁷. Problem precyzyjnego ustalenia charakteru prawnego nadużycia prawa w procesie karnym związany jest z brakiem unormowania tej instytucji w obowiązującej ustawie karnoprosesowej.

Podstawowego znaczenia nabiera więc kwestia poprawności przyjmowanych założeń terminologicznych. Analiza charakteru prawnego instytucji procesowych zależy bowiem od poprawności przyjmowanych założeń pojęciowych. Tak jest dlatego, ponieważ badane instytucje prawne nie zawsze mają charakter jednorodny, czasem – jak w przypadku nadużycia prawa – chodzi o posługiwanie się terminem nieokreślonym w ustawie karnoprosesowej. Analizując kwestię klasyfikacji i systematyzacji w prawoznawstwie zauważyć należy, że zasadniczym zadaniem dogmatyki prawniczej jest precyzowanie pojęć, które umożliwiają poprawne i funkcjonalne porządkowanie instytucji unormowanych w określonym akcie prawnym. Istotnym wyznacznikiem realizacji tych zadań jest tu natomiast „konstruowanie takich pojęć, które pozwalają na typologiczne szeregowanie instytucji zbieżnych z punktu widzenia wyznaczonych funkcji i struktury⁸”. Chociaż można określoną instytucję prawną rozpatrywać z różnych punktów widzenia, to zawsze powstaje kwestia oceny, czy określona propozycja terminologiczna służy odzwierciedleniu istotnych właściwości unormowania danej instytucji prawnej.

W posługiwaniu się pojęciem nadużycia prawa w procesie karnym nie chodzi o używanie zwrotu prawnego cechującego się jednoznacznie ustaloną treścią i ściśle określoną klasą desygnatów, lecz o pojęcie obejmujące swoim zakresem sytuacje, w których wyjście poza dopuszczalne ramy (granice) uprawnień procesowych niweczy *ratio legis* i funkcje danej instytucji. Trudno nie docenić praktycznych konsekwencji ustaleń w tym zakresie. Na jedną zasadniczą kwestię warto w tym miejscu zwrócić uwagę. Chodzi o wpływ charakteru prawnego nadużycia prawa w procesie karnym (w jego szerokim ujęciu) na rozstrzyganie konkretnych kwestii interpretacyjnych związanych ze stosowaniem prawa karnego procesowego i materialnego, a zatem zabezpieczenie realizacji standardów

⁷ K. Opałek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969, s. 72 i 75 oraz A. Peczenik, *Wartość naukowa dogmatyki prawa*, Kraków 1966, s. 88.

⁸ A. Peczenik, dz. cyt., s. 88.

i gwarancji ustawowych, konstytucyjnych oraz konwencyjnych, wynikających z obowiązującego ustawodawstwa karnoprawnego.

Dla prawidłowego określenia charakteru prawnego nadużycia prawa niezbędne jest ustalenie wyznaczonego celu tej instytucji. Innymi słowy, analiza instytucji obcej prawu polskiemu nie jest możliwa bez ustalenia (zdekodowania) wskazanych funkcji, jakie są dla niej typowe i zasadnicze. Większość urzędów karnoprocesowych została bowiem tak ukształtowana, aby stworzyć możliwie jak najlepsze warunki do osiągnięcia zasadniczego celu procesu karnego, czyli trafnego urzeczywistnienia prawa karnego materialnego, a zwłaszcza zasady trafnej reakcji karnej wyrażonej w art. 2 § 1 k.p.k.⁹ W literaturze prawnokarnej przyjmuje się, że funkcje danej instytucji prawnej są ściśle powiązane z jej celem, a więc skutkami stosowania¹⁰. Dlatego też najważniejsze w zakresie analizowanej instytucji nadużycia prawa w procesie karnym wydaje się takie podejście, które funkcje procesowe utożsamia z celem, jakie instytucja ta ma do spełnienia w procesie karnym¹¹.

Kwestia hierarchizacji funkcji i zadań nadużycia prawafunkcji procesowych (jako środka syntezy poszczególnych zagadnień procesowych) związana jest z osiągnięciem nie jednego, lecz wielu celów (bezpośrednich i pośrednich)¹².

Nadużycie prawa w procesie karnym można analizować na kilku płaszczyznach i pod różnymi kątami widzenia. Można wskazać na trzy zasadnicze jego aspekty. Pierwszy, związany z ogólną instrumentalizacją prawa procesowego, w celu osiągnięcia założonych skutków procesowych związanych z realizacją interesu prawnego konkretnego uczestnika¹³. Chodzi tu zarówno o nadużycie funkcji procesowej ścigania lub obrony, jak i o wyjście poza funkcję orzekania,

⁹ M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 13.

¹⁰ M. Cieślak, *O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary*, „Nowe Prawo” 1969, nr 2, s. 201 i n. W opracowaniu tym autor zwrócił również uwagę, iż w dziedzinie nauk społecznych, do których zalicza się także dziedzinę prawa, „pojęcie funkcji występuje zazwyczaj w związku z pojęciem funkcjonowania”, przez co należy rozumieć wynik posługiwania się określonym narzędziem.

¹¹ Chodzi o „oznaczenie typowych i zamierzonych, a więc odpowiadających danemu celowi, efektów działania określonego urządzenia prawnego”, M. Cieślak, *Polska procedura...*, s. 13. W klasycznym, „słownikowym” rozumieniu tego pojęcia, funkcja utożsamiana jest z zadaniami, które spełnia lub ma spełnić określona osoba lub rzecz. Funkcją będzie w tym znaczeniu m.in. „działanie lub zadanie”. Por. J. Tokarski (red.), *Słownik wyrazów obcych* PWN, Warszawa 1972, s. 237.

¹² M. Cieślak, dz. cyt., s. 470.

¹³ Odnośnie teoretyczno-prawnych zagadnień w zakresie instrumentalizacji prawa w procesie karnym zob. wnikliwe rozważania A. Batora, *Granice instrumentalizacji instytucji prawnych w procesie karnym. Uwagi z perspektywy teorii prawa* [w:] D. Gruszecka, J. Skorupka (red.), *Granice procesu karnego. Legalność działań uczestników postępowania*, Warszawa 2015, s. 86 i n.

ochronę procesowych praw podmiotowych, wewnętrznych wartości procesu oraz granice legalności podejmowanych przez uczestników czynności procesowych. Drugi dotyczy zakresu podmiotowo-przedmiotowego, a zatem odpowiada na pytanie, w czym interesie leży nadużycie prawa i jakie, na płaszczyźnie normatywnej, są podstawowe narzędzia procesowe sprzyjające nadużyciu prawa? Czy zatem nadużycie prawa związane jest tylko i wyłącznie z działalnością organów ścigania, czy też może dotyczyć aktywności stron procesowych biernych i ich reprezentantów, a nawet sądu? Trzeci dotyczy strategii procesu karnego i dostosowanej do niej taktyki nadużywania prawa wobec relevantnych czynności procesowych oraz konsekwencji ich wadliwego przeprowadzenia bądź zaniechania dla skuteczności procesowej obranych działań.

Problemem podstawowym związanym z nadużyciem prawa w procesie karnym jest kwestia przyjęcia właściwej hierarchizacji poszczególnych nadużyć oraz określenie stopnia ich wpływu na rzetelny przebieg procesu karnego. Oznacza to konieczność ich klasyfikacji z punktu widzenia osiągnięcia celów ogólnoprosesowych oraz uwzględnienia ich rangi i wagi dla realizacji indywidualnych celów instytucjonalnych i nieinstytucjonalnych uczestników procesu karnego. Pierwszoplanowego znaczenia nabiera tu zachowanie wzorcowych stosunków procesowych. Innymi słowy, dbałości o właściwe relacje i proporcje pomiędzy działalnością procesową organu rozstrzygającego a aktywnością stron procesowych, stanowiących jeden z kluczowych czynników minimalizujących ryzyko nadużycia prawa.

Stąd przyjąć należy, że nadużycie prawa w procesie karnym może wynikać z zaburzenia właściwych stosunków procesowych warunkowanych zakresem uprawnień i obowiązków. Może być ono determinowane sprzecznymi dążeniami, jak również odmiennymi kierunkami działań podmiotów zasadniczego stosunku karnoprosesowego. Z jednej strony, stanowić może konsekwencję braku realizacji ciężarów procesowych związanych z powinnością określonego zachowania się, warunkującego osiągnięcie oczekiwanego skutku. Z drugiej zaś, zaniechania obowiązków procesowych, których brak realizacji powoduje ujemne skutki prawne w sferze interesów innych podmiotów. Niemniej istotne dla analizowanej gradacji wydaje się wskazanie czynników ryzyka, które wzmacniają zdolność do nadużycia prawa w procesie karnym w różnych sytuacjach i układach procesowych oraz na różnych etapach jego przebiegu. Wskazać w końcu należy na skutki nadużycia prawa w procesie karnym, które w najdalej idących konsekwencjach mogą niekiedy powodować wypaczenie *ratio legis* danej instytucji, a także trwałe i zupełne naruszenie istoty określonych praw i wolności obywatelskich.

W nauce procesu karnego przez nadużycie prawa w procesie karnym zwykło rozumieć się każdy przejaw zachowania uczestnika procesu karnego, przyjmującego postać działania lub zaniechania przeprowadzenia określonej czynności

procesowej, w sposób sprzeczny z celem, stanowiącym o istocie danej instytucji prawnej¹⁴. Identyfikacja nadużycia prawa jest zatem ściśle związana z wykorzystaniem danego narzędzia w sposób sprzeczny z jego przeznaczeniem – tj. wykraczającym poza cel, jakiemu służy. Z teoretyczno-prawnego punktu widzenia o nadużyciu prawa w procesie karnym można mówić wtedy, gdy stosunek między normą a powinnym wzorcem zachowania uczestnika procesu sprowadza się do wyjścia poza to, na co dana norma zezwala¹⁵. Stąd za rdzennie wpisany w istotę nadużycia prawa uznać należy zarówno taki stan rzeczy, w którym – mimo prawidłowego przeprowadzenia dopuszczalnej czynności procesowej – jest ona dokonywana wbrew *ratio legis*, oraz, gdy skutek tego wywołuje negatywne konsekwencje w sferze interesu jednej z konkurujących stron procesowych.

Punktem wyjścia do ustalenia gradacji nadużycia prawa w procesie karnym jest odpowiedź na pytanie, czy stwierdzenie okoliczności uzasadniających stosowanie określonej instytucji zobowiązuje, czy też jedynie uprawnia uczestnika procesu do określonego zachowania się. Nadużycie prawa w procesie karnym jest bowiem ściśle powiązane z nadużyciem uprawnień procesowych przysługujących konkretnemu uczestnikowi. Ustawa karnoprosowa w wyraźny sposób różnicuje oczekiwany wzorec zachowania. Niektóre instytucje od strony struktury normatywnej przesądzają jednoznacznie, że właściwym sposobem zachowania się uczestnika procesu jest nakaz lub zakaz określonego działania. Sprawa wyboru rozwiązania interpretacyjnego jest przy normach kompetencyjnych złożona i za każdym z nich przemawiają określone racje. Cała trudność i złożoność sprowadza się do poczynienia ustaleń interpretacyjnych, które mają przesądzić o tym, czy skorzystanie z danego narzędzia jest dozwolone – tj. ani nie jest nakazane, ani zakazane. Wybór uzależniony jest *in concreto* od oceny dokonywanej w oparciu o kryterium rezultatu wykładni, kontekstu normatywnego oraz reguł sytuacyjno-celowościowych.

Zarzut nadużycia prawa w procesie karnym jest ściśle związany ze spojrzeniem na przebieg procesu karnego od strony jego jakości, a więc prawidłowości podejmowanych czynności procesowych – zatem takich jakościowo czynności, które spełniają warunek zgodności pomiędzy zachowaniem procesowym uczestnika wyznaczonym przez normę karnoprosową a zachowaniem faktycznie

¹⁴ M. Warchoń, *Pojęcie „nadużycia prawa” w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2007, z. 11, s. 48–49. M. Niemöller, *Nadużycie prawa w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2009, z. 9, s. 98–99.

¹⁵ L. Leszczyński, *Nadużycie prawa – teoretyczny kontekst aksjologii luzu decyzyjnego* [w:] H. Izdebski, A. Stępkowski (red.), *Nadużycie prawa*, Warszawa 2003, s. 25; M. Matczak, *Nadużycie kompetencji. Zarys problemu*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 2007, z. 1, s. 19–21.

realizowanym *in concreto* przez uprawniony podmiot procesowy¹⁶. Chodzi więc o coś więcej niż jedynie formalną zgodność z przepisami normującymi określone postępowanie. Z punktu widzenia jakości czynności procesowej, chodzi przede wszystkim o takie zachowania procesowe, które mogą wywierać wpływ na decyzje organu procesowego wskutek wyjścia poza założony cel danej instytucji. Takie zachowanie procesowe trudno uznać nie tylko za odpowiadające przepisom regulującym daną czynnością procesową, jak i za zgodne z jej standardem jakościowym, wyznaczonym przez ustawodawcę. Stąd mimo, iż efekt podjętej czynności procesowej pozostaje zgodny z oczekiwanymi i założonymi przez nadużywającego prawo uczestnika procesu skutkami procesowymi, to z punktu widzenia swej jakości postępowanie to trudno uznać za przeprowadzone prawidłowo. Dlatego wykorzystanie danej instytucji w sposób sprzeczny z jej *ratio legis* i celami postępowania karnego aktualizuje zarzut nadużycia prawa w procesie karnym.

Podstawowym kryterium klasyfikacyjnym jest ustalenie rangi zaistniałych nadużyć, rzutujących na skutek w postaci takiego rozstrzygnięcia, do jakiego zmierzała strona, podejmując określoną czynność procesową. Analiza ta musi dokonywać się nie tylko w płaszczyźnie wagi naruszonych przepisów, ale także rangi powstałego uszczerbku, będącego wynikiem wyjścia poza granice uprawnień procesowych. Tak więc uzasadnione jest, jak się zdaje, wiązanie problematyki nadużycia prawa w procesie karnym z wpływem powstałych uchybień na kwestie jakości i prawidłowości określonej czynności procesowej. Oczywiście odróżnić w tym zakresie należy granice legalności czynności procesowych od granic dopuszczalnego użytku z uprawnienia procesowego.

