

Rafał Mizerski

Podstawy obowiązku ustanowienia i stosowania krajowych gwarancji proceduralnych w systemie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego 4, 69-106

2013

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Rafał Mizerski

Katedra Praw Człowieka i Prawa Europejskiego UWM w Olsztynie

Podstawy obowiązku ustanowienia i stosowania krajowych gwarancji proceduralnych w systemie Europejskiej konwencji praw człowieka*

Słowa kluczowe: Europejska konwencja praw człowieka, orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, gwarancje proceduralne, zobowiązania pozytywne, test legalności, test konieczności

1. Wstęp

Artykuł poświęcony jest krajowym gwarancjom proceduralnym w systemie Europejskiej konwencji praw człowieka (EKPC), przez co rozumiem wszelkie środki prawne służące zapewnieniu praw człowieka zawarowanych w Konwencji¹ i protokołach dodatkowych do niej², które ustanowiono i/lub stosuje się w porządku krajowym, ale których obowiązek ustanowienia i/lub stosowania wynika z obowiązującej i pierwotnej podstawy prawnej w Konwencji lub protokołach dodatkowych do niej, o ile cechują się samoistnością w stosunku do międzynarodowych mechanizmów kontrolnych.

Pierwszym elementem tej definicji, zarazem dotyczącym istoty omawianej instytucji, są „środki prawne”, które zostały scharakteryzowane poprzez

* Artykuł powstał w ramach projektu badawczego, finansowanego przez Narodowe Centrum Nauki.

¹ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Dz.U. z 1993 r., nr 61, poz. 284, ze zm. wynikającymi z Protokołu nr 11 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, dotyczącego przekształcenia mechanizmu kontrolnego ustanowionego przez Konwencję, Dz.U. z 1998 r., nr 147, poz. 962 oraz z Protokołu nr 14 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności zmieniającego system kontroli Konwencji, Dz.U. z 2010 r., nr 90, poz. 587.

² Protokół nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz Protokół nr 4 do powyższej Konwencji, Dz. U. z 1995 r., nr 36, poz. 175; Protokół nr 6 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności dotyczący zniesienia kary śmierci, Dz.U. z 2001 r., nr 23, poz. 266; Protokół nr 7 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Dz.U. z 2003 r., nr 42, poz. 364; Protokół nr 12 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, nieratyfikowany przez RP; Protokół nr 13 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności dotyczący zniesienia kary śmierci we wszystkich okolicznościach, nieratyfikowany przez RP.

pełnioną funkcję, tj. zapewnienie praw człowieka. Mam tu na myśli wszelkie procedury prawne wraz ze związanymi z nimi uprawnieniami stron i uczestników oraz innymi zabezpieczeniami, pozwalającymi właściwie realizować ten cel. To, w jaki sposób jest on realizowany, ma znaczenie drugorzędne. Mogą tu więc wchodzić w grę środki cywilne, karne lub administracyjne, o charakterze prewencyjnym i retroaktywnym, w tym środki odwoławcze i odszkodowawcze, ale także środki niepozostające w dyspozycji ofiary. Ważne jest natomiast to, by środki te stały na straży tych praw człowieka, czy też ich konkretnych, dających się wyodrębnić aspektów uprawnieniowych, które zagwarantowane zostały w Konwencji i protokołach dodatkowych do niej.

Po drugie, środki o które chodzi muszą być ustanowione i stosowane albo przynajmniej stosowane w porządku krajowym – w tym więc sensie nie mogą mieć zasadniczo charakteru międzynarodowego. Ponieważ jednak międzynarodowe mechanizmy kontrolne niosą pewne proceduralne konsekwencje dla porządków wewnętrznych, za środki krajowe uważać będą wyłącznie środki samoistne, tj. takie, których obowiązek ustanowienia i/lub stosowania nie powstaje wyłącznie w wykonaniu celu danego mechanizmu międzynarodowego.

Po trzecie, zajmować mnie będą wyłącznie środki mające podstawę prawną w Konwencji bądź w jej protokołach dodatkowych, innymi słowy, takie środki, których ustanowienie i stosowanie, bądź samo stosowanie, wynika z ciężących na państwie zobowiązań będących następstwem przystąpienia do traktatów tworzących ten system. Taka podstawa musi być obowiązująca i mieć pierwotny charakter, czyli być w systemie pierwotnym, a nie wtórnym źródłem tych zobowiązań.

Tak rozumiane krajowe gwarancje proceduralne mają kluczowe i niewymagające dalszego dowodzenia znaczenie dla zapewnienia realnego poszanowania praw człowieka. Dotyczy to tych wszystkich przypadków, w których naruszenie bądź groźba naruszenia owych uprawnień nie wynika z braku dobrej wiary państw-stron danego traktatu. Jeśli bowiem jest inaczej, skuteczność prawa międzynarodowego praw człowieka pada ofiarą przede wszystkim niewystarczająco wykształconych mechanizmów przymusowej egzekucji jego norm, co z kolei relatywizuje znaczenie proceduralnego zabezpieczenia tych praw w porządku krajowym.

Ten generalny argument na rzecz zajęcia się krajowymi gwarancjami proceduralnymi wzmacnia na gruncie systemu EKPC złożoność owego zjawiska wynikająca z różnej charakterystyki poszczególnych gwarancji oraz niejasności ich wzajemnych relacji, czemu towarzyszy jednocześnie zauważalny w praktyce orzeczniczej Trybunału strasburskiego proces dowartościowywania proceduralnych aspektów uprawnień kosztem ich aspektów materialnych. U podstaw wspomnianej złożoności zjawiska stoi zaś wielość podstaw prawnych krajowych gwarancji proceduralnych, którym poświęcono niniejszy artykuł. Można więc powiedzieć, że jest on jedynie wprowadzeniem w tę skomplikowaną i wymagającą dalszych badań materię. Wprowadzeniem,

którego zadaniem jest określenie katalogu podstaw prawnych krajowych gwarancji proceduralnych (par. 2), rozważenie przyczyn ich wielości (par. 3) oraz zaproponowanie ich systematyki (par. 4).

2. Poszukiwanie podstaw prawnych krajowych gwarancji proceduralnych

Wśród norm tworzących system EKPC, tj. Konwencję i protokoły dodatkowe do niej, wyróżnić można normy materialne, proceduralne i techniczne. Te pierwsze obejmują uprawnienia wraz z postanowieniami wyznaczającymi zakresy ich obowiązywania bądź też stanowiącymi podstawę do ich wyznaczenia, drugie regulują – najogólniej rzecz biorąc – mechanizmy zapewniające realizację zobowiązań wynikających z systemu, w tym zwłaszcza mechanizmy zapewniające realizację chronionych w nim uprawnień, a trzecie odnoszą się do norm właściwych dla umów międzynarodowych jako takich, tj. nie wykazują bezpośredniego związku z przedmiotem i celem Konwencji, a ponadto określają relacje między traktatami wchodzącymi w skład systemu. Przedstawiony podział nie jest przy tym do końca rozłączny, bowiem niektóre normy materialne wyrażające uprawnienia regulują zarazem mechanizmy służące zapewnieniu przestrzegania praw człowieka, a zatem mogą być klasyfikowane także jako normy proceduralne (klasycznym przykładem jest tu art. 13 EKPC). Co więcej, można też wskazać normę zasadniczo proceduralną, która w orzecznictwie strasburskim postrzegana jest również jako źródło uprawnienia podmiotu prywatnego, którego pogwałcenie prowadzi do konkluzji o naruszeniu wobec niego EKPC (art. 34)³.

Funkcja krajowych gwarancji proceduralnych nakazuje w oczywisty sposób poszukiwać ich podstaw prawnych pośród norm proceduralnych systemu. Z drugiej strony, z obszaru zainteresowania bezpiecznie wyłączyć można jego normy techniczne. Z kolei w grupie norm materialnych badanie musi obejmować te z nich, w których zaznaczony jest aspekt proceduralny. Choć aspekt ten pozwala na ich równoległe klasyfikowanie w ramach kategorii norm proceduralnych, to z uwagi na ich specyfikę normy te rozważę oddzielnie.

2.1. W kręgu norm proceduralnych

Z punktu widzenia systematyki Konwencji normy proceduralne znajdują się przede wszystkim w jej rozdz. 2, poświęconym działalności Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Zgodnie z art. 19, rozpoczynającym tę część Konwencji, Trybunał został utworzony „W celu zapewnienia przestrzegania zobowiązań wynikających dla Wysokich Układających się Stron z Konwencji

³ Np. wyrok z 19. 12. 2006 r. w sprawie *Maksym p. Polsce*, skarga nr 14450/02, niepubl., pkt 31–33; por. też wyrok z 6. 12. 2005 r. w sprawie *Drozdowski p. Polsce*, skarga nr 20841/02, niepubl., zwł. pkt 19 i 31.

i jej protokołów (...)”. Zadanie to realizowane jest przez niego w ramach dwóch procedur uregulowanych w tym rozdziale, tj. postępowania skargowego (w wariacie między państwowym i indywidualnym) oraz postępowania doradczego. Unormowania te są uzupełniane przez przepisy ustrojowe dotyczące Trybunału, co w efekcie prowadzi do wniosku, że wszystkie postanowienia od art. 19 do 51 mają charakter proceduralny. Do kategorii tej zaliczyć należy także przepisy rozdz. 3 Postanowienia różne: art. 52 dotyczący procedury sprawozdawczej; art. 54 dotyczący kompetencji Komitetu Ministrów oraz art. 55 wykluczający co do zasady inne sposoby rozstrzygnięcia sporów z Konwencji niż te, które w niej samej przewidziano.

2.1.1. Artykuły 33, 34, 47 oraz 52 Konwencji

Ustalenie podstaw prawnych gwarancji proceduralnych wymaga jednak wyodrębnienia wśród wymienionych przepisów tych, które przewidują środki prawne służące zapewnieniu praw człowieka. W tym kontekście w pierwszej kolejności narzucają się normy będące bezpośrednimi podstawami wspomnianych wyżej procedur, tj. skargi między państwowej (art. 33), skargi indywidualnej (art. 34), postępowania doradczego (art. 47) oraz postępowania sprawozdawczego (art. 52). To wstępne wskazanie podlega jednak krytycznej weryfikacji.

Po pierwsze, przedostatniego z tych przepisów nie sposób uznać za podstawę gwarancji proceduralnej, ponieważ postępowanie doradcze w systemie EKPC nie służy ochronie jakichkolwiek uprawnień indywidualnych. Opinie doradcze mogą, co prawda, dotyczyć kwestii prawnych związanych z interpretacją Konwencji, ale z wyłączeniem problematyki odnoszącej się do zakresu praw i wolności bądź podlegającej rozpatrzeniu w wyniku postępowania „podjętego na podstawie postanowień Konwencji” (art. 47 ust. 2). W granicach jurysdykcji doradczej Trybunału nie mieści się zatem żadne zagadnienie, które mogłoby się stać przedmiotem analizy, w związku z orzekaniem o dopuszczalności bądź zasadności skargi wniesionej na podstawie art. 33 lub 34 Konwencji⁴.

Powyższego zarzutu nie można postawić postępowaniom ze skargi między państwowej oraz indywidualnej, a także postępowaniu sprawozdawczemu – wszystkie one mają w swojej bezpośredniej perspektywie zapewnienie praw człowieka. Artykuł 33 pozwala stronie Konwencji wnieść do Trybunału strasburskiego „sprawę międzynarodową”, jeśli uważa ona, że inna strona naruszyła postanowienia Konwencji lub protokołów dodatkowych, co obejmuje także, a nawet przede wszystkim, gwarantowane w systemie uprawnienia. Jeszcze bardziej jednoznaczne jest w tym zakresie brzmienie art. 34: „Trybunał może przyjmować skargi każdej osoby, organizacji pozarządowej lub grupy jednostek, która uważa, że stała się ofiarą naruszenia przez jedną

⁴ Por. decyzję w sprawie kompetencji Trybunału do wydawania opinii doradczych z 2.06.2004 r., ECHR 2004-VI, pkt 33.

z Wysokich Układających się Stron praw zawartych w Konwencji lub jej protokołach. (...)”. Z kolei art. 52, przy całej swojej ogólnikowości i specyfice przyjętych rozwiązań, jest przykładem popularnego w traktatach praw człowieka mechanizmu kontrolnego sprawozdań, pozwalającego na weryfikowanie zaangażowania państw–stron w realizację zobowiązań traktatowych na podstawie przedkładanych przez nie sprawozdań⁵.

Zadaniem tego artykułu jest jednak ustalenie gwarancji proceduralnych, które mają charakter krajowy, podczas gdy profil wspomnianych powyżej procedur jest zasadniczo międzynarodowy. Słowa komentarza wymaga jednak zd. 2 art. 34 oraz sformułowanie art. 52 odwołujące się do sposobu, w jaki prawo krajowe „zapewnia skuteczne stosowanie wszystkich postanowień Konwencji”.

Artykuł 34 w zd. 2 stanowi, że „Wysokie Układające się Strony zobowiązują się nie przeszkadzać w żaden sposób skutecznemu wykonywaniu tego prawa (tj. prawa do skargi – RM)”. Jak się okazuje, przepis ten jest postrzegany w orzecznictwie jako źródło nie tylko obowiązku negatywnego, polegającego na nieingerowaniu w prawo do skutecznego przedstawienia i popierania skargi⁶, ale też interesującego w tym miejscu obowiązku pozytywnego, „wymagającego od władzy zapewnienia wszelkich koniecznych ułatwień, by uczynić możliwym właściwe i skuteczne badanie skarg”⁷. Dotyczy to zwłaszcza spraw, w których pojawia się zarzut naruszenia Konwencji przez funkcjonariuszy publicznych i w których jedynie pozwany rząd może mieć dostęp do informacji pozwalających potwierdzić lub odeprzeć zarzuty⁸. Tego rodzaju obowiązkiem aktualizującym się w szczególnym przypadku niemocy bądź zależności skarżących jest obowiązek dostarczenia im kopii dokumentów potrzebnych do rozpatrzenia sprawy przez Trybunał⁹. Wynika z tego, że art. 34 może być źródłem obowiązków natury proceduralnej, realizowanych w porządku wewnętrznym. Moim zdaniem, nie kwalifikują się one jednak do grona gwarancji, których dotyczy to opracowanie – nie są to bowiem samoistne gwarancje krajowe. Przeciwnie, są one ściśle powiązane z procedurą międzynarodową, jaką jest skarga do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i stoją na straży jej prawidłowego toku na etapie krajowym. Bez nich skarga

⁵ W systemie EKPC weryfikacji tej dokonuje Sekretarz Generalny Rady Europy, który oprócz oceny sposobu wywiązania się z obowiązku sprawozdawczego (prawdziwości, przedmiotowości, precyzyjności i terminowości podanych informacji) formułuje też uwagi i zalecenia dotyczące urzeczywistniania przez monitorowane państwo postanowień Konwencji i protokołów. Szerzej na ten temat: R. Mizerski, *Test legalności w systemie Europejskiej konwencji praw człowieka*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2009, s. 149–154.

⁶ Wyrok z 20.03.1991 r. w sprawie *Cruz Varas i inni p. Szwecji*, skarga nr 15576/89, A 201, pkt 99.

⁷ Wyrok z 14.10.2010 r. w sprawie *Naydyon p. Ukrainie*, skarga nr 16474/03, niepubl., pkt 63; por. też wyrok z 26.07.2012 r. w sprawie *Savitsky p. Ukrainie*, skarga nr 38773/05, niepubl., pkt 156.

⁸ Wyrok z 4.12.2012 r. w sprawie *Lenev p. Bułgarii*, skarga nr 41452/07, niepubl., pkt 165.

⁹ Wyrok z 14.10.2010 r. w sprawie *Naydyon p. Ukrainie...*, pkt 63; wyrok z 26.07.2012 r. w sprawie *Savitsky p. Ukrainie...*, pkt 156.

indywidualna byłaby gwarancją pozorną, łatwą do zablokowania, ale z drugiej strony, one same straciłyby rację bytu, jeśli by zabrakło mechanizmu skargowego. Jasne jest zatem, że pełnią one w tym mechanizmie funkcje służebne, a sam mechanizm, mimo nakładania na strony EKPC pewnych obowiązków realizowanych w porządku wewnętrznym, ma charakter międzynarodowy.

Z kolei w nawiązaniu do obowiązku zapewnienia skutecznego stosowania wszystkich postanowień Konwencji, wynikającego pośrednio z art. 52, trzeba zauważyć, że kontekst, w jakim się on pojawia w tym przepisie – określając, co może być przedmiotem żądania Sekretarza Generalnego, a w efekcie przedmiotem sprawozdania państwa – a nadto jego generalność i ogólnikowość, każą wątpić, by mógł się on kiedykolwiek stać pierwotnym źródłem gwarancji proceduralnej.

2.1.2. Artykuły 35 ust. 1, 41, 46 Konwencji

Na tych konkluzjach nie można zakończyć poszukiwań źródeł normatywnych krajowych gwarancji proceduralnych w grupie norm proceduralnych systemu EKPC. Pośród przepisów regulujących procedurę skargową znajdujemy bowiem inne unormowania bezwzględnie wymagające rozważenia. Mam tu na myśli art. 35 ust. 1, art. 41 oraz art. 46 Konwencji.

