

Wykłady z „Praw człowieka”

30 maja 2020 r.

A. Granice korzystania z praw człowieka

I. Wprowadzenie

1.

Jak wiemy z dotychczasowych wykładów, wśród zasad ogólnych prawa międzynarodowego praw człowieka wyróżnić można zasadę pełnego korzystania z praw człowieka, związaną z ich interpretacją *pro homine* i *pro humanitate*. W orzecznictwie strasburskim kojarzy się z tym założenie, że w systemie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka nie chodzi o prawa iluzoryczne czy teoretyczne, lecz praktyczne i skuteczne. Rozsądnie można mówić o istnieniu domniemania na rzecz korzystania praw człowieka, domniemania dopuszczającego oczywiście przeciwdowód.

2.

Założenia powyższe potwierdza technika redagowania treści normatywnej międzynarodowo chronionych praw człowieka. Zazwyczaj treść ta jest niedwuznacznie w nich formułowana, jeśli zaś mają one podlegać w korzystaniu z nich jakimś wyjątkom czy ograniczeniom, musi to być w sformułowaniu odnośnego artykułu bądź dokumentu jednoznacznie wskazane. Wyjątków i ograniczeń nie domniemywa się, *expressis verbis* muszą one być przejawione.

3.

Irracjonalnym byłoby założenie, iż prawa człowieka czy korzystanie z nich ma charakter bezgraniczny, absolutny. Prawdy życia społecznego i

państwowego przesądzają, że trzeba dostrzegać granice korzystania z praw człowieka, umocowane w dokumentach prawa te chroniących. Nie są one jednorodne, a w ich typologii można i trzeba wyróżniać co najmniej trzy typy, a mianowicie: po pierwsze, wyjątki *ex definitione*; po drugie, limitację korzystania z praw człowieka; oraz po trzecie, derogację zobowiązań w dziedzinie praw człowieka.

II. Wyjątki *ex definitione*

4.

Mówię o wyjątkach *ex definitione* wtedy, gdy odnośne postanowienie umocowujące dane międzynarodowo chronione prawo człowieka w sformułowaniu swym wyraźnie wskazuje, że w swym stosowaniu prawo to nie dotyczy jakiejś/jakichś sytuacji bądź przewiduje jakieś wyłączenia w korzystaniu zeń przez jakąś kategorię osób. Wyjątki tego rodzaju nie mają więc charakteru generalnego, lecz wielce zindywidualizowany, w tym sensie, że dotyczą li tylko korzystania z danego prawa, w treści którego są one przewidziane, oraz danych sytuacji szczególnych specyficznym unormowanych czy kategorii osób wyłączonych lub ograniczonych w korzystaniu z danego prawa. Dlatego właściwą metodą wykładu o wyjątkach *ex definitione* jest przyjrzenie się im *in concreto* w skojarzeniu z kolejnymi składnikami katalogu międzynarodowo chronionych praw człowieka.

5.

Będzie dokonywał poniższego omówienia, kierując się unormowaniem zawartym w systemie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC), li tylko sporadycznie wskazując na odmienne unormowania w tym względzie w systemie uniwersalnym, a więc w Międzynarodowym Pakcie Praw

Obywatelskich i Politycznych (MPPOiP), i jeszcze rządziej – w Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka (AKPC). Przemawiają za tym zrozumiałe względy pragmatyczne, albowiem system europejski jest nam najbliższy i Polacy przyzwyczaili się korzystać dla dochodzenia swoich roszczeń właśnie z dobrodziejstw tego systemu.

Komentarz [TJ1]: óskiej Konwencji Praw Człowieka

II.1. Wyjątki *ex definitione*

w kontekście prawa do życia

5.

Wyjątki *ex definitione* w kontekście prawa do życia są dwojakiego rodzaju: po pierwsze, wyjątek dotyczący dopuszczalności kary śmierci; po drugie, wyjątek dotyczący granic stosowania siły mogącej skutkować pozbawieniem życia człowieka. Ten pierwszy wysłowny jest w art.2 ust.1, zd.II EKPC, ten drugi stanowi jego dość obszerny treściowo ust.2.

6.

Po stwierdzeniu w zd.I zasady prawnej ochrony życia ludzkiego, której służy domniemanie, zd.II potwierdza zakaz pozbawienia życia, ale „z wyjątkiem przypadków wykonania sądowego wyroku skazującego za przestępstwo, za które ustawa przewiduje taką karę”. Zatem, Europejska Konwencja przewidywała dopuszczalność ferowania wyroków śmierci. Nie tylko „przewidywała”; formalnie rzecz biorąc, ona nadal to przewiduje. Nie będę jednak omawiał tego wyjątku w jego pierwotnym kształcie, albowiem jest to przepis martwy, pozbawiony substancji w efekcie stopniowego rozwoju zakazu kary śmierci w systemie europejskim. I o tym rozwoju zakazu powiedzieć powinienem.

7.

Stosownie do art.6 ust.2 MPPOiP, wyrok śmierci może być wydany „jedynie za najpoważniejsze przestępstwa”, przy czym nie wolno orzekać śmierci „za przestępstwa popełnione przez osoby w wieku poniżej 18 lat”, a kary śmierci nie wolno wykonać „w stosunku do kobiet ciężarnych” (*art.6 ust.5*). Wprowadzone zostaje także postanowienie dotyczące prawa „każdego skazanego” „we wszystkich przypadkach” ubiegania się „o ulaskawienie lub zamianę wyroku” (*art.6 ust.4*). Rada Gospodarcza i Społeczna ONZ rezolucją z 1984 r. wykluczyła wykonanie kary śmierci również wobec „matek z małymi dziećmi i osób obłąkanych”.

8.

Amerykańska Konwencja Praw Człowieka wyklucza stosowanie kary śmierci „za przestępstwa polityczne lub związane z nimi przestępstwa pospolite” (*art.4 ust.4*). Poszerza personalny krąg wykluczenia kary śmierci, obejmując nim „osoby, które w momencie popełnienia przestępstwa nie ukończyły 18 lat lub ukończyły 70 lat”, wyklucza także nie tylko wykonanie, ale w ogóle stosowanie kary śmierci „wobec kobiet ciężarnych” (*art.4 ust.5*). Co istotne, *expressis verbis* wyklucza również wykonanie kary śmierci „w czasie rozpatrywania wniosku o amnestię bądź zamianę wyroku” (*art.4 ust.6*).

9.

W 1983 r. podpisano Protokół VI do EKPC w sprawie zniesienia kary śmierci. Zniesienie jej stwierdzał już art.1, który w zd.II dodawał, że „nikt nie może być skazany na taką karę”; co więcej, „ani nie może nastąpić jej wykonanie”. Co to znaczy?, jak to rozumieć? Ano, państwo, które chce protokół ten ratyfikować, zawczasu musi wyeliminować karę śmierci ze swego porządku prawnego; jako strona Protokolu musi być wolna od

widma kary śmierci. Także poniekąd retroaktywnie, jako że – zakaz wykonania kary śmierci oznacza, że w przypadku skazania na karę śmierci wcześniej, o ile nie doszło do jej wykonania do czasu ratyfikacji Protokołu, to już dojść nie może, albowiem wykonanie takiej jest prawnie zakazane. W tym sensie, Protokół „działa wstecz”, ale humanitarnie, na korzyść skazanego.

10.

Powiaza się czasem, że Protokół VI nie przyniósł pełnego zakazu kary śmierci, a jedynie zakaz takiej kary w czasie pokoju. Chodzi o to, że art.2 Protokołu VI dopuszcza „karę śmierci za czyny popełnione w czasie wojny lub bezpośredniego zagrożenia wojną”, pod warunkiem, że „kara ta będzie stosowana tylko w przypadkach przewidzianych w ustawie i zgodnie z jej postanowieniami”, o których państwo ma obowiązek powiadomić Sekretarza Generalnego Rady Europy.

11.

Mocą art.3 postanowieniom Protokołu VI nadano charakter niedogowalny. Protokół VI wszedł w życie w 1985 r. i krąg jego stron szybko się poszerzał. W 1989 r. Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku Soering pko Zj. Królestwu orzekł niedopuszczalność wydania skarżącego USA, nie tyle kierując się art.2 Konwencji, ile raczej jej art.3, a to z uwagi na zjawisko „*death row*”. Zakaz kary śmierci wywierał w ten sposób efekt eksterytorialny odnosząc się do perspektywy traktowania osoby daleko poza terytoriami państw-stron Konwencji.

12.

W 1989 r. przyjęto II protokół fakultatywny do MPPOiP dotyczący zniesienia kary śmierci, a wzorowany na Protokole VI do EKPC. W rok później protokół taki dodano do Amerykańskiej Konwencji Praw

Człowieka. W wyroku ETPC w sprawie Ocalan pko Turcji z 2005 r. Trybunał stwierdził, że Protokół VI osiągnął taki powszechny stan ratyfikacji w Europie, że można uznać jego normy za obowiązujące prawo zwyczajowe.