Normatywne określenie granic nadużycia prawa wiąże się zakresowo z czynnością, która, choć dopuszczalna przez prawo karne procesowe, jest nieprawidłowo wykorzystywana. W tym kontekście pewne trudności może powodować rozgraniczenie czynności niedopuszczalnej od czynności przeprowadzonej z nadużyciem prawa. Dostrzeżenie tej kwestii nasuwa zatem pytanie o relacje pomiędzy nadużyciem prawa a uznaniem czynności za niedopuszczalną. Innymi słowy, czy nadużycie uprawnień procesowych jest przesłanką uznania określonej czynności za niedopuszczalną? Niedopuszczalność czynności procesowej wiąże się z jednej strony z wyraźnym zakazem jej stosowania (np. art. 178 k.p.k.), z drugiej zaś wynika z braku wprost przewidzianej kompetencji do jej stosowania. Pytanie o wzajemne relacje nadużycia prawa i o (nie)dopuszczalność czynności procesowej szczególnie ostro rysuje się na tle tych sytuacji procesowych, które nie sprowadzają się jedynie do stwierdzenia, czy dana czynność jest

¹⁶ K. Woźniewski, *Prawidłowość czynności procesowych w polskim procesie karnym*, Gdańsk 2010, s. 45.

przewidziana w przepisach k.p.k.¹⁷ Problem, jaki się tu ujawnia, dotyczy tego, jak należy traktować przeprowadzanie czynności procesowej, która, choć nie jest przewidziana przez ustawę, nie jest także przez nią zakazana. Niedopuszczalność czynności procesowej może przyjąć postać niedopuszczalności *sensu stricte* i *sensu largo*. Ta pierwsza ogólnie utożsamiana jest z czynnością procesową, która nie spełnia dwóch podstawowych warunków. Po pierwsze, nie jest przewidziana w k.p.k. (brak podstawy prawnej) oraz nie spełnia warunków modalnych czynności procesowej (tj. formy, trybu, miejsca i terminu). Po drugie, objęta jest zakazem procesowym. W kontekście nadużycia prawa dużo bardziej przekonująca jest niedopuszczalność *sensu largo*. U podstaw uznania czynności za niedopuszczalną w myśl tej koncepcji leżą takie warunki, jak: 1) brak prawnych warunków danej czynności decydujących o jej dopuszczalności, 2) wyraźny zakaz zamieszczony w ustawie, 3) dokonanie czynności poza zakresem ustawowo przyznanych uprawnień, 4) upływ terminu prekluzyjnego lub zawitego, 5) dokonanie czynności przez osobę nieuprawnioną lub bez wymaganego uprawnienia¹⁸. Do źródeł szeroko rozumianej niedopuszczalności czynności procesowej zaliczyć także należy warunki ogólne i szczególne określonej czynności procesowej, od których spełnienia uzależnione jest dokonanie czynności procesowej, wywołującej zamierzone przez ustawodawcę i oczekiwane przez uczestnika skutki procesowe. Z tych względów uzasadnione wydaje się stwierdzenie, że niedopuszczalność czynności procesowej, a ściślej rzecz ujmując – niedopuszczalność czynienia użytku z rezultatu czynności procesowej – utożsamiać należy ze skutkiem wyjścia poza dopuszczalne ramy uprawnienia do przeprowadzania danej czynności procesowej. W tym rozumieniu nadużycie prawa w procesie karnym będzie skutkiem przekroczenia ustawowych ram uprawnienia do skorzystania z czynności procesowej. Warto zauważyć, że ustawa karnoprosowa przewiduje wiele norm wskazujących na określony sposób postępowania jako środek do osiągnięcia określonego celu. Istota norm celowościowych wynika bowiem ze związku pomiędzy założonym celem (skutkiem procesowym) a określonym zachowaniem procesowym jako środkiem służącym jego realizacji¹⁹. Dlatego trafnie wskazuje się, że dbałość o niewadliwość czynności procesowej wynika nie z bezwzględneho obowiązku prawnego, a z chęci osiągnięcia zamierzonego skutku procesowego. Tak jest dlatego, że ustawa nakłada na uczestników ciężary procesowe określonego zachowania się, od których realizacji uzależnienia osiągnięcie założonego przez nich efektu. Przy takim sposobie spojrzenia, jasnym staje się, że nadużycie prawa to wyjście poza granice przedmiotowe procesu

¹⁷ K. Marszał, *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice 2008, s. 244–245.

¹⁸ Tenże, s. 246. Zob. także B. Janusz-Pohl, *O konstrukcji niedopuszczalnej czynności procesowej*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 2014, z. 1, s. 166–168.

¹⁹ M. Cieślak, dz. cyt., s. 159–161.

karnego²⁰. W świetle takiego zapatrywania przedmiotem oceny z punktu widzenia nadużycia prawa stanowić będą różnego typu wadliwości w zachowaniu uczestników procesu, które w początkowej fazie zaczynają wskazywać, że nie mając nic wspólnego z celem procesu karnego, naruszają decyzje organu procesowego, a w efekcie finalnym niweczą istotę, a także zakres dopuszczalnego przeprowadzenia określonej czynności, w ramach granic normatywnie i aksjologicznie wyznaczonych przez cel, katalog przesłanek i tryb stosowania określonej instytucji²¹. Dlatego punkt odniesienia dla oceny stopnia i intensywności nadużycia prawa powinien stanowić system wartości ogólnopprocesowych oraz wartości szczególnych – tj. właściwych i charakterystycznych dla danej instytucji. Za istotną dyrektywę interpretacyjną, pozwalającą na ustalenie wagi konkretnego nadużycia prawa, uznać również należy kontekst normatywny, w jakim użyto określonego zwrotu ustawowego dopuszczającego wykorzystanie danego narzędzia procesowego. Charakter, zakres i wpływ nadużycia prawa na określone rozstrzygnięcia kwestii procesowych wyznaczać będzie dystynkcje pomiędzy nadużyciem uprawnień kwalifikowanych jako nadużycie prawa a tym, które na takie miano nie zasługuje²². Na tej podstawie i w oparciu o wskazane wyżej kryteria powinno następować przeciwdziałanie i eliminowanie działalności procesowej, która w przypadku nieinstytucjonalnych uczestników procesu, choć nie będąc wyraźnie zakazana, nie odpowiada celowi uprawnienia, jest nieuzasadniona, a wręcz sprzeczna z *ratio legis* konstrukcji prawnej określonej instytucji.

3. Kryteria hierarchizacji nadużycia prawa w procesie karnym

Ocena prawidłowości wykorzystania uprawnień procesowych od strony aktualizacji zarzutu nadużycia prawa, to – jak już wskazano – ocena zachowania uczestnika wartościowana pod kątem realizacji przysługującego mu uprawnienia w zakresie wskazanym przez ustawodawcę, poza którym nie powinno być one wykonywane. Normatywne określenie warunków nadużycia prawa wiązać w pierwszej kolejności należy, w aspekcie przedmiotowym, z wadami czynności procesowych i podejmowanymi na ich podstawie decyzjami. Na zagadnienie to

²⁰ K. Woźniewski, dz. cyt., s. 44.

²¹ S. Waltoś, *O obstrukcji procesowej, czyli kilka uwag o nadużyciu prawa procesowego* [w:] L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 617; J. Skorupka, *Granice procesu karnego z perspektywy dogmatyki prawa karnego procesowego* [w:] *Granice procesu karnego. Legalność działań uczestników procesu karnego*, D. Gruszecka, J. Skorupka (red.), Warszawa 2015, s. 127.

²² A.L.-T Choo, *Abuse of Process...*, dz. cyt., s. 18.

można patrzeć zarówno pod kątem widzenia praworządności działań organów władzy publicznej, jak i podmiotów prywatnych, oraz ochrony gwarancji praw poszczególnych uczestników procesu. W tej perspektywie warunki minimalne i brzegowe dopuszczalnego wykorzystywania uprawnienia oraz instytucji procesowych wiązać należy z ogólnymi granicami działań uczestników procesu karnego, które wyznaczają przepisy art. 7 i 83 Konstytucji RP. O ile ten pierwszy nakłada na organy władzy publicznej obowiązek działania na podstawie i w granicach prawa, to ten drugi wskazuje na generalnieabstrakcyjną powinność przestrzegania prawa przez każdego obywatela²³. Na płaszczyźnie stricte procesowej oznacza to, że ustawodawca, choć różnicuje rygoryzm kompetencyjny, wiążąc organy procesowe obowiązkiem przestrzegania prawa w znaczeniu ścisłym (tj. w zakresie wyraźnie przewidzianej podstawy prawnej oraz przesłanek, trybu i warunków modalnych), to zarówno od instytucjonalnych, jak i nieinstytucjonalnych uczestników procesu, wymaga korzystania z przysługujących im środków procesowych w granicach uprawnienia i założonego celu. Na problematykę nadużycia prawa można także spoglądać pod kątem widzenia nadużycia w aspekcie podmiotowym. Chodzić tu będzie o nadużycie funkcji procesowych, które implikuje skutek procesowy w postaci nadużycia kompetencji. Nadużycie prawa może bowiem polegać na nadużyciu kompetencji w następujących konfiguracjach stosunków procesowych: 1) organu procesowego wobec strony, 2) strony względem konkurującej strony, oraz 3) strony względem organu procesowego.

Rozważając problem gradacji nadużycia prawa w płaszczyźnie rangi popełnionych nadużyć uprawnień procesowych, wskazać należy, że przedmiot nadużycia prawa w procesie karnym jest zróżnicowany. Dokonując klasyfikacji można bowiem wskazać na nadużycia kwalifikowane ciężarem wady, jakimi są one dotknięte, i ich wpływu na rozdział funkcji procesowych, realizację gwarancji praw uczestników oraz wpływ trafnych rozstrzygnięć odpowiedzialności karnej. Gradacja nadużycia prawa karnego procesowego może więc przyjąć ciężar zakresowo zróżnicowany od kwalifikowanego do nieistotnego wpływu na przebieg i wynik procesu. Kryterium hierarchizacji opiera się więc na randze uprawnienia oraz stopniu jego nadużycia, wpływu na przebieg i wynik postępowania. Biorąc pod uwagę dotychczasowe ustalenia, można wyróżnić następujące rodzaje grup nadużyć prawa w procesie karnym:

1. nadużycie prawa do sądu;
2. nadużycie funkcji procesowych i instrumentalizację uprawnień w ramach czynności procesowych;
3. zachowania nie będące czynnościami procesowymi, wywierające wpływ na przebieg procesu.

²³ Zob. P. Kardas, *Problem granic legalności czynności uczestników postępowania karnego i konsekwencji ich przekroczenia* [w:] D. Gruszecka, J. Skorupka (red.), dz. cyt., s. 40.

W ogólnej gradacji nadużycia prawa nadużycie prawa do sądu identyfikować należy z wyjściem poza ramy przewidziane w art. 45 Konstytucji RP, zgodnie z którym „każdy ma prawo do sprawiedliwego i jawnego rozpoznania sprawy bez nieuzasadnionej zwłoki przez właściwy, niezależny, bezstronny i niezawisły sąd”. W zakresie postępowania karnego nadużycie prawa do sądu może przyjmować postać:

1. ustrojowo-organizacyjną, wynikającą z faktu nieodpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, ustrojowej pozycji organów rozpoznających sprawy karne, oraz dostępu do sądu, co odnosi się tak do zniweczenia gwarancji rozpoznania sprawy przez właściwy, niezawisły (element personalny odnoszący się sędziego), jak i instytucjonalnie niezależny od władzy ustawodawczej i wykonawczej sąd;
2. stricte procesowego nadużycia prawa do sądu rozumianego jako nierzetelnego rozpoznania sprawy (w aspekcie sprawiedliwości proceduralnej i materialnej oraz jawności) w rozsądnym terminie, nadużyć gwarancji procesowych stanowiących fundament rzetelnie ukształtowanego procesu karnego w tym realizacji prawa do uzyskania wiążącego rozstrzygnięcia w danej sprawie karnej²⁴.

Jak łatwo zauważyć, wskazane elementy, które ulec mogą nadużyciu, przedstawiają zróżnicowany poziom ogólności, a co za tym idzie muszą być różnie oceniane z punktu widzenia swojej rangi. Najistotniejsze jest jednak to, że prawo dostępu do sądu, prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, prawo do wyroku sądu i prawo do odpowiedniego ukształtowania ustrojowej pozycji organów rozpoznających sprawy pełni rolę zabezpieczająco-gwarancyjną. Oznaczano, że nadużycia prawa do sądu oceniać należy od strony zgodności przebiegu postępowania karnego z zasadami określającymi rolę i znaczenie rozprawy głównej jako tego stadium procesu karnego, w którym rozstrzyga się o zasadniczej kwestii odpowiedzialności karnej oskarżonego za zarzucany mu czyn przestępczy. Nadużycia prawa w dostępie do sądu mogą wynikać z nadużyć zasady legalizmu ścigania czy też skargowości w postaci nieuzasadnionych decyzji o odmowie wszczęcia lub umorzeniu postępowania, utrudnień w nabyciu statusu oskarżyciela posiłkowego subsydiarnego czy ubocznego, a nawet cofnięcia wniosku o ściganie bądź aktu oskarżenia. Wskazać również należy na prekluzyjny charakter terminu oraz brak możliwości zawieszenia bądź przywrócenia miesięcznego terminu do wniesienia subsydiarnego aktu oskarżenia przez pokrzywdzonego (art. 55 § 1 k.p.k.). Co się tyczy prawa do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej, to dotyczy ono wskazanych wzorców ustrojowych, jak i realizacji funkcji kontrolnych. Szczególną rangę przypisać należy

²⁴ P. Wiliński, *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011, s. 116; J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013, s. 138.

funkcji gwarancyjnej w zakresie zabezpieczenia realizacji praw i wolności obywatelskich. Nadużycie prawa do sądu w tym aspekcie tyczyć może się np. rozpoznawania wniosku prokuratorskiego o zastosowanie tymczasowego aresztowania przez sędziego, który następnie orzeka merytorycznie o kwestii zasadniczej odpowiedzialności karnej (nadużycie obiektywizmu względem nastawienia do sprawy i w stosunku do oskarżonego). Prawo do odpowiedniego ukształtowania procedury sądowej to również nadużycia odnoszące się do rozpoznania sprawy bez zbędnej zwłoki. Szczególnego znaczenia nabiera tu problem wstrzymywania ciągłości rozpraw sądowych wskutek wielokrotnego ich przerywania lub odraczania, które rzutują na rozsądny termin rozpoznania sprawy. W kwestii jawności postępowania karnego do nadużycia prawa może dojść w sytuacji dyskrecjonalnego sprzeciwu prokuratora wobec wyłączenia jawności rozprawy w warunkach o których mowa w art. 360 k.p.k. Wówczas sąd nie jest w stanie wyłączyć jawności rozprawy, mimo zasadności opartej na okolicznościach konkretnej sprawy. Nie trzeba przekonywać, że sytuacja w której prokurator, pełniąc funkcję oskarżyciela publicznego w postępowaniu karnym (będąc jego stroną), sprzeciwia się wyłączeniu jawności rozprawy czyni realnym ryzyko niezasadnej ingerencji w prawa i interesy uczestników postępowania karnego. W konsekwencji braku możliwości sądowej kontroli prokuratorskiego sprzeciwu okoliczności, które nie powinny podlegać ujawnieniu, będą mogły stać się znane szerokiemu kręgowi odbiorców. Podobnie przedstawia się kwestia limitowania przez ustawodawcę jawności postępowania w przedmiocie dostępu do akt postępowania, np. wyłączając spód zakresu podmiotowego tej gwarancji osobę zatrzymaną.

Wyjście poza ramy przypisanych poszczególnym uczestnikom procesu funkcji procesowych skutkuje nie tylko nieprawidłowym rozdziałem zadań pomiędzy podmiotami zasadniczego stosunku procesowego. Wyjście poza ramy właściwego dla określonego uczestnika kierunku działalności procesowej nie pozostaje bez wpływu na realizację zasady prawdy materialnej oraz zachowania pozycji podmiotu bezstronnego. W tym kontekście nadużycie funkcji procesowych można wiązać z dążeniem przez organ procesowy do poznania prawdy ponad niezbędną konieczność i za wszelką cenę. U podstaw realizacji zasady prawdy materialnej (art. 2 § 2 k.p.k.) leży bowiem założenie, że prawdziwe ustalenia faktyczne to takie, które zostały udowodnione, i w sposób najwierniejszy odtwarzają zdarzenie przestępne – tj. są zgodne z jego rzeczywistym przebiegiem²⁵. Nadużycie zasady prawdy materialnej jako podstawowej dyrektywy mającej na celu osiągnięcie trafnej reakcji karnej ma miejsce wtedy, gdy organ – chcąc zadbać, aby wyjaśnione zostały wszystkie okoliczności sprawy – wykracza poza zakres własnych zadań, uprzedza spierające się strony w aktywności dowodowej albo wychodzi poza cel określonej instytucji. Jest to zatem problem ściśle

²⁵ M. Cieślak, *Polska procedura...*, dz. cyt., s. 322–324.

