

C. Mik, K. Gałka (red.), *Między wykładnią a tworzeniem prawa. Refleksje na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i międzynarodowych trybunałów karnych*, Toruń 2011, ss. 432

Druga połowa XX w. cechowała się intensywnym rozwojem i rosnącym znaczeniem sądownictwa międzynarodowego. To we wskazanym pięćdziesięcioleciu utworzono Europejski Trybunał Praw Człowieka czy Europejski Trybunał Sprawiedliwości. Wtedy także upowszechnił się fenomen międzynarodowego sądownictwa karnego. Sięgając do współczesnych nam przykładów wskazać można przede wszystkim Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii oraz Międzynarodowy Trybunał Karny dla Rwandy. Owocem rozwoju prawa karnego międzynarodowego w ubiegłym wieku było także powołanie do życia Międzynarodowego Trybunału Karnego, którego statut przyjęto w 1998 r.

Obserwowanemu wzrostowi znaczenia sądownictwa międzynarodowego towarzyszyło daleko idące przeobrażenie sytuacji prawnomiędzynarodowej jednostki. Intensywny rozwój idei praw człowieka sprawił, że stała się ona podmiotem a nie przedmiotem stosunków międzynarodowych. Na podkreślenie zasługuje, że obecnie jednostka nie tylko może skutecznie bronić należnych jej praw i wolności przed organami międzynarodowymi, ale pośrednio przyczyniać się także do istotnych przeobrażeń w krajowych porządkach prawnych. W kontekście europejskim jest to szczególnie widoczne na przykładzie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Efektem kontroli przestrzegania praw człowieka przez Trybunał strasburski – inicjowanej w zasadzie wyłącznie skargami indywidualnymi¹ – może być nie tylko stwierdzenie naruszenia Konwencji Europejskiej i zasądzenie słusznego zadośćuczynienia na podstawie art. 41 tego traktatu, ale także wznowienie postępowania przed sądami

¹ Skarg międzynarodowych w ponad pięćdziesięcioletniej historii funkcjonowania Trybunału było raptem kilkanaście.

krajowymi czy nawet modyfikacje krajowego ustawodawstwa lub praktyki orzeczniczej. Jednostka dysponuje zatem bardzo realnym instrumentem umożliwiającym kontrolę działań państw-stron Konwencji.

Powstanie sądów międzynarodowych, w tym zajmujących się problematyką naruszeń praw człowieka, przeniosło jednak na poziom międzynarodowy podstawowe dylematy wiążące się z określeniem roli sędziego jako podmiotu stosującego prawo. W największym skrócie streścić je można w pytaniu czy sędzia, o ile to w ogóle możliwe, powinien być wyłącznie „ustami ustawy”, czy też ma on pewną, wymagającą określenia, sferę dyskrecjonalności w jej interpretacji. Rozstrzygnięcia wymagają zatem m.in. kwestie dopuszczalności odstępstw od prymatu wykładni językowej czy też możliwość oraz granice dynamicznej interpretacji tekstu prawnego. Warto ponadto zauważyć, że transfer problematyki aktywizmu sędziowskiego na poziom międzynarodowy nawet wyostrzył kontrowersje, z którymi teoria i filozofia prawa zmagają się na poziomie lokalnych systemów prawnych. O ile bowiem przed sądami krajowymi sędzia najczęściej orzeka przede wszystkim na gruncie, jednak dość szczegółowych, unormowań prawnych (w większości aktów o randze ustawowej), o tyle w realiach sądownictwa międzynarodowego podstawą podejmowanych rozstrzygnięć są konwencje międzynarodowe. Te zaś, już choćby z racji swego charakteru a także negocjacyjnego sposobu przyjmowania, bardzo często operują sformułowaniami niedookreślonymi czy klauzulami generalnymi. To zaś sprawia, że swoboda orzecznicza sędziów międzynarodowych jest generalnie szersza niż w przypadku sędziów sądów krajowych.