13.

W międzyczasie w 2002 r. przyjęto Protokół XIII do EKPC dotyczący zniesienia kary śmierci we wszystkich okolicznościach, nie wykluczając czasu wojny. Szybko wszedł on w życie, szybko też postępował proces jego dalszych ratyfikacji. Gdy w 2010 r. ETPC rozstrzygał iracką sprawę Al-Saadoon i Mufdhi pko Zj. Królestwu, poddał ocenie funkcjonowanie również tego Protokołu i stwierdził - podobnie jak w przypadku Protokołu VI – że nabrał on charakteru powszechnie w Europie wiążącej normy zwyczajowej.

14.

Art.2 ust.2 EKPC stanowi, że nie będzie sprzeczne z tym postanowieniem pozbawienie życia, „jeżeli wynika ono z użycia siły, które jest absolutnie konieczne: a/ w obronie jakiegokolwiek osoby przed bezprawną przemocą; b/ w celu dokonania zgodnego z prawem zatrzymania lub uniemożliwienia ucieczki osobie pozbawionej wolności zgodnie z prawem ; c/ w działaniu podjętym zgodnie z prawem dla stłumienia zamieszek lub powstania”.

15.

Na tle tego ustępu rozwinęło się potężne orzecznictwo strasburskie. Trybunał m.in. podkreślił, że występujący tu test konieczności jest znacząco odmienny od testu „konieczności w demokratycznym społeczeństwie”, zawartego w klauzulach limitacyjnych ust.2 art.8-11 Konwencji. Uznał również, że nie chodzi tu o przypadki zamierzonego pozbawienia życia, lecz

o sytuacje, w których śmierć stanowi nieprzewidywany wynikający z okoliczności zdarzenia przypadek, rzec można nieumyślny.

16.

W konsekwencji, Trybunał tak ściśle interpretował wymogi sytuacji „b” i „c”, że doszedł do wniosku, iż w sytuacji zatrzymania czy uniemożliwienia ucieczki bądź tłumienia zamieszek czy powstania użycie broni palnej i spowodowanie śmierci może zaistnieć li tylko, gdy okoliczności w istocie sprowadzą się do sytuacji „a”, a więc gdy np. funkcjonariusz policji czy służby więziennej będzie zmuszony użyć broni dla ratowania życia „jakiegokolwiek osoby”, czyli samego siebie bądź osoby czy osób trzecich.

II.2. Wyjątki *ex definitione*

w kontekście zakazu pracy przymusowej lub obowiązkowej

17.

W art.4 Konwencji – poza zakazem niewolnictwa i poddaństwa umocowanym w ust.1 – w ust.2 wyklucza się wymaganie od kogokolwiek świadczenia pracy przymusowej lub obowiązkowej”, podczas gdy w ust.3 stwierdza się, że pojęcie to „nie obejmuje” czterech określonych tam sytuacji. Rzec można, że to coś więcej nawet niż klasyczny wyjątek *ex definitione*, jako że tych sytuacji nie wyłącza się z zakresu zakazu, bo one po prostu w nim się nie mieszczą, znajdują się poza nim.

18.

Chodzi, po pierwsze, o „pracę wymaganą w zwyczajnym toku wykonania kary pozbawienia wolności(...) lub w okresie warunkowego

zwolnienia”, a zatem – mówiąc skrótowo – o pracę więźniów. Może ona stanowić pożądany środek rehabilitacji społecznej skazanego, może umożliwiać jego pomoc na korzyść pozostawionej rodziny, a może również przyczynić się do stworzenia funduszu, który wielce mu się przyda po odbyciu kary i ułatwi powrót do społeczeństwa (*por. art.4 ust.3.a*).

19.

Po drugie, chodzi o „jakąkolwiek służbę o charakterze wojskowym” bądź – „w krajach, które uznają sprzeciw sumienia” – „służbę wymaganą zamiast obowiązkowej służby wojskowej”. Kiedyś system obowiązkowej służby wojskowej niepodzielnie panował w krajach europejskich; obecnie coraz więcej krajów przyjmuje praktycznie model służby ochotniczej i zawodowej, nie wykluczając jednak możliwości przywrócenia służby obowiązkowej. W każdym razie od dawna w doświadczeniach państw-stron Konwencji odnotowuje się zjawisko ruchu „objektorów” (*„conscientious objector”*), a więc osób zgłaszających sprzeciw sumienia wobec służby wojskowej.

20.

Stopniowo rozwijały się różnorodne praktyki i unormowania krajowe będące pochodną tego procesu; rozwijały się też unormowania *soft-law* w systemie Rady Europy, głównie w trybie rekomendacji i rezolucji jej Komitetu Ministrów. Nie wykluczały one okresu służby zastępczej/alternatywnej co nieco dłuższego od okresu obowiązkowej służby wojskowej. Zakładały, że w sprawie uznania zasadności sprzeciwu sumienia nie mogą orzekać organy *stricte* wojskowe, a organy właściwe muszą się wykazywać pożądaną niezawisłością i bezstronnością. Coraz szerzej zaczęły się też pojawiać gwarancje drogi sądowej na rzecz zgłaszających sprzeciw sumienia.

21.

W orzecznictwie strasburskim Trybunał dość ostrożnie podchodził do skarg „objektorów”. Przez dłuższy czas postrzegał i badał je wyłącznie na podstawie art.3 ust.3.b., nawet gdy skarżący zdecydowanie stawiali zarzuty naruszenia art.9 Konwencji, w którego substancji chronionej znajduje się m.in. „wolność sumienia”. Nie był też skory do uznawania zasadności skarg na tle art.4 Konwencji. Stopniowo jednak, zwłaszcza w obecnym wieku, zaczął rozważać takie skargi z perspektywy art.9 Konwencji, aczkolwiek nadal nie był skory do nadawania zbyt wielkiego znaczenia w tym kontekście „wolności sumienia”.

22.

Owszem, uznawał sprzeciwy sumienia Świadków Jehowy. Nie był natomiast i nadal nie jest gotów uznawać sprzeciwy sumienia chrześcijan, w tym katolików. Moim zdaniem, jest to nadużycie ze strony Trybunału, jako że – jak najbardziej słusznie przecież - wykluczył swoją kompetencję w zakresie oceny religii i jej wymagań. Do religii nie wolno podchodzić sztafpowem i nie wolno też wykluczać ani lekceważyć osobistego wymiaru religii, w ramach którego sprzeciw sumienia wobec przymusowej służby wojskowej może się okazać jak najbardziej zasadny.

23.

Odnosić trzeba precedensową sprawę Thlimmenos przeciwko Grecji, w której skarżący, Świadek Jehowy, ubiegał się w konkursie o stanowisko głównego księgowego, ale – chociaż go wygrał – został wykluczony na tej podstawie, że figurował w rejestrze karnym po odbyciu więzienia za sprzeciw sumienia wobec służby wojskowej. Trybunał uznał, że takie „przestępstwo”, z uwagi na swój istotowy charakter, nie może być zrównywane z przestępstwami pospolitymi, zwłaszcza z kradzieżą,

oszustwem itp. i nie może stanowić przeszkody dla ubiegania się – jak w tym przypadku - o stanowisko głównego księgowego. Bezdusznym w tym kontekście jest niedopuszczalna.

24.

Po trzecie, chodzi o „jakiegokolwiek świadczenia wymagane w stanach nadzwyczajnych lub klęsk zagrażających życiu czy dobrobytowi społeczeństwa” (*art.4 ust.3.c*). Przy okazji warto zwrócić też uwagę, że w *art.15 ust.2* Konwencji jako prawo niederogowalne figuruje li tylko zakaz niewolnictwa i poddaństwa, nie ma tam natomiast zakazu pracy przymusowej lub obowiązkowej. Dodać też trzeba, że szczególnie w tym zakresie Trybunał odwołuje się do unormowań dwóch Konwencji Międzynarodowej Organizacji Pracy (*MOP*) nr 29 i nr 105 o zakazie pracy przymusowej lub obowiązkowej, czerpiąc z ich szczegółowych postanowień.

25.

Chodzi, po czwarte, o „jakąkolwiek pracę czy świadczenia, które stanowią część zwykłych obowiązków obywatelskich” (*art.4 ust.3.d*). Także w tym zakresie wskazania w/w konwencji *MOP* są dla orzecznictwa strasburskiego wielce przydatne. Jako tego typu „zwykłe obowiązki obywatelskie” w orzecznictwie strasburskim rozpoznawano np. w Norwegii - obowiązki świeżo upieczonych adeptów stomatologii odbycia pewnego okresu pracy na zagrożonych szkorbutem obszarach polarnych; także obowiązki aplikantów adwokatury co do świadczenia usług w charakterze obrońcy z urzędu, obowiązki pracodawców co do udziału w ściąganiu podatków od wynagrodzeń, wreszcie – na Malcie – obowiązek zasiadania w sądach w charakterze ławnika.