związany z zakresem wykorzystywania przysługującej sądowi inicjatywy dowodowej, jak również kierowniczych organów postępowania przygotowawczego. Jednym z bardziej obrazowych przykładów, którym można zilustrować wyjście poza funkcje orzekania i nadużycie realizacji zasady prawdy materialnej, jest instytucja zwrotu sprawy prokuratorowi w celu uzupełnienia postępowania przygotowawczego (art. 344a k.p.k.) oraz przerwania lub odroczenia rozprawy w celu zebrania dodatkowych dowodów przez oskarżyciela publicznego (art. 396a k.p.k.). Obie instytucje przesądzają o tym, że sąd, nie ograniczając swojej roli do badania materiału dowodowego dostarczonego przez strony, ale kierując postępowaniem dowodowym, inicjuje uzupełnienie przez prokuratora braków dowodowych. I tak przejawem nadużycia będzie przekazanie sprawy prokuratorowi w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia w sytuacji, gdy przeprowadzenie dowodu nie ma charakteru obligatoryjnego albo gdy akta sprawy nie wskazują na istotne braki dowodowe postępowania przygotowawczego, a braki te można usunąć w trybie art. 396 k.p.k. I choć zadaniem sądu jest trafne rozstrzygnięcie oparte na całokształcie przeprowadzonych dowodów, to obowiązek poszukiwania dowodów nie powinien obciążać sądu, który w pierwszej kolejności winien przeprowadzać i oceniać materiał dowodowy zgromadzony przez strony. Na tle regulacji art. 396a k.p.k. wyraźnie widać, że, choć w obowiązującym stanie prawnym czynności dowodowo-poszukiwawcze należą do organów ścigania, to sąd może przeprowadzać także i te czynności dowodowe, które są przejawem realizacji funkcji ścigania. Jeżeli usunięcie braków dowodowych przez sąd nie umożliwia wydanie wyroku lub sąd może usunąć je w ramach czynności dokonywanych poza rozprawą, to skorzystanie z art. 396a k.p.k. traktować należy jako nadużycie prawa, tak samo jak sięgnięcie po tę instytucję, zanim prokurator wykaże jakikolwiek poziom aktywności dowodowej. Podobnie z punktu widzenia usytuowania organu rozstrzygającego problematyczne, dla zachowania jego bezstronnej pozycji, jest skorzystanie z możliwości przerwy lub odroczenia rozprawy. Wydaje się w sposób niebudzący wątpliwości, że sąd, wskazując na konkretne braki dowodowe (tj. na te dowody, których przeprowadzenie pozwoliłoby na usunięcie dostrzeżonych braków), przejmuje zadania organów ścigania, co w praktyce procesowej prowadzi do wyręczania ich w gromadzeniu i wprowadzaniu do procesu dowodów obciążających oskarżonego. Stąd powiązaniem z nadużyciem prawa skutkiem, w kontekście wskazanych instytucji, będzie ze strony prokuratora (oskarżyciela) brak dbałości o wyczerpanie inicjatywy dowodowej, wynikający z braku konsekwencji procesowych pasywności w poszukiwaniu dowodów i automatyzm w zastąpieniu obowiązku realizacji funkcji ścigania (oskarżenia) działaniem sądu z urzędu, w celu wyjaśnienia wszystkich istotnych okoliczności sprawy. Skutkiem nadużycia prawa w zakresie funkcji orzekania jest więc taki układ stosunków procesowych, który prowadzi do faktycznego spowodowania przebiegu sporu o ustalenie zakresu odpowiedzialności karnej

oskarżonego pomiędzy sądem a obrońcą oskarżonego, zamiast pomiędzy spierającymi się stronami z ewentualnie incydentalną (ekstraordynaryjną) ingerencją sądu w przebieg postępowania dowodowego, tam, gdzie jest to faktycznie niezbędne dla trafnego rozstrzygnięcia w sprawie.

Do przykładów nadużycia prawa przez sąd zaliczyć można również nadużycie konsensualnych form kończenia postępowania karnego (art. 335 i 387 k.p.k.) w przypadkach, gdzie postępowanie dowodowe powinno być ze względu na wątpliwości dowodowe kontynuowane na rozprawie. Do pozostałych przypadków zaliczyć należy nadużywanie przerwy i odroczenia rozprawy oraz odroczenia terminu wydania wyroku, którego przekroczenie skutkuje koniecznością przeprowadzenia rozprawy od początku. Sąd może także nadużywać uprawnień w zakresie zmiany właściwości sądu, zwłaszcza w zakresie warunków szczególnej wagi i zawiłości spraw (arg. ex at. 25 § 2 k.p.k.) oraz ze względu na klauzulę dobra wymiaru sprawiedliwości (art. 37 k.p.k.). W stadium postępowania sądowego pozostałe sytuacje związane są z odczytywaniem akt postępowania przygotowawczego zamiast przeprowadzania dowodów bezpośrednio na rozprawie oraz nadużywania prawa do zadawania pytań w sytuacji braku aktywności stron postępowania.

Z kolei nadużycie funkcji ścigania to przede wszystkim sfera odnosząca się do działalności organów policyjnych i prokuratorskich w poszukiwaniu i gromadzeniu dowodów oraz stosowaniu środków procesowego przymusu. Dokonując gradacji nadużycia prawa w zakresie realizacji tej funkcji procesowej, kwestie przestrzegania gwarancji praw podejrzanego i oskarżonego podnieść należy do rangi wartości najważniejszych i podstawowych. Na plan pierwszy w hierarchii nadużycia i instrumentalizacji uprawnień procesowych wysuwa się kwestia dbałości o istotę praw i wolności człowieka, w tym tajemnicy relacji klient-adwokat (np. przeszukanie kancelarii adwokackiej, nadużycia w zakresie wniosku o uchylenie tajemnicy adwokackiej), czy ультимативны charakter tymczasowego aresztowania. W praktyce procesowej do przypadków nadużycia prawa zaliczyć należy te, które związane są z określeniem kwalifikacji prawnej czynu zabronionego, odgrywającej decydujące znaczenie dla aktualizacji przesłanek stosowania tymczasowego aresztowania. Chodzi o nadużycie prawa z perspektywy przesłanki wskazanej w art. 258 § 2 k.p.k. Prokurator, wnioskując o zastosowanie tego izolacyjnego środka zapobiegawczego z uwagi na przesłankę grożącej surowej kary, może bowiem tak prognostycznie zakwalifikować dany czyn, aby nie tylko spełnić warunek co do wysokości górnej granicy zagrożenia karą, ale także, aby zwiększyć szanse na uwzględnienie wniosku o jego zastosowanie przez sąd²⁶. Nadużyciu prawa przez organy ścigania podlegać mogą także gwarancje związane

²⁶ P. Rogoziński, *Glosa do postanowienia SN z 12 marca 2009 r., WZ 15/09*, „Gdańskie Studia Prawnicze. Przegląd Orzecznictwa” 2010, nr 2, s. 159–174.

zabezpieczenie praw i interesów stron biernych, np. poprzez próby nadużywania wniosków o uchylenie tajemnicy zawodowej. Można również wskazać na celową instrumentalizację zasady informacji prawnej. Prawidłowa realizacja zasady prawa do informacji (art. 16 k.p.k.) wraz z uprzedzeniem o przysługujących podejrzanemu uprawnieniach (art. 300 k.p.k.) ma na celu umożliwienie wpływu przez niego na przebieg śledztwa lub dochodzenia pod kątem widzenia ochrony jego interesów²⁷. Typowym przykładem nadużycia prawa związanym z gwarancjami wynikającymi z prawa do informacji jest przeprowadzenie czynności pierwszego przesłuchania osoby zatrzymanej bez udziału adwokata lub radcy prawnego, jak również zastrzeżenie udziału zatrzymującego podczas rozmowy adwokata z zatrzymanym bez wykazania wyjątkowego wypadku uzasadnionego szczególnymi okolicznościami. Warto wskazać również na nadużycie czynności legitymowania, która nierzadko przyjmuje postać faktycznego zatrzymania osoby. Obecnie za rozwiązanie normatywne aktualizujące w najwyższym stopniu ryzyko nadużycia prawa przez organy ścigania uznać należy konstrukcję prawną tzw. dowodu nielegalnego (art. 168a k.p.k.) oraz wykorzystanie dowodu z kontroli operacyjnej (art. 168b k.p.k.). W pierwszym przypadku chodzi o nadużycie prawa przez wykorzystanie dowodu uzyskanego w wyniku naruszenia postępowania lub za pomocą czynu zabronionego. Analiza treści art. 168a k.p.k. pozwala przyjąć, że konstrukcja tego przepisu zawiera obligującą normę zakazującą uznania dowodu za niedopuszczalny. Oznacza to, że poza sytuacją podmiotowo odnoszącą się do funkcjonariusza publicznego wykonującego obowiązki służbowe co do zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności, ustawa karnoprosowa dopuszcza niekrepowaną możliwość wykorzystania dowodu uzyskanego zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio, za pomocą czynu zabronionego, o którym mowa w art. 1 § 1 k.k. W najbardziej skrajnym przypadku nadużyciem prawa będzie z jednej strony pozyskanie dowodu z art. 168a k.p.k. w wyniku tortur dokonanych przez nieinstytucjonalnego uczestnika procesu, który nagrał przesłuchanie, w trakcie którego pozyskano dowody obciążające oskarżonego. Z drugiej zaś strony, nadużycie prawa może w praktyce polegać na naruszeniu przepisów procesowych odnoszących się przykładowo do obowiązku poinformowania świadka o prawie do odmowy składania zeznań lub odmowy odpowiedzi na pytania, czy też przeszukania bez postanowienia organów procesowych. Uzyskanie dowodów z naruszeniem przepisów postępowania karnego nie będzie skutkowało ich obligatoryjnym wyłączeniem z procesu karnego²⁸. Co do nadużycia wykorzystywania dowodów

²⁷ T. Grzegorzczuk, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. T.: art. 1–467*, Warszawa 2014, s. 129 i n.

²⁸ S. Brzozowski, *Dopuszczalność dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania w kontekście art. 168a k.p.k.*, „Palestra” 2017, z. 1–2, s. 55–56.

pozyskanych w wyniku czynności operacyjnych z art. 168b k.p.k. jest ono w praktyce możliwe w wyniku wyjścia przez organy ścigania zakres katalogu czynów, o którym mowa w art. 19 ust. 1 ustawy o Policji. Nie należy bowiem zapominać, że ściganie karne w znaczeniu szerokim nie ogranicza się jedynie do przepisów, trybu i standardów k.p.k. Odbywa się ono bowiem zarówno w płaszczyźnie czynności procesowych – tj. w reżimie k.p.k. – jak i przyjmuje szeroką i niejednorodną postać czynności pozaprocesowych, w tym zwłaszcza czynności operacyjno-rozpoznawczych. Wyposażenie wielu tzw. służb policyjnych (Policja, ABW, Służba Celna, Straż Graniczna itp.) w narzędzia prawne dopuszczające możliwość wkraczania w obszar objęty zakazami dowodowymi, stanowi podstawę poszerzania ingerencji w sferę istotnych społecznie wartości dla realizacji zadań dowodowo-wykrywczych oraz uzyskiwania i utrwalania dowodów, mogących mieć znaczenie dla postępowania karnego²⁹. Prokurator może podjąć decyzję o wykorzystaniu dowodu uzyskanego z kontroli operacyjnej nie tylko względem osoby nie objętej wnioskiem o jej przeprowadzenie, ale także przedmiotowo w zakresie jakiegokolwiek czynu przestępczego³⁰. Z kolei nadużycie uprawnień śledczych należy w pierwszej kolejności wiązać z kwestią instrumentalizacji polegającej na obejściu reguły *nemo se ipsum* z art. 74 § 1 k.p.k. Gwarancja zakazu wymuszania samooskarżenia oznacza, że oskarżony nie ma obowiązku udowadniania swojej niewinności oraz dostarczania dowodów na swoją niekorzyść. Tymczasem prokurator, wzywając osobę, co do której ma zamiar przedstawić zarzuty w charakterze świadka, stawia ją w oczywisty sposób w sytuacji ograniczającej, a wręcz niweczącej, to prawo.

Nie inaczej przedstawia się kwestia procesowych wad oświadczeń woli przyjmujących postać podstępu. Podstęp, obok groźby i obietnicy, stanowi przejaw tzw. przymusu nieabsolutnego. Z punktu widzenia dopuszczalności stosowania podstępu, brak jest normy wprost zabraniającej jego stosowanie. Skoro podstęp wprost nie zabrania przepis art. 171 k.p.k., to jest on dopuszczalny, gdy spełnia dwa podstawowe warunki. Po pierwsze, nie łączy się ze stosowaniem niedopuszczalnych metod przeprowadzania dowodu (art. 171 § 4 i 5 k.p.k.). Po drugie, nie wyłącza swobody wypowiedzi, o której mowa w § 7 art. 171 k.p.k. Niewątpliwie z samego faktu braku zakazu stosowania podstępu nie można wyinterpretować nieograniczonej możliwości jego wykorzystywania³¹. Przykładem wyjścia poza dopuszczalne granice jego wykorzystywania stanowić będzie celowe

²⁹ Zob. D. Szumiło-Kulczycka, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012, s. 210 i n.

³⁰ Zob. S. Brzozowski, *Wykorzystywanie dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej w kontekście art. 168b kodeksu postępowania karnego*, „Palestra” 2016, z. 6, s. 23–25.

³¹ P. Rogoziński, *Kwestia dopuszczalności stosowania podstępu wobec uczestników procesu a względna postać zasady informacji prawnej (art. 16 § 2 k.p.k.)* [w:] W. Cieślak, S. Steinborn (red.), *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje*, Warszawa 2013, s. 1016.

wprowadzenie w błąd osoby przesłuchiwanej co do faktu posiadania dowodów sprawstwa, które nie znajdują się w posiadaniu organów ścigania, obietnicy niezastosowania środka zapobiegawczego i rezygnacji z wniosku o tymczasowe aresztowanie w zamian za korzystne wyjaśnienia, czy też złagodzenia kary albo wniosku o skazanie bez rozprawy w zamian za przyznanie się do winy. Obejściem prawa³² przez prokuratora będzie także sytuacja przesłuchania osoby trzeciej na okoliczność stanowiącą zakres skorzystania przez świadka z prawa do odmowy składania zeznań. Istotnym przejawem nadużycia prawa z punktu widzenia interesów podejrzanych w procesie karnym jest przedłużanie biegu postępowania przygotowawczego i wstrzymywanie decyzji o zakończeniu śledztwa i wniesieniu aktu oskarżenia.

Nadużycie prawa w procesie karnym jest również identyfikowane z punktu widzenia granic realizacji funkcji obrony. Obrona, będąca reakcją na ściganie karne, jest ukierunkowana na ochronę interesów oskarżonego. Realizacja funkcji obrony może przejawiać się w płaszczyźnie gromadzenia wszelkich dowodów odciążających, służących obaleniu tez zawartych w akcie oskarżenia, jak również może polegać na podejmowaniu wszelkich innych działań procesowych zmierzających do ochrony interesów procesowych – np. sporządzania środków odwoławczych od niekorzystnych dla oskarżonego orzeczeń. Nadużycie prawa do obrony definiowane jest jako przekroczenie jego granic przez samego oskarżonego, niezgodne z istotą lub celem przyznanych mu uprawnień procesowych³³. W nauce procesu wskazuje się, że może ono polegać na realizacji trzech podstawowych postaci nadużycia prawa. Po pierwsze, instrumentalnego wykorzystania uprawnień – np. do składania środków dowodowych oraz wniosków o wyłączenie sędziego, których jednym celem jest przedłużenie postępowania karnego bądź celowego jego utrudniania poprzez uchylanie się od obowiązku udziału w czynności procesowej, która musi odbyć się z udziałem oskarżonego. Po drugie, bezpodstawnego rozszerzenia zakresu uprawnień oskarżonego lub obrońcy. Chodzi tu o fałszywe pomówienie procesowe, które wykracza poza granice dopuszczalnej linii obrony. Po trzecie, dokonania czynu zabronionego poprzez niszczenie, zniekształcanie lub tworzenie fałszywych dowodów, a także nakłanianie świadków do składania fałszywych zeznań lub oskarżonych do fałszywych wyjaśnień³⁴. Za nadużyciem prawa można także uznać manipulowanie prawem do

³² W teorii prawa T. Stawecki zauważa, że obejście prawa ma miejsce gdy: czynność prawna dokonana przez strony jest *prima facie* zgodna z prawem; istnieje norma prawna (bezwzględnie wiążąca – *ius cogens*) zakazująca osiągnięcia prawnego celu (skutku), oraz dokonana przez strony czynność prawna prowadzi do osiągnięcia zabronionego celu (skutku), tenże, *Obejście prawa. Szkic na temat granic prawa i zasad jego wykładni* [w:] H. Izdebski, A. Stępkowski (red.), *Nadużycie prawa*, Warszawa 2003, s. 91.

³³ P. Wiliński, *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków 2006, s. 519.

