

Sekcja Prawa Międzynarodowego Publicznego i Praw Człowieka
Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa
Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie

WYBRANE PROBLEMY
WSPÓŁCZESNEGO PRAWA
MIĘDZYNARODOWEGO
(PUBLIKACJA POKONFERENCYJNA)

POD REDAKCJĄ
KAZIMIERZA ŁANKOSZA I GRZEGORZA SOBOŁA

KRAKÓW 2013

Niniejsza publikacja ukazała się drukiem i w formie elektronicznej dzięki współpracy Zakładu Prawa Międzynarodowego Publicznego i Sekcji Prawa Międzynarodowego Publicznego i Praw Człowieka TBSP UJ. Szczególne podziękowania należą się **Kancelarii Kubas Kos Gaertner (KKG)** i **Okręgowej Radzie Adwokackiej w Krakowie**, za przekazane środki na rzecz zorganizowanej w dniach 7–8 marca 2013 r. konferencji międzynarodowej pt. Problemy współczesnego prawa międzynarodowego publicznego.

W konferencji wzięli udział studenci i doktoranci z Uniwersytetu Pablo de Olavide w Sewilli, University of Nottingham, Uniwersytetu Jagiellońskiego, Uniwersytetu Warszawskiego, Uniwersytetu Wrocławskiego, Uniwersytetu Adama Mickiewicza w Poznaniu, Uniwersytetu Łódzkiego i Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie.

W konferencji wzięli też udział specjaliści w zakresie prawa międzynarodowego w tym Prof. Nobuo Hayashi – pracownik naukowy w Międzynarodowym Instytucie Badań nad Pokojem w Oslo, dr Marcin Marcinko – adiunkt w Zakładzie Prawa Międzynarodowego Publicznego WPiA UJ, członek Ogólnopolskiej Komisji Międzynarodowego Prawa Humanitarnego a także Agnieszka Kamińska – Konsul Honorowy Republiki Malty, radca prawny.

Kazimierz Lankosz, Grzegorz Sobol, Kraków 2013

Redakcja merytoryczna:

prof. UJ, dr hab. Kazimierz Lankosz

Redakcja formalna:

Grzegorz Sobol

Recenzenci:

prof. dr hab. Maria Magdalena Kenig-Witkowska – WPiA UW

dr hab. Karol Karski – WPiA UW

dr hab. Paweł Podrecki – WPiA UJ

dr Agnieszka Barczak-Oplustil – WPiA UJ

dr Krzysztof Kozłowski – WPiA UJ

dr Marcin Marcinko – WPiA UJ

dr Ryszard Strzelczyk – WPiA U. Łazarskiego

dr Marek Wasiński – WPiA UŁ

Korekta, redakcja, skład, oprawa graficzna:

Wydawnictwo Kasper

www.wydawnictwokasper.pl

Majątkowe prawa autorskie przysługują autorom artykułów.

ISBN: 978-83-63896-11-9

SPIS TREŚCI

Oktawian Kuc, <i>Regulating Uncertainty. Current and Proposed Legal Framework for a Privatized War</i>	6
Konrad Oleszczuk, <i>Odpowiedzialność korporacji transnarodowych za naruszenia praw człowieka w świetle prawa międzynarodowego</i>	22
Paulina Pajkiert, <i>Prawa człowieka w kontekście klęsk żywiołowych</i>	38
Mateusz Piątkowski, <i>Zasada zero „casualty warfare” oraz „standard 200 metrów” stworzony przez Międzynarodowy Trybunał Karny ds. b. Jugostawii w sprawie Gotovina w świetle dawnych i współczesnych zasad wojny powietrznej</i>	52
Paweł Dębowski, <i>Zagadnienie wojny asymetrycznej – środka załatwiania sporów na arenie międzynarodowej na tle norm prawa międzynarodowego publicznego</i>	65
Agnieszka Kamińska, <i>Określanie i realizacja celów polityki międzynarodowej w ramach stosunków dyplomatycznych – zarys problemu. Głos w dyskusji</i>	76
Magdalena Krawczyk, <i>Tajemnica dyplomatyczna – kilka uwag na temat nowej kategorii informacji prawnie chronionej</i>	84
Grzegorz Sobol, <i>Instytucja azylu w prawie międzynarodowym, ze szczególnym uwzględnieniem azylu dyplomatycznego i azylu morskogo</i>	96

Agnieszka Joanna Legutko, <i>Dyplomacja XXI wieku – początek końca, czy inny wymiar świętości?</i>	108
Aneta Makowiec, <i>Środek antyterrorystyczny przyjęty w ramach Unii Europejskiej – rozważania o temat europejskiego nakazu aresztowania</i>	123
Iwona Miedzińska, <i>Przystąpienie Unii Europejskiej do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności – aspekty prawne</i>	149
Marta Samborska, <i>Separatyzm ekonomiczny – ocena skali i rzeczywistych przyczyn zjawiska oraz remedium na nasilanie się finansowych antagonizmów</i>	163
Michał Pietruszka, <i>Naruszenia traktatowego międzynarodowego prawa humanitarnego we współczesnej fazie konfliktu kurdyjsko-tureckiego</i>	173
Rafał Guzik, <i>Kara śmierci na Białorusi – czy w Europie rzeczywiście nie ma powrotu dla tej instytucji?</i>	187
Agata Górka, <i>Kara śmierci na Bliskim Wschodzie</i>	198

Oktawian Kuc, LL.M. (Harv.)
International Law Institute
University of Warsaw

REGULATING UNCERTAINTY. CURRENT AND PROPOSED LEGAL FRAMEWORK FOR A PRIVATIZED WAR

I. Introduction

Private Military Companies (PMCs) are already a permanent element of the modern theatre of war. Analysts have calculated that the market of private security amounted to \$200 billion annually by 2010¹ and is still growing. According to official reports², more than \$1 billion was spent by the US government between 2001 and 2006 alone on services provided by only one such a company with quite an ambiguous reputation – Blackwater. PMCs are active on every continent, especially in destabilized or conflict-torn regions. On many occasions, their employees are therefore paralleled to “war dogs” or stigmatized as mercenaries, but the picture is not so unequivocal.

1 Kelly J., *Safety at a Price: Security is a booming, sophisticated, global business*, Post-Gazette, 13.02.2000, <http://old.post-gazette.com/headlines/20000213security1.asp> (13.06.2013).

2 *Memorandum. Additional Information about Blackwater USA*, 1 October 2007, Congress of the United States, House of Representatives, Committee on Oversight and Government Reform, Annex V.2, p. 146.

On one hand, it goes without questions that the staff of PMCs on many occasions is responsible for serious violations of International Humanitarian Law and basic human rights, particularly in relation to a civilian population. This is illustrated e.g. by the Nisur Square accident in 2007, when employees of Blackwater, while conveying US diplomats, opened fire in the crowded street in Baghdad without a reason, killing 17 civilians³. On the other hand, PMCs and civil contractors are quite an easy target during armed conflicts or riots and they cannot rely on the same support as members of armed forces. The 2004 Fallujah ambush is a good example thereof. During a routine convoy, four contractors from Blackwater were attacked, killed, dragged from their vehicles and through the city, later burned and hung down from the bridge over the Euphrates River⁴. The whole accident was reported live by news channels.

Those cases and facts highlight that the engagement of PMCs in the battlefield is first of all irreversible and secondly that the balance between the protection of civil contractors and their control needs to be found. The aim of this article is therefore to present the current status of PMCs – or rather their employees – under International Law and further to discuss the modest proposal in relation to PMCs' activities that is intended to cope with the issue holistically.

II. Private Military Companies and International Law

Due to the novelty of Private Military Companies in the realm of security, some commentators are of an opinion that international legal norms currently in force do not regulate their rights and obligations and therefore PMCs and their personnel fall into the legal vacuum

3 Londoño E., Mizher Q., *Iraq to Deny License To Blackwater Security Firm*, The Washington Post, 29.01.2009, www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/01/28/AR2009012803319.html (19.06. 2013).

4 Scahill J., *Blackwater. The Rise of the World's Most Powerful Mercenary Army*, Nation Books, New York 2008, chapter 7 and 8.

of International Law⁵. For others, the participation of private elements in the theatre of war is limited only to regulations concerning mercenarism. Those positions cannot stand in the light of the ICJ's *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons* advisory opinion, in which the universality and timelessness of the norms governing armed conflicts has been confirmed and reaffirmed⁶. Nevertheless, it goes without questions that the status of PMCs, or rather private contractors working with those firms, is difficult to determine and the legal framework is fragmentized and not coherent. Two main branches of International Law relevant to the case of PMCs are discussed below.

II.1. International Humanitarian Law

The International Humanitarian Law (IHL) is a comprehensive body of law that governs conduct of States during hostilities and defines rights and obligations of belligerents. Consequently, the position and status of PMCs and their personnel is predominantly regulated in the Geneva Conventions and their Protocols Additional. Nevertheless, this body of law has its own internal limitations that influence the determination of PMCs status in International Law. Firstly, IHL applies in its fullest only in strictly defined circumstances indicated in the Common Article 2, being cases of declared wars, international armed conflicts and occupation⁷, in case of non-international armed conflicts the regulations are rather fragmentary. Subsequently, the vast majority of PMCs activities performed only in the security field with no relation to armed conflicts as well as those performed only

5 Singer P., *War, Profits, and the Vacuum of Law: Privatized Military Firms and International Law*, 42 Columbia Journal of Transnational Law 2, Spring 2004, p. 525.

6 *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons (Advisory Opinion)*, 18 July 1996, 1996 ICJ Rep. 226, par. 85-86.

7 Art. 1.4 of I Protocol Additional adds the „colonial” dimension, but does not change the general rule.

during internal conflicts is excluded from the scope of IHL. Secondly, IHL does not explicitly defines or described rights and obligations of private entities, like PMCs. Therefore, law and customs of war may only by relevant in determining the status of individuals working for or contracted by PMCs.

The most fundamental rule of IHL is the basic principle of distinction that indisputably has gained the customary character⁸ and is codified in Art. 48 of the I Protocol Additional. IHL exclusively and holistically determined rights and obligations of individuals participating in armed conflicts and the above-stated principle introduces the dichotomous division between combatants and civilians. Thus, a person in the theatre of war can be categorized only as a combatant or as a civilian, there is no other possibility. Each status has ascribed certain duties and privileges or protections that other present in the theatre of war, particularly belligerents, have to conform with. Combatants are allowed to participate legally and directly in hostilities⁹, cannot be hold criminally responsible for their actions during hostilities, are obliged to follow IHL – especially not to target a civilian population during armed conflicts¹⁰. While *hors de combat*, combatants are protected – the wounded and sick have to be collected and cared for¹¹. What is the most important issue, while fallen in to the power of the enemy, combatants are granted the prisoners of war status connected with the special international protection envisaged in the III Geneva Convention. On the other hand, civilians may not take direct part in hostilities and are criminally responsible for doing so, are to be treated humanitarily and may not be assigned as a target of hostilities.

8 Henckaerts J.-M., Doswald-Beck L., *Customary International Humanitarian Law. Volume I: Rules*, International Committee of the Red Cross, Cambridge University Press, Cambridge 2005, Rule 1.

9 Art. 43.2 I Protocol Additional.

10 Art. 44.3 I Protocol Additional.

11 Art. 15 I Geneva Convention and Art. 18 II Geneva Convention.

According to the principle of distinction, contractors working for PMCs in international armed conflicts may either be classified as combatants or civilians. The former category comprises predominantly of members of armed forces and militia units forming parts of those forces¹². Furthermore, combatants are also “members of other militias and members of other volunteer corps [...] belonging to a Party to the conflict”¹³. The relation between such troops and a State therefore has to be only of a *de facto* character¹⁴ and, as explained in the *Tadic* judgment of the ICTY, a Party to an international armed conflict is required to exercise a control over the irregulars on the basis of “a relationship of dependence and allegiance”¹⁵. Although it seems that some contractors from PMCs may be able to satisfy those conditions, further four prongs of the definition included in Art. 4A point 2 of III Geneva Convention are difficult to meet. Particularly, PMCs’ personnel is very often impossible to be distinguished from other armed formation and from members of armed forces of States. Finally, the *ratio legis* of this provision may be derived from the historical interpretation. The main objective of including this regulation in the Geneva Conventions was to extend the protection of prisoner of war status to insurgence or resistance movements from the II World War fighting to free their territory from occupation. Providing the same protection to PMCs’ employees would stand the goal of this principle on its head. As we see, very small group of private contractors will be covered by the combatant status and the vast majority of them fall outside the scope of its application.

As contractors of PMCs are not combatants, they are therefore civilians, what is reinforced by the civilian status presumption under IHL¹⁶. As such, they are not allowed to participate in hostilities, but

12 Art. 4A point 1 III Geneva Convention.

13 Art. 4A point 2 III Geneva Convention.

14 *Commentary. III Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoner of War*, ed.: Pictet J. S., International Committee of the Red Cross, Geneva 1960, p. 57.

15 *Prosecutor v. Dusko Tadic*, ICTY, Appeals Chamber, 15 July 1999, IT-94-1, par. 94.

16 Art. 50.1 I Protocol Additional.

if they do, they lose the protection a civilian population is entitled to¹⁷. As IHL does not recognize the distinction between offensive and defensive actions¹⁸, many PMCs employees would become so called “unlawful/unprivileged combatants”¹⁹, even if engaging only in guarding convoys or bases in the conflict zone. Within the civilian status, two distinguishable categories may be further indicated: civilians accompanying armed forces and mercenaries.

Art. 4A point 4 of the III Geneva Convention informs that “persons who accompany the armed forces without actually being members thereof, such as civilian members of military aircraft crews, war correspondents, supply contractors, members of labour units or of services responsible for the welfare of the armed forces” are entitled to the prisoner of war status, when in the hands of an enemy. According to Art. 50.1 of the I Protocol Additional such accompanying persons are civilians and therefore cannot participate in hostilities. As PMCs activities focus mainly on support services, it is clear that most contractors may be classified in this group.

The legal definition of a mercenary – second subcategory of civilians - is provided in Art. 47.2 of the I Protocol Additional²⁰. It is highly criticized in the international community as in fact meaningless, irrelevant and leading to the arbitrary and baseless discrimination

17 Art. 51.3 I Protocol Additional.

18 Art. 49.1 I Protocol Additional.

19 Dörmann K., *The legal situation of “unlawful/unprivileged combatants”*, 85 International Review of the Red Cross 849, March 2003, p. 46.

20 A mercenary is any person who: (a) is specially recruited locally or abroad in order to fight in an armed conflict; (b) does, in fact, take a direct part in the hostilities; (c) is motivated to take part in the hostilities essentially by the desire for private gain and, in fact, is promised, by or on behalf of a Party to the conflict, material compensation substantially in excess of that promised or paid to combatants of similar ranks and functions in the armed forces of that Party; (d) is neither a national of a Party to the conflict nor a resident of territory controlled by a Party to the conflict; (e) is not a member of the armed forces of a Party to the conflict; and (f) has not been sent by a State which is not a Party to the conflict on official duty as a member of its armed forces.

on national grounds²¹. Moreover, as hardly anyone falls within its scope, the anecdotal saying that “any mercenary, who cannot exclude himself from this definition deserves to be shot – and his lawyer with him!”²² proves to be very close to the truth. The sole fact of being a mercenary does not constitute a breach of IHL, but deprives a mercenary of the prisoner of war status²³. This however does not have any legal relevance, as a mercenary is in fact a civilian under IHL and therefore is not entitled to the prisoner of war status in the first place²⁴.

II.2. International Criminal Law

The International Criminal Law only in a marginal way refers directly to PMCs or rather their employees and contractors, again only in the framework of mercenarism and only by two international instruments of highly limited scope of application, although applicable both to international and non-international armed conflicts. The *International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries*²⁵ - adopted under auspices of the United Nations - in general duplicates the definition of a mercenary from Art. 47.2 of the I Protocol Additional and differs from its prototype only by specifying an additional aim, for which an individual is recruited, being “overthrowing a government or otherwise undermining the constitutional order of

21 Gillard E.-Ch., *Business goes to war: private military/security companies and international humanitarian law*, 88 International Review of the Red Cross 863, September 2006, p. 532.

22 Best G., *Humanity in Warfare: The Modern History of the International Law of Armed Conflict*, Methuen & Co. Ltd, London 1983, p. 375, footnote 83.

23 Art. 47.1 I Protocol Additional.

24 Fallah K., *Corporate actors: the legal status of mercenaries in armed conflict*, 88 International Review of the Red Cross 863, September 2006, p. 600.

25 *International Convention against the Recruitment, Use, Financing and Training of Mercenaries*, 4 December 1989, New York, 2163 UNTS 75 [hereinafter *UN Convention*].

a State, or undermining the territorial integrity of a State”²⁶. The UN Convention criminalizes not the mere fact of being a mercenary, but only a direct participation by such in hostilities²⁷. This situation does not change anything, as civilians may generally be prosecuted by engaging in armed conflicts. Additionally, persons, who recruit, use, finance or train mercenaries commit an offence²⁸. This regulation may be applicable to officers and directors of PMCs. Nevertheless, only 32 States are parties to the UN Convention, what speaks for its “anti-customary” character, in Peter Singer’s words²⁹.

The second instrument – the *Convention of the OAU for Elimination of Mercenarism in Africa*³⁰ - is “the most aggressive international codification of the criminality of mercenarism”³¹ as it institutes the criminal responsibility for the mere fact of being a mercenary³², introduces a new crime of mercenarism and orders State parties to make this crime punishable by the severest penalties under its laws, including capital punishment³³. The OAU Convention may also be applicable to PMCs directors and officers, as the crime of mercenarism consists also of sheltering, organizing, financing, assisting, equipping, training, promoting, supporting, employing, enlisting, enrolling or trying to enrol bands of mercenaries. This instrument is however regional in character and limited only to 30 States of the African Union (formerly the Organization of African Unity).

26 Art. 1.2.(i) and (ii) UN Convention.

27 Art. 3 UN Convention.

28 Art. 2 UN Convention.

29 Singer P., *op. cit.*, p. 531.

30 *Convention of the OAU for Elimination of Mercenarism in Africa*, 3 July 1977, Libreville, OAU Doc CM/433/Rev.1.Anenes 1 [hereinafter *OAU Convention*].

31 Singer P., *op. cit.*, p. 528.

32 Art. 4 OAU Convention.

33 Art. 7 OAU Convention.

III. New Proposal

As it was indicated above, regulations on international level currently in force do not cover the whole spectrum of activities of PMCs. Frankly speaking, they almost do not deal with those commercial entities at all, but rather govern the status of PMCs' personnel on the case-by-case basis. Already existing international rules are rather fragmented, not universal and not all-embracing. This situation especially poses difficulties during conduct of hostilities and armed engagements, when certain decisions need to be made quickly and accurately and there is not time for academic-like disputes or factual determinations regarding the status under IHL of a certain individuals present in the theater of war.

To solve this problem and deal with the issue of PMCs in a practical manner, the UN Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of people to self-determination (hereafter "Working Group")³⁴ prepared the *Draft Convention on Private Military and Security Companies (PMSCs)*³⁵ (hereinafter *Draft Convention*) and presented it to the UN Human Rights Council for consideration in 2010. It is rather an extensive document consisting of 49 developed

34 The Working Group was established in 2005 by the Commission on Human Rights as a replacement for the Special Rapporteur position in this field of the Commission's interests: *Use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of people to self-determination*, Resolution 2005/2, Commission on Human Rights, E/CN.4/RES/2005/2, 7 April 2005, par. 11. In 2009, the mandate of the Working Group was specified to include consultations "on the content and scope of a possible draft convention on private companies offering military assistance, consultancy and other military security-related services on the international market, and an accompanying model law, and other legal instruments". See: *The use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of people to self-determination*, Resolution 10/11, Human Rights Council, A/HRC/RES/10/11, 26 March 2009, par. 13.

35 *Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of people to self-determination*, General Assembly, A/HRC/15/25, 5 July 2010, annex.

articles that attempt to regulate the activity of PMCs in complex and comprehensive manner.

This Draft Convention is an interesting and honest proposal to start with in order to bring some control and order in the realm and market of private security. Primarily, it provides for the first general definition of PMCs (called in the draft a “Private Military and/or Security Companies”) on the international level. Secondly, it takes pragmatic standpoint that banning private actors in today’s armed conflicts completely is unrealistic and will be objected by many States. Therefore, the Working Group in its draft opts for a universal control regime for private security and military services. Lastly, the draft suggests naming particular fields of activities, in which only States may be engaged. Private actors will be therefore excluded from participating in those areas. Those three elements of the Draft Convention will be now developed in detail.

III.1. Definition of Private Military and/or Security Company

Already in Art. 2(a) the Draft Convention provides for the definition of a Private Military and/or Security Company stipulating that it is “a corporate entity which provides on a compensatory basis military and/or security services by physical persons and/or legal entities”. Those types of services provided for by PMSCs are then:

Military services - specialized services related to military actions including strategic planning, intelligence, investigation, land, sea or air reconnaissance, flight operations of any type, manned or unmanned, satellite surveillance, any kind of knowledge transfer with military applications, material and technical support to armed forces and other related activities;

and

Security services - armed guarding or protection of buildings, installations, property and people, any kind of knowledge transfer with security and policing applications, development and

implementation of informational security measures and other related activities.

By formulating the definition in the above-indicated manner, the Working Group wanted to utilize functional factors, to look at PMCs from the angle of services they are providing, rather than set forth certain number of determinants that have to be fulfilled in order to categorize an entity as a PMC. It abandoned the model present in IHL and International Criminal Law, where a mercenary was defined through the checklist of different conditions and prerequisites.

Moreover, this functional definition – although it probably still needs some improvements – if adopted, would be a great help for any officer as well as a regular soldier in the battlefield. Any individual approached in an armed conflict that performs any of the activities indicated in the proposed definition and not a member of armed forces will be considered an employee of a PMC for the purposes of the Draft Convention.

Finally, the description of two types of services provided by PMCs is open-ended and based on the teleological interpretation. Consequently, the definition itself may be easily adopted to any changes in the realm of armed conflicts without a need of initiating a long-lasting and uncertain process of amending or supplementing treaty obligations.

III.2. Control regime of PMCs

The understanding of the Working Group from the beginning of its work on the Draft Convention was that “the general activities of these companies cannot be regulated only on the basis of the United Nations Convention³⁶ even after an exercise of modernization and amendment has taken place”³⁷. Therefore, the Working Group

³⁶ Of course, it refers to the UN Convention.

³⁷ *The use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of people to self-determination*, Note by the Secretary-General, Report of the Working Group on the use of mercenaries as a means of

abandoned the proposal of its institutional predecessor – Special Rapporteur – that called for equating PMCs and their staff with mercenaries and expanding the scope of application of the UN Convention on those entities and their personnel³⁸ and rather opted for a highly regulated market with strong national and international supervision.

The basis for the final solution presented in the Draft Convention has been the international system governing the export of weapons and military equipment with its control and licensing as well as the experience with the UN Register on Conventional Arms. The proposed PMCs' regime is based on two pillars: national legislative and administrative measures and international monitoring and oversight.

Each State would be required first of all to establish “a comprehensive domestic regime of regulation and oversight over the activities in its territory and their personnel”³⁹, which should include among others holding accountable those responsible for violating International Human Rights, International Criminal Law and International Humanitarian Law standards, as well as for carrying out inherently State functions, unlawfully using force and firearms and performing military or security services without required authorization⁴⁰. Additionally, the criminal liability would be extended to superiors of PMSC personnel, including government officials, whether military or civilian, as well directors or corporate managers of those entities⁴¹.

violating human rights and impeding the exercise of the right of people to self-determination, General Assembly, A/63/325, 25 August 2008, par. 84.

38 *The right of peoples to self-determination and its application to peoples under colonial or alien domination or foreign occupation. Use of mercenaries as a means of violating human rights and impeding the exercise of the right of people to self-determination*, Report of the Special Rapporteur: Enrigue Bernales Ballesteros, Economic and Social Council, E/CN.4/2004/15, 24 December 2003; Cameron L., *Private military companies: their status under international humanitarian law and its impact on their regulation*, 88 *International Review of the Red Cross* 863, September 2006, p. 575.

39 Art. 13.1.(a) Draft Convention.

40 Art. 19 Draft Convention.

41 Art. 7.3 Draft Convention.

This general system would be supplemented by administrative actions of State. Firstly, PMCs and their personnel would be allowed to carry out their activities “exclusively under the respective licenses and authorizations”⁴². This authorization would be a general State imprimatur that a specified private military/security company and its staff is allowed to provide services specified in the Draft Convention on the national market. Licensed entities and individuals would be registered in the register of each state. In addition to this general authorization regime, each instance of import and export of military and security services would be performed on the basis of an additional State approval.

On international level, the Draft Convention provides for the Committee on the Regulation, Oversight and Monitoring of PMSCs as an organ entitled to review the application of the Draft Convention. The main purpose of the Committee would be “maintaining of the International Register of PMSCs operating on the international market”⁴³ on the basis of data concerning imports and exports of military and security services provided by States. States’ reporting obligations would be however focusing on the legislative, judicial, administrative and other measures undertaken in order to fulfil obligations derived from the Draft Convention⁴⁴. Upon receiving a report, the Committee would be entitled to provide suggestions and general recommendations.

In addition to those general functions, the Committee would be equipped with three specific procedures: inquiry, complaint and petition procedure. The first of the mentioned would be initiated by the Committee *ex officio* after receiving “reliable information indicating grave and systematic violations” of the Draft Convention provisions⁴⁵. During the process of scrutinizing information and the situation, all proceedings would be kept confidential and the cooperation

42 Art. 14.1 Draft Convention.

43 Art. 30.1 Draft Convention.

44 Art. 31.1 Draft Convention.

45 Art. 33.1 Draft Convention.

of a State concerned sought. This procedure would be obligatory under the Draft Convention, unlike the second two. The complaint procedure would be relevant only to States recognizing the competence of the Committee in this regard. Under Art. 34.1 one State might claim that another State party is not fulfilling its treaty obligations, it might bring the case to the Committee that would initiate a series of informal meetings to resolve the issue, but no binding decision would be issued upon parties. Finally, under the petition procedure, individuals that would consider themselves victims of a State breach of the Draft Convention violation would be entitled to communicate the situation to the Committee. Again, this mechanism would only be triggered, if a State would consent to it in advance. After finalizing the procedure, the Committee would communicate its views to a State and an individual concerned.

III.3. Inherently State functions

One of the most important novelty presented in the Draft Convention is the notion that in some, strictly defined fields, States shall not be allowed to outsource their obligations under international and national laws and have to perform those obligations not by private entities but by its organs, representatives or officers. Although such an understanding is currently held by many scholars, particularly in the realm of armed conflicts, it has never been present in generally-binding treaty legal framework directly indicating, which activities shall not be delegated. Moreover, the introduction of the notion of inherently State functions serves also another purpose. It is a plain argument for the State monopoly on the legitimate use of force on the international level.

But the Draft Convention is not only transforming an academic concept into International Law, but also providing a mechanism for enforcing it in practice. Already described complaint

procedure allows States to bring before the Committee instances, when other States are violating this principle, as the obligation that “no State party can delegate or outsource inherently State functions to PMSCs”⁴⁶ is explicitly stated in the Draft Convention. Moreover, individuals providing services strictly reserved for States would be held criminally responsible, as States would be required to designate such actions as offences under their respective national laws⁴⁷.

The inherently State functions indicated in the Draft Convention include “direct participation in hostilities, waging war and/or combat operations, taking prisoners, law-making, espionage, intelligence, knowledge transfer with military, security and policing application, use of and other activities related to weapons of mass destruction, police powers, especially the power of arrest or detention including the interrogation of detainees, and other functions that a State party considers to be inherently State functions”⁴⁸. Although there is a common understanding as to the majority of State functions categorized as inherent, the proposed catalog in two instances might be seen as too restrictive. This applies to intelligence and knowledge transfer. Both those categories are very general in nature and banning their delegation altogether may be problematic and impractical. Many States together with international organizations – including the UN, are e.g. relying on satellite images provided by private entities⁴⁹, images that are not publically available and normally provided by intelligence agencies. Similarly, military trainings provided among allies, e.g. NATO members, might fall within the meaning of knowledge transfer.

46 Art. 4.3 Draft Convention.

47 Art. 19.1 Draft Convention.

48 Art. 9 Draft Convention.

49 Lynch C., *Private Firms Aid UN on Sanctions*, The Washington Post, 21 April 2001, www.highbeam.com/doc/1P2-440235.html (14.09.2010).

IV. Conclusion

The operation of PMCs in the theatre of war is not an easy and straightforward task from the international legal perspective for many actors – PMCs themselves, their employees and contractors, States, members of armed forces and other militia-like groups. The fragmented and not coherent regime on the international level definitely contributes to the uncertainty of an armed conflict. The proposal presented by the Working Group is however a decent introduction to a debate about regulating the private elements of modern war to establish clearer, comprehensive but also practical and just regime.

Konrad Oleszczuk
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Warszawski

ODPOWIEDZIALNOŚĆ KORPORACJI TRANSNARODOWYCH ZA NARUSZENIA PRAW CZŁOWIEKA W ŚWIETLE PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO

Wprowadzenie

Światowe media co jakiś czas alarmują o niewolniczej pracy dzieci w Azji Południowo-Wschodniej lub naruszaniu elementarnych praw pracowniczych przez światowe kampanie odzieżowe. Sporo też słyszymy o dewastacji środowiska naturalnego przez firmy wydobywające złoża naturalne. Organizacje broniące praw człowieka domagają się interwencji ze strony rządów poszczególnych państw. Te z kolei albo nie chcą, albo nie mogą podjąć stosownych działań. W zderzeniu z tak potężnymi instytucjami są często bezsilne. Dość powiedzieć, że Toyota generuje dochody zbliżone do dochodów liczącej blisko 30 mln mieszkańców Malezji.

Organizacje pozarządowe przygotowują różnego rodzaju akcje np. promujące ideę sprawiedliwego handlu, a nawet wzywają do bojkotu określonych towarów. Ma to wymusić na korporacjach zmianę postępowania. Opinia publiczna wyraża przekonanie, że to społeczność międzynarodowa powinna interweniować w sytuacjach naruszeń praw

człowieka przez korporacje transnarodowe. Prawo międzynarodowe publiczne obecnie nie daje instrumentów do skutecznego wpływania na działania takich instytucji. I ma na to wpływ wiele czynników, a przede wszystkim ten, że korporacje te nie są, co do zasady, podmiotami prawa międzynarodowego, a posiadają jedynie niektóre cechy takich podmiotów. Ponadto w znakomitej większości są organizacjami prywatnymi. W związku z czym powinny podlegać jurysdykcji krajowej. Tu mogą jednak rodzić się wątpliwości, którego państwa jurysdykcję należy brać pod uwagę. Normy prawa prywatnego międzynarodowego nie są w tym zakresie zgodne. Poza tym interwencja prawa międzynarodowego może być uznana za zbyt dużą ingerencję w sprawy wewnętrzne państw. Czy zatem rozwiązaniem może być odpowiedzialność państwa za szkody wyrządzone przez korporacje działające na jego terytorium?

Niniejsza praca będzie próbą odpowiedzi na pytanie, kto i w jakim zakresie ponosi odpowiedzialność za działania korporacji transnarodowych. Przedstawione zostaną także trudności prawne i faktyczne, jakie napotyka rozstrzygnięcie tego problemu w prawie międzynarodowym publicznym.

Definicja korporacji transnarodowych

Korporacje transnarodowe nie są jednoznacznie zdefiniowane. Co więcej, w literaturze spotykamy się z dość różnorodnym ich nazewnictwem. Równorzędnie obok siebie funkcjonują takie określenia jak korporacje międzynarodowe, ponadnarodowe, wielonarodowe i transnarodowe. Autor niniejszego opracowania zdecydował się na używanie przymiotnika transnarodowy (*transnational enterprises*), ten bowiem jest wykorzystywany przez ONZ¹. Chociaż

¹ Por. *UN Commission on Transnational Corporations or Norms on the Responsibility of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, the Information and Research Center on Transnational Corporations*.

trzeba zaznaczyć, iż Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD), a także Międzynarodowa Organizacja Pracy (ILO) posługują się terminem korporacji wielonarodowej (*multinational enterprises*)². Najrzadziej występującą formą jest korporacja międzynarodowa (*international enterprises*), ponieważ dość jednoznacznie sugeruje, że mamy do czynienia z podmiotem prawa międzynarodowego, co z kolei wywołuje pewne kontrowersje, o których w dalszej części pracy. Niemniej na potrzeby tej pracy wszystkie te terminy będą traktowane synonimicznie.

Nie ma też zgody co do samego znaczenia terminu „korporacja transnarodowa”. Po raz pierwszy „korporacje międzynarodowe” scharakteryzował w 1960 r. David E. Lilienthal jako „korporacje (...), które mają swój dom w jednym państwie, ale które działają i żyją na podstawie praw i zwyczajów innych państw”³. Ekonomiści natomiast definiują je jako „dowolne korporacje, które posiadają (w całości lub w części), kontrolują i zarządzają przychodem generowanym przez aktywa w więcej niż jednym państwie”⁴. Podobną definicję podaje encyklopedia *Britannica* dodając, iż korporacje te posiadając główną siedzibę w jednym kraju działają na terenie wielu państw⁵. W dokumentach różnych organizacji międzynarodowych możemy znaleźć bardziej szczegółowe wyjaśnienia tegoż terminu. I tak w wytycznych OECD dla Przedsiębiorstw Wielonarodowych zwraca się uwagę, że „Mogą one stanowić własność prywatną, państwową lub mieszaną”⁶. Natomiast w Trójstronnej Deklaracji Zasad Dotyczących Przedsiębiorstw Wielonarodowych i Polityki Społecznej Międzynarodowej

2 Por. *Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy (MNE Declaration) (ILO), Guidelines for multinational enterprises (OECD)*.

3 Cyt. za K. Karski, *Osoba prawna prawa wewnętrznego jako podmiot prawa międzynarodowego*, Warszawa 2009, s. 330.

4 Cyt. za P. Muchlinski, J. Dine, *Multinational enterprises and the law 2007–8*, s. 9.

5 *Encyclopedia Britannica*: www.britannica.com/ (dostęp 21.04.2013).

6 *Wytyczne OECD dla przedsiębiorstw wielonarodowych. Przegląd 2000 (org. The OECD guidelines for multinational enterprises)*, www.paiz.gov.pl/index/?id=ffd52f3c7e12435a724a8f3ofddadd9c (dostęp 21.04.2013).

Organizacji Pracy podkreśla się, iż korporacje transnarodowe „posiadają lub kontrolują produkcję, dystrybucję, usługi lub inne udogodnienia – poza krajem, który jest ich siedzibą”⁷. Charakter podsumowujący tych rozważań może mieć definicja zaproponowana przez Instytut Prawa Międzynarodowego, zgodnie z którą „przedsiębiorstwa, które składają się z centrum decyzyjnego ulokowanego w państwie i centrów operacyjnych wyposażonych lub nie w osobowość prawną w jednym lub więcej państw, powinny być w prawie uznawane za korporacje międzynarodowe”⁸.

Podmiotowość korporacji transnarodowych

Z tematyką odpowiedzialności korporacji transnarodowych za naruszenia prawa człowieka nierozdzielnie związana jest kwestia podmiotowości osób prawnych prawa wewnętrznego (a więc np. korporacji transnarodowych) w prawie międzynarodowym publicznym. Doktryna do tej pory nie wypracowała jednolitego stanowiska w tej sprawie⁹. Przykładowo, Wojciech Góralczyk i Stefan Sawicki podkreślają, że „W zasadzie osoby prawne (...) nie mają *locus standi* w prawie międzynarodowym i nie korzystają z praw i obowiązków płynących bezpośrednio z tego prawa”¹⁰. Jednocześnie jednak nie wykluczają możliwości, by osoby prawne taką podmiotowość posiadały. Potwierdzają to w dalszej części: „W ostatnich latach można jednak zauważyć tendencję do dopuszczania osób prawnych dziedzin współpracy międzynarodowej regulowanej bezpośrednio przez

7 Trójstronna Deklaracja Zasad Dotyczących Przedsiębiorstw Wielonarodowych i Polityki Społecznej, przyjęta podczas 204 sesji MOP (Genewa, listopad 1977 r.), poprawiona podczas 279. sesji MOP (Genewa, listopad 2000), www.mop.pl/html/miedzynarodowe_standardy/deklaracja_trojstronna.html (dostęp 21.04.2013).

8 „Annuaire de l’Institut de droit international” 1978, t. 57, cz. II, s. 341; cyt. za K. Karski, *Osoba prawna...*, s. 331.

9 Por. K. Karski, *Miejsce osób prawnych prawa wewnętrznego w teorii podmiotowości prawnomiędzynarodowej*, [w:] *Osoba prawna...*, s. 17–58.

10 W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, wyd. 13, Warszawa 2009, s. 148.

prawo międzynarodowe”¹¹ i podają przykład Porozumienia eksploatacyjnego dot. Międzynarodowej Organizacji Morskiej Łączności Satelitarnej¹², którego sygnatariuszami mogły być państwa i jednostki organizacyjne prawa publicznego lub prywatnego wyznaczone przez państwa¹³. Innym przykładem jest statut Międzynarodowego Stowarzyszenia Kongresów Kolejowych, którego stronami są państwa, zarządy kolei oraz organizacje kolejowe¹⁴. Podobne stanowisko prezentują Adam Łazowski i Anna Zawidzka-Łojek¹⁵. Janusz Symonides z kolei zwraca uwagę, iż sytuacja prawna osób prawnych „jest w dalszym ciągu regulowana przez prawo wewnętrzne”¹⁶, Jerzy Pieńkos podkreślał natomiast, że „W ostatnim czasie usiłuje się przypisywać podmiotowość międzynarodową niektórym międzynarodowym spółkom publicznym i korporacjom ponadnarodowym. Podejmowane są próby określenia zasad, jakie powinny cechować tego rodzaju podmioty występujące na arenie międzynarodowej”¹⁷. Dominuje zatem przekonanie, że osoby prawne typu korporacje transnarodowe nie mają podmiotowości w prawie międzynarodowym. Posiadają jednak prawa i obowiązki wynikające bezpośrednio z prawa międzynarodowego, co jest spełnieniem wielu definicji takiego podmiotu¹⁸. Jest to zatem pewna niekonsekwencja.

11 *Ibidem*, s. 149.

12 Dz.U.1980 nr 7, poz. 19 ze zm.

13 Więcej na temat charakteru prawnego porozumień eksploatacyjnych zob. K. Karski, *Kilka uwag o krajowych operatorach telekomunikacyjnych jako stronach umów międzynarodowych regulujących funkcjonowanie międzynarodowych organizacji łączności satelitarnych*, [w:] Z. Galicki, T. Kamiński, K. Myszone-Kostrzewa (red.), *Wykorzystanie przestrzeni kosmicznej. Świat-Europa-Polska*, Warszawa 2010, s. 85–95.

14 K. Karski, *Osoby prawne prawa wewnętrznego jako podmioty korzystające z ius contrahendi w sferze prawa międzynarodowego*, [w:] *Osoba prawna...*, s. 197.

15 A. Łazowski, A. Zawidzka-Łojek, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2011, s. 86.

16 J. Symonides, [w:] R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2004, s. 139.

17 J. Pieńkos, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Kraków 2004, s. 63.

18 W. Góralczyk, S. Sawicki, *op. cit.*, s. 118.

Mając powyższe na uwadze Karol Karski wykazuje, iż skoro wtórne podmioty prawa międzynarodowego tworzone są przez państwa i to one wyposażają te podmioty w zdolność traktatową, to brak jest podstaw by podważać międzynarodowy charakter umów zawieranych pomiędzy państwami a osobami prawnymi, o ile państwa w taki sposób kwalifikują te porozumienia¹⁹. Tym samym podmiot, z którym zawierana jest taka umowa (np. korporacja transnarodowa) w świetle tej umowy jest podmiotem prawa międzynarodowego. Postrzeganie osób prawnych prawa wewnętrznego mogłoby nieść ze sobą daleko idące skutki, przede wszystkim w wymiarze odpowiedzialności prawnej, a więc także odpowiedzialności za naruszenia praw człowieka. I między innymi dlatego korporacje transnarodowe w dalszym ciągu chcą być traktowane jako podmioty prawa krajowego, które jednak legitymują się pewnymi prawami i obowiązkami wynikającymi z prawa międzynarodowego. Należy jednak przy tym pamiętać, że uznanie przez doktrynę korporacji transnarodowych za podmiot prawa międzynarodowego nie daje im nowych praw. Z pewnością jednak takie traktowanie korporacji ułatwiłoby w przyszłości przyjmowanie w stosunku do nich rozwiązań tradycyjnie znajdujących zastosowanie w przypadku innych podmiotów prawa międzynarodowego publicznego.

Rola i znaczenie korporacji transnarodowych

W rozważaniach na temat odpowiedzialności korporacji transnarodowych nie można pominąć ich faktycznego znaczenia, które bezpośrednio implikuje na ich pozycję w relacjach międzynarodowych. W literaturze zwraca się uwagę, że „Globalizacja prowadzi

19 K. Karski, *Problem statusu korporacji ponadnarodowych w prawie międzynarodowym (Globalizacja a podmiotowość prawa międzynarodowego)*, [w:] E. Dynia (red.), *Nauka prawa międzynarodowego u progu XXI wieku. Materiały pokonferencyjne*, Rzeszów 2003, s. 122–123.

do wzrostu znaczenia korporacji wielonarodowych²⁰ i rzeczywiście wiele z korporacji posiada silniejszą pozycję gospodarczą niż niektóre państwa. I nie dotyczy to tylko małych i rozwijających się krajów, ale jak się zaznacza „Nawet największe państwa mają problemy z wpływaniem na działalność korporacji ponadnarodowych”²¹. Z czego to wynika? Przede wszystkim kraje mniej rozwinięte chcą pozyskać inwestorów „przymykają oko” na naruszenia praw człowieka. Często też same wykorzystują korporacje transnarodowe do popełniania takich naruszeń. Siła ekonomiczna korporacji sprawia natomiast, że są po prostu niezależne od państw inwestowania²². Poniżej porównano PKB wybranych państw świata z dochodami korporacji.

**Tabela nr 1. Dochód korporacji a Produkt Krajowy
Brutto: Wybrane korporacje i państwa**

Kraj (w nawiasie miejsce w rankingu państw według PKB)	PKB w mln dol. (2011 r.)	Korporacja (w nawiasie miejsce w rankingu korporacji wg dochodu)	Dochód w mln dol. (2011 r.)
Austria (26)	417 656	Wal-Mart Stores (1)	421 849
RPA (27)	408 237	Royal Dutch Shell (2)	378 152
Tajlandia (29)	345 672	Exxon Mobil (3)	354 674
Filipiny (44)	224 754	Toyota Motor (8)	221 760
Ukraina (54)	165 245	Volkswagen (13)	168 041
Węgry (56)	140 029	General Motors (20)	135 592
Wietnam (57)	123 600	Carrefour (32)	120 297
Ekwador (65)	65 945	Apple (111)	65 225

Źródło: oprac. wł. na podst. World Bank i CNNMoney.

20 J. Symonides, *Odpowiedzialność korporacji wielonarodowych za przestrzeganie i promocję praw człowieka*, [w:] E. Haliżak, R. Kuźniar, J. Symonides (red.), *Globalizacja a stosunki międzynarodowe*, Bydgoszcz-Warszawa, 2004, s. 264.

21 K. Karski, *Problem statusu korporacji...*, s. 116.

22 M. Żenkiewicz, *Problem odpowiedzialności korporacji wielonarodowych w prawie międzynarodowym za naruszenia praw człowieka*, „Revista Crítica de Historia de las Relaciones Laborales y de la Política Social”, nr 1–2 (grudzień 2010 – styczeń 2011), s. 57–81, pkt. 3.

Jak widać największe korporacje dorównują potencjałem ekonomicznym nawet państwom rozwiniętym takim jak Austria, a amerykańska kompania Exxon Mobil osiąga większy dochód aniżeli zamieszkała przez 67 mln mieszkańców Tajlandia. Korporacje tego typu odgrywają zatem istotną rolę na płaszczyznach ekonomicznej, politycznej i społecznej. Rodzi to tym samym pytania o ich prawną odpowiedzialność w szczególności w obszarze praw człowieka.

Korporacje dążąc do maksymalizacji swoich zysków podejmują działania, które mogą wywoływać wątpliwości z punktu widzenia ochrony praw człowieka. Jakkolwiek znanych jest wiele rodzajów takich naruszeń, warto w tym miejscu powołać kilka najczęściej spotykanych. Przede wszystkim chodzi tu o często pojawiające się w mediach sprawy lokowania fabryk przedsiębiorstw zachodnich na terytorium państw o niższych standardach ochrony praw pracowniczych. Kompanie odzieżowe mające szwalnie w Azji Południowo-Wschodniej są oskarżane o to, że w imię poszukiwania taniej siły roboczej, wyzyskują swoich pracowników, zatrudniają dzieci, a praca tam ma charakter niewolniczy. Bezpośrednio wiąże się z tym kolejne zagadnienie, jakim jest ograniczanie prawa do zgromadzeń i zrzeszania się pracowników, którym odmawia się prawa do strajku. Pod naciskiem opinii publicznej, a zwłaszcza działań organizacji pozarządowych (np. *Fair Trade Foundation*²³) i akcji typu: *Clean Clothes Campaign*²⁴ korporacje czasami zmieniają swoją politykę²⁵.

Oddzielną kwestię stanowią natomiast szkody w środowisku naturalnym wyrządzone przez kompanie energetyczne i wydobywcze, które zagrażają ludom autochtonicznym. Najbardziej znanym tego

23 Więcej na temat organizacji zob. www.fairtrade.org.uk/ (dostęp 06.05.2013).

24 Więcej na temat akcji zob. www.cleanclothes.org/ (dostęp 06.05.2013).

25 Por. m.in.: *H&M chce poprawy warunków pracy w Bangladeszu*, „Gazeta Wyborcza”, http://wyborcza.biz/biznes/1,100896,11821857,H_M_chce_poprawy_warunkow_pracy_w_Bangladeszu.html (dostęp 06.05.2013); K. Bradsher, Ch. Duhigg, *Signs of Changes Taking Hold in Electronics Factories in China*, „The New York Times”, www.nytimes.com/2012/12/27/business/signs-of-changes-taking-hold-in-electronics-factories-in-china.html?pagewanted=all (dostęp 06.05.2013).

przykładem jest sprawa nigeryjskiego ludu Ogoni i przywódcy organizacji *Movement for the Survival of the Ogoni People*, Ken Saro-Wiwa²⁶. Choć Nigeria jest jednym z największych producentów ropy na świecie, jej mieszkańcy tylko w niewielkim stopniu partycypują w zyskach z tym związanych. Muszą się za to zmierzyć z olbrzymim zanieczyszczeniem, które powstaje przy okazji wydobycia. Społeczność Ogoni od początku lat 90-tych XX wieku domagała się odszkodowań i oczyszczenia środowiska delty Nigru. Z uwagi na brak reakcji ze strony rządu oraz władz korporacji (m.in. Shell), wybuchły protesty, które następnie brutalnie stłumiono. Wielu protestujących, w tym przywódca ruchu, zostało straconych. Bezspornym jest fakt, iż Shell współpracował z rządem nigeryjskim i przyczynił się do stłumienia buntu ludu Ogoni. Wiadomo, że dokonywała zakupów broni na potrzeby armii oraz stosowała groźby wobec swoich pracowników. Dopiero jednak w 2009 r. Shell zawarł ugodę z przedstawicielami społeczności Ogoni, na mocy której zobowiązał się do wypłaty stosownych odszkodowań²⁷. Shell konsekwentnie odrzucał twierdzenie, że współpracował z rządem nigeryjskim w tłumieniu protestów. Przyznał jedynie, że jego działania mogły negatywnie odbijać się na środowisku naturalnym²⁸. Wcześniej sprawa toczyła się przez wiele lat przed sądami amerykańskimi na mocy ustawy o roszczeniach cudzoziemców (*Alien Tort Claim Act, ATCA*), która przyznaje federalnym sądom okręgowym właściwość w sprawach cywilnych wnoszonych przez obcokrajowców w związku z deliktami popełnionymi za granicą, które naruszają prawo narodów lub traktaty, których

26 Więcej na temat ruchu i jego przywódcy zob. m.in.: Abdul-Rasheed NaAllah, *Ogoni's agonies: Ken Saro-Wiwa and the crisis in Nigeria*, Trenton, NJ: Africa World Press, 1998.

27 E. Pilkington, *Shell pays out \$15.5m over Saro-Wiwa killing*, „The Guardian”, <http://www.guardian.co.uk/world/2009/jun/08/nigeria-usa> (dostęp 06.05.2013).

28 G. Żukowski, *Ropa naftowa. Ubóstwo i prawa człowieka w Delcie Nigru*, „Stosunki międzynarodowe”: <http://stosunki.pl/?q=content/ropa-naftowa-ub%C3%B3stwo-i-prawa-cz%C5%82owieka-w-delcie-nigru> (dostęp 06.05.2013).

stroną są Stany Zjednoczone²⁹. Sprawa ta dobitnie pokazuje, jak wiele trudności rodzi odpowiedzialność korporacji transnarodowych za naruszenia praw człowieka. Nigeria jest stroną Międzynarodowego Paktu Praw Społecznych, Gospodarczych i Kulturalnych z 16 grudnia 1966 r., jak również Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów z 27 czerwca 1981 r. Mimo to nie była w stanie wyegzekwować od firm działającym na jej terytorium zgodnego z prawem zachowania. Społeczność Ogoni wykorzystwała narzędzia prawne, jakie daje ATCA, czyli prawo wewnętrzne innego państwa. Przykład ten pokazuje, jak ważne jest określenie rodzajów i warunków odpowiedzialności korporacji transnarodowych.

Rodzaje odpowiedzialności prawnej

W literaturze wyróżnia się odpowiedzialność prawną korporacji wynikającą z prawa wewnętrznego oraz z prawa międzynarodowego³⁰. Przedmiotem dalszej analizy będą rozwiązania prawno-międzynarodowe. Odpowiedzialność tego typu może mieć dwojaki charakter: bezpośredni i pośredni. O tym pierwszym możemy mówić, gdy uznamy, że prawo międzynarodowe nakłada bezpośrednio na korporacje odpowiedzialność za naruszenia praw człowieka. Mamy do tego pewne podstawy. Zgodnie bowiem z Powszechną Deklaracją Praw Człowieka z 1948 r. celem ludzkości jest: „aby wszyscy ludzie i wszystkie organy społeczeństwa mając stale w pamięci niniejszą Deklarację – dążyły (...) do rozwijania poszanowania tych praw i wolności i aby zapewniły (...) uznanie i stosowanie tej Deklaracji zarówno wśród Państw Członkowskich, jak i wśród narodów zamieszkujących

29 *United States Code, title 28, § 1350*, <http://uscode.house.gov/> (dostęp 06.05.2013). Na ten temat zob. E. Karska, *Korporacje transnarodowe wobec międzynarodowego prawa humanitarnego*, [w:] J. Menks, T. Gardocka (red.), *Korporacje transnarodowe. Jeden temat, różne spojrzenia*, Warszawa 2010, s. 169–172.

30 J. Symonides, *Odpowiedzialność korporacji...*, s. 266.

obszary podległe ich władzy”³¹. Korporacje transnarodowe niewątpliwie są „organem społeczeństwa”, a tym samym spoczywa na nich obowiązek respektowania praw człowieka. Uniwersalny charakter Deklaracji pozwala traktować ją jako źródło prawa zwyczajowego.

Odpowiedzialność osób prawnych prawa wewnętrznego wynika także z wielu konwencji międzynarodowych, np.: Konwencji wiedeńskiej o odpowiedzialności cywilnej za szkodę jądrową z 21 maja 1963 r.³² czy Konwencji Bazylejskiej o kontroli transgranicznego przemieszczania i usuwania odpadów niebezpiecznych z 22 marca 1989 r.³³, a także Międzynarodowej Konwencji o odpowiedzialności cywilnej za szkody spowodowane zanieczyszczeniem olejami bunkrowymi z 23 marca 2001 r.³⁴

W świetle przepisów prawa międzynarodowego, możliwe jest pociągnięcie przedstawicieli korporacji do odpowiedzialności karnej za zbrodnie międzynarodowe. Obecnie art. 25 Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego z 17 lipca 1998 r.³⁵ stanowi, iż jurysdykcja Trybunału obejmuje wyłącznie osoby fizyczne odpowiedzialne za ludobójstwo, zbrodnie przeciwko ludzkości i zbrodnie wojenne. Niewątpliwie popełnienie zbrodni międzynarodowej wiąże się z naruszeniem praw człowieka, a tym samym przedstawiciele korporacji, a nie same korporacje, mogą ponosić odpowiedzialność karną. Podobne ograniczenia przewidywały m.in. statuty Trybunału dla b. Jugosławii, Trybunału Rwandyjskiego czy Trybunału Specjalnego dla Libanu. Z kolei Statut Trybunału Specjalnego dla Sierra Leone przyznawał mu kompetencje „sądzenia osób”, bez rozróżnienia na osoby fizyczne i prawne³⁶.

31 A. Przyborowska-Klimczak, *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, Lublin 2003, s. 167.

32 Dz.U.1990 nr 63 poz. 370, zał.

33 Dz.U.1995 nr 19 poz. 88, zał.

34 Dz.U.2008 nr 148 poz. 939.

35 Dz.U.2003 nr 78 poz. 708.

36 Więcej na ten temat zob.: K. Karski, *Zakres podmiotowości korporacji transnarodowej w prawie międzynarodowym*, [w:] J. Menks, T. Gardocka, *op. cit.*, s. 191–192.

Podkreślić należy także, Trybunał Norymberski sądził zarówno osoby fizyczne, jak i osoby prawne prawa wewnętrznego. W stan oskarżenia postawiono m.in. NSDAP, SS i GESTAPO. Organizacje te zostały uznane za zbrodnicze³⁷. Na ławie oskarżonych zasiadli też pracownicy ze stanowisk kierowniczych koncernu chemicznego „IG Farben” (oficj. *USA v. Carl Krauch i inni*). Pomimo, że wszystkie osoby odpowiadały indywidualnie, były sądzone za czyny popełnione w związku z działalnością danej organizacji³⁸.

Z powyższych przykładów wynika, iż jest możliwa bezpośrednia, wynikająca z prawa międzynarodowego odpowiedzialność korporacji lub ich przedstawicieli za naruszenia praw człowieka.

Jeśli zaś chodzi o odpowiedzialność pośrednią, to należy przez nią rozumieć odpowiedzialność państwa za naruszenia praw człowieka dokonane przez znajdujące się pod jego jurysdykcją korporacje transnarodowe. Przy czym, bez znaczenia jest fakt, czy dane państwo może realnie wpływać na działania korporacji i czy ma ku temu odpowiednie środki. Co prawda tradycyjnie państwo odpowiadało za działania własnych organów i instytucji państwowych, ale ochrona praw człowieka wymaga od państwa podejmowania szeregu działań pozytywnych, które skutkują zwiększeniem jego odpowiedzialności. Jak zaznaczają W. Góralczyk i S. Sawicki: „W istocie państwo nie odpowiada za działania osoby prywatnej (...), ale za zaniebdania własnych obowiązków. Odpowiada za nie podjęcie kroków prewencyjnych lub represyjnych”³⁹. Podstawę prawną do takiej odpowiedzialności znajdziemy choćby w art. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r.⁴⁰, w którym czytamy: „Każde z Państw-Stron niniejszego Paktu zobowiązuje się przestrzegać i zapewnić wszystkim osobom, które znajdują się na jego terytorium i podlegają jego jurysdykcji, prawa uznane w niniejszym Pakcie (...)”, a dalej, że państwa „zobowiązują się

³⁷ *Ibidem*, s. 189–190.

³⁸ M. Żenkiewicz, *op. cit.*, pkt 3.4.1.

³⁹ W. Góralczyk, S. Sawicki, *op. cit.*, s. 172.

⁴⁰ Dz.U. 1977 nr 38 poz. 167.

podjąć (...) odpowiednie kroki mające na celu przyjęcie tego rodzaju środków ustawodawczych lub innych, jakie okażą się konieczne w celu realizacji praw uznanych w niniejszym Pakcie”. Potwierdza to zresztą szereg innych konwencji jak np.: Międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 7 marca 1969 r.⁴¹, Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z 18 grudnia 1979 r.⁴², czy Konwencja o prawach dziecka z 20 listopada 1989 r.⁴³

Najbardziej znaną sprawą odnoszącą się do pośredniej odpowiedzialności państwa za naruszenia praw człowieka jest *Velasquez Rodriguez v. Honduras*⁴⁴, która toczyła się w latach 80-tych XX wieku przed Międzypamerykańskim Trybunałem Praw Człowieka. Trybunał zastosował tu test należytej staranności (*due diligence test*) i uznał rząd Hondurasu winnym naruszenia praw człowieka. Do naruszenia doszło w wyniku niepodjęcia przez władze odpowiednich środków, które mogłyby przeciwdziałać niewłaściwym praktykom lub ukarać odpowiedzialne za zdarzenie osoby. Trybunał wskazał, że państwo jest zobowiązane do przeprowadzenia śledztwa, w sytuacji gdy naruszone zostały prawa człowieka wynikające z wiążących to państwo konwencji. Podejmowane przez nie działania muszą być racjonalne, sensowne i rzetelne nawet gdy w efekcie nie osiągnięto satysfakcjonującego rezultatu⁴⁵.