Zarysowane powyżej tło jest przedmiotem badań autorów, których opracowania znalazły się z recenzowanej książki. Stanowi ona zbiór referatów wygłoszonych w trakcie II Warszawsko-Toruńskiego Kolokwium Naukowego Praw Człowieka i Międzynarodowego Prawa Humanitarnego, które odbyło się w dniach 10–11 grudnia 2009 r. w Warszawie. Trudu zebrania referatów i ich opracowania redakcyjnego podjęli się organizatorzy Kolokwium w osobach prof. dr hab. Cezarego Mika oraz mgr Katarzyny Gałki. Na marginesie uwag o recenzowanej publikacji, warto w tym miejscu wyrazić uznanie dla idei organizowania Kolokwiów Naukowych Praw Człowieka i Międzynarodowego Prawa Humanitarnego. Truizmem byłoby stwierdzenie, że idea praw człowieka, jako jeden z kluczowych elementów dyskursu prawnomiędzynarodowego w XX i XXI w., niewątpliwie zasługuje na taką szczególną uwagę. Warto jednak podkreślić, że organizatorzy Kolokwiów – badacze zagadnień praw człowieka i prawa humanitarnego z Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie oraz Uniwersytetu im. Mikołaja Kopernika w Toruniu – nadali temu przedsięwzięciu właściwą formę. Słusznie bowiem uzna-

li, że należy połączyć posiadany potencjał badawczy i organizacyjny, aby cyklicznie organizować konferencję naukową, która będzie platformą do regularnej dyskusji o problemach praw człowieka. Z jednej strony podnosi to rangę Kolokwiów, sprzyjając zebraniu w jednym miejscu możliwie najszerszego grona uznanych badaczy problematyki praw człowieka i prawa humanitarne, z drugiej zaś przyczynia się do podnoszenia jakości prowadzonych w poszczególnych polskich ośrodkach akademickich badań naukowych. Nic bowiem nie służy walorowi tych ostatnich lepiej niż, mająca miejsce na panelach a także w kularach, konfrontacja poglądów różnych badaczy.

Opublikowanie *Między wykładnią a tworzeniem prawa. Refleksje na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i międzynarodowych trybunałów karnych* należy przywitać z satysfakcją. W pierwszej kolejności na podkreślenie zasługuje trafny wybór tematyki recenzowanej książki. Redaktorzy książki w jej tytule uwypuklili istotę kluczowego problemu, przed którym stoi sądownictwo międzynarodowe. Można go lapidarnie sformułować właśnie jako pytanie, czy zabiegi intelektualne podejmowane przez sędziów trybunałów międzynarodowych są jeszcze wykładnią prawa, czy też może jest to już jego tworzenie. Problem to doniosły, gdyż niezależnie od tego, jak szczytne miałyby być cele prawotwórstwa sądów międzynarodowych – w szczególności efektywna ochrona praw człowieka – trudno nie zgodzić się, że takie podejście w procesie stosowania prawa niesie, niezależnie od jego oceny, zagrożenia. Wskazać można przede wszystkim na dwa z nich. Po pierwsze, kreatywności interpretacyjnej z natury rzeczy towarzyszy często zmienność a w konsekwencji niespójność wydawanych rozstrzygnięć. Liczne analizy doktrynalne szczegółowych zagadnień poruszanych w orzecznictwie sądów i trybunałów międzynarodowych są tego niezbitym dowodem. Wyłącznie tytułem przykładu przytoczyć można w tym miejscu fluktuacje w podejściu do, kluczowego w swej istocie, zagadnienia właściwości temporalnej Trybunału strasburskiego². Po drugie, omawiane podejście niesie ze sobą dość dużą dawkę nieprzewidywalności. W konsekwencji zaś powstaje swoisty paradoks, który widoczny jest wyraźnie w przypadku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W imię poszanowania i skuteczności unormowań konwen-

² Por. dotyczące tego tematu i zawarte w recenzowanej książce rozważania M. Wąsek-Wiaderek. Por. też interesujące wywody I.C. Kamińskiego w: I.C. Kamiński, *Właściwość czasowa (ratione temporis) Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu w sprawach dotyczących prawa do życia – uwagi na kanwie „skarg katyńskich”* [w:] *Europejska konwencja praw człowieka i jej system kontrolny – perspektywa systemowa i orzecznicza*, red. M. Balcerzak, T. Jasudowicz, J. Kapelańska-Pręgowska, Toruń 2011, s. 333–357.