Artykuł 35 ust. 1 określa dwie przesłanki dopuszczalności skargi indywidualnej i międzypaństwowej, tj. sześciomiesięczny termin na ich wniesienie oraz konieczność uprzedniego „wyczerpania wszystkich środków odwoławczych przewidzianych prawem krajowym” – warunek, na którym się skoncentruję. Ma on zapewnić wykorzystanie krajowych środków prawnych przed skierowaniem sprawy do Strasburga; jest wobec tego zasadniczo źródłem obowiązków skarżącego, nie zaś jego uprawnień czy powiązanych z nimi gwarancji proceduralnych. Niemniej, Trybunał uzależnia obowiązek wyczerpania środków odwoławczych od posiadania przez nie takich właściwości, jak skuteczność, wystarczalność i dostępność¹⁰, co z kolei tworzy zobowiązania po stronie państwa¹¹. Są to, rzecz jasna, zobowiązania o charakterze proceduralnym realizowane w porządku wewnętrznym. Wątpliwości może budzić jedynie status art. 35 ust. 1 EKPC jako ich pierwotnego źródła. Trybunał konsekwentnie powtarza, że obowiązek wykorzystania środków ochrony krajowej „opiera się na założeniu odzwierciedlonym w art. 13 Konwencji – z którym jest blisko powiązany – że w razie domniemanego naru-

¹⁰ Wyrok z 1.03.2006 r. w sprawie *Sejdovic p. Włochom*, skarga nr 56581/00, ECHR 2006-II, pkt 45; por. też M. Balcerzak, *Procedury ochrony praw człowieka i kontroli wykonywania zobowiązań przez państwa*, [w:] B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, TNOiK, Toruń 2010, s. 173.

¹¹ Na państwie – pozwanym w danej sprawie – spoczywa też ciężar wykazania w trakcie postępowania przed Trybunałem strasburskim, że przewidziane w jego porządku prawnym środki odwoławcze spełniają wspomniane kryteria, por. wyrok z 27.02.1980 r. w sprawie *Deweere p. Belgii*, skarga nr 6903/75, A 35, pkt 26.

szenia, w systemie krajowym dostępny będzie skuteczny środek odwoławczy i to bez względu na to, czy przepisy Konwencji są inkorporowane do prawa krajowego, czy też nie¹². Zdaje się z tego wynikać, że za pierwotną podstawę prawną obowiązku wprowadzenia do porządku wewnętrznego skutecznego, wystarczającego i dostępnego środka odwoławczego na wypadek pogwałcenia EKPC należy uważać nie art. 35 ust. 1, lecz art. 13. Trzeba przy tym zaznaczyć, że praktyka łącznego rozpatrywania przez Trybunał zarzutu niewyczerpania wszystkich środków ochrony krajowej wraz z merytorycznym zarzutem naruszenia Konwencji wskazuje, że w tym wypadku w grę mogą wchodzić także inne podstawy gwarancji proceduralnych niż tylko art. 13¹³.

Artykuł 46 pozwala Trybunałowi na zasądzenie „słusznego zadośćuczynienia” w razie ustalenia, że doszło do pogwałcenia EKPC lub protokołów dodatkowych, a prawo wewnętrzne odpowiadające za to państwa umożliwia tylko częściowe usunięcie jego konsekwencji. Jest to środek prawny o charakterze międzynarodowym, zasadniczo odmienny od prawa do odszkodowania, o którym mówi art. 5 ust. 5 Konwencji, na co Trybunał zwrócił uwagę już w początkowym okresie swojego funkcjonowania¹⁴. Jednak, w kontekście art. 41 pojawia się także wątek środków krajowych, które musi podjąć państwo w wykonaniu ostatecznego wyroku Trybunału. Ponieważ z orzecznictwa strasburskiego wynika ich bezpośredni związek z art. 46¹⁵, zostaną one omówione na tle tego ostatniego przepisu.

Artykuł 46 zawiera regulacje dotyczące „mocy obowiązującej oraz wykonania wyroków” Trybunału strasburskiego. Zgodnie z jego ust. 1, wyroki ostateczne są prawnie wiążące dla państw związanych Konwencją, w sprawach, w których były one stronami. Ustalenie w orzecznictwie konsekwencji prawnych tej dyspozycji miało charakter procesu. Doprowadził on Trybunał do wniosku, że wyrok potwierdzający naruszenie Konwencji nakłada na po-

¹² Wyrok z 16.09.1996 r. w sprawie *Akdivar i inni p. Turcji*, skarga nr 21893/93, Reports of Judgments and Decisions 1996-IV, pkt 65; wyrok z 1.03.2006 r. w sprawie *Sejdovic p. Włochom...*, pkt 43.

¹³ Np. art. 5 ust. 4, wyrok z 22.01.2013 w sprawie *Mihailovs p. Łotwie*, skarga nr 35939/10, niepubl., pkt 110; art. 6, wyrok z 17.09.2009 r. w sprawie *Scoppola p. Włochom (nr 2)*, skarga nr 10249/03, niepubl., pkt 126; obowiązki pozytywne z art. 2, wyrok z 9.04.2009 r. w sprawie *Šilih p. Słowenii*, skarga nr 71463/01, niepubl., pkt 169–170; obowiązki pozytywne z art. 8, wyrok z 20. 03. 2007 r. w sprawie *Tysiąc p. Polsce*, skarga nr 5410/03, ECHR 2007-I, pkt 54, 61, 128–130.

¹⁴ Wyrok z 7.05.1974 r. w sprawie *Neumeister p. Austrii*, skarga nr 1936/63, A 8, pkt 30. Trybunał wskazał na odmienny poziom regulacji oraz charakter tych norm: uprawnieniowy w przypadku art. 5 ust 5 oraz kompetencyjny w przypadku art. 41 (ówczesnego art. 50). To samo można rzec o relacji art. 41 z innymi unormowaniami systemu EKPC, które są źródłami prawa do odszkodowania, realizowanego na gruncie krajowym.

¹⁵ Wyrok z 31.10.1995 r. w sprawie *Papamichalopoulos i inni p. Grecji*, skarga nr 14556/89, A 330-B, pkt 34; wyrok z 13.07.2000 r. w sprawie *Scozzari i Giunta p. Włochom*, skargi nr 39221/98 i 41963/98, ECHR 2000-VIII, pkt 249; wyrok z 22.06.2004 r. w sprawie *Broniowski p. Polsce*, skarga nr 31443/96, ECHR 2004-V, pkt 192; wyrok z 6.10.2005 r. w sprawie *Lukenda p. Słowenii*, skarga nr 23032/02, ECHR 2005-X, pkt 97; wyrok z 4.12.2008 r. w sprawie *S. i Marper p. Zjednoczonemu Królestwu*, skargi nr 30562/04 i 30566/04, ECHR 2008, pkt 134.

zwane państwo obowiązek zaprzestania naruszenia i naprawienia jego skutków w taki sposób, by przywrócić – na ile się tylko da – sytuację istniejącą przed naruszeniem (*restitutio in integrum*)¹⁶. Zaprzestanie naruszenia i naprawienie jego skutków oznacza też konieczność zastosowania w porządku krajowym środków prawnych zarówno o charakterze indywidualnym, jak i generalnym¹⁷. Państwo ma bowiem wynikający z tej regulacji ogólny obowiązek rozwiązania problemu powodującego naruszenie Konwencji¹⁸, tak by ochroną objęte były i inne osoby pozostające w podobnej sytuacji do ofiar naruszenia¹⁹.

Wśród środków prawnych, o których w kontekście art. 46 wspomina Trybunał, znajdują się także środki proceduralne²⁰. Środki te nie tworzą jednak jednolitej grupy. Po pierwsze, będą tu wchodziły w grę środki mające za zadanie usunięcie wad porządku prawnego, które były przyczyną stwierdzonego pogwałcenia Konwencji, a więc działające na przyszłość i w innych sprawach niż ta, której dotyczył wyrok Trybunału; po drugie, środki wpływające na sytuację prawną samej ofiary naruszenia bądź w inny sposób usuwające skutki tego naruszenia.

Przykładem z pierwszej grupy są środki, do których Trybunał nawiązał w sprawie *Aslakhanova i inni p. Rosji*²¹, dotyczącej przypadków zaginięć na obszarze Czeczenii. Trybunał stwierdzając w kończącym ją wyroku liczne naruszenia Konwencji, w tym zaniedbania proceduralne, oraz mając na uwadze ich powtarzalność ujawnioną we wcześniejszym „orzecznictwie czecheńskim”, prowadzącą do wniosku o istnieniu w tym zakresie stałej praktyki sprzecznej z Konwencją, uznał za stosowne, by z powołaniem się na art. 46 sprecyzować swoje oczekiwania co do działań pozwanego państwa, koniecznych dla właściwego wykonania wyroków w takich sprawach. Zdaniem Trybunału, działania te powinny obejmować m.in. utworzenie specjalnej instytucji powołanej do badania zaginięć, usytuowanej odpowiednio wysoko w hierarchii władzy i dysponującej odpowiednimi zasobami do prowadzenia szeroko zakrojonych prac związanych z ustalaniem miejsc pochówków, eks-humacjami i identyfikowaniem szczątków²². Rosja powinna także zadbać o poprawę skuteczności śledztw prowadzonych w związku z zaginięciami – w tym kontekście Trybunał wymienił zapewnienie śledczym nieograniczonego dostępu do potrzebnych dokumentów, pozwalających np. na ustalenie funkcjonariuszy zaangażowanych w działania na danym terenie czy odpowiedzialnych za osoby zatrzymane, uniemożliwienie prowadzenia śledztw

¹⁶ Wyrok z 31.10.1995 r. w sprawie *Papamichalopoulos i inni p. Grecji* ..., pkt 34 i 38.

¹⁷ Wyrok z 13.07.2000 r. w sprawie *Scozzari i Giunta p. Włochom* ..., pkt 249.

¹⁸ Wyrok z 6.10.2005 r. w sprawie *Lukenda p. Słowenii* ..., pkt 94.

¹⁹ Wyrok z 4.12.2008 r. w sprawie *S. i Marper p. Zjednoczonemu Królestwu* ..., pkt 134.

²⁰ Por. J.-F. Akandji-Kombe, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights*, Human rights handbooks, No. 7, Council of Europe, Strasbourg 2007, s. 63–64.

²¹ Wyrok z 18.12.2012 r. w sprawie *Aslakhanova i inni p. Rosji*, skargi nr 2944/06, 8300/07, 50184/07, 332/08, 42509/10, niepubl.

²² *Ibidem*, pkt 225–226.

przez osoby zamieszane w zaginięcia, udostępnianie akt spraw rodzinom ofiar czy niezamykanie śledztw wyłącznie z powodu upływu terminu do ich prowadzenia²³. Choć nie ulega wątpliwości, że wskazane środki zaliczyć można do gwarancji proceduralnych stosowanych na gruncie krajowym, to błędem byłoby identyfikowanie ich pierwotnej konwencyjnej podstawy prawnej właśnie z art. 46. Jak wskazuje samo uzasadnienie wyroku *Aslakhanova*, konieczność powołanie do życia wyspecjalizowanej instytucji do spraw zaginięć to raczej konsekwencja obowiązku wyjaśnienia okoliczności śmierci i miejsca pochówku ofiary, który wynika z art. 3 Konwencji i jest korelatem wolności od tortur, niehumanitarnego i poniżającego traktowania i karnania bliskich tej ofiary²⁴. Podobnie rzecz się ma z obowiązkiem przeprowadzenia skutecznego śledztwa – jego normatywnym źródłem w systemie Konwencji nie jest art. 46, lecz art. 13 i ciężące na państwie obowiązki pozytywne, zwłaszcza na gruncie art. 2 i 3²⁵.

To samo da się powiedzieć o części środków z drugiej grupy, tj. środków usuwających skutki konkretnego naruszenia stwierdzonego wyrokiem. Jeśli np. w związku z nagłą śmiercią człowieka nie wszczęto w ogóle postępowania wyjaśniającego, a następnie Trybunał uznał to za naruszenie art. 2, to ewentualny obowiązek przeprowadzenia takiego postępowania w ramach naprawiania skutków naruszenia, znajdujący podstawę w art. 46, będzie miał charakter wtórny wobec analogicznego obowiązku wynikającego z art. 2. Co jednak, gdy wykonanie wyroku będzie wymagało zastosowania środka, którego nie można bezpośrednio powiązać z innymi postanowieniami Konwencji i protokołów dodatkowych? Wydaje się, że z taką sytuacją mamy do czynienia w przypadku wznowienia postępowania. Jest to środek proceduralny, stanowiący element krajowego porządku prawnego. Z drugiej strony, obowiązek jego zastosowania może aktualizować się dopiero po wydaniu przez Trybunał wyroku i w jego wykonaniu. Można mieć wobec tego wątpliwości, czy jest to gwarancja samoistna – ostatecznie więc art. 46 nie zostanie zaliczony do grona podstaw prawnych gwarancji proceduralnych, co oznacza, że w grupie norm proceduralnych systemu EKPC nie znajduje się żadna podstawa prawna krajowych gwarancji proceduralnych w przyjętym rozumieniu.

2.2. W kręgu norm materialnych

Normy materialne w systemie EKPC są grupą szeroką, na którą składają się normy wynikające z art. 1 Konwencji, wszystkich przepisów jej rozdz. 1 (art. 2–18), trzech artykułów rozdz. 3 (art. 53, 56 oraz 57), oraz większości przepisów protokołów nr 1, 4, 6, 7, 12 i 13. W przypadku części z tych norm możliwe jest wyodrębnienie zaznaczonego wprost w ich treści bądź potwierdzonego w odnoszącym się do nich orzecznictwie, aspektu proceduralnego.

²³ Ibidem, pkt 233–237.

²⁴ Ibidem, pkt 223.

²⁵ Ibidem, pkt 229 w zw. z pkt. 127 i 147.

Takie właśnie normy, o zasadniczo materialnym charakterze, ale jednocześnie posiadające także komponent proceduralny, staną się przedmiotem mojego dalszego badania. Jak wcześniej zaznaczono, mogą być one klasyfikowane także jako normy proceduralne, z tym że ich odrębne ujęcie uzasadnione jest ich specyfiką na tle pozostałych norm proceduralnych, podkreśloną przez fakt, że wśród pozostałych norm proceduralnych nie znaleziono żadnej gwarancji proceduralnej odpowiadającej charakterystyce naszkicowanej we wstępie do artykułu.

Przegląd wchodzących w grę przepisów rozpoczne od tych spośród nich, których samo brzmienie mniej czy bardziej wskazuje na obecność komponentu proceduralnego zobowiązania, uzupełniając następnie ten obraz o źródła krajowych gwarancji proceduralnych, których faktycznej podstawy szukać należy raczej w koncepcjach orzeczniczych Trybunału strasburskiego.

2.2.1. Artykuł 2 Konwencji

Pierwszym z unormowań, które należy rozważyć, jest art. 2 rozpoczynający konwencyjny katalog uprawnień. Przepis ten zawiera fundamentalną gwarancję prawa do życia. W jego zd. 1 ust. 1 została sformułowana zasada prawnej ochrony życia ludzkiego, podczas gdy zd. 2 ust. 1 określa sytuację, w której może być ono odebrane zgodnie z Konwencją: „Nikt nie może być umyślnie pozbawiony życia, wyjąwszy przypadki wykonania wyroku sądowego skazującego za przestępstwo, za które prawo przewiduje taką karę”²⁶. Jest to jedna z tych nielicznych regulacji systemu Konwencji, która stawia wprost wymaganie proceduralne w związku z ingerencją w konkretne uprawnienie objęte jego ochroną²⁷. W tym wypadku ingerencja w prawo do życia musi być konsekwencją procesu karnego spełniającego wymogi art. 6 Konwencji²⁸.

Komentowany przepis można jednak pominąć przy określaniu podstaw prawnych gwarancji proceduralnych w systemie Konwencji w związku ze stanowiskiem Trybunału w sporze *Al-Saadoon i Mufdhi p. Zjednoczonemu Królestwu*, w którym zauważył on, że poziom ratyfikacji Protokołu nr 13 oraz jednolita praktyka państw–stron w zakresie niestosowania kary śmierci „silnie wskazują na to, iż art. 2 został poprawiony w sposób zakazujący kary śmierci we wszelkich okolicznościach” oraz że brzmienie art. 2 ust. 1 zd. 2 nie może stać dłużej na przeszkodzie takiej interpretacji sformułowania „nie-ludzkie lub poniżające traktowanie albo karanie” użytego w art. 3 Konwencji,

²⁶ W oficjalnym przekładzie Konwencji: „ (...) za które ustawa przewiduje taką karę”.

²⁷ W art. 2 Protokołu nr 6, który także dotyczy pozbawienia życia w związku z wykonaniem kary śmierci, wymóg odpowiedniej procedury wynika już tylko pośrednio z nakazu, by kara ta była stosowana w przypadkach przewidzianych przez prawo i zgodnie z jego postanowieniami.

²⁸ Wyrok Izby z 12.03.2003 r. w sprawie *Öcalan p. Turcji*, skarga nr 46221/99, niepubl., pkt 203 oraz wydany w tym samym sporze wyrok Wielkiej Izby z 12.05.2005 r., ECHR 2005-IV, pkt 166.

które obejmowałyby tę karę²⁹. Skoro zatem kara śmierci jako taka – a nie tylko okoliczności związane z jej stosowaniem³⁰ – wypełnia znamiona nie-ludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania, to znaczy, że w systemie Konwencji została ona w istocie zdelegalizowana³¹. Jestem wobec tego zdania, że art. 2 ust.1 zd. 2 nie może uchodzić za obowiązującą podstawę prawną przewidzianej w tym przepisie krajowej gwarancji proceduralnej.