II.3. Wyjątki *ex definitione*

a prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego

26.

Raczej nie spotyka się postrzegania art.5 Konwencji z perspektywy wyjątków *ex definitione*. Faktem jest jednak, że substancja chroniona tego prawa zawiera się w pierwszych sformulowaniach jego ust.1: „Każda osoba ma prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Nikt nie będzie pozbawiony swojej wolności(...)”. Cała dalsza, jakże obszerna treść art.5, nie tylko jego ust.1, ale także dalszych ust.2-5, rozpoczynająca się od jakże wymownego zwrotu „z wyjątkiem”, może być i chyba powinna być postrzegana jako wielki wyjątek *ex definitione*. Bogate i precyzyjne unormowanie przypadków pozbawienia wolności, gwarancyjnie rzecz biorąc, jest istotne dla wyjściowego prawa do wolności i bezpieczeństwa osobistego. Ono nadal gwarantuje w pełni bezpieczeństwo osobiste, aczkolwiek liczy się z poważnym ograniczeniem wolności - jest przecież „pozbawieniem wolności”, aczkolwiek wcale nie absolutnym.

27.

Na gwarancje zawarte w art.5 Konwencji można by spojrzeć jako na gwarancje przeszkadzające pozbawieniu wolności (*art.5 ust.1 a-f, ust.2 i ust.3*), albo/i gwarancje umożliwiające odzyskanie wolności (*art.5 ust.4, częściowo też ust.3*). Osobiście, odczuwam niedosyt; mam oto wrażenie, że skupienie całej prawie uwagi orzecznictwa – nie tylko, choć także strasburskiego - na detalach pozbawienia wolności powoduje, iż za mało uwagi się poświęca i zbyt nikle jest rekonstruowanie zasadniczych dla tego postanowienia kategorii, właśnie „wolności i bezpieczeństwa osobistego”.

Jakby wyjątek zastąpił i zepchnął na dalszy plan czy zgoła wyeliminował zasadnicze prawo.

II.4. Wyjątki *ex definitione*

w kontekście prawa do słusznego procesu

28.

Bardzo bogaty w treści normatywne, art.6 ust.1 Konwencji gwarantuje każdemu prawo do słusznego i publicznego rozpatrzenia jego sprawy w sporach co do „praw i obowiązków o charakterze cywilnym” albo co do „zasadności oskarżenia...przeciwko niemu w sprawie karnej”. Formuluje też wymóg publicznego ogłaszania wyroku, ale również przewiduje typowy wyjątek *ex definitione*, stanowiąc, że „prasa i publiczność mogą być wyłączone z całości lub części rozprawy sądowej ze względu na interesy moralności, porządku publicznego lub bezpieczeństwa narodowego w demokratycznym społeczeństwie, w sytuacji, gdy wymaga tego interes nieletnich lub ochrona życia prywatnego stron albo też w okolicznościach szczególnych, kiedy jawność byłaby ze szkodą dla interesów wymiaru sprawiedliwości”.

29.

Tak więc, rozprawa publiczna jest zasadą, jako że zawarty jest tam standard „publicznego rozpatrzenia sprawy”, natomiast odbywanie rozprawy za drzwiami zamkniętymi (*in camera*) prawnie przewidzianym i dość szczegółowo określonym wyjątkiem. Warto zauważyć, że katalog celów, ze względu na które jawność rozprawy może zostać wyłączona, dość wiernie przypomina katalog celów prawowitych w klauzulach limitacyjnych ust.2 art.8-11 Konwencji. Szerzej o tym będziemy mówić przy okazji prezentowania mechanizmu limitacji korzystania z praw człowieka.

**II.5. Wyjątki *ex definitione*
a zakaz retroakcji prawa karnego**

30.

W art.7 ust.1 Konwencji wyklucza się uznanie kogokolwiek „za winnego popełnienia czynu zabronionego w wyniku działania lub zaniechania, które według prawa krajowego lub międzynarodowego nie stanowiło czynu zabronionego w czasie jego popełnienia”. Wyklucza się także wymierzenie „kary surowszej od tej, która można było wymierzyć w czasie, gdy czyn zabroniony został popełniony”. Jednakże w ust.2 wyraźnie dopuszcza się „sądzenie i karanie jakiegokolwiek osoby za działanie lub zaniechanie, które w czasie popełnienia było zabronione według zasad ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizowane”.

31.

Można to postanowienie postrzegać jako wyjątek *ex definitione* od zasady nieretroakcji prawa karnego. *Ratio legis* odstępstwa od zasady *lex retro non agit* w sferze karnej wynikało z chęci uniemożliwienia wykorzystywania zakazu z art.7 ust.1 dla ścigania i karania zbrodni wojennych z okresu II wojny światowej i rzeczywiście w takim sensie art.7 ust.2 w orzecznictwie strasburskim zafunkcjonował. Gdy jednak na początku obecnego wieku doszło do skarg, głównie przeciwko państwom bałtyckim, w kontekście pociągania przez nie do odpowiedzialności za czyny z czasu II wojny światowej, Trybunał nie badał tych spraw na podstawie art.7 ust.2 Konwencji, lecz na podstawie jego ust.1.

32.

Wyjątek okazywał się zatem zbędny, skoro wystarczał sam ust.1. I chyba słusznie, bo – moim zdaniem – zagadnienie zakazanej retroakcji w ogóle nie wchodziło w grę, jako że normy odpowiedzialności za zbrodnie wojenne kształtowały się już wcześniej, a unormowanie Porozumienia Londyńskiego i dołączonej doń Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego (*Trybunału Norymberskiego*) z 1945 r. miało charakter kodyfikacyjny i nie naruszało zasady *lex retro non agit*. Szkoda, że Trybunał Strasburski mocniej tego nie zaakcentował.

II.6. Wyjątki *ex definitione* w kontekście wolności ekspresji

33.

W art.10 ust.1 Konwencji umocowana jest wolność ekspresji, obejmująca „wolność poglądów oraz otrzymywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe”. W jego zd. II stwierdza się jednak, że artykuł ten „nie stoi na przeszkodzie udzielaniu przez państwa zezwoleń (*licencji*) dla przedsiębiorstw radiowych, telewizyjnych i kinematograficznych”. W efekcie, wolność ekspresji przemienia się wyjątkowo w tytuł państwa do normowania działalności radiowej, telewizyjnej i kinematograficznej. Nie godzi to w wolność prasy. Z orzecznictwa strasburskiego wynika, że organy konwencyjne starały się dość wąsko interpretować ten wyjątek, by nie godzić zanadto w zasadę wolności wypowiedzi, by nie pozbawić istoty substancję chronioną wolności ekspresji, tak silnie zależną od swobody działalności mediów masowych.

II.7. Wyjątki *ex definitione*

w kontekście wolności zgromadzeń i zrzeszania się

34.

W art.11 ust.1 Konwencji umocowana jest wolność „pokojowego zgromadzania się” oraz „swobodnego zrzeszania się z innymi, włącznie z prawem tworzenia i przystępowania do związków zawodowych dla ochrony swych interesów”. W jego ust.2 zamieszczona została typowa klauzula limitacyjna, po której wysłowieniu dodaje się, iż artykuł ten „nie stoi na przeszkodzie nakładaniu zgodnych z prawem ograniczeń na korzystanie z tych praw przez członków sił zbrojnych, policji lub administracji państwowej”.

35.

Jedyny to przypadek w systemie Konwencji, w którym nakładają się niejako formuły klauzuli limitacyjnej i wyjątku *ex definitione*. Także w tym zakresie Trybunał stara się o wąską interpretację tego wyjątku, by nie pozbawić esencji samą istotę ograniczanej w ten sposób wolności. Nie dopuszcza zatem jakichkolwiek generalnych wykluczeń wojska, policji, służb pokrewnych czy administracji państwowej z korzystania z wolności pokojowych zgromadzeń i zrzeszania się, w tym z wolności związkowej. każdy przypadek tego rodzaju ograniczeń poddaje skrupulatnemu zbadaniu, uwzględniając w istocie – podobnie jak przy limitacji – testy legalności, celowości i konieczności w demokratycznym społeczeństwie.

II.8. Wyjątki *ex definitione* w kontekście ochrony własności

36.

Standardy ochrony własności zawarte są w art.1 Protokołu I do Konwencji. Jego treść obejmuje dwa graficznie wyróżnione akapity, nazywane zazwyczaj – acz bezpodstawnie – ustępami. Taką też terminologię przyjmę dla potrzeb niniejszego wykładu. Obfite orzecznictwo strasburskie na kanwie tego artykułu postrzega jego treść jako obejmująca trzy normy, z których pierwszą kojarzy z ust.1 zd.I, drugą - z ust.1 zd.II, zaś trzecią - z ust.2. Ta pierwsza, mająca charakter generalny, wyraża zasadę niezakłóconego korzystania ze swojego mienia; druga określa warunki dopuszczalnego pozbawienia własności, trzecia zaś ustala prerogatywy państwa służące zapewnieniu korzystania z własności zgodnie z interesem powszechnym.