Również wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (np.: *Guerra and Others v. Italy*⁴⁶, *Lopez Ostra v. Spain*⁴⁷), jak również Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (np. *Defrenne*

41 Dz.U. 1969 nr 25 poz. 187.

42 Dz.U. 1982 nr 10 poz. 71.

43 Dz.U. 1991 nr 120 poz. 526.

44 *Velasquez Rodriguez Case*, Judgment of July 29, 1988, Inter-Am.Ct.H.R. (Ser. C) No. 4 (1988).

45 J. Markiewicz-Stanny, *Międzynarodowe zobowiązania Polski w zakresie zakazu niewolnictwa, poddaństwa i handlu istotami ludzkimi*, „Prokuratura i Prawo”, nr 7–8, 2012, s. 168–169.

46 *Guerra and Others v. Italy*, Report of Judgements and Decisions 1998-I, No. 64 (19 Feb, 1998).

47 *Lopez Ostra v. Spain*, Judgment of 9 December 1994, Series A, No. 303-C.

*v. Sabena*⁴⁸, *Andrea Francovich, Danila Bonifaci i in. v. Włochy*⁴⁹) potwierdzają, że państwo może ponosić pośrednią odpowiedzialność za naruszenia praw człowieka, w tym dokonanych przez korporacje transnarodowe.

Normy o charakterze soft-law nakładające bezpośrednie zobowiązania na korporacje

Spółeczność międzynarodowa próbuje różnymi sposobami wpłynąć na postępowanie korporacji transnarodowych. Również same korporacje coraz częściej dostrzegają, że w ich interesie leży dbanie o prawa człowieka, co przekłada się na renomę oraz może wzbudzać zaufanie wśród klientów i partnerów biznesowych. Przejawem tego są przyjmowane przez korporacje wszelkiego rodzaju kodeksy etyki, wskazówki, zbiory dobrych praktyk, czy sprawozdania m.in. na temat przestrzegania w firmie międzynarodowych standardów pracy.

Próby całościowego sformułowania zasad, jakimi powinny się kierować korporacje transnarodowe w dziedzinie praw człowieka podejmowane były już w latach 70-tych⁵⁰. W ramach ONZ powstało nawet Centrum ds. Korporacji Transnarodowych. Z uwagi na różnice pomiędzy państwami rozwiniętymi, a państwami rozwijającymi się państwa członkowskie OECD, w 1976 wypracowały własną deklarację dotyczącą międzynarodowych inwestycji przedsiębiorstw wielonarodowych⁵¹. Podkreśla się tam rolę społeczną korporacji i prawa pracowników do zrzeszania się. Deklaracja została najpierw uzupełniona o zagadnienia dotyczące ochrony środowiska,

48 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 8 kwietnia 1976 r. w sprawie C-43-75 (*Defrenne v. Sabena*), ECR 1976, s. 00455.

49 Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 19 listopada 1991 r. w sprawach połączonych C-6/90 oraz C-9/90 (*Andrea Francovich i Danila Bonifaci i in. v. Włochy*), ECR 1991, s. I-5357.

50 J. Symonides, *Odpowiedzialność korporacji...*, s. 268.

51 *OECD Declaration and Decisions on International Investment and Multinational Enterprises*, www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/oecddeclarationoninternationalinvestmentandmultinationalenterprises.htm (dostęp 06.05.2013).

a następnie przedstawiono jej nową wersję, w której akcentuje się potrzebę przeciwdziałania pracy dzieci i pracy przymusowej. Oczywiście, dokument ten nie ma charakteru wiążącego⁵². Podobnie jak przyjęta w 1977 r. przez Międzynarodową Organizację Pracy Trójstronna Deklaracja zasad dotyczących przedsiębiorstw wielonarodowych i polityki społecznej⁵³, która kładzie nacisk na takie aspekty jak: bezpieczeństwo pracy, równość szans i traktowania, wolność związkowa. Również Unia Europejska zabiera głos w tej sprawie. W 2001 Komisja Europejska przedstawiła dokument *Green Paper. Promoting a European Framework for Corporate Social Responsibility* (COM[2001] 366 final), wyjaśniający zasady społecznej odpowiedzialności biznesu i sposób ich realizacji na poziomie europejskim⁵⁴.

Korporacje transnarodowe pod naciskiem opinii publicznej podejmują też samodzielne działania, które mają przyczynić się do poprawy ich wizerunku. Korporacje takie jak GAP, Levi's Strauss, Nike, Reebok i Statoil przyjęły kodeksy postępowania w celu wyeliminowania naruszeń praw człowieka w podległych im firmach⁵⁵. Mają one oczywiście charakter dobrowolny, a ich skuteczność jest uzależniona odpowiedniego rozpropagowania wśród pracowników, zwłaszcza na szczeblach zarządzających, a także właściwa procedura kontrolna. Tego typu dokumenty mogą świadczyć też, że rządy państw nie są w stanie własnymi środkami prawnymi wywrzeć wpływu na korporacje, a tym samym zagwarantować ochrony swoim obywatelom. Niektóre korporacje, m.in. Novo Nordisk, Royal Dutch Shell, przedkładają rządowi i opinii publicznej raporty z zakresu ich polityki w dziedzinie ochrony praw człowieka⁵⁶.

52 J. Symonides, *Odpowiedzialność korporacji...*, s. 269.

53 Zob. tekst Deklaracji: www.mop.pl/html/miedzynarodowe_standardy/deklaracja_trojstronna.html (dostęp 06.05.2013).

54 J. Nakonieczna, *Spółeczna odpowiedzialność – nowy akcent globalne strategii przedsiębiorstw międzynarodowych*, [w:] E. Haliżak, R. Kuźniar, J. Symonides (red), *op. cit.*, s. 291.

55 J. Symonides, *Odpowiedzialność korporacji...*, s. 272.

56 *Ibidem*, s. 274–275.

Trudno o jednoznaczny obraz podejmowanych przez korporacje działań w zakresie przestrzegania praw człowieka. Z jednej strony dzięki takim inicjatywom może wzrosnąć świadomość zatrudnianych osób na temat ich praw. Mogą poprawić się też warunki ich pracy. Z drugiej jednak strony rodzą się poważne wątpliwości co do intencji samych korporacji. W jakim stopniu chodzi o promocję i uniknięcie społecznego bojkotu, a w jakim o realną zmianę sytuacji? Wreszcie, w jaki sposób egzekwować te zobowiązania?

Podsumowanie

Określenie miejsca korporacji transnarodowych w prawie międzynarodowym publicznym stanowi wyzwanie zarówno dla judykatury, jak i doktryny. Wydaje się, że ich siła ekonomiczna, polityczna i społeczna jest zbyt duża, by klasyfikować je wyłącznie jako podmioty prawa wewnętrznego. Jak wskazano, wiele państw nie jest w stanie oddziaływać na politykę poszczególnych korporacji, nie mają bowiem ku temu wystarczających instrumentów.

Szczególnie istotne jest to w dziedzinie praw człowieka. Tu bowiem dochodzi do częstych naruszeń ze strony korporacji. Państwa nie opracowały do tej pory kompleksowych rozwiązań tego problemu. Zależność krajów od poszczególnych korporacji nieraz jest tak duża, że nie interweniują w sprawie własnych obywateli. Powoływanie się na normy prawa międzynarodowego nie zawsze przynosi pożądane efekty z uwagi na ich ogólnikowość i rozproszenie w różnych dokumentach. Własne inicjatywy korporacji dot. praw człowieka pozostają w zasadzie poza kontrolą organów państwowych. Jak jednak pokazują przykłady orzeczeń międzynarodowych trybunałów, w tym Trybunału Norymberskiego, możliwe jest pociągnięcie osób prawnych, a zatem i korporacji transnarodowych, do odpowiedzialności za naruszenia praw człowieka. Jeśli tak się nie dzieje, to jest to dowodem braku politycznej woli, a nie – prawnych możliwości.

Paulina Pajkiert
Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

PRAWA CZŁOWIEKA W KONTEKŚCIE KLĘSK ŻYWIOŁOWYCH

Prawa człowieka to fundamentalne normy i gwarancje przysługujące każdej osobie ze względu na przyrodzoną ludzką godność. Zależnie od okoliczności, w których znajdzie się jednostka, przynależne jej prawa i wolności zabezpieczone są przez określone reżimy instytucjonalno-prawne. Można zatem wyodrębnić ochronę ogólną w czasie pokoju, kiedy to znajdują zastosowanie prawa człowieka *sensu stricto*, a także szczegółową w sytuacji wojny lub konfliktu zbrojnego, gdy dodatkowo obowiązuje międzynarodowe prawo humanitarne (*international humanitarian law*) lub w momencie przymusowego opuszczenia przez obywatela swego kraju w obawie przed prześladowaniami, zagrożeniem życia, zdrowia, bądź wolności, kiedy komplementarnie aplikuje się międzynarodowe prawo uchodźcze (*refugee law*). W porządku międzynarodowym brak natomiast jednolitego, kompletnego i powszechnie akceptowanego uregulowania kwestii praw człowieka w sytuacjach klęsk i katastrof. Choć wszystkie wymienione powyżej systemy ochrony odnoszą się fragmentarycznie do tego przedmiotu, nie funkcjonuje żaden holistyczny i obligatoryjny dokument w badanym zakresie.

Jednocześnie nie skonstruowano dotychczas narzędzi ani nie powołano instytucji, które w sposób całościowy precyzowałyby podejście do praw człowieka i ich przestrzegania w chwili wystąpienia katastrofy.

Istotną materią jest też zdefiniowanie relacji między ochroną praw człowieka w sytuacji klęsk żywiołowych – i zarazem między aktorami, którzy o prawa te walczą – a pomocą humanitarną i agencjami, które ją świadczą. Istnieją odmienne stanowiska wobec tego zagadnienia: zgodnie z podejściem strukturalnym, niektórzy badacze uznają, że kluczowe pryncypia i finalne cele humanitarne są zgodne, a nawet wyrastają z idei praw człowieka, podczas gdy według innych, między dwoma płaszczyznami występują napięcia strukturalne i kategoryczna niezgodność priorytetów. Podobnie kryterium operacyjne nie pozwala uzyskać konsensusu na tym polu. Ścierają się tu bowiem antynomiczne przekonania – z jednej strony, że imperatywy humanitarne i prawnoczułowiecze są zbieżne lub tożsame, a zatem mogą i powinny przekładać się na wspólne, wzajemnie uzupełniające się akcje; z drugiej natomiast, natura i *modus operandi* działaczy humanitarnych i promujących prawa człowieka wskazują, iż są one niekompatybilne i niełatwe do pogodzenia¹.

Przed przystąpieniem do analizy swoistego charakteru praw człowieka w kontekście klęsk oraz konieczności zapewnienia wówczas specyficznej ich ochrony, należy wyjść od definicji terminu „klęska żywiołowa”. Otóż – w oparciu o dokumenty Międzynarodowej Federacji Czerwonego Krzyża i Czerwonego Półksiężycy (*International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, IFRC*), kształtujące w wymiarze uniwersalnym „miękkie prawo” w tym obszarze oraz Ustawę Rzeczypospolitej Polskiej o stanie klęski żywiołowej z 2002 r.

¹ J. Darcy, *Human Rights and Humanitarian Action: A review of the issues*, Geneva 2004, s. 3.

regulującą z kolei tę kwestię na terytorium Polski² – jest to katastrofa naturalna³ lub awaria techniczna⁴, która powoduje poważne zakłócenia w funkcjonowaniu społeczeństwa i stwarza powszechne zagrożenie dla życia lub zdrowia dużej liczby osób, mienia w znacznych rozmiarach lub środowiska na rozległych terenach. Może być nagła lub wynikać z procesów długoterminowych – z wykluczeniem konfliktu zbrojnego – a pomoc i ochrona w jej kontekście, mogą być skuteczne tylko przy zastosowaniu nadzwyczajnych środków.

W obliczu klęski, liczne prawa podstawowe nabierają szczególnego wymiaru. Jako przykłady ewidentne wskazać można następujące: prawo do życia i godności, wolności i bezpieczeństwa, równości i niedyskryminacji, pracy, edukacji i kultury, opieki medycznej, swobodnego przemieszczania się, odpowiedniego poziomu życia – włączając w to właściwe warunki bytowe i mieszkalne, wyżywienie oraz odzież – prawo do wolność myśli, sumienia, wyznania i opinii oraz wolności od niewolnictwa i poniżającego traktowania.

Wymienione powyżej prawa i wolności umocowanie swoje mają zarówno w umowach międzynarodowych i prawie zwyczajowym, jak i w instrumentach *soft-law*. Jednakowoż, odniesienia do praw człowieka w specyficznym kontekście katastrof znajdujemy w tych źródłach niemal wyłącznie *implicite*. Można wywodzić je z art. 1. pkt 3

2 International Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, *Annotations to the Draft Guidelines for the Domestic Facilitation and Regulation of International Disaster Relief and Initial Recovery Assistance*, Genewa 2007; *Ustawa RP o stanie klęski żywiołowej* z dnia 18 kwietnia 2002 r. (Dz.U. ...); zob. też: B. Zdrodowski (red.), *Słownik Terminów z Zakresu Bezpieczeństwa Narodowego*, Warszawa 2008.

3 „(...) zdarzenie związane z działaniem sił natury, w szczególności wyładowania atmosferyczne, wstrząsy sejsmiczne, silne wiatry, intensywne opady atmosferyczne, długotrwałe występowanie ekstremalnych temperatur, osuwiska ziemi, pożary, susze, powodzie, zjawiska lodowe na rzekach i morzu oraz jeziorach i zbiornikach wodnych, masowe występowanie szkodników, chorób roślin lub zwierząt albo chorób zakaźnych ludzi albo też działanie innego żywiołu” (*Ustawa RP...*).

4 „(...) gwałtowne, nieprzewidziane uszkodzenie lub zniszczenie obiektu budowlanego, urządzenia technicznego lub systemu urządzeń technicznych powodujące przerwę w ich używaniu lub utratę ich właściwości” (*Ustawa RP...*).

i art 13. pkt 1.b) Karty Narodów Zjednoczonych (Karta NZ); art. 1, 2, 3, 25 i 28 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (Powszechna Deklaracja); art. 2, 6, 9 i 4⁵ Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (MPPOiP); preambuły i art. 2, 11, 12 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (MPPG-SiK); a także z dokumentów dotyczących ochrony grup szczególnie narażonych: kobiet, dzieci, osób starszych i niepełnosprawnych, mniejszości narodowych, etnicznych, rasowych, religijnych. Brak natomiast jednolitego i wiążącego dokumentu o zasięgu globalnym, poświęconego wyłącznie prawom człowieka w przypadku klęsk i katastrof, precyzującego ich zasięg i gwarantującego przestrzeganie.

Tymczasem właśnie w tych nadzwyczajnych okolicznościach kluczowym jest uregulowanie złożonej materii ochrony praw i wolności. Wskazać wszak można konkretne przeszkody w realizacji rzeczonych pryncypiów oraz konkretne przypadki ich łamania. Wśród najważniejszych naruszeń wymienić należy brak lub nierówny dostęp poszkodowanych do pomocy humanitarnej – żywności, wody, opieki medycznej; przymusowe przesiedlenia lub powroty oraz ograniczenia wolności przemieszczania się; niewłaściwą ochronę mienia; nadużycia wobec dzieci (nielegalny handel, praca przymusowa), kobiet (przemoc *genderowa*, wyzysk seksualny) oraz osób starszych i niepełnosprawnych (dyskryminacja); zaginięcia dokumentów i pogorszenie dotychczasowego stanu respektowania praw, szczególnie ze względu na pochodzenie, wyznawaną ideologię, zamożność, lub jakąkolwiek inną przesłankę do nierównego traktowania.

Dla zilustrowania tego rodzaju stanów możemy posłużyć się przykładem społeczności wyspiarskich Oceanu Spokojnego, które ze względu na uwarunkowania geograficzne i negatywne skutki zmian klimatycznych, narażone są na liczne klęski żywiołowe – cyklony, powodzie, osuwiska i trzęsienia ziemi, wybuchy wulkanów oraz tsunami.

5 Zawieszenie praw gdy „wyjątkowe niebezpieczeństwo publiczne zagraża istnieniu narodu”, przy jednoczesnym założeniu, że określone prawa nie podlegają derogacji w żadnych okolicznościach.

Jak wynika z raportu Biura Wysokiego Komisarza ds. Praw Człowieka (*Office of the UN High Commissioner for Human Rights, OHCHR*), w związku z częstym występowaniem kataklizmów, mieszkańcy regionu Pacyfiku są szczególnie podatni na zagrożenie bezpieczeństwa i integralności fizycznej, utratę kontaktu z członkami rodziny, nieodpowiednie i niepewne schronienie, dyskryminację w trakcie dystrybucji pomocy, stres psychospołeczny oraz przemoc seksualną i ze względu na płeć. Wraz z upływem czasu po katastrofie pojawiają się również inne wyzwania, jak następstwa utraty dokumentacji osobistej, utrudniony dostęp do opieki zdrowotnej, żywności, wody, odpowiednich warunków sanitarnych, edukacji, zatrudnienia i usług publicznych, problemy mieszkaniowe oraz niebezpieczne lub przymusowe powroty lub przeniesienia⁶.

Jak podkreśla OHCHR, każde z państw członkowskich Organizacji Narodów Zjednoczonych (ONZ) zobligowane jest do stosowania standardów prawnczłowieczych określonych w Karcie NZ i Powszechnej Deklaracji. Podobnie wszystkie organy ONZ, niezależnie od specjalizacji i pryncypalnego zakresu działania, mają obowiązek przyjąć w swojej pracy podejście na nich bazujące. Zasadniczość takiej praktyki podkreślił w sposób przełomowy Kofi Annan, umieszczając ją w centrum szeregu inicjatyw związanych z reformą ONZ podjętą w 1997 roku⁷. Propozycja restrukturyzacji i usprawnienia Organizacji celem zaadaptowania się do wyzwań XXI wieku⁸ implikowała włączenie podejścia opartego na poszanowaniu centralnych praw i wolności do ogółu polityki organizacji i na wszystkich poziomach operacyjnych

6 Office of the High Commissioner for Human Rights, *Protecting the Human Rights of Internally Displaced Persons in Natural Disasters. Challenges in the Pacific*, Suva, Fiji, 2011.

7 K. Annan, *Renewing the United Nations: A Programme for Reform*, GA A/51/950, Report of the Secretary-General of the United Nations, New York, 1997. Druga faza reformy uwzględniona została w: *An Agenda for Further Change*, A/57/387 z 2001.

8 B. Janusz-Pawletta, *Kierunek reformy Narodów Zjednoczonych*, [w:] „Bezpieczeństwo Narodowe”, II–2006/2, Warszawa, 2006, s. 182–193.

– od planowania, przez implementację, po ewaluację⁹. Wyprowadzić z tego można, że również agendy dedykujące swą aktywność kompletnie lub częściowo kwestiom humanitarnym – szczególnie *UN Office for the Coordination of Humanitarian Affairs* (OCHA) i *Central Emergency Response Fund* (CERF), *UN Children’s Fund* (UNICEF), *UN High Commissioner for Refugees* (UNHCR), *World Food Programme* (WFP), *UN Population Fund* (UNFPA), *UN Human Settlements Programme* (HABITAT) czy *Food and Agriculture Organization* (FAO) – winny mieć pewność, że ich akcje pomocowe na rzecz ofiar klęsk żywiołowych nie są dyskryminacyjne oraz uwzględniają prawa człowieka i zabiegają o ich konsolidację.

Rzeczywiście, problem zabezpieczenia fundamentalnych praw i wolności w czasie katastrof stopniowo, lecz konsekwentnie wpisuje się w porządku obrad forów międzynarodowych, a największe i najbardziej wstrząsające tragedie ostatnich lat umacniają ten trend. Po trzęsieniu ziemi w Pakistanie w 2003 r. i tsunami na Oceanie Indyjskim w 2004 r., OHCHR zwróciło szczególną uwagę na związek między prawami człowieka i klęskami żywiołowymi. Chociaż początkowo wysiłki Biura Wysokiego Komisarza koncentrowały się na lobbingu i ustalaniu standardów w tej dziedzinie, aktualnie coraz silniej angażuje się ono w przedsięwzięcia operacyjne w terenie, w tym w odbudowę po katastrofach. Kulminacją tej tendencji była Rezolucja przyjęta podczas 13. Sesji Specjalnej Rady Praw Człowieka (Human Rights Council, HRC). Posiedzenie to dedykowane było wsparciu Rady dla procesu odbudowy Haiti po trzęsieniu ziemi ze stycznia 2010 r., a opatrzenie go hasłem „podejście oparte na prawach człowieka” i uznanie w jego wyniku doniosłości zaangażowania operacyjnego OHCHR w operacjach na terenie zniszczonego wstrząsem sejsmicznym Haiti, doskonale wpisało się w nurt bieżących inicjatyw dotyczących problematyki praw człowieka, ich przestrzegania bądź nadużywania w chwili wystąpienia klęski. Inne przedsięwzięcia, o niezaprzeczalnym znaczeniu

9 Więcej informacji na *UN Practitioners’ Portal on Human Rights Based Approach*, <http://hrbportal.org> (dostęp 13.05.2013).

w omawianym obszarze, to rzecznictwo Międzynarodowej Federacji Stowarzyszeń Czerwonego Krzyża i Czerwonego Półksiężycy, prace na forum Komisji Prawa Międzynarodowego (*International Law Commission*, ILC) w kierunku rozwoju i kodyfikacji prawa dotyczącego ochrony osób podczas katastrof¹⁰, czy wybrane rezolucje Rady Praw Człowieka.

W najpełniejszym wymiarze systematyzacji wzajemnych zależności oraz argumentowania komplementarności działań humanitarnych i kanonów prawnoczwolniczych, jak również wskazywania praktycznego wymiaru ich zastosowania, podjął się *Inter-Agency Standing Committee* (IASC)¹¹. Komitet powołał Zespół Zadaniowy ds. Akcji Humanitarnych i Praw Człowieka (*Task Force on Humanitarian Action and Human Rights*), który w latach 2001 i 2004 przeprowadził warsztaty badające podobieństwa i różnice w podejściach do kwestii praw człowieka w akcjach humanitarnych różnych organizacji, rozważył szereg wyborów strategicznych, możliwych wspólnych przedsięwzięć, a także przeszkód i potencjalnych zagrożeń wynikających z realizacji, w kontekście humanitarnym, podejścia opartego na prawach człowieka oraz przedstawił zalecenia do dalszych czynności uzupełniających¹². Efektem tych prac było przygotowanie serii dokumentów zawierających wskazówki orientacyjne dla koordynatorów humanitarnych – konkretne, jasne i pragmatyczne zalecenia w kwestii włączania praw człowieka w obręb pomocy humanitarnej¹³ – oraz wydanie w 2008 r.

10 Sprawozdania Komisji Prawa Międzynarodowego dotyczące ochrony osób w przypadku katastrof (najaktualniejsze: *International Law Commission, Report: Protection of Persons in the Event of Disasters*, Chapter V, Geneva 2012; E. Valencia-Ospina, *International Law Commission Special Rapporteur, Fifth report on the protection of persons in the event of disasters*, Geneva 2012. Zob. również: http://untreaty.un.org/ilc/guide/6_3.htm (dostęp 13.05.2013).

11 IASC to mechanizm koordynacyjny między agencjami ONZ i partnerami humanitarnymi spoza ONZ, powołany w 1992 r., na mocy Rezolucji Zgromadzenia Ogólnego 46/182 i umocniony Rezolucją 48/57.

12 *Inter-Agency Standing Committee, Task Force on Humanitarian Action and Human Rights, Jointly Moving The Agenda Forward. Summary Report, Workshop on Human Rights and Humanitarian Action*, Geneva, 2004.

13 *Inter-Agency Standing Committee: Frequently Asked Questions on International Humanitarian, Human Rights and Refugee Law*, 2003, *Growing the Sheltering*

pilotażowej wersji Wytycznych Operacyjnych i Instrukcji do Pracy w Terenie¹⁴. W oparciu o dokument ten IASC opublikowało następnie *Operational Guidelines on the Protection of Persons in Situations of Natural Disasters*¹⁵, które uznać można za jedno z najpełniejszych i najbardziej wnikliwych studiów nad interesującym nas zagadnieniem. Dowodzi się w nim, że obrońcy praw człowieka i aktorzy humanitarni – mimo dostrzegalnych różnic w mandatach, podejściach, trybach pracy oraz sposobach ustalania programów i strategii – posiadają aspiracje, które choć nie tożsame, w znacznym stopniu nakładają się, uzupełniają, bądź pozostają w zgodzie. Dychotomia między nimi jest fałszywa, bez względu na występowanie pewnych konfliktów strukturalnych i taktycznych. *Operational Guidelines* dokonują klasyfikacji praw naruszanych lub zagrożonych podczas klęsk żywiołowych, przyporządkowując jednocześnie sugerowane personelowi humanitarne sposoby odniesienia się do nich, a także uzasadniając potrzebę włączenia podejścia prawnoczwolowego do odpowiedzi humanitarnej.

Jak jednak wspomniano na wstępie, kompatybilność analizowanych dziedzin nie jest bezdyskusyjna ani w sposób niekwestionowany oczywista. Z pozycji strukturalnej stwierdzeniu, że kardynalne idee i motywy działania, a także oczekiwane finalne efekty pracy dostawców pomocy humanitarnej, są harmonijne, komplementarne, a nawet zakorzenione w koncepcji praw człowieka¹⁶ (za przykład niech posłuży ochrona życia i zapewnienie poszanowania godności ludzkiej),

Tree – Protecting Rights through Humanitarian Action, Washington DC, 2002; *Human Rights Guidance Note for Humanitarian Coordinators*, Washington DC, 2006.

14 Inter-Agency Standing Committee, *Operational Guidelines and Field Manual on Human Rights Protection in Situations of Natural Disaster*, Washington, DC, 2008.

15 IASC, *Operational Guidelines on the Protection of Persons in Situations of Natural Disasters*, Bern Project on Internal Displacement, Washington DC, 2011.

16 Co nie znaczy, że tradycyjnie agencje pomocowe czerpały z dorobku prawnoczwolowego – wszak zręby humanitaryzmu powstawały na przełomie XIX i XX wieku, a najpełniejszy rozwój praw człowieka nastąpił dopiero po II wojnie światowej. Zob.: D. P. Fidler, *Governing catastrophes: security, health and humanitarian assistance*, „International Review of the Red Cross”, Volume 89, Number 866, 2007, s. 247–252.

przeciwstawia się opinii, że między badanymi polami istnieją kardynalne konflikty priorytetów oraz niezaprzeczalne różnice systemowe.

Podobnie, nawet przy założeniu ideologicznej kongruencji i podobieństwa kanonów humanitarnych i prawnoczwolowczych, okazuje się, że obie dyscypliny niekoniecznie są spójne pod względem funkcjonalnym. Przyjmując kryterium operacyjne stwierdzić można z jednej strony, że kontekst, podmiot i przedmiot aktywności oraz ostateczne dążenia obrońców praw człowieka i personelu pomocowego w wypadku klęsk i katastrof są tożsame, a zatem mogą i powinny przekładać się na wspólne, subsydiarne względem siebie przedsięwzięcia. Z innej jednak perspektywy, nierzadko podkreśla się rozdzwięk między politykami oraz metodami funkcjonowania obu grup – o ile pracujących w terenie aktorów humanitarnych obowiązuje dyskrecja, poufność, apolityczność i reguły dyplomacji humanitarnej, o tyle atutami promotorów praw człowieka są upublicznianie, nagłaśnianie, rzecznictwo i lobbowanie. Podczas gdy pierwsi skupiają się na konieczności zapewnienia potrzeb pilnych i podstawowych dla przetrwania i egzystencji poszkodowanych, a także uznają priorytet ratowania życia nad ewentualnymi naruszeniami innych praw, drudzy dążą do zabezpieczenia szerokiego spektrum wolności i uprawnień – również tych „wyższych, ambitniejszych” – oraz uznają integralność praw. Jedni operują w wąskich ramach czasowych, z reguły w pierwszych dniach lub tygodniach po wystąpieniu zdarzenia kryzysowego, skupiają się na rozwiązaniach bieżących i patrzą w przyszłość, pomijając często krok analizę i dochodzenie powodów naruszeń. Ich agenda jest paliatywna, naprawcza i prewencyjna. Drudzy zabiegają o sprawiedliwość społeczną i patrzą zarówno naprzód – sugerując metody rozwiązania najbardziej rażących nadużyć – jak i wstecz – szukając ich przyczyn źródłowych. Metą jest dla nich poprawa bieżącego stanu rzeczy oraz zapobiegnięcie przyszłym uchybieniom, ale również napiętnowanie i pociągnięcie do odpowiedzialności winnych za zaistniałe już pogwałcenia praw. Wobec pierwszych wysuwa się czasem zarzut, że pracują nieprzemyślanie i *ad hoc*, wobec ostatnich tymczasem, że koncentrują

się raczej na badaniach teoretycznych, bagatelizując potrzebę bezpośredniego kontaktu oraz niesienia wymiernej pomocy osobom, których prawa są łamane¹⁷.

Chcąc odwzorować mapę zależności i sprzeczności między dwoma omawianymi płaszczyznami, dochodzimy do konkluzji, że zależnie od przyjętego kryterium i zastosowanej argumentacji, dowodzić można zarówno komplementarności, jak i kolizji w ich wzajemnych relacjach. Reasumując – istnieje zgodność na linii naczelnych norm, gdzie fundamentalnym pryncypiom prawnoczułowieczym powszechności, niedyskryminacji i nienaruszalności odpowiadają kolejno humanitaryzm, bezstronność i niezależność, przyjęte przez organizacje asystujące w wypadku klęsk i katastrof. Jednocześnie jednak możliwe jest tu zderzenie konkurujących imperatywów, gdyż niepodzielność i integralność wolności i gwarancji obowiązujących w koncepcji praw człowieka przeciwstawia się priorytetyzowaniu i hierarchizacji potrzeb w dyskursie humanitarnym. Podobnie, przy zestawieniu wskaźników operacyjnych okazuje się, że finalnym celem obu grup jest wprawdzie ochrona życia i godności ludzkiej, jednak ich *modus operandi* oraz umocowania instytucjonalne, z których wywodzą swoje mandaty, w wielu aspektach znacznie się różnią: neutralność zachowywana przez graczy humanitarnych *versus* otwarta denuncjacja, czyli jawne, nieskrywane oskarżanie przez obrońców praw człowieka tych, którzy dopuścili się występków; czy odwoływanie się do narzędzi *soft law* przez jednych – nieobligatoryjne wytyczne, kody i deklaracje poświęcone kwestiom humanitarnym¹⁸ – *versus* opieranie się na kluczowych i opatrzonych mocą wiążącą dokumentach międzynarodowych, regionalnych i narodowych – traktaty, umowy, rezolucje, konstytucje, ustawy dotyczące praw człowieka – przez drugich.

17 J. Darcy, *op. cit.*, s. 6–10.

18 International Red Cross and Red Crescent Movement et al., *Code of Conduct for the International Red Cross and Red Crescent Movement and NGOs in Disaster Relief*, 1994; OCHA, *OCHA on Message: Humanitarian Principles*, 1999; Sphere Project, *The Sphere Handbook: Humanitarian Charter and Minimum Standards in Humanitarian Response*, 2011; Good Humanitarian Donorship, *Principles and Good Practice of Humanitarian Donorship (GHD)*, Stockholm, 2003.

Czy zatem potrzebna jest w ogóle obserwacja analogii i dysonansów między dwoma agendami oraz debata na temat słuszności regulacji ich dwustronnych zależności? Otóż wydaje się, że ze względu na rosnącą liczbę i złożoność kryzysów humanitarnych związanych z katastrofami naturalnymi i antropogenicznymi oraz wynikające z tego ustawiczne i rażące pogwałcenia, ograniczanie lub całkowite uniemożliwienie korzystania z podstawowych praw i wolności, istotnie jest to temat o dużej wadze i znaczeniu.

Tradycyjnie postrzega się klęski żywiołowe jako sytuacje tworzące wyzwania głównie w zakresie zapewnienia, dostarczania i świadczenia pomocy humanitarnej. Mniej uwagi poświęcono jak dotąd potrzebie ochrony praw człowieka w tym szczególnym kontekście. Tymczasem, należy pamiętać, że osoby dotknięte kataklizmem nie tracą praw – przeciwnie, ochrona kluczowych gwarancji zyskuje na znaczeniu w kontekście katastrofy, jest bowiem nieodzowna dla zapewnienia godności osobistej ofiar. Poszkodowani są najbardziej narażeni i podatni na nadużycia, więc zapobieganie nierównemu traktowaniu, nieprzestrzeganiu praw i ograniczaniu wolności jest kluczowe.

Co więcej, pokrzywdzeni nie funkcjonują w legislacyjnej próżni – państwa ich pochodzenia są z reguły sygnatariuszami międzynarodowych i regionalnych dokumentów w dziedzinie praw człowieka, a zatem są odpowiedzialne za poszanowanie, ochronę i wypełnianie wynikających z tych instrumentów zobowiązań na rzecz osób znajdujących się pod ich jurysdykcją¹⁹. Po wystąpieniu katastrofy, obywatele korzystają więc z dotychczasowej ochrony państwa oraz, co do zasady, z tych samych uprawnień i swobód, które przysługują pozostałym mieszkańcom kraju²⁰, nie mogą być dyskryminowani. Jednocześnie jednak wymagają szczególnego traktowania i należy

19 E. Harper, *International Law and Standards Applicable in Natural Disaster Situations*, International Development Law Organization, Rome 2009, s. 15–26.

20 O ograniczeniach praw w stanach wyjątkowych: Human Rights Committee, *General Comment 29, States of Emergency* (article 4), U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, University of Minnesota Human Rights Library, 2001; J. Filaber, *Zarządzanie kryzysowe a prawa i wolności człowieka – wybrane uwagi*, „Studia Erasmiana Wratislaviensia”, Nr 4, Wrocław, 2010, s. 249–265; K. Machowicz,

uznać ich specyficzne potrzeby oraz przyznać dodatkową opiekę. Jak zasygnalizowano wcześniej, wśród wielu barier i utrudnień w zakresie urzeczywistniania fundamentalnych praw, ofiarom grozi przede wszystkim brak bezpieczeństwa i ochrony (wtórne skutki katastrof, przemoc, przestępczość), separacja rodzin oraz naruszenia i zaniedbania, w szczególności w stosunku do kobiet, dzieci, osób starszych i niepełnosprawnych; nierówny dostęp do elementarnych towarów, usług i pomocy prawnej oraz dyskryminacja w świadczeniu pomocy, utrata lub zniszczenie osobistej dokumentacji i trudności w jej odzyskaniu bądź zastąpieniu, ograniczony dostęp do sprawiedliwego i wydajnego wymiaru sprawiedliwości, brak skutecznych mechanizmów składania skarg i ścigania, nierówny dostęp do zatrudnienia i możliwości zarobkowania, przymusowe przesiedlenia i brak zwrotu mienia lub ziemi. Co więcej, w chaosie następującym po klęsce, wcześniej istniejące luki i formy dyskryminacji mają tendencję do pogłębiania się i zaostrzania. Uznaje się, że problemom tym można łatwiej sprostać, a ewentualnym wyzwaniom zapobiec, jeśli gwarancje prawnoczułowiecze uwzględni się we wszystkich fazach reagowania na kataklizm – od przygotowania, przez pomoc, po ewaluację. Zatem dostawcy wsparcia humanitarnego winni wprowadzać planowanie holistyczne i przestrzegać na wszystkich jego etapach prawa człowieka, ze względu na fakt, że w momencie wystąpienia katastrofy to właśnie oni znajdują się w pierwszej linii ochrony życia i poczucia ludzkiej wartości.

Zadanie to nie jest jednak łatwe i obok argumentów o celowości, bądź nawet nieodzowności sugerowanego podejścia, pojawiają się głosy racjonalnej krytyki i słuszne obawy dotyczące ewentualnych zagrożeń z nim związanych. Inicjalnym dylematem jest określenie żywotnych potrzeb poszkodowanych, a także zdefiniowanie podmiotów, które zobowiązane są do ich zapewnienia²¹. Co do pierwszego wyzwania, należy uwzględnić, czy w kontekście kryzysowym rzeczywiście można

Stany nadzwyczajne jako przesłanka legalnej ingerencji w prawa człowieka w Polsce, „Zeszyty Naukowe SGSP”, Nr 38, Warszawa, 2009, s. 65–79.

21 Wertykalny charakter praw człowieka wskazuje, że podmiotem tym jest przede wszystkim państwo i jego organy.

zabiegać o integralność i współzależność praw, a jeśli nie, to w jakim stopniu powinno się poddać je priorytetyzacji i przyznać pierwszeństwo jednym przed innymi; co do drugiego, należałoby ocenić realny zasięg, w jakim państwo jest w stanie chronić swych obywateli i wypełniać zobowiązania wobec nich w czasie katastrofy, jak dalece narzędzia ochrony praw człowieka mogą być faktycznie stosowane w sytuacjach gwałtownych niestabilności²². Jest bowiem iluzorycznym podkreślanie zobowiązań rządów, przy jednoczesnym pominięciu rzeczywistych zdolności i potencjału ich konkretyzacji.

Poza retorycznymi żądaniami względem państw, równie życzeniowe jest oczekiwanie, że pracownicy humanitarni zdołają zająć się całym szerokim spektrum praw człowieka. Owszem, nie powinni oni milcząco przyzwalać i biernie przyglądać się rażącym pogwałceniom podstawowych gwarancji, jednak ze względu na ograniczone ramy czasowe i środki działania, wygórowane aspiracje są nierealistyczne i bezproduktywne.

Następnym problemem jest obawa przed wykorzystaniem dyskursu praw człowieka i pomocy humanitarnej do celów *stricte* politycznych lub ekonomicznych. Niepokój budzi zarówno ewentualność instrumentalizacji i selektywności, czyli wybiórczego włączania do agend pomocy tylko tych praw, które w danym momencie służą określonej pozycji taktycznej, jak też prawdopodobieństwo polityzacji, to jest użycia pobudek humanitarnych i prawnoczułociowych jako hybrydowych usprawiedliwień ingerencji w suwerenne decyzje państw dotkniętych katastrofą, a nawet zbrojnej interwencji na ich terytorium (*armed humanitarianism*). Traktowanie pomocy jako „konia trojańskiego” do wywierania wpływów dyplomatycznych i gospodarczych niesie za sobą groźbę zdewaluowania idei i odrzucenia wsparcia humanitarnego oraz podważenia koncepcji praw człowieka. Pociąga to ostatni dylemat o kardynalnym znaczeniu – niebezpieczeństwo ograniczenia lub całkowitego uniemożliwienia dostępu do ofiar, odrzucanie przez kraje

22 L. Cotterrell, *Human Rights and Poverty Reduction Approaches to Human Rights in Humanitarian Crises*, Overseas Development Institute, London 2005, s. 1–11.

poszkodowane ofert pomocy ze strony państw trzecich i podmiotów zagranicznych, a także zachwianie bezpieczeństwa pracowników humanitarnych²³. Wszystkie te wątpliwości należy mieć na uwadze przy debatach na temat praw człowieka w kontekście klęsk żywiołowych.

Aktualną tendencją jest stopniowe przechodzenie od potrzeb do praw; widoczne przesunięcie koncepcyjne i percepcyjne, zgodnie z którym o dotkniętych katastrofą rządziej mówi się jako o „ofiarach”, „beneficjentach”, czy „klientach”, by raczej uznawać ich za „posiadaczy praw” kompetentnych do korzystania z elementarnych gwarancji i swobód²⁴. Tym samym, agencje humanitarne przestają być jedynie „usługodawcami” oferującymi świadczenia charytatywne, a stają się rzecznikami i obrońcami przywilejów potrzebujących²⁵. Z drugiej strony, włączenie praw człowieka do agend aktorów humanitarnych pracujących w kontekście operacyjnym klęsk i katastrof, generuje wiele potencjalnych dylematów i wyzwań, a co z tego wynika, nasuwa wątpliwość, czy pogodzenie tych dwóch płaszczyzn jest w ogóle możliwe. Proces integracji badanych dziedzin jest relatywnie nowy, zatem ich wzajemne relacje dopiero się kształtują i krystalizują. Warto jednak już teraz pochylić się nad nimi, by uniknąć w przyszłości zbędnych cierpień i niewłaściwego traktowania osób, których godność i właściwe warunki egzystencji i tak już zostały nadwerżone przez katastrofę.

23 Office of the High Commissioner for Human Rights, *Human rights in humanitarian emergency response: the contribution of the special procedures mechanisms* (Panel discussion organized by the OHCHR within the margins of ECOSOC – Humanitarian Affairs Segment), New York 2010.

24 Koncepcja *from needs to rights* – zob. K. Kenny, *When Needs are Rights: An Overview of UN Efforts to Integrate Human Rights in Humanitarian Action*, „Occasional Paper”, Nr. 38, Watson Institute for International Studies, Providence, 2000.

25 L. Cotterrell, *op. cit.*; J. Darcy, *op. cit.*, s. 4.

Mateusz Piątkowski
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Łódzki

ZASADA „ZERO CASUALTY WARFARE” ORAZ
„STANDARD 200 METRÓW” STWORZONY PRZEZ
MIĘDZYNARODOWY TRYBUNAŁ KARNY
DS. B. JUGOSŁAWII W SPRAWIE GOTOVINA
W ŚWIETLE DAWNYCH I WSPÓŁCZESNYCH
ZASAD WOJNY POWIETRZNEJ

Wstęp

Opisywane zagadnienie jest związane z trudnym i kontrowersyjnym zjawiskiem wojny powietrznej w międzynarodowym prawie konfliktów zbrojnych, której problem wydaje się wciąż aktualny w obliczu ostatnio prowadzonych operacji lotniczych w Libii w 2011 roku. Zasada *zero casualty warfare* została po raz pierwszy skomentowana przez doktrynę prawa międzynarodowego po operacji NATO w Kosowie, kiedy to zarzucano siłom powietrznym państw Koalicji, iż w istocie nie wypełniały one tego postulatu, który podniesiony został także w trakcie następnej misji NATO w Libii w 2011 roku. Istotną kwestią stosowania zasady *zero casualty* oraz jednocześnie najbardziej kontrowersyjnym zagadnieniem w tej materii jest jednocześnie racjonalność tej „deklaracji” w odniesieniu do zasad wojny powietrznej, w szczególności I Protokołu Dodatkowego. Innym aspektem jest pogodzenie tego postulatu z rezultatami operacji powietrznych wciąż powodujących ofiary wśród ludności cywilnej i często nie znajdujących

uzasadnienia w świetle przesłanki korzyści wojskowej i proporcjonalności. Zasada *200 metrów* jest refleksem ostatniego orzeczenia Międzynarodowego Trybunału Karnego ds. b. Jugosławii (MTKJ) w sprawie Gotoviny, w której Trybunał przyjął kontrowersyjny pogląd w kwestii istnienia sztywnych regulacji prawa humanitarnego w przedmiocie prowadzenia operacji lądowych i co za tym idzie również powietrznych. O ile postulat *zero casualty* można adresować w kierunku odpowiednio wyposażonych sił powietrznych państw NATO, o tyle *zasada 200 metrów* może być odczytywana jako możliwość stworzenia wzorca wobec państw dysponujących uzbrojeniem nie gwarantującym dostatecznej dokładności. Celem artykułu ma być znalezienie odpowiedzi na pytanie, czy deklaracja *zero casualty warfare* i *zasada 200 metrów* nie są próbą błędnego i niebezpiecznego sposobu wykładni zasad wojny powietrznej w świetle przepisów I Protokołu Dodatkowego do Konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych z 1977 (nazywanego w dalszej części pracy I Protokołem Dodatkowym), jak również poprzednich prób regulacji tego zjawiska (Konwencja haska z 1907 roku, Haskie reguły wojny powietrznej z 1923 roku, Projekt z New Dehli z 1956 roku)¹.

Czym jest zasada zero casualty warfare?

Pojęcie *zero casualty warfare* pojawiło się w doktrynie prawa międzynarodowego od operacji powietrznej państw NATO w Kosowie. Jako

¹ Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych Genewa, 8 czerwca 1977 r. (Dz.U. z 1992 r., nr 41, poz. 175, załącznik); Konwencja dotycząca praw i zwyczajów wojny lądowej (IV konwencja haska), Haga, 18 października 1907 r. (Dz.U. z 1927 r., nr 21, poz. 161); Rules concerning the Control of Wireless Telegraphy in Time of War and Air Warfare. Drafted by a Commission of Jurists at the Hague, December 1922 – February 1923, www.icrc.org/ihl/INTRO/275?OpenDocument (dostęp 27.05.2013); Draft Rules for the Limitation of the Dangers incurred by the Civilian Population in Time of War. ICRC, 1956, www.icrc.org/ihl/INTRO/420?OpenDocument (dostęp 27.05.2013).

pierwszy opisał to zjawisko w swym artykule *Zero Casualty Warfare* A. P. V. Rogers na łamach Międzynarodowego Przeglądu Czerwonego Krzyża, krótko po operacji bojowej *Allied Shield*². A. P. V. Rogers w owym czasie rozumiał zasadę *zero casualty warfare* jako ekwiwalent pojęcia „zero strat własnych” – co było odbiciem rozkazu dowództwa sił powietrznych NATO, aby operację powietrzne w Kosowie wykonywać na wysokości 15 000 metrów w obawie przed oddziaływaniem środków artylerii przeciwlotniczej i raketowej wojsk b. Jugosławii³. Podobnie patrzył w owym czasie na działania lotnictwa NATO Ove Bring, uznając, iż w rzeczywistości zasada *zero casualty warfare* odnosi się tak naprawdę do załóg własnych statków powietrznych⁴. Obecnie, wydaje się, że zasada ta ewoluowała z dalszym wzrostem skuteczności, precyzyjności i zasięgu oddziaływania pocisków precyzyjnego rażenia na tyle, że w Raporcie Międzynarodowej Komisji Śledczej ONZ z 2012 roku, czytamy wprost o standardzie *zero casualty warfare*, adresowanej w stosunku do ludności cywilnej (*zero expectation*)⁵. Zasada ta jest bezpośrednio powiązana z innym zjawiskiem bezpośrednio towarzyszącym wojnie powietrznej od momentu pojawienia się samolotu na polu walki – ze zjawiskiem *collateral damage* („strat nie do uniknięcia”). *Collateral damage* były efektem rozważań specjalistów prawa konfliktów zbrojnych jako reminiscencja alianckich bombardowań powietrznych w okresie II wojny światowej⁶. W ten sposób

2 A. P. V. Rogers, *Zero-Casualty Warfare*, „International Review of the Red Cross”, No. 837.

3 S. D. Murphy, *United States Practice in International Law, Vol I: 1999–2001*, Cambridge 2002, s. 402–403; Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to Review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, para. 64, www.icty.org/x/file/About/OTP/otp_report_nato_bombing_en.pdf (dostęp 27.05.2013).

4 O. Bring, *International Humanitarian Law after Kosovo: Is lex lata Sufficient?*, „Nordic Journal of International Law”, 71/2002.

5 Human Rights Council, Report of the International Commission of Inquiry on Libya, para. 84, 2 March 2012, www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain?docid=4df74f402 (dostęp 27.05.2013).

6 The United States Strategic Bombing Survey Summary Report (European War), September 30 1945, www.anesi.com/ussbso2.html (dostęp 27.05.2013); zob. szerzej M. P. Shaw, *Collateral Damage and the United States Air Force*, Maxwell Air

opisywano zjawisko nalotów i ataków powietrznych na legalne cele wojskowe, w wyniku których „towarzysząco” ponosiła ofiary ludność cywilna. W dobie operacji powietrznych wykonywanych drogą bombardowań powierzchniowych, w których wykorzystywano bomby swobodnego upadku, wysokość strat często wydawała się być trudna do uzasadnienia w świetle współczesnych wymagań zasady proporcjonalności, szczególności tej wyrażonej w przepisach I Protokołu Dodatkowego⁷. Prawna problematyka bombardowań powietrznych w okresie II wojny światowej i związana z tym kwestia *collateral damage* była podnoszona podczas procesu Einsatzgruppe przed Międzynarodowym Trybunałem Wojskowym w Norymberdze (MTW). MTW w sposób celowy nie dokonał pogłębionej analizy legalności operacji powietrznych w okresie wojny, gdyż rozbudowana wykładnia przepisów musiałaby z dużym prawdopodobieństwem prowadzić do uznania za sprzeczne z prawem międzynarodowym także pewnych misji powietrznych wykonywanych przez lotnictwo alianckie. Trybunał uznał zjawisko ataków powietrznych na miasta niemieckie jako *act of legitimate warfare* i odmówił dalszej wykładni tego zagadnienia, powołując się na dysproporcjonalność ciężaru gatunkowego czynów między legalnymi operacjami bojowymi, a celową, zbrodniczą polityką III Rzeszy prowadzoną na masową skalę⁸. Z aksjologicznego punktu widzenia, stanowisko MTW ma uzasadnienie, jednakże

Force Base 1997, s. 31; Y. Dinstein, *The Conduct of Hostilities Under the Law of International Armed Conflict*, Cambridge 2004, s. 111.

- 7 „(...) należy odstąpić od ataku lub go przerwać, gdy okaże się, że jego cel nie ma charakteru wojskowego lub korzysta ze szczególnej ochrony albo że można oczekiwać, iż wywoła on nie zamierzone straty w życiu ludzkim wśród ludności cywilnej, ranienia osób cywilnych lub szkody w dobrach o charakterze cywilnym albo takie straty i szkody łącznie, których rozmiary byłyby nadmierne w stosunku do oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej”, Art. 57, ust. 2, pkt III, podpkt (b) Protokołu dodatkowego do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych Genewa, 8 czerwca 1977 r. (Dz.U. z 1992 r., nr 41, poz. 175, załącznik).
- 8 *Einsatzgruppe Case*, Trial of War Criminals Before The Nuremberg Military Tribunal, Vol. IV. Norymberga 1946–1949 s. 380; zob. także M. C. Bassiouni, *Crimes Against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, Cambridge 2011, s. 635.

z punktu widzenia prawa konfliktów zbrojnych należy „milczenie” Trybunału norymberskiego uznać za problematyczne. Po okresie II wojny światowej, rozwój prawa konfliktów zbrojnych, a także wzrost poziomu jego przestrzegania, doprowadziły do wprowadzenia na uzbrojenie sił powietrznych pierwsze pociski kierowane laserowo, optycznie czy elektrooptycznie. Począwszy od 1972 roku, (ofensywy *Linebacker* w Wietnamie) pociski precyzyjnego rażenia stawały się stopniowo istotnym elementem planowania operacji powietrznych⁹. W zastosowaniu tego uzbrojenia kryją się dwa powody – pierwszy dotyczący wzrostu skuteczności trafienia oraz zmniejszenia nadmiernego *Circular Error Point (CEP)*¹⁰, drugi mający znaczenie do własnych załóg, chroniąc je przed ryzykiem zbyt długiego przebywania w zasięgu nieprzyjacielskiej broni przeciwlotniczej. Zgodnie z raportem Prokuratora Międzynarodowego Trybunału Karnego, od momentu operacji Pustynna Burza, rakiety precyzyjne zaczęły stanowić coraz większy odsetek wszystkich stosowanych pocisków, aż do operacji NATO w Libii w 2011 roku, gdzie po raz pierwszy 100 % wszelkich wystrzelonych pocisków stanowiły pociski precyzyjnego rażenia¹¹.

9 O operacji bojowej w Wietnamie i jej zgodności z prawem konfliktów zbrojnych zob. W. H. Parks, *Rolling Thunder and the Law of War*, „Air University Review” 1982.

10 Rozrzut bomb bombowca B-17 „latającej fortecy” szacowano teoretycznie na 3 300 stóp (ok. 1 km). Dla myśliwica F-4 Phantom z okresu wojny wietnamskiej margines błędu wynosi ok. 400 stóp (130 m). Samolot F-117 Nighthawk używany w trakcie operacji Pustynna Burza atakował z dokładnością ok. 10 stóp (ok. 3 m); za: G. Crowder, *Headquarters Air Combat Command, Effect Based Operations, Air Combat Command*, www.au.af.mil/au/awc/awcgate/dod/ebo_slides/030318-D-9085-024.pdf (dostęp 27.05.2013).

11 „To place this reported figure in context, according to publicly available reports, parties to conflicts gave the ratio of precision-guided weapons to total weapons released as: 8% in the Persian Gulf (1991), 33% in Kosovo (1999), 65% in Afghanistan (2002), and 66% in Iraq (2003, Coalition as a whole)”, Office of the Prosecutor, International Criminal Court response to communications received concerning Iraq, www.icc-cpi.int/en_menus/icc/structure%20of%20the%20court/office%20of%20the%20prosecutor/comm%20and%20ref/decision%20not%20to%20proceed/iraq/Pages/otp%20letter%20to%20senders%20reply%20on%20iraq.aspx (dostęp 27.05.2013).

Sprawa Gotoviny i *standard 200 metrów* w świetle wyroków Izby Orzeczniczej i Apelacyjnej Międzynarodowego Trybunału Karnego ds. b Jugosławii

Generał Ante Gotovina w trakcie wojny na Bałkanach, latem 1995 był jednym z dowódców operacji *Sztorm* – uderzenia chorwackich sił zbrojnych przeciwko jednostkom Serbskiej Republiki Krajiny, na terenie wschodniej części obecnego terytorium Chorwacji. Atak jednostek dowodzonych przez Gotovinę okazał się sukcesem militarnym, co zmusiło mniejszość serbską do opuszczenia tych terytoriów w obawie przed represjami. Prokurator MTKJ postawił generałowi zarzut uczestnictwa w związku przestępczym (*joint criminal enterprise* – *JCE*), którego celem bezpośrednim było wyparcie ludności serbskiej poza granicę historycznej Chorwacji. Jednym z pośrednich środków nacisku na ludność cywilną miało być bombardowanie artyleryjskie, które zdaniem Prokuratury było wykonywane z pogwałceniem praw i zwyczajów wojennych, w szczególności art. 3 Statutu MTKJ pkt (b), czyli z nie uzasadnioną koniecznością wojskową¹². 11 kwietnia 2011 roku, I instancja MTKJ – Izba Orzecznicza, wydała wyrok skazujący Gotovinę na karę 24 lat pozbawienia wolności, uznając go za winnego partycypacji w związku przestępczym oraz uznając go za odpowiedzialnego za nielegalne bombardowanie miast w Krajnierz. Wyrok poruszał bardzo ważne, dotychczas niespotykane

12 Case Information Sheet, „Operation Storm” (IT-06-90) Gotovina et Markač, *The Prosecutor v. Ante Gotovina, Ivan Čermak and Mladen Markač*, www.icty.org/x/cases/gotovina/cis/en/cis_gotovina_al_en.pdf (dostęp 27.05.2013); „atakowanie lub bombardowanie przy użyciu jakichkolwiek środków nie broniących miast, wsi, domów mieszkalnych i budynków”, Art. 3 pkt. b Statutu Międzynarodowego Trybunału do Spraw Ścigania Osób Odpowiedzialnych za Poważne Naruszenia Międzynarodowego Prawa Humanitarnego na Terytorium byłej Jugosławii od 1991 roku, przyjęty dnia 25 maja 1997 roku Rezolucją Rady Bezpieczeństwa ONZ 827 z późn. zmianami – tekst jednolity.