³⁴ Tamże, s. 521–522.

posiadania obrońcy (art. 78 i 79 k.p.k.), które zamiast wzmocnić realizację tej funkcji ma na celu przewleknięcie procesu karnego. Nie ulega wątpliwości, że najbardziej aktywnym sposobem nadużycia prawa do obrony jest składanie dużej ilości wniosków dowodowych – np. dotyczących przesłuchania wszystkich (tj. kilkuset) pokrzywdzonych, w charakterze świadka³⁵. Nadużycia prawa do składania wniosków dowodowych są elementem obrończej taktyki procesowej, znamionującej obstrukcję zarówno wówczas, gdy są one składane na możliwie najpóźniejszym (schyłkowym) etapie postępowania karnego, jak i wtedy, gdy w sposób oczywisty, nie mając na celu udowodnienia nowych, nieznanych faktów, zmierzają do przedłużenia postępowania³⁶. Obstrukcyjnym wnioskiem dowodowym będzie także ten złożony ponownie, mimo wcześniejszego jego wycofania, oraz wniosek wielokrotnie ponawiany. Do pozostałych oświadczeń procesowych, które znamionują legalne możliwości mające na celu zakłócenie prawidłowego i nieprzerwanego przebiegu procesu należy zaliczyć także bezzasadne wnioski: o wyłączenie sędziego, o mediację mimo świadomości co do jej niepowodzenia, o przerwę i doręczenie rozprawy zwłaszcza z powodu wypowiedzenia stosunku obrończego, a także o przywrócenie terminu zawitego z uwagi na przyczynę od strony niezależną, nieobecność oskarżonego w trakcie czynności wymagających jego osobistego udziału, nieobecność obrońcy, czy też niewyrażenie zgody na przedmiotowe rozszerzenie oskarżenia na rozprawie. Nadużyciem prawa do obrony będzie również składanie nieprawdziwych wyjaśnień, które mają na celu przekonanie organów ścigania do innej wersji śledczej oraz działania obrońcy zmierzające do obchodzenia ograniczeń w zakresie wnoszenia środków odwoławczych, w tym kasacji³⁷.

Co do najmniej istotnych w gradacji nadużycia prawa zachowań nie będących czynnościami procesowymi, wskazać należy na te, które wywierają wpływ na prawidłowy przebieg procesu. Ta grupa nadużycia prawa nie jest związana z wyjściem poza granice czynności procesowej, a dotyczy zachowań, których podstawowym kryterium klasyfikacyjnym są przejawy niewypełniania obowiązków procesowych. Zachowania te wiążą się z niezachowaniem uczciwości procesowej i skutkiem w postaci utrudniania przebiegu procesu. Do podstawowych przykładów obstrukcji procesowej należą: ucieczka z miejsca przeprowadzenia czynności procesowej, niezawiadomienie organu procesowego o zmianie miejsca zamieszkania lub pobytu, niestawiennictwo na wezwanie organu procesowego w celu przeprowadzenia czynności procesowych. Ponadto wskazać należy

³⁵ P. Girdwoń, *Zarys kryminalistycznej taktyki obrony*, Kraków 2004, s. 321.

³⁶ S. Waltoś, *O obstrukcji procesowej, czyli kilka uwag i nadużyciu prawa procesowego* [w:] L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, (red.), dz. cyt., Lublin 2005, s. 617.

³⁷ M. Warchoń, *Obejście prawa w procesie karnym* [w:] J. Skorupka, I. Haduk-Hawryluk (red.), *Współczesne tendencje w rozwoju procesu karnego. Z perspektywy dogmatyki oraz teorii i filozofii prawa*, Warszawa 2011, s. 97.

na uchylanie się od obowiązku złożenia zeznań, wykonania czynności biegłego, tłumacza lub specjalisty, wydania przedmiotu stanowiącego dowód w procesie karnym, niedopełnienia obowiązku poręczyciela.

4. Wnioski końcowe

Przeprowadzone rozważania pozwalają na sformułowania wniosków końcowych i postulatów *de lege ferenda*. Nie ulega wątpliwości, iż wprowadzenie do polskiego procesu karnego zakazu nadużycia prawa byłoby z jednej strony radykalną interwencją ze strony ustawodawcy, z drugiej zaś przejawem urzeczywistnienia zasady uczciwego procesu karnego (*fair trial, due process*). Bez wątpienia ewolucja procesu karnego powinna zmierzać w kierunku wzmocnienia instrumentów zapobiegających ogólnej instrumentalizacji prawa w procesie karnym. *De lege lata* przepisy ograniczające ryzyko nadużycia prawa w postaci limitacji: składania wniosków o wyłączenie sędziego (art. 41 § 2 k.p.k.), liczby obrońców (art. 77 k.p.k.), oddalenia wniosku dowodowego zmierzającego w sposób oczywisty do przedłużenia postępowania (art. 177 § 1 pkt 5 k.p.k.), uchylania pytań nieistotnych i sugerujących odpowiedzi (art. 171 § 6 k.p.k.), a także nie stosownych (370 § 4 k.p.k.), zapobiegania przewlekłości postępowania w zakresie wypowiedzenia stosunku obrończego (art. 378), czy też ograniczenia uchylania wyroków (art. 437 § 2 k.p.k.) do przesłanek z art. 439 § 1 i 454 k.p.k. oraz zakazu uchylania wyroków z powodu niespełnienia wymogów ustawowych uzasadnienia (455a k.p.k.) uznać należy za niewystarczające. Ochrona przed instrumentalizacją prawa powinna mieć w szczególności miejsce w odniesieniu do czynności procesowych przeprowadzonych w stadium postępowania przygotowawczego, ponieważ nadal wyniki postępowania przygotowawczego rzutują na prawidłowy przebieg postępowania sądowego.

Nadużycie prawa może przybrać różne formy i stopień, od ciężkiego do procesowo nieistotnego. Korzystanie z instrumentów i uprawnień procesowych powoduje ryzyko nadużycia prawa i osłabienia uczciwości procesu karnego, tym samym implikuje co najmniej rozważenie potrzeby wprowadzenia ogólnej klauzuli generalnej zakazu nadużywania prawa. Pomimo, że niektóre zachowania uczestników procesu karnego z formalno-prawnego punktu widzenia wydają się być *prima facie* zgodne z regulacjami normatywnymi, to nie mieszcząc się jednak w społecznie akceptowalnych granicach, stanowią przejawy pozorności i instrumentalizacji stosowania prawa. Stąd w omawianym kontekście czynienia użytku z uprawnień i praw podmiotowych poza ich zakresem, uzasadnia ich klasyfikowanie w zbiorczej grupie nadużycia prawa w procesie karnym. Wzmocnieniu w procesie karnym ulec zatem powinny mechanizmy zapobiegające

nadużywaniu prawa i sankcje procesowe przeciwdziałające temu zjawisku³⁸ ze skutkiem w postaci nieważności czynności procesowej, czy wyłączeniu obrońcy włącznie. Dlatego *de lege ferenda* z całą stanowczością należy postulować wprowadzenie do k.p.k. analogicznego standardu normatywnego przyjętego w procedurze cywilnej. Zgodnie z art. 3 k.p.c. „strony i uczestnicy postępowania obowiązani są dokonywać czynności procesowych zgodnie z dobrymi obyczajami, dawać wyjaśnienia co do okoliczności sprawy zgodnie z prawdą i bez zatajania czegokolwiek oraz przedstawiać dowody”. Gwoli ścisłości należy zauważyć, że rozwiązanie to, będące najbardziej pożądanym, przyczynić mogłoby się do wzmocnienia priorytetu sprawiedliwości nad efektywnością. Stąd też *de lege ferenda* wprowadzić należałoby klauzulę ostateczności i wyjątkowości tego środka, tj. możliwości jego stosowania tylko i wyłącznie w przypadku, gdy poza wszelką wątpliwością wykorzystanie danego uprawnienia procesowego zmierza(ło) do zabronionego skutku, kolidującego z istotą i celami określonego narzędzia procesowego oraz do przewlekłości procesu.

Chociaż wprowadzenie ogólnego zakazu nadużycia prawa w procesie karnym *prima facie* wiąże się z ryzykiem trudności i nadużyć interpretacyjnych, to kwalifikowanie zachowań jako nadużycia prawa wiąże się z rekonstrukcją tych wartości, które zostały wyrażone w przepisach karnoprocessowych. W istocie obowiązek prawny postępowania zgodnego z prawem karnym procesowym to z jednej strony nakaz stosowania prawa w zgodzie z wymogami treściowymi i formalnymi, a z drugiej z uwzględnieniem determinantów aksjologicznych, które – choć ocenne – są elementem składowym wzorca postępowania zawartego w obowiązującej normie karnoprocessowej³⁹. Wprowadzenie instytucji nadużycia prawa w procesie karnym może zatem przyczynić się do wzmocnienia sprawiedliwości proceduralnej związanej z przestrzeganiem nie tylko prawnych reguł postępowania, ale także etyki procesowej⁴⁰. Dopiero bowiem postępowanie, w którym eliminuje się z podstawy rozstrzygnięcia nadużycia prawa jest tym, które spełniają najwyższe standardy uczciwości i rzetelności. Brak akceptacji dla zachowań nie tylko niekorzystnych dla uczestników procesu, ale także niezgodnych z *ratio legis* danego uprawnienia, które nie dają się pogodzić z powagą wymiaru sprawiedliwości (np. eliminowanie nadużycia w postaci przesłuchania osób, które mogłyby składać depozycje co do faktów na okoliczność, których świadek skorzystał z prawa do odmowy składania zeznań – obejście zakazu dowodowego) jest wyrazem dbałości o urzeczywistnienie standardu demokratycznego państwa prawnego.

³⁸ Co do obowiązujących mechanizmów prewencji przed nadużyciem prawa w procesie karnym zob. A. Lach, *Nadużycie procesu i uprawnień procesowych* [w:] G. Rejman i in. (red.), *Problemy prawa i procesu karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Alfreda Kaftala*, Warszawa 2008, s. 223.

³⁹ Z. Tobor, *Teoretyczne problemy legalności*, Katowice 1998, s. 70–73; J. Skorupka, *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013, s. 74–75.

⁴⁰ J. Skorupka, dz. cyt., s. 74–75.

Bibliografia

- Bator A., *Granice instrumentalizacji instytucji prawnych w procesie karnym. Uwagi z perspektywy teorii prawa* [w:] D. Gruszecka, J. Skorupka (red.), *Granice procesu karnego. Legalność działań uczestników postępowania*, Warszawa 2015.
- Brzozowski S., *Wykorzystywanie dowodów uzyskanych w toku kontroli operacyjnej w kontekście art. 168b kodeksu postępowania karnego*, „Palestra” 2016, z. 6.
- Brzozowski S., *Dopuszczalność dowodów uzyskanych z naruszeniem przepisów postępowania w kontekście art. 168a k.p.k.*, „Palestra” 2017, z. 1–2.
- Choo A-L., *Abuse of Process and Judicial Stays of Criminal Proceedings*, Oxford 2008.
- Choo. A-L., *Joint Unlawful Enterprises and Murder*, „Modern Law Review” 1992, vol. 55, No. 6.
- Cieślak M., *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984.
- Cieślak M., *O węzłowych pojęciach związanych z sensem kary*, „Nowe Prawo” 1969, nr 2.
- Girdwoń P., *Zarys kryminalistycznej taktyki obrony*, Kraków 2004.
- Grzegorzczak T., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. T. I: art. 1–467* Warszawa 2014.
- Janusz-Pohl B., *O konstrukcji niedopuszczalnej czynności procesowej*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i socjologiczny” 2014, z. 1.
- Justyński T., *Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym*, Kraków 2000.
- Kardas P., *Problem granic legalności czynności uczestników postępowania karnego i konsekwencji ich przekroczenia* [w:] D. Gruszecka, J. Skorupka (red.), *Granice procesu karnego. Legalność działań uczestników procesu karnego*, Warszawa 2015.
- Kwiatkowski Z., *Zakazy dowodowe w procesie karnym*, Kraków 2005.
- Lach A., *Nadużycie procesu i uprawnień procesowych* [w:] G. Rejman i in. (red.), *Problemy prawa i procesu karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Alfreda Kaftala*, Warszawa 2008.
- Leszczyński L., *Nadużycie prawa – teoretyczny kontekst aksjologii luzu decyzyjnego* [w:] H. Izdebski, A. Stępkowski (red.), *Nadużycie prawa*, Warszawa 2003.
- Matczak M., *Nadużycie kompetencji. Zarys problemu*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i socjologiczny” 2007, z. 1.
- Marszał K., *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Katowice 2008.
- Niemöller M., *Nadużycie prawa w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2009, z. 9.
- Opalek K., Wróblewski J., *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969.
- Peczenik A., *Wartość naukowa dogmatyki prawa*, Kraków 1966.
- Plebanek M.G., *Nadużycie praw procesowych w postępowaniu cywilnym*, Warszawa 2012.

- Rogoziański P., Glosa do postanowienia SN z 12 marca 2009 r., WZ 15/09, „Gdańskie Studia Prawnicze. Przegląd Orzecznictwa” 2010, nr.2.
- Rogoziański P., *Kwestia dopuszczalności stosowania podstępu wobec uczestników procesu a względna postać zasady informacji prawnej (art. 16 § 2 k.p.k.)* [w:] W. Cieślak, S. Steinborn (red.), *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacja*, Warszawa 2013.
- Skorupka J., *Granice procesu karnego z perspektywy dogmatyki prawa karnego procesowego* [w:] D. Gruszecka, J. Skorupka (red.), *Granice procesu karnego. Legalność działań uczestników procesu karnego*, Warszawa 2015.
- Skorupka J., *O sprawiedliwości procesu karnego*, Warszawa 2013.
- Stawecki T., *Obejście prawa. Szkic na temat granic prawa i zasad jego wykładni* [w:] H. Izdebski, A. Stępkowski (red.), *Nadużycie prawa*, Warszawa 2003.
- Szumiło-Kulczycka D., *Czynności operacyjno-rozpoznawcze i ich relacje do procesu karnego*, Warszawa 2012.
- Taruffo M., *General Report. Abuse of Procedural Rights. Comparative Standards of Procedural Fairness* [w:] *Abuse of procedural Rights. International Association of Procedural Law. International Colloquium. 27–30 October 1998*, Hague-London-Boston 1999.
- Waltoś S., *O obstrukcji procesowej, czyli kilka uwag o nadużyciu prawa procesowego* [w:] L. Leszczyński, E. Skrzętowicz, Z. Hołda, (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005.
- Warchoń M., *Pojęcie „nadużycia prawa” w procesie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2007, z. 11.
- Warchoń M., *Obejście prawa w procesie karnym* [w:] J. Skorupka, I. Häduk-Hawryluk (red.), *Współczesne tendencje w rozwoju procesu karnego. Z perspektywy dogmatyki oraz teorii i filozofii prawa*, Warszawa 2011.
- Wiliński P., *Zasada prawa do obrony w polskim procesie karnym*, Kraków 2006.
- Wiliński P., *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011.
- Woźniewski K., *Prawidłowość czynności procesowych w polskim procesie karnym*, Gdańsk 2010.
- Tokarski J. (red.), *Słownik wyrazów obcych PWN*, Warszawa 1972.
- Young D., Summers M., Corcker D., *Abuse of Process in Criminal Proceedings*, Bloomsbury 2014.
- Tobor Z., *Teoretyczne problemy legalności*, Katowice 1998.

STRESZCZENIE

Artykuł dotyczy zagadnienia nadużycia prawa w procesie karnym. Analizie poddano pojęcie nadużycia prawa i uprawnień procesowych. Przeanalizowano charakter prawny i funkcje nadużycia prawa. Szczególna uwaga została poświęcona kryteriom hierarchizacji nadużycia prawa w procesie karnym. Ocenie poddano także rangę poszczególnych uprawnień oraz stopnia ich nadużycia, wpływu na przebieg i wynik postępowania karnego. Ponadto wykazano, że nadużycie prawa może przybrać różne formy i stopień od ciężkiego do procesowo nieistotnego. Rozważania odnoszące się do wpływu nadużycia prawa na realizację zasady uczciwego procesu karnego doprowadziły Autora do wniosku, że korzystanie z instrumentów i uprawnień procesowych powoduje ryzyko nadużycia prawa i osłabienia uczciwości procesu karnego, tym samym implikuje co najmniej rozważenie potrzeby wprowadzenia ogólnej klauzuli generalnej zakazu nadużywania prawa w procesie karnym.