cyjnych Trybunał strasburski wywodzi bowiem z Konwencji Europejskiej obowiązki, które trudno uznać za wynikające, nawet pośrednio, z jej literalnego brzmienia. Czyniąc tak Trybunał strasburski godzi jednak w podkreślaną przez siebie i wymaganą od państw-stron Konwencji, choćby na gruncie art. 7 Konwencji, wartość jaką jest przewidywalność prawa (*foreseeability*). Stawia bowiem przed stronami Konwencji wymogi, które nie zawsze są możliwe do ustalenia zanim zapadnie precedensowe rozstrzygnięcie w danej kwestii. To zaś w konsekwencji może osłabiać motywację państw do rozszerzania ochrony praw człowieka gwarantowanej na poziomie międzynarodowym.

Recenzowana publikacja zawiera, oprócz krótkiego słowa wstępnego pióra C. Mika, dwadzieścia dwa dość zróżnicowane opracowania. Ta różnorodność dotyczy w pierwszej kolejności autorów, którymi są z jednej strony uznane autorytety w dziedzinie praw człowieka oraz prawa humanitarnego, z drugiej zaś początkujący badacze zagadnień prawnomiędzynarodowych. Niejednorodna jest także tematyka poruszanych zagadnień. Jest to w decydującej mierze wynik ogólnie zakreślonych ram tematycznych publikacji, ale także dowód tego, że problem granic władzy dyskrecjonalnej sądów i trybunałów międzynarodowych ma znaczenie dla wielu aspektów funkcjonowania społeczności międzynarodowej. Dokonując próby systematyzacji zagadnień poruszanych w recenzowanej publikacji, można wskazać na trzy wiodące kwestie. Na pierwszą składają się ogólne problemy wykładni Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, które zostały poruszone przez A. Wiśniewskiego, T. Jasudowicza, J. Maliszewską-Nienartowicz oraz E. H. Morawską. Zagadnienie to stanowi swoiste wprowadzenie w szczegółowe problemy wykładni prawa międzynarodowego omawiane w książce. Drugą poruszaną kwestią są prawa proceduralne (M. Wąsek-Wiaderek, J. Skorupka, J. Skrzydło). Trzecim zaś, omówionym najszerzej wątkiem, jest zakres ochrony życia prywatnego i rodzinnego (D. Choraś, J. Czepek, T. Sokołowski, J. Rezmer, M. Balcerzak, J. Kapelańska-Pręgowska, K. Gałka, K. Karski). Poza wskazanymi zagadnieniami w publikacji poruszane są także kwestie wolności religijnej (P. Komorowski), wolności słowa (A. Regulska-Piechota), ochrony prawa własności (B. Klimek), prawa do informacji (W. Hermeliński i B. Nita) oraz problematyka orzecznictwa międzynarodowych trybunałów karnych (A. Szpak, P. Kobielski, P. Jaros).

Nie sposób w tym miejscu odnieść się, nawet w skrócie, do zawartości wszystkich wymienionych powyżej opracowań. Warto jednak podkreślić, że przynajmniej część z nich, zawierając wnikliwą analizę orzecznictwa międzynarodowego, porusza zagadnienia, którym w polskiej literaturze nie poświęcono do tej pory dostatecznej uwagi. Sięgnę w tym miejscu po dwa przykłady z zakresu praw proceduralnych. Pierwszym jest problematyka prowokacji poli-