37.

Nie jest to ściśle określenie zasady pierwszej, jako że w jej skład należy też zaliczyć pierwszy człon zd.II w ust.1. W takim ujęciu zasada brzmi: „Każda osoba fizyczna i prawna ma prawo do niezakłóconego korzystania ze swojego mienia. Nikt nie może być pozbawiony swojej własności(...)”. Zatem, zasada niezakłóconego korzystania ze swojego mienia zostaje uzupełniona i wzmocniona zakazem pozbawienia własności.

38.

Pierwsza norma wyjątkowa, będąca normą drugą w strukturze art.1 Protokołu I, przyjmuje postać formuły: „chyba że wymaga tego interes publiczny i na warunkach przewidzianych przez prawo oraz zgodnie z ogólnymi zasadami prawa międzynarodowego”. Trybunał, badając przypadki pozbawienia mienia, sprawdzał test legalności („na warunkach przewidzianych przez prawo”) i swoisty test celowości (*kojarzony z owym „interese publicznym”*), zaś z „ogólnych zasad prawa międzynarodowego” wywiódł obowiązek odszkodowania, początkowo odnoszony li tylko do przypadków pozbawienia mienia cudzoziemców (*bo tego dotyczyły owe „zasady prawa międzynarodowego”*), a potem rozciągając ten wymóg także na obywateli.

39.

Druga norma wyjątkowa, będąca normą trzecią w strukturze art.1, uznaje „prawo państwa do wydawania takich ustaw, jakie uzna ono za niezbędne dla kontroli korzystania z własności, zgodnie z interesem powszechnym lub w celu zabezpieczenia ściągania podatków albo innych należności lub grzywien”. Chodzi więc o uznaną kompetencję legislacyjną państwa, która zarazem zapewnia test legalności, powiazaną z testem celowości, który wyraża się w owym wymogu „interesu powszechnego”.

40.

Norma ta przedstawia się jakby dwudzielnie, bo obejmuje nie tylko „kontrolę korzystania z własności zgodnie z interesem powszechnym”, ale także „zabezpieczenie ściągania podatków albo innych należności lub grzywien”. Wszystko to – i kontrola korzystania z własności, i ściąganie podatków, należności lub grzywien – podlega skrupulatnemu badaniu Trybunału, wraz ze stosowaniem testu legalności, celowości i konieczności. Zatem, nie jest to suwerenna, nie podlegająca kontroli Trybunału

prerogatywa państwa, lecz składnik normatywnego mechanizmu ochrony własności.

41.

Co istotne, wielokrotnie Trybunał ma kłopoty z precyzyjnym zakwalifikowaniem danego przypadku pod normę drugą bądź trzecią; zdarza się więc, że jednocześnie uwzględni jedną i drugą z tych norm. Co więcej i co jest jeszcze bardziej istotne, regularnie podkreśla, że normy wyjątkowe – a więc normy druga i trzecia – winny być interpretowane i stosowane w świetle normy pierwszej, a więc dominującej zasady. Nieraz Trybunał rozpatrzy takie przypadki właśnie na podstawie normy pierwszej, gwarantującej niezakłócone korzystanie z własności. Potwierdza to zasadność postrzegania norm drugiej i trzeciej jako wyjątków *ex definitione* spośród standardów ochrony własności w systemie EKPC.

II.9. Wyjątki *ex definitione*

w kontekście zasady *ne bis in idem*

42.

W art.4 ust.1 Protokołu VII umocowana jest zasada *ne bis in idem*, a konkretnie zakaz podwójnego ścigania, sądzenia i karania kogokolwiek za przestępstwo, za które został on już „prawomocnie skazany bądź uniewinniony”. W sformułowaniu tekstu jest wyraźnie mowa li tylko o zakazie „ponownego sądzenia lub ukarania”; orzecznictwo strasburskie jednak – i jak najbardziej słusznie – objęło nim także stadium ponownego ścigania. Prawo to jest na tyle istotne, że nadano mu charakter prawa niederogowalnego (*por. ust.3*).

43.

W ust.2 natomiast dołączono postanowienie, które można kwalifikować jako wyjątek *ex definitione*. Na jego podstawie, zasada *ne bis in idem* „nie stoi na przeszkodzie wznowieniu postępowania zgodnie z prawem i procedurą karną danego państwa, jeżeli wyjdą na jaw nowo odkryte fakty lub jeśli w poprzednim postępowaniu popełniono zasadniczy błąd, który mógł mieć wpływ na wynik sprawy”. Wznowienia postępowania nie traktuje się jako jego podwojenia, czy ponowienia. Wznowienie jest mimo wszystko ciągiem dalszym postępowania, pomimo jego – pozornie – wcześniejszego prawomocnego zakończenia. Prawomocność rozstrzygnięcia jest skażona i zostaje podważona.

II.10. Wyjątki *ex definitione*

a ochrona praw cudzoziemców

44.

Stosownie do art.1 Konwencji, państwa-strony zapewniają prawa i wolności chronione w jej systemie „każdej osobie podlegającej ich jurysdykcji”, a więc także cudzoziemcom. Tymczasem, mocą klauzuli generalnej zawartej w jej art.16 upoważnia się państwa-strony do „nakładania ograniczeń w zakresie działalności politycznej cudzoziemców” w kontekście art. 10 (*wolność ekspresji*), art.11 (*wolność pokojowych zgromadzeń i zrzeszania się*) oraz art.14 (*zakaz dyskryminacji*). W praktyce państwa-strony raczej unikają powoływania się na ten artykuł, który praktycznie jest martwą literą, niemniej jednak na wszelki wypadek jest istotnym zabezpieczeniem interesów politycznych państwa.

45.

Z perspektywy ochrony praw cudzoziemców jako zasady, można postrzegać w charakterze wyjątku *ex definitione* postanowienie art.5

ust.1”F” Konwencji, który dopuszcza „zgodne z prawem zatrzymanie lub aresztowanie osoby w celu zapobieżenia nielegalnemu wkroczeniu na terytorium państwa albo osoby, przeciwko której postępowanie o wydalenie lub ekstradycję jest w toku”.

46.

Z legalnym przebywaniem cudzoziemców na terytorium państwa kojarzy się zasada ich niewydalania, która w art.1 Protokolu VII do Konwencji formułuje wyjątek *ex definitione*, dopuszczając wydalenie cudzoziemca „w wyniku decyzji zgodnej z prawem” i pod warunkiem, że „będzie miał możliwość: a/ przedstawienia powodów przemawiających przeciwko jego wydaleniu; b/rozpatrzenia jego sprawy; c/ bycia reprezentowanym dla tych celów przed właściwym organem albo osobą lub osobami wyznaczonymi przez ten organ”.

47.

Od tego wyjątku, zaopatrzonego – jak widzimy – w zespół gwarancji na korzyść wydalanego cudzoziemca, istnieje kolejny wyjątek *ex definitione*, zawarty w ust.2 i dopuszczający wydalenie cudzoziemca przed wykorzystaniem jego praw wynikających z ust.1. „jeżeli jest to konieczne w interesie porządku publicznego lub uzasadnione względami bezpieczeństwa narodowego”.

**II.11. Wyjątki *ex definitione*
w kontekście derogacji zobowiązań
w dziedzinie praw człowieka**

48.

W art.15 Konwencji zawarty jest mechanizm derogacji zobowiązań w dziedzinie praw człowieka. Będziemy go w stosownym miejscu dokładniej omawiać. Tu ograniczę się do wskazania, że w jego ust.1 unormowane są warunki prawne dokonywania derogacji zobowiązań, a więc jakby określenie jej substancji, podczas gdy w ust.2 wskazane są prawa nie podlegające derogacji w ogóle, czyli innymi słowy prawa niederogowalne, a mianowicie: art.2 (*prawo do życia*), art.3 (*zakaz tortur*), art.4 ust.1 (*zakaz niewolnictwa i poddaństwa*) i art.7 (*zakaz retroakcji prawa karnego*). Można to postanowienie postrzegać jako swoisty wyjątek *ex definitione*, tym razem na korzyść człowieka i bezwzględnej ochrony wyliczonych tu jego praw.

III. Limitacja korzystania z praw człowieka

49.