Słowa kluczowe: nadużycie prawa, gwarancje procesowe, uprawnienia procesowe, proces karny

SUMMARY

The article deals with the issue of abuse of law in a criminal trial. The concept of abuse of law and procedural rights has been analyzed. The legal nature and the functions of abuse of the law were analyzed. Particular attention has been paid to the criteria of hierarchizing abuse of law in criminal proceedings. The evaluation was also made of the rank of individual rights and the degree of their abuse, influence on the course and outcome of criminal proceedings. In addition, it has been shown that the abuse of law can take various forms and degrees from severe to processively insignificant. Considerations regarding the impact of the abuse of law on the implementation of the fair trial process led the Author to conclude that the use of instruments and procedural rights creates the risk of abuse of law and weakening the integrity of the criminal process, at the same time implicating the need to introduce a general prohibition on the abuse of law in a criminal trial.

Keywords: abuse of law, procedural guarantees, procedural rights, criminal process



Mgr Jakub Hanc
Uniwersytet Śląski w Katowicach
jakub.hanc@wp.pl

Przypadek Manfreda i Kristen – czyli *stalking* jako przyczynek do kilku refleksji o tym, jak prawo odpowiada na zjawisko społeczne

The case of Manfred and Kristen. Stalking
as a contribution to a few reflections on how
the law responds to the social phenomenon

Abstrakt

Zasadniczym celem podjętych rozważań była z jednej strony ocena przekładalności wyników badań kryminologicznych na decyzję ustawodawcy o zakresie kryminalizacji wyselekcjonowanego zachowania niepożądanego, przy uwzględnieniu zarówno potrzeb dyktowanych polityką kryminalną, jak i problemów wynikających z ułomności języka jako nośnika treści takiej decyzji; z drugiej zaś odpowiedź na pytanie, czy inne niż prawnokarne narzędzia normatywne są w stanie skuteczniej reagować na naruszanie dóbr prawnych osoby pokrzywdzonej. Jako egzemplifikację wybrano zjawisko *stalkingu* oraz powiązane z nim regulacje, tj. § 107a austriackiego kodeksu karnego oraz § 382g ustawy o procedurze egzekucyjnej i zabezpieczającej w austriackim postępowaniu cywilnym. W pracy odwołano się do kilku orzeczeń austriackiego Sądu Najwyższego, a wykorzystując metodę formalno-dogmatyczną, dedukcyjną oraz diagnozy kryminologicznej, dokonano krytycznej analizy wskazanych regulacji.

Abstract

The underlying objective of the analysis carried out in the paper was on the one hand to evaluate how the results of criminological examinations translate into the legislator's decision as to the scope of criminalisation of a selected undesirable behaviour, taking into account both the requirements of criminal policy and problems resulting from the imperfect nature of language as a carrier of the contents of such a decision. On the other hand, the paper was intended to determine whether other normative tools than those offered by penal law can more effectively respond to violations of legal interests of an aggrieved party. The phenomenon of stalking and related regulations, namely § 107a of the Criminal Code of the Republic of Austria and § 382g of the Austrian Federal Act on Execution and Safeguarding Proceedings, was used to illustrate the analyses. The paper makes references to several judgments of the Supreme Court of Justice of Austria, and uses the formal-dogmatic method, as well as the deductive approach and criminological diagnoses to carry out a critical analysis of the regulations referred to above.

W orzeczeniu z 31 stycznia 2007 r.¹ Sąd Najwyższy Republiki Austrii², odmawiając w sprawie cywilnej rozpoznania *Revisionsrekurs*³, dokonał jednocześnie w sposób niezwykle skrupulatny rekonstrukcji stanu faktycznego, który legł u podstaw wzmiankowanego judykatu. Sprawa dotyczyła relacji, jakie łączyły Manfreda i Kristen⁴. Jak wynika z treści uzasadnienia, burzliwe konflikty i napięcia pomiędzy nimi zaczęły przybierać na sile wiosną 2005 r. Wtedy to właśnie u Manfreda ujawnił się silny lęk przed utratą Kristen. W obliczu nieuniknionego rozstania mężczyzna zaklinał kobietę, aby go nie opuszczała, ponieważ on bardzo ją kocha i nie widzi poza nią świata. Kiedy jednak partnerka stanowczo odmówiła kontynuowania relacji, wskazując jako uzasadnienie dla decyzji o rozstaniu dotychczasową,

¹ Numer sprawy: 8Ob155/06m, https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20070131_OGH0002_0080OB00155_06M0000_000 [dostęp 31.01.2019]. Wszystkie orzeczenia zaczerpnięte zostały z Systemu Informacji Prawnej Rządu Federalnego (*Rechtsinformationssystem des Bundes – RIS*) przy Kancelarii Kanclerza Republiki Austrii – <https://www.ris.bka.gv.at/default.aspx>.

² *Der Oberste Gerichtshof* – określane dalej skrótem: OGH.

³ Jest to środek odwoławczy właściwy dla postępowania cywilnego, przeciwko zmianie lub utrzymaniu (również częściowemu) postanowienia sądu drugiej instancji, rozpoznającego sprawę jako *Rekursgericht* – zob. <http://www.ogh.gv.at/der-oberste-gerichtshof/aufgaben> [dostęp 31.01.2019].

⁴ Jedyna obiekcja, jaką zgłosić można względem odtworzenia stanu faktycznego, dotyczy statusu relacji pomiędzy *stalkerem* a ofiarą. Trudno bowiem jednoznacznie stwierdzić, czy związek tych osób opierał się na więzach małżeńskich, czy też był to konkubinaty.

awanturniczą postawę mężczyzny, a także jego porywczy charakter – Manfred zamknął ją na jeden dzień w swoim mieszkaniu. Jak wyjaśniał później – chciał w ten sposób zapobiec jej odejściu. W wyniku kolejnej awantury, oburzona Kristen zdecydowała się jesienią 2005 r. na separację. Kiedy jednak próbowała odjechać swoim samochodem spod mieszkania Manfreda, ten znienacka wyskoczył przed pojazd i rzucił się na przednią szybę, gdzie, trzymając się wycieraczek, usiłował zatrzymać uciekającą kobietę, co jednak mu się nie udało. Po tym incydencie mężczyzna wielokrotnie dzwonił do byłej partnerki oraz wysyłał jej wiadomości mailowe, w których groził, że jeśli ta do niego nie wróci – wówczas on popełni samobójstwo. Po upływie tygodnia od opisanego wydarzenia Kristen postanowiła powrócić do Manfreda. Z powodu ponownego zaognienia relacji, w maju 2006 r., kobieta definitywnie opuściła swojego dotychczasowego partnera.

Od momentu rozstania mężczyzna codziennie wysyłał byłej partnerce liczne i obszernie SMS-y oraz co najmniej jeden mail. Kristen ani nie odbierała połączeń od Manfreda, ani nie odpisywała na żadne wiadomości, z wyjątkiem tych, w których treści pojawiała się groźba samobójstwa. Od czerwca 2006 r. mężczyzna podejmował coraz mniej prób skontaktowania się z Kristen. Jednakże 9 września 2006 r. nieoczekiwanie zjawił się w jej mieszkaniu i oświadczył, iż zrozumiał, że ich związek został zakończony, tym niemniej chciałby nadal kontynuować znajomość z byłą partnerką. Kiedy jednak Kristen oświadczyła, że spieszy się do pracy i nie zamierza w ogóle z nim rozmawiać, Manfred rzucił ją na łóżko oraz odebrał jej telefon komórkowy, a gdy kobieta zaczęła płakać, powiedział jej, że teraz to ona odczuje ten sam strach, jakiego on doświadczył, kiedy został przez nią odrzucony. Chcąc wydostać się z mieszkania i wybrnąć jakoś z tej sytuacji, Kristen uspokoiła się, objęła byłego partnera i zapytała, co powinna zrobić. Wówczas on zapytał ją, czy się do niego przeprowadzi, na co ona – jedynie dla pozorów – przystała. Wychodząc z lokalu, mężczyzna zabrał ze sobą do swojego mieszkania koty należące do Kristen. Tego samego dnia w rozmowie telefonicznej kobieta poinformowała mężczyznę, że do niego nie wróci, zaś koty odbierze jeden z jej przyjaciół. Do 8 lipca 2006 r., oprócz stosowania dotychczasowych form nękania, Manfred dodatkowo wyczekiwał na byłą partnerkę przed jej mieszkaniem lub miejscem pracy i wielokrotnie umieszczał swoją fotografię za wycieraczką przedniej szyby jej samochodu. Pod koniec lipca zwrócił się do matki Kristen oraz dawnych, wspólnych znajomych, aby ci nakłonili byłą partnerkę do ponownego nawiązania z nim kontaktu (osobiście lub za pomocą środków masowego komunikowania się), do czego jednak nie doszło z uwagi na fakt, iż rodzina i przyjaciele wiedzieli o problemach Kristen z jej byłym partnerem. 7 lipca 2006 r. załamana psychicznie kobieta złożyła na komisariacie Policji doniesienie przeciwko Manfredowi.

Zreferowany stan faktyczny obrazuje jeden z kilku możliwych rodzajów zachowań i konfiguracji osobowych, charakteryzujących zjawisko określane

w kryminologii jako *stalking*. W piśmiennictwie wskazuje się, że słowo to pochodzi z angielskiego języka łowieckiego (*to stalk*) i oznacza „polować”, „śledzić”, „tropić”⁵, zaś *stalker* to w języku celtyckim (*Scottish Gaelic*) naganiacz, który w trakcie polowania uporczywie tropi zwierzyńcę⁶. Pod koniec lat 80. ubiegłego wieku termin ten został użyty w mediach amerykańskich, aby opisać przypadki prześladowania gwiazd. Przypuszczano wówczas, że problem ten ogranicza się tylko do tej grupy osób⁷. Kilka spektakularnych przypadków uporczywego prześladowania doprowadziło do uchwalenia w Stanach Zjednoczonych tzw. ustawodawstwa antystalkingowego, a podobną tendencję zaobserwować można było także w krajach systemu prawa kontynentalnego⁸.

Pod wskazane pojęcie zaklasyfikowane bywają bardzo różne zachowania, co uniemożliwia opracowanie i zaakceptowanie jednej, uniwersalnej definicji tego fenomenu.⁹ Niejednorodność *stalkingu* powoduje, iż wielu autorów ujmuje to zjawisko wąsko lub szeroko¹⁰. Jedną z zasadniczych trudności w precyzyjnym scharakteryzowaniu tego terminu tkwi w tym, iż może on obejmować różne relacje w płaszczyźnie ofiara-sprawca. Stąd też w kryminologii wyróżnia się tzw. *fan-stalking* (*Fan-Stalking*), który dotyczy głównie aktorów, piosenkarzy lub celebrytów; *stalking*, którego dopuszcza się były partner ofiary (*Ex-Partner-Stalking*); a także *stalking-zemstę* (*Rache-Stalking*), u podłoża którego znajdują się zwykle niewygaszone konflikty sąsiedzkie lub przegrane procesy sądowe¹¹. W perspektywie ściśle wiktymologicznej, uwzględniającej wnioski płynące z badań psychologicznych i psychiatrycznych, wyróżnia się także: „zwykłych” *stalkerów*-utrapieniów

⁵ „Der Begriff «Stalking» stammt ursprünglich aus der Jägersprache und bezeichnet das Heranpirschen an das Wild” – cyt. K. Schwaighofer [w:] F. Hopfel, E. Ratz (red.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch. §§ 105–107b. Band 3*, Wiedeń 2010, s. 52. Zob. także E. Wach [w:] O. Triffterer, Ch. Rosbaud, H. Hinterhofer (Hrsg.), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch. § 107a. Band 3*, Wiedeń 2015, s. 8; H. Kury, J. Obergfell-Fuchs, *Sexualkriminalität* [w:] H.J. Schneider (Hrsg.), *Internationales Handbuch der Kriminologie. Band 1. Grundlagen der Kriminologie*, Berlin 2007, s. 638.

⁶ H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, *Strafrecht. Besonderer Teil I*, Wiedeń-New York 2009, s. 74.

⁷ Zob. H. Dreßing, P. Gass, *Stalking! Verfolgung, Bedrohung, Belästigung*, Bern 2005, s. 13. Zob. także D. Woźniakowska-Fajst, *Prawne możliwości walki ze zjawiskiem stalkingu – czy w prawie polskim potrzebna jest penalizacja prześladowania?*, „Archiwum Kryminologii” 2009, T. XXXI, s. 173 i n.

⁸ Zob. H. Kury, J. Obergfell-Fuchs, dz. cyt., s. 638 i n.; E. Wach, dz. cyt., s. 6 i n.

⁹ Zob. tamże, s. 8.

¹⁰ Zob. W. Petherick, *Serial stalking. Looking for Love in All the Wrong Places?* [w:] W. Petherick (red.), *Serial Crime. Theoretical and Practical Issues in Behavioral Profiling*, Burlington 2009, s. 258 i n.

¹¹ Zob. K. Schwaighofer, z. cyt., s. 52 i n.; Ch. Pelikan, *Psychoterror. Ein internationales Phänomen und seine gesetzliche Regelung* [w:] *Du entkommst mir nicht... Psychoterror – Formen, Auswirkungen und gesetzliche Möglichkeiten*, Wiedeń 2004, s. 27 i n.

(*nuisance*), *stalkerów-erotomanów*, *stalkerów obsesyjnie zakochanych* (*love obsessed stalker*), a także *stalkerów*: odrzuconych (*rejected*), poszukujących bliskości (*intimacy seeking*), niedostosowanych społecznie (*incomponent*), urażonych (*resentful*), drapieżników (*predatory*) – tj. takich, którzy planują napad seksualną¹². *Stalkerem* może zatem okazać się były partner, kolega, klient, pacjent, sąsiad albo osoba zupełnie obca ofierze¹³.

Drugi mankament zjawiska *stalkingu* polega na tym, iż mieści on w sobie właściwie nieograniczone formy aktywności sprawcy. Najczęściej odnotowywanymi w badaniach kryminologicznych sposobami prześladowania są: dokuczliwe lub groźne rozmowy telefoniczne, listy, maile lub inne wiadomości, które występują przez dłuższy czas; niepożądane wizyty w domu, czyhanie pod domem lub miejscem pracy; groźba zranienia się; wysyłanie prezentów (np. kwiatów, książek, słodczy), ale także makabrycznych lub obrzydliwych przesyłek (zawierających np. martwe zwierzęta lub ekskrementy); składanie zamówień w imieniu ofiary (np. na akcesoria lub usługi erotyczne); rozpowszechnianie o ofierze poufnych lub zniesławiających informacji w jej środowisku pracy, wśród znajomych lub rodziny; groźba skrzywdzenia ofiary lub osoby jej bliskiej; uszkodzenie lub zniszczenie mienia ofiary (np. przekłuwanie opon samochodowych lub zniszczenie samochodu); nieuprawnione czytanie listów, maili lub innych wiadomości oraz podsłuchiwanie rozmów; umieszczanie wiadomości lub informacji na ścianach budynków; fizyczny atak na ofiarę; usiłowanie lub dokonanie zgwałcenia albo innej czynności seksualnej¹⁴. Te i inne zachowania sprawcy próbuje się niekiedy zaklasyfikować jako lżejsze¹⁵ (*leichtere Formen*) albo cięższe¹⁶

¹² Zob. podziały przywołane przez A. Wolbert Burgess, Ch. Regehr, A.R. Roberts, *Victimology: Theories and Application*, Burlington 2013, s. 335 i n. oraz E. Wach, dz. cyt., s. 9.

¹³ Zob. tamże, s. 8 i n.