2.2.2. Artykuł 5 Konwencji

Zgoła odmiennie rzecz się ma z art. 5 gwarantującym prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego, który określa warunki zgodnej z Konwencją detencji (ust. 1) oraz podstawowe uprawnienia osoby pozbawionej wolności (ust. 2–5). Wymiar proceduralny tego przepisu zaznaczony jest już w jego ust. 1, co szczególnie eksponuje angielskie brzmienie zdania drugiego: *No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law: (...)*. Kontynuacją tego zdania jest wskazanie w punktach a–f sytuacji, w których dopuszczalne jest pozbawienie człowieka wolności – w każdym z tych przypadków przepis podkreśla, że chodzi wyłącznie o taką detencję, która jest zgodna z prawem, ewentualnie ma podstawę w zgodnym z prawem orzeczeniu (pkt d). „Zgodność z procedurą” czy też „trybem” pozbawienia wolności, o którym mówi oficjalny, polski przekład Konwencji, jest ujmowana jako jeden z aspektów jej legalności³². Legalne jest zatem tylko takie pozbawienie wolności, które pozostaje w zgodzie nie tylko z materialnymi, ale i proceduralnymi normami prawa³³.

Dalsze ustępy art. 5 określają gwarancje związane z procedurą pozbawienia wolności (ust. 2–4) oraz dochodzeniem odszkodowania za niezgodne z Konwencją pozbawienie wolności. Nie może być zatem wątpliwości co do *stricte* proceduralnego charakteru tych gwarancji³⁴ i funkcji ochronnej, jaką pełnią wobec prawa do wolności. Z punktu widzenia ich zakresu podmiotowego można je podzielić na gwarancje przysługujące każdej osobie poddanej detencji (ust. 2, 4–5) oraz gwarancje przysługujące tylko pewnej kategorii

²⁹ Wyrok z 2.03.2010 r. w sprawie *Al-Saadoon i Mufdhi* p. Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 61498/08, ECHR 2010 (wyciąg), pkt 120.

³⁰ Por wyrok z 7.07.1989 r. w sprawie *Soering* p. Zjednoczonemu Królestwu, skarga nr 61498/08, A 161, pkt 103–104.

³¹ Por. A. Ashworth, A. Macdonald, *Human Rights and Criminal Justice*, Sweet & Maxwell, London 2012, s. 90

³² Tzw. legalność proceduralna wyróżniana obok „legalności materialnoprawnej”, por. B. Gronowska, *Wolność i bezpieczeństwo osobiste w sprawach karnych w świetle standardów Rady Europy*, TNOiK, Toruń 1996, s. 32.

³³ Wyrok z 22.02.1990 r. w sprawie *Van der Leer p. Holandii*, skarga nr 11509/85, A 170-A, pkt 22; por. też wyrok z 28.03.2000 r. w sprawie *Baranowski p. Polsce* z 2000, skarga nr 28358/95, ECHR 2000-III, pkt 50.

³⁴ Obrazują to używane wobec tych gwarancji określenia: „gwarancje proceduralne” (np. B. Gronowska, *Prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego*, [w:] B. Gronowska i inni, *Prawa człowieka ...*, s. 319); „prawa proceduralne” (Ph. Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford University Press 2011, s. 238).

takich osób (ust. 3). Wśród tych pierwszych znajduje się prawo do niezwłocznego poinformowania o przyczynach pozbawienia wolności i stawianych zarzutach (ust. 2), prawo do inicjowania postępowania sądowego celem niezwłocznego zbadania legalności pozbawienia wolności i uzyskania zwolnienia, jeśli jest ono niezgodne z prawem (ust. 4) oraz prawo do odszkodowania w razie pozbawienia wolności niezgodnego z art. 5 Konwencji (ust. 5). Ustęp 3 tego przepisu dotyczy natomiast wyłącznie osób zatrzymanych lub aresztowanych w związku z uzasadnionym podejrzeniem popełnienia przez nie czynu zagrożonego karą, bądź w celu zapobieżenia popełnieniu takiego czynu lub uniemożliwienia ucieczki po jego dokonaniu (art. 5 ust. 1c). Osobom tym służy prawo do niezwłocznego postawienia przed sędzią bądź urzędnikiem uprawnionym do wykonywania władzy sądowej oraz prawo do bycia sądzonym w rozsądnym terminie lub zwolnienia na czas postępowania.

2.2.3. Artykuł 6 Konwencji

Ciekawym wyzwaniem z punktu widzenia badanej problematyki jest art. 6 Konwencji i to mimo sformułowania w nim wyraźnych wymogów proceduralnych. Jak głosi tytuł tego przepisu, przedmiotem ochrony jest w tym przypadku prawo do rzetelnego procesu sądowego. Podstawowe właściwości takiego procesu określone są w zd. 1 ust. 1 tego artykułu (rzetelne i publiczne rozpatrzenie sprawy w rozsądnym terminie przez niezawisły i bezstronny sąd). Zdanie drugie ust. 1 zawiera niepełną klauzulę limitacyjną określającą warunki, na jakich można ograniczyć publiczny charakter (jawność) postępowania³⁵. Z kolei ustępy 2 i 3 wymieniają gwarancje procesowe oskarżonego, konkretyzując w ten sposób minimalne wymogi rzetelnego procesu karnego³⁶. Składają się na nie domniemanie niewinności (ust. 2)³⁷ oraz uprawnienia ogniskujące się wokół prawa do obrony³⁸: prawo do informacji o istocie i przyczynie oskarżenia; prawo do przygotowania obrony; prawo do obrony osobistej lub z pomocą obrońcy; prawo do przesłuchania lub wzywania świadków; prawo do tłumacza (ust. 3).

Obraz ten – w swoich zasadniczych rysach – uzupełnia wywiedzione w orzecznictwie prawo dostępu do sądu w sprawach cywilnych, w znaczeniu prawa do inicjowania postępowania sądowego w sporach o takim charakterze³⁹.

³⁵ R. Mizerski, *Test legalności ...*, s. 103–105.

³⁶ Wyrok z 27.02.1980 r. w sprawie *Deweere p. Belgii*, skarga nr 6903/75, A 35, pkt 56.

³⁷ Wymiar proceduralny art. 6 ust. 2 Trybunał wypuklił już w jednym ze swych wcześniejszych wyroków wskazując, że przepis ten zostanie naruszony jeśli bez zgodnego z prawem udowodnienia winy, w szczególności bez możliwości korzystania przez oskarżonego z prawa do obrony, orzeczenie sądowe będzie odzwierciedlać opinię o jego winie, wyrok z 25.03.1983 r. w sprawie *Minelli p. Szwajcarii*, skarga nr 8660/79, A 62, pkt 37.

³⁸ P. Hofmański, A. Wróbel, *Prawo do rzetelnego procesu sądowego*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom I. Komentarz do artykułów 1–18*, s. 407.

³⁹ Wyrok z 21.5.1975 r. w sprawie *Golder p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 4451/70, A 18, pkt 36.

Prawo dostępu oskarżonego do sądu w sprawach karnych w sensie prawa do bycia osądzonym przez sąd wynika ze zd. 1 ust. 1 art. 6, nakazującego rozstrzygnięcie zasadności każdego oskarżenia. Komentowany przepis nie przewiduje natomiast generalnego prawa osoby pokrzywdzonej przestępstwem do inicjowania osobiście bądź za pośrednictwem oskarżyciela publicznego procesu karnego przeciwko sprawcy przestępstwa – co oczywiście nie znaczy, że państwo nie ma obowiązku ścigania i karania sprawców czynów naruszających konwencyjne uprawnienia. Niemniej, pokrzywdzonemu służy ograniczone prawo dostępu do sądu w sprawach karnych, gdy wiąże się z tym choćby symboliczne roszczenie cywilne⁴⁰.

Wszystkie te gwarancje muszą być zapewnione przy rozstrzyganiu o „prawach lub obowiązkach o charakterze cywilnym albo o zasadności każdego oskarżenia (...) w sprawie karnej”. Jeśli zatem sprawa nie jest ani cywilna, ani karna, gwarancje z art. 6 nie mają do niej zastosowania. Rodzi się wobec tego pytanie, czy art. 6 chroni także konwencyjne prawa i wolności, a tym samym spełnia wymogi gwarancji proceduralnej w przyjętym w artykule rozumieniu.

Rozpocząć należy od tego, że kategorie „praw lub obowiązków o charakterze cywilnym” (ang. *civil rights and obligations*) oraz „oskarżenia w sprawie karnej” (ang. *criminal charge*) zyskały na gruncie Konwencji autonomiczne znaczenie, którego nie determinuje prawo wewnętrzne państw–stron⁴¹.

Druga z autonomicznych kategorii wyznaczających zakres stosowania gwarancji z art. 6, składa się ze swoicie interpretowanych pojęć „oskarżenie” i „sprawa karna”. Pierwsze z nich rozumiane jest jako „oficjalne poinformowanie osoby przez właściwy organ o zarzucie popełnienia przez nią przestępstwa”, co odpowiada testowi sprawdzającemu, „czy w istotny sposób wpłynęło na sytuację podejrzanego”⁴². W pewnych sytuacjach oskarżenie może mieć jednak inną formę niż oficjalne poinformowanie o zarzucie, jeśli zastosowany środek (np. zatrzymanie, przesłuchanie w charakterze podejrzanego) sugeruje możliwość postawienia takiego zarzutu i istotnie wpływa na sytuację podejrzanego⁴³. Takie rozumienie pojęcia „oskarżenie” oznacza,

⁴⁰ Por. wyrok z 12.02.2004 r. w sprawie *Perez p. Francji*, skarga nr 47287/99, ECHR 2004-I, pkt 70.

⁴¹ To podejście ma w strasburskim *case law* długą tradycję. Za uznaniem autonomiczności pojęcia „prawa i obowiązki o charakterze cywilnym” Europejska Komisja Praw Człowieka opowiedziała się już w 1964 r., decyzja z 2.10.1964 r. w sprawie *X p. Austrii*, skarga nr 1931/63, Recueil 15. Z kolei o „oskarżeniu” „w znaczeniu nadanym mu przez Konwencję” Trybunał mówił w sprawie *Neumeister*, a Komisja w sprawie *Engel i inni p. Holandii* o autonomicznych terminach „oskarżenie” i „sprawa karna”; odpowiednio: wyrok z 27.06.1968 r. w sprawie *Neumeister p. Austrii*, skarga nr 1936/63, A 8, As to the Law pkt 18; raport z 19.07.1974 r. w sprawie *Engel i inni p. Holandii*, skargi nr 5100/71, 5101/71, 5102/71 5354/72, 5370/72, B 20, pkt 114.

⁴² Wyrok z 27.02.1980 r. w sprawie *Deweere p. Belgii*, skarga nr 6903/75, A 35, pkt 46; por. też np. wyrok z 16.01.2007 r. w sprawie *Bąk p. Polsce*, skarga nr 7870/04, niepubl., pkt 73.

⁴³ Wyrok z 10.12.1982 r. w sprawie *Corigliano p. Włochom*, skarga nr 8304/78, A 57, pkt 34; por. też np. decyzja Trybunału z 30. 05. 2006 r. w sprawie *Matyjek p. Polsce*, 38184/03, ECHR 2006-VII, pkt 49.

że art. 6, a precyzyjniej rzecz ujmując, niektóre z zawartych w nim gwarancji⁴⁴, mają zastosowanie także do postępowań przedprocesowych⁴⁵. Inną konsekwencją związaną z występowaniem kategorii „oskarżenia” jest wyłączenie z zakresu stosowania art 6 czynności podjętych przed jego postawieniem⁴⁶.

Kryteria wykorzystywane przy ustalaniu, czy dana sprawa jest sprawą karną, Trybunał sformułował w wyroku rozstrzygającym spór *Engel i inni p. Holandii*⁴⁷ i do tej pory konsekwentnie je stosuje⁴⁸. Przede wszystkim rzeczony charakter ma ta sprawa, która zgodnie z prawem krajowym jest sprawą karną, co zarazem przesądza o zastosowaniu art. 6⁴⁹. Jeśli stanowisko prawa krajowego jest odmienne, Trybunał samodzielnie klasyfikuje sprawę, biorąc pod uwagę charakter czynu oraz charakter i surowość kary przewidzianej za popełnienie danego czynu⁵⁰. Stosowanie tych kryteriów doprowadziło do wyłączenia z zakresu spraw karnych niektórych rodzajów procedur np. dotyczących przypadku przedmiotów pochodzących z przestępstw, niezwłocznego zatrzymania prawa jazdy, przyznania pomocy w sprawie karnej czy ekstradycji⁵¹.

Powyższe ograniczenia nie zmieniają jednak ogólnego obrazu rzetelnego procesu w jego wymiarze karnym jako środka ochrony pewnych aspektów konwencyjnych praw i wolności, zarówno tych, które służą sprawcy przestęp-

⁴⁴ Prawo do rozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie, prawo do sprawiedliwego procesu, w tym m.in. domniemanie niewinności, prawo do informacji o istocie i przyczynie oskarżenia czy prawo do obrony; por. 31; P. Hofmański, A. Wróbel, *Prawo do rzetelnego procesu sądowego*, [w:] L. Garlicki (red.), *Komentarz. Tom I*, s. 387.

⁴⁵ Por. np. decyzję Trybunału z 9.10.2007 r. w sprawie *Rybacki p. Polsce*, skarga nr 52479/99, niepubl., The Law pkt 3. Szerzej na temat pojęcia „oskarżenie” np.: P. Hofmański [w:] *Komentarz*, s. 274–280; P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak (red.), *Theory and Practice of the European Court of Human Rights*, Intersentia, Antwerpen – Oxford 2006, s. 540–542. W pewnych sytuacjach przepis ten może znaleźć także zastosowanie do postępowań wykonawczych jako konsekwencji rozstrzygnięcia o zasadności oskarżenia – jak stało się to w sprawie *Assanidze* (wyrok z 8.04.2004 r. w sprawie *Assanidze p. Gruzji*, skarga nr 71503/01, Reports of Judgments and Decisions 2004-II, pkt 183) – w której Trybunał zauważył, że jeśli władze publiczne mogłyby nie wykonywać bądź zwlekać z wykonaniem wyroku uniewinniającego, uprawnienia oskarżonego przewidziane w art. 6 stałyby się w części iluzoryczne.

⁴⁶ Była to jedna z przesłanek uznania, że art. 6 nie znajduje zastosowania w przypadku niezwłocznego zatrzymania prawa jazdy, wyrok z 28.10.1999 r. w sprawie *Escoubet p. Belgii*, skarga nr 26780/95, Reports of Judgments and Decisions 1999-VII, pkt 35.

⁴⁷ Wyrok z 8.06.1976 r. w sprawie *Engel i inni p. Holandii*, skargi nr 5100/71, 5101/71, 5102/71 5354/72, 5370/72, A 22, pkt 81–82.

⁴⁸ Por. jednak wyrok z 24.02.1994 r. w sprawie *Bendenoun p. Francji* (skarga nr 12547/86, A 284, pkt 47), w którym o zakwalifikowaniu sprawy jako karnej przesądziły nieco inaczej sformułowane kryteria.

⁴⁹ Jak zauważył Trybunał autonomiczność koncepcji „sprawy karnej” działa tylko w jedną stronę, wyrok z 8.06.1976 r. w sprawie *Engel i inni p. Holandii ...*, pkt 81.

⁵⁰ Ibidem, pkt 82; por też wyrok z 29.08.1997 r. w sprawie *A.P., M.P i T.P. p. Szwajcarii*, skarga nr 19958/92, Reports 1997-V, pkt 39. Szerzej na temat kryteriów „sprawy karnej” por. np.: P. Hofmański [w:] *Komentarz*, s. 281–287; S. Trechsel, op. cit., s. 16–31; P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak (red.), op. cit., s. 543–557.

⁵¹ Por. S. Trechsel, op. cit., s. 33–36; M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010, s. 405–407.

stwa, jak i tych służących jego ofierze. Przeprowadzenie rzetelnego postępowania karnego z zachowaniem towarzyszących mu gwarancji oskarżonego jest warunkiem dopuszczalności takich ingerencji związanych z zarzutem karnym, jak pozbawienie wolności – a w czasach, gdy w systemie EKPC kara śmierci była legalna, także życia – w wyniku skazania, oraz ingerencje w prywatność (dobre imię), mienie (np. grzywna) czy wolności wyborcze (pozbawienie praw publicznych), które są lub mogą być bezpośrednimi konsekwencjami wyroku skazującego. Z kolei z punktu widzenia ofiary przestępstwa proces karny może stanowić element naprawiania skutków ewentualnych naruszeń praw i wolności zawarowanych w Konwencji. Często bowiem działania bądź zaniechania naruszające te uprawnienia mają charakter przestępczy. Co więcej, przedmiotem ochrony niektórych z nich są dobra niepozwalające na pozostawienie jakiegokolwiek ingerencji w nie bez represji karnej (wolność od tortur, wolność od niewolnictwa i poddaństwa). Nieprzypadkowo zatem możliwość uruchomienia systemu skargowego warunkowana jest wykorzystaniem środków krajowych również o charakterze karnym. W poruszonym kontekście nie ma znaczenia fakt, że Konwencja nie gwarantuje pokrzywdzonemu prawa do wytoczenia procesu karnego, jako że pojęcie gwarancji proceduralnych w przyjętym w artykule znaczeniu nie ogranicza się tylko do środków prawnych, pozostających w dyspozycji ofiary naruszenia.

O ile ochrona konwencyjnych uprawnień w drodze procesu karnego ma ze swej istoty charakter selektywny, zważywszy, że dotyczyć może tylko naruszeń spowodowanych czynem karnym, to postępowanie sądowe w sprawie praw i obowiązków cywilnych wydaje się mieć większy potencjał w tym kontekście.