Z perspektywy międzynarodowej ochrony praw człowieka państwo jako podmiot zobowiązany stoi w bardzo skomplikowanej sytuacji – musi zapewnić jednocześnie prawa człowieka należne tysiącom i milionom osób podlegających jego jurysdykcji, a ich prawa i interesy wcale nie zawsze są harmonijnie zespolone, czasem wchodzą w nieuniknione, a trudne do rozwikłania kolizje. Państwo musi równocześnie mieć na względzie prawa i interesy wielu wspólnot pośrednich: rodzin, związków i stowarzyszeń, kościołów i mniejszości. Musi też – co oczywiste – stać na straży własnych interesów państwowych i ogólnospołecznych. Nie łatwo to wszystko dostrzegać, uwzględniać, szanować i przestrzegać. Trzeba być prawdziwie dobrym gospodarzem z punktu widzenia praw człowieka.

50.

Logicznie nasuwa się wniosek o potrzebie dokonywania *ad casum* ingerencji władzy publicznej w korzystanie z praw człowieka. Liczą się z tym i uwzględniają to podstawowe dokumenty międzynarodowej ochrony praw człowieka, włączając do swych tekstów szczególne postanowienia, które nazywam klauzulami limitacyjnymi. Są one niejednorodne, reprezentują bowiem dwa odmienne typy: bądź klauzuli generalnej w danym dokumencie zawartej, a mającej znajdować zastosowanie do wszystkich jego praw; bądź klauzuli indywidualnej, będącej składnikiem treści tylko danego prawa chronionego.

51.

I tak, nawet w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (*PDPC*) z 1948 r. znajdujemy postanowienie art.29 ust.2, zgodnie z którym „W korzystaniu ze swych praw i wolności, każdy podlega jedynie takim ograniczeniom, które są określone przez prawo, wyłącznie w celu zapewnienia należytego uznania i poszanowania praw i wolności innych osób, oraz zaspokojenia słuszych wymagań moralności, porządku publicznego i powszechnego dobrobytu w demokratycznym społeczeństwie”. Jest to klauzula generalna: jedyna w Deklaracji, odnosząca się do każdego oraz do wszystkich w niej zawartych praw i wolności.

52.

Gdy spoglądamy na dalszy proces kodyfikacji prawa międzynarodowego praw człowieka, dostrzegamy, że ten typ limitacji w postaci klauzuli generalnej znajduje się li tylko w dokumentach chroniących prawa drugiej generacji, a więc prawa gospodarcze, społeczne i kulturalne, prawa w wymagalności swojej słabsze od praw pierwszej generacji, a więc praw obywatelskich i politycznych. Tak np. w art.4 Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i

Kulturalnych (*MPPGSiK*) stanowi się, że „korzystanie z tych praw(...) może być poddane przez państwo tylko takim ograniczeniom, jakie przewiduje prawo, i tylko w stopniu, w jakim jest to zgodne z istotą tych praw oraz wyłącznie w celu popierania ogólnego dobrobytu w demokratycznym społeczeństwie”.

53.

W art.31 ust.1 Europejskiej Karty Socjalnej stwierdza się, że prawa w niej chronione „nie mogą podlegać żadnym uchyleniom lub ograniczeniom(...), poza takimi, które są przewidziane przez prawo i są konieczne w demokratycznym społeczeństwie dla ochrony praw i wolności innych osób albo dla ochrony interesu publicznego, bezpieczeństwa narodowego, zdrowia lub moralności publicznej”. Zatem, w dokumencie ideologicznym, z natury rzeczy nie nastawiającym się jeszcze na mechanizm skutecznej ochrony praw, jakim była PDPC, oraz w traktatach praw człowieka II generacji (*MPPGSiK i EKS*), gdzie wchodzi w grę stopniowa realizacja płynących z nich zobowiązań, występuje dla potrzeb określenia granic limitacji klauzula generalna.

54.

I przeciwnie, w traktatach praw człowieka pierwszej generacji takiego typu klauzuli się nie uświadczy. Na jej miejsce pojawiają się indywidualne klauzule limitacyjne, towarzyszące konkretnemu prawu chronionemu, przy czym daleko nie wszystkie prawa taką klauzulą dysponują; ich większość klauzuli limitacyjnej w ogóle nie zawiera, co oznacza, że w zasadzie ingerencja władzy publicznej w korzystanie z nich jest niedopuszczalna. Z tego punktu widzenia, nie jest najszcześniejszym rozwiązaniem normatywnym generalna klauzula limitacyjna zawarta w art.31 ust.3 Konstytucji RP, „grożąca” – formalnie rzecz biorąc –

wszystkim prawom i wolnościom zawartym w rodz.II Konstytucji, nie wykluczając najbardziej absolutnych praw pierwszej generacji.

55.

Gdy przyglądamy się Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, indywidualne klauzule limitacyjne znajdujemy w ust.2 następujących artykułów Konwencji: art.8 (*prawo do poszanowania prywatności*), art.9 (*wolność myśli, sumienia i religii*), art.10 (*wolność ekspresji*) i art.11 (*wolność pokojowych zgromadzeń i zrzeszania się*) oraz w art.2 ust.3 Protokołu IV (*wolność poruszania się*). W MPPOiP takie klauzule występują w art.12 ust.3 (*wolność poruszania się*), art.18 ust.3 (*wolność myśli, sumienia i religii*), art.19 ust.3 (*wolność ekspresji*), w art.21 (*wolność pokojowych zgromadzeń*) oraz w art.22 ust.2 (*wolność zrzeszania się*).

56.

Dalsze wywody będę snuł w oparciu o mechanizm limitacji korzystania z praw człowieka w EKPC, odnosząc się równocześnie do każdej i wszystkich zawartych w niej indywidualnych klauzul limitacyjnych, posługując się wzorcem takiej klauzuli z art.8 ust.2 Konwencji, oraz wskazując – oczywiście – cechy specyficzne i odmienności w poszczególnych klauzulach.

57.

Art.8 ust.2 EKPC stanowi: „niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków, które są zgodne z prawem i konieczne w demokratycznym społeczeństwie ze względu na interesy bezpieczeństwa narodowego, bezpieczeństwa publicznego lub dobrobytu gospodarczego kraju, zapobieganie zamieszkom lub przestępczości, ochronę zdrowia i moralności oraz ochronę praw i wolności innych osób”.

58.

Dostrzegamy w tym postanowieniu specyficzną czteroczłonową strukturę, charakterystyczną dla każdej i wszystkich klauzul limitacyjnych: 1/ formuła wstępna, określająca charakter i stopień dopuszczalności ingerencji władzy publicznej; 2/ test legalności, wymagający od ingerencji jej zgodności z prawem; 3/ test celowości, wymagający od ingerencji tego, by służyła realizacji jednego lub więcej spośród wymienionego katalogu celów prawowych; 4/ test konieczności ingerencji w demokratycznym społeczeństwie. Poddamy kolejno te człony bliższemu zbadaniu i porównaniu.

59.

Formuła wstępna w art.8 ust.1 ma postać negatywną; wyraża co do zasady zakaz ingerencji („*niedopuszczalna...z wyjątkiem*”; por. „*nie podlega innym niż te*” w art.11 ust.2; *identycznie* w art.2 ust.3 Protokołu IV)). Występuje również formuła pozytywna („*może podlegać jedynie takim ograniczeniom*” – art.9 ust.2), szczególnie bogata w treści w art.10 ust.2: „*Korzystanie z tych wolności, jako pociągające za sobą obowiązki i odpowiedzialność, może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom(...)*”. W praktyce zastosowanie formuły negatywnej czy pozytywnej nie czyni żadnej różnicy w ocenie dopuszczalności ingerencji władzy publicznej - tak czy inaczej ma ona charakter wyjątkowy, a jej zasadność musi zostać dowiedziona.

60.

Test legalności wyrażony jest formułami analogicznymi, acz nie identycznymi („*zgodne z prawem*” w art.8 ust.2 i art.2 ust.3 Protokołu IV; *przewidziane przez prawo*” w art.9 ust.2; art.10 ust.2 i art.11). Nie czyni to jednak żadnej różnicy z punktu widzenia wymagań legalności. Istotne jest

to, że w strasburskiej praktyce orzeczniczej Trybunał zawsze najpierw bada test legalności i – jeżeli stwierdzi brak jego spełnienia – orzeka naruszenie danego prawa, nie badając już zwykle ani testu celowości, ani testu konieczności.

61.

Zwracam uwagę na bardzo istotny element dotyczący sposobu rozumienia czy zakresu testu legalności. Otóż, w polskich tłumaczeniach Konwencji dominuje tłumaczenie terminu „*law*” jako „ustawy”. Odpowiada też temu formuła testu legalności w owej klauzuli art.31 ust.3 Konstytucji RP, gdzie stwierdza się, że ograniczenia w korzystaniu z praw „mogą być ustanawiane tylko w ustawie”. Co więcej, dominuje pogląd, jakoby wymóg ustawowej formy ograniczeń miał wielce pozytywnie ważyć na korzyść praw człowieka i efektywności korzystania z nich. Osobiście poglądu tego nie podzielam, będąc świadom, jak bardzo w praktyce pajęczyna przepisów niższego rzędu, podustawowych, w tym tzw. prawa powielaczowego, utrudnia nam życie i ma negatywny wpływ na korzystanie z naszych praw.