13 „Operation Storm” (IT-06-90) Gotovina et Markač, *The Prosecutor v. Ante Gotovina, Ivan Čermak and Mladen Markač*, Trial Chamber Judgment, dostępny www.icty.org/x/cases/gotovina/tjug/en/110415_judgement_vol1.pdf (dostęp 27.05.2013).

zagadnienie związane określeniem granic legalności ostrzałów artyleryjskich w warunkach miejskich¹⁴. By odnieść się do tego problemu, sędziowie Izby zdecydowali się zakreślić granice zgodnego z prawem humanitarnym oddziaływania środków bojowych znajdujących się na wyposażeniu chorwackich jednostek artyleryjskich, podlegających dowództwu Ante Gotoviny, poprzez stworzenie *standardu 200 metrów*¹⁵. Granica *200 metrów* została ustalona na podstawie danych z lokacji upadku pocisków i ich odległości od legalnych celów wojskowych znajdujących się w obszarze zabudowanym. Zdaniem Izby Orzeczniczej, wyznaczony w ten sposób „margines błędu” uwzględnił możliwość technicznej dysfunkcji artylerii wskutek rozkalibrowania broni, czy wpływu warunków atmosferycznych. Budując ten model sędziowie oparli się na zeznaniach biegłych, którzy ocenili dopuszczalne odchylenia w tym względzie na ok. 50 metrów. Stosując tym samym zasadę *200 metrów*, I instancja MTKJ wskazała, iż część z wystrzelonych pocisków upadła w odległościach większych od przyjętego poziomu, co oznacza, iż pociski te nie były wystrzeliwane bezpośrednio w celu trafienia obiektów wojskowych. Takie rozumowanie doprowadziło do przyjęcia w ramach okoliczności faktycznych, iż w czasie bombardowań ogniowych kierowanych na cele o znaczeniu militarnych, wystrzelono ok. 5% pocisków bez związku z przesłankami natury wojskowej, co oznacza, iż artyleria chorwacka „ślepo” bombardowała miasta zamieszkałe przez Serbów. Dodatkowym argumentem przemawiającym za powyższą koncepcją było uznanie, iż wojska chorwackie nie mogły ostrzeliwać tzw. celów spontanicznych, czyli reagować ogniem na ruch oddziałów wojskowych na terenach zabudowanych, gdyż nie udowodniono, iż mogły obserwować przesunięcia jednostek serbskich. W konkluzji, I instancja uznała Ante Gotovinę za winnego ostrzału artyleryjskiego

14 Poprzez brak ograniczenia oddziaływania ogniowego tylko i wyłącznie przeciwko obiektom o znaczeniu militarnym, w rozumieniu art. 52 I Protokołu Dodatkowego.

15 „Operation Storm” (IT-06-90) Gotovina et Markač, *The Prosecutor v. Ante Gotovina, Ivan Čermak and Mladen Markač*, Trial Chamber Judgment, para. 1898.

o charakterze „bez rozróżnienia” i skazała go, w ramach konstrukcji *joint criminal enterprise*, na karę 24 lat pozbawienia wolności. Obrona generała złożyła apelację od wyroku do drugiej instancji MTKJ, która w dniu 16 listopada 2012 roku uniewinniła oskarżonego od zarzucanego mu czynu, uznając ustalenia Izby Orzecniczej za wadliwe i nieuzasadnione w świetle materiału dowodowego. Izba Apelacyjna uznała *regułę 200 metrów* jako wadliwy standard prawny, jednakże, i co spotkało się z krytyką, nie określiła powodów jego odrzucenia¹⁶.

Jaka jest refleksja doktryny prawa konfliktów zbrojnych na przedstawione zjawiska *zero casualty warfare* i *standardu 200 metrów*?

Przede wszystkim, regulacje dotyczące wojny powietrznej, z wyjątkiem Deklaracji Petersburskiej z 1899 roku nie zawierają przepisów, które zawierają sztywne reguły w zakresie stosowanego uzbrojenia i określenia skutków prawnych, jakie wywołuje ich użycie. Żaden przepis prawa dotyczący wojny powietrznej nie wskazuje matematycznie granic, w którym zachodzi zjawisko dopuszczalnych i akceptowalnych strat towarzyszących (ocenianych według zasady proporcjonalności), a rozpoczyna się działanie uznawane jako *indiscriminate* w świetle art. 24 haskich reguł wojny powietrznej z 1923 roku oraz

16 „Operation Storm” (IT-06-90) Gotovina et Markač, *The Prosecutor v. Ante Gotovina, Ivan Čermak and Mladen Markač, Appeals Chamber Judgment* dostępny www.icty.org/x/cases/gotovina/acjug/en/121116_judgement.pdf (dostęp 27.05.2013). Szerzej o zasadzie 200 metrów w świetle norm prawa konfliktów zbrojnych zob. W. B. Hufmann, *Margin Of Error: Potential Pitfalls of the Ruling in the the Prosecutor v. Ante Gotovina*, „Military Law Review”, 211/2012; D. Melcic, *Considering the decision of the ICTY Appeals Chamber to acquit Ante Gotovina and Mladen Markac*, <http://greatersurbiton.wordpress.com/2012/12/13/considering-the-decision-of-the-icty-appeals-chamber-to-acquit-ante-gotovina-and-mladen-markac> (dostęp 27.05.2013); M. Kersten, *The aftermath of the ICTY’s Gotovina Trial: Due process and Historical truth, Justice in Conflict*, <http://justiceinconflict.org/2012/11/19/the-aftermath-of-the-ictys-gotovina-trial-due-process-and-historical-truth/> (dostęp 27.05.2013); M. Piątkowski, *Sprawa Gotovina – Operation Storm (IT-06-90) oraz zasada 200 metrów w świetle norm ius in bello* [niepubl.].

art. 51 ust. 4 i ust. 5 I Protokołu Dodatkowego. Tych granic, z technicznego punktu widzenia, nie da się w sposób jednoznaczny określić. Pozwolę sobie posłużyć się tu pewną analogią, która nawiązuje do problemu unormowania zakresu celów o znaczeniu wojskowym. Zarówno art. 2 IX Konwencji haskiej z 1907 roku dotyczący bombardowań morskich, art. 24 Haskich reguł wojny powietrznej, czy aneks do Projektu Międzynarodowego Czerwonego Krzyża z New Dehli, próbowały dążyć do stworzenia zamkniętego katalogu obiektów wojskowych, wobec których działania wojenne powinny być prowadzone *tylko i wyłącznie* i niosących przez to znamiona operacji legalnych¹⁷. Art. 52 I Protokołu Dodatkowego zerwał z tym założeniem, gdyż praktyka wojskowa i względy racjonalności wskazywały, że nie można takiego zamkniętego zakresu obiektów wojskowych stworzyć, gdyż mogło to nawet prowadzić do paradoksów porównywalnych do praktycznego zastosowania art. 25 IV Konwencji haskiej z 1907 roku. Przepisy prawa międzynarodowego nie mogą stawać się przepisami, których zastosowanie na polu walki stanie się irracjonalne i wątpliwe¹⁸. Państwa NATO narzucając sobie zasadę *zero casualty warfare* podejmują bardzo duże ryzyko. Po pierwsze, może to

17 „Jednakowoż nie są objęte tym zakazem dzieła wojskowe, zakłady wojskowe lub morskie, składy broni lub sprzętu wojennego, warsztaty i instalacje, mogące być użyte dla potrzeb floty lub armii nieprzyjacielskiej oraz okręty wojenne, znajdujące się w porcie”, Art. 2 Konwencji o bombardowaniu przez morskie siły zbrojne w czasie wojny (IX konwencja haska), Haga, 18 października 1907 r. (Dz.U. z 1936 r., nr 6, poz. 66); zob. art. 24 ust. 2 Haskich Reguł Wojny Powietrznej z 1923 roku, www.pck.org.pl/pliki/mp/1923_Haga_-_wojna_powietrzna.pdf (dostęp 27.05.2013); odnośnie aneksu do Projektu Czerwonego Krzyża z 1956 roku zob. Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmermann, *Commentary on the Additional I Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, Genewa 1987, s. 632, para. 2002.

18 Przykładem takiej regulacji, która zawierała postulaty niedostosowane do realiów konfliktu zbrojnego, była próba unormowania zjawiska nieograniczonej wojny podwodnej w postaci tzw. Protokołu londyńskiego z 1936 roku [Protokół dotyczący przepisów o akcji wojennej łodzi podwodnych, ustalonych w części IV traktatu londyńskiego z dnia 22 kwietnia 1930 r., Londyn, 6 listopada 1936 r. (Dz.U. z 1937 r., nr 55, poz. 425)]. W rezultacie, przeciwna praktyka państw w okresie II wojny światowej, doprowadziła do uznania tej normy traktatorowej za nieobowiązującą przez MTW w Norymberdze w trakcie procesu admirała Karla Doenitza; zob. G. Mettraux, *Perspective on the Nuremberg Trial*,

być zinterpretowane jako forma jednostronnego zobowiązania państwa na polu prawa międzynarodowego publicznego, ze wszystkimi tego konsekwencjami (choćby w postaci roszczeń odszkodowawczych dla poległych w trakcie operacji powietrznych). Niestety, żadna technologia nie wyeliminuje zjawiska ofiar cywilnych w konfliktach zbrojnych¹⁹. Nawet jeżeli dysponuje się bronią w 100% precyzyjną o dokładności wręcz centymetrowej (jak NATO w Libii), to i tak nie wyeliminuje się błędów ludzkich i technicznych w postaci złych danych wywiadowczych, błędnego rozpoznania celu, operatorów pocisków, warunków pogodowych, czy też jak określił Rogers, błędów podjętych w warunkach *error in judgment in the heat of the battle* (o czym świadczy ok. 70 poległych w trakcie operacji w Libii)²⁰. Co ze zjawiskiem błędów systemowych, jak zasada 15 000 metrów nad b. Jugosławią, czy *targeted killing* w Iraku czy Afganistanie, które ujawniają się obok czysto technicznej niedoskonałości? Jak wspomniał W. H. Parks, zbyt wiele czynników sprawia, że przyjmowane zawyżone standardy są w istocie nierealne do spełnienia²¹. M. Schmitt zwraca uwagę, iż w istocie absolutne wymagania stawiane operacjom wojskowym przez opinię publiczną i społeczność międzynarodową w konsekwencji doprowadzają do osłabienia znaczenia norm prawa konfliktów zbrojnych²². Oczywiście, istnieje możliwość prawnego

Oxford University Press 2008, s. 660; M. C. Bassiouni, *International Criminal Law: International Enforcement*, T. 3, Leiden 2008 s. 292 i n.

19 „Collateral damage can be planned for and mitigated. The potential for unintended damage can be mitigated...but neither fully planned for or anticipated”, G. Crowder, *op. cit.*

20 A. P. V. Rogers: *Law on the Battlefield*, Manchester 2006, s. 77.

21 „I will close with one final comment, and that is to suggest that air power advocates to some degree may be victims of their own hype. Promising degrees of accuracy that cannot always be met raises public expectations, and allows critics to argue that collateral civilian casualties resulting from the friction of war may have been intentional. Touting technological precision may lead to expectations that are unrealistic”. W. H. Parks, *Commentary*, [w:] *Legal and Ethical Lessons of NATO's Kosovo Campaign*, ed. A. E. Wall, „International Law Studies”, Vol. 78, s. 292.

22 „However, when the allure of precision creates exaggerated expectations of its possibilities such that those beyond the battlefield impose unreasonable demands on the military or postulate norms that go beyond treaty or custom,

uzasadnienia takich działań i zwrócenia uwagi, iż zasada *zero casualty warfare* odnosi się w istocie do zjawiska *collateral damage* i dotyczy tylko i wyłącznie zakresu art. 57 I Protokołu Dodatkowego. Jak uzasadnić to jednakże w świetle oczekiwań społeczności międzynarodowej? Wspominany już M. Schmitt stwierdził, że wraz ze wzrostem precyzyjności wzrastają oczekiwania humanitarne²³. Z drugiej strony, należy pamiętać, że na standard *zero casualty* mogą sobie pozwolić zasadniczo państwa NATO, dostatecznie rozwinięte technologicznie. Dla reszty krajów, które dysponują starszymi i znacznie mniej dokładnymi systemami kierowania ogniem, nakaz wynikający z art. 57 I Protokołu Dodatkowego mógłby zostać interpretowany poprzez implementowanie elementów orzeczenia Izby Orzekającej MTKJ w sprawie Gotovina, szczególnie, w zakresie opisywanej zasady 200 metrów. *De facto* oznaczałoby to stworzenie podwójnego standardu przestrzegania tego samego przepisu prawa konfliktów zbrojnych któremu można by nadać następujące znaczenie: „dobrać środki i metody ataku, których skutki i metody nie mogą przekraczać granicy 200 metrów”. Jest rzeczą oczywistą, że społeczność międzynarodowa nie zaakceptowałaby by proponowanego brzmienia w/w normy prawa humanitarne w odniesieniu do sił zbrojnych państw zachodnich. Tymczasem regulacja I Protokołu Dodatkowego nie stawia takich wymagań, wskazują na konieczność wykorzystania „praktycznie możliwe środki w celu uniknięcia a przynajmniej minimalizowania strat”²⁴. Jak zwrócił uwagę W. B. Hufmann „prawo konfliktów zbrojnych nie wskazuje wyraźnego standardu dokładności, nakazuje jedynie, aby walczący starali się uzyskać jak najwyższą precyzję przy uwzględnieniu ich technicznych, praktycznych

international humanitarian law is weakened”, M. N. Schmitt, *Precision Attack and International Humanitarian Law*, „International Review of the Red Cross”, Vol. 87, No. 856/2005, s. 466.

23 M. N. Schmitt, *The Principle of Discrimination in 21st Century*, „Yale Human Rights and Development Law Journal”, Vol. 2, 1999, para. 55, s. 168.

24 Takich wymagań nie stawiały operacjom powietrznym również, stanowiące obecnie element zwyczajowego prawa humanitarne, Haskie Reguły Wojny Powietrznej z 1923 roku i Projekt MKCK z New Dehli z 1956 roku.

i wywiadowczych ograniczeń”²⁵. „Praktycznie możliwe środki” – czyli rozumiane jako najodpowiedniejsze, jakie mogą być zastosowane, najdokładniejsze, ale muszą one uwzględniać specyfikacje uzbrojenia, zdolności finansowe, stan uzbrojenia charakter konfliktu. Wymieniona wyżej okoliczność nabiera znaczenia w obliczu licznych zastrzeżeń składanych przez państwa – strony do przepisów art. 57 I Protokołu Dodatkowego²⁶. Formułowanie zbyt daleko idącej wykładni, jej usztywnianie może w konsekwencji prowadzić do sprzecznych wniosków. W takim wypadku, tylko kwestią czasu byłaby sytuacja, w której pełnomocnik ofiar złożyłby pozew przeciwko państwo NATO, uzasadniając go naruszeniem standardu *zero casualty warfare*, jako podstawy odszkodowawczej uzasadniając to teorią jednostronnych zobowiązań składanych na forum międzynarodowym.

Postulaty *de lege ferenda*

Podsumowując obydwie zasady mogą mieć potencjalnie niebezpieczny wpływ na rozwój i stopień przestrzegania prawa konfliktów zbrojnych. W kontekście zasady *zero casualty* rozumianej jako „standard zerowych strat wśród ludności cywilnej” można mówić, wraz z oceną deklaracji NATO (wyrażonej w raporcie Komisji Śledczej ONZ z 2012 roku jako *zero expectation*) w trakcie operacji w Libii 2011 roku, o regule już istniejącej. Standard ten został samodzielnie narzucony na siebie przez państwa Sojuszu, jako dyrektywa bojowa (zob. podobne *Rules of Engagement* w operacji *Rolling Thunder* w Wietnamie

²⁵ W. B. Hufmann, *Margin Of Error...*, s. 21.

²⁶ Np. zastrzeżenie Zjednoczonego Królestwa „The United Kingdom understands both of these provisions to cover the employment of methods and means of warfare and that the risk of environmental damage falling within the scope of these provisions arising from such methods and means of warfare is to be assessed objectively on the basis of the information available at the time”, www.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Notification.xsp?action=openDocument&documentId=0A9E03FoF2EE757CC1256402003FB6D2 (dostęp 27.05.2013); zob. J. Gaudreau, *The Reservations to the Protocols Additional to the Geneva Conventions for the Protection of War Victims*, “International Review of the Red Cross”, No. 849/2003, s. 13.

w latach 1965–1972). Doprowadza to do sytuacji, w której politycznie i społecznie pożądane deklaracje są osiągane wbrew realizmowi towarzyszącemu każdej operacji wojskowej. „Mgła wojny”, która jest cechą charakterystyczną dla wszystkich konfliktów zbrojnych od zarażenia ludzkości, uniemożliwia przewidzenie wszystkich możliwych rozwiązań na współczesnych polach walki oraz ewentualnych konsekwencji takich działań. Z kolei „zasada 200 metrów” pomimo iż wyeliminowana przez orzeczenie II instancji MTKJ, stanowi przykład trudności z jakimi musi się zmierzyć ocena prawnomiędzynarodowa operacji bojowych prowadzonych w terenie zabudowanym. To także drogowskaz, aby norm *ius in bello* nie tworzyć w sposób sztywny, gdyż swoista „elastyczność” przepisów prawa humanitarnego pozwala je stosować w zmieniających warunkach nowoczesnej wojny.

Paweł Dębowski
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Jagielloński

ZAGADNIENIE WOJNY ASYMETRYCZNEJ
– ŚRODKA ZAŁATWIANIA SPORÓW NA
ARENIE MIĘDZYNARODOWEJ NA TLE NORM
PRAWA MIĘDZYNARODOWEGO PUBLICZNEGO

Wojna asymetryczna stanowi współcześnie realne zagrożenie dla bezpieczeństwa międzynarodowego¹. Tym bardziej uzasadnione wydaje się podjęcie próby określenia charakteru, zakresu wojen asymetrycznych w świetle tradycyjnych ujęć konfliktów zbrojnych, ich uwarunkowań oraz atutów i ograniczeń stron, pozostających w takim konflikcie. Należy odpowiedzieć na pytania o współczesne oblicze wojny asymetrycznej i zagrożeń, jakie niesie ona ze sobą, zastanowić się, czy współczesne uregulowania prawa międzynarodowego publicznego skutecznie mogą zapobiegać powstawaniu i zaostrzaniu sporów, które są przyczyną powstawania wojen asymetrycznych oraz czy normy te są wystarczające do rozwiązywania takich sporów. Niewątpliwie warto podjąć również próby wskazania norm prawa międzynarodowego, które mogą regulować status, prawa i obowiązki podmiotów prawa międzynarodowego w sytuacjach wojen asymetrycznych.

¹ Zob. M. Madej, *Zagrożenia asymetryczne bezpieczeństwa państw obszaru transatlantyckiego*, Warszawa 2007, s. 117.

Termin „wojna asymetryczna” pojawił się w latach 90-tych podczas debaty prowadzonej w Stanach Zjednoczonych w sprawie rozwoju potencjału militarnego po zakończeniu „zimnej wojny”². Termin „wojna asymetryczna” jest więc pojęciem stosunkowo świeżym, które niewątpliwie budzi jeszcze duże kontrowersje na arenie międzynarodowej, jak i wśród przedstawicieli nauki na całym świecie. Najogólniej rzecz ujmując zakres tego pojęcia obejmuje zastosowanie taktyki niekonwencjonalnej, zawierającej w sobie wojnę informacyjną, działania dyplomatyczne, użycie sojuszników, organizacji pozarządowych, sił i organizacji międzynarodowych, tajnych akcji dywersji, wzniesienia niepokojów wewnętrznych, zmiany rządów w zamian tradycyjnych i jawnych działań wojennych. Na tym właśnie tle powstaje pytanie o odpowiedzialność stron „wojny asymetrycznej” w świetle prawa międzynarodowego. Niewątpliwie należy zauważyć, że na znaczeniu tracą tradycyjne mechanizmy dyplomacji i zapobiegania konfliktom, które sprawdzały się nawet w czasach najostrzejszej „zimnej wojny”. Co więcej, z przeciwnikiem w trakcie wojny asymetrycznej trudno prowadzić dialog, gdyż nie jest wykazywane przez niego jakiegokolwiek zainteresowanie dialogiem.

Zanim podejmie się próbę bliższego zakreslenia ram tego pojęcia, należałoby uczynić kilka uwag na gruncie zagadnienia ściśle związanego z koncepcją wojny asymetrycznej, mianowicie zagadnienia MOOTW (Military Operations Other Than War). Są to tzw. „operacje wojskowe inne niż wojna”. W tym zakresie warto przytoczyć pogląd T. Szubrychta, który stwierdził, iż takie działania obejmują m.in.: „(...) użycie możliwości sił zbrojnych w szerokim zakresie operacji, prowadzonych na mniejszą skalę niż wojna”³. Pojęcie MOOTW zostało sformułowane w roku 1994 i zawiera w sobie elementy aż

2 Zob. S. Metz, D. V. Johnson, *Asymetry and U.S. Military Strategy: Definition, Background, and Strategic Concepts*, www.au.af.mil/au/awc/awcgate/ssi/asymetry.pdf (dostęp 25.05.2013), s. 2.

3 T. Szubrycht, *Analiza podobieństw operacji militarnych innych niż wojna oraz działań pozwalających zminimalizować zagrożenia asymetryczne*, „Zeszyty Naukowe Akademii Marynarki Wojennej”, 2006, nr 1 (164), s. 141.

trzech różnych definicji, które ostatecznie nie znalazły szerszego wykorzystania w fachowej terminologii: MOSW (operacje wojskowe na krawędzi wojny), HOOTW (operacje humanitarne inne niż wojna) oraz OOTW (operacje inne niż wojna). W doktrynie wskazuje się, że wielu z powyższych elementów można doszukać się w dużej części działań, prowadzonych podczas każdej wojny asymetrycznej. Można także pokusić się o stwierdzenie, że MOOTW niezwykle łatwo mogą stać się wstępem do dalszego konfliktu o charakterze asymetrycznym⁴. Należy przyjąć, że operacje wojskowe inne niż wojna polegają głównie na zapobieganiu rozwojowi wypadków, który może prowadzić do eskalacji napięcia w stosunkach międzynarodowych lub wewnętrznych, a w efekcie – wybuchu konfliktu zbrojnego. Najważniejsze w tym zakresie będzie skupienie się na misjach o charakterze pokojowym i humanitarnym.

Czym jest więc wojna asymetryczna? W czasie Konferencji Obrony Narodowej amerykańscy eksperci ujęli w sposób dobitny ten problem: „(...) nie jest prawdopodobne, aby stawili nam czoła, wykorzystując wojska pancerne, siły lotnicze czy morskie, tzn. tam, gdzie nasza przewaga jest miażdżąca. Należy spodziewać się, iż wkrótce zastosują nowe sposoby, aby atakować nasze interesy, siły zbrojne, a także obywateli”⁵. W doktrynie wskazuje się wiele definicji, które podkreślają charakterystyczne cechy takich konfliktów zbrojnych. Wojna asymetryczna w ujęciu K. Pawłowskiego to „konflikt zbrojny, którego przeciwstawne strony posiadają różne potencjały militarne. Powoduje to sytuację, w której słabsza strona nie może liczyć na sukces w klasycznej konfrontacji militarnej i musi uciekać się do niekonwencjonalnych metod i środków prowadzenia walki lub też skutecznie wykorzystać określoną słabość silniejszego wroga”⁶. Podobną definicję przedstawił także K. Piątkowski, który stwierdził,

4 *Ibidem*, s. 142.

5 *Transforming Defence: National Security In the 21st Century*, National Defence Panel, Washington 1997.

6 K. Pawłowski, *Operacja „Allied Force” jako przykład wojny asymetrycznej*, „Consensus, Studenckie Zeszyty Naukowe”, nr 6/2006, s. 181.

że sytuacja, o której można mówić jako o wojnie asymetrycznej, to sytuacja, gdy „(...) państwo i jego siły zbrojne konfrontowane są z przeciwnikiem, którego cele, organizacja, środki walki i metody działania nie mieszczą się w konwencjonalnym pojęciu wojny (...). Wojna asymetryczna nie zna pojęcia pola walki, frontu, odbywa się (...) bez zachowania ciągłości geograficznej i chronologicznej”⁷. Jeszcze inne ujęcie, opracowane przez J. Pawłowskiego i P. Gawliczka, mówi o tym, że „(...) zagrożenia asymetryczne dotyczą sfery militarnej i pozamilitarnej. Obejmują myślenie, organizowanie i działanie odmienne od przeciwnika, w tym wykorzystanie wszelkiego rodzaju różnic w szeroko pojmowanych potencjałach stron. (...) zagrożenia asymetryczne stwarza najczęściej strona, która dążąc do konfrontacji, nie jest zdolna przeciwstawić się przeciwnikowi w sposób symetryczny, z użyciem tych samych lub podobnych środków walki. W takiej sytuacji strona opierająca się na strategii działań asymetrycznych stara się tak wybrać pole konfrontacji, aby maksymalnie ograniczyć możliwości wykorzystania przez stronę przeciwną jej przeważającego potencjału bojowego”⁸.

Odwołując się do Karty Narodów Zjednoczonych⁹, która definiuje konflikty konwencjonalne jako sytuacje oznaczające użycie siły przeciwko integralności terytorialnej innego państwa lub w celu samoobrony przed agresją ze strony innego państwa, należy jednoznacznie stwierdzić, że działania asymetryczne nie wpisują się w ten zakres działań wojennych¹⁰. Ich istotą jest działanie pośrednie, omijanie silnych stron przeciwnika i atakowanie jego miejsc słabych, najbardziej wrażliwych, stosowanie środków i metod niekonwencjonalnych. Istotą działań asymetrycznych jest wciąganie przeciwnika

7 K. Piątkowski, *Wojna nowego typu?*, „Polska w Europie”, marzec 2002, nr 1, s. 23–24.

8 P. Gawliczek, J. Pawłowski, *Zagrożenia asymetryczne*, Warszawa 2003, s. 18.

9 Karta Narodów Zjednoczonych Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości i Porozumienie ustanawiające Komisję Przygotowawczą Narodów Zjednoczonych (Dz.U. 1947 Nr 23, poz. 90).

10 Zob. A. Wejkszner, *Wojny XXI wieku. Istota współczesnych konfliktów asymetrycznych*, „Przegląd Strategiczny”, 2010, s. 119.

w obszary nieznane, wykorzystywanie jego siły przeciwko niemu, a jego słabości jako własnej siły¹¹. Dlatego wszelkie klasyczne operacje, nawet zakończone spektakularnym sukcesem taktycznym, nie mogą doprowadzić do ostatecznego rozstrzygnięcia strategicznego. Muszą być uzupełnione wieloma innymi działaniami, w tym długofalowymi wysiłkami o charakterze pozamilitarnym.

H. Münkler¹², T. Szubrycht¹³ i A. Wejkszner¹⁴ zwrócili ponadto uwagę na fakt, iż niezwykle ważny jest status formalno-prawny walczących stron. Innymi słowy – konflikt o charakterze asymetrycznym może, zgodnie z teorią, zaistnieć jedynie między podmiotami nierównymi sobie w wyżej wspomnianym zakresie. Należy wszakże zwrócić uwagę, iż współcześnie aspekt formalnoprawny jest spełniany w większym stopniu, ponieważ część uczestników konfliktu asymetrycznego ma charakter transnarodowy, a ich struktury nie są nawet zależne od państw trzecich. Idąc tym tokiem rozumowania należy skonstatować, iż skoro przeciwnik asymetryczny nie ma własnego państwa, nie może być podmiotem prawa międzynarodowego, a więc w znaczeniu prawnym – stroną konfliktu. Przeciwników takich w literaturze określa się mianem aktorów niepaństwowych, a są to *de facto* organizacje ponadnarodowe, w różnych źródłach określane jako pozapaństwowe lub ponadpaństwowe¹⁵. W sferze militarnej przeciwnika asymetrycznego można określić jako podmiot, który nie jest stroną w świetle prawa międzynarodowego, prowadzący działania za pomocą wszystkich dostępnych dla siebie środków walki i zwykle nie stosujący prawa międzynarodowego.

Można ponadto zauważyć, że operacje zbrojne w trakcie wojen asymetrycznych zostają przenoszone z cywilizacyjnych centrów na

11 Ciekawe rozważania w tym zakresie: A. Palazzo, A. Trentini, *Hybrid, complex, conventional, fourth-generation counterinsurgency. It's Decision that Still Matters Most*, „Australian Army Journal”, 2010 r., nr 1, s. 72.

12 H. Münkler, *Wojny naszych czasów*, Kraków 2004, s. 10.

13 Zob. T. Szubrycht, *Analiza...*, s. 141.

14 Zob. A. Wejkszner, *Wojny...*, s. 120.

15 E. Latoszek, M. Proczek, *Organizacje międzynarodowe. Założenia, cele, działalność*, Warszawa 2001, s. 27–57.

ich peryferia, a rozróżnienie pomiędzy cywilami a biorącymi udział w walce niemalże przestało istnieć. Walki toczą się wewnątrz państwa (ze względu na charakter etniczny, religijny lub rasowy), charakteryzują się dużą liczbą uczestników oraz odrzuceniem tradycji konwencjonalnej na rzecz presji psychologicznej i małych starć, jak również stosowania przemocy wobec ludności cywilnej. Jasno ujął to B. Balcerowicz: „(...) w wojnach wcześniejszych cele wynikały wyraźnie z geopolityki lub ideologii, podczas gdy w wielu wojnach nowych skupiają się na uzyskaniu (lub ugruntowaniu) w nowy sposób pojmowanej tożsamości politycznej. (...) nowa, polityczna tożsamość – jako cel wojny – niekoniecznie jest zorientowana na budowanie własnego państwa. (...) Charakterystycznym celem działań wojennych jest osiągnięcie pełnej kontroli nad określonym terytorium przez pozbycie się ludności o innej tożsamości”¹⁶.

Działania asymetryczne mają też własne mechanizmy ekonomiczne. Występują też odmienne od klasycznych cele, organizacja, technika, metody działania oraz ich zasięg¹⁷. Do czynników mających największy wpływ na przyjęcie strategii asymetrycznej należy zaliczyć obecnie dysproporcje potencjałów: ekonomicznego, militarnego, technicznego, a także demograficznego stron walczących, zakładane cele końcowe, czy też rodzaj struktur w jakie się je wymierza (sojusz, koalicja, państwo). Warto również znać podział T. Szubrychta¹⁸, który podzielił zagrożenia asymetryczne na militarne i pozamilitarne, w zasadzie obejmujące myślenie, organizowanie i działanie w sposób odmienny niż robi to przeciwnik. Szeroko pojmowana różnica w potencjale obu stron może być użyta do maksymalizacji własnej przewagi, przy jednoczesnym wykorzystaniu słabości wroga. Dzięki temu uzyskuje się dominację i większą swobodę operacyjną. Zasadniczą zaletą, z punktu widzenia efektywności działań przeciwnika

16 B. Balcerowicz, *Wojna. Kwestie nie tylko terminologiczne*, „Myśl Wojskowa” 2003, nr 3, s. 70–71.

17 Zob. K. Piątkowski, *Wojna...*, s. 23–24. Autor wskazał na pięć istotnych cech wojen asymetrycznych.

18 Zob. T. Szubrycht, *Analiza...*, s. 145.

asymetrycznego, jest zdaniem tego badacza możliwość wyboru miejsca i czasu konfrontacji, przede wszystkim zaś – minimalizacja wpływu silnych stron oponenta. W działaniach asymetrycznych wszelkie korzyści wynikające z przewagi technologicznej oraz uzbrojenia są niewielkie. A. Wejkszner dodał w tym zakresie: „Posiadane przez państwa zachodnie uzbrojenie oraz umiejętności żołnierzy nie przystają do nowych, asymetrycznych wyzwań dla bezpieczeństwa (...). Trudno jest (...) walczyć z przeciwnikiem wtopionym w społeczeństwo danego państwa, nie stanowiącym żadnego widocznego zagrożenia aż do czasu samego ataku, atakującego cele niewojskowe, przy użyciu niekonwencjonalnych metod. Koszty walki z takim przeciwnikiem (materialne, społeczne, propagandowe) są niewspółmiernie wysokie w stosunku do efektów”¹⁹.

Przeciwnicy asymetryczni mogą w czasie działań stosować uzbrojenie konwencjonalne (broń strzelecka, materiały wybuchowe, przenośne wyrzutnie rakiet, moździerze), BMR (przenośne ładunki jądrowe, preparaty chemiczne, patogeny biologiczne), czy też środki niekonwencjonalne (samolot pasażerski, samochód–pułapka, eksplozja instalacji przemysłowych). Skrytość, zmienność i zaskoczenie to główne atuty przeciwnika asymetrycznego. Nie bez znaczenia jest też różnica między gotowością do rozpoczęcia wojny ograniczonej i totalnej. Grupy partyzanckie, bojówki, rebelianci występując przeciwko regularnym oddziałom, mają z reguły niewiele skrupułów. Bardzo rzadko stosują atak bezpośredni polegający na użyciu siły zbrojnej w celu eliminacji wrogich oddziałów i zniszczenia ich zdolności do stawiania oporu. Taki przeciwnik swojego sukcesu upatruje raczej w systematycznym naruszaniu zasad prawa wojny w celu osiągnięcia celu wojskowego lub politycznego. Ucieka się do bombardowania celów niewojskowych, jak również stosowania przemocy wobec ludności cywilnej (gwałty, morderstwa, tortury). Strategia ta ma przede wszystkim na celu zniszczenie w pierwszym rzędzie woli walki wroga. Jest to podejście reaktywne w stosunku do zamierzeń drugiej strony,

¹⁹ A. Wejkszner, *Wojny...*, s. 123.

co nie znaczy wszakże, iż nie zakłada w pewnych sytuacjach atakowania wroga. Inną opcją – znacznie częściej wykorzystywaną – jest wojna partyzancka. Jej idea sprowadza się do zorganizowania części populacji w oddziały wojskowe, wyszkolone do zadawania strat przeciwnikowi przy jednoczesnym unikaniu decydującej konfrontacji.

Powyższe rozważania na gruncie teoretycznym należy przenieść na płaszczyznę konkretnych przypadków na arenie międzynarodowej, które można zakwalifikować jako wojny asymetryczne. Warto wspomnieć o wojnie o Kosowo w 1999 r. W czasie tego konfliktu serbski prezydent Slobodan Milošević, który zrezygnował z wykorzystania swej armii, wypędził z Kosowa uchodźców albańskich i w ten sposób podjął próby osłabienia politycznego państw NATO, niejako prowokując do interwencji lądowej, co doprowadziło do znacznego zdestabilizowania regionu. Natomiast jeśli idzie o sferę militarną, to wydaje się, że jednym ze źródeł owych trudności było i jest patrzenie na tę operację przez pryzmat klasycznej operacji wojennej. Asymetryczny charakter można również przypisać konfliktowi między Izraelem a Autonomią Palestyńską. Palestyńczycy dysponują kilkudziesięcioma tysiącami uzbrojonych ludzi, ale zdają sobie sprawę z faktu, że gdyby otwarcie zaczęto uczestniczyć w walkach, wówczas Izrael zneutralizowałby zagrożenie w zaledwie w ciągu kilku dni. Bronią ofensywną o wiele skuteczniejszą dla nich – z politycznego i propagandowego punktu widzenia – są dzieci, rzucające kamieniami w uzbrojonych po zęby żołnierzy oraz ataki zamachowców-samobójców. Także obecna wojna terrorystów przeciwko Stanom Zjednoczonym to „wojna asymetryczna”. Konflikt zbrojny w Iraku i Afganistanie to przykład działań asymetrycznych, w których terroryści walczą z Zachodem, wykorzystując zachodnie zdobycze cywilizacyjne, takie jak telewizja czy Internet. Organizując egzekucje zakładników, a następnie publikując je w mediach, wykorzystują słabość strony zachodniej, która jest niezdolna i niechętna do ponoszenia jakichkolwiek ofiar po swojej stronie. W otwartym społeczeństwie obywatelskim – jakim jest społeczeństwo USA i innych

państw Zachodu – trudno jest zagwarantować obywatelom pełne bezpieczeństwo, nie ograniczając ich praw. Terrorysty wykorzystali tę otwartość – i przy użyciu minimum sił własnych zadali Ameryce wielkie straty ludzkie i materialne, poruszając politycznie całym niemal światem. Przeprowadzane przez zamachowców ataki w Iraku i Afganistanie były podporządkowane określonym celom polityczno-militarnym. Chodziło i nadal chodzi o zahamowanie odbudowy struktur państwowych (zamachy na wojsko, policję, przeciwników politycznych i religijnych) oraz destabilizację kraju (masowe straty sanitarne wśród przypadków cywilów ginących na targach, miejscach kultu religijnego). Cel pośredni, oprócz zadania strat wojskom koalicyjnym i rządowym, stanowi utrzymanie stałego poczucia strachu, zagrożenia życia wśród ludności oraz działalność rabunkowa.

Typowym konfliktem tego rodzaju są zmagania Izraela z ruchem Hezbollah – quasi-państwowym ugrupowaniem, które w większości stacjonuje na terytorium ościennego, formalnie neutralnego Libanu. Bojownicy Hezbollahu udowodnili, że współczesne struktury paramilitarne coraz szybciej upodobniają się do regularnych armii. Zarazem zaś sprawdzone metody walki regularnych sił zbrojnych okazują się w tym przypadku niewystarczające. Nawet członkowie rządu w Tel Awiwie i posłowie Knesetu przyznają, że ich państwo nie jest w stanie osiągnąć przewagi militarnej, jaką jest neutralizacja Hezbollahu, mimo oczywistej niewspółmierności potencjałów obu armii. Doskonałym przykładem takiego sposobu walki był również skuteczny zamach na stojący na redzie Adenu niszczyciel USS Cole, jaki miał miejsce 12 października 2000 roku. W supernowoczesny wielozadaniowy okręt wojenny o wartości ponad miliarda dolarów wbiła się rybacka motorówka wyposażona w przenośny silnik. Za jej sterami zasiadło dwóch gotowych na śmierć fanatyków, którzy załadowali na pokład kilkadziesiąt kilogramów materiałów wybuchowych. To wystarczyło, by zabić 17 i ciężko poranić kolejnych 46 żołnierzy amerykańskich, spowodować straty w wysokości setek milionów dolarów, wywołać nie tylko doraźny szok, lecz trwałe poczucie

zagrożenia wśród żołnierzy i dowództwa marynarki wojennej USA. Obecne działania asymetryczne w postaci zamachów prowadzonych przez terrorystów islamskich są skuteczne zwłaszcza tam, gdzie siły antyterrorystyczne, jednostki specjalne nie są dobrze przygotowane do szybkiego i skoordynowanego reagowania.

Wydaje się, iż XXI wiek będzie domeną konfliktów asymetrycznych, opartych głównie o grę niepaństwowych aktorów. Dzisiejsza rzeczywistość stosunków międzynarodowych cechuje się bardzo dużą transgranicznością zachodzących w niej procesów, co ma również wpływ na sferę działań wojennych. Coraz większa ilość aktorów niepaństwowych będzie przyspieszać i pogłębiać ten proces. Podsumowując, można zauważyć, że w chwili obecnej zniknęło zagrożenie monolityczne, przewidywalne w swoim działaniu i konsekwencjach, a zastąpiło je ryzyko o wielokierunkowych i wieloaspektowych sferach. Dlatego też biorąc pod uwagę przeprowadzoną analizę należy wskazać na potrzebę generalnej strategii globalnej. Strategia ta powinna oprzeć się na strategii proaktywnej, czy też strategii wyprzedzania, wyprzedzania zagrożeń, wyprzedzania przeciwnika we wszystkich sferach aktywności na polu bezpieczeństwa – wyprzedzania w twórczym myśleniu o bezpieczeństwie, w przygotowaniu się zawczasu na ewentualną potrzebę i wreszcie w samym działaniu w razie zaistnienia już takiej potrzeby. Rozumiejąc istotę działań asymetrycznych należałoby raczej prowadzić działania nie zmierzające do zniszczenia ruchu oporu przez zabijanie partyzantów, lecz w wyniku uzyskania wsparcia ludności cywilnej i poprzez to uniemożliwienie partyzantom zarówno schronienia, jak i rekrutacji²⁰. Ponadto strategię tą należałoby wzbogacić o wymagania wobec zdolności stabilizacyjnych²¹, w tym zwłaszcza potencjału pozamilitarnego.

20 Takie działania zaproponował J. Dobbins, *Iraq: Winning the Unwinnable War*, „Foreign Affairs”, January/February 2005.

21 Interesujące rozważania u J. P. White, J. Deutch, *Building capability from the technical revolution that has happened. Report of the Belfer Center Conference on national security transformation*, Carlisle 2004. Także H. Binnendijk, S. E. Jonson, *Transforming for Stabilization and Reconstruction Operations*, National Defense University, Waszyngton 2004.

Rozważania zawarte w niniejszym artykule w odniesieniu do zagrożeń asymetrycznych pozwalają stwierdzić, że pojedyncze państwa nie są w stanie samodzielnie przeciwdziałać zagrożeniom asymetrycznym, co wymaga działania w ramach wielkich koalicji, paktów, organizacji. Kolejną ważną kwestią jest zwalczanie konfliktów asymetrycznych w rejonach, gdzie powstają, a także świadomość, iż militarny sposób rozwiązania problemu powinien następować po wyczerpaniu innych form zapobiegania, jak polityczny, czy ekonomiczny. W końcu wreszcie konieczne jest określenie jasnych i niezmiennych podstaw prawnych (legislacyjnych) działań militarnych i pozamilitarnych.

Agnieszka Kamińska
Konsul Republiki Malty

OKREŚLANIE I REALIZACJA CELÓW POLITYKI MIĘDZYNARODOWEJ W RAMACH STOSUNKÓW DYPLOMATYCZNYCH – ZARYS PROBLEMU. GŁOS W DYSKUSJI

Przedmiotem niniejszego artykułu jest syntetyczne ujęcie wybranych aspektów instrumentów polityki międzynarodowej, z punktu widzenia codziennej pracy dyplomatów, a także nakreślenie zasadniczych problemów, z jakimi osoby reprezentujące dany podmiot stosunków międzynarodowych stykają się na co dzień.

W pierwszej kolejności koniecznym jest doprecyzowanie, czym jest dyplomacja. Dorobek prawa międzynarodowego publicznego pozwala na zaprezentowanie wielu znaczeń niniejszego pojęcia. Niemniej, w ramach mojego wystąpienia będę się posługiwać pojęciem dyplomacja na oznaczenie instytucji państwowych i międzynarodowych, regulujących stosunki z innymi państwami, czy organizacjami międzynarodowymi. W tym znaczeniu rozumiemy instrument, za pomocą którego państwo wyraża i prowadzi swą politykę zewnętrzną w stosunkach zewnętrznych.

Odnosząc powyższe do bieżącej działalności służb dyplomatycznych wskazania wymaga, iż zasadniczym, dla określenia aktualnych i przyszłych celów przy podejmowaniu danych działań ze strony

osoby reprezentującej interesy podmiotu prawa międzynarodowego, jest zrozumienie i ujęcie polityki zagranicznej, jaka została obrana przez określone państwo lub organizację¹.

W przypadku dostąpienia szacunku otrzymania listów uwierzytelniających, patentu lub innego rodzaju pisma akredytującego, którego rodzaj jest uzależniony od charakteru i naszego statusu jako reprezentanta delegowanego z ramienia głowy państwa, przychodzi wcześniej czy później moment podjęcia decyzji, która nie jest objęta instrukcjami lub dokumentami związanymi z koordynacją polityki międzynarodowej². W takim wypadku, stojąc wobec konieczności, na przykład, sformułowania wypowiedzi natychmiast, konieczna jest dogłębna znajomość i zrozumienie idei, wartości, interesów, jakie legły u podstaw wykształtowania polityki międzynarodowej podmiotu, który reprezentujemy. W związku z tym, dyplomata winien poza szeroką i wszechstronną wiedzą w zakresie zasad protokołu dyplomatycznego oraz sztuki prowadzenia negocjacji, posiadać umiejętność uchwycenia często ulotnego i na pierwszy rzut oka nierozpoznawalnego pierwiastka racji stanu w zajęciu takiego, a nie innego stanowiska³. Podkreślenia przy tym wymaga, iż każde państwo w inny sposób ujmuje swe interesy, stawiając na pierwszym miejscu, przykładowo, gospodarkę, politykę historyczną, poczucie narodowej dumy⁴. Z moich obserwacji wynika, że wbrew pozorom, coraz silniej rysuje się zróżnicowanie w hierarchii wartości i celów, jakie postrzegane są przez poszczególne podmioty prawa międzynarodowego jako najistotniejsze⁵. Sprzyja temu coraz większe znaczenie

1 Trafnie tę konstatację ujęto w E. Molendowski, W. Polan, *Dyplomacja gospodarcza: rola i znaczenie w polityce zagranicznej*, Warszawa 2007.

2 Znaczenie działań dyplomatycznych wyłania się na tle: Izabela Gawłowicz, *Międzynarodowe prawo dyplomatyczne – wybrane zagadnienia*, Kraków 2011 r.

3 Szerzej: R. Mead, T. G. Anderson, *International Management: Culture and Beyond*, Warszawa 2011.

4 Interesująco wyłania się to na tle lektury: J. Menkes, A. Wasilkowski, *Organizacje międzynarodowe. Prawo instytucjonalne*, Warszawa 2010.

5 W sposób interesujący, z ekonomicznego punktu widzenia, odniesiono się do niniejszej problematyki w: P. J. Montiel, *International Macroeconomics*,

transkontynentalnej wymiany handlowej, a także multicentryczny charakter globalnej polityki⁶, w której ośrodek europejskiej cywilizacji, choć nadal dominuje, staje się powoli jednym z wielu⁷.

W moim przekonaniu, prawdziwy dyplomata cechuje się w szczególności swoistego rodzaju zmysłem, pozwalającym mu natychmiast określić priorytety przyjmowane w ramach państwa, jakie reprezentuje. Nierzadko wybór danego rozwiązania związany jest z kosztami, jakie należy ponieść, ale nie z uwagi na aspekt ekonomiczny a ze względu na miejsce dobra, jakie ma być osiągnięte w hierarchii wartości danego podmiotu prawa publicznego międzynarodowego.

Omówiony aspekt dyplomaty ukazuje charakterystyczną cechę kształtowania i prowadzenia stosunków międzynarodowych, a mianowicie niezwykłą istotność osoby wybranej na reprezentanta danego państwa⁸. Delegując określonego przedstawiciela dąży się w praktyce, do uwzględnienia wykształconych już kontaktów i obycia przyszłego członka służby dyplomatycznej w państwie przyjmującym lub organizacji, z jaką mają być prowadzone rozmowy. Bowiern każdy uważny obserwator może stwierdzić, iż prowadzenie działań dyplomatycznych można podzielić na dwa rodzaje, a mianowicie oficjalne i odbywające się poza sesjami lub poszczególnymi etapami zinstytucjonalizowanej formy wymiany argumentów. Umiejętne prowadzenie drugiego w nakreślonych typów działań dyplomatycznych może, przy wyborze odpowiedniej osoby, doprowadzić do osiągnięcia znacznie bardziej optymalnego efektu, niż opieranie się wyłącznie na oficjalnych środkach dążenia do zamierzonego celu. Wiąże się

Warszawa 2012 r. oraz w: T. T. Kaczmarek, J. Królak-Werwińska, *Handel międzynarodowy. Zarządzanie rykiem. Rozliczenia finansowe*, Warszawa 2008.

6 Szczególnie widoczne jest to na gruncie prawa umów międzynarodowych, zwłaszcza na tle: A. Wyrozumsk, *Umowy międzynarodowe. Teoria i praktyka*, Warszawa 2005.

7 Szerzej na ten temat: E. Mikos-Skuza (red.), *Prawo Międzynarodowe – Teraźniejszość, Perspektywy, Dylematy. Księga Jubileuszowa Profesora Zdzisława Garlickiego*, Warszawa 2013.

8 W sposób interesujący można do tego wniosku dojść na tle: M. Tabernacka, A. Szadok-Bratuń (red.), *Public Relations w sferze publicznej. Wizerunek i komunikacja*, Warszawa 2012.

z tym nieodłącznie immanentna cecha dyplomacji, jaką jest dyskrecja. Rozpoczynając jakiegokolwiek negocjacje lub prowadząc działania ukierunkowane na uzyskanie danych ustępstw już poza oficjalnymi spotkaniami, należy utrzymywać wszelkie uzyskane informacje lub propozycje ustępstw w całkowitej tajemnicy przed osobami trzecimi. Uchybiając tejże zasadzie można całkowicie utracić możliwość odbudowy zaufania partnera z państwa przyjmującego.

Zachowanie tejże dyskrecji na gruncie prawa polskiego napotyka na pewnego rodzaju trudności. Dla porządku wspomnieć należy, iż dyskrecja i zachowanie tajemnicy jest szczególnie istotne nie tylko na gruncie relacji przedstawiciela dyplomatycznego z innym reprezentantem podmiotu prawa międzynarodowego, ale również i w relacji państwo reprezentowane, a jego reprezentant. W tym miejscu wspomnieć należy problematykę planowanego wprowadzenia kategorii tzw. tajemnicy dyplomatycznej. Zgodnie z przygotowanym w ramach Ministerstwa Spraw Zagranicznych projektem ustawy o służbie zagranicznej, kategoria tajemnicy dyplomatycznej miałaby obejmować informacje dotyczące spraw zagranicznych lub członkostwa Polski w Unii Europejskiej⁹, których udostępnienie osobom niewykonyującym zadań publicznych w tym zakresie mogłoby zagrozić realizacji zadań lub osłabić pozycję negocjacyjną Rzeczypospolitej Polskiej¹⁰. Regulacja ta do złudzenia przypominać ma zapisy obowiązującego w Zjednoczonym Królestwie § 27 *Freedom of Information Act*, w jakim akcentuje się wyłączenie z pełnego dostępu informacji „wpływających na stosunki międzynarodowe”.

Ostatnimi czasy przetoczyła się przez media debata nad niniejszym zagadnieniem, w ramach której doszło do zetknięcia dwóch przeciwstawnych poglądów. Pierwszy z nich opierał się na uznaniu

9 W tym aspekcie można zrozumieć istotę problemu na tle: E. Cała-Wacinkiewicz, *Charakter prawny Unii Europejskiej w świetle prawa międzynarodowego*, Warszawa 2007 r. oraz A. Zielińska-Głębocka, K. Gawlikowska-Hueckel, *Integracja europejska*, Kraków 2004 r., a także K. Kowalik-Bańczyk, M. Szwarc-Kuczer, *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Tom I i II*, Warszawa 2012.

10 Znaczenie negocjacji w ramach UE wyłania się w szczególności na tle spostrzeżeń zamieszczonych w: J. Barcz (red.), *Integracja europejska*, Warszawa 2007.

prymatu zapisów ustawy o dostępie do informacji publicznej, w ramach której przyznaje się, w uproszczeniu, niemal każdemu prawo do uzyskania wszelkich informacji o sprawach publicznych¹¹. Akcentowano przy tym przysługujące niemal wszystkim osobom publiczne prawo podmiotowe do uzyskania informacji o sprawach publicznych¹². Odmiennie zapatrywanie prezentowały osoby podkreślające konieczność uwzględnienia interesów państwa jako całości, postrzegające cele zbiorowości ponad indywidualnymi dążeniami do wykonywania kontroli prowadzonych przez służby dyplomatyczne Rzeczypospolitej Polskiej działań, a także wskazujące na potencjalną możliwość wykorzystania pozyskanych informacji przez podmioty dążące do realizacji innych celów, niż założone przez polskich przedstawicieli dyplomatycznych¹³.

W moim przekonaniu, w całej tej debacie zabrakło wyraźnie słyszalnego głosu, ukierunkowanego na dotychczas sformułowane w ramach orzecznictwa sądowno-administracyjnego, poglądy związane z ograniczeniami w dostępności do informacji publicznej. Tak więc podnieść należy, iż w przypadku choćby podjęcia podejrzenia przez zobowiązanego do udostępnienia informacji publicznej, że w ramach realizacji żądania zawartego we wniosku mogą być ujawnione dane osobowe, istnieje obowiązek wydania decyzji odmownej. Ponadto w orzecznictwie zostało sformułowane pojęcie materiałów roboczych, które z uwagi na brak posiadania przymiotu dokumentu urzędowego nie podlegają udostępnieniu. Wreszcie, podnieść należy okoliczność, sformułowania pojęcia, „nadużycia prawa dostępu do informacji publicznej”.

11 W tym zakresie argumentacja z reguły zaczerpnięta z: I. Kamińska, M. Rozbicka-Ostrowska, *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, Warszawa 2012.

12 Por. M. Zaremba, *Prawo dostępu do informacji publicznej. Zagadnienia praktyczne*, Warszawa 2009.

13 W tym zakresie argumentację czerpano z reguły z: M. Bidziński, M. Chmaj, P. Szustakiewicz, *Ustawa o dostępie do informacji publicznej. Komentarz*, Warszawa 2010.

Mając na względzie powyższe, stoję na stanowisku, że informacja, jaka zgodnie z projektem ma być obejmowana pojęciem tajemnicy dyplomatycznej, może być skutecznie chroniona na bazie instytucji wykształconych w ramach dotychczasowego orzecznictwa sądowno-administracyjnego. Dopiero w sytuacji realnego przyjęcia istnienia, na bazie aktualnie obowiązującej ustawy o dostępie do informacji publicznej, powinności przekazania danych, jakich udostępnienie zagraża działaniom składającym się na szeroko rozumianą politykę międzynarodową, zasadnym stanie się ustanowienie nowego rodzaju informacji chronionej, jaką jest tajemnica dyplomatyczna.

Z powyższym wiąże się problem obserwowanego przeze mnie niebezpiecznego zjawiska, dążenia do coraz silniejszego ujęcia działań służb dyplomatycznych w ramy norm prawnych, zwłaszcza zrekonstruowanych na bazie zapisów aktów prawa ustrojowego. Z pełnym zrozumieniem odnoszę się do argumentów ukierunkowanych na akcentowanie dążenia do wprowadzenia mechanizmów antykorupcyjnych, a także zwiększenia poziomu transparentności. Nie można przy tym jednak zapominać, iż dobór osób do służb dyplomatycznych, opierał się zawsze o nadrzędną zasadę zaufania¹⁴. Praktyka realizacji poszczególnych celów na arenie międzynarodowej dla swej skuteczności wymaga znacznego zakresu niedookreśloności, wyrażającej się w podejmowaniu zabiegów nieoficjalnych, których zaledwie nikły efekt znajduje odzwierciedlenie w przekazywanych szerszemu gronu odbiorców komunikatach. Tego rodzaju charakter aktywności służb dyplomatycznych pozwala na ich większą skuteczność, a tym samym szerszy zakres realizacji interesów danego państwa. Zatem z aprobatą należy postrzegać wprowadzenie szerszej i ściślejszej kontroli społecznej, przy określaniu i egzekwowaniu kryteriów, jakimi odznaczać się ma przyszły przedstawiciel dyplomatyczny. Jednakże po doręczeniu akredytacji zaniechać się powinno krępowania

14 Aby ująć istotę różnic, warto zapoznać się z wzorcami innych postaci szeroko rozumianej polityki międzynarodowej, które trafnie ujęto w: J. Barcz, B. Libera, *Urzędnik i biznesmen w środowisku międzynarodowym*, Warszawa 2007.

konkretnych działań, procedurami i normami ustrojowymi, które paradoksalnie prowadzą w istocie, do coraz większego znaczenia rozmów, poza oficjalnymi spotkaniami¹⁵.

W kontekście powyższego podniesienia wymaga, iż wszelkie działania dyplomatyczne opierają się o szereg norm spisanych lub utrwalonych w zwyczaju¹⁶, jakie składają się na zbiorcze pojęcie szeroko rozumianego protokołu dyplomatycznego. Wskazany termin ujmowany jest najczęściej jako technika pracy służby zagranicznej¹⁷. Podlegające kreacji i rozwojowi przez wiele wieków, cele i zasady protokołu, znajdują dziś pełny zapis w Konwencji Wiedeńskiej z 1961 r., którą Rzeczpospolita Polska ratyfikowała w 1965 r.

Protokół dyplomatyczny, ukształtowany w przeważającej mierze pod wpływem tradycji francuskiej, aż do XIX wieku był jedynie prawem zwyczajowym, które stało się podstawą ustaleń poczynionych na Kongresie Wiedeńskim z 1815 r. Jednym z efektów obrad Kongresu było zdefiniowanie europejskiego porządku stosunków międzynarodowych, tak iż opierały się one od tej pory, w założeniu, na relacji równości i współdecydowania. Zasadniczym elementem kształtowania światowego ładu miały być rokowania, dokonywane za pośrednictwem profesjonalnej służby dyplomatycznej, której rangi zostały ujednoczone w ramach Aneksu XVII do Aktu Końcowego Kongresu. Niniejszy aneks przewidywał zrównanie przedstawicieli pod względem przywilejów, a także sposobu ich przyjmowania. Równie istotnym dokonaniem kongresu było ujednoczenie zasad przygotowywania i sporządzania umów międzynarodowych¹⁸.

15 Problem wadliwego, wręcz mechanicznego transponowania rozwiązań zastosowanych w strukturach administracyjnych na dyplomację wyłania się na tle celów określonych dla pierwszej z wymienionych grup, co ujęto trafnie w: G. Krawiec, *Europejskie prawo administracyjne*, Warszawa 2009.