Żeby art. 6 ust. 1 w jego „części cywilnej” znalazł zastosowanie, prawa i obowiązki o takim charakterze muszą być przedmiotem „sporu”, co wynika z francuskiego tekstu art. 6 ust. 1 posługującego się terminem *contestation*, także rozumianym autonomicznie. Spór musi być rzeczywisty oraz poważny i dotyczyć istnienia albo zakresu i sposobu realizacji prawa. W grę wchodzi przy tym wszelkie postępowania, których wynik niesie bezpośredni skutek dla tych praw, a zatem nie tylko takie, których stronami są podmioty prywatne. Nie ma przy tym znaczenia, jaki z krajowej perspektywy jest charakter norm regulujących postępowanie (cywilny, handlowy, administracyjny), ani jaki charakter mają organy rozstrzygające (sądowny, administracyjny, samorządowy)⁵². Możliwe jest wobec tego zastosowanie art. 6 ust. 1 do sporu toczzonego przez podmiot prywatny z władzą publiczną, nawet jeśli w tym sporze władza ta nie występuje w charakterze podmiotu prywatnego⁵³, co ma istotne znaczenie dla postrzegania art. 6 ust. 1 w jego wymiarze cywilnym jako krajowej gwarancji proceduralnej.

⁵² Wyrok z 16.07.1971 r. w sprawie *Ringeisen p. Austrii*, skarga nr 2614/65, A 13, pkt 94; wyrok z 23.10.1985 r. w sprawie *Bentham p. Holandii*, skarga nr A 97, pkt 32.

⁵³ Wyrok z 28.06.1978 r. w sprawie *König p. Niemcom*, skarga nr 6232/73, A 27, pkt 90.

Przedmiotem sporu musi być prawo, o którym przynajmniej można twierdzić na dającej się uzasadnić podstawie, że jest uznawane w prawie krajowym, bez względu na to, czy przewiduje je także Konwencja. Artykuł 6 ust. 1 nie gwarantuje bowiem żadnej konkretnej treści praw i obowiązków o charakterze cywilnym, a Trybunał nie może ich kreować w drodze interpretacji tego przepisu. Punktem wyjścia są zawsze przepisy krajowe i ich wykładnia w praktyce krajowego wymiaru sprawiedliwości. Wyjątkowo tylko możliwe jest stwierdzenie przez Trybunał istnienia prawa wbrew stanowisku krajowych sądów najwyższych⁵⁴. Musi on wówczas odnosić się do realnie istniejącej sytuacji, a nie języka czy innych elementów zewnętrznych danej regulacji. Okolicznością przemawiającą za zdyskwalifikowaniem pewnych świadczeń jako prawa w rozumieniu art. 6 ust. 1 są kompetencje dyskrecjonalne władzy w zakresie ich przyznawania. Z drugiej strony, wskazaniem w przeciwnym kierunku jest potwierdzenie przez sądy krajowe spornego prawa w innych acz podobnych okolicznościach oraz podjęcie merytorycznego badania roszczenia, o które chodzi⁵⁵. Także majątkowa natura roszczenia wynikającego z prawa o takiej samej naturze sugeruje jego cywilny charakter⁵⁶.

Część sporów ogniskujących się wokół praw człowieka, zagwarantowanych w prawie krajowym i odpowiadających prawom i wolnościom przewidzianym w Konwencji i protokołach dodatkowych, może spełnić powyższe kryteria. Jednocześnie stosowanie tych kryteriów doprowadziło Trybunał do zdyskwalifikowania pewnych spraw jako niecywilnych (w szczególności postępowań deportacyjnych, ekstradycyjnych i dotyczących przyznania azylu politycznego, postępowań podatkowych, postępowań związanych z wyborem i zniesieniem ze stanowiska politycznego bądź niewłaściwym wykonywaniem urzędu, postępowań dyscyplinarnych w służbach mundurowych), a w konsekwencji wyłączenia mogących wchodzić w tych przypadkach w grę praw człowieka z ochrony rzetelnego procesu. I choć orzecznictwo strasburskie zdaje się ujawniać tendencję do poszerzającej interpretacji art 6 ust. 1 w tym zakresie⁵⁷, referowane podejście Trybunału spotkało się z krytyką doktryny, a także niektórych członków Europejskiej Komisji Praw Człowieka i sędziów strasburskich⁵⁸. Kategoria praw cywilnych jest bowiem postrzegana jako

⁵⁴ Wyrok z 3.04.2012 r. w sprawie *Boulois p. Luksemburgowi*, skarga nr 37575/04, ECHR 2012, pkt 90–91; por. też wyrok z 8.06.2006 r. w sprawie *Woś p. Polsce*, skarga nr 22860/02, ECHR 2006-VII, pkt 76.

⁵⁵ Wyrok z 3.04.2012 r. w sprawie *Boulois p. Luksemburgowi ...*, pkt 92–94

⁵⁶ Wyrok z 26.03.1992 r. w sprawie *Editions Périscope p. Francji*, skarga nr 11760/85, A 234-B, pkt 40; por. też wyrok z 3.11.2009 r. w sprawie *Sierpiński p. Polsce*, skarga nr 38016/07, niepubl., pkt 87–90.

⁵⁷ Por. wyroki: z 8.12.1999 r. w sprawie *Pellegrin p. Francji*, skarga nr 28541/95, ECHR 1999-VIII oraz z 19.04.2007 r. w sprawie *Vilho Eskelinen i inni p. Finlandii*, skarga nr 63235/00, ECHR 2007-II.

⁵⁸ L. G. Loucaides, *The European Convention on Human Rights: Collected Essays*, Leiden–Boston 2007, s. 195. Podobnie P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak (red.), op. cit., s. 538; por. też M.-B. Dembour, *Who Belives in Human Rights? Reflections on the European Convention*, Cambridge University Press 2006, s. 132. Raport z 8. 10. 1983 r.

nadająca się do tego, by obejmować wszystkie spory wynikające z praw i wolności chronionych w systemie EKPC⁵⁹.

Reasumując, konwencyjne wolności i prawa mogą stać się przedmiotem postępowania sądowego rozstrzygającego o prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym, jak i przedmiotem ochrony gwarancji procesu karnego, a wobec tego art. 6 Konwencji pełni wobec nich funkcje krajowej gwarancji proceduralnej. Jednak przepis ten w obecnej interpretacji nie znajduje zastosowania w każdym przypadku pogwałcenia uprawnień systemu EKPC.

2.2.4. Pozostałe gwarancje procesu karnego

Na tej samej zasadzie co środki prawne z „części karnej” art. 6, znaczenie proceduralne z punktu widzenia uprawnień systemu EKPC zyskują art. 7 Konwencji oraz art. 2, 3 i 4 Protokołu nr 7.

Pierwszy z tych przepisów wyraża regułę *nullum crimen, nulla poena sine lege poenali anteriori*. Jego ust. 1 przewiduje, po pierwsze, że nikt nie będzie uznany za winnego popełnienia czynu polegającego na działaniu lub zaniechaniu działania, który według prawa wewnętrznego lub międzynarodowego nie stanowił czynu zagrożonego karą w czasie jego popełnienia. Po drugie, zakazuje on wymierzania kary surowszej od tej, którą można było wymierzyć w czasie, gdy czyn zagrożony karą został popełniony. Wbrew pozorom⁶⁰ żadnego wyjątku od powyższych reguł nie wprowadza ust. 2 tej regulacji⁶¹. Proceduralny wymiar art. 7 wynika z faktu, że zarówno uznanie za winnego, jak i wymierzenie kary może nastąpić tylko w procesie karnym, a jego ochrona aktualizuje się wraz z wydaniem wyroku skazującego naruszającego wyrażone w nim zakazy.

Poza dyskusją jest również wymiar proceduralny gwarancji zawartych w Protokole nr 7: prawa do odwołania w sprawach karnych (art. 2); odszkodowania za niesłuszne skazanie (art. 3) oraz zakazu ponownego sądenia lub karania.

Ponieważ art. 6 nie gwarantuje kontroli instancyjnej orzeczeń sądowych⁶², lukę tę w zakresie spraw karnych wypełnia art. 2 Protokołu nr 7, którego ust. 1 zapewnia każdemu, kto został uznany przez sąd za winnego

w sprawie *Bentham p. Holandii*, skarga nr 8848/80, zdanie odrębne członków Komisji Melchiora i Froweina, do którego przyłączyli się członkowi Komisji Tenekides, Sampalo, Weitzel oraz Soyer, pkt 9. Wyrok z 28.10.1998 r. w sprawie *Osman p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 23452/94 Reports 1998-VIII, zdanie zbieżne sędziego Jambreka, pkt 6. Wyrok z 5.10.2000 r. w sprawie *Maaouia p. Francji*, skarga nr 39652/98, ECHR 2000-X, zdanie odrębne sędziego Loucaidesa.

⁵⁹ Por. ibidem.

⁶⁰ Por. P. Hofmański, *Artykuł 7. Zakaz karania bez podstawy prawnej*, [w:] L. Garlicki (red.), *Komentarz. Tom I*, s. 463.

⁶¹ Por. wyrok z 17.05.2010 r. w sprawie *Kononov p. Łotwie*, skarga nr 36376/04, ECHR 2010, pkt 186.

⁶² Wyrok z 17.01.1970 r. w sprawie *Delcourt p. Belgii*, skarga nr 2689/65, A 11, pkt 25. Wyrok z 26.10.2000 r. w sprawie *Kudła p. Polsce*, skarga nr 30210/96, ECHR 2000-XI, pkt 122

popelnienia przestępstwa, prawo do rozpatrzenia przez sąd wyższej instancji jego sprawy, tak w przedmiocie orzeczenia o winie, jak i karze, z czego jednak nie wynika obowiązek zapewnienia przez państwo w każdym przypadku kontroli zarówno kwestii winy, jak i kary⁶³.

Artykuł 3 Protokołu nr 7 jest drugim przykładem krajowego środka odszkodowawczego przewidzianego *expressis verbis* w systemie Konwencji (prócz art. 5 ust. 5 Konwencji). W tym wypadku tytułem do odszkodowania jest niesłuszne skazanie, tj. prawomocne skazanie za przestępstwo, a następnie uniewinnienie lub ulaskawienie z powodu pomyłki sądowej, jeśli skazany odbył zasądzoną karę i nie ponosi odpowiedzialności za nieujawnienie faktów pozwalających na uniknięcie tej pomyłki. Przepis mówi, że uprawnionemu przysługuje odszkodowanie zgodnie z prawem⁶⁴ lub praktyką państwa–strony, co oznacza zgodę na regulowanie w pewnym zakresie tego uprawnienia⁶⁵.

Artykuł 4 Protokołu nr 7 wprowadza z kolei zakaz ponownego sądenia lub karania przed sądem tego samego państwa za przestępstwo, za które dana osoba została uprzednio skazana prawomocnym wyrokiem lub uniewinniona zgodnie z prawem i zasadami postępowania karnego tego państwa (*ne bis in idem*).

2.2.5. Artykuł 13 Konwencji

Przeгляд unormowań materialnych nie może pomijać art. 13, który zawiera podstawową, a zarazem jedyną wyrażoną *expressis verbis* ogólną, tj. dotyczącą wszystkich konwencyjnych uprawnień⁶⁶, krajową gwarancję proceduralną systemu EKPC: „Każdy, czyje prawa i wolności zawarte w niniejszej konwencji zostały naruszone, ma prawo do skutecznego środka odwoławczego do właściwego organu państwowego także wówczas, gdy naruszenia dokonały osoby wykonujące swoje funkcje urzędowe”. Regulacja ta jest logiczną konsekwencją przyjętego w art. 1 zobowiązania do „zapewnienia” chronionych tym instrumentem praw i wolności⁶⁷, ujawniając w czytelny sposób proceduralną funkcję art. 13 wobec tych uprawnień⁶⁸. Omawiany przepis nie precyzuje właściwości zawarowanej w nim gwarancji, z wyjątkiem dość oczywistej w tym kontekście skuteczności, co pozostawia szerokie pole do popisu orzecznictwu.

⁶³ *Explanatory report on Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Council of Europe, Strasbourg 1985, pkt 17.

⁶⁴ W tłumaczeniu urzędowym „zgodnie z ustawą”

⁶⁵ To oczywiście nie znaczy, że państwo może nie przewidzieć żadnego odszkodowania w sytuacji przewidzianej w hipotezie tej normy; wyrok z 12.06.2012 r. w sprawie *Poghosyan i Baghdasaryan p. Armenii*, skarga nr 22999/06, ECHR 2012, pkt 51.

⁶⁶ Por. np. P. Hofmański, A. Wróbel, *Artykuł 13. Prawo do skutecznego środka odwoławczego*, [w:] L. Garlicki, *Komentarz. Tom 1*, s. 725.

⁶⁷ Por. np. wyrok z 13.12.2012 r. w sprawie *De Souza Ribeiro p. Francji*, skarga nr 22689/07, ECHR 2012, pkt 77.

⁶⁸ E. Carmona Cuenca, *The Right to an Effective Remedy Before a National Authority: Problems of Interpretation (Art. 13 ECHR)*, [w:] J. García Roca, P. Santolaya (red.), *Europe of Rights: A Compendium on the European Convention of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publisher, Leiden 2012, s. 450.

2.2.6. Artykuł 15 ust. 3 Konwencji

Jedynym wymagającym omówienia unormowaniem materialnym, które nie wyraża uprawnień, jest art. 15 Konwencji. Ta tzw. klauzula derogacyjna oddziałuje na zakres obowiązywania chronionych w systemie EKPC praw i wolności poprzez określenie warunków ich ograniczenia „w przypadku wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego zagrażającego życiu narodu”. Ustęp 3 tego przepisu nakłada na państwo uciekające się do derogacji obowiązek wyczerpującego poinformowania Sekretarza Generalnego Rady Europy o podjętych środkach i czasie ich działania oraz powodach uzasadniających ich zastosowanie. Chodzi tu zatem o obowiązek notyfikacji, aktualizujący się po wprowadzeniu przez państwo środków derogacyjnych oraz ich przynajmniej częściowym cofnięciu. Ułatwia on Sekretarzowi Generalnemu oraz stronom Konwencji monitorowanie sytuacji wewnętrznej w państwie korzystającym z art. 15, a w razie potrzeby podjęcie decyzji o użyciu dostępnych w systemie środków ochrony praw i wolności, tj. odpowiednio: żądania sporządzenia sprawozdania (obecny art. 52)⁶⁹ oraz skargi międzypaństwowej do Trybunału strasburskiego (obecny art. 33)⁷⁰. Jak z tego wynika, obowiązek, o którym mówi ust. 3, związany jest z procedurami o charakterze międzynarodowym. Nawet jeśli brak notyfikacji wyklucza możliwość powołania się przez państwo na art. 15⁷¹, a tym samym wpływa na sytuację prawną podmiotów w tym państwie, to nie zmienia to faktu, że nie jest to środek ustanowiony i stosowany w porządku krajowym.

⁶⁹ Por. R. St. J. Macdonald, *Derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights*, [w:] *Columbia Journal of Transnational Law* 1997, t. 36, s. 253–256.

⁷⁰ Por. raport Komisji z 10.7.1976 r. w sprawie *Cypr p. Turcji*, skargi nr 6780/74 oraz 6950/75, *European Human Rights Reports* 1982, nr 4, pkt 526.

⁷¹ Tak L. Garlicki, *Artykuł 15. Uchylenie stosowania zobowiązań w stanie niebezpieczeństwa publicznego*, [w:] L. Garlicki (red.), *Komentarz. Tom 1*, s. 807. Podobnie M. M. El Zeidy, *The ECHR and States of Emergency: Article 15 – A Domestic Power of Derogation from Human Rights Obligations*, [w:] *San Diego International Law Journal* 2003, t. 4, s. 299–300. Nieco inaczej widzi to R. St. J. Macdonald. Jego zdaniem, konsekwencje braku notyfikacji zależą będą od skali naruszenia tego obowiązku – w przypadku niewielkiego naruszenia „nie byłoby prawdopodobnie żadnych konsekwencji dla derogacji”, R. St. J. Macdonald, op. cit., s. 252. Na pewno badanej kwestii nie rozstrzygnęło – jak się niekiedy błędnie sądzi – stanowisko Europejskiej Komisji Praw Człowieka w sprawie *Cypr p. Turcji*. Komisja powstrzymała się wówczas od określenia skutków pogwałcenia obowiązku z ust. 3, uznając jednocześnie, że pozwane państwo nie może się powoływać na art. 15 bowiem nie dokonało w sposób publiczny i formalny aktu derogacji. Uwagi tej nie sposób rozumieć inaczej niż jako odnoszącej się do działań w porządku krajowym, nie zaś międzynarodowym, raport Komisji z 10. 7. 1976 r. w sprawie *Cypr p. Turcji* ..., pkt 527–528; por. też A.-L. Svensson-McCarthy, *The International Law of Human Rights and States of Exception: With Special Reference to the Travaux Préparatoires and Case-law of the International Monitoring Organs*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, Boston, London 1998, s. 320–321.

2.2.7. Artykuły 4 Protokołu nr 4 oraz 1 Protokołu nr 7

Prócz wspomnianych już przepisów art. 2–4 Protokołu nr 7, rozważenia w analizowanym kontekście wymagają dwie inne regulacje zawarte w protokołach dodatkowych do Konwencji. Mam tu na myśli art. 4 Protokołu nr 4 oraz art. 1 Protokołu nr 7. Wspominam o nich łącznie bowiem, z jednej strony, dotyczą tego samego zjawiska, tj. wydalania z terytorium umawiających się stron cudzoziemców, z drugiej, te same przesłanki stoją za konkluzją kończącą te rozważania.