62.

Tymczasem, by skutecznie z prawa korzystać muszę z powodzeniem zarzucić jego naruszenie, muszę więc wskazać przepis czy przepisy ustawowe, które zostały naruszone. W przeciwnym razie staję bezbronny; sędziowie orzekają na podstawie ustaw; gdy naruszeń ustawy się nie wskaże, zachodzi przypadek *non liquet*, sprawa nie ma szans powodzenia i nie podlega rozpatrzeniu. Wymóg ustawowej formy ograniczeń szkodzi mi, uniemożliwia mi dochodzenie wielu roszczeń.

63.

Dlatego warto uświadamiać i podkreślać fakt, że Trybunał Strasburski nadaje szerokie znaczenie pojęciu „*law*” jako „prawa”, obejmując nim nie tylko normy konstytucyjne, kodeksowe i ustawowe, ale także np. instrukcje i regulaminy wojskowe czy więzienne, choćby nie miały podstawy ustawowej, zasady *common law*, precedensy orzecznicze itd. Szuka bowiem nie nagich przepisów ustaw, lecz „prawa w działaniu”, z uwzględnieniem praktyki jego interpretacji i stosowania. Człowiek, podmiot uprawniony stoi na pewniejszym wtedy gruncie, ma o wiele szersze spektrum podstaw dla postawienia jego zarzutów. Co więcej, zdarzyć się może i niejednokrotnie w orzecznictwie strasburskim się zdarza, że w prawie krajowym nie ma w ogóle żadnego unormowania danej sfery, a skutecznie jest stawiany i dochodzony zarzut naruszenia praw człowieka.

64.

Ingerencja władzy publicznej nie tylko że ma być „zgodna z prawem”, ale prawo to musi spełniać wymagania jakościowe, by zasługiwać na miano prawa z prawdziwego zdarzenia i służyć spełnianiu testu legalności. Po pierwsze, prawo musi być dostępne, co oznacza wymóg jego publikacji i udostępnienia *ad casum*. Publikacja aktu w Dzienniku Ustaw, Monitorze Polskim, Dzienniku Urzędowym ministra czy wojewody stanowi spełnienie wymogu dostępności prawa, pod warunkiem jednak, że wszędzie i zawsze, gdzie i kiedy prawo to ma służyć uzasadnieniu ingerencji w korzystanie z praw człowieka, musi ono być dostępne konkretnie, tj. tu i teraz - wyłożone, wywieszane czy wręczone do przejrzania.

65.

Prawo musi też być wystarczająco precyzyjne, pewne i jasne, by nie rodzić niepożądanych wątpliwości, musi być przewidywalne, tzn.

umożliwiać osobie zainteresowanej orientację co do potencjalnych skutków jej określonego postępowania. W razie potrzeby winno być zapewnione odpowiednie poradnictwo prawne. Prawo musi więc być solidną opoką, musi stwarzać dogodny grunt dla opierania się na nim celem owocnego dochodzenia należnych człowiekowi praw.

66.

Z drugiej strony, z wiekowych doświadczeń wynika, że nie do osiągnięcia jest kompletność prawa; zbyt wielka ilość i kazuistyka przepisów prawnych jest niepożądana. Nieraz zachodzi potrzeba posłużenia się konstrukcją kompetencji dyskrecjonalnych. W orzecznictwie strasburskim stworzona została cała koncepcja takich kompetencji, wyposażonych w stosowne gwarancje, by nie służyć arbitralności.

67.

I tak, dyskrecjonalna kompetencja musi wynikać z czy znajdować oparcie w normie prawnej wyższego rzędu, która ją przewiduje. Prawo musi wystarczająco precyzyjnie określić obszar dopuszczalności dyskrecjonalnych kompetencji, od – do, by nie rozciągać ich poza wyznaczone prawnie granice. Prawo musi określać również sposób wykonywania kompetencji dyskrecjonalnych, by można było patrzeć na ręce odnośnych władz i sprawdzać, czy właściwie swoje kompetencje realizują. Prawo wreszcie musi zabezpieczać środki ochrony prawnej na wypadek nadużycia kompetencji dyskrecjonalnych czy naruszenia w ich wyniku należnych nam praw. Tak „oblaskawione” gwarancjami dyskrecjonalne kompetencje przestają być niebezpiecznym dla praw człowieka zjawiskiem, a mogą pozytywnie się przyczyniać do słuszności i elastyczności porządku prawnego.

68.

Badając test legalności, Trybunał sprawdza, czy ingerencja miała oparcie w prawie krajowym oraz czy wymogów tego prawa przestrzegala. Jeżeli nie miała podstawy prawnej bądź jeżeli takiej podstawy nie przestrzegala, Trybunał może już stwierdzić naruszenie prawa konwencyjnego. Może się też zdarzyć, że – owszem – ingerencja miała podstawę w prawie krajowym i wymogów tego prawa przestrzegala, tyle, że samo to prawo nie dawalo się pogodzić z wymaganiami Konwencji, a tym samym test legalności nie został spełniony. Jak widać, wielorako może dojść do stwierdzenia przez Trybunał naruszenia Konwencji już na podstawie samego testu legalności.

69.

Trybunał z kolei bada test celowości, a więc ów katalog celów prawowitych danemu prawu towarzyszący. Warto zauważyć, że katalog ten w znacznym stopniu jest zbieżny, aczkolwiek wcale nie identyczny. Zawsze, w każdej klauzuli limitacyjnej towarzyszącej króremukolwiek prawu występują w charakterze celów prawowitych: ochrona bezpieczeństwa publicznego, ochrona zdrowia i moralności oraz ochrona praw i wolności innych osób, tyle, że ten ostatni cel nabiera specyficznych odcieni w kontekście wolności ekspresji, albowiem w art.10 ust.2 jest mowa o „ochronie dobrego imienia i praw innych osób”. Wymienione względy składają się na twardy rdzeń testu celowości.

70.

Jeśli chodzi o pozostałe cele prawowite, znajdujemy więcej różnorodności. I tak, interesu bezpieczeństwa narodowego nie spotkamy w

klauzuli towarzyszącej uzewnętrznianiu wolności religii i przekonań. Swoją drogą, trochę to dziwne, albowiem niektóre - nie tylko dające się wyobrazić - formy manifestacji religii lub przekonań mogą być, moim zdaniem, niezmiernie groźne także z punktu widzenia interesów bezpieczeństwa narodowego, zwłaszcza gdy się skojarzą z działaniami terrorystycznymi.

71.

Ochrona dobrobytu gospodarczego kraju uwzględniona jest wyłącznie w klauzuli limitacyjnej prawa do poszanowania prywatności. Wiąże się to z tym, że składnikiem chronionej prywatności jest prawo do poszanowania korespondencji, autonomicznego pojęcia konwencyjnego, bardzo szeroko rozumianego, że ingerencja w tym zakresie nieraz przybiera formę inwigilacji i podsłuchu, że jej efektem jest nieraz odzyskanie znaczących sum bezprawnie zagarniętych/ukradzionych pieniędzy; że sumy te nie są obojętne właśnie z punktu widzenia dobrobytu gospodarczego kraju. Niejeden wyrok strasburski to potwierdza.

72.

W art.8 ust.2, art.10 ust.2 i art.11 ust.2 Konwencji spotykamy cel prawowity „zapobieganie zamieszkom lub przestępczości”. W pozostałych klauzulach limitacyjnych występuje odpowiadające mu szersze wskazanie na ochronę porządku publicznego (*por. art.9 ust.2 i art.2 ust.3 Protokołu IV*). Zwraca uwagę w tym zakresie fakt, że w tekście angielskojęzycznym MPPOiP po terminie „*public order*” występuje w nawiasach francuski „*ordre public*”, natomiast w tekście francuskojęzycznym po terminie „*ordre public*” występuje w nawiasach „*public order*”. Chodzi o uwzględnienie pełnej warstwy znaczeniowej tego pojęcia: i tej centralistycznej, odgórnjej tradycji francuskiej, jak i tej oddolnej tradycji angielskiej.

73.

Wzbogacony katalog celów prawowitych znajdujemy w art.10 ust.2 Konwencji, gdzie dodatkowo uwzględnia się „interesy integralności terytorialnej”, jak również „zapobieganie ujawnieniu informacji poufnych” i „zagwarantowanie powagi i bezstronności sądownictwa”. Specyfika wolności ekspresji, zagrożenia, jakie wypowiedzi mogą powodować, stwarzają konieczność ochrony integralności państwa, tajemnicy państwowej i służbowej oraz zapewnienia możliwie najdogodniejszych warunków funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Słowo jest groźne, trzeba przed nim się zabezpieczyć. Nie wystarczy li tylko kłaść akcent na wolność słowa, nie zwracając uwagi na skutki wypowiedzi.