cyjnej omówiona przez J. Skrzydło na kanwie wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach *Teixeira de Castro* przeciwko Portugalii oraz *Ramanauskas przeciwko Litwie*. Autor nie tylko przybliżył stanowisko Trybunału strasburskiego w tej materii, ale także wskazuje na jego praktyczne implikacje dla polskiego porządku prawnego. Kluczową kwestią w ramach omawianego problemu jest określenie granic legalności prowokacji policyjnej. Europejski Trybunał Praw Człowieka oraz akceptujący jego stanowisko J. Skrzydło słusznie stoją na stanowisku, które można streścić obrazowym ujęciem proponowanym przez doktrynę francuską, wyróżniającą dopuszczalną prowokację, której celem jest zebranie materiału dowodowego potwierdzającego istniejące wcześniej wiarygodne informacje o popełnieniu przestępstwa (tzw. *provocation a la preuve*) od prowokacji nielegalnej, która jest w istocie podżeganiem do przestępstwa (tzw. *provocation a l'infraction*)³. J. Skrzydło trafnie podnosi także w swoim opracowaniu inny ważny aspekt związany z prowokacją policyjną, którym jest zagadnienie dopuszczalności dowodów uzyskanych w wyniku nielegalnych działań organów ścigania. Zgodzić należy się z Autorem, że dowody takie powinny zostać uznane za niedopuszczalne. Warto jednak w tym miejscu zauważyć, że wadą polskiej kodyfikacji procesowej jest brak wyraźnego rozstrzygnięcia powyższej kwestii. Niedostatek ten jest zresztą widoczny nie tylko na tle prowokacji policyjnej, ale w ramach całości problematyki nielegalnie uzyskanych dowodów. Z tej perspektywy propozycja przedstawiona przez J. Skrzydło, aby dowód uzyskany z przeprowadzonej niezgodnie z prawem prowokacji był oddalany na podstawie art. 170 § 1 pkt 1 k.p.k. i powołania się na standard rzetelności postępowania karnego, jest jak najbardziej słuszna. Niestety zaproponowane rozwiązanie nie jest uniwersalnym remedium na pojawiające się w praktyce wątpliwości⁴. Zdecydowanie lepiej byłoby zatem, gdyby kwestia ta została jednoznacznie przez ustawodawcę rozstrzygnięta⁵.

Drugim przykładem cennego opracowania dotyczącego sfery, która w niewystarczającym stopniu była dotychczas przedmiotem analizy polskiej

³ Por. np. F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Paryż 2009, s. 384–385.

⁴ Por. postanowienie SN z 30.11.2010 r., III KK 152/10, OSNKW 2011, nr 1, poz. 8 i przytoczone w uzasadnieniu stanowiska sądów niższych instancji.

⁵ Na marginesie wskazać można, że próbę taką podjęła Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego, która w grudniu 2011 r. przyjęła projekt daleko idących zmian w Kodeksie postępowania karnego (projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw). Wśród nich znalazła się propozycja dodania do ustawy karnoprosesowej przepisu art. 168a, który brzmiałby: niedopuszczalne jest przeprowadzenie i wykorzystanie dowodu uzyskanego dla celów postępowania karnego, za pomocą czynu zabronionego.

doktryny prawa, jest artykuł M. Wąsek-Wiaderek pt. *O proceduralnych obowiązkach państwa na gruncie art. 2 i 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – wykładnia czy tworzenie prawa?* Autorka porusza w nim kluczowe aspekty procesowych uprawnień pokrzywdzonego wynikających zdaniami Trybunału strasburskiego z konwencyjnej ochrony życia ludzkiego (art. 2) oraz zakazu tortur oraz niehumanitarnego i poniżającego traktowania (art. 3). M. Wąsek-Wiaderek akcentuje ponadto dwa niezmiernie istotne problemy wiążące się wywodzeniem praw proceduralnych z art. 2 i 3 Konwencji Europejskiej. Pierwszym jest kwestia związku między materialnym naruszeniem jednego z powyższych artykułów a naruszeniem jego proceduralnego aspektu, co w dalszej konsekwencji ma doniosłe znaczenie z perspektywy oceny właściwości temporalnej Trybunału strasburskiego. Na kanwie sprawy *Šilih przeciwko Słowenii*⁶ Autorka zwraca uwagę na problematyczność wykładni Trybunału uznającego, wbrew dominującej wcześniej linii orzeczniczej, że ma on kompetencję do orzekania w przedmiocie naruszenia aspektu proceduralnego art. 2 Konwencji, nawet jeśli naruszenie materialne tego traktatu miało miejsce przed jej wejściem w życie w stosunku do kraju przeciwko któremu skierowana została skarga. M. Wąsek-Wiaderek, zgadzając się z sędziami, którzy zgłosili zdanie odrębne w tej sprawie⁷, wskazuje, że Trybunał godzi się w ten sposób na sprzeczne z zasadami prawa międzynarodowego retroaktywne stosowanie Konwencji Europejskiej. Drugą natomiast podnoszoną przez Autorkę kwestią jest problematyczność oceny efektywności postępowania krajowego przez pryzmat wymierzanych w nich sankcji. Wątpliwości M. Wąsek-Wiaderek budzi w tym miejscu wykraczanie przez Trybunał strasburski poza jego z założenia subsydiarną rolę.