16 Szerzej: C. Ikanowicz, J. W. Piekarski, *Protokół dyplomatyczny i dobre obyczaje*, Warszawa 2004.

17 Szerzej: S. Sykuna, J. Zajadło (red.), *Leksykon prawa i protokołu dyplomatycznego, 100 podstawowych pojęć*, Kraków 2011.

18 Tak: T. Orłowski, *Protokół dyplomatyczny. Ceremoniał & Etykieta*, Warszawa 2010.

Na tle powyższych przemian, tj. systematycznego unifikowania systemu światowego protokołu dyplomatycznego, wyłania się problematyka istnienia i stosowania tych zasad w Polsce. Burzliwe dzieje Rzeczypospolitej, a w szczególności okres zaniku bytu państwowego, uniemożliwił wykształcenie na terenie naszego kraju protokołu o tradycji dorównującej tej, jaką odznacza się choćby krąg kultury zachodnioeuropejskiej. Obecnie, niezwykle istotny jest, pełniący funkcję protokołu dyplomatycznego i państwowego, protokół Ministerstwa Spraw Zagranicznych. Niniejszy urząd odpowiedzialny jest za całościową obsługę ceremonialną i protokolarną wydarzeń odbywanych z udziałem osób piastujących najważniejsze stanowiska państwowe, a także reprezentowanie organów państwa w stosunkach międzynarodowych¹⁹. W mojej ocenie, obecnie wykształcony protokół, który choć układany według ustalonych wzorców, na co wskazano powyżej, odznacza się pewnymi odrębnościami i niuansami, które jednak są w tej płaszczyźnie relacji ludzkich niezmiernie ważne.

Nauka stosowania zasad protokołu jest trudna i zaledwie nielicznym pozwala na uchwycenie wszelkich subtelności oraz uwarunkowań poszczególnych ruchów, gestów, działań. Podkreślenia wymaga, iż nawet najdoskonalsza znajomość zagadnienia, które pozostaje przedmiotem negocjacji, nie pozwala na uchronienie się przed mocą oddziaływania osoby, jaka opanowała wszelkie niuanse protokołu dyplomatycznego i umie je odpowiednio zastosować.

19 Szerzej: E. Pietkiewicz, *Protokół dyplomatyczny*, Warszawa 1998.

Magdalena Krawczyk
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Jagielloński

TAJEMNICA DYPLOMATYCZNA – KILKA UWAG
NA TEMAT NOWEJ KATEGORII
INFORMACJI PRAWNIE CHRONIONEJ

Les rois, les empereurs, Louis XVI, Frédéric II, Napoléon, nous ont laissé leurs Mémoires – les hommes d’Etat, les diplomates nous ont laissé les leurs. Nous savons précisément comment on fait ou défait les Constitutions, comment on vole une province, comment on gagne une bataille. Seuls les grands capitalistes, qui sont les vrais généraux de notre temps, s’enveloppent de mystère.

Jean Jaurés¹

Ostatnimi czasy we współczesnej polityce zagranicznej zauważyć można pewną niepokojącą nieprawidłowość. Inaczej jak to było w XX wieku, niepowodzenia dyplomacji coraz rzadziej wynikają z wyrafinowanych intryg, a niemałe skandale raz za razem wywoływane są na skutek wręcz „szkolnych” błędów samej służby zagranicznej. Korpus dyplomatyczny walecznie broni swoich pracowników, przywołując argumenty braku wystarczającej ochrony prawnej

¹ *L’Enquête sur la question sociale*, s. 4.

przetwarzanych przez nich informacji. Urzędnicy wskazują na bolączki systemu – swoją bezsilność, w przypadku ochrony nieujawnionych informacji wrażliwych, przetwarzanych w strukturach służby zagranicznej². Takie stanowisko musi niepokoić, tym bardziej, że jak już w XVI wieku wspominał Krzysztof Warszewicki „dyplomaci są oczami i uszami samego państwa”³.

Niedawno polska opinia publiczna była uczestnikiem ważkiej dyskusji o potrzebie ustanowienia nowej kategorii tajemnicy prawnie chronionej, mianowicie nowelizacji ustawy o służbie zagranicznej poprzez wprowadzenie do niej tzw. „tajemnicy dyplomatycznej”⁴. Niemal natychmiast projekt okrzyknięto próbą zamachu na konstytucyjnie gwarantowaną wolność mediów i prawo do informacji. Przedmiot zainteresowań polityki zagranicznej państwa jest jednym z najbardziej istotnych tematów dyskutowanych na łamach udostępnianych szerokiemu gremium publikatorów. Czy, abstrahując od korelacji politycznych, prawne i techniczne aspekty projektowanej instytucji tajemnicy dyplomatycznej, spełnią oczekiwania urzędników służby zagranicznej, jakie kierowane są pod adresem tego nowego narzędzia? Czy nowa instytucja ma szansę stać się efektywniejsza od systemu ochrony informacji niejawnych i mechanizmu udostępniania informacji publicznej?

Skandale związane z ujawnieniem tajemnic państwowych są niemal tak stare, jak same tajemnice. Człowiek od zawsze zafascynowany był wszelakimi sekretami. Wystarczy tylko przypomnieć opowieść o frygijskim królu Midasie, który oprócz tego, że zapisał się w mitologii umiłowaniem do złota, skrywał pewną cechę do tego stopnia, że aż obwarowana została tajemnicą państwową. Król posiadał bowiem ośle uszy, a jedynym poddanym, który wiedział o wstydlivej

2 P. Wroński, *Nie będzie kolejnej wpadki MSZ*, „Gazeta Wyborcza” z 6 grudnia 2012 r., s. 3 oraz K. Wójcik-Adamska, *Wprowadzona ma być tajemnica dyplomatyczna*, „Rzeczpospolita” z 6 grudnia 2012 r., s. C5.

3 K. Warszewicki, *O pośle i poselstwach*, oprac. J. Życki, Warszawa 1935, s. 60, 108–109.

4 Ustawa z dnia 27 lipca 2001 r. o służbie zagranicznej (Dz. U. Nr 128 poz. 1403).

przypadłości króla, był jego fryzjer. Ten, mimo że przysiągł zachować sekret dla siebie, nie zniósł ciężaru tajemnicy. Wykopał głęboki dół i wkładając doń głowę wykrzyczał sekret z całych sił. Jego głos poruszył jednak trzciny, a te swym drzeniem przekazały dźwięk wiatrowi, który po całej okolicy rozniósł wieść o oślich uszach.

Współcześni rządzący zapewne zgodziliby się z królem Midasem, że niektóre „sprawy wagi państwowej” powinny pozostawać zachowane w sekrecie. Jednak tak samo długo, jak trwa to przeświadczenie, z mniejszymi lub większymi sukcesami forsowany jest pogląd przeciwny. Pojawiają się aktywiści, którzy bez skrupowania głoszą, że poufność spraw państwowych jest zła sama w sobie i tym samym jest przykładem działalności państwa na szkodę własnych obywateli⁵. Przez lata, żadna z frakcji nie wzięła góry, a poszczególne państwa uregulowały kwestie ochrony wrażliwych informacji z dziedziny stosunków międzynarodowych, uchwalając wewnętrzne akty prawne⁶.

W pewnych sytuacjach, zabezpieczenie interesu państwa i dobra partnerów zagranicznych, wymaga kategorycznego odmówienia udzielenia informacji. Sama tajemnica jest wbudowana w prowadzenie polityki zagranicznej, a konkretnie w dyplomację, i to dosłownie. Słowo „dyplomacja” pochodzi bowiem od greckiego *dipolu*, oznaczającego coś złożonego podwójnie, w ten sposób by niewidoczna była zawartość⁷. Nie wszystkie współczesne systemy prawne mogą pochwalić się osobnymi regulacjami kategorii tajemnicy dyplomatycznej. Jednakże bez względu na szerokość geograficzną, służba zagraniczna obdarzona była nikłym zaufaniem, stąd odwieczna potrzeba działania w sposób tajemniczy. Wraz z nastaniem nowego porządku, jak Henry Kissinger – polityk, dyplomata i laureat Pokojowej

5 Por. M. MacMillan, *A Short History of Secrecy*, „Foreign Policy”, Nr 2/2011.

6 Na temat historii poufności stosunków dyplomatycznych por. M. Eckel, *Wikileaks and Diplomatic Secrecy*, „Foreign Policy Watch”, <http://fpwatch.com/?p=1441> (dostęp 23.06.2013).

7 W kilku językach średniowiecznych słowo to oznaczało dokument wydawany przez władcę złożony na kształt koperty, taki już poskładany pergamin nazywano „dyplomem”; W. Polk, *Sąsiedzi i obcy. Podstawy stosunków międzynarodowych*, Warszawa 2000, s. 257.

Nagrody Nobla – nazywał międzynarodową rzeczywistość po utworzeniu Organizacji Narodów Zjednoczonych, triumfuje wizja nowego partnerstwa narodów, a odmowa udzielenia informacji musi zawsze posiadać swoje normatywne podłoże⁸.

Przepisy regulujące odmowę udzielenia informacji przez organ władzy państwowej, co do zasady największe znaczenie zyskują przy okazji bieżącej współpracy z mediami w kraju⁹. Toteż głównym argumentem Ministerstwa Spraw Zagranicznych, przemawiającym za koniecznością wprowadzenia nowej kategorii tajemnicy państwowej, jest potrzeba zastosowania krótszej drogi umożliwienia lub wykluczenia dostępu do informacji, aniżeli ta, którą przewiduje ustawa o ochronie informacji niejawnych (dalej: u.o.i.n.)¹⁰. Oprócz zabezpieczenia istotnych tajemnic dyplomatycznych przed mediami, nie należy zapominać o odwiecznej motywacji ochrony ważnych dla państwa informacji przed działalnością wywiadowczą¹¹.

8 H. Kissinger, *Dyplomacja*, Warszawa 1996, s. 884.

9 Specyfika pracy przedstawiciela danego kraju na placówce zagranicznej jest zasadniczo różna od czynności urzędnika zatrudnionego w MSZ. W tym miejscu można poczynić ciekawe spostrzeżenie, które nasuwa się przy okazji badania polskiej literatury poszukując śladów tajemnicy dyplomatycznej. Otóż w wydanej w 1974 roku książce, Wojciech Jankowerny zebrał niezwykle pokaźny zbiór „tajemnic” polskiej dyplomacji. Autor dokonał wyboru materiałów zgromadzonych w formie wspomnień polskiego dyplomaty Alfreda Wysockiego, którego służba przypadła na trudny dla europejskiej polityki międzynarodowej okres międzywojnia. Wspomnienia z dwóch placówek: Berlina (1931–1933 r.) oraz Rzymu (1933–1938 r.) stały się kanwą dla książki *Tajemnice dyplomatycznego sejfu*. Po lekturze książki okazuje się jednak, że nie są tam opisane żadne tajemnice, chociaż pochodzące z lat trzydziestych raporty, listy czy stenogramy z rozmów mogłyby ówczesnie zostać uznane za sekrety wymagające dla ich ochrony przechowywania w tytułowym sejfie, por. oprac. W. Jankowerny, przedm. M. Jankowerny i I. Krasicki, *Tajemnice dyplomatycznego sejfu*, Warszawa 1974, s. 5.

10 Ustawa o ochronie informacji niejawnych z dnia 5 sierpnia 2010 r. (Dz.U. Nr 182 poz. 1228).

11 Pasionujący zapis mariażu dyplomacji oraz wywiadu ujęła w swoim artykule Renata Ryba, udowadniając, że kluczowa „umiejętność zdobywania wiedzy o nieprzyjacieli” niezmiennie łączyła obie aktywności, por. R. Ryba, *Motywy szpiegowskie w staropolskiej epice heroicznej (na wybranych przykładach)*, [w:] R. Ocieszek, M. Jarczykowska (red.) *Sarmackie Theatrum*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach”, Nr 2737, Katowice 2009, s. 112–114.

Problematyka naruszenia tajemnic prawnie chronionych zasadniczo różni się pomiędzy poszczególnymi systemami prawnymi¹². Kluczowe zdaje się być zatem pytanie, czym dokładnie różni się od informacji niejawnych, których ochronę przewiduje polska ustawa, kategoria informacji zaszeregowanych jako tajemnica dyplomatyczna? Cytując art. 1 u.o.i.n. obecnie obowiązujące w Polsce prawo chroni informacje „których nieuprawnione ujawnienie spowodowałoby lub mogłoby spowodować szkody dla Rzeczypospolitej Polskiej albo byłoby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne, także w trakcie ich opracowywania oraz niezależnie od formy i sposobu ich wyrażania”. Wydawać by się mogło, że wrażliwe informacje z zakresu stosunków międzynarodowych kwalifikują się jako dane podlegające ochronie na podstawie obecnie obowiązujących przepisów. Jednak konfrontując to z argumentami podnoszonymi przez zwolenników „nowej tajemnicy”, zakresy chronionych informacji się nie pokrywają.

Głównym zadaniem przepisów ustanawiających tajemnicę dyplomatyczną ma być ochrona formułowanych stanowisk negocjacyjnych, czy informacji o świadczonej przez państwo pomocy polonijnej i udzielania pomocy rozwojowej. Te trzy elementy, analizując bieżące błędy Ministerstwa Spraw Zagranicznych w zakresie ochrony przetwarzanych informacji, zdają się wymagać najstaranniejszej uwagi, gdyż nie sposób chronić je na podstawie obecnie obowiązujących regulacji¹³. Aktualne przepisy przewidują klasyfikację informacji niejawnych¹⁴. Ustawa o ochronie informacji niejawnych przewiduje możliwość przypisania dokumentom klauzuli: ściśle tajne, tajne, poufne i zastrzeżone. Aby uzyskać do nich dostęp, należy mieć odpowiedni certyfikat, wgląd do niektórych dokumentów możliwy jest

12 H. H. Maass, *Information und Geheimnis im Zivilrecht. Eine rechtshistorische und rechtsvergleichende Kritik der Privaten und der gewerblichen Geheimsphäre*, „Munchener Universitätschriften – Abhandlungen des Instituts für europaisches und internationales Wirtschaftsrecht”, Band 4, Stuttgart 1970, s. 6–20.

13 www.rp.pl/artukul/947753.html?print=tak&p=0 (dostęp 23.06.2013).

14 Por. M. Polok, *Ochrona tajemnicy państwowej i tajemnicy służbowej w polskim systemie prawnym*, Warszawa 2006, s. 82–83.

tylko w odpowiednich „tajnych kancelariach”. Należy nadmienić, że nie zawsze występuje możliwość klauzulowana informacji. Opatrzenie zbioru danych, którąś z przewidzianych w ustawie klauzul mogłoby doprowadzić do sytuacji, w której dostępu do informacji pozbawione zostałyby pomocowe organizacje pozarządowe, czy fundacje. Problemатyczny wydaje się również brak możliwości klauzulowana wewnętrznych notatek, czy dokumentów roboczych. W tym miejscu szczególnie wyraźnie ujawnia się luka prawna, którą powoduje brak specjalnej kategorii informacji jawnych – wrażliwych, przeznaczonych do użytku wewnętrznego, jednak chronionych przed udostępnieniem niepowołanym podmiotom. Taki system klauzulowana z powodzeniem funkcjonuje w strukturach NATO jako tzw. *unclassified information*¹⁵.

Na temat kształtu planowanej regulacji jak dotychczas wiadomo jest niewiele. Nie został udostępniony aktualny projekt nowelizacji. Projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o służbie cywilnej i niektórych innych ustaw¹⁶, ten który został skierowany do zaopiniowania przez Radę Legislacyjną, milczy na temat wprowadzenia tajemnicy dyplmatycznej¹⁷. Jednak jak wynika z informacji o projekcie, udostępnionych w ramach wykazu prac legislacyjnych Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, projekt uzupełniony o zapisy dotyczące tajemnicy dyplmatycznej jest procedowany¹⁸. Zgodnie ze wspomnianym dokumentem, polski ustawodawca, dokonując nowelizacji kieruje się potrzebą prawnej ochrony informacji, których ujawnienie mogłoby osłabić pozycję negocjacyjną lub procesową lub w inny sposób zaszkodzić interesom państwa. Wydaje się,

15 Por. [http://security.research.ucf.edu/Documents/Briefings/North%20Atlantic%20Treaty%20Organization%20\(NATO\)%20Briefing.pdf](http://security.research.ucf.edu/Documents/Briefings/North%20Atlantic%20Treaty%20Organization%20(NATO)%20Briefing.pdf) (dostęp 23.06.2013).

16 <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//1/80880/80886/80887/dokument56235.pdf> (dostęp 23.06.2013).

17 <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//1/80880/80886/80895/dokument66401.pdf> (dostęp 23.06.2013).

18 Projekt nr UD72; http://bip.kprm.gov.pl/porta1/kpr/form/r658/Projekt_ustawy_o_zmianie_ustawy_o_sluzbie_zagranicznej_oraz_niektorych_innych_us.html (dostęp 23.06.2013).

że przytoczona wyżej definicja informacji niejawnych oraz model udostępniania z ustawy o ochronie informacji niejawnych wyczerpuje wskazane warunki.

Istotą rozwiązań ujętych w projekcie jest ustanowienie tajemnicy prawnie chronionej. Nowa kategoria obejmować ma swoim zakresem informacje dotyczące spraw zagranicznych lub członkostwa Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej, których udostępnianie podmiotom niewykonującym zadań publicznych w tym zakresie, mogłoby osłabić ochronę interesów Rzeczypospolitej Polskiej lub Polaków za granicą oraz interesów Rzeczypospolitej Polskiej związanych z członkostwem w Unii Europejskiej. Takie ujęcie zakresu przedmiotowego planowanej tajemnicy dyplomatycznej wyraźnie odróżnia ją od innych kategorii informacji prawnie chronionych i tym samym uzasadnia jej wprowadzenie. Zgodnie z art. 1 ust. 3 u.o.i.n. znowelizowane przepisy nie będą naruszały obecnie obowiązujących regulacji w zakresie ochrony tajemnic¹⁹.

Takie zdefiniowanie informacji objętych zakresem tajemnicy dyplomatycznej wykazuje znaczne podobieństwo do zagranicznych regulacji w tym przedmiocie. Jako przykład wskazać można § 27 brytyjskiego Freedom of Information Act, który reguluje instytucję tajemnicy dyplomatycznej obowiązującą na Wyspach Brytyjskich od wieków²⁰. Zgodnie ze wskazanym paragrafem, można odmówić udzielenia informacji m.in. jeżeli mogłoby to spowodować szkodę w relacjach międzynarodowych kraju, ze szczególnym uwzględnieniem zagranicznych interesów Zjednoczonego Królestwa. Ochronie podlegają również informacje pozyskane przez państwo od organizacji i trybunałów międzynarodowych lub innych krajów, które zostały opatrzone przez udostępniające je podmioty klauzulą poufności²¹. Analogicznie do niektórych elementów polskiego projektu, przedstawiają się zapisy § 3 ust. 1 pkt a oraz ust. 3 pkt a IFG

19 Por. T. Szewc, *Publicznoprawna ochrona informacji*, Warszawa 2007, s. 116.

20 R. Frelek, *Dzieje dyplomacji. Zarys historii stosunków międzynarodowych*, Toruń 2006, s. 249–250.

21 Por. www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/36/section/27 (dostęp 23.06.2013).

– Informationsfreiheitsgesetz (a właściwie: Gesetz zur Regelung des Zugangs zu Informationen des Bundes)²². Niemiecka ustawa chroniąca dostęp do informacji poufnych zastrzega możliwość odmowy udzielenia informacji dla zachowania poufności negocjacji międzynarodowych, a także jeżeli byłoby to szkodliwe dla działalności władz publicznych. Odmawia się udzielenia informacji, jeżeli ich ujawnienie mogłoby mieć niekorzystny wpływ na stosunki międzynarodowe. W zupełnie innym kierunku idą regulacje włoskie, tam decyzja o udostępnieniu informacji przetwarzanych przez struktury służby zagranicznej następuje w formie instrukcji ministerialnych, wydawanych w każdym konkretnym przypadku wniosku o udostępnienie danych wrażliwych.

Wydaje się, że w myśl obecnie obowiązujących przepisów przede wszystkim nie jest możliwe zapewnienie całkowitej tajności instrukcjom negocjacyjnym. Brak podstaw prawnych dla odmowy dostępu do informacji zasadniczych ze względu na kształt polityki państwa, ale nie wpływających bezpośrednio na jego bezpieczeństwo.

W kontekście niniejszego opracowania warto wspomnieć, że polski ustawodawca w niedalekiej przeszłości podejmował próby wprowadzenia przepisów, które miały stanowić swoisty erzac tajemnicy dyplomatycznej. Otóż na skutek nowelizacji ustawy o dostępie do informacji publicznej²³ wprowadzona miała zostać podstawa dla odmowy udostępnienia „stanowisk, opinii i instrukcji”²⁴. Przyczyną

22 Por. www.gesetze-im-internet.de/ifg/BJNR272200005.html (dostęp 23.06.2013).

23 Ustawa o dostępie do informacji publicznej z dnia 6 września 2001 r. (Dz.U. Nr 112 poz. 1198).

24 Tzw. „poprawka Rockiego” (od nazwiska zgłaszającego ją senatora Marka Rockiego) dotyczyła nowelizacji ustawy o dostępie do informacji publicznej, która została przygotowana przez radę Ministrów. Miała ona wdrożyć unijną dyrektywę o tzw. powtórny wykorzystaniu informacji publicznej. Nowelizację wniesiono w trybie pilnym, gdyż Komisja Europejska zaskarżyła Polskę do Trybunału w Luksemburgu za uporczywe niewdrażanie dyrektywy. Omawiana w tekście poprawka została dołączona przez rząd w oderwaniu od treści dyrektywy, gdyż ta nie przewiduje podobnych regulacji. Poprawkę oprotestowały organizacje pozarządowe, Krajowa Rada Sądownictwa, Prokurator Generalny, a także służby prawne parlamentu uznając, że może naruszać konstytucyjne prawo do informacji o działaniach władzy publicznej. W kontekście niniejszej

negatywnego stanowiska organu władzy publicznej w sprawie ujawnienia informacji miała być jego ocena, że „ze względu na ochronę ważnego interesu gospodarczego państwa, [ujawnienie informacji – M. K.] osłabiłoby zdolność negocjacyjną Skarbu Państwa w procesie gospodarowania jego mieniem albo zdolność negocjacyjną Rzeczypospolitej Polskiej w procesie zawierania umowy międzynarodowej lub podejmowania decyzji przez Radę Europejską lub Radę Unii Europejskiej oraz utrudniłoby w sposób istotny ochronę interesów majątkowych Rzeczypospolitej Polskiej lub Skarbu Państwa w postępowaniu przed sądem, trybunałem lub innym organem orzekającym”. Takie ujęcie zarówno przedmiotu, jak i mechanizmu ochrony, wskazuje na podobieństwo do instytucji tajemnicy dyplomatycznej i jako takie zapewne najczęściej byłyby stosowane przez urzędników Ministerstwa Spraw Zagranicznych, jako tych, którzy w praktyce najczęściej stają przed problemem ujawnienia przed opinią publiczną obranych przez państwo stanowisk, wszelkiego rodzaju opinii oraz instrukcji²⁵. Za takim stanowiskiem przemawia ponadto fakt wysłownienia wprost przypadków negocjowania treści umów międzynarodowych, czy działań podejmowanych w ramach pracy organów Unii Europejskiej, jako okoliczności wyłączających jawność danych informacji.

Nowelizacja została uznana za niekonstytucyjną ze względu na wadliwość ścieżki ustawodawczej²⁶. Z uwagi na fakt związania Trybunału Konstytucyjnego wnioskiem prezydenta, nie dokonano oceny

publikacji kwestia ta zasługuje na szczególną uwagę, gdyż zakres przedmiotowy projektowanej tajemnicy dyplomatycznej jest niemal tożsamy z oprotestowaną poprawką. Ustawa została uchwalona w zmienionej wersji wraz z poprawką wniesioną w ostatniej chwili przez senatora.

- 25 Por. Komunikat prasowy Trybunału Konstytucyjnego po rozprawie dotyczącej dostępu do informacji publicznej (ograniczenie prawa do informacji z uwagi na ważny interes państwa), www.trybunal.gov.pl/Rozprawy/2012/k_33_11.htm (dostęp 23.06.2013).
- 26 Art. 1 pkt 4 lit. a i lit. b ustawy z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy o dostępie do informacji publicznej oraz niektórych innych ustaw jest niezgodny z art. 121 ust. 2 w związku z art. 118 ust. 1 konstytucji przez to, że dodaje do ustawy o dostępie do informacji publicznej – odpowiednio – art. 5 ust. 1a i ust. 3; por. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 18 kwietnia 2012 r. (sygn. akt K 33/11).

warstwy merytorycznej poprawki. Trybunał nie wypowiedział się na temat zgodności jej treści z konstytucyjnym prawem dostępu do informacji o działaniach władz publicznych. Wsłuchując się w głosy krytyki wprowadzania nowej kategorii tajemnicy państwowej, nie można wykluczyć, że znowelizowana ustawa o służbie zagranicznej będzie okazją do zważenia przez konstytucjonalistów interesu ochrony bezpieczeństwa państwa oraz prawa dostępu do informacji.

Na koniec można postawić pytanie, czy kwestie zachowania poufności w dyplomacji nie mogłyby zostać uregulowane na zasadzie zwyczaju, w sposób podobny do niepisanych reguł protokołu dyplomatycznego. W obliczu niemal powszechnego kwestionowania jakości prawnej prawa międzynarodowego²⁷ oraz zupełnie odmiennych filozofii ochrony informacji prezentowanych przez poszczególne mocarstwa, trudno wyobrazić sobie szansę na konsensus w tym przedmiocie. Nigdy nie można całkowicie oddzielić prawa od polityki, kierując się przyświecającą ochronie tajemnic dyplomatycznych racją ochrony interesów państwa nie jest możliwe, by tak istotą kwestię oprzeć wyłącznie na zasadzie wzajemnego zaufania poszczególnych suwerenów.

Niemalą karierę zrobiła wypowiedź angielskiego dyplomaty sir Henty Wottona który stwierdził, że dyplomata to uczciwy człowiek, którego posyła się za granicę, aby kłamał dla dobra swego kraju (*Legatus est vir bonus peregre missus ad mentiendum Republicae causa*). Jeszcze bardziej dosadnie rzecz określił król Francji Ludwik XI, który w instrukcji na swoich ambasadorów stwierdził wyraźnie: „Jeżeli was okłamują, wy okłamujcie ich częściej”²⁸. Kolejno w XVI, XVII i XVIII wieku niezwykle popularne stało się zakładanie równoległych tajnych organizacji, formowanych na kształt służby dyplomatycznej. We Francji taką organizację nazwano *le Secret*. Podobne działania podjęte zostały w latach pięćdziesiątych dwudziestego

27 Tak: M. N. Shaw, *Prawo międzynarodowe*, Warszawa 2000, s. 24.

28 D. Hill, *A History of Diplomacy in the International Development of Europe*, Londyn 1906, s. 153.

wieku w Stanach Zjednoczonych. Wówczas lokalni przedstawiciele Centralnej Agencji Wywiadowczej często odgrywali rolę „odrębnych, lecz równych” partnerów ambasadorów i niejednokrotnie bez ich wiedzy prowadzili dyplomatyczne negocjacje²⁹. Z powyższego wypływa wniosek, że stosunki dyplomatyczne od zawsze łączą się z tajemnicą. Nie jest jednak sekretem, że w demokratycznym państwie prawnym ukrycie pewnych wrażliwych informacji przed opinią publiczną nie jest już tak proste, jak w czasach monarchii absolutnej. Co więcej, tajemnica dyplomatyczna przybiera obecnie nową rolę, stając się narzędziem służącym do znormalizowania stosunków z wodzowskimi reżimami³⁰.

Kolejnym argumentem jest naturalna słabość struktury i treści prawa międzynarodowego. Nie może ona stanowić podstawy dla natychmiastowych rozwiązań konfliktów czy konfrontacji, jakich wymaga reakcja na żądanie ujawnienia informacji wrażliwej. Jak zauważa Malcolm N. Shaw, odrzucenie takiej tezy prowadziłoby do podejścia utopijnego, które przy zderzeniu z rzeczywistością okaże się zawodne³¹. W myśl austinowskiej filozofii, prawo międzynarodowe zaszeregowane zostało jako tzw. „pozytywna moralność”³², stoję na stanowisku, że kwestie ochrony informacji wrażliwych nie mogą zostać uregulowane wyłącznie na zasadzie czystych intencji drugiej strony. Dobra wola, szczególnie w dobie złożoności obecnych stosunków międzynarodowych, nie może być wyłącznym narzędziem dla ochrony bezpieczeństwa państwa.

Jak wskazuje Roger Scruton fakt, że rządy zastrzegają sobie prawo do zachowania tajemnicy państwowej, jest zupełnie naturalny. Autor

29 W. Polk, *Sąsiedzi i obcy...*, s. 311.

30 Stanowisko to zdaje potwierdzać minister spraw zagranicznych, który jednoznacznie stwierdził, że w starciu z dyktaturą „pewne rzeczy muszą być tajne”. Minister stwierdził ponadto, że „w konfrontacji z dyktaturami, dyplomacja nie może się odbywać przy otwartej kurtynie”, www.tokfm.pl/Tokfm/1,103087,12752095,Sikorski___Po_bledach_w_MSZ_wiemy_dzis_ze_w_starciu.html (dostęp 23.06.2013).

31 M. N. Shaw, *op. cit.*, s. 31.

32 J. Austin, *The province of Jurisprudence Determined*, Londyn 1954, s. 134–142.

zwraca jednak uwagę, że jeżeli zachowane mają być rządy prawa, to koniecznym warunkiem jest możliwie jak najbardziej ostre zakreślenie granic tajności³³. Oceniam jednak, że same granice muszą pozostawać jawne, aby obywatele mimo, że nie znają ich treści, wiedzieli gdzie lokują się owe tajemnice. Istnienie tajnych ustaw (jak to było w ZSRR) jest zasadniczym pogwałceniem prawa, ponieważ obywatel nie ma możliwości ocenić swojego zachowania tak, by mógł stwierdzić, czy przestrzega prawa, czy też je narusza. Zbyt duży zakres tajności podważa zaufanie zarówno własnych obywateli, jak i partnerów negocjacyjnych. Korzystną sytuacją jest istnienie wiarygodnego systemu zabezpieczenia informacji, nie zaś systemu obwarowań rodem z państwa policyjnego.

Planowana nowelizacja ustawy o służbie zagranicznej niewątpliwie pozwoli na uporządkowanie całokształtu problematyki związanej z dostępem do tajemnicy dyplomatycznej. Pozostaje pytanie, czy przepisy okażą się pomocne w praktyce, w ten sposób, że pozwolą na realizację zamierzonych przez projektodawców celów. W mojej ocenie wskazać można kilka kwestii, których uregulowanie jest niezbędne dla pozytywnej oceny wprowadzenia do polskiego systemu prawa nowej kategorii tajemnicy prawnie chronionej. Stoję na stanowisku, że kluczowe z punktu widzenia ochrony informacji wrażliwych, nie będących jednocześnie informacjami tajnymi, jest wprowadzenie mechanizmu klauzulowania informacji przeznaczonych do użytku wewnętrznego. Istnieje zagrożenie, że tajemnica dyplomatyczna implementowana do przepisów dotyczących służby zagranicznej może zyskać marginalne znaczenie. Ze względu na wykazaną powyżej długą międzynarodową tradycję tej instytucji, należałoby rozważyć uzupełnienie katalogu klauzul nadawanych informacjom w myśl ustawy o ochronie informacji niejawnych.

33 R. Scruton, *Tajność*, [w:] *Słownik myśli politycznej*, Poznań 2002, s. 403.

Grzegorz Sobol
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Jagielloński

INSTYTUCJA AZYLU W PRAWIE
MIĘDZYNARODOWYM, ZE SZCZEGÓLNYM
UWZGLĘDNIENIEM AZYLU
DYPLOMATYCZNEGO I AZYLU MORSKIEGO

Tematem niniejszego artykułu są dwie instytucje prawa międzynarodowego publicznego, które znajdują zastosowanie szczególnie w czasie konfliktów zbrojnych lub wewnętrznych napięć i niepokojów. Co do zasady, w swej istocie mają one ochronić jednostkę lub grupę ludzi poprzez udzielenie schronienia w placówce dyplomatycznej (azyl dyplomatyczny) lub umożliwić zmniejszenie rozmiarów strat spowodowanych działaniami zbrojnymi na morzu (azyl morski).

Mówiąc o tych instytucjach prawa międzynarodowego publicznego, należy najpierw wspomnieć o definicji i historii azylu jako takiego. Samo słowo „azyl” wywodzi się z języka greckiego i oznacza schronienie, przytułek, tudzież miejsce odosobnienia¹. W literaturze przedmiotu wymienia się takie rodzaje azylu, jak: religijny, kościelny, morski, terytorialny (zwany też politycznym) oraz azyl dyplomatyczny.

¹ *Wielka Ilustrowana Encyklopedia Powszechna* Wydawnictwa Gutenberg, Kraków 1932, Tom II, s. 84.

Na przestrzeni wieków azyl wraz z rozwojem społeczeństw przybierał różne nazwy i formy. W starożytności był to azyl religijny o charakterze zewnętrznym lub wewnętrznym. Azyl zewnętrzny charakteryzował się tym, iż cudzoziemcowi przybyłemu do miasta udzielano schronienia. Azyl wewnętrzny natomiast polegał na tym, iż osobie, która schroniła się w miejscu lub w bliskości przedmiotu otoczonego kultem, przysługiwał boski protektorat, a co za tym idzie, również nietykalność². Celem tych instytucji było ukrócenie praktyki samosądu i zbadanie okoliczności faktycznych przez sprawujących władzę. W różnych państwach-miastach na świecie azyl ulegał pewnym modyfikacjom. W antycznej Grecji udzielano schronienia w świątyniach, świętych gajach, przy ołtarzach, statuach czy przy mogiłach bohaterów. Przykładem takiego miejsca najczęściej wymienianego w literaturze jest świątynia Apollina w Delfach³.

W *Imperium Romanum* zakres przedmiotowy udzielania azylu ulegał znacznemu rozszerzeniu. Ochrona nie przysługiwała już tylko w miejscach wcześniej wymienionych, lecz także pod posągiem cesarza, cesarskim orłem, sztandarem legionu czy też w każdym miejscu przez publiczne domaganie się obrony w wyniku niesprawiedliwości⁴.

W Izraelu natomiast prawo azylu przysługiwało w sześciu miastach kapłańskich, lecz tylko przestępcom nieumyślnym⁵. Procedura azylowa polegała na tym, iż podejrzanego wpuszczano do miasta, gdzie starszyzna decydowała o jego losie. Do czasu osądzenia przez zgromadzenie albo najwyższego kapłana nie mógł on opuszczać bram miasta. Pismo Święte dodatkowo nakładało także na Izraelitów obowiązek dbania o drogi prowadzące do wspomnianych miast ucieczki.

W literaturze, szczególnie obcojęzycznej, podkreśla się występowanie azylu w innych państwach, takich jak Egipt, czy Indie. Jednakże nie możemy jednoznacznie zgodzić z prawdą stwierdzić, czy taka

2 B. Wierzbicki, *O azylach i ekstradycji przestępców*, Warszawa 1982, s. 8.

3 J.-C. Fredouille, G. Rachet, *Cywilizacje śródziemnomorskie – leksykon*, Katowice 2007, s. 123.

4 M. Jońca, *Głośne rzymskie procesy karne*, Wrocław 2009, s. 21.

5 *Biblia Warszawsko-Praska, Księga Powtórzonego Prawa 4.41–43*, Warszawa 1997.

instytucja w różnych formach nie była rzeczywiście znana ówczesnym cywilizacjom starożytnym, jak np. kulturze fenickiej. Mogło to wynikać np. z kurtuazji i dobrych stosunków pomiędzy państwami, nieczęsto spotykanych w świecie antycznym, aczkolwiek możliwych⁶.

Godnym podkreślenia faktem jest to, iż azyl w różnych swych odmianach w świecie antycznym, co do zasady, na równi przysługiwał obywatelom tych państw, jak i cudzoziemcom szukającym schronienia.

Wraz z upadkiem *Imperium Romanum* i wpływem religii chrześcijańskiej, od IV wieku azyl znany z czasów starożytnych zostaje zasadniczo rozszerzony przedmiotowo. Wzmiankę o tym znajdujemy m.in. w prawie germańskim i frankońskim z VII wieku⁷. Schronienie było udzielane już nie tylko w świątyniach, ale i domach biskupów, dworach władców, na targach czy też drogach publicznych. Uprawienie to dotyczyło także niewolników, co stanowiło pewne *novum*⁸.

Chronologicznie rzecz ujmując, wraz z epoką Oświecenia mamy do czynienia z powstawaniem nowych instytucji prawa międzynarodowego publicznego. Już w XV wieku spotykamy się z bardzo ciekawą regulacją za sprawą zawarcia bilateralnej umowy międzynarodowej pomiędzy królem Anglii Henrykiem VII Tudorem oraz arcyksięciem austriackim Filipem Habsburgiem w 1456 r.⁹ Wspomniana umowa o nazwie *Intercursus Magnus* zawierała w większości regulacje handlowe dotyczące swobody kupieckiej, jak np. przywileju posiadania broni przez kupca czy prawa wolnego połowu ryb. W akcie tym znajdujemy także zapisy o możliwości pobytu statku państwa-strony w porcie państwa przyjmującego, bez względu na to, czy statek jest załadowany lub uzbrojony. Statek taki pozostawał pod opieką władz portowych, które zobowiązane były do ochrony i pomocy¹⁰.

6 S. P. Sinha, *Asylum and International Law*, Haga 1971, s. 7.

7 A. Dziadzio, *Powszechna historia prawa*, Warszawa 2009, s. 74–75.

8 *Ibidem*.

9 J. Pieńkos, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Kraków 2004.

10 G. Buttler, S. Macooby, *The Development of International Law*, Union, New Jersey 2003, s. 213–216.

Wzorem innych rodzajów azylów i azyl morski podlegał pewnym modyfikacjom. W XIX wieku pojęcie to utożsamiano z udzieleniem *schronienia*, tj. podjęciem szczególnych działań państwa (przy akceptacji obywateli), nawet naruszających obowiązujący porządek i związanych z sytuacjami nadzwyczajnymi, jak np. wpuszczenie do portu okrętu wojennego obcego państwa podczas sztormu. Pojęcie to było w literaturze przeciwstawiane terminowi azyl, który był definiowany jako odstępstwo od zasady suwerenności państw. Podkreślić jednak należy, że nie był to pogląd bezwzględnie akceptowany¹¹. Podział ten jest teoretyczno-semantyczny i nie ma doniosłego znaczenia w praktyce.

Współcześnie prawo azylu morskiego wiąże się z występowaniem okoliczności nadzwyczajnych, takich jak np. sztorm, podczas którego państwo neutralne udziela schronienia w swoim porcie okrętom i statkom jednej lub obu stronom będącym w konflikcie. Azyl morski zatem jest udzielany na czas trwania stanu zagrożenia definiowanego jako złe warunki pogodowe, uszkodzenie statku, utrata paliwa, czy uzupełnienie niezbędnych zapasów. Należy podkreślić, iż udzielenie takiego schronienia ma charakter czasowy i może być przedłużane ze względu na burzliwy stan morza lub potrzebę naprawy statku¹². W przypadku, gdy dwa okręty lub statki należące do państw znajdujących się w konflikcie wpływają do tego samego portu, o procedencji jego opuszczenia decyduje kolejność wpłynięcia. Ponadto wypłynięcie drugiego statku nie może nastąpić wcześniej niż po 24 godzinach od opuszczenia portu przez pierwszy statek strony bez względu na to, czy jest to jednostka handlowa, czy wojskowa¹³. W porcie mogą znajdować się tylko trzy okręty wojenne. Wymienione regulacje szczegółowe mają swoje odzwierciedlenie w XIII konwencji haskiej dotyczącej praw i obowiązków państw neutralnych w czasie wojny morskiej¹⁴.

11 G. Roszkowski, *O azylach i ekstradycji*, Warszawa 1882, s. 13.

12 R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2005, s. 438.

13 J. Pieńkos, *op. cit.*, s. 777.

14 R. Bierzanek, J. Symonides, *op. cit.*, s. 437–439.

Należy też zaznaczyć, że szczegółowe normy, które możemy znaleźć w wymienionym wyżej akcie prawa międzynarodowego, mają charakter dyspozytywny i jako takie mogą być dowolnie modelowane przez państwa-strony w ustawodawstwie krajowym. Sama praktyka pokazuje, że często państwa neutralne nie respektowały zasady równego traktowania i kierowały się tzw. równością kwalifikowaną własnym interesem państwowym – zwaną też życzliwą neutralnością¹⁵.

Podsumowując należy stwierdzić, iż azyl morski jako taki stanowi implikację opisaną przez Hugo Grotiusa, w dziele z 1609 r. *Mare Liberum*, zasady wolności mórz¹⁶. Celem tej instytucji jest przede wszystkim zmniejszenie niepotrzebnych strat wynikających z konfliktu zbrojnego i zapewnienie swobodnego wpłynięcia i wypłynięcia do portu państwa neutralnego. Należy pamiętać, iż jak w większości tego typu regulacji, udzielenie takiego *schronienia* zależy i zależało od dobrych obyczajów i sytuacji politycznej.

Jak już wspomniano na wstępie, pod wpływem teorii oświeceniowych azyl jako taki nie mógł być już przedmiotem rozważań dotyczących sfery *sacrum*, lecz prawa pozytywnego. Dlatego też w tym czasie azyl religijny zostaje wyparty przez azyl terytorialny i azyl dyplomatyczny. Uzasadnieniem dla istnienia tych instytucji nie był już strach przed istotą transcendentalną, lecz aspekt ochrony obywatela przed represją ze strony państwa. Dlatego też mówiąc o azylu dyplomatycznym będącym przedmiotem tego opracowania, kluczowa stała się koncepcja zakrajowości Hugo Grocjusza¹⁷. Teoria ta opiera się na fikcji prawnej polegającej na wyłączeniu terytorialnym pomieszczeń i samego dyplomaty spod jurysdykcji państwa przyjmującego. Takie rozwiązanie miało na celu ułatwienie funkcjonowania pomieszczeń zajmowanych przez dyplomatę, gwarantując ich nienaruszalność. Wraz z powstaniem stałych przedstawicielstw dyplomatycznych od XV wieku, nietykalność posła była stopniowo rozszerzana, m.in. na

15 *Ibidem*.

16 *Ibidem*, s. 47.

17 B. Wierzbicki, *op. cit.*, s. 12.

powóz, budynki zajmowane przez dyplomację, a w krajach Wschodu były to nawet całe dzielnice¹⁸. Ze względu na swój niebywale szeroki zakres, prawo azylu dyplomatycznego często stanowiło uzasadnienie dla odstąpienia od ścigania kryminalistów, którzy znajdowali schronienie na terenie placówki dyplomatycznej. Działo się tak m.in. w Madrycie, gdzie w XVIII wieku król Hiszpanii był zmuszony nakłonić dyplomatów, aby ograniczyli możliwość udzielenia azylu wyłącznie do swojego mieszkania. W wyniku nadużywania funkcji placówek dyplomatycznych, w XIX wieku koncepcja ta spotkała się z miazdzącą krytyką przedstawicieli prawa międzynarodowego, jako naruszająca suwerenność państwa przyjmującego, jednakże z zastrzeżeniem iż instytucja ta może stanowić usprawiedliwienie w procesie ratowania przestępców politycznych. Na kontynencie na znaczeniu zyskała teoria funkcjonalna, o której jest mowa w Konwencji Wiedeńskiej z 1961 r. Już na jej wstępie znajdujemy stwierdzenie, iż przywileje i immunitety dyplomatyczne przyznane są przedstawicielowi państwa wysyłającego, aby skutecznie zabezpieczyć wykonywanie funkcji dyplomatycznych przez misje¹⁹.

W tym właśnie czasie spotykamy się z marginalizacją azylu w Europie, z wyjątkiem Hiszpanii i Portugalii oraz sporadycznym udzielaniem schronienia m.in. w Chinach, Persji, Turcji i Maroku²⁰.

Natomiast prawo azylu, tak mocno odrzucone na kontynencie, znalazło podatny grunt w Ameryce Południowej. W literaturze przedmiotu spotykamy się z teorią, iż doszło do tego w wyniku przeniesienia azylu religijnego z chrześcijańskiej Hiszpanii do krajów południowoamerykańskich²¹. W wyniku niepokojów społecznych, do dziś aktualnych, kluczowym elementem dla państw Ameryki Łacińskiej było i jest przestrzeganie immunitetów dyplomatycznych oraz zasad związanych z pełnieniem służby dyplomatycznej, gdyż jest i było to po prostu opłacalne dla sprawujących władzę. Powszechnie

18 *Ibidem*, s. 11.

19 J. Sutor, *Prawo dyplomatyczne i konsularne*, Warszawa 2010, s. 176–178.

20 *Ibidem*, s. 13.

21 *Ibidem*.

uważa się, i znajduje to potwierdzenie w orzecznictwie MTS, iż azyl dyplomatyczny jest regionalnym zwyczajem państw Ameryki Południowej i jego stosowanie przez kraje europejskie ma charakter bardziej epizodyczny²². Występowanie azylu dyplomatycznego na kontynencie południowoamerykańskim zostało potwierdzone m.in. konwencjami z Montevideo w 1889 r., 1933 r. i 1939 r., w konwencji Hawańskiej z 1928 r. oraz konwencji z Caracas z 1954 r. Co do zasady, ta ostatnia konwencja dokonała podsumowania zasad zawartych w poprzednich konwencjach. Zakładała ona, iż azyl może być udzielany wyłącznie w misji dyplomatycznej, na okrętach wojennych i samolotach wojskowych, a nawet w prywatnej rezydencji dyplomaty. Osobami uprawnionymi do skorzystania z azylu byli przestępcy polityczni oraz osoby poszukiwane ze względów politycznych (w tym dezertery). Konwencja ta potwierdziła, iż azyl dyplomatyczny nie podlega zasadzie wzajemności, gdyż jest to instytucja o charakterze humanitarnym²³. Przesłanką jego zastosowania są nadzwyczajne okoliczności oraz czasowy charakter udzielenia azylu. Dodatkowo na placówkę dyplomatyczną udzielającą schronienia nałożono obowiązek powiadomienia o takim fakcie Ministra Spraw Zagranicznych państwa przyjmującego lub władze lokalne²⁴. Podkreślono także, iż prawo azylu nie wiąże każdorazowo placówki, lecz jest uprawnieniem, z którego dane państwo może, ale nie musi skorzystać.

Do uszczegółowienia tej konwencji doszło w wyniku sporu pomiędzy Peru i Kolumbią, dotyczącego udzielenia schronienia w placówce dyplomatycznej Kolumbii przywódcy stłumionej rebelii w Limie – Wiktorowi Haya de la Torre. Ambasador Kolumbii poinformował o udzieleniu takiego azylu rząd peruwiański i wystąpił z wnioskiem o wydanie tzw. listu żelaznego, umożliwiającego bezpieczny wyjazd schronionemu z tego państwa. Władze Peru odmówiły kilkakrotnie, w wyniku czego doszło do sporu, który

22 B. Wierzbicki, *op. cit.*, s. 13.

23 *Ibidem*, s. 15.

24 *Ibidem*.

miał rozstrzygnąć Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości. Trybunał zbadał przesłanki, badając wspomniane wyżej postanowienia konwencji, na które powoływały się strony i zważył, iż po pierwsze, to dyplomata decyduje, czy dana osoba może skorzystać z instytucji azylu dyplomatycznego, lecz prawo to może być kwestionowane przez państwo przyjmujące i w żaden sposób go nie wiąże. Po drugie, azyl może być udzielany z momentem obiektywnego i nagłego zagrożenia dla życia i wolności. Po trzecie, stwierdzono, że celem udzielenia azylu dyplomatycznego nie może być mieszanie się w sprawy wewnętrzne państw oraz pominięcie roli sądownictwa i organów ścigania państwa przyjmującego. Po czwarte, podkreślono także, iż azyl dyplomatyczny i nietykalność misji to dwa odrębne zagadnienia, gdyż instytucja schronienia to tylko uprawnienie, z którego państwo korzysta lub nie²⁵. W wyroku podkreślono, że udzielony azyl nie spełniał konwencyjnych wymogów: czasowości schronienia oraz przesłanki bezpośredniego niebezpieczeństwa. Pokłosiem tego sporu był następny spór przed MTS o tryb wydania azylanta Peru, gdyż konwencje nie określały takiej procedury. Początkowo Trybunał uchylał się od zajęcia jednoznacznego stanowiska. W wyniku ponownego rozpatrzenia sprawy MTS orzekł, iż Kolumbia nie ma obowiązku wydać Wiktora de la Torre. Spór ten został wreszcie rozstrzygnięty na zasadzie konsensusu poprzez wydanie listu żelaznego przez Peru i zagwarantowanie bezpiecznego przejazdu do granic państwa. Po orzeczeniach MTS-u i będącej ich skutkiem konwencji w Caracas przyjęło się, że azyl dyplomatyczny stanowi regionalny zwyczaj państw Ameryki Łacińskiej.

Azyl dyplomatyczny był także przedmiotem konferencji ONZ w 1975 r., gdzie został on odrzucony w całości i szczególnie potępiony przez państwa tzw. bloku wschodniego²⁶.

Natomiast po dziś dzień azyl dyplomatyczny jako taki jest udzielany w placówkach dyplomatycznych na całym świecie, z różną

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ *Ibidem*, s. 52.

częstotliwością. Wydaje się, iż możliwość pozaprawna udzielania azylu dyplomatycznego związana jest ze stosunkami poszczególnych państw względem siebie, a także w miarę stabilnym przekonaniu o nietykalności pomieszczeń placówek dyplomatycznych w państwie przyjmującym. Współcześnie w doktrynie, choćby za Julianem Suto-rem czy profesorem Władysławem Czaplińskim, przyjmuje się, że azyl dyplomatyczny, choć naruszający sprawy wewnętrzne państw, może być usprawiedliwiony, gdy występuje sytuacja zagrożenia dla życia i zdrowia osoby w wyniku niepokoju społecznych (jak np. rewolta, lincz) lub gdy w danym państwie prawo staje się instrumentem walki politycznej²⁷. Zasady te współcześnie znajdują potwierdzenie w praktyce udzielania azylu, szczególnie w państwach, w których system polityczny jest mało stabilny, a władza ma charakter autorytarny bądź totalitarny.

Jak już stwierdzono wcześniej, azyl dyplomatyczny znajduje akceptację i ma prawne podstawy w krajach Ameryki Łacińskiej. W innych rejonach świata podstawą udzielania schronienia są regulacje zwyczajowe, które bywają interpretowane i praktykowane w sposób różnorodny. Historycznie rzecz ujmując, spotykamy się z wielością przypadków, w których placówki dyplomatyczne udzieliły schronienia na terenie państw takich, jak m. in. Etiopia, Liberia, RPA, Timor Wschodni, Korea Północna, Chiny, Albania, Kuba, dawny NRD i ZSRR – słowem w miejscach, w których przestrzeganie praw człowieka mogło i może budzić wiele zastrzeżeń²⁸. Z udzielaniem takiego schronienia spotykamy się także na terenie Europy, w tym przez polskie placówki dyplomatyczne. Przykładowo, w czasie wojny domowej w Hiszpanii w latach 1936–1939, m.in. państwo polskie udzielało schronienia w swoich placówkach osobom, którym zagrażało niebezpieczeństwo wynikające z konfliktu zbrojnego²⁹. Innym doniosłym przykładem udzielenia azylu dyplomatycznego,

²⁷ W. Czapliński, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 1999, s. 246.

²⁸ J. Sutor, *op. cit.*, s. 270–271.

²⁹ J. S. Ciechanowski, *Azyl dyplomatyczny w Poselstwie Rzeczypospolitej Polskiej w czasie hiszpańskiej wojny domowej (1936–1939)*, Warszawa 2000, s. 551–584.

tym razem na Węgrzech, było udzielenie schronienia Kardynałowi J. Mindszentiemu w ambasadzie USA w Budapeszcie, gdzie przybywał przez 15 lat (od 1956 do 1971 r.)³⁰. Następnie w roku 1959 ambasada Brazylii udzieliła schronienia portugalskiemu generałowi, który w rezultacie otrzymał list żelazny i mógł opuścić terytorium swojego państwa. W 1985 r. placówka holenderska w Pretorii udzieliła schronienia swojemu obywatelowi K. De Jong ściganemu przez wymiar sprawiedliwości RPA. W 1991 r. azylu dyplomatycznego udzielono komunistycznemu przywódcy NRD – E. Honeckerowi w ambasadzie Chile w Moskwie. Warty także uwagi jest przykład udzielenia azylu dyplomatycznego poza kontynentem dwunastu Timorczykom z Timoru Wschodniego na terenie polskiej ambasady w Indonezji w 1996 r.³¹

Innym za to przykładem pokazującym swoistą zależność tej instytucji od polityki, jest wyciągnięcie siłą przez chińską policję grupy Koreańczyków z konsulatu Japonii w 2002 r., którzy tam uzyskali schronienie. Nadmienić należy, iż tego samego dnia także placówka USA udzieliła azylu innym Koreańczykom, co pozostało bez reakcji państwa przyjmującego³². Wymieniona wyżej sytuacja pokazuje, że skuteczność udzielenia azylu dyplomatycznego w konsulacie zależy wyłącznie od pozycji państwa wysyłającego względem państwa przyjmującego. W innej placówce dyplomatycznej państwa wysyłającego, jak ambasada, udzielenie takiego schronienia mogłoby w praktyce zyskiwać pewne uzasadnienie.

Następnym przykładem wartym odnotowania jest udzielenie azylu obalonemu prezydentowi Hondurasu Manuelowi Zelayi w ambasadzie Brazylii w 2009 r.³³ Sprawa ta została nawet przekazana do MTS przez Honduras, który następnie cofnął wniosek.

30 J. Sutor, *op. cit.*, s. 270.

31 *Ibidem*, s. 271.

32 *Ibidem*.

33 *Ousted leader returns to Honduras*, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/8267775.stm> (dostęp 21.09.2009).

Aktualnie najbardziej ciekawym przykładem udzielenia azylu dyplomatycznego jest schronienie udzielone przez placówkę Ekwadoru w Londynie twórcy portalu Wikileaks – Julianowi Assange’owi. Od 2010 r. jest on podejrzany o przestępstwa o charakterze seksualnym w Szwecji, a także o ujawnienie tajnych dokumentów, m.in. dotyczących dyplomacji i działań wojennych prowadzonych przez USA. W czerwcu 2012 r. Assange schronił się w ambasadzie Ekwadoru w Londynie, aby nie dopuścić do ekstradycji do Szwecji. Rzecznik brytyjskiego MSZ w tej sytuacji stwierdził, iż prawo angielskie może uchylić Konwencję Wiedeńską z 1961 r. i siły specjalne mogą przeprowadzić szturm na placówkę dyplomatyczną. Powołał się na Diplomatic and Consular Premises Act, pozwalający na złamanie zasady nienaruszalności pomieszczeń placówki dyplomatycznej, jeśli zaistniałoby zagrożenie terrorystyczne. Uchwalenie wspomnianego aktu było następstwem zastrzelenia policjantki z okien placówki dyplomatycznej Libii, co miało miejsce w Londynie w 1987 r.³⁴

Wydaje się, że wariant wejścia na teren ambasady mógłby doprowadzić wyłącznie do zbędnej eskalacji konfliktu i działań odwetowych proporcjonalnych względem placówek Wielkiej Brytanii w Ameryce Południowej. Natomiast sama praktyka udzielania azylu dyplomatycznego daje pewne możliwości rozstrzygnięcia tego sporu w sposób pokojowy. Pierwszą możliwością jest przyznanie Julianowi Assange listu żelaznego, który pozwoliłby mu na bezpiecznie opuszczenie Wielkiej Brytanii. Inną możliwością jest przesłuchanie podejrzanego w placówce dyplomatycznej Ekwadoru. Praktyka międzynarodowa zna właśnie takie rozwiązanie i to stosowane przez władze Szwecji podczas konfliktu na Bałkanach. Następną możliwością są mediacje na wzór tych z 1989 r., gdy podczas wydarzeń na Placu Tian’anmen w placówce Stanów Zjednoczonych Ameryki uzyskał schronienie chiński profesor. W wyniku mediacji naukowiec ten wraz z rodziną

34 Decyzja Ekwadoru ws. twórcy Wikileaks, www.wiadomosci.onet.pl/swiat/decyzja-ekwadoru-ws-tworcy-wikileaks/h5q4g (dostęp 16.08.2012).

został przewieziony *notabene* do Wielkiej Brytanii³⁵. Wydaje się, że prawo międzynarodowe daje także inne możliwości, jak np. wysłanie Assange w bagażu dyplomatycznym, czy mianowanie go przedstawicielem Ekwadoru przy ONZ.