Art. 4 Protokołu nr 4 należy do najkrótszych regulacji w systemie Konwencji – „Zbiorowe wydalanie cudzoziemców jest zabronione” – i *prima facie* zdaje się nie mieć nic wspólnego z badaną problematyką. Trybunał rozumie jednak ten zakaz jako dotyczący „każdego środka zmuszającego cudzoziemców jako grupę do opuszczenia kraju, z wyjątkiem środka podjętego na podstawie rozsądnego i obiektywnego zbadania (*reasonable and objective examination*) indywidualnego przypadku każdego cudzoziemca z tej grupy”⁷²; powtarza też, że „fakt, iż pewna liczba cudzoziemców podlega podobnym decyzjom, nie prowadzi samo przez się do wniosku, że jest to zbiorowe wydalanie, jeśli każda z tych osób miała możliwość indywidualnego przedstawienia właściwym władzom argumentów przeciwko swojemu wydaleniu”⁷³. W sprawie *Ēonka* dotyczącej wydalania z Belgii rodziny słowackich Romów, Trybunał stwierdził naruszenie art. 4 Protokołu nr 4 przyznając, że zastosowana wobec skarżących „procedura, nie pozwoliła mu rozwiązać wszystkich wątpliwości co do tego, czy wydalanie nie było zbiorowe”, a następnie, że nie dostarczyła ona „wystarczających gwarancji, dowodzących, że rzeczywiście i indywidualnie uwzględniono osobiste okoliczności każdego z zainteresowanych”⁷⁴. Do podobnych wniosków doszedł on w sprawie *Hirsi Jamaa i inni*, zainicjowanej przez grupę Somalijczyków i Erytrejczyków przejętych na pełnym morzu przez okręty włoskie i zawróconych do Libii bez rozpoznania indywidualnej sytuacji każdego z nich⁷⁵.

Jak z tego wynika, „zbiorowość” wydalania nie tyle jest funkcją takiej czy innej charakterystyki grupy cudzoziemców, których ono dotyka, co właściwości procedury, w ramach której zapadła decyzja o wydaleniu⁷⁶. Procedura ta powinna pozwalać na rozważenie sytuacji każdego cudzoziemca z osobna, w tym zapewnić wystarczające gwarancje rzeczywistego i indywi-

⁷² Decyzja z 23.02.1999 r. w sprawie *Andric p. Szwecji*, skarga nr 45917/99, niepubl., pkt 1; wyrok z 5.02.2002 r. w sprawie *Ēonka p. Belgii*, skarga nr 51564/99, ECHR 2002-I, pkt 59; wyrok z 23.02.2012 r. w sprawie *Hirsi Jamaa i inni p. Włochom*, skarga nr 27765/09, ECHR 2012, pkt 166; por. też decyzję Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 3.10.1975 r. w sprawie *Henning Becker p. Dani*, skarga nr 7011/75, DR 4, s. 235.

⁷³ Decyzja z 23.02.1999 r. w sprawie *Andric p. Szwecji* ..., pkt 1; wyrok z 23.02.2012 r. w sprawie *Hirsi Jamaa i inni p. Włochom* ..., pkt 184.

⁷⁴ Wyrok z 5.02.2002 r. w sprawie *Ēonka p. Belgii* ..., pkt 61 i 63.

⁷⁵ Wyrok z 23.02.2012 r. w sprawie *Hirsi Jamaa i inni p. Włochom* ..., pkt 185–186.

⁷⁶ Por. P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak (red.), op. cit., s. 955.

dualnego uwzględnienia dotyczących ich okoliczności osobistych oraz umożliwić im przedstawienie właściwym władzom argumentów przeciwko wydaleniu. W istocie więc walor uprawnieniowy art. 4 Protokołu nr 4 związany jest z jego wymiarem proceduralnym⁷⁷.

Bez wątpienia, to samo można powiedzieć o walorze uprawnieniowym art. 1 Protokołu nr 7 – co oznajmia jego nagłówek i potwierdza jego treść. Jest to regulacja bardziej złożona niż art. 4 Protokołu nr 4, dotycząca tylko cudzoziemców „legalnie przebywających” na terytorium państwa wydalającego. W ust. 1 przepis wymienia gwarancje proceduralne przysługujące takiemu cudzoziemcowi (wydalenie na podstawie decyzji podjętej zgodnie z prawem, prawo do przedstawienia racji przeciwko wydaleniu, do reprezentacji oraz do rozpatrzenia sprawy), z których co najmniej część wynika też *implicit*e z art. 4 Protokołu nr 4. Ustęp 2 zawiera natomiast wzorzec limitacyjny, którego brakuje temu drugiemu przepisowi, z czego wyciągany jest wniosek, że zakaz zbiorowego wydalania cudzoziemców nie podlega ograniczeniom⁷⁸. Zachowanie spójności obu regulacji wymaga zatem takiej interpretacji ust. 2 art. 1 Protokołu nr 7, która nie pozwoli na ograniczenie gwarancji proceduralnych cudzoziemców legalnie przebywających na terytorium państwa wydalającego poniżej standardu przewidzianego przez art. 4 Protokołu nr 4, chyba że ta ostatnia norma będzie rozumiana jako dopuszczająca ograniczenia dorozumiane (*implied limitations*)⁷⁹. Tak czy inaczej, związek obu przepisów jest oczywisty i zapewne głębszy niż przewidywali to twórcy Protokołu nr 7⁸⁰.

To co każe krytycznie ustosunkować się do klasyfikowania tych unormowań pośród podstaw prawnych gwarancji proceduralnych w przyjętym w tej pracy znaczeniu, nie wiąże się więc z niewystępowaniem w ich przypadku komponentu proceduralnego, nie wiąże się także z utratą przez niego mocy prawnej, co stało się udziałem art. 2 ust. 1 zd. 2 Konwencji. Problem tkwi raczej w tym co jest przedmiotem ochrony rzeczonych gwarancji. Jak zaznaczono we wstępie, jednym z elementów definiujących gwarancje proceduralne jest ochrona uprawnień przewidzianych w systemie Konwencji (w tym innych uprawnień bądź dających się wyodrębnić aspektów tego samego uprawnienia, jeśli sama gwarancja ma charakter uprawnieniowy). Tymcza-

⁷⁷ O „gwarancjach proceduralnych” art. 4 Protokołu nr 4 pisze np. H. Lambert, *The position of aliens in relation to the European Convention on Human Rights*, Human rights files, No. 8 (revised), Council of Europe Publishing, Strasbourg 2007, s. 35.

⁷⁸ Por. A. Wróbel, *Protokół nr 4. Art. 4. Zakaz zbiorowego wydalania cudzoziemców*, [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom 2. Komentarz do art. 19–59 oraz Protokołów dodatkowych*, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2011, s. 610.

⁷⁹ O ograniczeniach dorozumianych min.: R. Mizerski, *Test legalności ...*, s. 134–140; B. Gronowska, *Koncepcja ograniczeń domniemanych, a sytuacja prawna i faktyczna osób pozbawionych wolności. Rozważania na tle orzecznictwa strasburskiego* [w:] Probacja 2011, nr 4, s. 74–94.

⁸⁰ Uderzające jest, że sprawozdanie wyjaśniające do Protokołu nr 7 – wskazując inne konwencyjne i pozakonwencyjne standardy chroniące cudzoziemca w obliczu groźby wydalenia – nie wspomina w ogóle o art. 4 Protokołu nr 4, *Explanatory report on Protocol No. 7 ...*, zwł. pkt 6.

sem, w związku z tym, że bez spełnienia wymogów proceduralnych określonych przez Trybunał na podstawie art. 4 Protokołu nr 4 i art. 1 Protokołu nr 7 wydalenie cudzoziemca będzie uznane za sprzeczne z Konwencją, zaś konsekwencją zastosowania wspomnianych przepisów jest w istocie ochrona pobytu cudzoziemców na terytorium państwa-strony tej umowy. System EKPC nie przewiduje jednak prawa cudzoziemca do pozostania na terytorium wybranego przez siebie państwa. Jak niezmiennie podkreśla to Trybunał: „Wysokie Układające się Strony posiadają władzę dyskrecyjną co do decydowania o wydaleniu cudzoziemca pozostającego na ich terytorium (...)”⁸¹. Innymi słowy gwarancje, które wynikają z art. 4 Protokołu nr 4 oraz art. 1 Protokołu nr 7 i które niewątpliwie mają charakter proceduralny, nie chronią żadnego innego uprawnienia konwencyjnego, ani żadnego innego dającego się wyodrębnić aspektu uprawnieniowego przepisów, które stanowią ich podstawę prawną, a wobec tego nie są gwarancjami proceduralnymi, których dotyczy ten artykuł.

2.2.8. Obowiązki pozytywne

Mimo że krajowe gwarancje proceduralne mają wyraźne normatywne podstawy w przepisach Konwencji i protokołów dodatkowych nr 4 i 7, to uzasadnione wydaje się twierdzenie, że swoje obecne znaczenie w systemie EKPC zawdzięczają przede wszystkim koncepcji obowiązków pozytywnych rozwiniętej w orzecznictwie strasburskim. Koncepcja ta ma pewne oparcie w przepisach (zwłaszcza w art. 1 Konwencji wymagającym od stron tej umowy „zapewnienia” przewidzianych w niej uprawnień), ale ich brzmienie nie było przesądzające dla jej kształtu, co oznacza, że ważniejszą rolę odegrał w tym przypadku „czynnik sędziowski”. Choć Trybunał odżegnuje się od potrzeby rozwijania ogólnej teorii obowiązków pozytywnych⁸², orzecznictwo strasburskie pozwala na ich traktowanie jako jednego – choć niejednolitego wewnątrznie – fenomenu prawnego.

Obowiązki pozytywne definiować trzeba w opozycji do obowiązków negatywnych ciążących na stronach traktatów systemu EKPC. Rozróżnienia tych dwóch kategorii Trybunał dokonał w sprawie *Marckx*, zauważając na gruncie art. 8 Konwencji, że prócz obowiązków negatywnych zakazujących ingerencji państwa w to uprawnienie, jeśli nie odpowiada ona warunkom z ust. 2 art. 8, na państwie ciążyą też obowiązki pozytywne, takie jak obowiązek ustanowienia w systemie prawnym zabezpieczeń umożliwiających integrację dziecka z rodziną⁸³. Innymi słowy, samo powstrzymanie się państw-stron od ingerowania w gwarancje systemu EKPC może okazać się niewystarczające, jeśli Trybunał uzna, że zapewnienie tych gwarancji wymaga podjęcia na ich rzecz

⁸¹ Np. wyrok z 5.10.2006 r. w sprawie *Bolat p. Rosji*, skarga nr 14139/03, ECHR 2006-XI (wyciąg), pkt 81.

⁸² Wyrok z 21.06.1988 r. w sprawie *Plattform „Ärzte Für Das Leben” p. Austrii*, skarga nr 10126/86, A 139, pkt 31.

⁸³ Wyrok z 13.06.1979 r. w sprawie *Marckx p. Belgii*, skarga nr 6833/74, A 31, pkt. 31.

działań pozytywnych. Biorąc zatem pod uwagę sposób realizacji obowiązków pozytywnych, można je sprowadzić do obowiązków legislacyjnych, wymagających wprowadzenia do systemu prawnego odpowiednich regulacji, chroniących konwencyjne prawa i wolności oraz obowiązków związanych ze stosowaniem prawa, nadających praktyczne znaczenie tym gwarancjom. Obowiązki związane ze stosowaniem prawa objęłyby też czynności operacyjne (np. fizyczną ochronę osoby zagrożonej), których konieczność podjęcia może wynikać z bardzo ogólnej podstawy prawnej. Z kolei, ze względu na treść tych obowiązków należałoby wyróżnić obowiązki materialne (np. zapewnienie odpowiednich sankcji karnych) oraz obowiązki o charakterze proceduralnym (np. obowiązek przeprowadzenia śledztwa). W końcu biorąc pod uwagę skutki obowiązków pozytywnych można byłoby wskazać obowiązki odnoszące skutki wobec państwa oraz odnoszące skutki wobec podmiotów prywatnych. W takim podziale gwarancje proceduralne byłyby oczywiście obowiązkami proceduralnymi, zarówno legislacyjnymi, jak i związanymi ze stosowaniem prawa, które mogłyby odnosić skutki wobec władzy publicznej, ale też podmiotów prywatnych.

Jak się zdaje, Trybunał po raz pierwszy odwołał się do obowiązku pozytywnego o charakterze proceduralnym w 1978 r., rozstrzygając spór Irlandii ze Zjednoczonym Królestwem. Orzekł on wówczas, biorąc pod uwagę art. 14 Konwencji i angielskie sformułowanie *shall secure* z jej art. 1, że Konwencja nie tylko zobowiązuje władze państwowe do poszanowania praw i wolności w niej zawartych, ale także wymaga od tych władz, by zapobiegały lub naprawiały skutki (*remedy*) naruszeń tych uprawnień⁸⁴. Następnie wyrokiem w sprawie *McCann p. Zjednoczonemu Królestwu* Trybunał zapoczątkował kształtowanie strasburskich standardów dotyczących wszczynania i prowadzenia postępowań o charakterze karnym. Idąc śladami Europejskiej Komisji Praw Człowieka uznał on konieczność istnienia skutecznej i urzędowej „procedury badania legalności użycia przez władze państwowe siły, której skutkiem była śmierć człowieka”⁸⁵. Trybunał doszedł do takiego wniosku, powołując się na zasadę efektywności Konwencji oraz obowiązek prawnej ochrony życia ludzkiego (art. 2 ust. 1) w związku z obowiązkiem zapewnienia praw i wolności z art. 1. Kontynuowanie tej linii orzeczniczej doprowadziło do potwierdzania obowiązku przeprowadzenia skutecznego śledztwa nie tylko w razie nagłej śmierci osoby (art. 2), ale także podejrzenia jej maltretowania (art. 3)⁸⁶, handlu ludźmi (art. 4 ust. 1)⁸⁷, gwałtu (art. 8)⁸⁸, ataku na prasę

⁸⁴ Wyrok z 18.01.1978 r. w sprawie *Irlandia p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 5310/71, A 25, pkt 239.

⁸⁵ Wyrok z 27.09.1995 r. w sprawie *McCann i inni p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 18984/91, A 324, pkt 161.

⁸⁶ Wyrok z 28.10.1998 w sprawie *Assenov i inni p. Bułgarii*, skarga nr 24760/94, Reports of Judgments and Decisions 1998-VIII, pkt 102

⁸⁷ Wyrok z 7.01.2010 r. w sprawie *Rantsev p. Cypru i Rosji*, skarga nr 25965/04, ECHR 2010 (wyciąg), pkt 288.

⁸⁸ Wyrok z 4.12.2003 r. w sprawie *M.C. p. Bułgarii*, skarga nr 39272/98, ECHR 2003 XII, pkt 152–153. Ale w sprawie *P.M. p. Bułgarii* (wyrok z 24. 01. 2012 r., skarga

i dziennikarzy (art. 10)⁸⁹, czy aktu przemocy o rasistowskim podłożu (art. 14 w zw. z art. 2 lub 3)⁹⁰.

Trzeba w tym miejscu zauważyć, że zakres koncepcji obowiązków pozytywnych w tym obowiązków proceduralnych, jest bardzo szeroki i w zasadzie nieograniczony żadnymi strukturalnymi barierami systemu EKPC. Zdaniem P. van Dijka, może być ona zastosowana w kontekście praktycznie wszystkich materialnych postanowień Konwencji i jej protokołów. Wynika to z tego, że wszystkie zagwarantowane w tych dokumentach uprawnienia mogą wymagać od władz podjęcia pewnych pozytywnych środków w celu zapewnienia skutecznego korzystania z nich zarówno w relacji z władzami, jak i innymi podmiotami prywatnymi⁹¹. Co więcej, wprowadzenie do tekstu Konwencji pewnych ewidentnych obowiązków pozytywnych, bez – jak się zdaje – pełnej świadomości ich odrębności w stosunku do obowiązków negatywnych, świadczy o tym, że są one nieodzownym elementem zobowiązań państw w dziedzinie praw człowieka, co jest też argumentem za rozwojem tej koncepcji w orzecznictwie Trybunału.

2.2.9. Testy legalności i konieczności

Test legalności i test konieczności należą – obok koncepcji obowiązków pozytywnych – do najbardziej znaczących przykładów rozwijania standardów konwencyjnych w drodze wykładni orzeczniczej. Oba testy są w sensie funkcjonalnym związane z procesem ograniczania konwencyjnych praw i wolności, formułując warunki ingerencji w te uprawnienia. Ich „kolebką”, środowiskiem, w którym Trybunał rozwinął całość ich treści, są tzw. pełne klauzule limitacyjne. Klauzule te cechuje: opisywanie warunków dopuszczalnej ingerencji za pomocą pojęć otwartych, nie nawiązujących bezpośrednio do treści uprawnienia; stosowalność zarówno w stanach nadzwyczajnych, jak i podczas normalnego funkcjonowania państwa; ograniczanie uprawnień w celu realizacji interesu indywidualnego lub publicznego; w końcu specyficzna budowa. Ta ostatnia obejmuje triadę wymogów stawianych każdej ingerencji: jej zgodność z prawem (test legalności); realizację któregoś z wymienionych

nr 49669/07, niepubl., pkt 58) Trybunał uznał, że wystarczającą podstawą obowiązku prowadzenia skutecznego śledztwa jest w przypadku poważnego przestępstwa przeciwko integralności fizycznej osoby sam art. 3.

⁸⁹ Wyrok z 16.03.2000 r. w sprawie *Özgür Gündem p. Turcji*, skarga nr 23144/93, ECHR 2000-III, pkt 43–46.

⁹⁰ Wyrok z 6.07.2005 r. w sprawie *Nachova i inni p. Bułgarii*, skargi nr 43577/98, 43579/98, ECHR 2005-VII, pkt 161; wyrok z 13.12.2005 r. w sprawie *Bekos i Koutropoulos p. Grecji*, skarga nr 15250/02, ECHR 2005-XIII (wyciąg), pkt 70.