Podniesione zagadnienia mają niewątpliwie ważki charakter i skłaniają do dyskusji. W obu omówionych powyżej przypadkach interpretacja Trybunału skierowana jest ewidentnie na maksymalizację ochrony praw człowieka. W odniesieniu do możliwości oceny sankcji orzekanych przez sądy krajowe podzielić należy stanowisko Autorki o konieczności zachowania wstrzeźliwości przez sędziów Trybunału strasburskiego. Skoro nie dysponują oni bezpośrednim kontaktem ze sprawą, to rzeczywiście łatwo jest oprzeć ocenę na nieprawdziwych przesłankach. Nie można jednak tracić z pola widzenia paradoksu sytuacji, w której znajduje się Trybunał. Polega ona na tym, że nie

⁶ Skarga nr 71463/01. W sprawie orzekała zarówno Izba (wyrok z 28.6.2007 r.) jak i Wielka Izba (wyrok z 9.4.2009 r.).

⁷ Byli to obecny Prezes Trybunału Brytyjczyk Nicolas Bratza oraz Riza Türmen z Turcji.

jest możliwa całkowita rezygnacja z „wymiaru kary” jako kryterium oceny spełnienia wymogów proceduralnych nakładanych na państwa przez art. 2 i 3 Konwencji Europejskiej. Taki bowiem krok powodowałby, że jakkolwiek sankcja orzekana w stosunku do osób odpowiedzialnych za naruszenie wskazanych powyżej przepisów konwencyjnych, przy założeniu braku innych uchybień, eliminowałaby możliwość negatywnej oceny wykonania obowiązku nałożonego na dane państwo. To zaś rodziłoby niestety realne zagrożenie tuszowania, z pomocą organów wymiaru sprawiedliwości, istniejących na poziomie krajowym nadużyć. Tym samym postulowana przez M. Wąsek-Wiaderek wstrzeźliwość powinna oznaczać, tam gdzie jest to konieczne, ostrożne, ale jednak wkraczanie w zakres dyskrecjonalności sądu krajowego w zakresie wymiaru nakładanej sankcji.

Analizując drugi z zaakcentowanych przez M. Wąsek-Wiaderek problemów – granic autonomiczności obowiązków proceduralnych wynikających z art. 2 i 3 Konwencji Europejskiej – stwierdzić należy, że i w tym wypadku Trybunał stoi przed niezwykle złożonym problemem. Pogląd sprzeciwiający się temporalnemu oderwaniu obowiązków proceduralnych od obowiązków materialnych ma niewątpliwie jedną niezaprzeczalną zaletę. Zakładając pierwotność elementu materialnego naruszenia Konwencji i wtórność części proceduralnej jest jednoznaczny i nie generuje problemów interpretacyjnych. Odmienne podejście jest niewątpliwie trudniejsze do uzasadnienia i prowokuje pytanie o to, jak odległe w czasie okoliczności mogłyby być pośrednio przedmiotem analizy Trybunału. Siłę perswazji stanowiska Trybunału wyrażonego przez większość składu orzekającego w sprawie *Šilih przeciwko Słowenii* osłabia także sposób jego ujęcia. Po pierwsze, Wielka Izba chyba zbyt pochopnie założyła, że autonomiczność elementu proceduralnego składającego się na ochronę gwarantowaną przez art. 2 i 3 Konwencji Europejskiej rzuca automatycznie także na ocenę właściwości temporalnej Trybunału⁸. O ile bowiem wniosek ten nie powinien budzić zastrzeżeń na poziomie możliwości stwierdzenia naruszenia aspektu proceduralnego art. 2 i 3 Konwencji przy jednoczesnym braku naruszenia art. 2 i 3 w jego wymiarze materialnym, o tyle z powyższego w żaden konieczny sposób nie wynika, że Trybunał jest właściwy temporalnie do badania naruszenia aspektu proceduralnego w sytuacji, gdy śmierć jednostki lub fakt stosowania tortur albo nieludzkiego lub poniżającego traktowania miał miejsce przed wejściem w życie Konwencji Europej-