74.

Początkowo w orzecznictwie strasburskim zakładano, że margines oceny państwa rozciąga się na pojmowanie celów prawowitych i organy konwencyjne pod tym względem nie interweniowały, szanując stanowisko państwa. Z biegiem czasu dostrzeżono, że podejście takie stwarza ryzyko nadużyć i arbitralności, grożąc skuteczności ochrony praw człowieka. Toteż zaczął Trybunał poddawać w wątpliwość przypadki powoływania się państwa na poszczególne cele prawowite, nie wykluczając wreszcie nawet tajemnicy państwowej, bezpieczeństwa narodowego czy integralności terytorialnej. W każdym razie, moim zdaniem, test celowości, uwzględniany przez Trybunał w drugiej kolejności po teście legalności – daleko nie zawsze zresztą – nadal pozostaje obszarem skutecznie niezagospodarowanym przez orzecznictwo, stosunkowo lekceważonym, pomijanym, niedopracowanym. Wiele w tym zakresie nadal jest do zrobienia.

75.

Pozostaje wreszcie do omówienia test konieczności, zawsze dookreślany za pośrednictwem zwrotu „w demokratycznym

społeczeństwie”. Zwróćmy przy okazji uwagę na to, że w klauzuli art.31 ust.3 Konstytucji RP używa się zwrotu „w demokratycznym państwie”, a to nie jedno i to samo. W takiej formule ten test nabiera bardziej etatystycznego zabarwienia, co nie jest pożądane, tym bardziej, że w interpretacji orzecznictwa strasburskiego test ten oddala się od etatyizmu, jako że pierwszym kryterium, którego spełnienia się wymaga, jest „nagła potrzeba społeczna” („*pressing social need*”), właśnie społeczna, a nie państwowa.

76.

Po drugie, Trybunał bada, czy za daną ingerencją przemawiają „relevantne i wystarczające motywy” ingerencję uzasadniające. W głośnym wyroku Vogt przeciwko Niemcom Trybunał badał, czy za dymisją nauczycielki bawarskiego liceum takie względy przemawiały. Uznał wcześniej „nagłą potrzebę społeczną”, zrozumiałą po tragicznych doświadczeniach totalitaryzmu niemieckiego i uzasadniającą przyjęcie w Ustawie Zasadniczej z 1949 r. konstrukcji „demokracji zdolnej do samoobrony”. Gotów był też uznać podwyższone obowiązki lojalności pracowników służby cywilnej (*a nauczyciele też nimi w Niemczech byli*) i uznać, że względy te były „relevantne”, ale - jego zdaniem – na pewno nie były one „wystarczające”, zważywszy na dorobek i postawę, bardzo dotąd wysoko ocenianej nauczycielki, oraz fakt, że z jej przynależności do Komunistycznej Partii Niemiec żadna indoktrynacja w jej dydaktyce nie wynikała.

77.

Kolejnym kryterium jest wymóg, by użyte środki ingerencji były proporcjonalne w stosunku do realizowanego celu prawowitego. Wymóg to na tyle istotny, że wielu badaczy zgola zastępuje testem proporcjonalności cały test konieczności, aczkolwiek ten ostatni w swojej wymowie jest o wiele

szerszy. Popelnia się zatem błąd „*pars pro toto*”. Proporcjonalność nie zastępuje testu konieczności, tym niemniej wymóg „rozsądnego stosunku proporcjonalności” pomiędzy użytymi środkami a urzeczywistnianym celem prawnym jest wymogiem kluczowym w całym teście konieczności.

78.

Ponadto, Trybunał niemal zawsze sprawdza, czy państwo pozwane, dokonując ingerencji, zapewniało „słuszną równowagę” pomiędzy interesem powszechnym wspólnoty/społeczeństwa a chronionymi prawami jednostki. Jest to szalenie ważne, bo ratuje przed groźbą uwikłania kolektywistycznego; prawa i interesy jednostki nie są składane na ołtarzu państwa czy społeczeństwa, lecz są z nimi słusznie równoważone.

Komentarz [TJ2]:

79.

Warto dodać, że wyżej uwzględnione kryteria „konieczności w demokratycznym społeczeństwie” wykraczają w orzecznictwie strasburskim daleko poza formalnie pojęte ramy limitacji korzystania z praw człowieka, a towarzyszą myśleniu i rozstrzygnięciu Trybunału co do wszelkich i jakichkolwiek granic korzystania z praw człowieka, tworząc jakby „filozofię” wytyczania takich granic. Analogiczne rozumowanie spotkamy przy okazji badania i stosowania wyjątków *ex definitione* (co już za nami) oraz derogacji zobowiązań w dziedzinie praw człowieka (co jeszcze przed nami).

80.

Na koniec warto wspomnieć o tym, że w niejednej sprawie Trybunał sprawdza jeszcze, czy w efekcie ingerencji nie dochodzi do nałożenia na zainteresowaną jednostkę jakiegoś nadmiernego czy nieznośnego ciężaru („*undue burden*”), co często się skojarzy z jej dyskryminacyjnym potraktowaniem.

81.

Na każdym z wyżej przedstawionych etapów czy podetapów badania i rozstrzygania może dojść do ustalenia przez Trybunał faktu naruszenia Konwencji: ingerencja niezgodna z prawem; brak celu prawowitego, który by uzasadniał podjęcie ingerencji; brak owej naglącej potrzeby społecznej; brak spełnienia kryterium relewantnych i wystarczających motywów ingerencji; niezachowanie rozsądnej miary proporcjonalności pomiędzy środkami ingerencji a realizowanym celem; brak zapewnienia słusznej równowagi między interesem społeczeństwa jako całości a prawami jednostki; wreszcie nałożenie na jednostkę „nienależnego ciężaru”.

II.4. Derogacja zobowiązań

w dziedzinie praw człowieka

82.

Podczas gdy limitację korzystania z praw człowieka możemy postrzegać jako powszedni, w zwyczajnym czasie funkcjonujący mechanizm ingerowania państwa/władzy publicznej w korzystanie z praw człowieka, powstaje pytanie, co się dzieje z losem tych praw w sytuacjach ekstraordynaryjnych, nadzwyczajnych, ekstremalnych. Czy prawo międzynarodowe praw człowieka udziela odpowiedzi w tej kwestii? – Okazuje się, że tak, a odpowiedzią tą jest mechanizm derogacji zobowiązań w dziedzinie praw człowieka.

83.

Normatywnie przybiera on postać generalnej klauzuli derogacyjnej, umieszczonej bądź to na początku traktatu, przed katalogiem praw na jego podstawie chronionych, jak jest to w art.4 MPPOiP, bądź też po takim katalogu, jak jest to w art.15 EKPC. W dalszym wykładzie będę uwzględniał porównawczo jedno i drugie unormowanie, nie kierując się więc - jak dotąd – unormowaniem EKPC li tylko, a to dlatego, że: 1/ unormowanie z Paktu jest pod niektórymi względami bogatsze (*kryterium niedyskryminacji oraz obfitszy katalog praw niederogowalnych*); 2/ z racji doświadczeń stanu wojennego w PRL i potrzeby jego oceny, a wtedy Polska nie była stroną EKPC, była natomiast stroną Paktu i była związana zawartą w nim klauzulą derogacyjną.

84.

W art.4 ust.1 Paktu stanowi się, że „W przypadku, gdy wyjątkowe niebezpieczeństwo publiczne zagraża życiu narodu i zostało ono urzędowo ogłoszone, państwa-strony niniejszego Paktu mogą podjąć kroki mające na celu derogację wykonywania zobowiązań wynikających z niniejszego Paktu, w zakresie ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji, pod warunkiem, że kroki te nie są sprzeczne z innymi zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego i nie pociągają za sobą dyskryminacji wyłącznie z powodu rasy, koloru skóry, płci, języka, religii lub pochodzenia społecznego”. Formuła art.15 ust.1 EKPC jest podobna, tyle, że brakuje w niej wskazania na wymóg niedyskryminacji, bogatsze jest natomiast określenie sytuacji uzasadniającej derogację, bo mówi się o „wojnie lub innym niebezpieczeństwie publicznym zagrażającym życiu narodu”.

85.

Treść klauzuli jest dopełniona określeniem w ust.2 katalogu praw nie podlegających derogacji, obejmującego w samej Konwencji Europejskiej cztery prawa., zaś w Pakcie siedem praw. W ust.3 natomiast sformułowane

są wymogi proceduralne wobec innych stron traktatu i środowiska międzynarodowego dotyczące rozpoczęcia i zakończenia stanu derogacji, bardziej precyzyjnie ujęte w Konwencji.

86.