¹⁴ Zob. np. H. Dreßing, Ch. Gallas, U. Klein, *Beratung und Therapie von Stalking-Opfern. Ein Leitfaden für die Praxis*, Bern 2010, s. 18; H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, dz. cyt., s. 74; H. Kury, J. Obergfell-Fuchs, dz. cyt., s. 640 oraz D. Woźniakowska-Fajst, dz. cyt., s. 177. Instytut Wymiaru Sprawiedliwości wskazał w 2011 r., iż czterema najczęściej występującymi formami *stalkingu* w Polsce są: rozpowszechnianie oszczerstw, kłamstw i plotek; nawiązywanie kontaktu z wykorzystaniem osoby trzeciej; groźenie pokrzywdzonemu i szantażowanie go; częste telefony – niejednokrotnie „głuche” lub nocne – zob. B. Gruszczyńska, M. Marczewski, P. Ostaszewski, A. Siemaszko, D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking w Polsce. Rozmiary-formy-skutki* [w:] A. Siemaszko (red.), *Stosowanie prawa. Księga jubileuszowa z okazji XX-lecia Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości*, Warszawa 2011, s. 838 i n.

¹⁵ Do których zalicza się: telefonowanie, wysyłanie różnego rodzaju wiadomości do ofiary, nachodzenie jej w domu lub miejscu pracy, zamieszczanie na jej temat złośliwych wpisów w internecie, zamawianie w jej imieniu towarów lub usług dzięki posłużeniu się jej danymi osobowymi, a także zamieszczanie fałszywych ogłoszeń rzekomo pochodzących od ofiary.

¹⁶ Zachowania te będą wypełniały znamiona innych typów czynów zabronionych, np. groźby, naruszenia miru domowego, zmuszania, uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia, uszkodzenia mienia.

(*schweren Formen*) formy *stalkingu*¹⁷. Próby tego rodzaju przyporządkowania są jednak wyrazem subiektywnych zapatrywań danego autora, stąd też cechują się one wysokim stopniem arbitralności, co z kolei stawia pod znakiem zapytania ich rzeczywistą przydatność.

Niemieckie badania kryminologiczne wskazały, że czas oddziaływania *stalker*a na ofiarę wynosi poniżej jednego roku lub do dwóch lat¹⁸.

Mimo istnienia całej mozaiki zachowań, które składać się mogą na fenomen *stalkingu*, z uwagi na zbieżność badań kryminologicznych, zaakceptować można konstatację, iż jest to zjawisko „wszędobylskie”, często pojawiające się w różnych kulturach i na różnych kontynentach¹⁹.

Bezspornym jest, iż *stalking* może prowadzić do wielu niepożądanych następstw, do których zalicza się m.in. wygenerowanie stanów lękowych czy myśli samobójczych, a które to następstwa zwykle zmuszają ofiarę do reorientacji dotychczasowego sposobu życia, zmiany miejsca zamieszkania lub miejsca pracy, a także zerwania dotychczas utrzymywanych kontaktów społecznych²⁰.

Ustawodawca austriacki, dostrzegając konieczność zareagowania na kryminologicznie scharakteryzowane przejawy niepożądanego zachowania, zdecydował się wprowadzić nowelą z 8 maja 2006 r.²¹ nowy typ czynu zabronionego, tj. przestępstwo uporczywego prześladowania (*Beharrliche Verfolgung*), które usytuowane zostało w § 107a austriackiego kodeksu karnego²², w rozdziale trzecim części szczególnej tegoż kodeksu, zawierającym czyny karalne skierowane przeciwko wolności (*Strafbare Handlungen gegen die Freiheit*)²³.

Przepis ten przetłumaczyć można następująco: „Kto inną osobę bezprawnie uporczywie prześladowuje, podlega karze pobawienia wolności do jednego roku²⁴”. Kodeks wskazuje nadto, że uporczywie prześladowuje inną osobę ten, „kto

¹⁷ Zob. K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 53; E. Wach, dz. cyt., s. 8 i n.

¹⁸ Zob. H. Dreßing, P. Gass, dz. cyt., s. 19 i n.; E. Wach, dz. cyt., s. 9 i n.

¹⁹ H. Dreßing, P. Gass, dz. cyt., s. 23. Trudno jednak podzielić wnioszek tych autorów, że jest to fenomen w pełni jednolity.

²⁰ Zob. H. Fuchs, S. Reindl-Krauskopf, dz. cyt., s. 74; H. Kury, J. Obergfell-Fuchs, dz. cyt., s. 639; E. Wach, dz. cyt., s. 10.

²¹ *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* 2006, nr 56, https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2006_I_56/BGBLA_2006_I_56.pdf [dostęp 31.01.2019]. Przepis wszedł w życie 1 lipca 2006 r.

²² *Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen – Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* 1974, nr 60, s. 641 i n. Określany dalej skrótem: StGB.

²³ W literaturze polskiej niezwykle wnikliwą i rzetelną analizę wskazanej typizacji, obficie ilustrowaną licznymi uwagami dogmatycznymi, przedstawiła w swojej pracy K. Banasik, *Stalking w austriackim prawie karnym*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2012, nr 1, s. 99 i n.

²⁴ § 107a ustęp 1 StGB: „Wer eine Person widerrechtlich beharrlich verfolgt (Abs. 2), ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen zu bestrafen”. Cyt. K. Banasik, dz. cyt., s. 103.

przez dłuższy czas, w sposób mogący w stopniu niewymagalnym do znoszenia, naruszyć jej prowadzenie życia²⁵”. Przytoczony fragment jest dość trudny do oddania w języku polskim. Niewątpliwie istota zachowania zakazanego sprowadza się do ujemnego wpływania przez sprawcę, w pewien odpowiedni sposób, na dotychczasowy styl życia ofiary, który może być uznany za niedopuszczalny (nie do przyjęcia przez nią). Postępowanie *stalkera* musi mieć także miejsce przez pewien okres czasu. Wskazane przesłanki są warunkami ilościowymi i jakościowymi, które łącznie przesądzają o spełnieniu znamienia uporczywości w zachowaniu sprawcy²⁶.

Wśród czynów dokuczliwych ustawa wymienia enumeratywnie: naruszanie przestrzennej bliskości ofiary, nawiązywanie kontaktu z osobą pokrzywdzoną za pośrednictwem środków telekomunikacyjnych lub innych środków komunikacji lub też przez osobę trzecią, zamawianie osobie pokrzywdzonej towarów lub usług, przy użyciu jej danych osobowych albo nakłonienie osoby trzeciej do kontaktu z ofiarą, poprzez użycie jej danych osobowych²⁷.

Niemalże wszystkie kodeksowe elementy opisu *stalkingu* wzbudzają w austriackiej doktrynie prawa karnego liczne obiekcje. W dalszej części niniejszych rozważań zasygnalizowane zostaną jedynie te z nich, które w największym stopniu naruszają wrażliwą dla tej gałęzi prawa – zasadę określoności²⁸.

Na gruncie § 107a StGB bezsporne jest jedynie to, iż wyliczenie rodzajów zachowań *stalkera* ma charakter enumeratywny²⁹, co na tle przywołanych uprzednio badań kryminologicznych oznacza, że ustawodawca nie uwzględnił w opisie normatywnym wszystkich odnotowanych form aktywności sprawców³⁰.

W piśmiennictwie próżno szukać zgodności co do rozumienia wyrażenia „dłuższy odstęp czasu” (*längere Zeit*), głównie ze względu na bezkres potencjalnych zachowań, których dopuścić się może *stalker*. Jako dyrektywę interpretacyjną proponuje się przyjęcie następującej metody: dla tzw. ciężkich przypadków

²⁵ § 107a ustęp 2 StGB: „Beharrlich verfolgt eine Person, wer in einer Weise, die geeignet ist, sie in ihrer Lebensführung unzumutbar zu beeinträchtigen, eine längere Zeit hindurch fortgesetzt”. Cyt. K. Banasik, dz. cyt., s. 103.

²⁶ Zob. E. Wach, dz. cyt., s. 5, 11 i 21.

²⁷ § 107a ustęp 2 StGB: „1. ihre räumliche Nähe aufsucht, 2. mi Wege einer Telekommunikation oder unter Verwendung eines sonstigen Kommunikationsmittels oder über Dritte Kontakt zu ihr herstellt, 3. unter Verwendung ihrer personenbezogenen Daten Waren oder Dienstleistungen für sie bestellt oder 4. unter Verwendung ihrer personenbezogenen Daten Dritte veranlasst, mit ihr Kontakt aufzunehmen”. Zob. K. Banasik, dz. cyt., s. 103.

²⁸ Zob. szczegółową analizę ustawowych znamion: tamże, s. 104–124.

²⁹ H. Bachner-Foregger, *Strafgesetzbuch*, Wiedeń 2010, s. 128; Ch. Bertel, K. Schwaighofer, *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I. §§ 75 bis 168e StGB*, Wiedeń-Nowy Jork 2010, s. 116 i n.; K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 55.

³⁰ Komentatorzy podkreślają, że kodeksowe alternatywy są względem siebie równoważne, a ich kształt zeterminowany został ich statystyczną częstotliwością – są to bowiem zachowania występujące najczęściej. Zob. E. Wach, dz. cyt., s. 6 i 11.

*stalkingu*³¹, czas oddziaływania powinien wynosić minimalnie miesiąc i składać się z co najmniej trzech zachowań, natomiast dla tzw. lekkich przypadków *stalkingu*³², ma on wynosić kilka tygodni i zamykać się w co najmniej dziesięciu indywidualnych zachowaniach³³. Zaprezentowane stanowisko trudno uznać za bezdyskusyjne, choć na tle innych poglądów jest ono dość precyzyjne. Niekiedy bowiem kreśli się bardzo ogólną wytyczną: im poważniejsze są konkretne okoliczności towarzyszące czynowi, tym bardziej prawdopodobne jest zmniejszenie wymogu dotyczącego czasu trwania zachowania niepożądanego³⁴. Wielu komentatorów ma świadomość wysokiej zdatności polemicznej swoich pomysłów. Przykładowo Klaus Schwaighofer zastanawia się, co tak naprawdę może być bardziej dotkliwe dla ofiary: czy wysłanie jej przez 2 tygodnie, dziennie 30 SMS-ów o nieszkodliwej treści, czy też przesłanie zaledwie kilku wiadomości, zawierających jednak np. pewne insynuacje seksualne lub nawołujących do odnowienia zerwanej relacji³⁵. Autor ten trafnie zwraca przy tym uwagę, iż interpretacja wskazanego sformułowania wymaga swoistej wrażliwości (wyczulenia) oraz postuluje, by decydującym wyznacznikiem dookreślającym powyższe znamię, było kryterium „obciążenia ofiary”, w którym mieściłyby się z pewnością rodzaj i stopień nasilenia poszczególnych ataków, co w przypadku połączeń telefonicznych lub innych wiadomości determinowane byłoby nie tylko ich ilością oraz czasem ich trwania, lecz także ich treścią³⁶.

Zaakcentowanie przez ustawodawcę „uporczywości” w postępowaniu sprawcy implikuje konieczność powtarzania przez niego zachowań dokuczliwych. Nie mogą zatem dziwić te wypowiedzi doktryny, które podnoszą, iż skoro czynności sprawcy wymagają pewnej regularności, to zbyt duże odstępstwa pomiędzy poszczególnymi przejawami jego aktywności przekreślają „uporczywość” prześladowania³⁷.

³¹ Tj. zamawiania towarów lub usług przy posłużeniu się danymi osobowymi ofiary albo nakłonienia osoby trzeciej do kontaktu z ofiarą, które również następuje poprzez użycie jej danych osobowych.

³² Zwłaszcza polegających na nawiązywaniu kontaktu z pokrzywdzonym.

³³ Zob. K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 54.

³⁴ Zob. E. Wach, dz. cyt., s. 22.

³⁵ Zob. K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 54. Inny komentator podaje przykład wyroku skazującego studenta, który niemal codziennie przez kilka miesięcy, siedząc w poczekalni do gabinetu swojego profesora, klaskał i śpiewał, czyniąc to po to, by wymusić na nim wyznaczenie opiekuna do prowadzenia jego pracy doktorskiej. Zachowanie to zostało uznane także za wypełniające znamię „naruszenia przestrzennej bliskości ofiary”, zob. E. Wach, dz. cyt., s. 12.

³⁶ Zob. K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 54.

³⁷ Zob. K. Beclin, § 107a StGB – *Bekämpfung von «Stalking» auf Kosten der Rechtssicherheit?* [w:] 34. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie. Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz. Band 127, Wiedeń-Graz 2006, s. 115 i n. oraz K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 53.

Kolejnym kłopotliwym znamieniem jest konieczność naruszenia przez sprawcę dotychczasowego sposobu życia ofiary. W nauce prawa karnego podkreśla się, że zachowania *stalkera* muszą cechować się odpowiednim stopniem natężenia, co podobnie jak w przypadku przestępstwa niebezpiecznej groźby (*gefährlichen Drohung*) z § 107 StGB powinno skłonić sąd do zastosowania kryterium obiektywno-subiektywnego, czyli ustalenia *ex ante*, czy zachowanie sprawcy było na tyle dokuczliwe, że przeciętny człowiek, który znalazłby się w podobnej co ofiara sytuacji, zmieniłby swój dotychczasowy sposób postępowania³⁸.

Za kontrowersyjne, choć zgodne z kształtem § 107a StGB, uznać trzeba zapatrywanie, zgodnie z którym zachowanie polegające na wielokrotnym wysyłaniu kwiatów, a także pozostawianiu ich przed drzwiami pokrzywdzonej, nie wypełniało znamion przestępstwa uporczywego prześladowania, ponieważ jest to postępowanie w zasadzie nieszkodliwe, a kwiaty mogą zostać usunięte tak szybko, jak niechciane materiały reklamowe (np. ulotki)³⁹. Za zachowanie wypełniające badane znamię uznaje się sytuacje, w których np. ofiara obawia się odebrać telefon, sprawdzić pocztę lub decyduje się na zmianę miejsca zamieszkania lub pracy⁴⁰. Główna trudność interpretacyjna polega tu na tym, że wielokrotnie zachowania *stalkera* są społecznie i kulturowo odpowiednie (akceptowalne i właściwe)⁴¹. O doniosłości podniesionego zagadnienia niech zaświadczy rozstrzygnięcie, w którym jedna z wiedeńskich sędzi uznała, że wysyłanie pokrzywdzonemu przez okres dwóch i pół roku, łącznie 30 000 SMS-ów (około 140 SMS-ów dziennie), nie może zostać uznane za niedopuszczalne naruszenie jego dotychczasowego trybu życia⁴².

Oprócz prawnokarnego instrumentarium reagowania na przejawy *stalkingu*, w literaturze wskazuje się na mechanizm zabezpieczający o charakterze cywilnoprawnym, przyznający ochronę przed naruszeniem prywatności. Jest nim § 382g ustawy z 27 maja 1896 r. o procedurze egzekucyjnej i zabezpieczającej w postępowaniu cywilnym⁴³, usytuowany w części drugiej – „Zabezpieczenie” (*Zweiter Theil – Sicherung*), w rozdziale drugim – „Tymczasowe zarządzenia” (*Zweiter Abschnitt – Einstweilige Verfügungen*), w punkcie drugim dotyczącym zabezpieczenia wszelkich innych roszczeń. Przepis ten został dodany do

³⁸ Zob. Ch. Bertel, K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 118; tenże, dz. cyt., s. 54.

³⁹ Zob. Ch. Bertel, K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 118; tenże, dz. cyt., s. 54 i 57, którzy podnoszą, że do realizacji ustawowych znamion mogłoby dojść, gdyby do kwiatów została dołączona jakaś wiadomość. Zob. także E. Wach, dz. cyt., s. 21. Odmiennego zdania jest natomiast K. Beclin, § 107a..., dz. cyt., s. 118 i n.

⁴⁰ Zob. K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 55 i n.

⁴¹ Zob. tamże, s. 55.

⁴² Zob. tamże, s. 55.

⁴³ *Gesetz vom 27. Mai 1896, über das Exekutions- und Sicherungsverfahren* – <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001700> [dostęp 31.01.2019]. Określana dalej skrótem: EO.

wskazanej ustawy tą samą ustawą nowelizującą, którą wprowadzono do austriackiego kodeksu karnego przestępstwo uporczywego prześladowania⁴⁴.