Jak widać w wymienionych przykładach, udzielanie azylu dyplomatycznego nie zna reguły, kontynentu, czy też czasu, w którym taka instytucja nie mogła znaleźć zastosowania. Należy jednak zwrócić uwagę na błąd merytoryczny, często pojawiający się w praktyce. Azyl dyplomatyczny mylony jest z azylem terytorialnym, zwanym też politycznym, a wywodzącym się w swej istocie z azylu religijnego o charakterze zewnętrznym. Najprawdopodobniej dzieje się tak dlatego, iż azyl dyplomatyczny jest to instytucja stosowana sporadycznie i na mniejszą skalę niż azyl terytorialny. Natomiast warto dodać, iż każda instytucja o charakterze humanitarnym ingerująca w interesy jakiegokolwiek państwa ma w sobie *pierwiastek* politycznej zależności.

Wymienione wyżej instytucje azylu to swoistego rodzaju gwarancja takich praw człowieka, jak życie i zdrowie, którym należy się bezwzględna ochrona. Natomiast samo udzielenie schronienia przez państwa, o czym nie można zapomnieć, zależy od politycznych kalkulacji i stosunków między nimi.

35 List żelazny, tajne mediacje, szturm Anglików. Możliwe scenariusze zakończenia sprawy Assange'a, <http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/2029020,114873,12337270.html>, (dostęp 19.09.2013).

Agnieszka Joanna Legutko
Stosunki Międzynarodowe
Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

DYPLOMACJA XXI WIEKU – POCZĄTEK KOŃCA, CZY INNY WYMIAR ŚWIETNOŚCI?

Jakie są losy dyplomacji w nowym stuleciu? Niezaprzeczalnie punkt ciężkości na arenie międzynarodowej w porównaniu z ubiegłym wiekiem został zachwiany. Brak już mocarstw pokroju Wielkiej Brytanii, brak dyplomatów rzędu Talleyranda czy Metternicha. Czy jednak zmiany oznaczają kategoriyczny kres jednego zjawiska i zastąpienie go całkiem nowym? Nie zawsze. W literaturze przedmiotu zdania są podzielone. Liberalowie twierdzą, że obraz społeczeństwa międzynarodowego, w którym państwa narodowe to najważniejsi aktorzy na arenie międzynarodowej powoli zanika, dyplomaci mogą być uważani za pozostałość niebezpiecznego systemu. Dla realistów stawiających państwo w centrum, dyplomaci są figurami, które potwierdzają ciągłość¹. Bogdan Grzełowski w swojej książce *Dyplomacja polska XX wieku* zadaje pytanie, czy w XXI wieku dyplomacja nadal ma rację bytu? I sam odpowiada, zdecydowanie na tak uzasadniając, iż dyplomacja jest nadal lepszym narzędziem, niż jakiegokolwiek działania

¹ B. Hocking, *The end(s) of diplomacy*, „International Journal”, Winter 1997–1998, s. 168.

*hard power*², w polemice z artykułem Briana Hockinga *The end(s) od diplomacy*. Hocking z kolei twierdzi, iż jeśli ktoś na siłę próbuje utrzymać dyplomatów w systemie zero-jeden: stare-nowe, jest w błędzie. Sądzi, że rozważanie natury dyplomacji jako aktywności, jest błędem lub też dowodzi braku realnego zainteresowania tematem, wskazując na poruszanie się tylko po powierzchni problemu „głębokiego oceanu spraw dyplomatycznych” i przepowiada zmierzch dyplomacji³. Pośród innych badaczy teorii dyplomacji należy wspomnieć J. Clarka i P. Sharpa. Clark przestrzega przed zbyt dużym naciskiem na sprawy gospodarcze i handlowe w pracy dyplomatów, przez co ich główne obowiązki odchodzą na dalszy plan, natomiast Sharp twierdzi, iż dyplomacja reaguje, tak jak miało to miejsce w przeszłości, na zmiany w charakterze społeczeństw i państw⁴. Ciągłe prawdziwe pozostają jednak słowa wypowiedziane w XVII wieku, gdy François de Callières powiedział, iż ambasady nadal istnieją chociaż mantra, iż dyplomacja jest skończona brzmi ze wszystkich stron⁵. „Nie wynika przecież z tego wszystkiego, że dyplomacja stała się współcześnie zbyteczna. Wynika natomiast, że zasadniczo zmienia się jej charakter – jej funkcje, sposoby i instrumenty działania”⁶.

Dyplomacja a globalizacja

Dyplomacja niewątpliwie rozwija się i dostosowuje do realiów XXI wieku. Jak pisze D. Copeland „Uwaga światowych stosunków skupiona jest na radzeniu sobie z tą kolosalną siłą jaką jest globalizacja”⁷. Ogromny wpływ na obecny kształt świata, przez co i stosunków międzynarodowych, ma przełom technologiczny. Zdecydowanie

2 B. Grzełoński, *Dyplomacja polska XX wieku*, Warszawa 2006.

3 B. Hocking, *op. cit.*, s. 169.

4 *Ibidem.*, s.168.

5 *Ibidem.*

6 A. Kwaśniewski, *Inauguracja działalności Akademii Dyplomatycznej MSZ*, www.bbn.gov.pl/wai/pl/2/480/Inauguracja_dzialalnosci_Akademii_Dyplomatycznej_MSZ.html (dostęp 3.03.2013).

7 D. Copeland, *Guerilla Diplomacy: Rethinking International Relations*.

skrócił się czas reakcji po wydarzeniu zarówno dyplomatów jak i mediów, informacja jako taka jest łatwiej dostępna. Wiąże się to również z wyzwaniem – rzecznicy prasowi ministerstw spraw zagranicznych muszą reagować na wydarzenia zaraz po ich wystąpieniu, ambasadory muszą przekazywać do centrali reakcje lokalne zaraz po ich pojawieniu się⁸. Internet i telefonia komórkowa otworzyła niesamowite możliwości w komunikacji i przesyłaniu informacji w każdy zakątek świata z prędkością światła. Dzięki informatyzacji świat skurczył się znacznie i nie bez przyczyny nazywany jest globalną wioską informacyjną. Te zmiany i nowe narzędzia wykorzystuje też dyplomacja. Znacznie skrócił się czas reakcji i zacieśniły się stosunki ministerstwa i placówek zagranicznych⁹. Ministerstwa i placówki wprowadzają wewnętrzną sieć komunikacyjną, co ułatwia szybkie przesyłanie dokumentów i danych, co z kolei przekłada się na wyższą efektywność pracy i działań negocjacyjnych. Placówki zagraniczne korzystają z doświadczeń informatyzacji, docierając do szerszej grupy odbiorców przez nowe kanały, z szerokim zastosowaniem *social media*.

W związku z globalizacją i informatyzacją zmienia się podejście do dyplomacji. Na arenę międzynarodową wkroczyła dyplomacja wielostronna, odsuwając na dalszy plan dyplomację bilateralną. Cytując Henry'ego Kissingera

Żaden z dotychczasowych porządków międzynarodowych nie charakteryzował się obecnością wielu ważnych ośrodków władzy rozlokowanych w różnych miejscach globu. Żaden z przywódców nie stał wobec konieczności prowadzenia dyplomacji w warunkach, w których społeczeństwa i mężowie stanu mają równie szybki i jednoczesny dostęp do wydarzeń¹⁰,

trudno nie zgodzić się, iż wyzwania dla dyplomacji XXI wzrastają, przez co potrzeba nowych narzędzi, nowych definicji i nowych rodzajów dyplomacji. Jak pisze redaktor naczelny pisma *Politique étrangere*, mamy do czynienia z prawdziwą eksplozją zakresu działania

8 K. S. Rana, *21st Century Diplomacy, A Practitioner's Guide*, New York 2011, s. 22.

9 *Ibidem*, s. 21.

10 H. Kissinger, *Dyplomacja*, Warszawa 2009, s. 888.

dypłomatów z jednej strony – z drugiej z dywersyfikacją i pomnożeniem aktorów gry dyplomatycznej... dyplomacją ekonomiczną, dyplomacją wielostronną, pojawieniem się świata transnarodowego, interakcją ze społeczeństwem obywatelskim i mediami... słowem, dokonały się głębokie przemiany¹¹.

Nowe oblicza dyplomacji

Współczesna dyplomacja powinna być rozważana w kategoriach zmieniających się reżimów i nadawania ludziom podstawowych praw używając środków pokojowych. Współczesna dyplomacja jest więc pewnego rodzaju balansowaniem, odchodzeniem społeczności międzynarodowej od ruchów wojennych na rzecz ruchów pokojowych¹². Powstaje coraz więcej różnych nurtów i klasyfikacji w dyplomacji. Trudno je dokładnie zdefiniować i rozgraniczyć, gdyż ich działanie zachodzi na siebie.

Zmiany w dyplomacji sięgają okresu dekolonizacji. Proces ten przybrał na sile po wygłoszeniu przez prezydenta Wilsona słynnych 14 punktów. Zdefiniowano rodzaj dyplomacji odnoszący się do dominacji ekonomicznej państw o mocnej pozycji międzynarodowej nad nowymi państwami i nazwano ją dyplomacją okresu dekolonizacji¹³. Nowe państwa (byłe kolonie) otrzymywały fundusze od państw fundatorów, tworzone więzi zależności na podstawie wdzięczności, po czym następowało wahanie w krajach były kolonii we wzniecaniu protestów przeciw dyplomacji państw fundatorów. Po okresie dekolonizacji ustaliły się stosunki na 3 płaszczyznach: pomiędzy krajami rozwiniętymi i rozwijającymi się, rozwiniętymi i innym rozwiniętymi oraz tam gdzie po obu stronach stały państwa rozwijające się. Do tego typu dyplomacji potrzebowano nowej generacji dyplomatów,

11 J. Woroniecki, *Negocjacje wielostronne – przyszłością dyplomacji XXI wieku*, s. 12, www.academie-polonaise.org/pl/images/stories/pliki/PDF/Roczniki/R7/woroniecki.pdf (dostęp 4.03.2013).

12 C. Chatterjee, *International Law and Diplomacy*, New York 2007, s. 113–116.

13 *Ibidem*, s. 106.

ze świeżym spojrzeniem, bez uprzedzeń, aby można było stworzyć powiązaną społeczność międzynarodową.

Po II wojnie światowej zaczęto kłaść większy nacisk na współpracę o zasięgu globalnym, zamiast zamykać się w granicach kontynentu europejskiego. II połowa XX wieku to czas powstawania wielu organizacji międzynarodowych i międzyrządowych, takich jak Rada Europy, OBWE, Wspólnoty Europejskie, czy NATO. To także okres wielu kongresów, sesji, zjazdów i spotkań. Rozwijając zaczęła się dyplomacja wielostronna. Dyplomacja multilateralna jest metodą prowadzenia (realizacji) polityki zagranicznej państwa w grupie państw lub wobec grupy państw¹⁴. Grupa tych państw może przybrać postać konferencji lub organizacji międzynarodowej. Członkowie pierwszej pracują doraźnie, aby osiągnąć konkretny cel – konferencja ma za zadanie stworzenie uregulowań dotyczących konkretnego problemu. Biorąc pod uwagę obie instytucje – konferencję i organizację – należy podkreślić fakt, iż ich rozwój dyplomacji wielostronnej postępuje w dwóch kierunkach: ilościowym (wzrost liczby członków w organizacjach, jak i liczby samych organizacji) oraz jakościowym (rozwój zasięgu działalności oraz poszerzanie profilu działania organizacji). Przez to dyplomacja wielostronna kształtuje nowy typ społeczności międzynarodowej, która nie jest tylko zbiorem państw, lecz staje się wspólnotą. „Dyplomacja wielostronna jest szczególnie widoczna na konferencjach międzynarodowych, zwłaszcza na tych, na których przyjmowane są umowy międzynarodowe, regulujące przeważnie bardzo ważne aspekty życia, nie tylko samych państw, lecz także pojedynczych obywateli, a więc nierzadko, wielce istotnych interesów państwa. Współcześnie głównym ośrodkiem dyplomacji wielostronnej jest ONZ wraz z jej całym systemem organizacji międzynarodowych”¹⁵.

14 A. Ciupiński, *Dyplomacja wielostronna*. Warszawa 2003, s. 17.

15 C. Ikanowicz, J. W. Piekarski, *Protokół dyplomatyczny i dobre obyczaje*. Warszawa 2009, s. 105.

Po wydarzeniach z 11 września 2001 roku nastąpiła popularyzacja innego rodzaju dyplomacji – dyplomacji publicznej. Medialny wymiar tej katastrofy zwrócił uwagę na znaczenie telewizji w polityce międzynarodowej¹⁶. Rozwój tego rodzaju dyplomacji nastąpił również w związku z coraz szerszym uczestnictwem organizacji pozarządowych i ich zaangażowanie np. w kolorowe rewolucje na Ukrainie, w Gruzji czy w Serbii. „Dyplomacja publiczna to dwustronna, dialogowa forma politycznego komunikowania się międzynarodowego, skierowana do publiczności za granicą, realizowana dzięki pośrednictwu środków przekazu”¹⁷. Zasada kontaktu określana przez angielski skrót g2p (*government to people*) rząd do publiczności, bądź p2p (*people to people*) publiczność do publiczności. Jej celem jest kształtowanie lub wspieranie pozytywnego wizerunku kraju poprzez wpływanie na opinię publiczną i kształtowanie pozytywnych postaw wobec krajów nadawcy. Zakres działalności dyplomacji może być bardzo różny. Według teorii M. Leonarda, który zakłada 3 sfery: polityczno-militarną, gospodarczą oraz społeczno-kulturalną, ale w wielu przypadkach jest ona zawężona tylko do jednej dziedziny – do niedawna w Polsce dyplomacja publiczna była utożsamiana tylko z dyplomacją kulturalną, czyli promowaniem danego kraju za granicą, głównie w postaci prezentowania osiągnięć kultury danego kraju¹⁸.

Profesor Sułek przedstawia w swoim artykule pojęcie dyplomacji społecznej, czyli rodzaj inicjatywy oddolnej obywateli, którzy pomijają władzę państwową i zdają się na własne środki działania¹⁹. Świetnym przykładem na zastosowanie dyplomacji społecznej jest Arabska Wiosna – obywatele nie oglądając się na działania władz stworzyli inicjatywę za pomocą mediów społecznościowych. Do podmiotów tego rodzaju dyplomacji należą organizacje pozarządowe (NGO's)

16 B. Ociepka (red.), *Dyplomacja publiczna*, Wrocław 2008, s. 11.

17 *Ibidem*.

18 B. Ociepka (red.), *op. cit.*, wstęp.

19 J. Sułek, *O roli i znaczeniu „dyplomacji społecznej” we współczesnej współpracy międzynarodowej*, <http://konferencja-eucn.pl/download/Sulek.pdf> (dostęp 4.03.2013).

o różnych profilach, związki zawodowe, stowarzyszenia kulturalne i naukowe, fundacje, instytucje i organizacje wyznaniowe, samorządy terytorialne, euroregiony, organizacje społeczne i inne. Dyplomacja społeczna różni się znacząco od przedstawionych wcześniej nowych nurtów. Przede wszystkim brak jej oficjalnego charakteru – ludzie działają we własnym imieniu. Zajmują się konkretną dziedziną, w której są aktywni, współpracując ze sobą. Nie dochodzi tam do konfrontacji, ani nie występuje rywalizacja. Dyplomacja społeczna ma większą elastyczność – nie musi trzymać się protokołu ani właściwie żadnych odgórných wytycznych. Wyrażana jest empatią – zrozumieniem, poznaniem problemu i pomocą. Zwykle też nie ogranicza się do jednego państwa, ale świadomie i DOBROWOLNIE współpracuje z partnerami z zagranicy.

Dyplomacja przybiera wiele innych twarzy w XXI wieku, wystarczy wspomnieć dyplomację regionalną, czy dyplomację małych państw. Współczesna dyplomacja dostosowuje się do potrzeb społeczności międzynarodowej i zaczyna rozwijać się w różnych kierunkach, wychodząc poza ramy dyplomacji bilateralnej.

Nowi aktorzy na arenie międzynarodowej

W *expose* Ministra Spraw Zagranicznych Włodzimierza Cimoszewicza z roku 2004 odnajdujemy słowa: „Polityka międzynarodowa od dawna nie jest monopolem rządów. Rosnąca rola podmiotów pozarządowych i pozapaństwowych jest coraz znaczącym wyzwaniem dla sposobu prowadzenia polityki i funkcjonowania instytucji międzynarodowych”²⁰. Coraz większą rolę na arenie międzynarodowej zaczęły grać podmioty pozapaństwowe, szczególnie organizacje pozarządowe. Stały się one nowym ważnym aktorem stosunków międzynarodowych, będąc jednocześnie grupą nacisku. Są to organizacje

20 *Expose* Ministra Spraw Zagranicznych, 2004, www.msz.gov.pl/pl/polityka_zagraniczna/priorytety_polityki_zagr_2012_2016/expose2/expose_2004/ (dostęp 2.03.2013).

finansowane zewnętrznie, przez co niezależne od państw, których głównym zadaniem jest śledzenie, ukazywanie i konfrontacja z łamaniem przepisów i praw. NGO`s działają na wielu polach, poczynając od praw człowieka (Amnesty International), edukacji, praw kobiet (Women for Women`s Human Rights), ekologii (Greenpeace) i wielu innych. W okresie 30 ostatnich lat organizacje pozarządowe zaczęły rozwijać się i uzyskiwać coraz większą rolę w negocjacjach międzynarodowych, ze szczególnym uwzględnieniem kwestii środowiskowych. Dyplomacja NGO stała się międzynarodowym eksperymentem w demokratyzacji procesu podejmowania decyzji na szczeblu międzyrządowym²¹. Przełomowym momentem dla roli NGO`s było uznanie tychże organizacji przez Organizację Narodów Zjednoczonych jako ciała konsultacyjnego, co w praktyce znaczy uznanie ich za członka społeczności międzynarodowej obok państw i organizacji międzynarodowych. Coraz częściej w literaturze obcojęzycznej zaczynamy się również spotykać z terminem *NGO diplomacy* – dyplomacja organizacji pozarządowych. „Dyplomacja organizacji pozarządowych służy różnym przejawom aktywizmu: ruchom socjalnym, które mobilizują za pomocą protestów, akcji, aby zachęcać do masowej partycypacji. Dyplomaci NGO wykonują wiele tych samych funkcji co delegaci państwowi: reprezentują interesy swoich wyborców, są zaangażowani w wymianę informacji, negocjują i dostarczają porad w zakresie polityki. Na dzień dzisiejszy trudno zidentyfikować obecne wpływy NGO. Obecnie prowadzone są badania, na zdecydowane wnioski przyjdzie nam jeszcze poczekać”²².

21 M. M. Betsill, E. Corell, *NGO diplomacy*, 2007, overview.

22 Informal experts breakfast meeting to have an exchange of views on the upcoming March session of the Human Rights Council with the Geneva based non-governmental organizations, Genewa, luty 2012.

Nowe wyzwania dyplomacji

W związku z oszalałającym tempem informatyzacji, a także rozwoju dyplomacji i korzystaniu przez nią z nowoczesnych technologii teleinformatycznych, stała się ona bardziej wrażliwa na wszelkiego rodzaju cyberataki i wycieki dokumentów. Szczególnym wyzwaniem nowoczesnej dyplomacji w dobie globalizacji i tak szybkiego przepływu informacji, jest ochrona danych przed ujrzaniem przez nie światła dziennego. Rozwój w dziedzinie IT spowodował, że państwa muszą dokonywać wyborów w doborze nowych technologii. Wątpliwości związane z bezpieczeństwem wewnętrznych sieci komunikacji, czy zabezpieczaniem dokumentów elektronicznych są szczególnie dotkliwe dla takich państw, jak Indie czy Chiny. Im mniejsze państwo, tym mniej zmartwień w kwestii przecieków jest rozważanych²³. Jak powiedział ambasador i wiceminister spraw zagranicznych Andrzej Załucki: „Wiarygodność jest w dyplomacji cenną wartością, którą trudno zdobyć, a łatwo utracić”²⁴. Każdy wyciek poufnych treści negocjacji, komentarzy czy depeš wiąże się z osłabieniem wiarygodności dyplomaty, a przez to państwa które reprezentuje. Szczególnie dotkliwym dla światowej dyplomacji był wyciek kilkuset tysięcy dokumentów przez portal WikiLeaks. „Zachwiała się przy tym wiara w zdolność Amerykanów do ochrony swojej poczty dyplomatycznej. W opinii wielu osób jeszcze nigdy dyplomacja supermocarstwa nie została tak ośmieszona”²⁵.

Witryna WikiLeaks została powołana do życia w roku 2007, ale dopiero w 2010 zyskała rozgłos. Została założona w celu spełniania zadania *whisterblower* (ten, który bije na alarm lub zdradza konspirację). Platforma miała umożliwiać swobodne publikowanie przecieków tajnych dokumentów na masową skalę, zapewniając również anonimowość. W 2010 roku rozpoczęto tzw. *Cabelgate* (*United States diplomatic cables leak*), czyli akcję masowej publikacji tajnych

23 K. S. Rana, *op. cit.*, s. 22.

24 A. Curanovic, S. Kardaś, *Rosja w Wikileaks*, Warszawa 2011, s. 13.

25 *Ibidem.*, s. 12.

amerykańskich dokumentów, rozpoczynając od dokumentów o wojnie w Afganistanie, a potem w Iraku. Apogeum działalności przypada na 28 listopada 2010 roku, kiedy opublikowano ponad 250 tysięcy depesz amerykańskich pochodzących z różnych ambasad na świecie, z okresu od 1966 roku aż do 2010. „WikiLeaks zapoczątkowała rewolucję w postępowaniu z tajnymi dokumentami. Serwis pokazał, że w erze cyfrowej strzeżenie tajemnic stało się trudne, zwłaszcza gdy dostęp do nich ma wielu ludzi. Dane cyfrowe można szybko skopiować i jeszcze szybciej rozpowszechnić”²⁶. „Po Cabelgate, publikacje te unaocznily rzekomym potęgom ich własną bezsilność. Kiedy urzędnik Departamentu obrony występuje i prosi WikiLeaks o oddanie skradzionych dokumentów – przyznaje się do bezradności”²⁷.

„Trudno założyć, że ujawnione informacje zmienią zasady polityki międzynarodowej i wzajemne relacje dyplomatów. Nie ulega jednak wątpliwości, że zmieniła się rzeczywistość. Rządy i dyplomaci muszą mieć świadomość, że nie zdołają już swobodnie tworzyć sekretów. W relacjach międzypaństwowych wciąż istnieje potrzeba otwartości (...). W krótkiej perspektywie można się natomiast spodziewać negatywnych wpływów na stosunki dyplomatyczne”²⁸.

Polska a dyplomacja XXI

Mottem przewodnim polskiej służby dyplomatycznej od momentu, gdy Ministrem Spraw Zagranicznych został Radosław Sikorski, stała się profesjonalizacja. Trudno nie zgodzić się z opinią, że Polska służba dyplomatyczna potrzebuje zmian, gdyż niektóre rozwiązania pochodzą jeszcze z czasów Polski Ludowej. Niewątpliwie, podstawowymi cechami dyplomaty powinny być zdolności negocjacyjne, znajomość języków obcych, działań i ruchów na arenie międzynarodowej, tolerancja. Należy prowadzić działania, które do służby dyplomatycznej

26 K. Nord, C. Gorig, *Wielkie Biografie Julian Assange*, 2012, s. 30.

27 *Ibidem.*, s. 120.

28 A. Curanovic, S. Kardaś, *op. cit.*, s. 13.

państwa będą selekcjonować najlepszych kandydatów, pozwalając młodym ludziom działać w szeregach MSZ. Nie należy jednak wprowadzać zmian pochopnych, nieprzemyślanych lub niedoprecyzowanych – chodzi przecież o wizerunek państwa polskiego na świecie. Obecnie podstawowym dokumentem regulującym funkcjonowanie polskiej służby dyplomatycznej jest Ustawa o Służbie Zagranicznej z 2001 roku. Kilkukrotnie od jej wprowadzenia pracowano nad projektami zmian, kolejny pojawił się w roku 2012. Głośno zrobiło się wokół tego projektu ze względu na zawarty w nim zapis o „tajemnicy dyplomatycznej”; jednak zmiany w ustawie dotyczą wielu innych dziedzin.

Podstawowe kierunki planowanej nowelizacji:

- Zmiana systemu kategorii członków służby zagranicznej z 9 występujących obecnie, na 4 (ambasadorzy, dyplomaci zawodowi, dyplomaci kontraktowi, pracownicy kontraktowi placówek zagranicznych),
- Podział służby dyplomatycznej na służbę zagraniczną (w pełni dyspozycyjną i przygotowaną do wykonywania zadań w placówkach zagranicznych) i służbę cywilną (nakierowaną na wykonywanie zadań w centrali)²⁹,
- Ustanowienie wyższych wymagań dla członków służby zagranicznej,
- Wpisanie do ustawy misji służby zagranicznej (profesjonalne wykonywanie zadań związanych z reprezentowaniem i ochroną interesów RP),
- Otwarcie korpusu dyplomatów zawodowych na napływ specjalistów z innych sektorów,
- Wprowadzenie stanowiska dyrektora generalnego służby zagranicznej, które miałyby być stanowiskiem analogicznym do dyrektora generalnego MSZ,

29 Por. Projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy o służbie zagranicznej i niektórych innych ustaw, s. 20, 21, <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs/1/80880/80886/80887/dokument56235.pdf> (dostęp 4.03.2013).

- Wprowadzenie dwuczęściowego egzaminu na aplikację dyplomatyczno-konsularną (na niższe i wyższe stopnie dyplomatyczne),
- Racjonalizacja uprawnień i świadczeń należnych członkom służby zagranicznej,
- Doprecyzowanie kompetencji ambasadora i wzmocnienie jego pozycji (nadzór nad wszystkimi jednostkami finansów publicznych w kraju przyjmującym, kierowanie działaniami placówek RP w kraju przyjmującym w sytuacji kryzysowej),
- Wprowadzenie jednego, spójnego kodeksu postępowania służby zagranicznej,
- Uregulowanie kwestii gospodarowania nieruchomościami na potrzeby placówek zagranicznych przez wprowadzenie zasobu nieruchomości zagranicznych Skarbu Państwa³⁰.

W dniu 11 lutego 2013 roku Rada Legislacyjna ustosunkowała się do projektu ustawy, wypunktowując szereg wątpliwości. Dotyczyły rozdziału służby cywilnej i służby zagranicznej (wymóg dokonywania wyboru przez pracowników MSZ i zamiar działania służby zagranicznej na podstawie odrębnych przepisów w kontekście art. 153 Konstytucji oraz ustaw odnoszących się do funkcjonowania służb w organach administracji rządowej), braku propozycji uregulowania organizacji i organów służby zagranicznej, niejasnej pozycji dyrektora generalnego służby zagranicznej, rozszerzenia uprawnień ambasadora. Wyraziła jednocześnie opinię, iż wprowadzenie proponowanych zmian powinno odbyć się na zasadzie nowelizacji do ustawy obowiązującej, a nie wprowadzaniem nowej ustawy³¹. W konkluzji Rada negatywnie zaopiniowała założenia projektu o zmianie ustawy o służbie za-

30 Zob. Założenia do projektu ustawy o zmianie ustawy o służbie zagranicznej, http://bip.kprm.gov.pl/portal/kpr/form/r505/Zalozenia_do_projektu_ustawy_o_zmianie_ustawy_o_sluzbie_zagranicznej_oraz_niektro.html (dostęp 5.03.2013).

31 Zob. Opinia rady legislacyjnej, <http://radalegisacyjna.gov.pl/dokumenty/opinia-z-22-lutego-2013-r-o-projeckcie-zalozen-projektu-ustawy-o-zmianie-ustawy-o-sluzbie> (dostęp 6.03.2013).

granicznej, stwierdzając równocześnie, iż niektóre z propozycji, które zmierzają do usprawnienia działania służby zagranicznej, są warte uwagi.

Ustawa proponuje także wspomniany wcześniej zapis o tajemnicy dyplomatycznej, który wywołał wiele kontrowersji. Obecnie kwestię tajności pewnych dokumentów reguluje polska ustawa o informacji publicznej oraz zapis o czterech klauzulach tajności (ściśle tajne, tajne, poufne, zastrzeżone).

Wedle projektu ustawy, możliwa byłaby kategoria ochrony danych wrażliwych – powoływano się tutaj na np. „omyłkowe przekazanie jednemu z amerykańskich portali swojej bazy danych dot. pomocy rozwojowej zawierającej m.in. kwoty na wsparcie opozycji białoruskiej”³². Tłumaczy się, że po wprowadzeniu którejkolwiek z istniejących klauzul, dostępu do dokumentów nie mają organizacje pozarządowe, co mogłoby zmienić się po wprowadzeniu ochrony informacji wrażliwych. Głównymi kategoriami, które miałyby obowiązywać „tajemnica dyplomatyczna”, byłyby sprawy zagraniczne, członkostwo Polski w UE i „ważny interes publiczny”. Założeniem zmian jest również uszczelnienie procesu dostępu do informacji. Wiele środowisk podkreśla zagrożenie wprowadzenia tajemnicy dyplomatycznej, mówiąc iż może się ona stać zasłoną dla błędów popełnianych przez MSZ³³. Z kolei inne środowiska bronią projektu podkreślając, iż jest to normalna praktyka w innych państwach³⁴.

32 G. Jakubowski, *MSZ przygotowuje zmiany w prawie: będzie „tajemnica dyplomatyczna”*, www.pap.pl/palio/html.run?_Instance=cms_www.pap.pl&_PageID=1&s=infopakiet&dz=kraj&id%20NewsComp=76341&filename=&idnews=79652&data=infopakietinfopakiet&_Checksum=-1637976894 (dostęp 3.03.2013).

33 Por. M. Magierowski, *Polacy nic się nie stało...*, „Rzeczpospolita” z 28 października 2012, www.rp.pl/artukul/946851-Polacy--nic-sie-nie-stalo---.html (dostęp 5.03.2013).

34 Por. M. Bosacki, *Tajemnica dyplomatyczna jest potrzebna*, „Rzeczpospolita” z dnia 31 października 2012, www.rp.pl/artukul/947753.html?print=tak&p=0 (dostęp 5.03.2013).

Tabela 1. Ustawy o dostępie do informacji publicznej w wybranych państwach

KRAJ	USTAWA	CO NASTĘPUJE?
Szwecja	Ustawa o Tajemnicy 1980 r.	Utajnienie informacji szkodliwych interesom państwa – stosunki międzynarodowe – obronność
Anglia	Freedom of Information Act 2000 r.	Informacje kwalifikowane (czy interes publiczny nie ucierpi przy publikacji) – obrona narodowa – stosunki międzynarodowe – stosunki wewnętrzne
Francja	Ustawa o Prawie Dostępu do dokumentów publicznych	Obligatoryjne wyłączenie dokumentów zagrażające – obronie narodowej – polityce zagranicznej państwa

Opracowanie własne na podstawie Raportu Instytutu Allerhanda³⁵ oraz dokumentów sejmowych³⁶.

Należy w tym momencie zadać pytanie ile tajemnicy jest naprawdę konieczne. Wyciek depesz dyplomatycznych przez platformę WikiLeaks pokazał, że treść wielu z nich była zwyczajna, nie można więc znaleźć żadnego wytłumaczenia dlaczego były utajnione. „WikiLeaks zadaje ważne pytanie: Co jest tajne i dlaczego?”³⁷. Zachodzi więc uzasadniona obawa, że narzędzie „tajemnicy dyplomatycznej” może być nadużywane również w naszym kraju.

35 Raport Instytutu Allerhanda, *Dostęp do informacji publicznej*, 2011, <http://pl.scribd.com/doc/66395276/Dost%C4%99p-do-informacji-publicznej-w-Europie-raport> (dostęp 3.03.2013).

36 L. C. Marcia, *Ustawy o informacji, polityka dostępu do informacji rządowych w państwach członkowskich UE*, BSE nr 290, http://biurose.sejm.gov.pl/teksty_pdf_00/mid-290.pdf (dostęp 4.03.2013).

37 K. Nord, C. Gorig, *op. cit.*, s. 120–121.

Odpowiadając na pytanie zadane w tytule artykułu, dyplomacja w XXI wieku nie odchodzi do lamusa, nie następuje jej zmierzch, ale rozwój i dostosowanie się do zmieniających czynników na arenie międzynarodowej. Dyplomacja przyjmuje inny punkt widzenia w związku z globalizacją, staje się coraz bardziej nowoczesna, dociera do szerszej rzeszy odbiorców. Zmieniają się także rodzaje dyplomacji. Stosunki bilateralne odsunięte są na dalszy plan, prymat wiezie teraz dyplomacja wielostronna, w organizacjach międzynarodowych, na multilateralnym polu. Rozwijają się nowe gatunki, takie jak dyplomacja publiczna, społeczna, organizacji pozarządowych. Na arenę międzynarodową wkraczają nowe, pozapaństwowe podmioty, które wywierają coraz większy wpływ na politykę światową. W związku z rozwojem i wieloma zmianami, szczególnie informatyzacją, informacje poufne przekazywane drogą dyplomatyczną są coraz bardziej narażone na ataki hakerów i przecieki, z których najślynniejszy Cablegate uświadomił dotkliwie, jak trudne jest strzeżenie tajemnic państwowych i jak bezsilne stają się rządy, nawet supermocarstwa, w zderzeniu z wyciekami tajnych dokumentów. Polska dyplomacja wkracza w XXI wiek pod hasłem profesjonalizacji. Próbuje się wprowadzać zmiany w celu lepszego działania służby dyplomatycznej, które nie zawsze są jednak doprecyzowane i rozpoczynają dyskusję na forum krajowym co do ich słuszności i obaw z nimi związanych. Dyplomacja i służby dyplomatyczne państw są żywym organizmem, który podlega rozwojowi i zmianom. Trudno wyobrazić sobie obecną politykę światową bez dyplomacji, i dobrze, bo jak mówi Bogdan Grzełoński, dyplomacja nadal jest lepszym rozwiązaniem, niż jakiegokolwiek narzędzia *hard power*.

Aneta Makowiec
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Jagielloński

ŚRODEK ANTYTERRORYSTYCZNY PRZYJĘTY W RAMACH UNII EUROPEJSKIEJ – ROZWAŻANIANA TEMAT EUROPEJSKIEGO NAKAZU ARESZTOWANIA

Uwagi wprowadzające

Niezaprzeczalnie wiodącą rolę w dziedzinie współpracy policyjnej i sądowej w kwestii zapobiegania i zwalczania terroryzmu pełni Unia Europejska (dalej: UE). Wśród środków i działań antyterrorystycznych pomocnych w walce z terroryzmem, przyjętych w ramach UE, należy wyróżnić opracowanie listy organizacji antyterrorystycznych, opracowanie procedury wymiany informacji pomiędzy państwami członkowskimi w Europejskim Biurze Policji (Europol), powołanie do życia Europejskiej Jednostki Współpracy Sądowej (Eurojust), wspólne zespoły śledcze złożone z policjantów i sędziów, działania zmierzające do opracowania jednolitej definicji działalności terrorystycznej dla celów karnosądowych oraz europejski nakaz aresztowania¹.

¹ Zob. M. Marcinko, *Wybrane aspekty walki z terroryzmem w prawie międzynarodowym*, Dęblin 2008, s. 19 i nast.

Spośród powyżej przywołanych środków na szczególną uwagę i omówienie zasługuje europejski nakaz aresztowania, implementowany do polskiego porządku prawnego. Decyzję ramową Rady UE nr 2002/584/JHA z 13 czerwca 2002 roku w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi² (dalej: decyzja ramowa) określa się jako najistotniejsze osiągnięcie w prawie dotyczącym ekstradycji od czasu Europejskiej konwencji o ekstradycji z 1957 r. Implementacja idei europejskiego nakazu aresztowania (dalej: ENA) do polskiego porządku prawnego budziła liczne wątpliwości i nie przebiegała bezproblemowo. Już przed skierowaniem projektu ustawy nowelizującej kodeks postępowania karnego (dalej k.p.k.) do Sejmu pojawiały się głosy w doktrynie, że instytucja ta jest niezgodna z Konstytucją RP. Mimo to 18 marca 2004 r. parlament ustalił ustawę nowelizującą k.p.k. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń³, która po podpisaniu przez Prezydenta RP weszła w życie w dniu 1 maja 2004 r. Do k.p.k. transponowano przepisy decyzji ramowej. Wprowadzone unormowania budziły jednak nadal szereg wątpliwości z punktu widzenia zgodności z konstytucyjnym zakazem wydawania własnych obywateli. Sporne zagadnienie charakteru ENA stało się przedmiotem rozważań Trybunału Konstytucyjnego (dalej: TK), który stanął na stanowisku, że instytucja ta jest szczególnym rodzajem ekstradycji, uznał że art. 607t § 1 k.p.k. jest niezgodny z art. 55 ust. 1 Konstytucji RP, jednocześnie orzekł, że przedmiotowy artykuł utraci moc prawną po 18 miesiącach od wydania orzeczenia. Polski ustawodawca celem wykonania zobowiązań wynikających z przyjęcia ENA oraz mając na względzie przywołany wyrok TK, dokonał zmian w uregulowaniach konstytucyjnych. Zastrzegł w art. 55 ust. 2 Konstytucji RP, że

2 Decyzja ramowa Rady 2002/584/WSiSW z 13.06.2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między Państwami Członkowskimi (Dz. Urz. WE L 190 z 18.7.2002 r., s. 1–20), zmieniona decyzją ramową Rady 2009/299/WSiSw (Dz. Urz. UE L 81 z 27.3.2009 r., s. 24–36).

3 Dz.U. Nr 69, poz. 626.

polski obywatel może zostać przekazany w trybie europejskiego nakazu aresztowania jedynie wtedy, gdy czyn objęty nakazem stanowił przestępstwo według prawa RP lub stanowił przestępstwo według tego prawa w razie popełnienia go na terytorium RP, zarówno w czasie jego popełnienia, jak i w czasie złożenia wniosku. Przedmiotem materii badawczej podjętej w pracy jest przedstawienie problemów natury konstytucyjnej, jakie pojawiły się w Polsce, przy okazji implementacji decyzji ramowej dotyczącej ENA. Dylematy te dotyczą środków legislacyjnych służących tworzeniu podstaw prawnych europejskiego ścigania karnego oraz represyjnemu i gwarancyjnemu celowi tych uregulowań. Znaczącą rolę w rozwiązaniu tych problemów ma analiza i zrozumienie konstytucyjnego procesu przekazywania uprawnień prawotwórczych, mając również na względzie wejście w życie traktatu lizbońskiego. Mimo to, że przedmiotowe orzeczenie zapadło na tle poprzedniego stanu prawnego, warto prześledzić jak nowy stan prawny wpływa na kształt poruszanej problematyki.

Istota ENA

Do katalogu najistotniejszych instrumentów prawnych związanych ze współpracą międzynarodową w sprawach karnych należy zaliczyć ekstradycję, europejski nakaz aresztowania oraz inne, funkcjonalnie powiązane rozwiązania, takie jak przejęcie ścigania lub przekazanie wyroku do wykonania.

Europejski system ekstradycyjny został pierwotnie skonstruowany w ramach RE przy pomocy regionalnych umów międzynarodowych. Opierał się on przede wszystkim na Europejskiej konwencji o ekstradycji z dnia 13 grudnia 1957 r., Protokole dodatkowym z dnia 15 października 1975 r., drugim Protokole dodatkowym z dnia 17 marca 1978 r.⁴ oraz Europejskiej konwencji o zwalczaniu terroryzmu z dnia 27 stycznia 1997 r.⁵ W pierwszym akcie państwa-strony zobowiązały

4 Dz.U. z 1994 r. Nr 70, poz. 307.

5 Dz.U. z 1996 r. Nr 117, poz. 557.

się do wzajemnego wydawania wszystkich osób ściganych za popełnienie przestępstwa albo poszukiwanych w celu wykonania kary lub środka zabezpieczającego, orzeczonych przez właściwe organy państwa wzywającego. Zakres współpracy ograniczono do poważniejszych kategorii przestępstw, a wyłączono przestępstwa o charakterze politycznym. Drugi z wymienionych dokumentów ogranicza w kontekście działalności terrorystycznej możliwość powoływania się na wyjątek związany z kategorią przestępstw politycznych, ale jednocześnie przewiduje, że żadne z jego postanowień nie może być interpretowane jako forma nałożenia na państwo wezwane obowiązku ekstradycji, jeżeli ma ono uzasadnione podstawy przypuszczać, że wniosek o ekstradycję za dane przestępstwo złożono w celu ścigania lub karania osoby ze względu na jej rasę, religię, narodowość lub poglądy polityczne albo że sytuacja takiej osoby może ulec pogorszeniu ze względu na którąkolwiek z tych okoliczności. Wątpliwości państw oraz zawarcie w powyższych aktach przeszkody ekstradycyjne sprawiły, że Unia Europejska zaczęła poszukiwać nowych rozwiązań, które zaowocowały Konwencją o uproszczonej procedurze ekstradycyjnej między państwami członkowskimi Unii Europejskiej z dnia 10 marca 1995 r.⁶ oraz Konwencją dotyczącą ekstradycji między państwami członkowskimi Unii Europejskiej z dnia 27 września 1996 r.⁷ Przywołane instrumenty konwencyjne, pomimo znacznego uproszczenia procedur ekstradycyjnych oraz czyniąc wyłom w obowiązywaniu niektórych zasad ekstradycyjnych, nie zostały powszechnie przyjęte do porządku prawnego państw członkowskich⁸. Warto nadmienić, że przywołanemu aktowi z 1996 r. towarzyszyła istotna zmiana zapatrywań co do istoty i warunków współpracy międzynarodowej w sprawach karnych w ramach UE⁹. W preambule Konwencji znajduje się

6 Dz.U. z 2004 r. Nr 191, poz. 1955.

7 Dz. Urz. UE C 78 z 30.03.1995, s. 1.

8 Zob. A. Górski, *Europejskie ściganie karne. Zagadnienia ustrojowe*, Warszawa 2010, s. 57–58.

9 Zob. M. Królikowski, [w:] A. Grzelak, M. Królikowski, A. Sakowicz (red.), *Zarys prawa. Europejskie prawo karne*, Warszawa 2012, s. 417.

zapis stanowiący, że w interesie państw członkowskich leży zapewnienie skutecznego i szybkiego funkcjonowania procedur ekstradycyjnych w takim zakresie, w jakim ich systemy sprawowania rządów opierają się na zasadach demokratycznych i w jakim państwa członkowskie przestrzegają obowiązków przewidzianych w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹⁰. Uproszczenie owych procedur oparto natomiast na przyjętej zasadzie zaufania do struktury i funkcjonowania ich systemów sądowych, a także do zdolności wszystkich państw członkowskich do zapewnienia rzetelnego procesu¹¹. Ukazuje to zmianę paradygmatu zasad współpracy w zakresie realizacji celów ekstradycji. Zapatrywanie to odegrało znaczącą rolę w przejściu od systemu ekstradycyjnego na alternatywny system przekazywania osób podejrzanych o popełnienie przestępstwa lub skazanych, powołany do życia w ramach III filaru UE. Klasyczne zasady wydawania przestępców łączyły się i kojarzyły z wrogością oraz izolacją w stosunkach międzynarodowych¹². Okazywały się czynnikiem hamującym i niewpasowującym w ideę „obszaru bez granic”. Należy również dodać, że charakteryzowała je stosunkowo niska efektywność.

Wśród instrumentów służących budowaniu nowatorskich – uproszczonych w porównaniu z klasycznymi procedurami ekstradycyjnymi, należy wskazać na ENA i powiązaną z nim procedurę wykonania orzeczonej kary. Jako jeden z głównych powodów powstania decyzji ramowej w sprawie ENA wskazuje się na atak terrorystyczny z 11 września 2001 r. w USA¹³, jednak prace legislacyjne Komisji mają dużo dłuższą genezę¹⁴. Już podczas szczytu Rady Europejskiej

10 Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4.11.1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.)

11 *Ibidem*.

12 Zob. M. Płachta, *Zasady i przeszkody ekstradycyjne*, Pro. i Pr. 2000, nr 7–8, s. 33.

13 Zob. P. Bogdanowicz, *Niekonstytucyjność europejskiego nakazu aresztowania*, „Palestra”, 2005, z. 3–4, s. 64.

14 Zob. szersze rozważania na temat genezy ENA – A. Górski, A. Sakowicz, [w:] P. Hofmański (red.), *Europejski nakaz aresztowania w teorii i praktyce państw członkowskich Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 17–30.

w Tampere w 1999 r., stwierdzono, że „formalna procedura ekstradycyjna między państwami członkowski powinna zostać zniesiona wobec osób skazanych i uchylających się przed wymiarem sprawiedliwości i zastąpiona rutynowym przekazaniem takich osób, zgodnie z art. 6 Traktatu o EU”¹⁵. Celem stała się budowa przewidywanego w Traktacie amsterdamskim wspólnego obszaru wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości. Wzajemne uznawanie postanowień i wyroków sądowych miało stać się przyczynkiem współpracy sądowej zarówno w sprawach karnych, jak i cywilnych. Uzgodnienia z Tampere dotyczyły jednak tylko osób, które uchylają się od wykonania prawomocnych wyroków i postanowień sądowych. Owa deklaracja z Tampere została skonkretyzowana dopiero w przyjętej decyzji ramowej w sprawie ENA, która jest oparta na zasadzie uznawalności wszystkich decyzji sądowych w sprawach karnych i przeobraża konstrukcję III filaru, a mianowicie wspólnego obszaru wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości. Nowa forma współpracy w sprawach karnych była odpowiedzią na sytuację społeczno-gospodarczą w Unii Europejskiej oraz funkcjonujących w Unii – obszarze bez granic i o wysokim stopniu wzajemnego zaufania państw członkowskich – unormowań prawnych. Decyzja ramowa, będąca wynikiem współdziałania państw członkowskich UE, stanowi element szerszych działań zmierzających do wprowadzenia ogólnounijnego systemu uznawania orzeczeń wydawanych w sprawach karnych, stanowiącego środek do budowy europejskiego obszaru sprawiedliwości¹⁶. Już w pkt. 6 preambuły do powyższej decyzji stwierdzono, że ENA jest pierwszym skonkretyzowaniem, na płaszczyźnie prawa karnego, zasady wzajemnego uznawania, którą Rada określiła mianem „kamienia węgielnego” współpracy sądowej¹⁷. Głównym celem ENA jest

15 Zob. *Spotkania Rady Europejskiej. Monitor Integracji Europejskiej*, Warszawa 2002, s. 288–300.

16 Zob. S. Steinborn, *Europejski nakaz aresztowania-kilka uwag o implementacji zasad ogólnych w polskim kodeksie postępowania karnego*, „Gdańskie Studia Prawnicze”, t. XIV, 2005, s. 1146.

17 Zob. A. Górski, A. Sakowicz, [w:] *Europejski nakaz aresztowania w teorii i praktyce państw członkowskich...*, s. 29.

uproszczenie procedur ekstradycyjnych między państwami członkowskimi UE. ENA stanowi samoistny mechanizm współpracy, stąd też nie może zostać uznany za wniosek o współpracę sądową, jak ma to miejsce w przypadku ekstradycji¹⁸. ENA zmierza do zastąpienia dotychczasowych umów ekstradycyjnych. Nowością w stosunku do tradycyjnych procedur ekstradycyjnych jest ograniczenie zasady podwójnej przestępności czynu w odniesieniu do 32 typów przestępstw.

ENA, według definicji legalnej, jest autonomiczną decyzją wydaną przez odpowiedni sąd danego państwa członkowskiego UE w celu aresztowania i przekazania przez inne państwo członkowskie osoby ściganej w związku z prowadzonym przeciwko niej postępowaniem karnym, bądź dla wykonania kary lub środka zabezpieczającego. Należy jednak zaznaczyć, że analiza treści decyzji ramowej nie prowadzi do wniosku, że ENA realizuje model automatycznego uznawania orzeczeń organów sądowych innych państw członkowskich Unii¹⁹. Już pkt 8 preambuły stanowi, że „decyzje w sprawie wykonywania europejskiego nakazu aresztowania należy poddawać należytych kontrolom, co oznacza że organ sądowy Państwa członkowskiego, na terytorium którego osoba, której wniosek dotyczy, została aresztowana zobowiązany jest do podjęcia decyzji w sprawie przekazania tej osoby”. Prowadzi to do konstatacji, że wnioski o wydanie osoby są akceptowane przez władze sądowe państwa członkowskiego, o ile spełnione zostaną warunki przewidziane w decyzji ramowej. Nadto warunki te są zasadniczo modyfikowane przez poszczególne ustawodawstwa implementujące dyrektywę. Według art. 2 ust. 1 decyzji ramowej, ENA może zostać wydany w sytuacji:

- czynów, które w świetle prawa obowiązującego w wydającym nakaz państwie członkowskim zagrożone są karą pozbawienia wolności lub środkiem zabezpieczającym o maksymalnym wymiarze co najmniej 12 miesięcy, albo

18 Zob. A. Grzelak, T. Ostropolski, *Współpraca wymiarów sprawiedliwości w współpracy policyjna*, Warszawa 2011, s. 1–93.

19 *Ibidem*.

- gdy zapadł wyrok lub wydano środek zabezpieczający o wymiarze co najmniej czterech miesięcy.

Współpraca, na której opiera się ENA, bazuje na wzajemnym uznaniu orzeczeń²⁰ z zastrzeżeniem enumeratywnie wymienionych okoliczności, które mogą być podstawą odmowy wykonania ENA lub stanowią obligatoryjną przeszkodę w wydaniu. Owe przeszkody można podzielić na bezwzględne i względne. Wśród bezwzględnych art. 3 decyzji ramowej w obecnie przyjętej wersji, zalicza:

1) gdy przestępstwo, którego dotyczy nakaz, jest objęte amnestią w kraju wykonującym nakaz, a państwo to ma jurysdykcję w danej sprawie,

2) gdy sąd mający wykonać ENA dowiedział się, iż osoba, której wniosek dotyczy, została osądzona przez inne państwo członkowskie co do tego samego czynu, pod warunkiem że wyrok, o ile zapadł, był albo jest wykonywany lub nie może już być wykonany według ustawodawstwa tego państwa (*res iudicata* w innym państwie członkowskim),

3) gdy osoba, której wniosek dotyczy, nie jest w stanie z powodu swojego wieku uczestniczyć w procesie karnym co do czynu, którego ENA dotyczył.

Względne przeszkody w wykonaniu ENA określa art. 4 decyzji ramowej o ENA, a mianowicie sąd może odmówić wykonania ENA wówczas, gdy:

1) w jednym z wypadków wymienionych w art. 2 ust. 4 decyzji ramowej o ENA, a więc w przypadku przestępstw spoza listy przewidzianej w art. 2 ust. 2 decyzji ramowej o ENA czyn, który stanowi podstawę wydania ENA, nie stanowi przestępstwa w świetle prawa wykonującego nakaz państwa członkowskiego. Jednakże w odniesieniu do przestępstw związanych z podatkami lub opłatami, należnościami celnymi i wymianą walut obcych wykonania ENA nie można

20 Zob. A. Górski, A. Sakowicz, *Europejski Nakaz Aresztowania. Między skutecznością ścigania a gwarancyjną funkcją praw człowieka*, „Przegląd Policyjny”, 2002, nr 3–4, s. 55.

odmówić na tej podstawie, iż prawo wykonującego nakaz państwa członkowskiego nie nakłada tego samego rodzaju podatku lub cła, lub nie zawiera tego samego rodzaju zasad w odniesieniu do podatków, opłat, należności celnych i wymiany walut, jak prawo wydającego nakaz państwa członkowskiego,

2) osoba podlegająca ENA jest ścigana w wykonującym nakaz państwie członkowskim za ten sam czyn, który stanowi podstawę wydania ENA,

3) organy sądowe wykonującego nakaz państwa członkowskiego zdecydują nie ścigać za przestępstwo stanowiące podstawę wydania ENA albo wstrzymać postępowanie sądowe lub w przypadku, gdy w państwie członkowskim w stosunku do osoby, której dotyczy wnioski, w odniesieniu do tych samych czynów zapadło prawomocne orzeczenie, co chroni ją przed dalszym postępowaniem sądowym,

4) zgodnie z prawodawstwem wykonującego nakaz państwa członkowskiego ściganie karne lub ukaranie osoby, której dotyczy wnioski, jest ustawowo zakazane i gdy czyny podlegają jurysdykcji tego państwa członkowskiego na podstawie jego prawa karnego,

5) wykonujący nakaz organ sądowy zostaje powiadomiony, że w stosunku do osoby, której dotyczy wnioski, zapadło, odnośnie do tych samych czynów, prawomocne orzeczenie w państwie trzecim, z zastrzeżeniem, że jeśli została orzeczona kara, to została ona wykonana lub jest aktualnie wykonywana albo w myśl prawa kraju skazania nie może być dłużej wykonywana,

6) ENA został wydany w celu wykonania kary pozbawienia wolności lub środka zabezpieczającego, a osoba, której dotyczy wnioski, jest obywatelem wykonującego nakaz państwa członkowskiego lub w tym państwie stale przebywa, a państwo to zobowiązuje się wykonać karę pozbawienia wolności lub środek zabezpieczający zgodnie z jego prawem krajowym.

Warto także przywołać sytuacje, kiedy to można odmówić wydania w przypadku, gdy ENA odnosi się do przestępstw, które:

1) w świetle prawa wykonującego nakaz państwa członkowskiego są traktowane jako popełnione w całości bądź w części na terytorium wykonującego nakaz państwa członkowskiego lub w miejscu traktowanym jako jego terytorium,

2) są popełnione poza terytorium wydającego nakaz państwa członkowskiego, a prawo wykonującego nakaz państwa członkowskiego nie dopuszcza ścigania przestępstw tego rodzaju, jeśli popełnione zostają poza jego terytorium.

Nie ulega wątpliwości, że instrumenty współpracy w sprawach karnych, do których należy zaliczyć ENA, tworzone były, do wejścia w życie traktatu lizbońskiego, zasadniczo za pomocą instrumentów trzeciofilarowych, co nie zapewniało im bezpośredniej skuteczności. Decyzja ramowa, na mocy art. 31, wprowadziła obowiązek wdrożenia do porządków prawnych państw członkowskich UE instrumentu ułatwiającego wzajemne przekazywanie osób ściganych, jakim jest ENA. Swoboda, jaką pozostawiono państwom członkowskim w zakresie celu wyznaczonego ową decyzją ramową, została bardzo ograniczona, gdyż każde odstępstwo od wskazanego wzorca musiałoby oznaczać sprzeniewierzenie się celowi określonemu w preambule. Decyzja ramowa nie uznała za przesłankę odmowy wykonania ENA w sytuacji, w której przekazanie sprawcy w celu jego osądzenia kolidowałoby z gwarancjami konstytucyjnymi w państwie wykonania. W istotę tej instytucji wpisana jest akceptacja odmienności pomiędzy poszczególnymi systemami prawnymi i zaufanie do orzeczeń pochodzących od obcych organów wymiaru sprawiedliwości.

Konieczność implementacji wywołała szereg wątpliwości nie tylko odnośnie zgodności z konstytucjami konkretnych państw członkowskich, ale i demokratycznej legitymacji w zakresie kształtowania instrumentów prawnych III filaru UE. Niezaprzeczalnie implementacja ENA mocno ingeruje w sferę suwerenności państw członkowskich UE²¹. Pomimo bezsprzecznej mocy wiążącej decyzji ramowych, często państwa członkowskie nie traktowały zobowiązań

21 Zob. P. Hofmański (red.), *Europejski nakaz aresztowania...*, s. 61.

wynikających z decyzji ramowej, w ten sposób, że nadawały jej wartość istotniejszą niż wartości zapisane w rodzimych konstytucjach, również wówczas, kiedy decyzja ramowa nie pozostawiała możliwości wyboru ich implementacji do krajowego porządku prawnego²². Skutkowało to stwierdzaniem niekonstytucyjności niektórych unormowań wynikających z decyzji ramowej, a wyrażających się w zwykłych ustawach. Problem braku demokratycznej legitymacji wywołał dyskusję, która była powodem opóźnienia implementacji włoskiej²³. Zagadnienie to było również akcentowane w orzeczeniu niemieckiego Związkowego Sądu Konstytucyjnego z dnia 18 lipca 2005 r.²⁴ oraz było przedmiotem pytania prejudycjalnego skierowanego do ETS przez belgijski Arbitragehof²⁵. Decyzja weszła w życie w państwach członkowskich UE z dniem 1 stycznia 2004 r., a w Polsce na mocy postanowień noweli z 18 marca 2004 r.²⁶, która obowiązywała od 1 maja 2004 r.