⁹¹ P. van Dijk, *«Positive Obligations» Implied in the European Convention on Human Rights: Are the States Still the «Masters» of the Convention?*, [w:] M. Castermans-Holleman, F. Van Hoof, J. Smith (red.), *The Role of the Nation-State in the 21st Century: Human Rights, International Organisations, and Foreign Policy: Essays in Honour of Peter Baehr*, Hague 1998, s. 32. Nie jest to odosobniony punkt widzenia – por. np. A. Campbell, *Positive Obligations under the ECHR: Deprivation of Liberty by Private Actors*, [w:] *The Edinburgh Law Review* 2006, t. 10, nr 3, s. 412.

w danej klauzuli celów prawowitych (test celowości); w końcu jej konieczność w społeczeństwie demokratycznym (test konieczności). Niesprostanie przez państwo–stronę któremuś z tych testów prowadzi do wniosku o niedopuszczalności limitacji.

Pełne klauzule limitacyjne wprowadzono do treści ust. 2 art. 8–11 Konwencji oraz art. 2 ust. 3 Protokołu nr 4. Oprócz nich testy legalności i konieczności są obecne w niepełnych klauzulach limitacyjnych, stanowiących zubożoną – o jeden lub dwa ze wspomnianych testów – wersję klauzul pełnych (m.in. art. 6 ust. 1 zd. 2 Konwencji; art. 1 Protokołu nr 1; art. 2 ust. 4 Protokołu nr 4; art. 1 ust. 2, art. 5 zd. 2 Protokołu nr 7). Co więcej, są one także wpisane *expressis verbis* lub wyinterpretowaną częścią innych mechanizmów ograniczających prawa człowieka w systemie EKPC. Mam tu na myśli: klauzulę derogacyjną, pozwalającą w stanach nadzwyczajnych ingerować w substancję chronioną w celu ochrony dobra wspólnego (art. 15 Konwencji); ograniczenia definicyjne, wyłączające spod ochrony konkretne sytuacje faktyczne bądź prawne, mieszczące się w hipotezie danej normy (m.in. art. 2 ust. 1 zd. 2 oraz ust. 2 a–c; art. 15 ust. 2 w zakresie śmierci osoby będącej wynikiem zgodnych z prawem działań wojennych; art. 4 ust. 3 a–d; art. 5 ust. 1 a–f; art. 10 ust. 1 zd. 3; z art. 16 – ograniczenie wolności ekspresji, wolności zgromadzeń i zrzeszania się oraz zakazu dyskryminacji w zakresie działalności politycznej cudzoziemców; art. 2 zd. 1 Protokołu nr 6; art. 2 ust. 2 Protokołu nr 7; art. 4 ust. 2 Protokołu nr 7); ograniczenia dorozumiane, nie zaznaczone w tekście przepisów, ale wrodzone w uprawnienia (m.in. prawo do sądu z art. 6 ust. 1; prawo do głosowania oraz prawo do kandydowania do ciała ustawodawczego z art. 3 Protokołu nr 1). Co więcej, bliższa analiza stosowania konwencyjnych mechanizmów ograniczających w praktyce orzeczniczej Trybunału strasburskiego prowadzi do wniosku, że w zasadzie we wszystkich przypadkach kiedy do takiego ograniczenia dochodzi, przeprowadzona jest – niekiedy wbrew językowej podstawie – jakaś forma testów legalności, celowości i konieczności.

Wyjaśnienie związków krajowych gwarancji proceduralnych z testem legalności i konieczności wymaga krótkiego scharakteryzowania każdego z nich. I tak, istotą testu legalności jest badanie, czy państwo–strona postępuje zgodnie z prawem, do którego odsyła – co najmniej w sposób dorozumiały – Konwencja. W takim przypadku przestrzeganie prawa, do którego Konwencja odsyła, staje się integralną częścią zobowiązań państwa na gruncie EKPC i podlega kontroli Europejskiego Trybunału Praw Człowieka⁹². Wchodzi tu w grę przestrzeganie prawa materialnego, ale również ustanowionych w krajowym porządku prawnym procedur. Tym samym, ujawnia się pierwszy aspekt proceduralny testu legalności, związany z koniecznością stosowania gwarancji proceduralnych przewidzianych w prawie krajowym, ale niekoniecznie będących realizacją zobowiązań konwencyjnych.

⁹² Por. np. decyzję Trybunału z 9.07.2002 r. w sprawie *P. K. p. Finlandii*, skarga nr 37442/97, niepubl.

Asumpt do podjęcia, a następnie zgłębiania w orzecznictwie tego zagadnienia dawały liczne przepisy systemu EKPC nakazujące państwu–stronie – zwykle w wyraźnie zaznaczonym kontekście ograniczenia uprawnienia – działanie „w trybie ustalonym przez prawo” (art. 5 ust. 1 zd. 2), „zgodne z prawem” (np. art. 5 ust. 1 a-e), „przewidziane przez prawo”⁹³ (np. art. 8 ust. 2), „zgodne z prawami krajowymi”⁹⁴ (art. 12) itp. Początkowo podejście organów strasburskich do tego wymogu miało charakter zachowawczy i sprowadzało się do ustalenia istnienia podstawy prawnej działań państwa bez jakiegokolwiek głębszej analizy⁹⁵. Ten stan rzeczy przełamał wyrok w sprawie *Sunday Times*⁹⁶, w którym Trybunał po raz pierwszy sformułował wymogi jakościowe, jakie spełniać powinno prawo będące podstawą ingerencji w uprawnienie, tj. dostępność i przewidywalność. Innymi słowy, sprawdzając, czy ingerencja w uprawnienie odpowiada standardowi legalności Trybunał bada, po pierwsze, czy ma ona w ogóle jakąkolwiek podstawę w danym porządku prawnym, a następnie analizuje tę podstawę pod kątem jej dostępności czyli możliwości uzyskania wystarczającej informacji na temat norm prawnych mających zastosowanie w określonej sytuacji oraz jej przewidywalności, czyli możliwości przewidzenia w rozsądnym zakresie, konsekwencji, które może pociągnąć za sobą podjęte działanie⁹⁷. Oba wspomniane wymogi jakościowe (dostępność i przewidywalność) mogą znaleźć zastosowanie także w stosunku do norm proceduralnych.

Ten standard jakości prawa, na podstawie którego dochodzi do ingerencji w uprawnienie został uzupełniony w wyroku *Silver* o warunek zapewnienia czegoś, co określam mianem efektywnego środka kontroli (Trybunał posłużył się określeniem *some form of safeguards*)⁹⁸. Chodzi o środek uzyskujący znaczenie zwłaszcza wtedy, gdy prawo pozostawia organom władzy publicznej szeroki margines swobody; środek, który polega na poddaniu ich działań niezależnej kontroli, a tym samym zabezpiecza jednostkę przed arbitralnością z ich strony. Efektywny środek kontroli oznaczać musi zatem istnienie stosownych instytucjonalnych i proceduralnych zabezpieczeń w porządku krajowym, które należy kojarzyć z gwarancjami proceduralnymi praw człowieka. Trybunał wyinterpretował go w tej sprawie z zasady rządów prawa, ale z powołaniem się na wcześniejszy wyrok w sporze *Klass i inni p. Niemcom*⁹⁹, który zapadł na tle warunku konieczności rozważanego w kontekście ingerencji w prawo do prywatności (art. 8 ust. 2 Konwencji).

⁹³ W oficjalny przekładzie „przewidziane przez ustawę”.

⁹⁴ W oficjalnym przekładzie „zgodne z ustawami krajowymi”.

⁹⁵ Szerzej na ten temat R. Mizerski, *Test legalności ...*, s. 168–169.

⁹⁶ Wyrok Trybunału z 26.04.1979 r. w sprawie *Sunday Times p. Zjednoczonemu Królestwu (1)*, skarga nr 6538/74, A 30.

⁹⁷ Wyrok Trybunału z 26.04.1979 r. w sprawie *Sunday Times p. Zjednoczonemu Królestwu (1)* ..., pkt 49.

⁹⁸ Wyrok z 25.03.1983 r., w sprawie *Silver i inni p. Zjednoczonemu Królestwu*, skargi nr 5947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, 7136/75, A 61, pkt 90.

⁹⁹ Wyrok z 6.09.1978 r. w sprawie *Klass i inni p. Niemcom*, skarga nr 5029/71, A 28.

Przejdźmy wobec tego do testu konieczności, który jest najbardziej wartościującym etapem rozstrzygania o dopuszczalności ingerencji. W jego ramach organ kontrolny musi zająć stanowisko co do tego, czy zgodna z prawem i realizująca cel prawowity ingerencja była także konieczna, a to wymaga wyważenia konkurujących dóbr: z jednej strony, ograniczanego uprawnienia; z drugiej, realizowanego celu prawowitego. W tym kontekście, Trybunał bada, po pierwsze, czy za ingerencją stała „pilna potrzeba społeczna” odpowiadająca któremuś z celów prawowitych. Wymaga to skonkretyzowania przyczyn ograniczenia uprawnienia i ustalenia, czy znajdują one uzasadnienie w wartościach i prawidłowym funkcjonowaniu społeczeństwa demokratycznego, a przynajmniej nie kolidują z nimi, tj. mieszczą się w tzw. marginesie oceny, czyli pewnej swobodzie implementacyjnej, pozostawionej państwom–stronom Konwencji¹⁰⁰. W drugiej kolejności znajduje zastosowanie wymóg proporcjonalności, który jest swoistym standardem minimalnym konieczności ingerencji także poza klauzulami limitacyjnymi. Jego zadaniem jest ustalenie, czy ingerencja w uprawnienie była proporcjonalna w stosunku do celu prawowitego, któremu miała służyć, uwzględniając takie okoliczności, jak natura naruszonego uprawnienia, status ofiary naruszenia, zakres i środki ingerencji czy charakter chronionego dobra publicznego¹⁰¹. Stwierdzenie braku konieczności ingerencji może wynikać także z faktu, że powody przytoczone przez władze krajowe dla jej uzasadnienia nie były istotne i wystarczające¹⁰². „Wystarczalność” powodów ingerencji dotyka bezpośrednio kwestii jej proporcjonalności w stosunku do realizowanych celów prawowitych¹⁰³. Z kolei „istotność” należałoby raczej wiązać z pilną potrzebą społeczną, jeśli nie wręcz z testem celowości¹⁰⁴. Często jednak Trybunał traktuje

¹⁰⁰ R. Mizerski, *Krytyka wymiaru sprawiedliwości w interesie publicznym: Kudeshkina p. Rosji*, [w:] *Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego 2012*, nr 1, s. 102–103. I. C. Kamiński, w kontekście art. 10 EKPC, wiąże pilną potrzebę społeczną ze „zobiektywizowanymi racjami ogólnymi”, *Ograniczenie swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010, s. 62.

¹⁰¹ Por. np. decyzję Komisji z 5.05.1979 r., w sprawie *X i Kościół Scjentologiczny p. Szwecji*, skarga nr 7805/77, Decisions and Reports 16/68; wyrok z 26.10.1995 r. w sprawie *Vogt p. Niemcom*, skarga nr 17851/91, A 323, pkt 53, 60–61; wyrok z 31.07.2001 r. w sprawie *Refah Partisi i inni p. Turcji*, skarg nr 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, niepubl., pkt 43–53 oraz 82–83.

¹⁰² Wyrok z 26.04.1979 r. w sprawie *Sunday Times p. Zjednoczonemu Królestwu ...*, pkt 59 i 62.

¹⁰³ Por. P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak, op. cit., s. 341 oraz L. Garlicki, *Artykuł 8. Prawo do prywatności*, [w:] L. Garlicki (red.), *Komentarz. Tom 1*, s. 490. W charakterystyce proponowanej przez I. C. Kamińskiego przesłanka istotności i wystarczalności powodów uzasadniających ingerencję dotyczy „zobiektywizowanych racji indywidualnych”, op. cit., s. 62. Natomiast zdaniem J. Christoffersena wszystkie wspomniane tu wymogi stawiane przed ingerencją, która ma być uznana za konieczną, tj. pilna potrzeba społeczna, proporcjonalność środków ingerencji oraz istotność i wystarczalność powodów ją uzasadniających współformują zasadę proporcjonalności, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Hague 2009, s. 254.

¹⁰⁴ Por. P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak (red.), op. cit., s. 341.

istotność i wystarczalność integralnie, bez wdawania się w precyzowanie powodów, które zdecydowały o spełnieniu bądź nie każdego z tych wymogów z osobna.

Oceniając konieczność ingerencji Trybunał sięga czasami i po inne kryteria, które pozostają jednak w bliższej czy dalszej relacji z wymienionymi powyżej¹⁰⁵. Okazuje się, że także efektywny środek kontroli występuje w teście konieczności poza tym paradygmatem¹⁰⁶. Wynika to zapewne z faktu, że precedensowy dla konceptu efektywnego środka kontroli wyrok *Klass* zapadł zanim wspomniany paradygmat zdążył się ukształtować, a Trybunał jest niechętny do podjęcia teoretycznego wysiłku przystosowania go do tego paradygmatu.

We wspomnianym wyroku Trybunał rozpatrywał zarzut naruszenia prawa do prywatności (art. 8) w związku z regulacjami ustawowymi zezwalającymi na przeglądanie korespondencji oraz podsłuchiwanie i nagrywanie rozmów telefonicznych. Stwierdziwszy, że okoliczności sprawy potwierdzają, iż doszło do ingerencji w to uprawnienie, musiał on dokonać oceny, czy była to ingerencja dopuszczalna z punktu widzenia ust. 2 art. 8. Bez szczególnego wgłębiania się w materię tego zagadnienia Trybunał ustalił, że dochowano zarówno warunku legalności, jak i celowości ingerencji¹⁰⁷. Rozstrzygnięcie sporu zależało zatem od wyniku testu konieczności. W jego ramach Trybunał, powołując się na zasadę rządów prawa, stwierdził m.in, że „ingerencja władz wykonawczych w prawa indywidualne powinna być poddana efektywnej kontroli (*effective control*), którą normalnie zapewnić powinno sądownictwo, przynajmniej w ostatniej instancji, jako że kontrola sądowa oferuje najlepsze gwarancje niezależności, bezstronności i odpowiednią procedurę”¹⁰⁸.

Zarówno wyrok w sprawie *Klass*, jak i wyrok w sprawie *Silver* zapadły na gruncie prawa do prywatności (art. 8 Konwencji), które nadal pozostaje głównym obszarem działania efektywnego środka kontroli. Dzieje się tak, ponieważ Trybunał odwołuje się do tego środka w zetknięciu ze szczególnym zagrożeniem arbitralnymi działaniami państwa, zwłaszcza gdy jego służby prowadzą działania inwigilacyjne (podsłuch, przechwytywanie korespondencji), a zatem godzące w prywatność człowieka¹⁰⁹. O ile jednak wydaje się, że

¹⁰⁵ Np. na tle art. 10 Konwencji Trybunał odwołuje się również do wymogu zachowania właściwej równowagi między wchodzącymi w kolizję interesami czy bardzo ogólnego obowiązku zastosowania przez władze krajowe standardów ucieleśnionych w art. 10 Konwencji i jego orzecznictwie; por. odpowiednio wyrok z 25.03.1985 r. w sprawie *Barthold p. Niemcom*, skarga nr 8734/79, A 90, pkt 58 oraz wyrok z 18.03.2008 r. w sprawie *Kuliš p. Polsce*, skarga nr 15601/02, niepubl., pkt 54.

¹⁰⁶ Por. wyrok z 6.09.1978 r. w sprawie *Klass i inni p. Niemcom* ..., pkt 46–60; wyrok z 24.08.1998 r. w sprawie *Lambert p. Francji*, skarga nr 23618/94, Reports of Judgments and Decisions 1998-V, pkt 74–78; wyrok z 29.03.2005 r. w sprawie *Matheron p. Francji*, skarga nr 57752/00, niepubl., pkt 34–44; wyrok z 10.04.2007 r. w sprawie *Panarisi p. Włochom*, skarga nr 46794/99, niepubl., pkt 74–78.

¹⁰⁷ Wyrok z 6.09.1978 r. w sprawie *Klass i inni p. Niemcom* ..., pkt 41–46.

¹⁰⁸ Ibidem, pkt 55.

¹⁰⁹ Wyrok z 6.09.1978 r. w sprawie *Klass i inni p. Niemcom* ...; wyrok z 25.03.1983 r. w sprawie *Silver i inni p. Zjednoczonemu Królestwu* ...; wyrok z 24.08.1998 r. w sprawie *Lambert p. Francji* ...; wyrok z 4.05.2000 r. w sprawie *Rotaru p. Rumunii*, skarga

w kontekście testu konieczności efektywny środek kontroli nie przekroczył w orzecznictwie granic art. 8, to inaczej rzecz się przedstawia z jego odpowiednikiem, współformującym warunek legalności ingerencji, który zdążył już odegrać rolę na gruncie art. 5 ust. 1¹¹⁰, art. 9¹¹¹ oraz art. 10 Konwencji¹¹², a także art. 1 Protokołu nr 1¹¹³, art. 2 Protokołu nr 4¹¹⁴ oraz art. 1 Protokołu nr 7¹¹⁵.

Dualizm podstaw prawnych efektywnego środka kontroli nie jest tylko wspomnieniem przeszłości, przeciwnie, podtrzymywany jest nadal w orzecznictwie Trybunału odwołującego się do niego raz w kontekście testu legalności, raz – testu konieczności. Niemniej, w sporze *Kvasnica p. Słowacji*, Trybunał postanowił rozważyć jego istnienie, rozpatrując łącznie zagadnienie legalności i konieczności ingerencji w prawo do prywatności¹¹⁶. Warto więc zauważyć, że lepszym orzecznictwem wehikułem dla koncepcji efektywnego środka kontroli wydaje się być test legalności. Po pierwsze, jest on ucieleśnieniem zasady rządów prawa, z której Trybunał wyczytał potrzebę istnienia takiej proceduralnej ochrony – czego mimo wszystko o teście konieczności powiedzieć się nie da. Po drugie, efektywny środek kontroli wpisuje się bezkonfliktowo w *modus operandi* testu legalności, podczas gdy w strukturze testu konieczności wydaje się elementem obcym.