Ustęp 1 § 382g EO⁴⁵ stanowi, że prawo zaniechania ingerencji w sferę prywatności może być zabezpieczone przez następujące środki: 1) zakaz osobistego kontaktu oraz prześladowania strony poszkodowanej, 2) zakaz nawiązywania kontaktu listownego, telefonicznego lub innego rodzaju, 3) zakaz pobytu w niektórych wyznaczonych miejscach, 4) zakaz przekazywania i rozpowszechniania danych osobowych i zdjęć strony poszkodowanej, 5) zakaz zamawiania od strony trzeciej towarów lub usług, na podstawie danych osobowych strony poszkodowanej, 6) zakaz nakłaniania osoby trzeciej do podejmowania kontaktów ze stroną poszkodowaną.

Zgodnie z ustępem trzecim⁴⁶, sąd może powierzyć organom bezpieczeństwa (*Sicherheitsbehörden*) – tj. w tym przypadku Policji – wykonanie zakazów, o których mowa w punkcie 1 i 3, włącznie z zastosowaniem środków przymusu bezpośredniego⁴⁷. Natomiast za naruszenie pozostałych zakazów może zostać orzeczona kara grzywny, a w razie dalszej bezskuteczności egzekucji – kolejna grzywna lub kara aresztu (*Haftstrafe*) na okres jednego roku⁴⁸.

⁴⁴ Zob. *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* 2006, nr 56 – https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblAuth/BGBLA_2006_I_56/BGBLA_2006_I_56.pdf [dostęp 31.01.2019]. Po roku od wejścia w życie niniejszego przepisu, wydano na jego podstawie 230 tymczasowych zarządzeń. Zob. E. Wach, dz. cyt., s. 35 i n.

⁴⁵ „Der Anspruch auf Unterlassung von Eingriffen in die Privatsphäre kann insbesondere durch folgende Mittel gesichert werden: 1. Verbot persönlicher Kontaktaufnahme sowie Verbot der Verfolgung der gefährdeten Partei, 2. Verbot brieflicher, telefonischer oder sonstiger Kontaktaufnahme, 3. Verbot des Aufenthalts an bestimmt zu bezeichnenden Orten, 4. Verbot der Weitergabe und Verbreitung von personenbezogenen Daten und Lichtbildern der gefährdeten Partei, 5. Verbot, Waren oder Dienstleistungen unter Verwendung personenbezogener Daten der gefährdeten Partei bei einem Dritten zu bestellen, 6. Verbot, einen Dritten zur Aufnahme von Kontakten mit der gefährdeten Partei zu veranlassen.”

⁴⁶ „Das Gericht kann mit dem Vollzug von einstweiligen Verfügungen nach Abs. 1 Z 1 und 3 die Sicherheitsbehörden betrauen. § 382d Abs. 4 ist sinngemäß anzuwenden. Im Übrigen sind einstweilige Verfügungen nach Abs. 1 nach den Bestimmungen des Dritten Abschnitts im Ersten Teil zu vollziehen.”

⁴⁷ Zob. K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 63; E. Wach, dz. cyt., s. 36.

⁴⁸ Dzieje się tak na mocy § 355 ustęp 1 EO: „Die Exekution gegen den zur Unterlassung einer Handlung oder zur Duldung der Vornahme einer Handlung Verpflichteten geschieht dadurch, dass wegen eines jeden Zuwiderhandelns nach Eintritt der Vollstreckbarkeit des Exekutionstitels auf Antrag vom Exekutionsgericht anlässlich der Bewilligung der Exekution eine Geldstrafe verhängt wird. Wegen eines jeden weiteren Zuwiderhandelns hat das Exekutionsgericht auf Antrag eine weitere Geldstrafe oder eine Haft bis zur Gesamtdauer eines Jahres zu verhängen. Diese sind nach Art und Schwere des jeweiligen Zuwiderhandelns, unter Bedachtnahme auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Verpflichteten und das Ausmaß der Beteiligung an der Zuwiderhandlung auszumessen. In einem Beschluss, mit dem eine Geldstrafe oder eine Haft verhängt wird, sind auch die Gründe anzuführen, die für die Festsetzung der Höhe der Strafe maßgeblich sind.”

W odniesieniu do wszystkich rodzajów zakazów, sąd nie ustala z góry terminu do wniesienia powództwa, jeżeli dany zakaz został wydany na okres jednego roku⁴⁹, co stanowi istotne udogodnienie dla pokrzywdzonego⁵⁰.

Austriacki Sąd Najwyższy na kanwie sprawy Manfreda i Kristen, w przyjętej zasadzie prawnej (*Rechtssatz*)⁵¹ stwierdził, że dla uzasadnienia żądania zaniechania określonego zachowania, wystarczające jest zagrożenie owym naruszeniem. Nie można bowiem oczekiwać konkretnego aktu naruszenia prywatności, ponieważ ochronę sądową uzyskać można w oparciu o tymczasowe zarządzenie lub powództwo o zaniechanie. Wydaje się, że powyższa teza jest koherentna z poglądem uznającym czyn z § 107a StGB za przestępstwo abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo⁵².

Powyższe stanowisko zostało zaaprobowane w orzeczeniu z 28 kwietnia 2008 r.⁵³, gdzie OGH skonstatował, iż celem regulacji antystalkingowej, posadowionej w § 382g EO, jest poprawa ochrony ofiary, polegająca na zaoferowaniu jej szybkiego środka zabezpieczającego ją przed nękaniami. Nie można zatem oczekiwać od pokrzywdzonego, aby ten zaczekał do zaistnienia konkretnego aktu prześladowania, a dopiero następnie domagał się – na podstawie dotychczasowego zachowania *stalker* – orzeczenia określonego zakazu.

Pytaniem, które niemal automatycznie nasuwa się po prezentacji dotychczasowych rozważań, sprowadzić można do następujących wątpliwości: w jakiej relacji pozostają do siebie regulacje prawa karnego i cywilnego oraz czy są one ze sobą w pełni kompatybilne – tak na płaszczyźnie normatywnej, jak i jurydycznej. Częściową odpowiedź znaleźć możemy w wyroku OGH z dnia 11 sierpnia 2008 r.⁵⁴ W stanie faktycznym pozwany *stalker* wniósł *Revisionsrekurs*, domagając

⁴⁹ Tożsama reguła przyjmowana jest w przypadku przedłużenia czasu trwania zakazu, spowodowanego naruszeniem go przez sprawcę. Zabieg ten umożliwia ustęp 2 § 382g EO: „Bei einstweiligen Verfügungen nach Abs. 1 Z 1 bis 6 ist keine Frist zur Einbringung der Klage (§ 391 Abs. 2) zu bestimmen, wenn die einstweilige Verfügung für längstens ein Jahr getroffen wird. Gleiches gilt für eine Verlängerung der einstweiligen Verfügung nach Zuwiderhandeln durch den Antragsgegner.”

⁵⁰ Zasadą jest bowiem, że jeżeli zakaz jest wydawany przed wszczęciem procesu, sąd wyznacza rozsądny termin do wniesienia powództwa. W przypadku bezskutecznego upływu tego terminu – tymczasowe zabezpieczenie upada – zob. E. Wach, dz. cyt., s. 36 i n.

⁵¹ Numer zasady: RS0121888 – zob. https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJR_20070131_OGH0002_0080OB00155_06M0000_003 [dostęp 31.01.2019].

⁵² Ch. Bertel, K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 117; K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 52 oraz E. Wach, dz. cyt., s. 5.

⁵³ Numer sprawy: 2Ob82/08k – zob. https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20080428_OGH0002_0020OB00082_08K0000_000 [dostęp 31.01.2019].

⁵⁴ Numer sprawy: 1Ob61/08i – zob. https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20080811_OGH0002_0010OB00061_08I0000_000 [dostęp 31.01.2019].

się uchylenia zakazu wydanego na podstawie § 382g EO wskazując nadto, że jego zachowanie⁵⁵ nie wypełniło znamion z § 107a StGB. Orzekający sąd uznał, że wniesiony środek odwoławczy choć jest w tym przypadku dopuszczalny, to jednak okazał się być nieuzasadniony, bowiem zasadniczą przesłanką orzeczenia zakazu (zakazów) z § 382g EO jest bezpośrednie zagrożenie prywatności ofiary, a nie kwestia zawinienia pozwanego, czy też wypełnienie przez niego ustawowych znamion przestępstwa uporczywego prześladowania. Sąd stwierdził także, iż prawo cywilne może zaingerować nawet w tych przypadkach, w których „próg” § 107a StGB nie został jeszcze przekroczony⁵⁶.

Korzystanie w pierwszej kolejności z instrumentów prawa cywilnego przez ofiary *stalkingu* w Austrii, potwierdzają pośrednio inne, stosunkowo jednak liczne orzeczenia OGH. Tendencję taką uwierzytelnia chociażby przywołany wcześniej wyrok z 28 kwietnia 2008 r., w którym pozwany mężczyzna o imieniu Edmund, prześladował była partnerkę – Margarethe – w ten sposób, że używał w stosunku do niej sformułowań powszechnie uznanych za obraźliwe, wielokrotnie obserwował ją w czasie, kiedy ta przechodziła obok jego domu. Sytuacja była patowa, ponieważ pozostający w konflikcie partnerzy zamieszkiwali na tej samej ulicy. Austriacki Sąd Najwyższy utrzymał wówczas w mocy orzeczoną przez sąd pierwszej instancji tymczasowy zakaz jakiegokolwiek kontaktowania się i śledzenia powódki oraz jej syna. OGH odwołał się do orzeczenia wydanego w sprawie Manfreda i Kristen, pogłębiając jednocześnie poprzednio nakreśloną argumentację, wskazując tym razem, iż rzeczywistą intencją ustawodawcy było właśnie to, by ofiara nie musiała czekać na faktyczne ataki *stalkera* tylko – uprzedzając niejako możliwość ich wystąpienia – mogła żądać określonego tymczasowego zakazu o charakterze zabezpieczającym, co w pełni koresponduje z prewencyjnym charakterem tego środka. Wskazano także, iż w celu zapobieżenia omijania przez sprawcę nałożonego zakazu, należy go tak sformułować, aby objął on wszelkie sposoby kontaktowania się z ofiarą, ponieważ tego typu ciągłe nękanie zwykle stanowić będzie dla pokrzywdzonego istotne, psychiczne obciążenie.

Czasami zdarza się jednak, że OGH idzie dalej w przydawaniu ochrony, której źródłem są normy prawa cywilnego. W judykacie z 27 stycznia 2010 r.⁵⁷

⁵⁵ W odtworzonym stanie faktycznym *stalker* o imieniu Christof był osobą zupełnie obcą dla pokrzywdzonej. Ofiara (kobieta o imieniu Sabina) i sprawca mieszkali na tej samej ulicy. *Stalker* urosił sobie, że jest partnerem ofiary i nie dopuszczał do siebie informacji, że jest inaczej. Implikowało to: naruszenia nietykalności cielesnej ofiary, nękanie jej za pomocą licznych połączeń telefonicznych, lawinowe wysyłanie SMS-ów, grożenie śmiercią ofierze w miejscach publicznych (basen, sklep spożywczy) w przypadku odmowy nawiązania bliższych relacji.

⁵⁶ „Ein zivilrechtlich relevanter Eingriff ist auch in jenen Fällen möglich, in denen die Schwelle des § 107a StGB noch nicht überschritten ist.”

⁵⁷ Numer sprawy: 7Ob248/09k – zob. <https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?ResultFunctionToken=eedf3cc2-8ba2-42e8-b51e-dff66d7509b8&Abfrage=Gesamtabfrage&>

stwierdzono, że ochrona prywatności może zostać naruszona nawet wtedy, gdy nie doszło do wypełnienia znamion z § 107a StGB, co nie wyklucza oczywiście zaistnienia i takich sytuacji, które pozostaną w sprzeczności zarówno z regulacjami prawa karnego, jak i cywilnego. Sąd Najwyższy dostrzegł z jednej strony, że ustawodawca nie zdefiniował nigdzie pojęcia prywatności (*Privatsphäre*), z drugiej zaś podjął próbę samodzielnego dookreślenia tego terminu uznając, że obejmuje on: sferę intymności, specyficzne interesy danej jednostki, zamiłowania, nawyki, a także tzw. sferę tajemnicy (*sogenannten Geheimsphäre*), w skład której wchodzi informacje udostępnione dla organicznego kręgu osób i nieprzeznaczone dla szerszego kręgu odbiorców. W razie niejasności OGH nakazuje interpretować pojęcie *Privatsphäre* tak, jak czyni się to na gruncie § 16⁵⁸ oraz § 1328a⁵⁹ austriackiego kodeksu cywilnego. Można mieć wątpliwości, czy tak pojmowana prywatność jest w pełni koherentna z kształtem indywidualnego przedmiotu ochrony z § 107a StGB⁶⁰.

Próbując udzielić odpowiedzi na pytanie postawione w tytule niniejszego opracowania, wyeksponować należy kilka ważkich okoliczności. *Prima facie* decyzja o kryminalizacji zjawiska *stalkingu* mogła zostać uznana za trafną, ponieważ jej podstawa zakotwiczona była w wynikach badań kryminologicznych oraz

SearchInAsylGH=&SearchInAvn=&SearchInAvsv=&SearchInBegut=&SearchInBgblAlt=&SearchInBgblAuth=&SearchInBgblPdf=&SearchInBks=&SearchInBundesnormen=&SearchInDok=&SearchInDsk=&SearchInErlaessee=&SearchInGbk=&SearchInGemeinderecht=&SearchInJustiz=&SearchInBvwg=&SearchInLvwg=&SearchInLgbl=&SearchInLgblNO=&SearchInLgblAuth=&SearchInLandesnormen=&SearchInNormenliste=&SearchInPruefGewO=&SearchInPvak=&SearchInRegV=&SearchInSpg=&SearchInUbas=&SearchInUmse=&SearchInUvs=&SearchInVerg=&SearchInVfgh=&SearchInVwgh=&ImRisSeitVonDatum=&ImRisSeitBisDatum=&ImRisSeit=Undefined&ResultPageSize=100&Suchworte=7Ob248%2f09k&Dokumentnummer=JJT_20100127_OGH0002_0070OB00248_09K0000_000 [dostęp 31.01.2019].

⁵⁸ „Jeder Mensch hat angeborne, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten. Slavery oder Leibeigenschaft, und die Ausübung einer darauf sich beziehenden Macht, wird in diesen Ländern nicht gestattet.” Odpowiednikiem tego przepisu jest art. 23 polskiego kodeksu cywilnego.

⁵⁹ „(1) Wer rechtswidrig und schuldhaft in die Privatsphäre eines Menschen eingreift oder Umstände aus der Privatsphäre eines Menschen offenbart oder verwertet, hat ihm den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Bei erheblichen Verletzungen der Privatsphäre, etwa wenn Umstände daraus in einer Weise verwertet werden, die geeignet ist, den Menschen in der Öffentlichkeit bloßzustellen, umfasst der Ersatzanspruch auch eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung. (2) Abs. 1 ist nicht anzuwenden, sofern eine Verletzung der Privatsphäre nach besonderen Bestimmungen zu beurteilen ist. Die Verantwortung für Verletzungen der Privatsphäre durch Medien richtet sich allein nach den Bestimmungen des Mediengesetzes, BGBl. Nr 314/1981, in der jeweils geltenden Fassung.”

⁶⁰ Jako cel ochronny tej normy podaje się najczęściej wolność od strachu, a dopiero w dalszej kolejności – prywatność i swobodę jednostki co do decydowania, z kim chce utrzymywać prywatne kontakty – zob. E. Wach, dz. cyt., s. 5.

oczekiwaniach społecznych⁶¹. Trudno także pominąć statystyki, które częściowo potwierdziły skalę rzeczoności zjawiska⁶².