Fakt ten wymaga kilku słów objaśnienia. Z chwilą uzyskania członkostwa w Unii Europejskiej, Polska, przejmując *acquis*, automatycznie związana została prawem pierwotnym i wtórnym Unii, w tym obowiązkiem wykonania decyzji ramowej z 13 czerwca 2002 r. Odpowiednie działania legislacyjne zostały podjęte ze stosownym wyprzedzeniem, pozwalającym na wejście w życie 1 maja 2004 r. znowelizowanych przepisów kodeksu postępowania karnego implementujących instytucję ENA. Z inicjatywą ustawodawczą w tym zakresie wystąpiła Rada Ministrów, która przygotowując projekt ustawy zasięgnęła opinii Rady Legislacyjnej co do zgodności z Konstytucją

22 Zob. A. Górski, *Europejskie ściganie...*, s. 87.

23 Zob. F. Impala, *The European Arrest Warrant in the Italian legal system. Between mutual recognition and mutual fear within the European area of Freedom, Security and Justice*, „Utrecht Law Review”, 2005, vol. 1 issue 2, s. 57; P. Hofmański (red.), *Europejski nakaz aresztowania...*, s. 62.

24 2 BvR 2236-04, „Neue Juristische Wochenschrift” 2005, s. 2289.

25 www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/polju/en/EJN660.pdf (dostęp 17.01.2013).

26 Ustawa z dnia 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2004 r., Nr 69, poz. 626).

przekazywania innym państwom członkowskim obywateli polskich ściganych na podstawie ENA. Stanowisko Rady nie było jednoznaczne, większość jej członków przychyliła się jednak do poglądu, że instytucję przekazania można uznać za dopuszczalną w polskim porządku konstytucyjnym. Konkluzję tę zaaprobowała Rada Ministrów²⁷ a następnie – w toku postępowania legislacyjnego – także sejmowa Komisja Ustawodawcza²⁸. W wyniku nowelizacji k.p.k. dokonanej ustawą z dnia 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń, przyjęto koncepcję wprowadzenia do kodeksu dwóch nowych rozdziałów: rozdziału 65a, regulującego sytuacje, w których ENA zostaje wydany przez sądy polskie oraz rozdziału 65b, regulującego sytuacje, w których państwa członkowskie UE występują do Polski z ENA. Równocześnie wprowadzono do k.p.k. definicję ekstradycji, wskazując, że na gruncie prawa polskiego ekstradycja to inna instytucja prawna niż przekazanie osoby na podstawie ENA (art. 602 k.p.k.). Sytuacja ta wzbudziła liczne wątpliwości wśród przedstawicieli doktryny i sądownictwa, była niejednokrotnie analizowana w piśmiennictwie, a ostatecznie trafiła w formie pytania prawnego do Trybunału Konstytucyjnego.

Uwagi na tle wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 27 kwietnia 2005 r. (P 1/05)

TK w przedmiotowym wyroku²⁹ wskazał, że „obowiązek implementacji decyzji ramowych jest wymogiem konstytucyjnym wynikającym z art. 9 Konstytucji, jednak jego realizacja nie zapewnia automatycznie i w każdym przypadku materialnej zgodności przepisów

27 Zob. uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks wykroczeń, druk nr 2031, s. 35–45.

28 Zob. *Opinia nr 230 Komisji Ustawodawczej uchwalona na posiedzeniu 10 grudnia 2003 r.*

29 Wyrok TK z dnia 27.4.2005, P 1/05, OTK nr 4A/2005, poz. 42.

prawa wtórnego Unii Europejskiej i ustaw je implementujących do prawa krajowego z normami Konstytucji. Podstawową funkcją ustrojową Trybunału Konstytucyjnego jest badanie zgodności aktów normatywnych z Konstytucją, a obowiązek ten dotyczy także sytuacji, gdy zarzut niekonstytucyjności dotyczy tego zakresu ustawy, który służy implementacji prawa Unii Europejskiej”. Wynika stąd, że Trybunał traktuje ustawy implementujące decyzje ramowe jak ustawy zwykłe, toteż stwierdza, że ma obowiązek badania ich konstytucyjności. Wydaje się, jednak, że TK powinien znacznie szerzej rozważyć problem swoich kompetencji i dogłębnie przeanalizować kwestię relacji między prawem krajowym a prawem europejskim, a dokładniej – relacje pomiędzy przepisami krajowymi ustanowionymi w wyniku implementacji przepisów UE w III filarze a Konstytucją. W piśmiennictwie pojawia się istotna dla tej problematyki konkluzja, a mianowicie, że chociaż kontrola TK miała za przedmiot przepisy k.p.k., to dokonana ocena oddziałuje pośrednio na ocenę przepisów samej decyzji ramowej³⁰.

Pierwsza badana kwestia dotyczyła rozstrzygnięcia, czy ENA jest rodzajem ekstradycji. Zagadnienie to już wcześniej wzbudzało liczne kontrowersje między przedstawicielami doktryny. Część zwolenników uważało, że tryb wydawania i procedura wykonywania ENA przemawia na rzecz, że ENA nie różni się od procedur ekstradycyjnych, a nazwa „europejski nakaz aresztowania” ma na celu obejście zakazu wydawania własnych obywateli³¹. TK stwierdził, że przy interpretacji pojęć konstytucyjnych nie można oprzeć się na definicjach

30 Zob. A. Górski, A. Sakowcz, *Barriere prawne integracji europejskiej w sprawach karnych*, Warszawa 2005, s. 18; B. Nita, *Europejski nakaz aresztowania-europeizacja prawa karnego a standardy konstytucyjne państw członkowskich UE*, PiP 2007, nr 5, s. 61.

31 Zob. A. Górski, A. Sakowicz, *Zagadnienia prawno karne integracji europejskiej. Traktatowy chaos czy ład prawny?*, [w:] *Wymiar Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2003, s. 345–346; T. Grzegorzczak, *Procedowanie w sprawie europejskiego nakazu aresztowania*, Prok. I Pr. 2005, nr 4, s. 8–9; P. Winczorek, *Europejskie aresztowanie a polska Konstytucja*, „Rzeczpospolita” z dnia 17 listopada 2003, s. C3; M. Płachta, *Europejski nakaz aresztowania a ekstradycja*, „Jurysta”, 2002, nr 11/12, s. 14–15.

sformułowanych w aktach niższego rzędu. Uznał, że ENA to forma ekstradycji, pomimo, że ekstradycja jest procedurą administracyjną, a ENA opiera się na bezpośredniej współpracy pomiędzy sądami państw członkowskich. Przeciwnie stanowisko w głosie do wyroku TK prezentuje P. Kruszyński³². Twierdzi on, że skoro w decyzji ramowej używa się pojęcia *surrender*, a nie *extradition*, to nie można tych pojęć utożsamiać³³. W tekście Konstytucji RP występuje tylko i wyłącznie termin ekstradycja, nie zaś „przekazanie”. Podobne stanowisko zajmuje E. Zielińska, która zauważa, iż „W omawianej decyzji ramowej użyto angielskiej nazwy *surrender*, która występuje obok nazwy *extradition*. Z preambuły decyzji ramowej wynika też jasno, że różnice terminologiczne nie były przypadkowe: intencją bowiem projektodawców było stworzenie nowej, odmiennej instytucji prawnej, która miałaby zastąpić ekstradycję pomiędzy państwami członkowskimi, podczas gdy tradycyjna ekstradycja (...) miałaby nadal zastosowanie między krajami członkowskimi a państwem trzecim”³⁴. E. Piontek uważa nadto, że różnica nie sprowadza się tylko do nazewnictwa, ale występuje szereg osobliwych cech szczególnych, tj. odstąpienie od wymogu tzw. podwójnej karalności, jak również wyodrębnienie w decyzji ramowej wyczerpujących i bezwzględnie wiążących katalogów obligatoryjnej i fakultatywnej odmowy wykonania ENA. Dodatkowo ENA nie uwzględnia azylu wśród przeszkód w wykonaniu wezwania do przekazania³⁵. W. Sokolewicz wyróżnia trzy elementy odróżniające ENA od ekstradycji, a mianowicie nazwę aktu, charakterystykę podstawy prawnej oraz charakterystykę podmiotów wykonujących kompetencje władz państwowych. A. Grzelak i F. Jasiński uważają nadto, że „Nie jest to zaledwie forma współpracy organów wymiaru sprawiedliwości państw-członków Unii, ale

32 Zob. P. Kruszyński, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 7 kwietnia 2005 r.*, „Palestra”, 2005, nr 7–8, s. 289 i nast.

33 Podobnie P. Bogdanowicz, *Niekonstytucyjność europejskiego nakazu aresztowania*, „Palestra”, 2005, z. 3–4, s. 65.

34 E. Zielińska, *Ekstradycja a europejski nakaz aresztowania. Studium różnic*, s. 5.

35 Zob. E. Piontek, *Europejski nakaz aresztowania*, PiP 2004, nr 4, s. 40 i 41.

procedura ponadnarodowa wzajemnego uznawania i wykonywania orzeczeń sądowych”³⁶. P. Kruszyński uważa, że ENA pozbawiony jest elementu politycznego, a opiera na wzajemnej współpracy i zaufaniu organów sądowych. Ekstradycja nie dochodzi do skutku, kiedy brakuje wzajemności. Nadto w pkt 1 i 5 preambuły decyzji ramowej znajduje się zapis o likwidacji procedury ekstradycyjnej i zastąpieniu jej przekazaniem podejrzanego, oskarżonego, skazanego z państwa wykonania ENA do państwa wydania. Autor nie zgadza się również z TK, który uważa, że przekazanie obywatela polskiego na podstawie ENA innemu państwu członkowskiemu UE narusza wyrażone w art. 55 Konstytucji prawo obywatela do odpowiedzialności przed własnym sądem. Konsekwencją przystąpienia Polski do UE jest uznanie, że standardy praw człowieka są przestrzegane w innych państwach członkowskich, dlatego też zdaniem autora w świetle powyższego argument TK traci rację bytu. Już w preambule decyzji ramowej jest wyraźnie wskazane, że ENA jest nową instytucją prawa unijnego, różniącą się od ekstradycji i będącą kolejnym stadium rozwoju współpracy sądowej w ramach UE³⁷.

Jak już była mowa TK, uważa jednak odmiennie: „Skoro sensem (rdzeniem) ekstradycji jest wydanie obcemu państwu osoby ściganej albo skazanej, w celu przeprowadzenia przeciw niej postępowania karnego lub wykonania orzeczonej co do niej kary, to przekazanie osoby ściganej ENA w celu przeprowadzenia przeciwko niej, na terytorium innego państwa członkowskiego UE, postępowania karnego lub wykonania orzeczonej kary pozbawiania wolności albo innego środka polegającego na pozbawianiu wolności musi być uznane za jej odmianę”. W podobnym tonie wypowiada się M. Płachta, twierdząc, że użycie terminu *surrender* w decyzji ramowej nie stanowi

36 A. Grzelak, F. Jasiński, *Przekazanie zamiast ekstradycji. Europejski nakaz aresztowania konsekwencją wzajemnego zaufania do systemu wymiaru sprawiedliwości państw członkowskich Unii*, „Rzeczpospolita”, 2003, nr 257, s. C3.

37 Zob. W. Czaplinski, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 7 kwietnia 2005 r.*, PiP 2005, z. 9, s. 108.

o odmienności ENA od ekstradycji³⁸. W związku z powyższym poglądem wyrażonym przez Trybunał uważa, że dla usunięcia istniejących na gruncie prawa polskiego wątpliwości, czy ekstradycja to inna instytucja prawna niż przekazanie osoby na podstawie europejskiego nakazu aresztowania, nie byłaby wystarczająca odpowiednia nowelizacja kodeksu postępowania karnego m.in. wprowadzająca do ustawy i definiująca w niej konstytucyjne określenie „ekstradycja”. Jego zdaniem znaczenie poszczególnych terminów przyjęte w ustawach nie może przesądzać o sposobie interpretacji przepisów konstytucyjnych, albowiem wówczas zawarte w nich gwarancje utraciłyby jakikolwiek sens. Przeciwnie, to normy konstytucyjne winny narzucać sposób i kierunek wykładni przepisów innych ustaw. Punktem zaś wyjścia dla wykładni konstytucji jest ukształtowane historycznie i ustalone w doktrynie prawa rozumienie terminów użytych w tekście tego aktu prawnego.

TK jedynie wspomina o bardzo istotnej kwestii, zwłaszcza ze względu na zajęte przez Trybunał stanowisko, a mianowicie, czy interpretacja art. 55 ust. 1 Konstytucji musi być dokonywana przy uwzględnieniu ciężącego na wszystkich państwach członkowskich obowiązku wykładni zgodnej z prawem UE. Problematyka ta nie była jednak przez Trybunał dogłębnie analizowana. Stwierdził on jedynie syntetycznie, że z art. 8 Konstytucji RP wypływa istotny wniosek, że Konstytucja oraz pojęcia konstytucyjne są najwyższą instancją normatywną, a normy konstytucyjne powinny narzucać kierunek i sposób wykładni przepisów innych ustaw. Zdaniem W. Czaplińskiego „(...) Trybunał Konstytucyjny, dokonując wykładni art. 55 Konstytucji i art. 607t k.p.k., zupełnie pominął oddziaływanie prawa unijnego na prawo wewnętrzne”. Warto także dodać, na co zwraca również uwagę W. Czapliński, że w zapadłym już po przedmiotowym wyroku TK, orzeczeniu Trybunału w Luksemburgu w sprawie *Pupino* uznał, że na państwach członkowskich i ich organach stosujących prawo spoczywa obowiązek wykładni prawa wewnętrznego

38 Zob. M. Płachta, *To samo inaczej nazwane*, „Rzeczpospolita”, 2003, nr 240, s. C3.

w sposób pro unijny, tak aby osiągnąć wyznaczone w decyzji ramowej cele. Prowadzi to do konstatacji, że wyrok TK takich wymogów nie spełnia. W tym kontekście pojawiło się stwierdzenie, że gdyby wyrok ETS zapadł przed orzeczeniem TK, to jego rozstrzygnięcie byłoby zapewne inne³⁹. Poglądu tego nie podziela B. Nita twierdząc, że stanowisko TK, odrzucające możliwość obrony konstytucyjności poddanego kontroli przepisu k.p.k. przez zastosowanie proeuropejskiej wykładni Konstytucji, znalazło potwierdzenie w argumentacji zawartej w uzasadnieniu wyroku ETS zapadłego w sprawie *Pupino*⁴⁰. ETS stwierdził, że obowiązek wykładni proeuropejskiej dotyczy także aktów prawnych w III filarze UE, ale obowiązek ten nie ma charakteru bezwzględnego. Toteż nie może stanowić podstawy do dokonywania wykładni prawa krajowego *contra legem*⁴¹.

TK rozważył także charakter prawny decyzji ramowej. Opowiedział się za poglądem, zgodnie z którym decyzje ramowe są pochodnym prawem unijnym, nie zaś prawem wspólnotowym. Zdaniem TK, różnice w stosunku do aktów I filaru wynikają z odmienności między poszczególnymi filarami Unii: o ile I filar jest oparty na tzw. metodzie wspólnotowej, zakładającej istnienie kompetencji instytucji WE jako organizacji międzynarodowej, o tyle II i III filar opierają się na współpracy międzyrządowej państw członkowskich. Zdaniem TK, wobec braku podmiotowości międzynarodowoprawnej UE, akty jej instytucji (Rady Europejskiej czy Rady UE w zakresie II i III filaru) powinny być przypisywane nie samej UE, ale państwom, których przedstawiciele wchodzi w skład wymienionych instytucji. Zgodnie z takim ujęciem, prawo w II i III filarze jest prawem międzynarodowym publicznym, choć wykazującym pewne swoistości wobec znacznego stopnia integracji państw, jaki

39 Zob. A. Grzelak, *Europejski nakaz aresztowania-orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z Punktu widzenia prawa europejskiego*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2005, nr 2, s. 24 i nast.

40 Zob. B. Nita, *Europejski nakaz...*, s. 63.

41 *Ibidem*.

wynika z TUE⁴². Podsumowując, decyzja ramowa postrzegana jest przez TK, jako międzyrządowy sposób regulacji prawnej, zbliżony, a wręcz tożsamy z prawem międzynarodowym. Tezę tę aprobeuje w swojej glosie do przedmiotowego wyroku W. Czapiński. Uważa on, że decyzja ramowa jest umową międzynarodową, zawartą w formie uproszczonej⁴³. Różnica pomiędzy umową międzynarodową a decyzją ramową, zdaniem autora, jest taka, że decyzja musi być wykonana przez państwo. Obowiązkiem państwa jest wydanie odpowiedniego aktu prawa wewnętrznego wdrażającego ową dyrektywę. Nadto, TK przyjmuje, że decyzja ramowa nie jest instrumentem, do którego stosuje się zasady prawa wspólnotowego wypracowane przez ETS i krajowe sądy konstytucyjne. Toteż decyzja ramowa nie posiada waloru pierwszeństwa wobec krajowych porządków prawnych, włączając w to porządki konstytucyjne. Część przedstawicieli doktryny odrzuca tezę o tworzeniu się poprzez instrument prawny decyzji ramowej odmiennego od typowego międzyrządowego rodzaju współpracy w sprawach karnych, czyli europejskiego prawa karnego materialnego i procesowego⁴⁴. Problem stosunku instrumentów III filara oraz prawa krajowego rozpatrywano w doktrynie z punktu widzenia przeniesienia kompetencji na organy ponadnarodowe poprzez szczególne klauzule kompetencyjne. Nie przesądzało to jednak o konsekwencjach konstytucyjnych aktu przekazania kompetencji.

Zagadnienie to pozostaje nadal aktualne w nowym stanie traktatowym, pomimo ujednoczenia prawa europejskiego oraz przyznania dyrektywom przymiotu pierwszeństwa i bezpośredniej skuteczności, gdyż nie można z tego wnioskować o hierarchicznej wyższości tych

42 Wyrażane były również inne poglądy, zgodnie z którymi mimo braku wyraźnie przyznanej podmiotowości UE ma ona swoje własne kompetencje, realizowane przez jej instytucje, co jest wyraźniejsze po zmianach wprowadzonych do TUE przez Traktat Amsterdamski, zob. S. Biernat, *Źródła prawa Unii Europejskiej*, [w:] *Prawo Unii Europejskiej*, J. Barcz (red.), Warszawa 2004, s. 222.

43 Zob. W. Czapiński, *op. cit.*, s. 108–110.

44 Zob. przykładowo: M. Płachta, *Europejski nakaz aresztowania (wydania): kłopotliwa „rewolucja” w ekstradycji*, SE 2002, nr 3, s. 60–61; P. Winczorek, *op. cit.*

instrumentów wobec całego systemu prawa⁴⁵. Zagadnienie to wymaga objaśnienia. W traktacie lizbońskim uwidacznia się tendencja do zniesienia różnic pomiędzy prawem unijnym a wspólnotowym. Z punktu widzenia prawa unijnego traktat lizboński zniósł podział doktrynalny na filary i włączył współpracę w ramach spraw karnych w obręb metody wspólnotowej, stosowanej w dawnym I filarze. Oznacza to, że tworzenie prawa karnego *sensu stricto* (europejskiego prawa karnego materialnego), europejskiego prawa procesowego oraz prawa współpracy w sprawach karnych (przed traktatem lizbońskim była to domena III filaru) następuje za pomocą tych samych środków prawnych, toteż dawne zróżnicowanie filarowe przestaje mieć zasadnicze znaczenie. Decyzję ramową w dawnym III filarze zastępuje dyrektywa, która ma regulować w sposób bezpośredni materię współpracy w sprawach karnych oraz materię europejskiego prawa karnego materialnego i procesowego⁴⁶. Tym samym tracą na znaczeniu problemy tożsamości i różnic pomiędzy prawem I i III filaru, bowiem nowe cechy dyrektyw zostały rozciągnięte na dawne prawo III filaru. Przymiot pierwszeństwa i bezpośredniego skutku czyni z dyrektyw autonomiczny i bezpośrednio stosowały instrument prawny. Wszelkie instrumenty prawne w ramach współpracy w sprawach karnych mają być dostosowane do nowych realiów prawnych w ciągu 5 lat, a więc do 1 grudnia 2014. Oznacza to m. in., że jak podstawą prawną dla ENA była decyzja ramowa w III filarze, to powinna być ona zastąpiona dyrektywą.

W obecnie obowiązującym stanie prawnym szczególnego znaczenia nabiera także proces przekazania kompetencji państwowych. Podziału kompetencji dokonuje Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁴⁷. Nie sposób również obecnie twierdzić, że dyrektywa prawnokarna jest rodzajem umowy międzynarodowej. Pomimo zmiany stanu prawnego, nadal liczne wątpliwości budzi relacja

45 Zob. A. Górski, *Europejskie ściganie...*, s. 90 i 91.

46 Zob. A. Górski, *Europejskie ściganie...*, s. 33 i 34.

47 <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:pl:PDF> (dostęp 20.01.2013).

treści decyzji ramowych do unormowań konstytucyjnych państw członkowskich. Niewystarczającym wydaje się przywołanie art. 34 lit. b TUE, który przesądzał o tym, że decyzje ramowe nie wywoływały bezpośredniego skutku i wymagały implementacji do prawa krajowego. Decyzje ramowe były przyjmowane do krajowego porządku prawnego w formie ustaw zwykłych, które z punktu widzenia konstytucyjnego są aktami normatywnymi o takiej samej treści i mocy jak inne ustawy. Jednak z drugiej strony trzeba mieć na względzie obowiązek zgodności całego krajowego systemu prawa z zobowiązaniami wynikającymi z TUE. W dalszym ciągu pozostaje aktualny również problem wpływu konstytucyjnego przekazania kompetencji prawodawczych w niektórych sprawach. Przyjęcie zasady pierwszeństwa przez traktat lizboński nie stanowi reguły kolizyjnej, która kompleksowo ustanawiałaby relacje pomiędzy konstytucjami państw członkowskich a prawem Unii Europejskiej.

Zmiana art. 55 Konstytucji RP

TK w przedmiotowym wyroku odroczył utratę mocy obowiązującej przez niezgodny z Konstytucją RP art. 607t § 1 k.p.k. na 18 miesięcy, zawieszając tym samym stosowanie przepisu Konstytucji o charakterze gwarancyjnym. Wydaje się, że motywem tego działania było dążenie do osiągnięcia kompromisu między zakazem wydawania własnych obywateli a nakazem realizacji zobowiązań międzynarodowych. Decyzja ta wiązała się jednak z pozbawieniem obywateli ochrony wynikającej z art. 55 ust. 1 Konstytucji. Prowadzi to do konstatacji, że wyrok TK wskazuje jedynie kierunek pożądanych zmian legislacyjnych, gdyż utrata mocy obowiązującej przez przepis uznany za niekonstytucyjny nie jest równoznaczna z zapewnieniem zgodności stanu prawnego z Konstytucją. Osiągnięcie tego celu było możliwe tylko poprzez ingerencję ustrojodawcy. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, w kontekście takiego rozstrzygnięcia przez TK i wobec treści art. 9 Konstytucji RP, była to jedyna możliwość doprowadzenia

do zgodności przepisów k.p.k. z Konstytucją, a jednocześnie zapewniająca realizację zobowiązań międzynarodowych Polski⁴⁸. Wśród przedstawicieli doktryny pojawiały się jednak negatywne wypowiedzi na temat projektu zmiany art. 55 Konstytucji. Twierdzili oni, że prawo powinno być dostosowane do nowych wyzwań przez odpowiednią interpretację, a zmiana Konstytucji nie jest *remedium* na sprzeczności między nią a prawem europejskim⁴⁹. Optowali oni, aby art. 55 ust. 1 Konstytucji RP odczytywać funkcjonalnie. Z takimi poglądami nie zgadza się jednak P. Winczorek będący przeciwnikiem tzw. dynamicznej interpretacji Konstytucji. Twierdzi, że nie należy traktować Konstytucji, jako aktu o znaczeniu swobodnie kształtowanym przez interpretatorów⁵⁰. P. Bogdanowicz argumentuje nadto, że tzw. interpretacja dynamiczna nie może prowadzić do tego, że sposób rozumienia przepisu będzie w rażący sposób sprzeczny z jego literalnym brzmieniem⁵¹.

Warto, także przybliżyć pogląd wyrażony przez P. Hofmańskiego, stwierdził on, że badany przez TK art. 607t k.p.k. nie był przepisem, który zezwalał na przekazywanie kogokolwiek w trybie ENA, a jedynie obligował sąd, decydujący o wykonaniu ENA wydanego przez inne państwo członkowskie wobec obywatela polskiego lub osoby korzystającej w Polsce z prawa azylu, do zastrzeżenia, że dana osoba zostanie odesłana na terytorium RP po prawomocnym zakończeniu postępowania w państwie wydania ENA⁵². Dopuszczalność wydania takiej osoby wynikała natomiast z regulacji zawartej w art. 607p. Te fakty w znaczący sposób wpływają na interpretację wydanego

48 Zob. B. Nita, *Europejski nakaz...*, s. 65.

49 Zob. E. Piontek, *op. cit.*, s. 40 i 41; A. Grzelak, F. Jasiński, *Przekazanie zamiast ekstradycji. Europejski nakaz aresztowania konsekwencją wzajemnego zaufania do systemu wymiaru sprawiedliwości państw członkowskich Unii*, „Rzeczpospolita”, 2003, nr 257, s. C3; R. Ostrihansky, *Nakazać zakazane – europejski nakaz aresztowania a konstytucja*, „Rzeczpospolita”, 2003, nr 262, s. C3.

50 Zob. P. Winczorek, *op. cit.*

51 Zob. P. Bogdanowicz, *op. cit.*, s. 68.

52 Zob. P. Hofmański, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 7 kwietnia 2005 r.*, PiP 2005, z. 9, s. 114.

przez TK orzeczenia. P. Hofmański stwierdza, że „Sentencja tego orzeczenia nie pozostawia natomiast wątpliwości co do tego, że jeśli zakwalifikowany przez TK przepis nie zostanie wcześniej zmieniony lub uchylony, po upływie 18 miesięcy od dnia ogłoszenia wyroku TK, polskich obywateli nadal będzie można przekazywać na podstawie ENA do innych państw członkowskich UE, nie będzie natomiast podstawy prawnej do tego, aby przy przekazaniu sformułować zastrzeżenie, iż obywatel polski zostanie przekazany na terytorium RP po prawomocnym zakończeniu postępowania karnego w państwie wydania ENA. Wolno będzie natomiast formułować takie zastrzeżenie w wypadku przekazania na podstawie ENA do innego państwa członkowskiego UE osoby korzystającej w Polsce z prawa azylu, bowiem art. 607t § 1 k.p.k. traci moc jedynie w zakresie, w jakim zezwala na przekazanie obywatela polskiego w tym trybie”⁵³. Przyjęcie powyższego poglądu prowadziło do wniosku, że TK dążąc do zapewnienia obywatelom polskim jak najszerszych gwarancji wynikających a art. 55 Konstytucji RP, znacznie je osłabił.

Aktualne brzmienie art. 55 Konstytucji RP jest wynikiem nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 8 września 2006 roku⁵⁴. Pierwotna regulacja zakładała bezwzględny zakaz ekstradycji obywateli polskich⁵⁵, dopuszczała ekstradycję innych osób, ale za wyjątkiem „podejrzanych o popełnienie bez użycia przemocy przestępstwa z przyczyn politycznych”. Uregulowanie takie wynikało z ogólnej zasady władztwa państwowego wobec swoich obywateli. Norma ta była postrzegana jako jeden z wyrazów suwerenności państwa polskiego⁵⁶.

Regulacja art. 55 Konstytucji RP w obecnym brzmieniu przewiduje zasadę tzw. podwójnej karalności. Zakłada ona, że ekstradycja obywatela polskiego będzie możliwa jedynie w sytuacji, gdy

53 *Ibidem*.

54 Dz.U. Nr 200, poz. 1471.

55 Zob. L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne, zarys wykładu*, Warszawa 2010, s. 109–110.

56 Zob. P. Sarnecki, *Art. 55 Konstytucji*, [w:] *Konstytucja RP. Komentarz II*, Warszawa 2003, s. 77.

czyn objęty wnioskiem ekstradycyjnym stanowił według polskiego prawa przestępstwo zarówno w chwili jego popełnienia, jak i w momencie złożenia wniosku o ekstradycję oraz został popełniony poza terytorium RP. Jednak nie wymaga spełnienia tych warunków „ekstradycja mająca nastąpić na wniosek sądowego organu międzynarodowego powołanego na podstawie ratyfikowanej przez Polską umowy międzynarodowej, w związku z objętą jurysdykcją tego organu zbrodnią ludobójstwa, zbrodnią przeciwko ludzkości, zbrodnią wojenną lub zbrodnią agresji”. Art. 55 ust. 4 Konstytucji stanowi natomiast, że ekstradycja będzie także zakazana w stosunku do osoby podejrzanej o popełnienie, bez użycia przemocy, przestępstwa z przyczyn politycznych, a także w sytuacji, gdy jej dokonanie „będzie naruszać wolności i prawa człowieka i obywatela”. Należy zgodzić się z poglądem prezentowanym w doktrynie, że nowe rozwiązania, w zakresie wprowadzenia warunku podwójnej karalności i miejsca czynu poza terytorium RP oraz odmowy wykonania ekstradycji z uwagi na naruszenie „wolności i prawa człowieka i obywatela”, mają charakter irracjonalny⁵⁷. Nie są one do pogodzenia z prawem unijnym – nie tylko z decyzją ramową, ale również z traktatem akcesyjnym i TUE. Warunek podwójnej przestępczości czynu jest postrzegany jako jedna z archaicznych zasad prawa międzynarodowego karnego, która stoi na przeszkodzie współpracy w sprawach karnych na obszarze UE. Dopiero decyzja ramowa w sprawie ENA uczyniła w tej kwestii istotny postęp, wprowadzając tzw. korpus przestępstw europejskich, w stosunku do których wyłączyła możliwość odmowy wykonania ENA ze względu na niespełnienie wymogu podwójnej karalności czynu pod warunkiem, że jest on zagrożony w państwie wydania nakazu co najmniej karą trzech lat pozbawienia wolności.

57 Zob. A. Górski, A. Sakowicz, *Na przekór prawu UE. Implementacja europejskiego nakazu aresztowania*, „Analizy natolińskie”, 2006, nr 7, s. 6, www.natolin.edu.pl/pdf/analizy/Natolin_Analiza_7_2006.pdf (dostęp 20.01.2013).

Nieuzasadnionym wydaje się być również wprowadzenie warunku do art. 55 ust 2 Konstytucji RP, dotyczącego popełnienia czynu „poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”. Uregulowanie takie jest działaniem *contra legem* treści decyzji ramowej, art. 2 traktatu akcesyjnego oraz przepisom wspomnianego już Traktatu o UE (art. 2 oraz 34 ust. 2b). Ustrojodawca, wprowadzając takie rozwiązanie, ustanowił nową obligatoryjną przesłankę odmowy wykonania ENA, nieznaną decyzji ramowej. Zgodnie z art. 607r § 1 pkt 5 sąd polski może odmówić przekazania, jeżeli ENA dotyczy „przestępstw, które według prawa polskiego zostały popełnione, w całości lub w części, na terytorium RP, jak również na polskim statku wodnym lub powietrznym”. Przyjęcie takiej regulacji może niejednokrotnie wywołać wiele praktycznych kłopotów, gdyż ustalenie jednego miejsca popełnienia przestępstw np. w sytuacji przestępczości międzynarodowej, jest dużym wyzwaniem dla organów ścigania. Tym bardziej, że wedle art. 6 § 2 k.k. czyn zabroniony „uważa się za popełniony w miejscu, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany, albo gdzie skutek stanowiący znamię czynu zabronionego nastąpił lub według zamiaru sprawcy miał nastąpić”.

We wprowadzonym do art. 55 ust. 4 Konstytucji RP stwierdzeniu, że „Ekstradycja jest zakazana, jeżeli (...) jej dokonanie będzie naruszać wolności i prawa człowieka i obywatela”, można dopatrzeć się naruszenia zobowiązań międzynarodowych, a w przypadku państw UE także zasady wzajemnego zaufania. Chodzi tutaj o obawę, że w państwie żądającym wydania wobec osoby wydanej może zostać orzeczona lub wykonana kara śmierci bądź może zostać poddana torturom. Wydaje się, że w art. 604 § 1 pkt 6 i 7 k.p.k. w sposób dostateczny zapewnia się gwarancje osobie, wobec której został wydany wniosek ekstradycyjny. Wejście w życie nowopryjętego rozwiązania może natomiast stworzyć barierę współpracy w sprawach karnych.

Funkcjonowanie i perspektywy europejskiego nakazu aresztowania. Wnioski podsumowujące

W latach 2005–2009 państwa członkowskie wydały 54 689 ENA, w wyniku których przekazano 11 630 osób podejrzanych o popełnienie przestępstwa. Jak możemy przeczytać w sprawozdaniu Komisji „Średni okres wydania tych osób, które nie wyraziły zgody, wyniósł 48 dni. Wcześniej powszechnym sposobem przekazywania do innych państw osób ściganych była długotrwała, skomplikowana i sformalizowana procedura ekstradycji, będąca instytucją publicznego prawa międzynarodowego. Wymagała zaangażowania państwa jako podmiotu prawa międzynarodowego za pośrednictwem politycznych organów władzy. Sytuacja uległa zatem znacznemu polepszeniu w porównaniu z okresem przed wdrożeniem ENA, kiedy to na ekstradycję poszukiwanych osób oczekiwano średnio rok, niewątpliwie poprawiając swobodny przepływ osób na terytorium UE dzięki ustanowieniu skuteczniejszego mechanizmu mającego zagwarantować, by otwarcie granic nie było wyzyskiwane przez tych, którzy usiłują zbiec przed wymiarem sprawiedliwości”⁵⁸. Wciąż jednak ENA daleki jest od doskonałości. Jak wynika z przedmiotowego sprawozdania, państwa członkowskie, posłowie europejscy i krajowi, grupy reprezentujące społeczeństwo obywatelskie oraz indywidualni obywatele, wyrazili pewne zastrzeżenia odnośnie stosowania ENA, a w szczególności jego wpływu na prawa podstawowe. Funkcjonują także pewne niedociągnięcia jeżeli chodzi o wdrażanie decyzji ramowej Rady przez niektóre państwa członkowskie. Od 1 kwietnia 2007 r. 14 państw członkowskich dokonało zmian w swoich przepisach wykonawczych, mimo załączan zmian takich nie wprowadziło 12 państw członkowskich.

58 Zob. Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie wdrażania od 2007 r. decyzji ramowej Rady z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi, <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0175:FIN:PL:HTML> (dostęp 7.01.2013).

W kontekście powyższego ENA jest postrzegany jako instrument innowacyjny i dynamiczny. Rewolucyjność ENA polega na znaczących odmiennościach od ekstradycji. W tym obrębie można wskazać na uniezależnienie przekazania osoby pod obcą jurysdykcję od decyzji o charakterze politycznym, częściowe zniesienie podwójnej karalności, uniezależnienie możliwości i obowiązek przekazania od obywatelstwa osoby ściganej, uproszczenie procedury ekstradycyjnej i wymuszenie wykonania nakazu bez kontroli faktów leżących u podstaw wydania⁵⁹.

Od czasu wejścia w życie decyzji ramowej Rady w 2004 r. organy sądowe zyskały dostępny i skuteczny mechanizm na rzecz zagwarantowania, by przestępcy nie mogli uniknąć sprawiedliwości ukrywając się na terytorium Unii Europejskiej. Jednakże stosowanie tego instrumentu powinno być nadal poddawane dokładnej, stałej kontroli. Komisja powinna w dalszym ciągu monitorować jego stosowanie oraz rozważyć, w świetle dalszych doświadczeń, wszystkie możliwe warianty, w tym legislacyjne, uwzględniając równocześnie nowy kontekst stworzony przez traktat lizboński. Pojawia się również pole do ulepszeń jeżeli chodzi o transpozycję i stosowanie decyzji ramowej Rady. W szczególności ochrona praw podstawowych powinna być centralnym elementem funkcjonowania systemu ENA. Należy rozważyć większy nacisk Komisji Europejskiej na państwa członkowskie w celu pełniejszej implementacji decyzji ramowej w sprawie ENA, ograniczenie stosowania ENA do poważnych przypadków, a organy sądowe natomiast powinny korzystać z systemu ENA wyłącznie wtedy, gdy wniosek o wydanie jest proporcjonalny w świetle wszystkich okoliczności sprawy oraz powinny wykonywać kontrolę proporcjonalności w jednolity sposób we wszystkich państwach członkowskich rozwinięcie systemu procesu karnego *in absentia* oraz monitoring w zakresie przestrzegania i wzmacniania realizacji praw procesowych oskarżonego.

59 Zob. P. Hofmański, *Europejski nakaz aresztowania...*, s. 56 i 57.

Iwona Miedzińska
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Warszawski

PRZYSTĄPIENIE UNII EUROPEJSKIEJ DO
KONWENCJI O OCHRONIE PRAW CZŁOWIEKA
I PODSTAWOWYCH WOLNOŚCI
– ASPEKTY PRAWNE

Cała Europa traktuje europejską konwencję praw człowieka jako ważny punkt odniesienia w kwestii ochrony praw człowieka. Unia Europejska zgadza się, aby jej instytucje funkcjonowały zgodnie z takimi samymi przepisami obowiązującymi w obszarze praw człowieka oraz takimi samymi zasadami kontroli, jakie stosują wszystkie europejskie systemy demokratyczne. Tym samym wysyła ona bardzo wyraźny sygnał: Europa się zmienia, a ci, którzy mają największe wpływy i największą władzę, są gotowi przyjąć swoją część odpowiedzialności za te zmiany¹.

Thorbjørn Jagland, Sekretarz Generalny Rady Europy

¹ Fragment przemowy ogłoszonej 7 lipca 2010 r. z okazji rozpoczęcia negocjacji w sprawie przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji europejskiej, IP/10/906, europa.eu (dostęp 22.04.2013).

Wstęp

Przedmiotem niniejszego artykułu jest przystąpienie Unii Europejskiej (UE) do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności² (Konwencja europejska, EKPCz). Celem badań jest analiza prawnych aspektów przystąpienia UE do Konwencji europejskiej oraz jego konsekwencji z punktu widzenia ochrony praw człowieka w Europie. Hipoteza zakłada, że przystąpienie Unii Europejskiej do EKPCz spowoduje istotne zmiany w systemie instytucjonalnym i prawie UE, a także w samym systemie EKPCz, dlatego też obwarowane jest wieloma warunkami materialnymi i proceduralnymi. Główną metodą badawczą jest analiza instytucjonalno-prawna, pomocniczo wykorzystano metodę historyczno-prawną.

Unia Europejska ma szansę zostać czterdziestym ósmym sygnatariuszem EKPCz, przez co będzie mogła występować przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka (ETPCz) w charakterze pozwanego, ale również pozywać państwa-strony Konwencji przed ten Trybunał. W przeciwieństwie do innych stron Konwencji, przystąpienie Unii nie będzie wiązało się jednak z członkostwem w Radzie Europy. Niewątpliwie UE jako organizacja międzynarodowa będzie pierwszą tego typu stroną Konwencji europejskiej – pozostali sygnatariusze „klejnotu w koronie Rady Europy” to państwa, wśród których znajduje się 27 państw członkowskich UE.

Podstawa prawna przystąpienia UE do EKPCz

Debata na temat przystąpienia najpierw Wspólnot Europejskich, a następnie Unii Europejskiej do EKPCz, trwała ponad 30 lat³. Podkreślano silne powiązanie obu systemów oraz wpływ EKPCz

2 Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r., Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284, ze zm.

3 Na temat szczegółów debaty oraz rozważanych przez obie strony argumentów „za” i „przeciw” zob. H. Machińska, *Przystąpienie UE do EKPCz. Relacje instytucjonalno-prawne Unii Europejskiej i Rady Europy*, [w:] J. Barcz (red.),

i orzecznictwa ETPCz na prawo UE i orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), ale nie przyjęto żadnych aktów prawnych dotyczących przystąpienia UE do EKPCz⁴. Dopiero Protokół nr 14 z dnia 13 maja 2004 roku⁵ do EKPCz zmodyfikował art. 59, umożliwiając Unii przystąpienie do Konwencji⁶. Natomiast ze strony Unii, jej akcesja do EKPCz formalnie stała się możliwa z chwilą wejścia w życie Traktatu z Lizbony⁷, który przyznał UE osobowość prawną. Podstawą prawną jest art. 6 ust. 2 TUE, według którego „Unia przystępuje do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności”⁸. Zagadnieniu temu poświęcone zostały także Protokół nr 8 (Protokół)⁹ oraz Deklaracja nr 2 (Deklaracja)¹⁰ dotyczące tego artykułu, dołączone do Traktatu z Lizbony.

Ochrona praw podstawowych w Unii Europejskiej. Zarys prawa, Warszawa 2008, s. 248–253.

- 4 J. Barcz, *Ramy prawne przystąpienia Unii Europejskiej do EKPCz w świetle postanowień TUE i TfUE. Uwagi wstępne*, [w:] *Przystąpienie Unii Europejskiej do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Biuletyn Biura Informacji Rady Europy”, Nr 3–4/2010, Warszawa 2010, s. 11–12.
- 5 Protokół ten wszedł w życie dopiero 1 czerwca 2010 r., ponieważ przez kilka lat z jego ratyfikacją zwlekała Federacja Rosyjska. Przedstawiciele tego państwa wskazywali na antyrosyjskie nastawienie ETPCz, podnosząc również wątpliwości natury prawnej co do proponowanych zmian w systemie EKPCz. W 2009 r. rosyjskie stanowisko uległo zmianie i procedura ratyfikacji w tym kraju została wznowiona. 18 lutego 2010 r. Minister Sprawiedliwości Federacji Rosyjskiej złożył dokument ratyfikacyjny.
- 6 Na temat skutków wejścia w życie Protokołu nr 14 zob. J. Wołosiewicz, *Przystąpienie Unii Europejskiej do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności – wizja Rady Europy*, [w:] *Przystąpienie Unii Europejskiej do Europejskiej Konwencji...*, s. 29–32.
- 7 Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską sporządzony w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r., Dz.U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569.
- 8 Forma użycia czasownika „przystępuje” wskazuje, że UE jest niejako zobowiązana do przystąpienia do EKPCz oraz że działania ku temu należy podjąć możliwie najszybciej. Zob. J. Barcz, *Ramy prawne przystąpienia...*, s. 14–15.
- 9 Protokół dotyczący artykułu 6 ustęp 2 Traktatu o Unii Europejskiej w sprawie przystąpienia Unii do Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (Dz. Urz. UE C 306 z 17.12.2007 r.), s. 155–156.
- 10 Deklaracja odnosząca się do artykułu 6 ustęp 2 Traktatu o Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE z 2010 r. C 83 s. 337).

Na marginesie należy zauważyć, że sama Karta Praw Podstawowych (KPP) bezpośrednio nawiązuje do EKPCz – w art. 52 ust. 3 jest mowa o tym, iż w zakresie, w jakim KPP „zawiera prawa, które odpowiadają prawom zagwarantowanym w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, ich znaczenie i zakres są takie same jak praw przyznanych przez tę konwencję”¹¹. Jednakże nawet zanim KPP, dzięki wejściu w życie Traktatu z Lizbony, uzyskała moc obowiązującą, prawa przewidziane w Konwencji europejskiej wyznaczały unijny standard ochrony praw podstawowych, jako ogólne zasady prawa¹². Stąd też przystąpienie UE do EKPCz należy postrzegać jako kolejny etap procesu kształtowania się wielopoziomowego systemu ochrony praw podstawowych w UE¹³ oraz unifikacji i wzmocnienia europejskiego systemu ochrony praw człowieka, a nie jako radykalną zmianę istniejącej sytuacji.

Merytoryczny wymiar i konsekwencje prawne przystąpienia UE do EKPCz

Należy zauważyć, że zarówno Unia Europejska, jak i Rada Europy, funkcjonując przez kilkadziesiąt lat, wypracowały własne procedury, rozwiązania prawne i instytucjonalne. Na tym etapie rozważań trzeba więc postawić pytanie: co wyniknie z przystąpienia UE do EKPCz, jakie będą konsekwencje tego wydarzenia? Niewątpliwie powstanie swego rodzaju „pomost” pomiędzy tymi dwiema organizacjami międzynarodowymi. Jak podkreślił PE, UE poza ochroną

11 Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE z 2007 r. C 303 s. 1).

12 Na temat orzecznictwa TSUE w tym zakresie zob. I. Miedzińska, *Unia Europejska jako strona Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności – problemy prawno-instytucjonalne*, [w:] *Nowe spojrzenia w naukach o polityce. Tom 2*, red. W. Jakubowski, A. Krawczyk, J. Szczepański, Warszawa 2012, s. 71–74.

13 R. Grzeszczak, *Unia Europejska jako wielopoziomowy system ochrony praw człowieka (Proces przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności)*, red. M. M. Kenig-Witkowska, R. Grzeszczak, Warszawa 2012, s. 78–80.

wewnętrzna praw człowieka przez orzecznictwo TSUE, posiadać będzie instancję ochrony zewnętrznej o charakterze międzynarodowym¹⁴. ETPCz zyska kompetencje do kontrolowania aktów instytucji, organów i agencji UE, w tym orzeczeń TSUE, pod kątem ich zgodności z przepisami Konwencji europejskiej. Oznacza to na przykład, że osoby fizyczne – po wyczerpaniu wszystkich środków przewidzianych prawem krajowym – będą miały możliwość dochodzenia swoich roszczeń przed ETPCz jeśli uznają, iż doszło do naruszenia praw podstawowych przez Unię Europejską¹⁵. Jednak rozszerzenie kompetencji ETPCz, który w pewnym sensie stanie się organem kontrolnym względem UE, może powodować pewne niejasności – problemem może stać się „konkurencyjność” między obydwoma Trybunałami. Wszelkie wątpliwości w tym zakresie rozstrzygnie dopiero praktyka.

Pewną niepewność *de lege lata* budzi nie tylko współpraca między Trybunałami jako dwoma niezależnymi organami, czy też kwestia zaskarżania wyroków TSUE do Strasburga, a także to w jakim zakresie UE będzie partycypowała w finansowaniu działalności ETPCz. Wszakże Trybunał strasburski ma już za sobą kilka reform spowodowanych zwiększającą się z roku na rok liczbą kierowanych do niego skarg. Nie wiadomo, czy przystąpienie UE nie spowoduje dalszego zwiększania się ilości tych skarg, a co za tym idzie, czy nie wymusi konieczności wprowadzenia dalej idących usprawnień systemu strasburskiego. Oczywiście wprowadzenie jakichkolwiek dodatkowych zmian może być bardzo kłopotliwe, zwłaszcza biorąc pod uwagę problemy z ratyfikacją przez państwa członkowskie Rady Europy Protokołu nr 14. Nie jest także przesądzone, czy i kiedy oraz w jakim zakresie Unia będzie przystępować do kolejnych Konwencji składających się na system ochrony praw człowieka Rady Europy.

14 Litera J preambuły Rezolucji Parlamentu Europejskiego z dnia 19 maja 2010 r. w sprawie międzyinstytucjonalnych aspektów przystąpienia Unii Europejskiej do Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (2009/2241(INI)), 2011/C 161 E/12.

15 R. Grzeszczak, *Unia Europejska jako wielopoziomowy system...*, s. 88.

Należy zauważyć, że przystąpienie UE do EKPCz musi odbyć się na podstawie umowy międzynarodowej zawartej przez UE z państwami-stronami EKPCz zgodnie z art. 218 Traktatu o funkcjonowaniu UE¹⁶. Sam status formalny tej umowy zależy już od woli jej stron, może więc przybrać ona formę kolejnego protokołu do EKPCz, bądź odrębnej umowy o przystąpieniu¹⁷. Przed podpisaniem porozumienia o przystąpieniu, jego zgodność z unijnymi Traktatami oceni TSUE¹⁸. Sygnatariuszami tego porozumienia będą z jednej strony – 47 państw Rady Europy, które będą musiały zaakceptować jego treść i dokonać ratyfikacji, zgodnie z wymogami przewidzianymi prawodawstwem każdego z nich. Z drugiej strony porozumienie sygnowane będzie przez Unię Europejską: Rada UE wyda decyzję za zgodą Parlamentu Europejskiego, a ponadto państwa członkowskie UE będą musiały dokonać aktu ratyfikacji. Zakres przedmiotowy umowy o przystąpieniu UE do EKPCz został sprecyzowany w art. 6 ust. 2 TUE oraz Protokole nr 8 i Deklaracji nr 2 dołączonych do Traktatu z Lizbony¹⁹. Przede wszystkim, zgodnie z art. 6 ust. 2 TUE, przystąpienie do Konwencji europejskiej nie naruszy kompetencji UE określonych w Traktatach. Zastrzeżenie to zostało sprecyzowane w pierwszym zdaniu art. 2 protokołu nr 8, które stwierdza, że umowa o przystąpieniu zagwarantuje, że przedmiotowa akcesja nie ma wpływu na kompetencje UE ani uprawnienia jej instytucji. Z kolei art. 1 tego protokołu podkreśla, że zagwarantowane zostaną szczególne cechy Unii i prawa unijnego, zaś art. 3, stwierdzając, że postanowienia umowy o przystąpieniu UE do EKPCz nie mogą mieć wpływu na art. 344

16 Szczegółowo procedurę negocjacji i zawierania umów międzynarodowych z państwami trzecimi lub organizacjami międzynarodowymi reguluje art. 218 TFUE. Zob. Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską sporządzony w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r., Dz.U. z 2009 r. Nr 203, poz. 1569.

17 Zob. J. Barcz, *Ramy prawne przystąpienia...*, s. 15.

18 Na temat odrębności procedury zawierania umowy w sprawie przystąpienia UE do EKPCz zob. *Ibidem*, s. 16–18.

19 Por. *Ibidem*, s. 18–21. Zob. też N. Półtorak, *Przystąpienie Unii Europejskiej do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka – projekt umowy akcesyjnej a prawo UE*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2012, nr 9, s. 5, 7–8.

TfUE, zastrzega własne mechanizmy rozstrzygania sporów związanych z wykładnią Traktatów i EKPCz²⁰. Dość duże znaczenie ma akapit drugi art. 2 Protokołu nr 8, zgodnie z którym zagwarantowana zostanie szczególnie sytuacja poszczególnych państw członkowskich UE w zależności od zakresu, w jakim każde z nich związane jest Konwencją europejską. Wszakże do EKPCz dołączonych jest kilkanaście protokołów dodatkowych, a nie każde państwo związane jest każdym z nich, stąd potrzeba różnicowania ich sytuacji. Intencją tego zastrzeżenia jest przede wszystkim zagwarantowanie, aby państwo w związku z członkostwem w UE nie było związane postanowieniami Konwencji europejskiej w większym zakresie niż wynika to z jego statusu jako państwa–strony tej Konwencji.

Najważniejszą zmianą po przystąpieniu UE do EKPCz będzie wprowadzenie do postępowania przed ETPCz dwóch mechanizmów: procedury przypozwania (*co-respondent*)²¹ oraz procedury wcześniejszego zaangażowania (uwzględnienia) Trybunału Sprawiedliwości UE (*prior involvement*). Zastosowanie pierwszej z nich spowoduje, że oprócz samego państwa członkowskiego przed Trybunałem w Strasburgu odpowiadać będzie UE, jeśli naruszenie praw człowieka wynikało z wdrożenia przez pozwane państwo regulacji unijnych. Tak samo, gdy skarga zostanie wniesiona przeciwko UE, państwa członkowskie będą mogły przystąpić do danej sprawy jako przypozwane, gdy zarzucane naruszenie kwestionuje zgodność prawa pierwotnego z prawami zagwarantowanymi w EKPCz²². Mechanizm przypozwania będzie więc zastrzeżony wyłącznie dla Unii i jej

20 J. Barcz, *Ramy prawne przystąpienia...*, s. 20.

21 Dla nazwania tej procedury, która nie ma jeszcze oficjalnego polskiego tłumaczenia, bardziej odpowiednie wydaje się słowo „przypozwanie”, ponieważ „współpozwanie” mogłoby oznaczać sytuację, w której strony EKPCz są wspólnie pozywane, czyli skarga jest kierowana przeciwko kilku stronom, co jest odrębnym mechanizmem od *co-respondent mechanism*. Zob. N. Póttorak, *Przystąpienie Unii Europejskiej...*, s. 8.

22 Szerzej na temat funkcji *co-respondent mechanism* zob. P. Tacik, *Co-respondent mechanism, czyli UE i państwa członkowskie przed ETPCz*, „Europejski Przegląd Sądowy”, 2013, nr 2, s. 21–22.

państw członkowskich, a stosowany jedynie na wniosek państw lub UE, którego uwzględnienie będzie wymagało decyzji ETPCz²³. Taki wniosek może być dla ETPCz wiążący lub nie. Jeśli zgoda zostanie wydana, wszystkie strony postępowania będą mogły przedstawić swoje stanowiska. *Co-respondent mechanism*, ujęty jako procesowe współuczestnictwo, ma chronić przede wszystkim interesy Unii lub jej państw członkowskich, umożliwiając im obronę przed zarzutami spowodowania naruszenia²⁴. Może również prowadzić do materialnej współodpowiedzialności UE i państw członkowskich, co związane jest z ochroną autonomii prawa unijnego, szczególnie w zakresie jego interpretacji oraz podziału kompetencji między UE i jej członków²⁵. Natomiast dzięki procedurze wcześniejszego zaangażowania TSUE będzie mógł się wypowiedzieć na temat zgodności działań UE z Konwencją europejską. Odpowiedź TSUE nie będzie jednak miała charakteru wiążącego, ale umożliwi dialog pomiędzy obydwoma Trybunałami.

Bez wątpienia przystąpienie UE do EKPCz spowoduje zmiany w strukturze organizacyjnej ETPCz, ponieważ będzie ona miała „swojego” sędziego wybranego przez Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy, spośród trzech kandydatów zgłoszonych przez UE. Podczas wyborów Parlament Europejski będzie mógł skierować pewną liczbę przedstawicieli do Zgromadzenia²⁶. Nie przesądzono jeszcze czy Unia zyska prawo do reprezentacji w Komitecie Sterującym Praw Człowieka. Powstaje też pytanie co z przestąpieniem UE do Komitetu Zapobiegania Torturom, czy też Europejskiej Komisji przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji? Oczywiście przyjęcie tego typu rozwiązań wymaga konkretnych zmian regulacji prawnych, przy założeniu, iż taka będzie wola negocjujących stron.

23 N. Półtorak, *Przystąpienie Unii Europejskiej...*, s. 8. Por. P. Tacik, *Co-respondent mechanism...*, s. 23.

24 P. Tacik, *Co-respondent mechanism...*, s. 23.

25 *Ibidem*, s. 23–24.

26 E. Cała-Wacinkiewicz, *UE a Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka*, http://ec.europa.eu/polska/news/opinie/100825_ue_a_europejska_konwencja_o_ochronie_praw_czlowieka_pl.htm (dostęp 22.04.2013).

Jak słusznie zauważył Zdzisław Kędzia, w wyniku przystąpienia Unii Konwencja europejska przestanie być dla instytucji i organów UE, a tym dla TSUE, wyłącznie źródłem inspiracji, wskazówek i wytycznych, a stanie się wiążącym prawem²⁷. W sprawach dotyczących stosowania prawa UE jednostka będzie miała prawo wyboru prawa, na którym oprze swoje roszczenia (KPP lub EKPCz) oraz trybu, w którym będzie chciała ich dochodzić, kierując się kryterium poziomu spodziewanej ochrony²⁸. Z pewnością rozstrzygnięcia będą wymagały problemy związane z wykonywaniem wyroków ETPCz nakładających na Unię obowiązek podjęcia działań pozytywnych, które nie mieszczą się w zakresie jej kompetencji bądź przynależą do kompetencji dzielonych z państwami członkowskimi UE²⁹.

Procedura i proces przystąpienia UE do EKPCz

Wejście w życie Traktatu z Lizbony oraz Protokołu nr 14 do EKPCz stworzyło formalnie możliwość przystąpienia UE do Konwencji, otwierając drogę do negocjacji i podjęcia konkretnych działań zmierzających do przedmiotowej akcesji³⁰. Za najważniejsze należy uznać następujące wydarzenia:

- 14 stycznia 2010 r. Konferencja Przewodniczących Parlamentu Europejskiego wydała decyzję zezwalającą na zastosowanie art. 50 Regulaminu Parlamentu Europejskiego,
- 17 marca 2010 r. Komisja Europejska złożyła wniosek dotyczący dyrektyw negocjacyjnych w sprawie przystąpienia Unii do Konwencji³¹, w którym zawarto wytyczne negocjacyjne,

27 Z. Kędzia, *Relacje między Europejską Konwencją Praw Człowieka a Kartą Praw Podstawowych po przystąpieniu Unii Europejskiej do Konwencji*, [w:] J. Barcz (red.), *Ochrona praw podstawowych...*, s. 238.