2.2.10. Podsumowanie

Przeprowadzone badanie prowadzi do wniosku, że wśród obowiązujących i pierwotnych podstaw prawnych krajowych gwarancji praw człowieka chronionych w systemie EKPC, które cechuje samoistność w stosunku do procedur międzynarodowych, wymienić należy art. 5, art. 6, art. 7 i art. 13 Konwencji oraz art. 2, art. 3 i art. 4 Protokołu nr 7, a ponadto będące faktycznymi podstawami prawnymi koncepcje orzecznicze obowiązków pozytywnych, testu legalności i testu konieczności.

nr 28341/95, ECHR 2000-V; wyrok z 29.03.2005 r. w sprawie *Matheron p. Francji*, ...; wyrok z 2.11.2006 r. w sprawie *Volokhy p. Ukrainie*, skarga nr 23543/02, niepubl.; wyrok z 10.04.2007 r. w sprawie *Panarisi p. Włochom*, skarga nr 46794/99, niepubl.

¹¹⁰ Wyrok z 5.10.2004 r. w sprawie *H.L. p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 45508/99, ECHR 2004-IX, pkt 119–124; por też wyrok z 13.07.2010 r. *Ahmed p. Rumunii*, skarga nr 34621/03, niepubl., pkt 33; w sprawie tej Trybunał połączył w istocie wątek przewidywalności z istnieniem efektywnego środka kontroli.

¹¹¹ Wyrok Trybunału z 26.10.2000 r. w sprawie *Hasan i Chaush p. Bułgarii*, skarga nr 30985/96, Reports of Judgments and Decisions 2000-XI, pkt 85.

¹¹² Wyrok z 9.02.1995 r. w sprawie *Vereniging Weekblad Bluf! p. Holandii*, skarga nr 16616/90, A 306-A, pkt 32.

¹¹³ Wyrok z 24.11.2005 r. w sprawie *Capital Bank AD p. Bułgarii*, skarga nr 49429/99, ECHR 2005-XII (wyciąg), pkt 134.

¹¹⁴ Wyrok z 25.01.2007 r. w sprawie *Sissanis p. Rumunii*, skarga nr 23468/02, niepubl., pkt 70.

¹¹⁵ Wyrok z 13.07.2010 r. *Ahmed p. Rumunii* ..., pkt 52.

¹¹⁶ Wyrok z 9.06.2009 r. w sprawie *Kvasnica p. Słowacji*, skarga nr 72094/01, niepubl., pkt 84.

3. Przyczyny wielości podstaw prawnych krajowych gwarancji proceduralnych

Jeżeli różne przepisy tego samego aktu prawnego regulują w odrębny sposób tożsamą w swej istocie instytucję prawną, to punktem wyjścia przy wyjaśnianiu przyczyn tego stanu rzeczy powinno być założenie racjonalnego działania prawodawcy. W tym wypadku oznacza to założenie świadomego różnicowania zakresu i pożądanego poziomu proceduralnej ochrony różnych gwarancji materialnych praw człowieka.

Przypatrując się temu zagadnienie z poziomu samego tekstu Konwencji nieobrosłego orzecznictwem, który zdaje się najlepiej ujawniać pierwotną wolę prawodawcy, zauważamy w pierwszej kolejności, że niektóre procedury mają charakter sądowy bądź *quasi-sądowy*, a inne o takim charakterze nie przesądzają. O sędziwie jako elemencie wymagań proceduralnych mówi art. 2 ust. 1 w związku z nakładaniem kary śmierci, art. 5 ust. 1a w związku z pozbawieniem wolności w wyniku skazania za przestępstwo, art. 5 ust. 4 w związku z badaniem legalności pozbawienia wolności, art. 6 ust. 1 Konwencji w związku z rozstrzygnięciem o prawach i obowiązkach o charakterze cywilnym oraz o zasadności oskarżenia w sprawie karnej, a także art. 2 ust. 1 Protokołu nr 7 w związku z kontrolą instancyjną orzeczeń w sprawach karnych¹¹⁷. Kiedy więc w art. 5 ust. 3 Konwencji ocenę legalności detencji osób podejrzanych o popełnienie czynu zabronionego lub zamiar jego popełnienia powierzono nie sądowi lecz „sędziemu lub innemu urzędnikowi uprawnionemu na mocy prawa¹¹⁸ do wykonywania władzy sądowej” to nie stało się to przez przypadek lecz, by nie gubiąc istoty tej gwarancji, uelastyczyć ją na tyle, żeby możliwe było pogodzenie z nią różnych wariantów procedury stosowania aresztu, obowiązujących w porządkach prawnych stron Konwencji¹¹⁹. Jeszcze większą swobodę pozostawia państwom art. 13 EKPC, który posługuje się pojęciem „władzy państwowej”¹²⁰. Biorąc jednak pod uwagę, że w przepisie tym chodzi o środek odwoławczy, który ma służyć w przypadku naruszenia wszelkich konwencyjnych praw i wolności – a więc znajdować zastosowanie w bardzo szerokim spektrum stanów faktycznych – a także pamiętając, że w czasie tworzenia Konwencji praktyka międzynarodowa i krajowa związana z funkcjonowaniem tego typu instytucji była ograniczona¹²¹ i nie oferowała

¹¹⁷ Nie uwzględniłem w tym zestawieniu art. 5 ust. 1b pozwalającego na zatrzymanie lub aresztowanie osoby, która „nie podporządkowała się wydanemu zgodnie z prawem orzeczeniu sądu” ponieważ w tym przypadku „orzeczenie sądu” nie ma charakteru gwarancji proceduralnej.

¹¹⁸ W przekładzie oficjalnym: „uprawnionemu przez ustawę”.

¹¹⁹ Por. J. Murdoch, *The treatment of prisoners. European standards*. Council of Europe Publishing, Strasbourg 2006, s. 157.

¹²⁰ W przekładzie oficjalnym: „właściwy organ państwowy”.

¹²¹ Por. S. B. Starr, *The Right to an Effective Remedy: Balancing Realism and Aspirations*, [w:] M. A. Baderin, M. Ssenyonjo, *International Human Rights Law. Six Decades after the UDHR and Beyond*, Ashgate, Farnham – Burlington 2010, s. 478–479.

wystarczająco pewnego wzorca, takie rozwiązanie wydaje się zabiegiem zrozumiałym i celowym. Te same okoliczności tłumaczą wstrzeźliwość art. 13 w precyzowaniu innych elementów oferowanego przez niego środka prawnego, co jest uderzające, gdy zestawimy go z art. 5 czy 6 EKPC¹²².

Świadomym wyborem prawodawcy, choć nieco innego rodzaju niż opisane powyżej, są też art. 2, 3 i 4 Protokołu nr 7. Prawo do odwołania w sprawach karnych, odszkodowanie za niesłuszne skazanie oraz zakaz ponownego sądenia i karania mogłyby z powodzeniem stać się częścią prawa do rzetelnego procesu sądowego (art. 6 Konwencji), jak stało się to w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych¹²³. Wówczas wymagałoby to jednak zgody wszystkich układających się państw, a jak pokazuje obecny stan ratyfikacji Protokołu nr 7, czterech spośród dwunastu¹²⁴ pierwotnych sygnatariuszy Konwencji wciąż nie jest jego stronami¹²⁵. Oddzielne uregulowanie wspomnianych uprawnień wpisuje się zresztą w charakterystykę Konwencji, będącej z założenia instrumentem selektywnej ochrony praw człowieka¹²⁶.

Z drugiej strony, świadomy wybór prawodawcy wydaje się nieprzekonującym wyjaśnieniem dla innych różnic w obszarze gwarancji proceduralnych. Nasuwa się np. pytanie o przyczynę otoczenia szczególną proceduralną ochroną prawa do wolności (art. 5 ust. 2-5) w braku analogicznych regulacji związanych z innymi nie mniej ważnymi – a wręcz przeciwnie – uprawnieniami. Autorzy zwracają przy tym uwagę na wyjątkowe, a przez to kontrolersyjne, rozwiązanie ust. 5 tego artykułu, przewidujące prawo do odszkodowania za niezgodne z Konwencją pozbawienie wolności¹²⁷. Do systemu

¹²² Racjonalne uzasadnienie znajduje także wyraźnie niższy niż przewidziany w art. 5 i 6 Konwencji poziom ochrony proceduralnej cudzoziemca poddanego procedurze ekspulsji (art. 1 Protokołu nr 7). Przepis ten co prawda został zdyskwalifikowany jako podstawa prawna gwarancji proceduralnych, ale nie z powodu kwestionowania jego proceduralnego i krajowego wymiaru. O brzmieniu art. 1 Protokołu nr 7 zdecydowała wola pozostawienia państwu tradycyjnie szerokiego zakresu swobody w decydowaniu o dostępie do swego terytorium cudzoziemców i apatrydów.

¹²³ Art. 14, Dz.U. z. 1977 r., nr 38, poz. 167.

¹²⁴ Nie licząc Kraju Saary.

¹²⁵ Stan na 1.03.2013 r. Holandia, Niemcy, Turcja i Wielka Brytania, Council of Europe. Treaty Office, <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=117&CM=8&DF=29/04/2013&CL=ENG>; problemem zdaje się tu być sposób uregulowania zakazu *ne bis in idem*, por. opinię rzecznika generalnego Cruza Villalóna z 12.06.2012 r. w sprawie *Åklagaren p. Hans Åkerberg Fransson*, C-617/10 pkt 72–72.

¹²⁶ Jak wynika z preambuły EKPC jest ona „pierwszym krokiem w celu zbiorowego zagwarantowania n i e k t ó r y c h praw wymienionych w Powszechnej Deklaracji”. Komplementarnie do tego stwierdzenia preambuła Protokołu nr 7 określa przyjęcie tej umowy jako podjęcie „dalszych kroków w celu zbiorowego zagwarantowania niektórych praw i wolności”.

¹²⁷ Jeśli art. 5 ust. 5 miałyby w zamierzony sposób czynić realną różnicę w zakresie gwarancji proceduralnych otaczających konwencyjne uprawnienia poprzez „uprzywilejowanie” jednego z nich – prawa do wolności, to jakie *ratio legis* za tym stoi? Dlaczego naruszenie innych praw i wolności nie miałyby nakładać na państwo obowiązku zagwarantowania ofierze lub jej bliskim prawa do odszkodowania? W literaturze wskazuje się w tym kontekście

EKPC podobną instytucję – prawo do odszkodowania za niesłuszne skazanie – wprowadza jeszcze tylko art. 3 Protokołu nr 7. Można też zapytać, dlaczego „sąd”, o którym mówi art. 2 ust. 1, art. 5 ust. 1a, art. 5 ust. 4, art. 6 ust. 1 Konwencji, a także art. 2 ust. 1 Protokołu nr 7 tylko w tym przedostatnim przypadku określany jest jako „niezależny” i „bezzstronny” – wątpliwe, by stał za tym zamysł różnicowania poziomów gwarancji w tym zakresie¹²⁸. Zastanawia także szczegółowe uregulowanie uprawnień, z których korzysta oskarżony w procesie karnym (art. 6 ust. 2 i 3) w zestawieniu z nieuregulowaniem gwarancji osoby aresztowanej pod zarzutem popełnienia czynu zabronionego lub zamiarem jego popełnienia (art. 5 ust. 3). Nie inaczej jest z warunkowaniem ingerencji w prawo do wolności dotrzymaniem „trybu przewidzianego przez prawo” (art. 5 ust. 1), podczas gdy w przypadku ingerencji w inne uprawnienia formułuje się jedynie generalny obowiązek jej zgodności z prawem¹²⁹.

Wydaje się zatem, że pewne znaczenie w kształtowaniu się tej proceduralnej polifonii mogło mieć również ujmowanie niektórych uprawnień jako tradycyjnie obejmujących gwarancje proceduralne, czy też odwoływanie się do utrwalonych i w miarę jednolitych wzorców krajowych – jeśli takowe istniały w porządkach prawnych układających się stron – i przenoszenie ich na grunt traktatowy bez uwzględniania perspektywy całej Konwencji, tj. konsekwencji odrębności takich gwarancji w stosunku do innych (*argumentum a contrario*).

Wpływ tradycji jest szczególnie wyczuwalny w przypadku prawa do wolności, które swój ostateczny, konwencyjny kształt zawdzięcza propozycji zgłoszonej przez Brytyjczyków¹³⁰. Propozycja ta nawiązuje m.in. do dziedzictwa

wolność od tortur jako jaskrawy przykład uprawnienia, którego naruszenie może nieść ze sobą poważniejsze skutki niż naruszenie prawa do wolności, a z którym Konwencja nie wiąże *expressis verbis* prawa do odszkodowania (nie wiąże zresztą żadnych innych krajowych gwarancji proceduralnych prócz generalnego prawa do skutecznego środka odwoławczego z art. 13); por. P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak, op. cit., s. 508; D. J. Harris, M. O’Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford 2009, s. 197; S. Trechsel, op. cit., s. 496. Innym jaskrawym przykładem może być wolność od niewolnictwa i poddaństwa oraz pracy przymusowej i obowiązkowej, której pogwałcenie może pociągać za sobą pozbawienie wolności w rozumieniu art. 5. W takim przypadku sąd krajowy mógłby w zgodzie z Konwencją ograniczyć się do wynagrodzenia tylko szkody i krzywdy związanej bezpośrednio z pozbawieniem wolności, pomijając szkody i krzywdy wynikłe z innych praktyk sprzecznych z art. 4, mimo że te naruszenia byłyby ze sobą ściśle powiązane.

¹²⁸ Tak też interpretuje to Trybunał Strasburski, dla którego niezależność i bezstronność są immanentnymi cechami sądu; por. wyrok z 23.06.1981 r. w sprawie *Le Compte, Van Leuven i De Meyere p. Belgii*, skargi nr 6878/75 i 7238/75, A 43, pkt 78.

¹²⁹ Także art. 4 Protokołu nr 7 w kontekście zakazu *ne bis in idem* wymaga dla zaktualizowania się tej gwarancji „zgodnego z prawem i procedurą karną” uprzedniego uniewinnienia bądź skazania (ust. 1), uzależniając możliwość wznowienia postępowania karnego po zapadnięciu ostatecznego wyroku od tego, by nastąpiło to „w zgodzie z prawem i procedurą karną” (ust. 2).

¹³⁰ Propozycja brytyjska pojawiła się na etapie prac w Komitecie Ekspertów, powołanym przez Komitet Ministrów Rady Europy i oparta była na projekcie przedstawionym przez Wielką Brytanię w związku z opracowywaniem w ramach ONZ paktu praw człowieka.

habeas corpus – sądowej kontroli legalności detencji – instytucji o długiej, sięgającej poza rok 1215 i Wielką Kartę Wolności, historii¹³¹. Choć jej początki wiążą się z zapewnieniem obecności przed sądem pozwanego w sporze cywilnym¹³², *habeas corpus* przekształciło się z czasem w jedną z najistotniejszych gwarancji praw podmiotowych. W tym procesie szczególne miejsce zajmuje *Habeas Corpus Act* z 1679 r., który skodyfikował tę instytucję¹³³. Z czasem gwarancja *habeas corpus* zaczęła oddziaływać na inne systemy prawa krajowego i prawo międzynarodowe¹³⁴. To, że z perspektywy różnych traktatów praw człowieka możemy mówić o *consensusie* opinii międzynarodowej w odniesieniu do sfery gwarancyjnej wolności osobistej¹³⁵ – nie tylko ściśle rozumianego *habeas corpus* – jest w dużym stopniu konsekwencją wcześniejszego wniknięcia tych gwarancji w tradycję prawną wielu państw świata, w tym państw europejskich.

Nieprzypadkowa wydaje się też obecność gwarancji proceduralnej w art. 2 ust. 1 zd. 2 Konwencji, dopuszczającym stosowanie kary śmierci. Już na etapie opracowywania omawianej umowy musiało być oczywiste i niekontrolowersyjne, że ze względu na szczególność chronionego w tym przepisie dobra i nieodwracalność skutków kary zasadniczej, jej nałożeniu musi towarzyszyć ochrona sądowa. Gdy więc Brytyjczycy zaproponowali uściślenie przedmiotu i zakresu konwencyjnych zobowiązań, zakazowi umyślnego pozbawiania

Przyświecał jej zamysł możliwie precyzyjnego określenia przedmiotu i zakresu zobowiązań wynikających z przyszłej konwencji, w tym prawa do wolności. Konkurował z nią projekt wspierany przez Belgów, Francuzów i Włochów, który powielał zasadniczo model umowy zaakceptowany wstępnie przez Zgromadzenie Konsultatywne, w którym to uprawnienia traktowane były hasłowo. Artykuł 2 ust. 3 pkt a tego ostatniego projektu mówił jedynie o zakazie arbitralnego pozbawienia wolności. Por. oba warianty prawa do wolności, *Collected Edition of the „Travaux Préparatoires” of the European Convention on Human Rights* (drugi tyt. w jęz. fr.), Martinus Nijhoff Publisher 1975–1985, vol. IV, s. 52–53 oraz 58–61. Przyjęta w maju 1948 r. – a zatem poprzedzająca Powszechną Deklarację Praw Człowieka – Amerykańska Deklaracja Praw i Obowiązków Człowieka, zakazywała w art. XXV pozbawiania człowieka wolności, „chyba że zgodnie z procedurą ustanowioną przez uprzednio istniejące prawo”, a każdej osobie pozbawionej wolności gwarantowała m.in. prawo do bezwzględnej, sądowej kontroli legalności detencji oraz prawo do osądzenia bez zbędnej zwłoki lub uwolnienia, tekst angielski [w:] T. van Banning, M. Sepúlveda, G. D. Gudmundsdottir, Ch. Chamoun, *Human Rights Instruments*, University for Peace 2004.