⁸ Taka wydaje się logika rozumowania Wielkiej Izby Trybunału. Por. § 153–167 wyroku Wielkiej Izby.

skiej w stosunku do danego państwa. Trybunał bardzo mglście ujął ponadto przesłanki wymagające wzięcia pod uwagę przy ocenie, kiedy możliwe jest badanie obowiązku proceduralnego państwa przeprowadzenia efektywnego śledztwa w odniesieniu do zdarzeń mających miejsce przed wejściem w życie Konwencji Europejskiej⁹. Nie można jednak stwierdzić, że podejście przyjęte przez Europejski Trybunał Praw Człowieka zasługuje jednoznacznie na krytykę. Związanie się przez państwo Konwencją Europejską w określonym czasie z natury rzeczy rodzi musi wątpliwości odnoszące się do stanów mających miejsce zarazem przed jak i po wejściu Konwencji w życie. Dążeniu do zapewnienia efektywnej ochrony praw człowieka na pewno nie służy sytuacja, w której bez konsekwencji możliwe byłoby naruszanie praw proceduralnych tylko dlatego, że okoliczności, które są przedmiotem danego postępowania miały miejsce przed wejściem w życie Konwencji. Trudno także w tym wypadku mówić, że państwa są zaskakiwane koniecznością spełnienia obowiązku, którego nie mogły przewidzieć. Prowadzone przed sądami krajowymi postępowania, niezależnie od tego, jakich dotyczą okoliczności, powinny bowiem być rzetelne. Nie ulega jednak wątpliwości, że konieczne jest skonstruowanie możliwie precyzyjnych kryteriów decydowania, które sprawy odnoszące się do okoliczności sprzed wejścia Konwencji Europejskiej w życie, mogą być przedmiotem refleksji Trybunału.

Na zakończenie rozważań dotyczących uprawnień procesowych pokrzywdzonego w pełni podzielić należy ocenę M. Wąsek-Wiaderek, która wskazuje, iż rozwój orzecznictwa strasburskiego dotyczącego proceduralnego aspektu art. 2 i 3 Konwencji można odczytać jako próbę „zrekompensowania” ofierze przestępstwa braku wyraźnego zagwarantowania jej praw w art. 6 Konwencji. Zgodzić należy się również, że dobrym rozwiązaniem byłoby uregulowanie tej kwestii w Konwencji Europejskiej. Rozwiązałoby to bowiem wątpliwości, których rozstrzygnięcie podzieliło sędziów Trybunału w sprawie *Šilih przeciwko Słowenii*.

Podsumowując, recenzowana publikacja zasługuje na rekomendację. Zainteresować powinna nie tylko osoby zajmujące się na co dzień prawem międzynarodowym publicznym, ale także badaczy zajmujących się wykładnią prawa, procesem karnym czy szeroko pojętym prawem do prywatności. Można jedynie żałować, że od czasu II Kolokwium Warszawsko-Toruńskiego do wydania *Między wykładnią a tworzeniem prawa. Refleksje na tle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i międzynarodowych try-*

⁹ Por. § 161–163 wyroku Wielkiej Izby.

bunałów karnych upływały prawie dwa lata. Przy obecnym tempie przeobrażeń systemów prawnych do przynajmniej części artykułów w recenzowanej książce można byłoby bowiem dopisać kolejne interesujące wątki.

Wojciech Jasiński *

* Dr Wojciech Jasiński – Adiunkt, Katedra Postępowania Karnego, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii, Uniwersytet Wrocławski.