28 *Ibidem*.

29 *Ibidem*, s. 237–238.

30 Na temat wcześniejszych propozycji Komisji Europejskiej odnośnie przystąpienia UE do EKPCz zob. R. Grzeszczak, *Unia Europejska jako wielopoziomowy system...*, s. 82–83.

31 IP/10/291, europa.eu (dostęp 22.04.2013).

- 19 maja 2010 r. Parlament Europejski wydał rezolucję w sprawie międzyinstytucjonalnych aspektów przystąpienia UE do Konwencji europejskiej³²;
- 26 maja 2010 r. Komitet Sterujący Praw Człowieka Rady Europy został wyposażony w stosowne pełnomocnictwa przez Komitet Ministrów (KM) w zakresie przygotowania przystąpienia do Konwencji³³,
- 1 czerwca 2010 r. wszedł w życie Protokół nr 14 do EKPCz umożliwiający m.in. przystąpienie do niej Unii,
- 4 czerwca 2010 r. ministrowie sprawiedliwości państw członkowskich UE udzielili Komisji Europejskiej pełnomocnictwa do negocjacji w ich imieniu,
- 7 lipca 2010 r. rozpoczęto oficjalne rozmowy w sprawie przystąpienia UE do Konwencji europejskiej. Radę Europy reprezentował jej Sekretarz Generalny – Thorbjørn Jagland, a Komisję Europejską – jej wiceprzewodnicząca Viviane Reding, komisarz UE ds. Sprawiedliwości, praw podstawowych i obywatelstwa,
- 5 kwietnia 2013 r. zakończono ostatnią, piątą turę negocjacji i przedstawiono ostateczny projekt umowy o przystąpieniu UE do Konwencji europejskiej.

Zanim jednak Unia Europejska będzie mogła stać się stroną EKPCz, obydwie strony muszą osiągnąć kompromis co do warunków tego przystąpienia. Jak zaznaczono we wstępie, z 47 państw-stron Konwencji, aż 27 jest równocześnie członkami UE. W rezultacie mamy do czynienia z dość szczególną sytuacją – państwa członkowskie UE występują w podwójnej roli i negocjują warunki przystąpienia niejako „same ze sobą”. Wiąże się z tym obowiązek wynikający

32 Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 19 maja 2010 r. w sprawie międzyinstytucjonalnych aspektów przystąpienia Unii Europejskiej do Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (2009/2241{INI}), 2011/C 161 E/12.

33 Szerzej na temat przygotowywania akcesji UE do EKPCz i stanowiska Rady Europy w tej materii zob. J. Wołosiewicz, *Przystąpienie Unii Europejskiej do Konwencji...*, s. 32–41.

z art. 4 Traktatu o UE, zgodnie z którym „państwa członkowskie są zobligowane do podejmowania wszelkich środków właściwych dla zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z Traktatów, a także powstrzymywania się od podejmowania środków, które mogłyby zagrażać urzeczywistnieniu celów Unii”. W związku z tym negocjacje mogą przedłużać się, ze względu na trudności w wypracowaniu wspólnego stanowiska wśród państw członkowskich UE. I tak np. w październiku 2011 r. delegacje niektórych państw poinformowały Komitet Sterujący Rady Europy, że na tym etapie prac nie są w stanie zająć konkretnego stanowiska i potrzebują więcej czasu na rozmowy na poziomie unijnym³⁴. Impas w negocjacjach udało się przezwyciężyć w ciągu kilku następnym miesięcy.

Na ostatnich etapach negocjacji szczególnie wnikliwie dyskutowany był problem relacji między Europejskim Trybunałem Praw Człowieka i Trybunałem Sprawiedliwości, która ma opierać się na dialogu między obydwoma trybunałami oraz kwestia zakresu przedmiotowego i podmiotowego skarg jakie będą mogły być wnoszone przed ETPCz po przystąpieniu Unii do EKPCz. Dnia 14 listopada 2012 r. w Strasburgu odbyły się kolejne rozmowy, których przedmiotem był tekst projektu porozumienia o przystąpieniu UE do EKPCz. W trakcie spotkania członkowie Komitetu Sterującego ds. Praw Człowieka Rady Europy wysłuchali stanowiska m.in. przedstawicieli organizacji pozarządowych. Biorąc pod uwagę cel przystąpienia – wzmocnienie ochrony praw podstawowych jednostki, zwrócili oni uwagę na potrzebę prowadzenia negocjacji w sposób możliwie najbardziej transparentny. Ich zdaniem treść porozumienia powinna zostać rozszerzona o zakres działań, za które unijne instytucje będą mogły być pociągnięte do odpowiedzialności, uwzględniając działalność wszelkiego typu, a nie tylko związaną z legislacją. W odniesieniu do zaangażowania TSUE w postępowanie przed ETPCz, wyrażono obawy w związku z brakiem pomocy prawnej dla pokrzywdzonego w postępowaniu przed Trybunałem w Luksemburgu oraz zwrócono

34 Szerzej zob. N. Półtorak, *Przystąpienie Unii Europejskiej...*, s. 4.

uwagę na ograniczone możliwości udziału w tym postępowaniu stron trzecich. Przedmiotem rozmów były również szczegóły mechanizmu przypoźwania oraz udziału UE w pracach Komitetu Ministrów Rady Europy. Ostateczna treść porozumienia nie została jednak uzgodniona. Była przedmiotem kolejnych rund negocjacji, które odbyły się w styczniu i kwietniu 2013 r. Ostateczny projekt umowy o przystąpieniu UE do Konwencji europejskiej został przedstawiony 5 kwietnia br., na zakończenie piątej tury negocjacji, która odbyła się w dniach 3–5 kwietnia br.³⁵ W dużej mierze bazuje on na poprzednich wersjach, ale wprowadza też pewne modyfikacje. Najistotniejsze kwestie, które jednocześnie budziły najwięcej emocji to procedury *co-responent mechanism* i *prior involvement*, a także uczestnictwo UE w Komitecie Ministrów. Zachowano mechanizm przypoźwania, czyli możliwość włączenia do postępowania toczącego się przed ETPCz: Unii – gdy naruszenie było skutkiem stosowania prawa pochodzącego od instytucji unijnych, albo jej państw członkowskich – gdy naruszenie było skutkiem stosowania tworzonego przez państwa prawa pierwotnego. Nie zrezygnowano również z fakultatywności tego mechanizmu, ale ze względu na silne naciski ze strony państw niebędących członkami UE, Unia została zobligowana do złożenia oświadczenia zobowiązującego ją do dobrowolnego przystąpienia do postępowania, jeśli tylko zostaną spełnione przesłanki do przypoźwania. Treść oświadczenia, które stanowi integralną część umowy, zawiera załącznik do projektu. W przedmiocie wcześniejszego zaangażowania TSUE zgłaszane były zarzuty nadmiernego uprzywilejowywania Unii, ale nie wprowadzono w tej materii zasadniczych zmian. Szczegółowe uregulowanie procedury *prior involvement* uznano za kwestię wewnętrzną UE, wyłączając ją z zakresu umowy akcesyjnej. W sprawie

35 Tekst ostatecznej wersji projektu wraz załącznikami i raportem wyjaśniającym (draft explanatory report): Fifth negotiation meeting between the CDDH ad hoc negotiation group and the European Commission on the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights, www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accesion/meeting_reports/47_1%282013%29008_final_report_en.pdf (dostęp 22.04.2013).

ostatniego kontrowersyjnego zagadnienia postanowiono, że Unia będzie uczestniczyć w posiedzeniach KM z prawem głosu w enumeratywnie wymienionych sytuacjach, m.in. podczas polubownego załatwienia sprawy, czy też sprawowania kontroli wykonania wyroków ETPCz. Uczestnictwo to ma być pełne i w stosunku do wszystkich podmiotów, a nie tylko państw członkowskich UE, jak wcześniej proponowano. W kwestiach tych umowa akcesyjna zwalnia państwa członkowskie od obowiązku głosowania w uzgodniony sposób (*co-ordinated manner*). Zgodnie z projektem, od momentu przystąpienia UE do EKPCz w ETPCz zasiądzie sędzia „unijny”, co prawdopodobnie wymusi konieczność zmiany regulaminu Trybunału. Przede wszystkim chodzi o uniknięcie sytuacji, gdy w danej sprawie orzekałoby dwóch sędziów tej samej narodowości – jeden jako przedstawiciel państwa a drugi UE.

Rozwiązania przyjęte w umowie akcesyjnej mają doprowadzić do powstania spójnego, europejskiego systemu ochrony praw człowieka, który jest komplementarny, a nie konkurencyjny³⁶. Jednak, jak słusznie zauważyła Nina Półtorak, budzą one wątpliwości z punktu widzenia jednostki zainteresowanej złożeniem skargi do ETPCz na akty lub działania Unii, ponieważ wprowadzone procedury są skomplikowane i pozostają poza decyzjami skarżącego, a ich regulacja jest skromna, co daje możliwość wielorakiego orzecznictwa³⁷.

Zakończenie

Jak wynika z powyższych rozważań, problemów i wątpliwości w związku ze spodziewanym przystąpieniem UE do EKPCz wciąż jest bardzo dużo, choć wiele z nich rozstrzygano i wyjaśniano na bieżąco, w toku prowadzonych negocjacji. Wiele zależeć będzie od dobrej woli negocjujących stron, a także przyszłej praktyki z udziałem ich instytucji i organów. Bez wątpienia przystąpienie Unii do

³⁶ N. Półtorak, *Przystąpienie Unii Europejskiej...*, s. 11.

³⁷ *Ibidem*, s. 12.

Konwencji Europejskiej staje się faktem, który należy postrzegać jako „domknięcie” europejskiego systemu ochrony praw człowieka. Z pewnością wzmocni nie tylko ochronę i status jednostki w Unii Europejskiej, ale również przyczyni się do integralności systemu strasburskiego oraz umocnienia europejskiego systemu ochrony praw człowieka³⁸. Spowoduje wiele zmian w porządku prawnym UE i systemie EKPCz, dlatego uzależnione jest od warunków materialnych i proceduralnych opisanych w niniejszym artykule. Tym samym przyjęta we wstępie hipoteza została zweryfikowana prawidłowo.

Reasumując, uważam, że przystąpienie UE do Konwencji europejskiej jest niezwykle ważnym krokiem w kierunku wzmocnienia ochrony i promocji praw człowieka w Europie. Stworzy możliwość nowych form współpracy między organami dwóch największych europejskich organizacji – Unii Europejskiej i Rady Europy. Jak bardzo zaawansowana będzie ta współpraca, pokaże dopiero praktyka. Bardzo ciekawy będzie ostateczny kształt relacji instytucjonalnych między ETPCz i TSUE oraz orzecznictwo Trybunału strasburskiego w sprawach w których oprócz pozwanego państwa odpowiadać będzie UE.

38 Zob. J. Barcz (red.), *Ochrona praw podstawowych...*, s. 189–312.

Marta Samborska
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Jagielloński

SEPARATYZM EKONOMICZNY – OCENA SKALI I RZECZYWISTYCH PRZYCZYŃ ZJAWISKA ORAZ REMEDIUM NA NASILANIE SIĘ FINANSOWYCH ANTAGONIZMÓW

Bieżąca debata dotycząca separatyzmu i szerokości spectrum form zróżnicowania regionów w znacznym stopniu zogniskowana jest na analizę problemów o charakterze narodowościowym, etnicznym, religijnym i kulturowym¹. Nasilają się dążenia do zwiększonej regionalizacji oraz odchodzenia od polityki kreowanej arbitralnie przez władze centralne^{2,3}, jako że antagonizmy występujące pomiędzy regionami w praktyce nie są możliwe do zniwelowania z powodów istnienia sprzecznych interesów poszczególnych grup społecznych⁴. Przy czym ewentualne konflikty coraz rzadziej rozwiązywane są w sposób siłowy, bowiem zaczynają dominować rozwiązania prawne wypierające przemoc fizyczną, co znajduje swoje odzwierciedlenie

1 T. Flanagan, B. O'Neill, *An introduction to government and politics: a conceptual approach*, Toronto 2010, s. 188.

2 K. Właźlak, *Rozwój regionalny jako zadanie administracji publicznej*, Warszawa 2010, s. 72.

3 J. Jeżewski, *Podstawy prawne planowania rozwoju regionalnego*, [w:] A. Błaś (red.), *Studia nad samorządem terytorialnym*, Wrocław 2002, s. 288.

4 W. Weidefeld, W. Wessels, *Europa od A do Z. Podręcznik integracji europejskiej*, wyd. IV, „Wokół nas”, Gliwice 2002, s. 45–46.

w teorii Cosera, który zakładał, iż ilość konfliktów jest odwrotnie proporcjonalna do ich intensywności⁵.

Tematem dyskusji są na ogół dążenia separatystyczne na tle typowo ujmowanym w literaturze jako podłoże natury społecznej, socjologicznej, czy cywilizacyjnej. Coraz częściej dostrzega się również pewne różnicowanie regionów powodowane przyczynami politycznymi, legislacyjnymi lub prawnymi⁶. Czynnikiem natury pozytywnej, które determinują tę dyskusję, są przede wszystkim znaczne zróżnicowanie regionów i odmienności kulturowe wykształcone w drodze długotrwałej historycznej ewolucji⁷. Według orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka „nie można utrudniać działalności stowarzyszeniu lub partii jedynie dlatego, że wspiera dążenia separatystyczne, wzywa do autonomii lub nawet secesji”⁸, bowiem można uznać, iż działania takie stanowią jedno z podstawowych praw podmiotowych, a ponad to są nieodłącznym elementem europejskiej tradycji oraz naturalnym dążeniem do ciągłej weryfikacji podziałów terytorialnych, gdy te przestają być skuteczne i nie odpowiadają w wystarczającej mierze rzeczywistości. Warto jednak zauważyć, że często aktualne postrzeżenie problematyki separatyzmu staje się niepełne i powierzchowne, bowiem niejako antytezę do regionalizacji zaczynają stanowić zjawiska intensywnych i długofalowych migracji, przenikania się kultur, terytorialnej dywersyfikacji, a nawet kosmopolityzmu⁹. Niebagatelna wydaje się również fala globalizacji, która z jednej strony powoduje wysoce korzystny przepływ ludzi, informacji i poglądów, ale z drugiej postrzegana być może jako zaburzenie autonomicznej sfery poszczególnych grup społecznych

5 P. Han, *Soziologie der Migration*, Stuttgart 2005, s. 354.

6 M. Spencer, *Separatism, democracy and desintegration*, Lenham/Oxford 1998, s. 12–15.

7 P. L. Knox, *The geography of Western Europe: a socio-economic survey*, London 1984, s. 64–66.

8 M. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka/2011: wybór orzeczeń*, Warszawa 2012, s. 184–186.

9 S. Chazbijewicz, K. Skarbek, M. Turowski, *Nowoczesność–Europa, islam: religia a dylematy obywatelstwa i wykluczenia*, Wrocław 2012, s. 184–186.

i „ukryta postindustrialna kolonizacja”¹⁰, rozumiana jako ingerencja w pewną autonomiczną sferę poszczególnych regionów, uderzająco w poczucie własnej tożsamości i odrębności¹¹.

Uzupełnieniem rozważań na temat separatyzmu powinno być szersze uwzględnianie jego ekonomicznych podstaw. Analizując aspekt historyczny stwierdzić można, iż różnicowanie na tle finansowym było zawsze przyczyną większości konfliktów. Niezależnie, czy prym wiódł system monety kruszcowej, parytetu złota, dominacji dolara, czy obrotu bezgotówkowego to zawsze kwestie gospodarcze determinowały kształtowanie odrębności i dążeń separatystycznych^{12,13}. Cyklicznie pojawiają się obawy i zarzuty, że rząd centralny wykorzystuje środki bogatych regionów redystrybuując je w kierunku tych mniej zamożnych, co w prosty sposób osłabia poczucie jedności i solidarności w ogólnokrajowej skali¹⁴. Można nawet zaobserwować, że paradoksalnie im bardziej postępuje szeroko pojęta integracja europejska i kreowanie jednolitej polityki strefy europejskiej, tym mocniej nasila się dążenie do zachowania pewnej fiskalno-monetarnej odrębności¹⁵.

Wyraźny przykład ekonomicznego separatyzmu stanowi Katalonia, którą uznać można za część Estado de los Autonomios, czyli Hiszpańskiego Państwa Wspólnot¹⁶. Oznacza to, iż uprawnienia legislacyjne, również w gestii fiskalnej, przysługują nie tylko władzy państwowej, ale również regionalnej. Dodatkowo prawo do autonomii

10 W. J. Cynarski (red.), *IDO Ruch dla Kultury 2000*, Rzeszów 2000, t. I, s. 235.

11 S. Marciniak, *Ekonomiczne aspekty globalizacji*, Warszawa 2002, s. 118.

12 D. Nohlen, R-O. Schultze, *Lexikon der Politikwissenschaft Bd.2: N-Z*, München 2005, s. 886–887.

13 A. Jurkowska-Zeidler, *Bezpieczeństwo rynku finansowego w świetle prawa Unii Europejskiej*, Warszawa 2008, s. 312–316.

14 K. Tomaszewski, *Regiony w procesie integracji europejskiej*, Warszawa 2007, s. 175–177.

15 *Ibidem*, s. 180.

16 S. Oliwniak, *Hiszpania – państwo wspólnot*, „Samorząd Terytorialny”, 1993, nr 11, s. 67.

zagwarantowane jest na poziomie konstytucyjnym¹⁷. Warto jednak zauważyć, że mimo tej regulacji przedmiotem sporu w dalszym stopniu pozostaje zakres swobody regulacji finansowych i podatkowych, bowiem zapis konstytucyjny ma w rzeczywistości wartość bardziej aksjologicznej zasady niż normy kompetencyjnej umożliwiającej finansową ingerencję¹⁸. Ponad 60% wydatków budżetowych pozostaje regulowanych przez państwo, dlatego występują działania lokalne dążące do weryfikacji tego stanu rzeczy¹⁹.

Wskazać można wiele analogicznych przykładów, analizując na przykład na zjawisko finansowego klinczu występujące pomiędzy Flamią i Walonią, albo ekonomiczną sytuację Szkocji, czy Walii²⁰. Szkoci twierdzą, że większość środków przez nich wypracowanych zostaje im odbierana, natomiast przeciwnicy szkockiego separatyzmu podnoszą, iż sposób wyliczania środków kierowanych do szkockiego budżetu z budżetu Zjednoczonego Królestwa, oparty o tzw. formułę Burrneta pozwalającą na sprawną alokację finansów, jest dla Szkocji niezwykle korzystny i ewentualne zmiany doprowadzić mogą do poważnego deficytu budżetowego²¹. Warto zauważyć na historycznym tle, że konflikty i w efekcie rozpad byłej Jugosławii, czy Czechosłowacji w znacznym stopniu uwarunkowany były różnicami ekonomicznymi. W Quebecu separatyzm frankońskiej prowincji podsycany był tym, że była ona biedniejsza niż te anglojęzyczne i w znacznym stopniu obwiniała je o własne gospodarcze zacofanie²². Kiedy w 1995 roku, na skutek separatystycznych dążeń

17 P. Sarnecki (red.), *Ustrój Unii Europejskiej i ustroje państw członkowskich*, Warszawa 2007, s. 204.

18 W. Bernecker, C. Kügler, *Spanien heute: Politik, Wirtschaft, Kultur*, Frankfurt am Main 2008, s. 169–170.

19 K. Właźlak, *op. cit.*, Warszawa 2010, s. 94–97.

20 D. N. King, *Financial and economic aspects of regionalism and separatism*, Uniwersytet Michigan 1973, s. 61.

21 T. Czapiewski, *Kształtowanie się systemu politycznego Szkocji*, Szczecin 2011, s. 70–72.

22 M. Kijewska-Trembecka, *Québec i Québécois: ideologie dążeń niepodległościowych*, Kraków 2007, s. 194, 196.

przeprowadzono referendum, dominującym przedmiotem dyskusji było wyważenie chęci uzyskania pełnej niezależności, a stopniowe uzyskiwanie suwerenności, właśnie ze względu na potrzebę dostosowania ekonomicznych przemian i stabilizacji sytuacji gospodarczej²³. Współcześnie wskazać można chociażby na przykład Irlandii, Korsyki, Iranu, czy kantonów szwajcarskich²⁴, a także zjawisko tzw. separatyzmu instytucjonalnego. Pragnienie gospodarczej i finansowej niezależności uwydatnia się pod postacią dążenia do stworzenia odrębnych, lokalnych struktur organizacyjnych, na które scedowana zostać mogłaby możliwość swobodnego podejmowania decyzji w zakresie dysponowania wyodrębnionym kapitałem. Jako przykład można podać chociażby instytucję szkockiego kościoła, w znacznej mierze popierającego prawne i walutowe odrębności²⁵.

Dokonując subsumcji konkretnych przykładów stwierdzić można, że zasadniczą podstawą występowania ekonomicznego separatyzmu jest dążenie do autonomiczności polityki w sferze fiskalnej, monetarnej, walutowej oraz podatkowej. Wydaje się to częściowo niezrozumiałe w dobie dynamicznego ujednociania polityk gospodarczych, systemów płatniczych, rozliczeniowych, handlowych, tworzenia ogólnoswiatowych sieci bankowych, czy scalania giełd²⁶. Wyjaśnieniem takiego stanu może być analiza teorii kompleksowej współzależności opracowana przez Roberta Keohane'a i Josepha Nye'a, opisująca zależności zachodzące w stosunkach międzynarodowych²⁷. W myśl tego nurtu, sytuacja państwa jest ściśle powiązana z występowaniem i alokacją zasobów gospodarczych, co wyjaśniałoby że współcześnie w krajach wysoko uprzemysłowionych zaobserwować można schyłek znaczenia siły militarnej na rzecz wzrostu rozwiązań opartych na ekonomicznej rywalizacji, ale równocześnie

23 T. Zalewski, *Taki miły kraj*, „Polityka” nr 2743, 2010.02.13, s. 76–78.

24 H. von Lear, K-D. Scheer, *Kultur und Kulturen*, Münster 2007, s. 20.

25 R. Tokarczyk, *Współczesne doktryny polityczne*, Warszawa 2010, s. 326–327.

26 C. Kosikowski, E. Ruśkowski (red.), *Finanse publiczne, prawo finansowe*, Warszawa 2008, s. 176–177.

27 W. Czaplński (red.), *Prawo w XXI wieku*, Warszawa 2006, s. 45.

gospodarczej współzależności. Determinantami takiego układu sił jest implementowanie zróżnicowanych metod uzgadniania polityk, brak narzuconej w sposób siłowy stałej hierarchii oraz w pewnym zakresie zmierzch tradycyjnie pojmowanej siły militarnej²⁸. Zrozumienie ekonomicznego separatyzmu w dobie ujednociania systemów finansowych ułatwia także analiza realizmu strukturalnego Kennetha Waltza, którego podstawowym założeniem było, że to struktura międzynarodowego środowiska kształtuje zachowania państwa²⁹. Znaczne ograniczenie wpływu czynnika państwowego i przypisanie kluczowej roli pewnej utrwalonej strukturze pozwala dostrzec, że zachowania związane z dążeniami do ekonomicznej niezależności są niejako wpisane w międzynarodowy porządek³⁰.

Skutkiem ekonomicznego separatyzmu może być nasilanie się rozdzwiku pomiędzy polityką krajowego i lokalnego szczebla, narastanie antagonizmów – w ostateczności prowadzące nawet do konfliktów zbrojnych, trudności w zorganizowaniu jednolitego systemu płatniczego, walutowego lub podatkowego, a na poziomie unijnym hamowanie integracji europejskiej. Pierwszym krokiem umożliwiającym łagodzenie tych negatywnych zjawisk powinno być zrozumienie i akceptacja nieuniknioności cyklicznych dążeń separatystycznych³¹, kolejnym natomiast implementacja systemu instrumentów normatywnych. Jak przykład podać można, w obrębie rozwiązań kreowanych wewnątrz Unii Europejskiej, *multi level governance*, czyli rozłożenie procesów decyzyjnych na różne poziomy zarządzania, w tym regionalny³². Opracowanie teorii wielosegmentowego zarządzania ułatwia zacieranie granic pomiędzy polityką zewnętrzną i wewnętrzną

28 R. Kuźniar, *Porządek międzynarodowy u progu XXI wieku: wizje-koncepcje-paradygmaty*, Warszawa 2005, s. 64–65.

29 K. Mingst, *Podstawy stosunków międzynarodowych. Elementy teorii antropologicznej*, Warszawa 2003, s. 99–101.

30 A. Dybczyński, *Środowisko międzynarodowe a zachowania państw*, Wrocław 2006, s. 46–50.

31 B. M. Roehner, L. J. Rahilly, *Separatism and integration: a study in analytical history*, Lanham 2002, s. 161–162.

32 S. Konopacki, *Polska pięć lat w Unii Europejskiej*, Łódź 2009, s. 171.

ną oraz angażuje społeczeństwo w sposób bezpośredni w sprawne kształtowanie polityki. Warto dostrzec, że analogicznie możliwe jest w oparciu o tę teorię angażowanie poszczególnych regionów³³.

Podobny krok do odpowiedniego stosowanie teorii *multi level governance* w polityce regionalnej stanowić może pojęciowe rozszerzenie multicentryczności systemu prawnego na regulacje o charakterze lokalnym³⁴. W procedurze stosowania i wykładni prawa w szerszym zakresie, zwłaszcza w sprawach bezpośrednio dotyczących danego regionu, uwzględniane powinny być uwzględniane przepisy prawa miejscowego^{35,36}. Inne rozwiązanie łagodzące negatywne skutki ekonomicznego separatyzmu, stanowić może zwiększanie aktywności lobbingowej rynków regionalnych, umożliwiające udział zainteresowanych podmiotów w sprawnym kształtowaniu sytuacji finansowej na najbardziej zbliżonym do obywatela poziomie. Jako przykład podać można tworzenie biur regionalnych – władze lokalne samodzielnie określają zakres ich kompetencji, zadań i podejmowanych środków dla kształtowania polityki unijnej³⁷. Co istotne, działanie biura nie jest przy tym arbitralne i nie naraża na straty władz krajowych, bowiem granice swobody działania stanowią tzw. kodeksy postępowania dla grup lobbingowych³⁸. Skuteczne rozwiązanie stanowić może również poszerzanie katalogu form współdziałania władz lokalnych z centralnymi, chociażby przez organizowanie mediacji samorządów terytorialnych z organami państwowymi, negocjacji

33 J. Jańczak, *Cross-border governance jako podstawa zaawansowanej współpracy polsko-niemieckiej w regionach przygranicznych*, [w:] J. Jartyś, A. Staszczuk (red.), *Polityka sąsiedztwa w Unii Europejskiej. Pomostowość czy buforowość?*, Szczecin 2008, s. 213.

34 A. Wróbel (red.), *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, t. I, Warszawa 2010, s. 369–370.

35 E. Łętowska, *Multicentryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, „Państwo i Prawo”, 2005, z.4, s. 3–10.

36 Ch. J. Paraskevopoulos, P. Getimâes, N. Rees, *Adapting to Eu Multi-level Governance: Regional and Environmental Policies in Cohesion and CEE Countries*, Cornwall 2007, s. 17–18.

37 K. Tomaszewski, *op. cit.*, Warszawa 2007, s. 75–76.

38 „Przegląd europejski”, wydania 8–11, Uniwersytet Jagielloński 2004, s. 115–123/

wewnątrz struktur lokalnych – z reguły cieszących się zainteresowaniem opinii publicznej i mediów lub wysłuchań publicznych³⁹ – przykładowo funkcjonują one w niektórych niemieckich Landtagach, w dodatku obok regulacji ustaw określających zasady działalności lobbingowej, albo we Włoszech jako *audizione pubblica*, przeprowadzane na poziomie regionalnym⁴⁰.

Remedium na niekorzystne skutki gospodarczego separatyzmu stanowić może również nasilone tworzenie specjalnych stref ekonomicznych, zwłaszcza w regionach szczególnie konfliktowych. Wsparcie stworzonej lokalnie strefy gwarantuje wsparcie obszarów prorozwojowych, a tym samym generowanie zwiększonych wpływów budżetowych, rozwój inwestycji infrastrukturalnych, podnoszenie jakości usług administracyjnych, tworzenie nowych miejsc pracy⁴¹, ale także umacnianie mechanizmów współpracy publiczno-prywatnej i ułatwianie podejmowania działalności na szczeblach lokalnych poprzez wdrażanie preferencyjnych warunków prowadzenia działalności gospodarczej, chociażby przez kreowanie systemu zwolnień podatkowych, a w dłuższej perspektywie zrównoważonego *policy-mix* przyczyniającego się do umacniania rozwoju regionalnego⁴².

Odrębnym środkiem może być również zredefiniowanie systemu podatkowego w kierunku zwiększenia kompetencji organów samorządowych w zakresie pobierania danin publicznych⁴³. Zwiększony pobór podatków na szczeblu samorządowym, kosztem centralnego, pozwalałby na prostszy i sprawniejszy proces prognozowania budżetowego, a tym samym gwarantował skuteczniejsze wykorzystanie

39 M. Tabernacka, *Negocjacje i mediacje w sferze publicznej*, Warszawa 2009, s. 26/

40 H. Świączkowska (red.), *Konstytucja – ustroj polityczny – system organów państwowych: prace ofiarowane profesorowi Marianowi Grzybowskiemu*, Białystok 2010, s. 165.

41 C. Kosikowski, J. Salachna, E. Czołpińska, *Finanse samorządowe – 580 pytań i odpowiedzi : wzory uchwał, deklaracji, decyzji, umów*, Warszawa 2012, s. 194.

42 OECD *Territorial Reviews: Poland 2008*, Organisation for Economic Co-operation and Development, Poland 2009, s. 97–99.

43 M. Jastrzębska, *Finanse jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2012, s. 109.

środków⁴⁴, a także niwelowałby problem oskarżeń o niesprawiedliwy podział dochodów budżetu państwowego oraz wzmacniał lokalną świadomość potrzeby płatności podatków⁴⁵. Jako przykład wskazać można choćby regulację amerykańską, gdzie większość dochodów władz lokalnych stanowią podatki lokalne – dla przykładu, same podatki od własności zapewniają około 20% dochodów miast i 30% dochodów hrabstw⁴⁶.

Wdrażanie systemu instrumentów niwelujących negatywne skutki gospodarczych antagonizmów wydaje się niezbędne, bowiem zjawisko ekonomicznego separatyzmu jest o tyle potencjalnie niebezpieczne, że stanowi pewną „zaraźliwą tendencję”, powoduje gwałtowne i nieoczekiwane budzenie regionalnej świadomości oraz bardzo dynamiczne, często nieobliczalne rozprzestrzenianie się idei⁴⁷. Dodatkowym powodem dla którego zjawisko to może stanowić hipotetyczne zagrożenie, jest to, że jego realne znaczenie i nasilenie jest w znacznym stopniu niedoceniane lub błędnie interpretowane oraz postrzegane jako inne formy separatyzmu, co powoduje błędny dobór instrumentów mających mu zapobiegać. W efekcie dochodzi niejednokrotnie do izolowania obszarów finansowo nierentownych, co prowadzić może do wzrostu dążeń secesyjnych⁴⁸. Zmniejszanie lokalnych nierówności i zapobieganie fragmentaryzacji na poziomie regionalnym może zostać osiągnięte dzięki restrukturyzacji, a nie wykluczeniu obszarów o początkowo niskim potencjale⁴⁹. Warto przy tym mieć na uwadze, że środki ekonomicznego ujednociania regionów przyczyniają się do eliminacji rozwarstwienia społecznego i innych negatywnych zjawisk powodujących nasilenie się konflikt-

44 J. M. Szolno-Koguc, A. Pomorska, *Ekonomiczne i prawne uwarunkowania i bariery redukcji deficytu i długu publicznego*, Warszawa 2011, s. 617.

45 H. Litwińczuk, P. Karwat, *Prawo podatkowe przedsiębiorców*, t. 1, Warszawa 2008, s. 28.

46 R. Tokarczyk, *Prawo amerykańskie*, Warszawa 2011, s. 215–216.

47 D. L. Horowitz, *Ethnic groups in conflict*, Berkeley 1985, s. 278.

48 G. Babiński, M. Kapiszewska, *Zrozumieć współczesność*, Kraków 2009, s. 428.

49 W. Dziemianowicz, J. Szlachta, K. Szmigiel-Rawska, *Subregionalne bieguny wzrostu w Polsce: praca zbiorowa*, Warszawa 2012, s. 82.

tów i rozwiązań siłowych⁵⁰. Można przyjąć, iż względy gospodarcze zawsze były jednym z kluczowych powodów, o ile nie determinantą wojen i działań zbrojnych. Z drugiej strony obawa o zgromadzony kapitał stanowi barierę zaporową hamującą podejmowanie bezpośredniego ataku. Tą dychotomiczność poglądów zaobserwować można przykładowo w oparciu o casus Konfederacji Szwajcarskiej. Od 1668 roku, kiedy to na podstawie decyzji parlamentu powstał najstarszy na świecie bank centralny – Sveriges Riksbank, uznawana jest ona za stolicę światowej bankowości i *de facto* z powodów zagwarantowania bezpieczeństwa i stabilności finansowej jedno z najbardziej bezpiecznych państw⁵¹.

Podsumowując można zauważyć, że w debacie o ekonomicznym separatyzmie powinno się wyszczególnić triadę niezbędnych kroków – należy dostrzec ten rodzaj separatyzmu oraz odróżnić i wyraźnie wyszczególnić go od innych typów, następnie uświadomić sobie płynące z nim potencjalne zagrożenia, aż w końcu opracować system rozwiązań o charakterze zarówno faktycznym, jak i normatywnym, i dokonać ich implementacji⁵². Tylko takie rozważenie tematu zapewnia jego pełną analizę i umożliwia realną ocenę omawianej problematyki⁵³.

50 E. Cziomer, *Bezpieczeństwo międzynarodowe w XXI wieku: wybrane problemy*, Kraków 2010, s. 23.

51 L. Etel, M. Tyniewski, *Finanse publiczne i prawo finansowe: realia i perspektywy zmian*, Białystok 2012, s. 586.

52 C. J. Christie, *A modern history of Southeast Asia: Separatism and integration: a study in analytical history*, Lanham 2002, s. VII–X.

53 M. Croston, *Shadow separatism: implications for democratic consolidation*, Burlington 2004, s. 121–125.

Michał Pietruszka
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Jagielloński

NARUSZENIA TRAKTATOWEGO
MIĘDZYKARODOWEGO PRAWA
HUMANITARNEGO WE WSPÓŁCZESNEJ
FAZIE KONFLIKTU KURDYJSKO-TURECKIEGO

**Relevantne unormowania traktatowe
międzynarodowego prawa humanitarnego**

Niniejszy tekst przedstawia naruszenia traktatowego międzynarodowego prawa humanitarnego we współczesnej fazie konfliktu kurdyjsko-tureckiego oraz podstawy prawne dla stwierdzenia owych naruszeń. Właściwe przepisy dotyczące prezentowanych zagadnień to artykuł 3 wspólny dla Konwencji Genewskich o ochronie ofiar wojny z 12 sierpnia 1949 roku¹ oraz Konwencja o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki z 10 października 1980 roku (zwana też Konwencją CCW), wraz z Protokołem w sprawie zakazów lub ograniczeń użycia min, min-pułapek i innych urządzeń (Protokół II do konwencji z 1980 roku z 10 października 1980 roku w postaci zmienionej 3 maja 1996 roku)². Są

¹ Dz.U. 1956 nr 38 poz. 171.

² Dz.U. 1984 nr 23 poz. 104.

to jedyne w tej mierze międzynarodowe akty prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych, którymi związana jest w swoich działaniach Turcja i partyzanci z Partii Pracujących Kurdystanu (PKK).

Prawo międzynarodowe publiczne uznaje za konflikt zbrojny stan walki orężnej przeciwstawiany stanowi pokoju, mający miejsce między państwami³ (wówczas określa się go jako międzynarodowy), bądź między siłami zbrojnymi państwa a rozłamowymi siłami zbrojnymi lub innymi zorganizowanymi uzbrojonymi grupami (art. 1 Protokołu Dodatkowego II z 8 czerwca 1977 r. do Konwencji Genewskich o ochronie ofiar wojny z 12 sierpnia 1949 r.), względnie gdy rząd odwołuje się w walce ze zorganizowanymi grupami zbrojnymi do swoich sił zbrojnych lub mają miejsce przedłużające się działania wrogie⁴ między rządem państwa a zorganizowanymi grupami zbrojnymi lub pomiędzy samymi takimi grupami na terytorium danego państwa⁵, w których to przypadkach można mówić o niemiędzynarodowym konflikcie zbrojnym.

Istnienie konfliktu zbrojnego stwierdza się na podstawie analizy, czy dana sytuacja spełnia obiektywne wymogi, określone powyżej, a nie na podstawie oświadczeń stron konfliktu, wyraźnych czy konkludentnych. Za konstytutywne uznaje się elementy stanu faktycznego, nie zaś prawidłowość wszczęcia konfliktu, czy posiadanie przez strony konfliktu prawa do jego wszczęcia. Podobne twierdzenia spotyka się w literaturze⁶.

W konflikcie kurdyjsko-tureckim dochodzi do użycia sił zbrojnych państwa w sposób regularny, przeciw grupie zbrojnej działającej

3 P. Łubiński, *Niemiędzynarodowy konflikt zbrojny*, [w:] K. Lankosz (red.), *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych*, Dęblin 2006, s. 48.

4 S. Vité, *Typology of armed conflicts in international humanitarian law: legal concepts and actual situations*, „International Review of the Red Cross”, vol. 91, No. 873, 2009, s. 76.

5 Ch. Greenwood, *International Humanitarian Law and the Tadic case*, „European Journal of International Law”, vol. 7, 1996, s. 265–278.

6 J. S. Pictet, *Commentary to the Geneva Convention I for the Amelioration of the Condition of the wounded and Sick in armed forces in the field of August 12 1949*, Geneva 1952, s. 51.

na terytorium tego państwa. Zatem istnieją dwie strony w konflikcie. Działania wrogie PKK są skierowane przeciwko państwu tureckiemu, zaś ewentualne przestępstwa pospolite są popełniane przez jej członków, jak i jej adwersarzy, w ścisłym związku z konfliktem o charakterze polityczno-militarnym. Niepaństwowa strona konfliktu posiada tu stopień organizacji znacznie powyżej minimalnego, co w przypadku sił rządowych jest oczywiste i stanowi fakt notoryjny. Działania z obu stron mają charakter zorganizowany i zbiorowy, co najmniej po kilkunastu członków przeciwnych stron konfliktu, przeważnie jednak liczby uczestników starć po obu stronach są znacznie większe. Z tego względu należy zakwalifikować omawiany konflikt do kategorii niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych.

Wobec faktu, że Turcja jest związana tylko Konwencjami Genewskimi z 1949 roku, najważniejszym przepisem prawnym odnoszącym się do konfliktu kurdyjsko-tureckiego jest artykuł 3 wspólny dla Konwencji Genewskich o ochronie ofiar wojny z 1949 roku. Zapewnia on minimalny standard ochrony osobom niebiorącym bezpośredniego udziału w działaniach wojennych (zbrojnych), włącznie z tymi, które stały się niezdolne do walki wskutek choroby, odniesionych ran, pozbawienia wolności lub też z jakiegokolwiek innego powodu. Dotyczy to więc zarówno osób cywilnych, jak i uczestników walk, którzy przestali w nich brać bezpośredni udział z uwagi na powstałą niemożność podjęcia aktywności w tym kierunku. Artykułu nie stosuje się więc do osób walczących, które np. posilają się w przerwie działań zbrojnych, czy pilnują bazy wypadowej, gdyż przerwa w działaniu zbrojnym jest tu dobrowolna i nie wiąże się z poddaniem się przeciwnikowi. Omawiany przepis gwarantuje ochronę (humanitarne traktowanie we wszelkich okolicznościach), zakazując jednocześnie dyskryminacji w praktycznym jej stosowaniu. Zgodnie ze swoim brzmieniem, art. 3 z mocy prawa wiąże zarówno stronę rządową, jak i ugrupowanie zbrojne z nim walczące. Związanie strony walczącej z rządem wynika z tego, że władze państwowe, których suwerenność na obszarze objętym konfliktem jest uznana międzynarodowo, mają

prawo do związywania się umowami międzynarodowymi w imieniu wszystkich mieszkańców jego terytorium, także tych obywateli, którzy obecnie przeciw niemu występują. Adwersarze rządu nie mogą zaś w sposób zgodny z prawem skutecznie wypowiedzieć Konwencji Genewskich, a zatem i artykułu 3 wspólnego dla nich, w czasie trwania konfliktu zbrojnego.

Sformułowane w dalszej części art. 3 zakazy obowiązują zawsze i wszędzie, nie można ograniczać ich stosowania jedynie do wybranego wycinka czasu trwania konfliktu bądź jakiejś ograniczonej części obszaru, na którym konflikt się toczy lub mógłby się toczyć. Stosują się one do całości konfliktu. Zakazy te są dość ogólne, a zarazem na tyle precyzyjne, aby nadawały się do stosowania⁷.

Jako pierwsza kategoria zachowań zabronionych wymienione są zamachy na życie i nietykalność cielesną, szczególnie zabójstwa we wszelkich postaciach, okaleczanie, okrutne traktowanie i tortury. W ramach nienaruszania nietykalności cielesnej można by wymienić dodatkowo kary cielesne i stosowanie siły, w tym zbrojnej, nakierowanej wyłącznie (a w każdym razie niezgodnej ze standardami zasady rozróżniania, o których będzie mowa później) na osoby chronione, które nie pozbawiły się ochrony przez bezpośredni udział w działaniach zbrojnych⁸ lub – dokonując przestępstwa pospolitego – prawo karne danego państwa, zwłaszcza w tym zakresie, nadal obowiązuje. Następnie zakazuje się brania zakładników w toku konfliktu i w związku z nim, choć oczywiście poza jego ramami jest to także sprzeczne z prawem. Sformułowanie to nie określa celów realizacji takiego zachowania ani kwestii, w jakim charakterze zakładnicy mogliby być użyci.

Kolejna litera wyliczenia potwierdza sprzeczność z prawem zamachów na godność osobistą, szczególnie traktowania poniżającego i upokarzającego. Zakaz taki wynika już do pewnego stopnia

⁷ J. S. Pictet, *op. cit.*, s. 53, 54.

⁸ K. Yildiz, S. Breau, *The Kurdish Conflict. International Humanitarian Law and Post-Conflict Mechanisms*, London and New York 2010, s. 65, 66.

z poprzedzających go w katalogu, lecz tu zwraca się na niego szczególną uwagę, określając go wprost i usuwając w ten sposób wątpliwości.

Kolejne określenie potencjalnego naruszenia humanitarnego traktowania to skazywanie i wykonywanie egzekucji bez uprzedniego wyroku wydanego przez sąd odpowiednio ukształtowany i dający niezbędne, powszechnie uznane gwarancje procesowe. Postanowienie to polepsza sytuację członków grup walczących z rządem i osób cywilnych o tyle, że wszelka reakcja karnoprawna skierowana przeciw nim musi nastąpić w wyniku zastosowania procesu, który spełnia podstawowe wymogi uczciwości, rzetelności, umożliwienia skorzystania w praktyce z prawa do obrony, w którym o odpowiedzialności i skutkach tej odpowiedzialności rozstrzyga organ niezaangażowany w prowadzenie działań wojennych, który jest bezstronny, obiektywny i niezależny od tych, którzy dążą do ukarania osoby podejrzanej, czy oskarżonej o jakiś czyn zabroniony. Wyłącza się zatem arbitralne pozbawienie wolności czy życia osoby, która uczestniczyła bądź nie w konflikcie zbrojnym. Należy zwrócić jednak uwagę, że osoby biorące udział w walkach po stronie antyrządowej wciąż podlegają postanowieniom krajowych ustaw karnych w pełnej rozciągłości. Mogą być zatem skazane nawet za sam fakt udziału w działaniach wojennych, noszenia broni, zdradę, czy inne podobne przestępstwa przewidziane w prawie państwa, na którego terytorium konflikt się toczy⁹.

Następnie art. 3 postanawia, że ranni i chorzy mają być zbierani i leczeni. Nakłada to obowiązek, bezwzględny i absolutny w swoim zakresie zastosowania, na adwersarzy konfliktu, aby zbierali, a w razie potrzeby poszukiwali i otoczyli opieką lekarską osoby podlegające ochronie w myśl art. 3, a więc w praktyce wszystkich rannych i chorych, którzy nie dokonują aktów wrogich wobec służb nieprzyjaciela, zarówno członków sił zbrojnych, jak i wszystkich, którzy angażują się w niesienie pomocy, a także osób postronnych.

9 P. Łubiński, *op. cit.*, s. 53.

Kolejne postanowienie artykułu przyznaje bezstronnej organizacji humanitarnej, takiej jak Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża, prawo do oferowania swoich usług adwersarzom konfliktu niemiędzynarodowego. Ważne jest zatem, aby podmiot chcący nieść pomoc humanitarną w konflikcie był organizacją bezstronną, a więc niezwiązaną z żadną ze stron konfliktu i niewyrażającą swojego poparcia dla którejś z nich. Należy dodać, że oferta pomocy z zewnątrz nie jest dla strony konfliktu w żaden sposób prawnie wiążąca.

Wreszcie końcowe postanowienia artykułu 3 stanowią potwierdzenie wyłącznie humanitarnego celu i charakteru tego przepisu. Stwierdza się bowiem, że stosowanie wcześniejszych części tego przepisu nie wpływa na sytuację prawną stron konfliktu¹⁰. Oznacza to, że z bezwzględnego obowiązku stosowania postanowień art. 3 wspólnego dla Konwencji Genewskich z 12 sierpnia 1949 r. nie wynika, aby strona przeciwna wobec rządu miała zostać uznana za stronę wojującą, a w konsekwencji jej członkowie za kombatanatów w rozumieniu przepisów dotyczących międzynarodowych konfliktów zbrojnych, co uprawniałoby ich do szeregu przywilejów i potwierdzało ich prawo, jeśli nie do wszczęcia, to do kontynuowania walki zbrojnej. Nie oznacza to też, aby miano uznać suwerenność zorganizowanej grupy nad danym terytorium, które zajmuje czy rości sobie do niego prawo.

Kolejnym aktem prawnym mającym tu zastosowanie jest Konwencja o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki z 10 października 1980 roku oraz Protokół w sprawie zakazów lub ograniczeń użycia min, min-pułapek i innych urządzeń (Protokół II do konwencji z 1980 r. z 10 października 1980 roku w postaci zmienionej z 3 maja 1996 roku). Poza art. 1 brak w samej Konwencji z 1980 roku unormowań materialnoprawnych, istotny dla oceny niniejszego konfliktu wydaje się zaś Protokół II, ze względu na używanie min-pułapek i innych podobnych urządzeń.

¹⁰ *Ibidem*, s. 60, 61.

Artykuł 3 Protokołu II zawiera zakazy i ograniczenia dotyczące kwestii powodowania niepotrzebnego bądź nadzwyczajnego cierpienia ofiar, użycia urządzeń wybuchowych, które detonują wskutek interakcji z wykrywaczami min, użycia min i podobnych rodzajów broni bez rozróżnienia celów militarnych od obiektów i ludności cywilnej, bądź też powodowania lub narażania na, przy okazji, uderzenia w cele militarne, strat i cierpienia wśród ludności cywilnej i obiektów o takim charakterze, które są niewspółmiernie wysokie w stosunku do spodziewanej korzyści wojskowej. Zakazuje się też kierowania urządzeń wybuchowych wyłącznie bądź przede wszystkim przeciw ludności cywilnej i obiektom cywilnym. Artykuł 7 Protokołu II zakazuje zaś używania min-pułapek i urządzeń minopodobnych w sposób sprzeczny z wykorzystaniem znaków chronionych przez międzynarodowe prawo humanitarne, ochroną chorych, rannych, zmarłych, miejsc pochówku, sprzętu, zapasów, środków transportu i obiektów medycznych, przedmiotów związanych z szeroko pojętą opieką nad dziećmi, pożywienia i napojów, wyposażenia kuchennego, obiektów czci religijnej, dóbr kultury (w tym zabytków), zwierząt bądź ich wypchanej postaci. Zabrania on też formowania tych urządzeń wybuchowych na kształt przedmiotów o wyglądzie nie budzącym podejrzeń, że mogą zawierać materiały wybuchowe i eksplodować.

Zakazane jest używanie min-pułapek i innych urządzeń minopodobnych na obszarach zawierających znaczną koncentrację ludności, jak miasta, wsie, itp., w których nie toczą się walki między siłami lądowymi, bądź takie walki nie są nieuchronne w nieodległej perspektywie, chyba że takie urządzenia umieszczone są w bezpośredniej bliskości celów wojskowych albo przedsięwzięto stosowne środki, aby uchronić ludność cywilną przed skutkami ich działania. Zakazane jest także rozmieszczanie min-pułapek i innych urządzeń minopodobnych przez wycofujące się wojska na terenach o znacznym

zagęszczeniu ludności cywilnej, gdyż mogą one spowodować straty wśród ludności cywilnej¹¹.

Naruszenia traktatowego międzynarodowego prawa humanitarnego

Należy zacząć od naruszeń art. 3 wspólnego dla Konwencji Genewskich o ochronie ofiar wojny z 12 sierpnia 1949 roku. Zawarty w ustępie 1 punkcie 1 pod literą a) zakaz zamachów na życie i nietykliwość cielesną, szczególnie zabójstw we wszelkich postaciach, okaleczania, okrutnego traktowania i tortur, został złamany m.in. 20 kwietnia 1992 roku, gdy cywilni mieszkańcy wioski Calpınar podróżujący dwoma samochodami zostali zatrzymani przez członków Straży Terytorialnej, którzy następnie otworzyli do nich ogień. W następstwie użycia siły zginęło sześciu spośród podróżnych, a dziewięciu innych zostało rannych. Kurdowie podróżujący samochodami nie byli uzbrojeni, nie wykazano też, aby w pobliżu znajdował się jakiś cel militarny. Atak przy użyciu broni palnej był skierowany konkretnie przeciwko nim. Nie znaleziono żadnego zgodnego z prawem wyjaśnienia dla użycia tak poważnej siły – podróżni nie stawiali oporu, zatrzymali pojazdy na żądanie funkcjonariuszy, z informacji nie wynika też, że którakolwiek z osób poruszających się tymi pojazdami była poszukiwana lub miała być zatrzymana w związku z podejrzeniem popełnienia jakiegoś przestępstwa. Nie stwierdzono też, żeby podróżni byli bojownikami PKK¹².

Pokłosiem tego tragicznego incydentu z terenów południowo-wschodniej Turcji zamieszkałych przez Kurdów były wniesione

11 M. Marcinko, *Metody i środki walki w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego*, [w:] K. Lankosz (red.), *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych*, Dęblin 2006, s. 134.

12 *Acar and others v. Turkey*, Application Nos. 36088/97 and 38417/97, <http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/233813e697620022c-1256864005232b7/6741b58a802f0c26c12576470046eabo?OpenDocument> (dostęp 26.02.2013).

przed Europejski Trybunał Praw Człowieka sprawy *Seyfettin Acar and others v. Turkey*, *Application No. 30742/03*, *Judgment of 6 October 2009* oraz *Acar and others v. Turkey*, *Application Nos. 36088/97 and 38417/97*. Ustalenia i rozstrzygnięcia w tych sprawach potwierdzają powyższe stwierdzenia.

Sprawa wniesiona przed Europejski Trybunał Praw Człowieka, *Avsar and others v Turkey*, *Application No 25657/94*, dotyczy zabójstwa na przełomie kwietnia i maja 1994 roku Mehmeta Serifa Avsara, poprzedzonego dokonaniem kilka dni wcześniej jego zatrzymaniem przez członków Straży Terytorialnej i armii. Dnia 22 kwietnia tamtego roku Mehmet został zatrzymany przez rzeczone osoby i przewieziony do lokalnego dowództwa żandarmerii w Diyarbakir, gdzie go przetrzymywano przez jakiś czas. Wskutek skargi rodziny na zatrzymanie krewnego wszczęto śledztwo, w ramach którego aresztowano funkcjonariuszy, którzy przeprowadzili zatrzymanie Avsara. Doprowadziło to do odnalezienia jego zwłok w opuszczonym budynku kilkanaście kilometrów od Diyarbakir. Został on zabity z broni palnej. Niektórzy z zamieszanych w to morderstwo funkcjonariuszy zostali skazani, co nie zmienia faktu, że oprócz prawa tureckiego naruszyli zakaz zamachów na życie osób nie uczestniczących w walce z artykułu 3 wspólnego.

Inny incydent, tym razem związany z torturami, miał miejsce 21 lutego 1993 roku w jednej z miejscowości w prowincji Sirnak. W odwecie za wcześniejszy atak PKK spalono wtedy wieś, a mieszkańców zmuszono do leżenia na śniegu przez wiele godzin. Żołnierze tureccy zabrali wtedy siedmiu Kurdów na przesłuchanie, podczas którego torturowano ich, a potem wystawiono na działanie mrozu. W wyniku tego jedna z tych osób zmarła, a cztery z nich straciło nogi z powodu gangreny¹³.

13 *Torture and Ill-Treatment, Human Rights Watch Report on weapons transfers and violations of the laws of war in Turkey*, www.hrw.org/legacy/reports/1995/Turkey.htm (dostęp 26.02.2013).

Kolejne zdarzenie, w związku z którym doszło do użycia tortur, miało miejsce 19 kwietnia 1995 roku w jednej z wsi dystryktu Silvan w prowincji Diyarbakir. Siedmiu spośród mieszkańców wioski zostało brutalnie pobitych drewnianymi drągami przez żołnierzy w czasie operacji bezpieczeństwa prowadzonej na tamtych terenach. Potem zabrano ich do jednego z budynków miejscowości i tam oficerowie poddali ich przesłuchaniu połączonemu z dalszym ciężkim pobiciem, aby uzyskać od nich żądane informacje. Następnie zabrano ich do posterunku żandarmerii¹⁴.

Z kolei 18 października 2011 roku, w wybuchu podłożonej przy drodze bomby, oprócz pięciu żołnierzy zginęło także trzech cywilów, w tym dwuletnie dziecko. Zdarzenie to miało miejsce w prowincji Bitlis¹⁵. Bomba została najprawdopodobniej podłożona przez PKK, o czym świadczy choćby obranie za cel żołnierzy i rutynowe stosowanie przez tych partyzantów bomb i innych ładunków wybuchowych, także odpalanych zdalnie¹⁶. Stanowi to oczywiste naruszenie zakazu powodowania śmierci osób nie biorących udziału w działaniach wojennych. Fakt, że przy okazji pozbawiono życia żołnierzy, którzy jako adwersarze konfliktu nie są objęci zakazem zabójstw, nie ma tu znaczenia. Wątpliwym jest, aby przypuszczać, że dwóch cywilów podróżujących drogą z małym dzieckiem uczestniczyło w działaniach zbrojnych.

Następny przypadek wiąże się z naruszeniem zakazu z artykułu 3 ustęp 1 punkt 1 litera b), czyli zakazu brania zakładników. W maju 1994 roku żandarmi i siły specjalne rozkazały siedemnastu osobom z wioski Karabulak w dystrykcie Kulp prowincji Diyarbakir spakować potrzebne rzeczy, a potem funkcjonariusze prowadzili tych ludzi ze sobą w czasie górskiego patrolu przez ponad tydzień. Po tym

14 *Human Rights Watch Report on weapons transfers and violations of the laws of war in Turkey, V. Case studies, Case 1*, www.hrw.org/legacy/reports/1995/Turkey.htm (dostęp 26.02.2013).

15 *Kurdish rebels kill 26 Turkish soldiers in Hakkari*, www.bbc.co.uk/news/world-europe-15363865 (dostęp 26.02.2013).

16 K. Yildiz, S. Breau, *op. cit.*, s. 14.

czasie oddział wdał się w wymianę ognia z partyzantami z PKK¹⁷. Takie postępowanie żandarmów i komandosów wyczerpuje znamiona wzięcia i przetrzymywania zakładników, używanych dodatkowo jako żywe tarcze.