¹³¹ Por. L. W. Levy, *Origins of the Bill of Rights*, Yale University Press 1999, s. 44 i 50.

¹³² Por. J. Farbey, R. J. Sharpe, *The Law of Habeas Corpus*, Oxford University Press 2011, s. 2.

¹³³ Ustawa ta określała m.in. terminy na doprowadzenie pozbawionego wolności przed oblicze sędziego (pkt II) i konsekwencje, jakie powinni ponieść urzędnicy, którzy je naruszają (pkt V), tekst *Habeas Corpus Act*, [w:] E. Reich, *Select Documents Illustrating Medieval and Modern History*, London 1905.

¹³⁴ Na ten temat por. B. Farrell, *From Westminster to the World: The Right to Habeas Corpus in International Constitutional Law*, „Michigan State Journal of International Law” 2008–2009, t. 17, nr 3, zwł. s. 556–562; por. też K. Sójka-Zielińska, *Historia prawa*, PWN, Warszawa 1989, s. 367. W trakcie prac nad art. 9 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych odnoszącym się do gwarancji analogicznej do art. 5 Konwencji, dyskutowano nawet możliwość użycia w tym przepisie zwrotu *habeas corpus*, co ostatecznie zostało odrzucone, por. S. Trechsel, op. cit. s. 463.

¹³⁵ B. Gronowska, *Wolność i bezpieczeństwo osobiste ...*, s. 79.

życia zaczął towarzyszyć wyjątek pozwalający państwom, w których kara zasadnicza jest zgodna z prawem, na „wykonanie tej kary zgodnie z wyrokiem sądu”¹³⁶, co w nieco zmodyfikowanej postaci trafiło do ostatecznego tekstu EKPC.

Wpływ tradycji *common law*, „która zawsze przywiązywała szczególne znaczenie dla gwarancji proceduralnych”, można dostrzec też w rozbudowanej regulacji prawa do rzetelnego procesu¹³⁷. Chodzi tu o ust. 3 obecnego art. 6, wymieniający gwarancje oskarżonego w procesie karnym, który nie miał swego odpowiednika w konkurencyjnej propozycji państw kontynentalnych¹³⁸.

Trzeciego z zasadniczych czynników odpowiedzialnych za opisywane zjawisko szukać należy w działalności orzeczniczej organów strasburskich, motywowanej w szczególności potrzebą uczynienia z Konwencji instrumentu skutecznego oraz stojącego na straży zasady rządów prawa.

Już na wczesnym etapie funkcjonowania systemu EKPC Trybunał charakteryzował Konwencję jako traktat mający na celu zapewnienie praw praktycznych i skutecznych, nie zaś teoretycznych czy iluzorycznych¹³⁹. Takie stanowisko tworzyło korzystny grunt dla rozwijania koncepcji gwarancji proceduralnych, tak w ich aspekcie horyzontalnym (poszerzanie podstaw prawnych), jak i wertykalnym (pogłębianie wymogów). Jak to przyznała Wielka Izba Trybunału w sporze *Ýlhan p. Turcji*: „Zobowiązania proceduralne były wywodzone na gruncie Konwencji w różnych kontekstach, wówczas gdy było to postrzegane jako konieczne do zapewnienia, by prawa zagwarantowane w Konwencji były nie teoretyczne czy iluzoryczne, lecz praktyczne i skuteczne”¹⁴⁰. Na przykład w sprawie *McCann i inni*, z powołaniem się m.in. na zasadę skuteczności, Trybunał wywiódł z art 2 Konwencji „procedurę badania legalności użycia przez władze państwowe śmiertelnej siły”¹⁴¹. Można podać także szereg przykładów na wertykalne oddziaływanie zasady skuteczności – gdy w obliczu jej obowiązywania Trybunał dochodzi do wniosku, że już istniejąca gwarancja proceduralna rodzi dodatkowe obowiązki. Tak było chociażby w sporze *Kamasinski p. Austrii*, w której Trybunał zauważył, że konieczność zapewnienia prawu oskarżonego do pomocy tłumacza z art. 6 ust. 3 Konwencji praktyczności i skuteczności, nie może ograniczać

¹³⁶ *Collected Edition of the „Travaux Préparatoires” ...*, vol. III, s. 158–159.

¹³⁷ Por. P. Hofmański, A. Wróbel, *Prawo do rzetelnego procesu sądowego* [w:] L. Garlicki (red.), *Komentarz. Tom I*, s. 246. W tradycji *common law* zauważalna jest precedencja środków prawnych nad prawami, w myśl zasady *ubi remedium ibi ius*; por. D. Friedmann, *Rights and Remedies*, [w:] N. Cohen, E. McKendrick (red.), *Comparative Remedies for Breach of Contract*, Hart Publishing, Oxford–Portland 2005, s. 4.

¹³⁸ Propozycja konkurująca z brytyjską przewidywała jedynie prawo do rzetelnego i publicznego procesu przed niezawisłym i bezstronnym sądem na równych zasadach, *Collected Edition of the „Travaux Préparatoires” ...*, vol. IV, s. 52–53.

¹³⁹ Wyrok z 9.10.1979 w sprawie *Airey p. Irlandii*, skarga nr 6289/73, A 41, pkt 24.

¹⁴⁰ Wyrok z 27.06.2000 r. w sprawie *Ýlhan p. Turcji ...*, pkt 91.

¹⁴¹ Wyrok z 27.09.1995 r. w sprawie *McCann i inni p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 18984/91, A 324, pkt 161.

się do obowiązku władz w zakresie wyznaczenia tłumacza, ale w pewnych okolicznościach będzie się rozciągać na obowiązek następczej kontroli trafności tłumaczenia¹⁴².

Podobny wpływ na rozwijanie w judykaturze Trybunału koncepcji gwarancji proceduralnych ma zasada rządów prawa. To z powołaniem się na nią Trybunał uzupełnił najpierw test konieczności, a następnie test legalności o aspekt proceduralny, określane w tej pracy mianem efektywnego środka kontroli¹⁴³, wywiódł z art. 6 prawo dostępu do sądu w sprawach cywilnych¹⁴⁴ czy też wyprowadzał dalsze konsekwencje ze sformułowanych wprost gwarancji proceduralnych¹⁴⁵. Jak sformułowano to w wyroku Tysiąc: „Zgodność z wymogami nałożonymi przez zasadę rządów prawa zakłada, że unormowania prawa krajowego muszą przewidywać środki ochrony prawnej przed arbitralnymi ingerencjami władz publicznych w prawa zawarowane przez Konwencję”¹⁴⁶.

4. Klasyfikacja krajowych gwarancji proceduralnych

Jak każde złożone zjawisko prawne, także krajowe gwarancje proceduralne poddają się różnorakiemu szeregowaniu. Logicznym następstwem tematyki podejmowanej w tym artykule jest odwołanie się w pierwszej kolejności do kryterium ich podstawy prawnej. Z tego punktu widzenia w zbiorze krajowych gwarancji proceduralnych wyróżnić można te, które posiadają wyraźną podstawę w tekście Konwencji lub protokołów dodatkowych oraz gwarancje pozbawione takiej wyraźnej podstawy, odkryte dla systemu w drodze działalności orzeczniczej organów strasburskich. Do tych pierwszych należą gwarancje wynikające z art. 5, 6, 7 i 13 Konwencji oraz z art. 2, 3 i 4 Protokołu nr 7. Grupę drugą tworzą środki proceduralne postrzegane jako element zobowiązań pozytywnych państwa, testu legalności oraz testu konieczności. Jednocześnie pewna grupa gwarancji z art. 5 (zwłaszcza gwarancje procesowe w postępowaniu dotyczącym legalności detencji) i art. 6 (prawo do sądu, gwarancje współformujące standard rzetelnego procesu) rodzi problemy delimitacyjne. Z jednej strony, nie są one *expressis verbis* nazwane w tych przepisach i musiały czekać na potwierdzenie w judykaturze Trybunału, z drugiej, są jednak ściśle związane z innymi gwarancjami art 5 lub 6 stanowiąc ich logiczne dopełnienie, a niekiedy jedynie doprecyzowując pojawiające się w nich ogólniejsze kategorie (np. kategorię sądu, o którym mówi art. 5 ust. 4, o takie jego przymioty jak niezależność i bezstronność).

¹⁴² Wyrok z 19.12.1989 r. w sprawie *Kamasinski p. Austrii*, skarga nr , A 168, pkt 74.

¹⁴³ Odpowiednio wyrok z 6.09.1978 r. w sprawie *Klass i inni p. Niemcom ...*, pkt 55 oraz wyrok z 25.03.1983 r. w sprawie *Silver i inni p. Zjednoczonemu Królestwu ...*, pkt 90.

¹⁴⁴ Wyrok z 21.5.1975 r. w sprawie *Golder p. Zjednoczonemu Królestwu ...*, pkt 36.

¹⁴⁵ Np. zakaz „dziedziczenia” winy z domniemania niewinności z art. 6 ust. 2 Konwencji, wyrok z 29.08.1997 r. w sprawie *A.P., M.P i T.P. p. Szwajcarii ...*, pkt 48.

¹⁴⁶ Wyrok z 20.03.2007 r. w sprawie *Tysiąc p. Polsce ...*, pkt 112.

Odwracając sytuację, w grupie gwarancji, których koncepcję rozwinęło orzecznictwo, grunt językowy nawiązujący do ochrony proceduralnej istnieje jedynie w przypadku testu legalności z art. 5 ust. 1 Konwencji, wymagającego pozbawienia wolności „w trybie (*procedure*) przewidzianym przez prawo”. W takich przypadkach o klasyfikacji decydować musi nieprecyzyjne kryterium pomocnicze, jakim jest intensywność zabiegów interpretacyjnych, prowadzących do ustalenia właściwości danego środka prawnego – im mniej wyraźny związek między podstawą językową a charakterystyką takiego środka, tym wyraźniejsze wskazanie na rzecz jego orzeczniczej proveniencji. Ostatecznie skłaniam się do uznania gwarancji proceduralnych rozwiniętych na gruncie art. 5 ust. 2-5 oraz art. 6 za posiadające wyraźną podstawę prawną w tych przepisach, a proceduralnych konsekwencji wymogu pozbawienia wolności w trybie przewidzianym przez prawo za element wypracowanego w strasburskim *case law* testu legalności.

Drugi istotny podział odwołuje się do zakresu zastosowania krajowych gwarancji proceduralnych. Z punktu widzenia tego kryterium możemy wyróżnić gwarancje ogólne oraz specjalne. Podczas gdy te pierwsze służą bądź mogą służyć zapewnieniu wszystkich lub prawie wszystkich konwencyjnych praw i wolności, gwarancje specjalne pełnią taką funkcję tylko wobec niektórych z nich, w kontekście pewnych rodzajów naruszeń.

Nie ulega wątpliwości, że przez proklamowanie prawa do skutecznego środka odwoławczego, które przysługuje każdemu, kogo prawa i wolności zawarte w Konwencji – a przez regułę odpowiedniego stosowania jej przepisów – także w protokołach dodatkowych, zostały naruszone, umowa ta wprowadza na grunt utworzonego wokół niej systemu generalną zasadę *ubi ius, ibi remedium*¹⁴⁷. Więcej zastrzeżeń w tej mierze mogą wzbudzić dwie pozostałe platformy normatywne, na podstawie których w systemie EKPC rozprzestrzeniają się krajowe gwarancje proceduralne zaliczane przeze mnie do gwarancji ogólnych: obowiązki pozytywne, a zwłaszcza traktowane łącznie testy legalności i konieczności. Jak powyżej wskazano, koncepcja obowiązków pozytywnych zdaje się nie mieć naturalnych granic w obszarze praw i wolności. W istocie z obowiązku ich zapewnienia, o którym mówi art. 1 Konwencji, wynika możliwość wyciągnięcia pozytywnych konsekwencji także o charakterze proceduralnym wobec wszystkich tych uprawnień. Przekonanie to ucieleśnia się w orzecznictwie, w którym widoczny jest stały proces rozszerzania się koncepcji obowiązków pozytywnych na coraz to nowe gwarancje.

Nieco inaczej rzecz się przedstawia w przypadku testów legalności i konieczności. Jako elementy składowe różnych mechanizmów ograniczających nie znajdują one zastosowania wobec praw absolutnych, niepodlegają-

¹⁴⁷ Innymi słowy jest środkiem „generalnym”; por. H. van der Wilt, S. Lyngdorf, *Procedural Obligations Under the European Convention on Human Rights: Useful Guidelines for the Assessment of 'Unwillingness' and 'Inability' in the Context of the Complementarity Principle*, „International Criminal Law Review” 2009, t. 9, nr 1, s. 46.

cych żadnym restrykcjom. Krag takich praw jest jednak ograniczony, nawet jeśli nie daje się sprowadzić do art. 3, art. 4 ust. 1, oraz Protokół nr 7 Konwencji, a także art. 1 Protokołu nr 13, których rzeczony charakter wynika z samego tekstu Konwencji i protokołów. Ponadto, koncepcja „prawa” rozwinięta w orzecznictwie w ramach testu legalności i obejmująca wymóg istnienia dostępnej i przewidywalnej podstawy prawnej oraz efektywnego środka kontroli, zdążyła już wykroczyć poza test legalności i jest przywoływana w judykaturze Trybunału nie tylko jako jeden z warunków ingerencji w uprawnienia, ale też jako pozytywny element ich definicji. Rzeczywiście, póki co grupa praw, w kontekście których powołano się w orzecznictwie na efektywny środek kontroli, jest dość wąska, co jednak nie podważa potencjału tej kategorii.

W oczywisty sposób do gwarancji specjalnych przynależą za to środki proceduralne przewidziane w art. 5 Konwencji. Wszystkie one służą wyłącznie zapewnieniu prawa do wolności, co też podkreślane jest w strasburskim *case law*. Pozostałe gwarancje specjalne składają się na szeroko rozumiany rzetelny proces sądowy, chociaż sam Trybunał odmawia wywiedzenia środków przewidzianych w Protokole nr 7 z koncepcji rzetelnego procesu z art. 6 ust. 1 Konwencji. Wśród tych gwarancji można wyróżnić dalej gwarancje rzetelnego procesu w sprawach cywilnych (art. 6 ust. 1) oraz gwarancje rzetelnego procesu w sprawach karnych (art. 6 ust. 1-3 oraz art. 7 Konwencji, a także art. 2-4 Protokołu nr 7). Trzeba też dodać, że choć art. 5 nakierowany jest na swój własny cel i choć orzecznictwo nie zaadaptowało w pełni na gruncie jego ust. 3 i zwłaszcza 4 wszystkich wymogów z art. 6, to przecież w swym proceduralnym wymiarze przepis ten chroni także rzetelny proces¹⁴⁸.

Można w tym miejsce zapytać, czy faktycznie prawidłowe jest klasyfikowanie art. 6 do grupy gwarancji specjalnych. Przepis ten ma przecież, z jednej strony zakres szerszy od art. 13, bowiem dotyczy nie tylko konwencyjnych praw i wolności, ale wszelkich praw i obowiązków o charakterze cywilnym oraz oskarżeń w sprawach karnych. Jednak z punktu widzenia samych uprawnień chronionych w systemie EKPC – a taki jest punkt odniesienia w tym artykule – jego stosowanie wobec nich, przeciwnie niż art. 13, napotyka na konstrukcyjny problem z ich cywilnym i karnym charakterem. Ta terminologia, odwołująca się wszak do prawa krajowego, pokazuje też wyraźnie, że art. 6 nie był przewidziany do takiej generalnej ochrony – choć oczywiście wyobrażalne jest takie zreinterpretowanie kategorii praw cywilnych, by pomieścić w niej wszystkie prawa i wolności z Konwencji i protokołów dodatkowych.

Na koniec trzeba zauważyć, że możliwość grupowania gwarancji specjalnych pokazuje ponadto inną cechę ich zbioru – mianowicie to, że są wśród nich gwarancje główne i ciężące do nich gwarancje akcesoryjne (np. prawo

¹⁴⁸ Por. np. N. Ademović, *Bosnia and Herzegovina: The Right to Liberty and Security of the Person through Relevant Case Law*, „Review of Central and East European Law 2007”, nr 32, s. 389.

do sądu w sprawach karnych z art. 6 ust. 1 i ciążące do niego gwarancje z Protokołu nr 7 albo prawo do obrony i ciążące do niego pozostałe gwarancje z art. 6 ust.3 Konwencji).

THE BASES OF THE OBLIGATION TO ESTABLISH AND APPLY THE DOMESTIC PROCEDURAL GUARANTEES IN THE SYSTEM OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

Keywords: European Convention on Human Rights, case law of the European Court of Human Rights, procedural guarantees, positive obligations, test of legality, test of necessity

Summary

The paper is dedicated to „the domestic procedural guarantees in the system of the European Convention on Human Rights (ECHR)”. This notion refers to all legal remedies and measures applying at national level to protect the rights and freedoms set forth in the Convention or protocols thereto, provided that these remedies and measures have a legal basis in the Convention or protocols thereto. Binding, primary and self-contained bases of the obligation to establish and apply the domestic procedural guarantees are founded on articles 5, 6, 7, 13 of the Convention and articles 2, 3, 4 of the Protocol No. 7 to the Convention, as well as on – being the actual but not formal – the concepts of positive obligations, test of legality and test of necessity, developed in the case law of the European Court of Human Rights. The paper systematizes the guarantees in question and discusses the causes of the multiplicity of their legal bases in the system of the Convention.