Ustawodawca austriacki, kształtując ustawowe znamiona przestępstwa uporczywego prześladowania, bez wątpienia chciał uwzględnić możliwie wszystkie przejawy kreatywności sprawcy, które wyczerpywałyby fenomenologiczny obraz *stalkingu*. Nie skorzystał jednak z narzędzia, jakim jest klauzula generalna (*Generalklausel*), ponieważ taka technika legislacyjna nie spełniłaby wymogu dostatecznej określoności zakazu⁶³. Niestety obrona przez niego metoda również nie urzeczywistniła postulatów, wynikających z zasady *nullum crimen sine lege certa*, przede wszystkim z powodu posłużenia się wysoce ocennymi znamionami⁶⁴. Niewiele zmieniliby użycie w opisie czynu określenia „w szczególności” (*insbesondere*), bowiem otworzyłoby to katalog zachowań niepożądanych, jednocześnie upodabniając typizację do wspomnianej uprzednio klauzuli generalnej. I choć w doktrynie prawa karnego sygnalizuje się, że nieprawidłowa subsumpcja zachowania sprawcy pod konkretny, ustawowo opisany przejaw *stalkingu*, nie jest niczym niewłaściwym, ponieważ dokładne ich rozgraniczenie nie jest ani możliwe, ani konieczne, z uwagi na ich normatywną równoważność⁶⁵, to jednak perspektywa nieobjęcia jakiegoś symptomu aktywności *stalkera* normą z § 107a StGB lub inną, może okazać się wysoce prawdopodobna.

Powyższe spostrzeżenia usposabiają do konstatacji, iż skonstruowanie kompletnego typu czynu zabronionego, odpowiadającego bogatemu obrazowi fenomenologicznemu *stalkingu*, zdiagnozowanemu przez kryminologię, wydaje

⁶¹ Zob. Uzasadnienie rządowego projektu nowelizującego austriacki kodeks karny – *Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage*, https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I_01316/fname_057436.pdf [dostęp 31.01.2019]. Zob. także J. Kulesza, *Zarys teorii kryminalizacji*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 11–12, s. 92 i n.

⁶² Przed wejściem w życie § 107a StGB szacowano, że liczba zachowań będących *stalkingiem* wynosi około 6000 przypadków rocznie, zaś liczba wyroków skazujących będzie się wahać od 70 do 80. Zob. E. Wach, *Salzburger...*, s. 7. Policyjna statystyka kryminalna (*Polizeiliche Kriminalstatistik*) za lata 2007 i 2008 odnotowała około 2600 przypadków *stalkingu*, zaś sądowa statystyka spraw karnych (*Gerichtliche Kriminalstatistik*) odpowiednio 156 i 160 wyroków skazujących – zob. K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 53. Zestawienie sądowej statystyki z ostatnich trzech lat wskazuje, że liczba wyroków skazujących jest zbliżona – odpowiednio w 2017 r. – 182, w 2016 r. – 134, w 2015 r. – 172 – zob. Raport Bezpieczeństwa – sprawozdanie z prac wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych za 2017 r. (*Sicherheitsbericht 2017. Bericht über die Tätigkeit der Strafrechtspflege*), opracowane przez Federalne Ministerstwo ds. konstytucji, reform, deregulacji i sprawiedliwości (*Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz*) – https://www.bmi.gv.at/508/files/SIB_2017/04_SIB_2017-Justizteil_web.pdf [dostęp 31.01.2019].

⁶³ Zob. K. Schwaighofer, dz. cyt., s. 53.

⁶⁴ O tym, czy sprawca wypełnił, czy też nie wypełnił ustawowych znamion przestępstwa *stalkingu*, decyduje *de facto* orzekający sąd, co z perspektywy zasady demokratycznego państwa prawa, jest trudne do zaakceptowania.

⁶⁵ Zob. E. Wach, dz. cyt., s. 20.

się przedsięwzięciem niełatwym (o ile w ogóle możliwym) do zrealizowania. Zasadnicza trudność tkwi z jednej strony w umiejętności przełożenia „wyników badań empirycznych na język teoretycznych ujęć normatywnych i praktycznych rozwiązań legislacyjnych”⁶⁶, z drugiej zaś w konieczności zachowania w polu widzenia tego, że norma prawna istnieje w społeczeństwie przez to, że wyznacza wzory powinnego zachowania, wskazując jej adresatom, jak mają postępować w określonych sytuacjach, co implikuje konieczność zrozumienia jej treści, w celu uwzględnienia jej kształtu w procesach psychicznych, poznawczych i motywacyjnych⁶⁷.

Ustawodawca austriacki chciał zaoferować pokrzywdzonemu kompleksowe instrumentarium, przy pomocy którego skutecznie zwalczy on zachowania *stalkera*. Wydaje się jednak, że należało poprzestać w pierwszej kolejności na narzędziach cywilnoprawnych, a dopiero w dalszej – poddać ewentualnej kryminalizacji niedostosowanie się do orzeczonych zakazów⁶⁸. Trudno nie oprzeć się wrażeniu, że podniesienie *stalkingu* do rangi odrębnego typu czynu zabronionego jest po prostu kryminalizacją symboliczną⁶⁹, mającą potwierdzić jedynie wysoką rangę prawa do prywatności, zaś zasada *ultima ratio* prawa karnego⁷⁰, została w ogromnym stopniu zlekceważona.

⁶⁶ Cyt. K. Krajewski, Czy prawo karne potrzebuje kryminologii, a kryminologia prawa karnego? [w:] W. Zalewski (red.), *Prawo karne jutra – między pragmatyzmem a dogmatyzmem*, Warszawa 2018, s. 9.

⁶⁷ T. Kaczmarek, *O reorientacji badawczej i metodologii współczesnej nauki prawa karnego i kryminologii oraz jej wpływ na procesy prawotwórcze (w okresie zmian ustrojowych w Polsce po 2015 r.)* [w:] dz. cyt., s. 30.

⁶⁸ W tym duchu H. Landau, *Die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Strafrecht und Strafverfahrensrecht*, „Neue Zeitschrift für Strafrecht” 2015, nr 12, s. 668. Analogiczny postulat w odniesieniu do regulacji polskich zgłaszała O. Sitarz. Zob. D. Woźniakowska-Fajst, dz. cyt., s. 206. Zob. także J. Kulesza, dz. cyt., s. 97 i n.

⁶⁹ Zob. L. Gardocki, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990, s. 62 i n. oraz J. Utrat-Milecki, *Penologia a zagadnienia kryminalizacji* [w:] W. Zalewski (red.), *Prawo karne jutra – między pragmatyzmem a dogmatyzmem*, s. 77.

⁷⁰ Która powinna być pierwszym przykazaniem politycznej roztropności – „Unbezweifelbar ist dieses Prinzip zunächst ein Gebot politischer Klugheit”. Cyt. H. Landau, dz. cyt., s. 668.

Bibliografia

- Bachner-Foregger H., *Strafgesetzbuch*, Wiedeń 2010.
- Banasik K., *Stalking w austriackim prawie karnym*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2012, nr 1.
- Beclin K., § 107a StGB – *Bekämpfung von «Stalking» auf Kosten der Rechtssicherheit?* [w:] 34. Ottensteiner Fortbildungsseminar aus Strafrecht und Kriminologie. Schriftenreihe des Bundesministeriums für Justiz. Band 127, Wiedeń-Graz 2006.
- Bertel Ch., Schwaighofer K., *Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I. §§ 75 bis 168e StGB*, Wiedeń-Nowy Jork 2010.
- Dreßing H., Gass P., *Stalking! Verfolgung, Bedrohung, Belästigung*, Bern 2005.
- Dreßing H., Gallas Ch., Klein U., *Beratung und Therapie von Stalking-Opfern. Ein Leitfaden für die Praxis*, Bern 2010.
- Fuchs H., Reindl-Krauskopf S., *Strafrecht. Besonderer Teil I*, Wiedeń-Nowy Jork 2009.
- Gardocki L., *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990.
- Gruszczyńska B., Marczewski M., Ostaszewski P., Siemaszko A., Woźniakowska-Fajst D., *Stalking w Polsce. Rozmiary-formy-skutki* [w:] A. Siemaszko (red.), *Stosowanie prawa. Księga jubileuszowa z okazji XX-lecia Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości*, Warszawa 2011.
- Kaczmarek T., *O reorientacji badawczej i metodologii współczesnej nauki prawa karnego i kryminologii oraz jej wpływ na procesy prawotwórcze (w okresie zmian ustrojowych w Polsce po 2015 r.)* [w:] W. Zalewski (red.), *Prawo karne jutra – między pragmatyzmem a dogmatyzmem*, Warszawa 2018.
- Krajewski K., *Czy prawo karne potrzebuje kryminologii a kryminologia prawa karnego?* [w:] W. Zalewski (red.), *Prawo karne jutra – między pragmatyzmem a dogmatyzmem*, Warszawa 2018.
- Kulesza J., *Zarys teorii kryminalizacji*, „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 11–12.
- Kury H., Obergfell-Fuchs J., *Sexualkriminalität* [w:] H.J. Schneider (red.), *Internationales Handbuch der Kriminologie. Band 1. Grundlagen der Kriminologie*, Berlin 2007.
- Landau H., *Die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Strafrecht und Strafverfahrensrecht*, „Neue Zeitschrift für Strafrecht” 2015, nr 12.
- Pelikan Ch., *Psychoterror. Ein internationales Phänomen und seine gesetzliche Regelung* [w:] *Du entkommst mir nicht... Psychoterror – Formen, Auswirkungen und gesetzliche Möglichkeiten*, Wiedeń 2004.
- Petherick W., *Serial stalking. Looking for Love in All the Wrong Places?* [w:] W. Petherick (red.), *Serial Crime. Theoretical and Practical Issues in Behavioral Profiling*, Burlington 2009.

- Schwaighofer K. [w:] F. Höpfel, E. Ratz (red.), *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch. §§ 105–107b. Band 3*, Wiedeń 2010.
- Utrat-Milecki J., *Penologia a zagadnienia kryminalizacji* [w:] W. Zalewski (red.), *Prawo karne jutra – między pragmatyzmem a dogmatyzmem*, Warszawa 2018.
- Wach E. [w:] O. Triffterer, Ch. Rosbaud, H. Hinterhofer (red.), *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch. § 107a. Band 3*, Wiedeń 2015.
- Wolbert Burgess A., Regehr Ch., Roberts A.R., *Victimology Theories and Application*, Burlington 2013.
- Woźniakowska-Fajst D., *Prawne możliwości walki ze zjawiskiem stalkingu – czy w prawie polskim potrzebna jest penalizacja prześladowania?*, „Archiwum Kryminologii” 2009, T. XXXI.

Orzeczenia

- Wyrok OGH z 31 stycznia 2007 r., numer sprawy: 8Ob155/06m, https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20070131_OGH0002_0080OB00155_06M0000_000.
- Wyrok OGH z 28 kwietnia 2008 r., numer sprawy: 2Ob82/08k, https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20080428_OGH0002_0020OB00082_08K0000_000.
- Wyrok OGH z 11 sierpnia 2008 r., numer sprawy: 1Ob61/08i, https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20080811_OGH0002_0010OB00061_08I0000_000.
- Wyrok OGH z 27 stycznia 2010 r., numer sprawy: 7Ob248/09k, https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?ResultFunctionToken=eedf3cc2-8ba2-42e8-b51e-dff66d7509b8&Abfrage=Gesamtabfrage&SearchInAsylGH=&SearchInAvn=&SearchInAvsv=&SearchInBegut=&SearchInBgblAlt=&SearchInBgblAuth=&SearchInBgblPdf=&SearchInBks=&SearchInBundesnormen=&SearchInDok=&SearchInDsk=&SearchInErlaesse=&SearchInGbkl=&SearchInGemeinderecht=&SearchInJustiz=&SearchInBvwg=&SearchInLvvg=&SearchInLgbl=&SearchInLgblNO=&SearchInLgblAuth=&SearchInLandesnormen=&SearchInNormenliste=&SearchInPruefGewO=&SearchInPvak=&SearchInRegV=&SearchInSpg=&SearchInUbas=&SearchInUmse=&SearchInUvs=&SearchInVerg=&SearchInVfgh=&SearchInVwgh=&ImRisSeitVonDatum=&ImRisSeitBisDatum=&ImRisSeit=Undefined&ResultPageSize=100&Suchworte=7Ob248%2f09k&Dokumentnummer=JJT_20100127_OGH0002_0070OB00248_09K0000_000.
- Zasada prawna OGH z 31 stycznia 2007 r., numer zasady: RS0121888, https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJR_20070131_OGH0002_0080OB00155_06M0000_003.

Inne

Austriacki kodeks karny – *Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen*, *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* 1974, nr 60.

Nowela do austriackiego kodeksu karnego z 8 maja 2006 r., *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich* 2006, nr 56.

Raport Bezpieczeństwa – sprawozdanie z prac wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych za 2017 r. (*Sicherheitsbericht 2017. Bericht über die Tätigkeit der Strafrechtsjustiz*), opracowane przez Federalne Ministerstwo ds. konstytucji, reform, deregulacji i sprawiedliwości (*Bundesministeriums für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz*), https://www.bmi.gv.at/508/files/SIB_2017/04_SIB_2017-Justizteil_web.pdf.

Ustawa z 27 maja 1896 r. o procedurze egzekucyjnej i zabezpieczającej w postępowaniu cywilnym – *Gesetz vom 27. Mai 1896, über das Exekutions- und Sicherungsverfahren*, <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001700>.

Uzasadnienie rządowego projektu nowelizującego austriacki kodeks karny – *Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage*, https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I_01316/fname_057436.pdf.

STRESZCZENIE

Punktem wyjścia skonstruowanego wywodu jest treść wyroku austriackiego Sądu Najwyższego z 31 stycznia 2007 r., w którym drobiazgowo zreferowano stan faktyczny, opisujący relacje zachodzące pomiędzy partnerami: Manfredem i Kristen, które zaklasyfikowane zostały jako *stalking*. Na kanwie przywołanego orzeczenia, analizie poddany zostaje kryminologiczny obraz wzmiankowanego zjawiska, jego przejawy oraz próba systematyzacji poszczególnych zachowań sprawców.

W dalszej kolejności zaprezentowane zostają przewidziane prawem mechanizmy reagowania na *stalking*, do których zalicza się: przestępstwo uporczywego prześladowania z § 107a austriackiego kodeksu karnego oraz § 382g ustawy o procedurze egzekucyjnej i zabezpieczającej w austriackim postępowaniu cywilnym.

Następnie dokonana zostaje ocena zasygnalizowanych instrumentów z perspektywy: kryminalno-politycznej potrzeby ukarania sprawcy, użyteczności dla osoby pokrzywdzonej – poszukującej ochrony swoich dóbr osobistych oraz celów, jakie wynikają z przynależności wskazanych narzędzi normatywnych, do różnych gałęzi prawa.

Artykuł zamyka konkluzja, iż adekwatnym sposobem reakcji na *stalking*, są dostępne w Austrii rozwiązania cywilnoprawne, z których pokrzywdzeni korzystają najchętniej i w pierwszej kolejności. Natomiast sposób skryminalizowania fenomenu uporczywego prześladowania uznany zostaje za niezadowalający. Wypracowane wnioski, choć bezpośrednio nie odwołują się do regulacji polskich, stanowią jednak dla nich wartościowy punkt refleksji nad obowiązującym stanem normatywnym.

Słowa kluczowe: stalking, kryminalizacja, prawo karne, prawo cywilne, Austria

SUMMARY

The starting point of the constructed disquisition is the content of the judgement of the Austrian Supreme Court of Justice of 31 January 2007. This judgement describes the details of relationships between the partners named Manfred and Kristen. The Court classified the behavior of man in relation to women – as *stalking*. On the basis of the aforementioned ruling, the analysis was subjected to: a criminological image of the phenomenon mentioned, its manifestations and an attempt to systematise particular behaviors of the perpetrators.

Subsequently, the author presents the mechanisms foreseen in the law for reacting to *stalking*, which are included: the crime of persistent persecution under § 107a of the Criminal Code of Austria and § 382g of the Austrian Federal Act on Execution and Safeguarding Proceedings.

The instruments which have been notified, have been assessed from the perspective of: the criminal-political need to punish the perpetrator, usefulness for the victim – seeking protection of her/his personal rights and objectives that result from the affiliation of the indicated normative tools to various branches of law.

The article closes the conclusion, that an adequate way to react to *stalking* are civil law solutions, available in Austria. Victims use them most willingly and in the first place. However, the method of criminalizing the phenomenon of persistent persecution is unsatisfactory. The proposed proposals do not refer directly to Polish regulations. However, they are a valuable point of reflection for them, over the current normative state.

Key words: stalking, criminalization, criminal law, civil law, Austria

Cena 42,00 zł (VAT 5%)