W dniu 3 października 2008 roku bojownicy PKK dokonali ataku na posterunek wojskowy koło Semdinli, w pobliżu styku granic Turcji, Iraku i Iranu. Wzięli wtedy do niewoli dwóch żołnierzy tureckich. W komunikacie dla prasy rzecznik PKK stwierdził potem, że nie wie, czy zakładnicy są żywi czy martwi¹⁸. Taka wypowiedź sugeruje, że porwani żołnierze mogli być poddani torturom lub innemu podobnemu traktowaniu i w związku z tym trudno było określić ich stan. Nie zdarza się bowiem raczej, żeby osoby wypowiadające się w imieniu PKK przyznawały się do niewiedzy w przedmiocie swojej wypowiedzi, a po wcześniejszych sygnałach o stosowaniu przez organizację tortur można domyślać się ich użycia i tym razem. Podejrzenie takie może być uzasadnione wydanym nieco wcześniej komunikatem, że bojownicy mają ciała (a więc nie żywych) dwóch żołnierzy porwanych w tym ataku.

Dalej, artykuł 3 zakazuje zamachów na godność osobistą, w tym szczególnie traktowania poniżającego i upokarzającego. Poniższe zdarzenie doprowadziło do złamania tego zakazu. Dnia 8 kwietnia 1994 roku członkowie Straży Terytorialnej, wsparci później przez żandarmów z pobliskiego posterunku, zaatakowali wieś Kutlu położoną w dystrykcie Lice prowincji Diyarbakir. Oprócz innych naruszeń, poniżali oni i upokarzali pozostałych przy życiu mieszkańców wioski¹⁹. Mieszkańcy miejscowości nie byli uzbrojeni i nie stawiali oporu.

17 *Human Rights Watch Report on weapons transfers and violations of the laws of war in Turkey, V. Case studies, Case 7*, www.hrw.org/legacy/reports/1995/Turkey.htm (dostęp 26.02.2013).

18 *PKK 'holding two Turkish troops'*, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/7654124.stm> (dostęp 26.02.2013).

19 *Human Rights Watch Report on weapons transfers and violations of the laws of war in Turkey, V. Case studies, Case 4*, www.hrw.org/legacy/reports/1995/Turkey.htm (dostęp 26.02.2013).

Następnie art. 3 zabrania skazywania i wykonywania wyroków i egzekucji, jeśli nie są one wynikiem postępowania przed sądem dającego odpowiednie gwarancje procesowe. Pogwałcenie tego postanowienia stanowią sytuacje, o których poniżej mowa. W styczniu 2008 roku dokonano aresztowań kilkudziesięciu osób (w tym wielu oficerów armii), które miały jakoby brać udział w przygotowaniach do zamachu stanu w Turcji. Wszczęto wtedy wiele śledztw przeciwko oskarżonym, którzy zajmowali nieraz wysokie stanowiska w armii i innych strukturach aparatu państwowego. Niespodziewanie pojawiły się wtedy informacje na temat możliwych miejsc pochówku Kurdów, którzy przepadli bez wieści na przestrzeni lat dziewięćdziesiątych XX wieku. W wyniku tego w nieczynnym szybie studni przy jednej z dróg na południowym wschodzie Turcji oraz na wskazanym przez byłego informatora tajnej jednostki żandarmerii miejscu na zboczu wzgórza w okolicach miasta Silopi znaleziono ciała osób, które zginęły kilkanaście lat wcześniej po zatrzymaniu lub przetrzymywaniu przez żandarmerię turecką²⁰.

We wcześniejszych okresach również mordowano bez wyroku sądowego. W lipcu 1993 roku siły tureckie zaatakowały wioskę Celik położoną w dystrykcie Dargecit, w prowincji Mardin, w odwecie za atak dokonany przez partyzantów poprzedniego dnia na posterunek żandarmerii w wiosce. W czasie użycia siły przeciwko wiosce, w której nie było już od dawna bojowników PKK, dokonano egzekucji bez wyroku sądowego, m.in. zrzucając z dachu ich domu dwóch mieszkańców, a potem dobijając ich rzucanymi kamieniami i strzałami z broni palnej. Podobnie zabito sześć innych osób, wśród nich tylko jednego rzeczywistego członka PKK, o co podejrzewano wszystkich ośmiu zamordowanych²¹. Dokonano zatem egzekucji na osobach uważanych za sprawców wcześniejszego ataku na posterunek, mimo

20 *Bones of the missing*, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/7976632.stm> (dostęp 26.02.2013).

21 *Human Rights Watch Report on weapons transfers and violations of the laws of war in Turkey, V. Case studies, Case 21*, www.hrw.org/legacy/reports/1995/Turkey.htm (dostęp 26.02.2013).

że nie stawiały one oporu, zwłaszcza za pomocą broni palnej, a nie udowodniono im też udziału w ataku po przeprowadzeniu stosownego procesu karnego.

Partyzanci kurdyjscy z organizacji, o której mowa wyżej, dokonywali też zabójstw i porwań nauczycieli i innych osób, które uważali za zdrajców i kolaborantów. Tylko w latach 1984–1987 zabili lub porwali 217 nauczycieli oraz spalili setki wiejskich szkół, eliminując na pewien czas system edukacji na dużym obszarze południowo-wschodniej Turcji. Atakowano też szpitale, zabijając przy tym członków ich personelu. Mordowano też w owym okresie, jak i później, mieszkańców wsi, które nie sympatyzowały z PKK²². Zabójstw dokonywano więc wskutek samego oskarżenia osób o jakiejś czyni (zresztą nie pozostające w sprzeczności z obowiązującym prawem wewnętrznym i międzynarodowym), o którym to oskarżeniu ofiary dowiadywały się w najlepszym wypadku w chwili dokonywania na nie zamachu.

Kolejnym postanowieniem, które zawiera art. 3 wspólny dla Konwencji Genewskich, jest nakaz zbierania i leczenia rannych i chorych. Z jednej strony w opisywanym konflikcie zdarzało się udzielanie pomocy rannemu przeciwnikowi²³, jak w przypadku bojownika PKK werbującego nowych członków swojej organizacji 19 kwietnia 1995 roku w jednej z wsi dystryktu Silvan w prowincji Diyarbakir. Po postrzale otrzymanym przez niego w czasie zatrzymania, pomocy udzielił mu lekarz oddziału, do którego żołnierze strzelali. Z drugiej jednak strony, z relacji świadka zdarzeń, innego żołnierza tureckiego, wynika, że rannego partyzanta zabrano do bazy wojskowej, gdzie po krótkim przesłuchaniu został zastrzelony (świadek zranienia partyzanta o jego śmierci dowiedział się od osoby trzeciej).

22 D. L. Phillips, *Disarming, demobilizing, and reintegrating the Kurdistan Workers' Party*, Washington, D.C. 15 October 2007, s. 3.

23 *Human Rights Watch Report on weapons transfers and violations of the laws of war in Turkey, V. Case studies, Case 1*, www.hrw.org/legacy/reports/1995/Turkey.htm (dostęp 26.02.2013).

Naruszenia Konwencji CCW

Trudno wskazać wiele naruszeń tych przepisów, które zdarzyłyby się na przestrzeni ostatnich siedmiu lat, od kiedy Turcja jest związana Konwencją CCW i Protokołem II do niej. Przykładem może jednak być zamach bombowy z użyciem ładunku wybuchowego umieszczonego przy drodze (zatem urządzenia wybuchowego działającego podobnie do miny), powołany wcześniej jako dowód na zabijanie cywilów przez PKK – zamach z 18 października 2011 roku w prowincji Bitlis, gdy oprócz pięciu żołnierzy w wybuchu podłożonej przy drodze bomby zginęło także trzech cywilów, w tym dwuletnie dziecko²⁴. Stanowi to naruszenie artykułu 3 ustęp 8, litera c) Konwencji CCW, czyli zakazu umieszczania urządzeń minopodobnych w taki sposób, że niemożliwe jest stosowanie zasady rozróżnienia przez takie położenie urządzenia, wskutek którego można się spodziewać przypadkowych ofiar śmiertelnych wśród ludności cywilnej, ranienia cywilów, zniszczeń obiektów cywilnych albo kombinacji takich skutków, które byłyby nadmierne w stosunku do oczekiwanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej. Spowodowanie śmierci cywilów w przytoczonych okolicznościach faktycznych wypełnia znamiona tego przepisu, tym bardziej, że samo umieszczenie ładunku wybuchowego przy uczęszczanej, ogólnodostępnej drodze stanowi takie niedozwolone umieszczenie urządzenia. Jest bowiem zasadne spodziewać się, że można zabić wybuchem osoby cywilne podróżujące samochodami.

Podsumowanie

Jak wyżej przedstawiono, współcześnie w konflikcie kurdyjsko-tureckim dochodzi do wielu naruszeń traktatowego międzynarodowego prawa humanitarnego. Skala tych naruszeń przy skąpości przepisów właściwych do ich oceny jest tym bardziej niepokojąca.

24 *Kurdish rebels kill 26 Turkish soldiers in Hakkari*, www.bbc.co.uk/news/world-europe-15363865 (dostęp 26.02.2013).

Rafał Guzik
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Jagielloński

KARA ŚMIERCI NA BIAŁORUSI – CZY W EUROPIE RZECZYWIŚCIE NIE MA POWROTU DLA TEJ INSTYTUCJI?

Obecnie, we współczesnej Europie, dyskusje na temat przywrócenia kary śmierci traktuje się głównie w kategoriach historycznych. Uważamy, że posiadając międzynarodowe uregulowania w postaci protokołów do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, nie ma już powrotu do tego rodzaju kary. Pojawiające się od czasu do czasu głosy, także w Polsce, aby przywrócić karę śmierci, traktujemy wyłącznie jako populistyczne mrzonki, mające na celu odwrócić uwagę od innych, bieżących problemów. Jednak warto sobie zadać pytanie, czy rzeczywiście w Europie nie ma już miejsca na karę śmierci? Tuż przy polskiej granicy jest państwo, które w swoich regulacjach tak konstytucyjnych, jak i prawnokarnych posiada zapisy pozwalające na stosowanie tej formy represji także w czasie pokoju. Tym państwem jest oczywiście Białoruś rządzona przez Aleksandra Łukaszenkę.

Zapisy ustawowe regulujące karę śmierci na Białorusi

Kara śmierci na Białorusi jest przewidziana w art. 24 Konstytucji Republiki Białorusi, zaś poszczególne rodzaje przestępstw, za które może być orzeczona opisane są w poszczególnych artykułach kodeksu karnego. Wśród nich są takie typy czynów zabronionych jak: akt agresji przeciwko państwu, zabójstwo dyplomaty lub innego przedstawiciela zagranicznego albo organizacji międzynarodowej, międzynarodowy terroryzm, ludobójstwo, zbrodnie przeciwko ludzkości, przestępstwo związane z bronią masowego rażenia, morderstwo, zdrada stanu, dążenie do nielegalnego przejęcia władzy, sabotaż, zabójstwo funkcjonariusza milicji. Warto w tym miejscu wspomnieć, że stosowanie kary śmierci za przestępstwa gospodarcze zostało zniesione dopiero w 1993 r. Osobami, które nie podlegają tej karze są kobiety, małoletni do 18 roku życia, osoby chore psychicznie, a także osoby, które przekroczyły 65 rok życia. Prezydentowi Republiki przysługuje prawo łaski, z którego, jak wynika z danych, Aleksander Łukaszenko skorzystał tylko raz.

Najbardziej brutalne wydają się jednak sposoby egzekucji. Zgodnie z art. 175 kodeksu karnego, „Karę śmierci wykonuje się niepublicznie, poprzez rozstrzelanie”. Ten bardzo lakoniczny przepis musiał zostać zatem uzupełniony przez stosowanie praktyki, która jest wynikiem wieloletniej tradycji, pamiętającej jeszcze czasy ZSRR. I tak, karę śmierci wykonuje się wyłącznie w Więzieniu nr 1 w Mińsku, w tzw. zamku piszczalowskim. Do czasu wykonania wyroku, skazaniec nie ma możliwości spacerów i kontaktu ze światem zewnętrznym. Cele, w których przebywają skazani ulokowane są w suternach, a ich warunki pozostawiają wiele do życzenia. Toalety nie są zasłonięte, z kolei okna prócz krat, zawierają szczelną, metalową zasłonę. Dociera przez nie bardzo mało naturalnego światła. W celi zawsze pali się natomiast sztuczne światło, co skutecznie dokucza osadzonym. Oprócz tego, mimo zapisów w kodeksie karnym wykonawczym o możliwości nieograniczonej korespondencji,

takowa jest możliwa tylko z adwokatami, natomiast z rodziną jest cenzurowana. Skazaniec ma prawo do jednej krótkiej wizyty rodziny w miesiącu, zawsze odbywa się ona „za szybą”. Choć skazańcy powinni przebywać w pojedynczej celi, zwykle jednak przebywają w podwójnych¹. Co pewien czas skazany jest jednak wyprowadzany do innej celi, po to, aby przyzwyczał się do nagłych wyjść i nie domyślał się, kiedy nastąpi wyjście w celu wykonania egzekucji. Gdy nadchodzi wreszcie ostateczny moment, zostaje przebadany przez lekarza więziennego i wywieziony łazikiem do pobliskich lasów. Tam, prowadzony z zawiązanymi oczami i rękami na plecach, nad wykopany wcześniej dołem zostaje zabity poprzez strzał z pistoletu PB-9 w potylicę (pistolet ten jest wyposażony w tłumik). Chodzi o to, aby kula nie rozerwała czaszki przy strzale z tak bliskiej odległości. Zgodnie z relacjami świadków², po wykonaniu wyroku prokurator, kat oraz strażnicy wypijają po sto gram wódki za spokój duszy straconego³. Podobno nie zdarzyły się jeszcze wypadki, aby skazany walczył lub szarpał się, jego woła jest całkowicie złamana, a sam znajduje się na granicy szaleństwa⁴.

Okrucieństwem post-egzekucyjnym, jakie jest przewidziane w kodeksie karnym, a które dotyka przede wszystkim rodzinę czy bliskich skazańca, jest uregulowanie zawarte w art. 175 k.k., który stanowi, iż „Ciała straconego nie wydaje się rodzinie, o miejscu pochówku się nie informuje”. Z pewnością jest to bardzo bolesne dla rodziny, która nie może urządzić skazanemu pogrzebu, ani odwiedzać w późniejszym czasie jego grobu. Wielokrotnie dochodzi więc do tworzenia symbolicznych nagrobków, które choć w niewielkim stopniu próbują zastąpić ten normalny.

1 <http://amnesty.org.pl/uploads/media/BelarusKS.pdf> (dostęp 10.03.2012).

2 Świadkiem tym jest Oleg Alkajew, były naczelnik Więzienia nr 1 w Mińsku, zbiegły w 2001 r. do Niemiec.

3 <http://swiat.newsweek.pl/strzal-w-potylice--kara-smierci-na-bialorusi,85677,1,1.html> (dostęp 09.03.2012).

4 <http://amnesty.org.pl/uploads/media/BelarusKS.pdf> (dostęp 10.03.2012).

Próby zniesienia kary śmierci

Od 1991 r., czyli początków istnienia niepodległej Białorusi, na śmierć skazano około 400 osób. Warto zwrócić uwagę, że najczęściej wyroków zapadło na początku rządów Aleksandra Łukaszenki, czyli w drugiej połowie lat 90. W 1998 r. skazano łącznie 47 osób. W ostatnim czasie daje się jednak zauważyć spadająca tendencja egzekucji, do dwóch w 2010 i 2011 r. W 2009 r. nie wykonano natomiast żadnego wyroku. Aleksander Łukaszenko, który wielokrotnie jest namawiany przez różnego rodzaju organizacje, takie jak Amnesty International, czy też przez zagraniczne rządy, Radę Europy, aby zaniechał praktyki kary śmierci, twierdzi, iż znajduje ona oparcie w społeczeństwie, które chce, aby taka forma kary pozostała. Zgodnie bowiem z przeprowadzonym na Białorusi referendum w 1996 r., aż 80,44% biorących w nim udział opowiedziało się przeciwko zniesieniu kary śmierci. Niemniej, w chwili, w której referendum było przeprowadzane, pozostałą najostrzejszą sankcją przewidzianą przez kodeks karny było 15 lat pozbawienia wolności. Jakkolwiek, w ostatnim czasie można zauważyć pewne ruchy, który być może świadczą albo o próbie zniesienia kary śmierci albo o próbie chwilowego uspokojenia Zachodu. Przykładowo, w 2004 r. białoruski Trybunał Konstytucyjny orzekł, że kara śmierci jest sprzeczna z konstytucją (konkretnie z tym samym art. 24, w którym jest przewidziana) i powinna być zniesiona przez Prezydenta oraz parlament. Aleksander Łukaszenko stwierdził wówczas, że konieczne są przesłuchania parlamentarne i omówienie problemu w mediach. Naród ostatecznie zdecyduje, czy kara śmierci powinna być zniesiona, czy nie. Jeśli w referendum społeczeństwo stwierdzi konieczność utrzymania tej represji – tak pozostanie⁵. Z kolei Nikołaj Samosiejko – przewodniczący komisji ds. ustawodawstwa i problemów sędowo-prawnych Izby Przedstawicieli Zgromadzenia Narodowego stwierdził, że obecnie na Białorusi,

⁵ http://zeenews.india.com/news/world/belarus-starts-campaign-on-abolition-of-death-penalty_583324.html (dostęp 09.03.2012).

dojrzały tak subiektywne, jak i obiektywne warunki do rozpatrzenia problemu kary śmierci. Przy podejmowaniu decyzji związanych ze stosowaniem tej formy represji należy brać jednak pod uwagę wszystkie czynniki: wolę polityczną, umowy międzynarodowe oraz opinię publiczną. Jednocześnie, opinia Unii Europejskiej będzie brana pod uwagę, ale nie będzie decydująca. Samosiejko stwierdził także, że istnieje możliwość przeprowadzenia referendum, którego wynik zdecyduje o ewentualnym zniesieniu kary śmierci. Obecnie można zaś rozmawiać o możliwości wprowadzenia przez Prezydenta lub parlament moratorium na jej wykonywanie⁶. O wprowadzenie moratorium na karę śmierci i zamianę wyroku na więzienie od wielu lat apeluje Rada Europy, Unia Europejska, OBWE i rząd Niemiec, a także różnego rodzaju organizacje obrony praw człowieka oraz opozycja demokratyczna. Z drugiej strony, na spotkaniu w październiku 2008 r. z przedstawicielami Amnesty International i Komitetu Helsińskiego, białoruski minister sprawiedliwości stwierdził, że białoruski system penitencjarny nie jest jeszcze gotowy, aby zapewnić resocjalizację skazanych⁷.

Kazus Kanawałaua i Kawalioua

Najbardziej kontrowersyjną sprawą, która wstrząsnęła opinią publiczną Zachodu w ostatnim czasie, było skazanie w listopadzie 2011 r. na karę śmierci zamachowców w mińskim metrze – Dźmityrja Kanawałaua i Uładzislaua Kawalioua. Sąd uznał ich winnymi tego, że przeprowadzili zamach, w którym zginęło 15 osób, a rannych zostało 204. Od razu wywołało to głos sprzeciwu, szczególnie Amnesty International zaapelowało do Prezydenta o ułaskawienie, z uwagi na możliwość ewentualnej pomyłki sądowej. Warto zauważyć, że proces był jednoinstancyjny. Wyrok został skrytykowany także przez innych obrońców praw człowieka. O niewykonanie

6 www.bialorus.pl/prawa-czlowieka?artid=238 (dostęp 09.03.2012).

7 amnesty.org.pl/uploads/media/BelarusKS.pdf (dostęp 10.03.2012).

zaapelował m.in. Thorbjørn Jagland – sekretarz generalny Rady Europy oraz metropolita mińsko-mohylewski arcybiskup Tadeusz Kondrusiewicz⁸. obrońcy praw człowieka twierdzili, że konstytucja Białorusi zapewnia w pierwszej kolejności obywatelom „naturalne i niezbywalne prawo do życia oraz gwarantuje je jako wartość najwyższą”. Wiele głosu w sprawie zaniechania stosowania kary śmierci na Białorusi zabiera Amnesty International. Zgodnie z jej raportem „Kończąc egzekucje w Europie: W kierunku zniesienia kary śmierci na Białorusi”, jest ona uważana za mordowanie człowieka z zimną krwią i premedytacją, wykonywaną przez państwo w imieniu prawa. Łamie to prawo do życia zapisane w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. Egzekucja jest przejawem kultury przemocy, a nie rozwiązywaniem problemu przemocy. Kara śmierci wymierzona w nieodpowiedni i niesprawiedliwy sposób wzmacnia tylko istniejące zawsze zagrożenie, że stracona zostanie niewinna osoba. Znosząc karę śmierci, Białoruś zmniejszy swoją izolację w Europie – jej instytucje będą mogły skupić się na prawdziwym rozwiązywaniu problemu przemocy bez uciekania się do złudzenia, że kara śmierci może być czynnikiem odstraszającym¹⁰. Proces zamachowców z mińskiego metra oraz ogłoszone wyroki odbiły się echem także w Parlamencie Europejskim¹¹. Eurodeputowani przyjęli rezolucję wzywającą do natychmiastowego ułaskawienia obu mężczyzn oraz wprowadzenia na Białorusi moratorium na wykonywanie kary śmierci. Zaznaczyli oni jednak, że nie rozstrzygają, czy obaj skazani są rzeczywiście winni zarzucanych im czynów, jest jednak wiele poważnych opinii, które kwestionują rzetelność procesu. Mężczyznom odmówiono prawa do

8 www.tvn24.pl/12691,1732848,0,1,skazany-na-smierc-uznal-wyrok,wiadomosc.html (dostęp 10.03.2012).

9 www.banzaj.pl/Kara-smierci-za-zamach-w-minskim-metrze-40627.html (dostęp 10.03.2012).

10 http://amnesty.org.pl/no_cache/archiwum/aktualnosci-strona-artykulu/articyle/6510/589/category/3/neste/9.html (dostęp 10.03.2012).

11 www.polskieradio.pl/75/921/Artykul/540288,Parlament-Europejski-potepiakare-smierci-na-Bialorusi (dostęp 14.03.2012).

adwokatów, lekceważono także dowody wskazujące na niewinność obydwu skazanych. Europosłowie przypomnieli, że bez postępu Białorusi w dziedzinie demokracji, praw człowieka i praworządności, niemożliwy będzie dalszy postęp w dialogu Brukseli z Mińskiem. Reakcją białoruskiego ministerstwa spraw zagranicznych było wydanie oświadczenia, w którym przyznano, że przedmiotowa rezolucja budzi zdumienie: Parlament Europejski stanął po stronie terrorystów, niekompetentnie podając w wątpliwość wnioski śledztwa i decyzje sądu białoruskiego.

Sprawa skazania zamachowców na karę śmierci wzbudziła także sprzeciw białoruskiej Cerkwi. Podkreśliła ona, że co prawda w nauczaniu Kościoła prawosławnego nie ma jednoznacznych ocen kary śmierci, ale pod wpływem nauczania Ewangelii następują zmiany w świadomości społecznej i celowość tej formy kary jest poddawana w wątpliwość. Cerkiew zamierza wpływać na opinię społeczną, by ostatecznie doprowadzić do zniesienia kary śmierci. Stanowisko Cerkwi zostało skomentowane przez białoruskiego politologa Walerego Karbalewicza, który stwierdził, że odzwierciedla ono nastroje społeczne, a ściślej brak społecznego zaufania do wyroków sądowych i władzy w ogóle¹².

Ostatecznie, 17 marca 2012 r. Polska Agencja Prasowa podała informację, że jeden z zamachowców – Uładzislau Kowaliou został rozstrzelany¹³. Aleksander Łukaszenko nie przychylił się zatem do próśb o ułaskawienie.

Starania Polski o zniesienie kary śmierci na Białorusi

W Polsce w ostatnim czasie przeprowadzona została akcja społeczna „Uwolnić Białoruś od kary śmierci”. Na ulicach Warszawy pojawiły

12 www.rp.pl/artypul/11,770667-Bialoruska-Cerkiew-przeciw-karze-smierci.html (dostęp 10.03.2012).

13 <http://wiadomosci.onet.pl/swiat/bialorus-rozstrzelano-uladzislaua-kawalioua,1,5061441,wiadomosc.html> (dostęp 17.03.2012).

się plakaty oraz grafiki szablonowe. Jest to oddolna akcja zorganizowana przy współpracy ze środowiskami street artu. Plakaty w swej formie nawiązują do historycznej, biało-czerwono-białej flagi Białorusi, który to czerwony pas pośrodku symbolizuje spływającą krew na ścianie. Do akcji przyłączyli się także polscy europosłowie. Za akcję odpowiedzialny jest zespół DDB Warszawa. W Polsce działa ponadto wiele organizacji, które opowiadając się przeciwko karze śmierci, prowadzą różnego rodzaju akcje społeczne, wystosowują apele i podejmują inne działania, mające zapewnić całkowitą abolicję kary śmierci, także na Białorusi.

Czy aby na pewno abolicja?

Problem kary śmierci na Białorusi nie jest jednak tak krystaliczny, jak może się wydawać na pierwszy rzut oka. O ile utrzymywanie w kodeksie karnym tej formy kary nie jest przez nas uznawane za wyraz totalitaryzmu i represji społeczeństwa, o tyle Białoruś, jako jedyna wyspa na mapie Europy próbuje kreować zupełnie inną formę polityki, niż tę, którą „narzuca” podejście zwolenników praw człowieka. Warto w tym miejscu zadać sobie retoryczne pytanie, jak rozumiemy demokrację, w której *de iure* rządy sprawuje społeczeństwo, a *de facto* różnego rodzaju ośrodki polityczne. Przecież powołując się na zdanie Samosiejki, należy stwierdzić, iż ma on rację z logicznego punktu widzenia. To społeczeństwo ma zdecydować o zniesieniu kary śmierci, a nie decydenci z Zachodu, czy różnego rodzaju organizacje lobbujące za abolicją. Na tym polega przecież ustrój demokratyczny, opierający się na rządach większości. Być może wciąż istniejąca represja w postaci kary śmierci oznacza, że Białoruś chroni swoją niepodległość przez nieuleganie presjom zachodnich państw, które ustawicznie próbują narzucić swój model prawa, o ile nie kultury i filozofii. Prawo do samostanowienia narodów jest przecież najważniejszą zasadą prawa międzynarodowego publicznego – państwo prawdziwie niepodległe może na swój sposób ustalać status polityczny, gospodarczy,

kulturowy, czy wreszcie prawny. O ile państwo to nie pragnie być członkiem organizacji międzynarodowych, z uczestnictwem w których wiążą się pewne zobowiązania prawne, o tyle może ona stanowić normy słuszne według narodu go zamieszkującego. Czy próbujemy usilnie spowodować akcesję Szwajcarii do Unii Europejskiej? Obecnie, większość państw europejskich uznaje instytucję kary śmierci jako coś moralnie złego (taki jest dominujący pogląd). Istnienie w białoruskim kodeksie karnym takiej formy kary możemy zatem oceniać w kategoriach dobre/złe, z punktu widzenia aksjologicznego, ale nie możemy oceniać w sposób zły tego, że społeczeństwo godzi się na taki rodzaj kary.

Zdumiewającym jest, jak znaczna liczba mieszkańców państw europejskich jest zwolennikami kary śmierci. Dlaczego więc mamy uznawać, że społeczeństwo się myli i nie próbujemy przywrócić tę najostrejszą represję? Prawo winno być przecież odbiciem stosunków społecznych i być może Białoruś przez swoją niezłomną postawę próbuje to zasignalizować Europie? Dlaczego, Białoruś mając w swoich regulacjach karę śmierci, traktowana jest jak odszczepieniec w Europie, państwo niecywilizowane. A przecież w Stanach Zjednoczonych, kilka stanów również przewiduje i egzekwuje ten rodzaj sankcji. Podobnie rzecz ma się w Japonii, Indiach czy Korei Południowej. Czy te państwa są izolowane z tego powodu? A jeśli nie są, dlaczego?

Patrząc z kolei na polskie społeczeństwo, można dostrzec stałą tendencję poparcia tejże instytucji. Przykładowo, w 2007 r. według badań CBOS karę śmierci aprobowało 63% badanych (w 2004 r. zwolenników było aż 77%)¹⁴. Oczywiście jest, że głosy będą zawsze podzielone, skoro jednak tak bardzo wierzymy w demokrację, dlatego nie dopuścimy do tego, aby zgodnie z wolą społeczeństwa przywrócić karę śmierci? W ocenie retencjonistów, czyli zwolenników przywrócenia tej formy kary, nie może być ona jednak traktowana jako narzędzie w rękach władzy, wówczas byłoby to wynaturzeniem

¹⁴ <http://wyborcza.pl/1,75478,4007481.html> (dostęp 10.03.2012).

demokracji, a właściwie rodzajem totalitarnego ucisku społeczeństwa. Oznacza to, że może być orzekana jedynie za przestępstwa, które nie mają charakteru politycznego, czy ekonomiczno-gospodarczego. Dlaczego bowiem z jednej strony za legalne można uznać aborcję i eutanazję, a z drugiej strony nie dopuszczać kary śmierci? Czy pozbawienie życia sprawców najcięższych przestępstw jest mniej szkodliwe od pozbawienia życia dziecka nienarodzonego lub osoby nieuleczalnie chorej? Jeśli w równym stopniu pragniemy chronić życie, to zakazana powinna być tak kara śmierci, jak i aborcja i eutanazja. Dla zwolenników kary śmierci jej istnienie jest uzasadniane prostym rachunkiem ekonomicznym: morderca zanim zabije, liczy się z tym, że może zostać później ujęty, osądzony i skazany na karę śmierci. Nie jest to dla niego żadną niespodzianką. Skoro traktujemy społeczeństwo jako dojrzałych i odpowiedzialnych obywateli, winni oni mieć świadomość tego, co ich czeka w razie przekroczenia pewnych norm zagrożonych taką sankcją.

Uwagi końcowe

Podsumowując, obecnie nie da się jednoznacznie powiedzieć, że w Europie rzeczywiście nie ma powrotu do kary śmierci. Białoruś, jako ostatni kraj europejski twardo próbuje przekonać, że ta forma karania jest społecznie uzasadniona, zgodnie z przeprowadzonym referendum. Nie chce ulegać presji zachodnich państw, które od kilkadziesiąt lat próbują narzucić model abolicjonistyczny. Wszelkie środki podejmowane tak przez rządy pozostałych państw europejskich, jak i przez organizacje pozarządowe są dozwolone, jednak należy pamiętać o tym, że każde państwo ma prawo do samostanowienia, póki nie zagraża to innym narodom. Oczywiście, możemy mieć wątpliwości odnośnie sposobu wykonywania kary śmierci na Białorusi, czy też jakości procesu karnego, jednak sama obecność tejże represji w kodeksie karnym powinna pozostać do dyspozycji Białorusi. Jeśli jakaś instytucja prawna znajduje podłoże aksjologiczne

w kulturze danego społeczeństwa, dlaczego garstka ludzi wyznająca inne poglądy próbuje usilnie zapobiec jej funkcjonowaniu? Na koniec warto retorycznie zapytać, czy Białoruś byłaby również izolowana, gdyby posiadała potężny potencjał gospodarczy i była silnie związana ekonomicznie z innymi państwami? Dlaczego nie żąda się w tak stanowczy sposób zniesienia kary śmierci w Stanach Zjednoczonych, w których w kilku stanach aż do 2005 r. dozwolona była egzekucja dzieci (nawet od 10 roku życia). Czy tam można to uzasadniać odmiennymi kulturowymi, w przeciwieństwie do Białorusi?

Agata Górka

Absolwentka Wydziału Prawa i Administracji oraz Wydziału Orientalistyki, Zakładu Turkologii
Uniwersytet Jagielloński

KARA ŚMIERCI NA BLISKIM WSCHODZIE

Bliski Wschód stanowi niejako „centrum” części świata, w której króluje islam. Patrząc z perspektywy europejskiej, przedmurzem islamu jest Turcja, w której występuje całkowity rozdział religii od państwa. Dalej na wschód religia odgrywa znaczącą rolę, co przekłada się na wszystkie dziedziny życia, także na system prawny. Kara śmierci w tym regionie jest jak najbardziej dopuszczalna, co wynika nie tylko z religii, ale też z kultury i mentalności tamtych społeczeństw. Niestety, w świetle standardów międzynarodowych, przestępstwa zagrożone karą śmierci, podstawy wydawanych wyroków, ilość egzekucji, sposób ich wykonywania, a także liczne naruszenia prawa podczas procesów budzą spore kontrowersje wśród społeczności międzynarodowej.

Celem referatu jest przedstawienie problemu wymierzania i wykonywania kary śmierci na Bliskim Wschodzie. Na początku omówiona zostanie skala zjawiska, następnie zostaną wymienione i opisane źródła prawa islamskiego i przestępstwa, które według tego prawa zagrożone są karą śmierci. W kolejnej części

poruszona zostanie kwestia, na ile prawo państw bliskowschodnich, a w szczególności problem kary śmierci, koresponduje z prawem islamskim. Po zaprezentowaniu systemu Arabii Saudyjskiej, jako państwa opierającego cały system prawny na prawie Szariatu, przejdę do ogólnego omówienia kwestii wymierzania kary śmierci w innych państwach w regionie. Na zakończenie wskazane zostaną regulacje prawa międzynarodowego dotyczące wykonywania kary śmierci niejednokrotnie łamane przez państwa Bliskiego Wschodu oraz zaprezentowane zostaną przykłady spraw obrazujące takie naruszenia.

Skala wymierzania i wykonywania kary śmierci na Bliski Wschodzie

Według Raportu Amnesty International z 2010 roku jednym z regionów, w których wydaje się i wykonuje najwięcej wyroków śmierci, jest Bliski Wschód. Poza Chinami, gdzie statystycznie zostaje wykonanych więcej wyroków śmierci niż we wszystkich innych częściach świata razem, na drugim miejscu jest Iran, gdzie w 2010 roku wykonano co najmniej 252 egzekucje, na czwartym miejscu jest Jemen – co najmniej 53 egzekucje, Arabia Saudyjska, Libia i Syria kolejno zajmują szóste, siódme i ósme miejsce odpowiednio co najmniej 27, 18, 17 egzekucji.

Jednak liczba wykonanych wyroków śmierci nie do końca przekłada się na ilość ich wydania. I tak według raportu, na przykład w Afganistanie w 2010 roku wydano co najmniej 100 wyroków śmierci, a żadnego wciąż nie wykonano, w Iraku co najmniej 279, Arabii Saudyjskiej 34, a w Syrii 10. Ciekawy jest przypadek Iranu, gdzie formalnie nie odnotowano żadnego wyroku skazującego, co zupełnie nie pokrywa się z praktyką¹.

¹ *Death sentences and executions in 2010*, Amnesty International March 2011, Index: ACT 50/001/2011, www.amnesty.org/en/library/asset/ACT50/001/2011/en/e1b6b25-a62a-4074-927d-ba51e88df2e9/act500012011en.pdf (dostęp 15.03.2012).

Źródła prawa islamskiego i przestępstwa zagrożone karą śmierci

Wyroki kary śmierci na Bliskim Wschodzie budzą szczególnie dużo kontrowersji w świecie Zachodu. Problem budzi wiele emocji nie tylko dlatego, że w Europie kara śmierci jest zabroniona, ale również z powodu sposobu jej wykonywania oraz nagminnej niewspółmierności kary do winy. Podstawą skazywania na karę śmierci w krajach Bliskiego Wschodu są kodeksy karne tworzone na podstawie prawa Szariatu. Szariat to po arabsku „droga”, „prosta droga” do islamu². Według Szariatu nie ma rozdziału między życiem religijnym i świeckim. Prawo reguluje każdą dziedzinę życia, tak więc nie tylko sferę religijną, ale także organizację władzy i życie codzienne. Źródłami prawa Szariatu są Koran, Sunna, Kijas oraz Idźma. Oczywiście najważniejszy jest Koran – święta księga islamu, zaraz potem jest Sunna, czyli muzułmańska tradycja religijna. Jest to zbiór opowieści o słowach i czynach Mahometa. Sunna przekazywana jest w hadisach, czyli przekazach osób spełniających odpowiednie kryteria wiarygodności. Jest źródłem wiary i dotyczy wszystkich dziedzin życia muzułmanina. Jeśli jakaś rzecz nie jest bezpośrednio zawarta w Koranie lub Sunnie, stosuje się Kijas, czyli wnioskowanie *per analogiam*. Od X wieku nie był on stosowany, jednak ponownie zaczął się pojawiać od wieku XX, ponieważ trzeba było dostosować prawo do współczesnych warunków życia. I tak na przykład zakaz spożywania alkoholu został poprzez Kijas rozciągnięty na zakaz używania narkotyków. Ostatnim źródłem prawa Szariatu jest Idźma. To konsensus (jednomysłność) całej społeczności (ummy) lub władz religijnych. Miał on duży wpływ na rozwój prawa islamskiego,

2 I. R. Netton, *Encyclopedia of Islamic Civilisation and Religion*, Nowy Jork 2008, s. 592.

gdyż w ten sposób interpretowane były fragmenty Koranu, których nie objaśniała Sunna³.

Szukając uregulowań dotyczących kary śmierci, warto odróżnić wersety Koranu od ich interpretacji w Sunnie oraz poprzez Kijas i Idźmę, a także tradycyjne prawo muzułmańskie od tego, co faktycznie zawierają kodeksy karne poszczególnych państw na Bliskim Wschodzie. Prawo Muzułmańskie zawiera trzy rodzaje przestępstw: *hudud*, *qisas* i *ta'zir*. Przestępstwa z grupy *hudud* są zawarte w Koranie i Sunnie i „obejmuje ona przestępstwa stanowiące największe niebezpieczeństwo, które są zamachem na prawa Allaha czyli na interesy całej wspólnoty muzułamskiej”⁴. Spośród siedmiu, o których wspomina Koran, cztery z nich zagrożone są karą śmierci. Są to: cudzołóstwo (*zina*), apostazja (*riddah*), rozbój (*hirabah*) oraz bunt (*baghy*). Nie ma jednak sztywno wyznaczonych definicji tych przestępstw. Ich interpretacja oraz zakres różnią się w zależności od szkoły prawa koranicznego.

Koran tak opisuje cudzołóstwo: „Cudzołożnicy i cudzołożnikowi wymierzcie po sto batów, każdemu z nich obojga! (...) I niech pewna grupa wiernych będzie obecna przy ich karze”⁵. Nie ma tu wzmianki o karze śmierci, jednak doprecyzowanie kary zawarte jest w Sunnie. Według niej po stu batach należy ukamienować cudzołożnika na śmierć.

Apostazja, czyli wyrzeczenie się islamu (*Riddah*)⁶, może być popełniona poprzez przejście na inną religię lub przez odmowę przyjęcia islamu⁷. W Koranie występują wzmianki potępiające „zdradę islamu”⁸ – „ten kto nie wierzy w Boga, choć przedtem w niego wierzył (...) ten, kto otworzył swą pierś na niewiarę – nad

3 C. Standke, *Sharia – The Islamic Law, seminar paper*, Grin 2008.

4 Ł. R. Sjukijainen i in., *Prawo Muzułmańskie*, Warszawa 1990, s. 135.

5 Tłum. J. Bielawski, *Koran*, 24:2.

6 J. L. Esposito, *The Oxford Dictionary of Islam*, Oxford 2003, s. 22.

7 E. Peiffer, *The Death Penalty in Traditional Islamic Law and as Interpreted in Saudi Arabia and Nigeria*, „William & Mary Journal of Women and the Law”, tom 11, nr 3, Williamsburg, USA 2005.

8 Ł. R. Sjukijainen i in., *op. cit.*, s. 150.

nimi wszystkimi będzie gniew Boga i spotka ich kara ogromna⁹, jednak nie ma w Koranie normy, która przewidywałaby konkretną karę za to przestępstwo. Uzupełnia to Sunna, jeden z hadisów za wyrzeczenie się islamu przewiduje ścięcie, spalenie, ukrzyżowanie, a w niektórych przypadkach wygnanie¹⁰.

Kolejnym przestępstwem *hudud* karanym śmiercią jest rozbój (*hirabah*). Tutaj powoływany jest następujący fragment Koranu: „Zapłatą za tych, którzy zwalczają Boga i Jego Posłańca i starają się szerzyć zepsucie na ziemi, będzie tylko to, iż będą oni zabici lub ukrzyżowani (...) Oni doznają hańby na tym świecie i kary bolesnej w życiu ostatecznym¹¹. Muzułmańscy prawnicy porównując Koran z hadisami doszli do wniosku, że w tym przypadku chodzi przede wszystkim o zbrojne napadanie pielgrzymów w drodze w celu zagarnięcia ich mienia. Stwierdzenie to oparli na wydarzeniu historycznym opisanym w jednym z hadisów. Jednak, aby sprawca podlegał karze, muszą wystąpić następujące przesłanki: sprawca i ofiara muszą być muzułmanami, sprawca musi być pełnoletnim mężczyzną z pełnym rozeznaniem czynu, właściciel mienia musi posiadać je zgodnie z prawem, a także sprawca i ofiara nie mogą być spokrewnieni. Według licznych interpretacji kara śmierci grozi za zabójstwo przy rozboju bez względu na zagarnięcie mienia¹².

Ostatnim przestępstwem przeciwko islamowi, za które grozi kara śmierci, jest bunt (*baghy*). Świadomy, zamierzony atak, bunt czy zamieszki lub próba takiego ataku jest jednym z najniebezpieczniejszych przestępstw przeciwko państwu islamskiemu. Wśród szkół prawa koranicznego panuje dyskusja, czy przestępstwem tym nazwać należy bunt o podłożu wyłącznie religijnym, czy każdego rodzaju przewrót. Zgodnie jednak uważają, że przestępstwo to, jak i kara za nie, zawierają się zarówno w Koranie, jak

9 *Koran*, 16:106.

10 J. L. Esposito, *op. cit.*, s. 22.

11 *Koran*, 5:33.

12 Ł. R. Sjukijainen, *op. cit.*, s. 144–146.

i w Sunnie¹³, i powołują się na następujący fragment: „Jeśli dwie partie spośród wiernych zwalczają się, to ustanówcie między nimi pokój, A jeśli jedna z nich będzie nadal występować przeciw drugiej, to zwalczajcie tą, która się buntuje, aż zwróci się ku rozkazowi Boga, a jeśli się podda, to ustanówcie między nimi pokój według sprawiedliwości i postępujcie bezstronnie¹⁴. Również kilka hadisów traktuje o tym, iż Prorok kazał zabijać tych, którzy nie chcieli podporządkować się władzy i podburzali społeczność¹⁵.

Drugim typem przestępstw jest *Qisas* oznaczający odwet. Nie są to przestępstwa przeciwko Koranowi, są one popełniane poprzez bezprawne działanie w stosunku do drugiego człowieka. Zazwyczaj są to zabójstwa i uszkodzenia ciała o charakterze nieodwracalnym. Zastosowanie znajduje tu zasada Hammurabiego – oko za oko, ząb za ząb. W Koranie traktują o tym między innymi sura 5 werset 45 i sura 2 werset 178. Wszystkie szkoły zgodnie uważają, że kara śmierci może być wymierzona za zabójstwo, ale takie które było zamierzone i niesprawiedliwe. Przy wymierzaniu kary może być brana także pod uwagę płeć i wyznanie ofiary i mordercy¹⁶.

Trzeci rodzaj przestępstw *Ta'zir*, to przestępstwa, które nie klasyfikują się ani do *hudud* ani do *qisas*. Wyroki za te przestępstwa są uznaniowe, a wymierzana kara zależy od sędziego i jego poczucia sprawiedliwości. Do takich przestępstw zalicza się na przykład usiłowanie cudzołóstwa, fałszywe zeznania lub naruszanie norm społecznych takich jak obscenicność. Większość szkół prawa jest przeciwna wymierzaniu w tej kategorii przestępstw kary śmierci, jednak w wyjątkowych przypadkach może być ona wymierzona, na przykład za wielokrotną recydywę¹⁷.

13 *Idem, op. cit.*, s. 149.

14 *Koran*, 49:9.

15 Ł. R. Sjukijainen, *op. cit.*, s. 150.

16 E. Peiffer, *op. cit.*, s. 517.

17 *Ibidem*, s. 518–519.

Systemy prawne państw Bliskiego Wschodu a uregulowania prawa islamskiego. Arabia Saudyjska jako przykład państwa w pełni religijnego

Prawo Szariatu obowiązuje w większości państw Bliskiego Wschodu, jednak znacząca większość krajów posługuje się mieszanymi systemami prawnymi. Najczęściej łączony jest system prawa islamskiego z systemem prawa kontynentalnego lub z prawem precedensowym (*common law*). System mieszany z prawem kontynentalnym występuje w Syrii, Zjednoczonych Emiratach Arabskich, Katarze i Iraku, natomiast połączenie z *common law* występuje w Bahrainie, Jemenie i Omanie. Niektóre kraje, takie jak Afganistan czy Jemen, posiadają się dodatkowo prawem zwyczajowym. Mieszany system prawny oznacza, że prawo islamskie reguluje zazwyczaj tylko sprawy rodzinne. Jedyne w dwóch państwach w regionie występuje wyłącznie religijny system prawny oparty na prawie Szariatu, są to Iran i Arabia Saudyjska¹⁸. Mimo różnic w systemach prawnych, w każdym z tych krajów wymierzana jest i wykonywana kara śmierci.

W Arabii Saudyjskiej, kraju w pełni religijnym, władza króla ograniczona jest prawem Szariatu i tradycją Saudyjską. Sądy Arabii podążają za doktryną prawa szkoły hanbalijskiej. I tak, według prawa kara śmierci grozi za przestępstwa z grupy *hudud* (w tym cudzołóstwo, rozbój i apostazja), *qisas*, *ta'zir*, a także na podstawie królewskich dekretów (*fatwas*). Zgodnie z dekretami zagrożony śmiercią jest między innymi przemyt narkotyków, a także „korupcja na świecie”. Wyroki kary śmierci za *hudud* lub *qisas* mogą być wydane przez sądy wyższego rzędu – przez Wysoki Sąd Szariatu (*High Court of Shari'a*) lub przez Sądy Kubra (*Kubra Courts*)¹⁹.

18 *The World Factbook*, CIA, www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/2100.html#ym (dostęp 17.03.2012).

19 J. K. Walker, *The Rights of the Accused in Saudi Criminal Procedure*, „Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review”, 1993, nr 15, s. 870.

Instancją odwoławczą jest Najwyższa Rada Sądownicza (*Supreme Judicial Council*)²⁰.

Jeśli chodzi o państwa Bliskiego Wschodu z systemami mieszanymi, prawie wszystkie mają konstytucję, która wyraźnie stanowi, iż islam jest religią, w której kara śmierci jest stosowana. Jest to jeden z argumentów przeciwko zniesieniu kary śmierci używany przez przywódców tych państw. Większość szkół prawa koranicznego uważa, że karane śmiercią powinny być apostazja, cudzołóstwo i rozbój. Niektóre szkoły dołączają do tego jeszcze karę śmierci za morderstwo, jednak w Koranie istnieje możliwość wybaczenia sprawcy przez rodzinę ofiary, w zamian za rekompensatę finansową, co uwalnia od kary śmierci.

W praktyce, na Bliskim Wschodzie, przestępstwa w kodeksach karnych podlegające karze śmierci, wykraczają daleko poza ramy wyznaczone przez religię. Na przykład w Jemenie 98% przestępstw zagrożonych karą śmierci nie koresponduje z wytycznymi prawa Szariatu. Wiele przestępstw, za które grozi kara śmierci, związanych jest z aktami prześladowań politycznych, z aktami terroryzmu, a także z przemytem lub używaniem narkotyków. Procesy dotyczące przestępstw zagrożonych karą śmierci często przeprowadzane są niesprawiedliwie, przy wykorzystaniu tortur. Osoby nieletnie także skazywane są na śmierć, a egzekucje wykonywane są czasami publicznie²¹.

Problem przestrzegania uregulowań międzynarodowych dotyczących kary śmierci. *Case study* naruszeń

W krajach Bliskiego Wschodu karę śmierci głównie wykonuje się przez powieszenie (w Iraku, Iranie i Syrii) lub przez rozstrzelanie (w Bahrainie i Jemenie), w Arabii Saudyjskiej egzekucja wykonywana

²⁰ E. Peiffer, *op. cit.*, s. 519–525.

²¹ *Abolition of the death penalty in the Middle East and North Africa*, Penal Reform International, www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=Penal+Reform+International+Abolition+of+the+death+penalty+in+the+Middle+East+and+North+Africa+pdf&ie=UTF-8&oe=UTF-8 (dostęp 17.03.2012).

jest przez publiczne ścięcie głowy mieczem. W Iranie i w Arabii Saudyjskiej dochodzi również do ukamienowań. Pomimo sprzeczności tego typu praktyk z prawem międzynarodowym, w 2010 roku odnotowano ukamienowania 10 kobiet i 4 mężczyzn²². Zgodnie punktem 9 aneksu rezolucji 1984/50 Rady Gospodarczej i Społecznej ONZ, kara śmierci powinna sprawiać jak najmniej cierpienia skazanemu²³, ust. 2 art. 6 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (MPPOiP) stanowi, iż „w krajach, w których kara śmierci nie została zniesiona, wyrok śmierci może być wydany, jedynie za najcięższe zbrodnie, zgodnie z ustawą, która obowiązywała w chwili popełnienia czynu (...)”, a ust. 5 art. 6, iż „wyrok śmierci nie będzie wydany w odniesieniu do przestępstw popełnionych przez osoby w wieku poniżej 18 lat (...)”²⁴. Niestety, na Bliskim Wschodzie, pomimo podpisania MPPOiP przez niektóre państwa, takie jak Iran, Irak, Jemen czy Syria, Pakt nie jest przestrzegany. Teoretycznie w 2009 roku złożony został projekt nowego irańskiego kodeksu karnego, który wyklucza kamienowanie jako formę wykonywania kary śmierci, jednak w dalszym ciągu czeka on na zatwierdzenie w Radzie Strażników, a kamienowanie dalej jest stosowane. Nie tylko forma wykonywania egzekucji, ale również przestępstwa za które orzekana jest kara śmierci, stoi w tym regionie w sprzeczności z prawem międzynarodowym. Komisja Praw Człowieka szczegółowo określiła przestępstwa, które nie są najcięższymi zbrodniami i za które nie można orzec kary śmierci. Są to między innymi kradzież, przestępstwa gospodarcze, na tle religijnym, związane z użyciem bądź przemytem narkotyków, a także nie można karać śmiercią „stosunków seksualnych dorosłych ludzi, którzy godzą się na nie”²⁵.

22 *Death sentences...*

23 *Safeguards Guaranteeing Protection of the Rights of Those Facing the Death Penalty*, E.S.C. res. 1984/50, annex, 1984 U.N. ESCOR Supp. (No. 1) at 33, U.N. Doc. E/1984/84 (1984), <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/NR0764/21/IMG/NR076421.pdf?OpenElement> (dostęp 15.03.2012).

24 Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych.

25 *Death sentences...*

Nie brakuje przykładów obrazujących opisane powyżej naruszenia. Bardzo niedawno szeroko komentowana przez światowe media, a także wywołująca sprzeciw społeczności międzynarodowej, była sprawa obywatelki Iranu Sakineh Mohammadi Asztiani, która w 2006 roku skazana została na ukamienowanie za cudzołóstwo i zamordowanie męża. Kobieta pochodzi z mniejszości Azerskiej i jest bardzo dobrze wykształcona. Podczas procesu trzech z pięciu sędziów uznało ją za winną popełnionego czynu, pomimo jej zeznań, w których dowodziła, że została zmuszona siłą do przyznania się. Sędziowie jednak skorzystali z przepisu pozwalającego na subiektywną ocenę sytuacji. Apelacja została odrzucona. Pod naciskiem międzynarodowym, w styczniu 2011 roku wykonanie wyroku zostało zawieszona, a w grudniu 2011 roku zmieniono formę wykonania egzekucji z ukamienowania na powieszenie²⁶.

W Arabii Saudyjskiej, jak było to wcześniej wspomniane, wymierza się karę śmierci za przemyt narkotyków. W 2004 roku wykonano wyrok śmierci na obywatelu Pakistanu i dwóch Tajlandczykach skazanych za handel narkotykami. Ponadto, w 2010 roku Sudańczykowi i Libańczykowi groziła egzekucja za uprawianie czarów, co zdecydowanie nie jest jednym z „najcięższych przestępstw”. Sudańczyk Abdul Hamid bin Hussain bin Moustafa al-Fakki został skazany na śmierć przez sąd w Madinie 27 marca 2007 roku za rzucenie zaklęcia, które doprowadziło do pojednania rozwiedzionych rodziców jego klienta. Natomiast Libańczyk ,Ali Hussain Sibat był prezenterem w programie telewizyjnym emitowanym w Arabii Saudyjskiej, gdzie udzielał porad i przewidywał przyszłość²⁷.

W Syrii Eliaza al-Saleh, Ahmed al-'Abbas i Mazen Bassouni zostali powieszani 4 listopada 2010 roku. Cała trójka została skazana za zamordowanie męża Eliaza Al-Saleh. Dowody na znęcanie się fizyczne i wykorzystywanie seksualne przez męża zostały zignorowane

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ *Ibidem.*

w trakcie procesu. Rodzina Eliazy dowiedziała się o egzekucji trzy dni po jej wykonaniu²⁸.

W Iranie, 7 lipca 2010 roku, w więzieniu Adelabad w Shiraz, został stracony Mohammad Reza Haddadi. Na śmierć został skazany w 2004 roku za przestępstwo, które rzekomo popełnił w wieku 15 lat, w 2010 roku miał około 22 lat. Sąd Najwyższy podtrzymał wyrok, a data egzekucji przekładana była kilka razy. W 2010 roku, także w Iranie, Pakistanie, Arabii Saudyjskiej, Sudanie, Zjednoczonych Emiratach Arabskich oraz w Jemenie na śmierć skazywane były osoby, które w momencie popełnienia przestępstwa nie miały ukończonych 18 lat²⁹.

Podsumowanie – globalne prawa człowieka w zakresie problematyki kary śmierci – rzeczywistość czy fikcja?

Podsumowując, trudno wyobrazić sobie zniesienie kary śmierci na Bliskim Wschodzie patrząc na obowiązujące w regionie tym prawo i religię, która jest immanentnie związana z islamską kulturą i życiem codziennym.

Po przeanalizowaniu problematyki kary śmierci na Bliskim Wschodzie można wysunąć następujące wnioski. We wszystkich krajach prawo islamskie odgrywa znaczącą rolę przy wydawaniu wyroków śmierci, szczególnie przy przestępstwach cudzołóstwa lub związanych z religią. Różnice w systemach prawnych poszczególnych państw w regionie przekładają się częściowo na rodzaj przestępstw, za które wydawane są wyroki śmierci, ale naruszenia procesowe, takie jak ograniczone prawo do obrony, brak obiektywizmu sądu, czy ignorowanie dowodów zdarzają się wszędzie. Większą dowolnością, a zarazem bezkarnością w wydawaniu wyroków śmierci, charakteryzują się państwa oparte wyłącznie na prawie muzułmańskim – Iran i Arabia Saudyjska. Również sposób wykonywania egzekucji w sposób

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ *Ibidem.*

fundamentalny godzi w prawa człowieka i jego osobistą godność. Kamienowanie, niedopuszczalne według prawa międzynarodowego, zdarza się nawet w krajach, które są stronami międzynarodowych aktów zabraniających niehumanitarnych egzekucji. Jednak wyraźne reakcje społeczności międzynarodowej w postaci wydawania rezolucji lub nacisków na kraje Bliskiego Wschodu w celu przystępowania przez nie do konwencji i paktów międzynarodowych mających za przedmiot karę śmierci, a także prace organizacji pozarządowych, takich jak Penal Reform International, na rzecz rekodyfikacji kodeksów karnych i zniesienia kary śmierci, odnoszą efekty, choć są one raczej powolne.

Myślę jednak, że w czasach globalizacji należy wziąć pod uwagę odmiennosć kulturową i religijną regionu. Próbuując pomóc innym patrzemy na problem z perspektywy „europejskiej“, a być może normy i wartości moralne społeczeństw w innych częściach świata są na tyle różne, że nie jest możliwe ich dopasowanie do „zachodnich“ standardów. Sądzę, że obecnie mało prawdopodobnym jest doprowadzenie do całkowitego zniesienia kary śmierci w regionie, ponieważ jest ona jednym z fundamentów systemu islamskiego, który od wielu wieków stanowi i reguluje ogromną część nie tylko kultury, ale także decyduje o kształcie prawa. Pomimo tego, uważam, że zasadnicze działania propagatorów praw człowieka w omawianym regionie powinny skupić się w pierwszej kolejności na zmianie standardów wydawania i wykonywania kary śmierci na Bliskim Wschodzie jako pierwszym i zasadniczym etapie walki o godność człowieka na tym obszarze.