By poznać i zrozumieć mechanizm derogacji, warto przyrzec się strukturze i elementom treści klauzuli derogacyjnej, wyróżniając: 1/ sytuację uzasadniającą przystąpienie do derogacji zobowiązań; 2/krajowe kryteria dopuszczalności tego; 3/ wymagane kryteria wyznaczające warunki prawne dopuszczalnej derogacji; 4/ swoisty w/w wyjątek *ex definitione* wykluczający z zakresu derogacji katalog praw niederogowalnych, wreszcie, 5/ międzynarodowe obowiązki proceduralne wobec środowiska traktatowego, w związku z rozpoczęciem i zakończeniem stanu nadzwyczajnego.

87.

Zanim przystąpię do kolejnego zbadania tych elementów mechanizmu derogacji, wyjaśnić powinienem pewne wątpliwości na tle samego terminu „derogacja” oraz tłumaczenia na język polski tych klauzul derogacyjnych. Otóż, najczęściej w tłumaczeniach mówi się o lub mówiło się o „zawieszeniu” praw lub zobowiązań, a zdarzało się, że nawet o ich zakończeniu czy wygaśnięciu. Koncepcja wygaśnięcia jest absolutnie nie do przyjęcia, skoro jest oczywistym, że traktat trwa, obowiązuje i podlega – aczkolwiek nie kompletnemu – wykonywaniu zobowiązań w dobrej wierze. To dyskwalifikuje jednocześnie koncepcję zawieszenia, skoro wspomniane wykonywanie zobowiązań następuje, aczkolwiek w sposób – rzecz można - derogacyjnie zmodyfikowany. Dlatego osobiście preferuję optymalne

zbliżenie do tekstów oryginalnych i stosowanie także w języku polskim zwrotu „derogacja zobowiązań w dziedzinie praw człowieka”, oznaczającego określone w klauzuli derogacyjnej odstępstwo od ich pełnego wykonywania.

88.

Pewne trudności wiążą się z rozpoznaniem owej sytuacji wstępnej uzasadniającej skorzystanie z derogacji zobowiązań. Przypomnijmy, że w Pakcie jest mowa o „wyjątkowym niebezpieczeństwie publicznym, które zagraża życiu narodu”, natomiast w Konwencji o „wojnie lub innym niebezpieczeństwie publicznym zagrażającym życiu narodu”. Z prac przygotowawczych do Paktu i Konwencji wynika, że brano pod uwagę zarówno konflikty zbrojne, międzynarodowe i nie mające charakteru międzynarodowego, a także wielkie klęski naturalne (*trzęsienia ziemi, tsunami, wybuchy wulkaniczne, powodzie itp.*) bądź katastrofy przemysłowe.

89.

Istotna była ekstremalność, wyjątkowość owego niebezpieczeństwa publicznego, dookreślona jako „zagrażająca życiu narodu”. Jedyny to raz, kiedy to w języku traktatów praw człowieka pojawia się pojęcie „narodu”, i to w wymownym połączeniu z jego „życiem” czy „istnieniem” lub „przetrwaniem” (*„life of the nation”; „survival of the nation”*). Wielce silny to akcent na powagę niebezpieczeństwa publicznego.

90.

Należy wskazać, że z perspektywy międzynarodowych standardów praw człowieka nie jest istotne, jak dane państwo kwalifikuje rodzaje czy

typy wprowadzanych przez siebie stanów nadzwyczajnych. Wszystkie i jakiegokolwiek stany nadzwyczajne muszą odpowiadać kryteriom traktatowej derogacji zobowiązań, wszystkie też muszą być następstwem zaistnienia owego „wyjątkowego niebezpieczeństwa publicznego, które zagraża życiu narodu”. Twierdzenie, jakoby w grudniu 1981 r. takie zagrożenie istniało, byłoby zwykłym naciąganiem, fałszerstwem sytuacyjnym. Z samego już tego powodu stan wojenny był nielegalny.

91.

Niestety, z tego punktu widzenia niewiele naprawiła – tak bezpodstawnie uwielbiana - Konstytucja RP z 1997 r. Przewiduje ona w art.228 ust.1 trzy rodzaje stanów nadzwyczajnych wprowadzanych „w sytuacjach szczególnych zagrożeń”, w tym: 1/ stanu wojennego – „w razie zewnętrznego zagrożenia państwa, zbrojnej napaści na terytorium RP lub gdy z umowy międzynarodowej wynika zobowiązanie do wspólnej obrony przeciwko agresji” (art.229), oraz 2/ stanu wyjątkowego – „w razie zagrożenia konstytucyjnego ustroju państwa, bezpieczeństwa obywateli lub porządku publicznego” (art.230). Nie ma to nic wspólnego z międzynarodowymi kryteriami derogacji, nie kojarzy się to zupełnie z sytuacją „zagrożającą życiu narodu”. Niczego w tym względzie nie poprawiły ustawy o stanach nadzwyczajnych z 2002 r.

92.

EKPC w art.15 nie wskazuje żadnych krajowych kryteriów dopuszczalności derogacji, podczas gdy w art.4 Paktu zaakcentowane jest „publiczne ogłoszenie” stanu nadzwyczajnego. Z orzecznictwa strasburskiego wynika jednak, że Trybunał stara się ustalić istnienie i spełnienie testu legalności, podobnie jak poszukuje spełnienia testu wcześniejszego ogłoszenia sytuacji nadzwyczajnej. To coś naturalnego dla zjawisk prawnych, a takowymi mają być jakiegokolwiek stany nadzwyczajne.

93.

Masowa rozprawa z narodem rozpoczęła się w mroźną noc z 12 na 13 grudnia 1981 r., gdy nie było jeszcze ani dekretu o stanie wojennym, ani tym bardziej jego publicznego ogłoszenia. Formalnie rzecz biorąc, nawet poranne wystąpienie telewizyjne gen. Jaruzelskiego nie może być postrzegane jako „publiczne ogłoszenie” stanu wojennego. Ofiary – nie tylko bezpośrednich akcji wojska, ZOMO i policji, ale także przerywania wszelkiej komunikacji i łączności, także tej niezbędnej w sytuacjach medycznie krańcowych (*zawały, porody, udary itp.*) - nigdy nie policzone ani dające się policzyć, wchodzi do rachunku zbrodni sprawców stanu wojennego, jego bezprawnego wprowadzenia i nieludzkiej realizacji.

94.

Co do prawnych warunków dopuszczalnej realizacji derogacji zobowiązań, wskazać trzeba na sformułowanie w klauzuli derogacyjnej swobodnego testu konieczności, jako że środki derogacyjne mają być, według art.4 Paktu, utrzymane „w zakresie ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji” (*identycznie w art.15 ust.1 EKPC*). Nie liczyły się z tym wymogiem ani kroki towarzyszące bezpośrednio wprowadzaniu stanu wojennego, ani środki tłumienia strajków w grudniu 2013 r. (*zwłaszcza tragedia Kopalni „Wujek”*), ani idące w tysiące osób fale internowań. Żadnego myślenia, a tym bardziej działania kategoriami konieczności, czy choćby proporcjonalności.

95.

Stawia się w art.4 ust.1 Paktu także warunek, że kroki derogacyjne „nie są sprzeczne z innymi zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego” (*identycznie w art.15 ust.1 EKPC*). Zauważmy, że takim innym zobowiązaniem jest choćby zobowiązanie płynące z art.22 ust.3

samego Paktu, odwołujące się do Konwencji nr 87 MOP i gwarantujące niewzruszalność wolności związkowej. Tymczasem, to właśnie ona została najbardziej brutalnie zgwałcona, tworzenie i przystąpienie do związku zawodowego NSZZ „Solidarność” potraktowano jako najcięższą zbrodnię, a tysiące związkowców, kobiet i mężczyzn, za to cierpiało w więzieniach, obozach internowania i poza nimi. Nawet „okrągły stół” 1989 r. tej bezprawnej hańby nie usunął; nie przywrócono, trwającej przecież *de facto*, a tym bardziej *de iure*, „Solidarności”; jej nowa postać „okrągłostolowa” już nie stanowił jej godnej kontynuacji. Wiem o czym mówię, bo to także historia mojego życia, a także prześladowań, które stały się moim osobistym udziałem w najnowszej Historii Narodu Polskiego. Nie przestrzegano nawet międzynarodowych standardów internowania w konflikcie zbrojnym, stosujących się do jeńców wojennych czy do osób cywilnych. Nikt nie zwracał uwagi na inne zobowiązania wynikające z prawa międzynarodowego, w tym z Konwencji MOP o wolności związkowej nr 87 i 98..

96.

Wreszcie jako ostatni z wymogów realizacji kroków derogacyjnych, stawia się warunek, by „nie pociągały one za sobą dyskryminacji wyłącznie z powodu rasy, koloru skóry, płci, języka, religii lub pochodzenia społecznego”. Zwraca uwagę znaczące okrojenie treści klauzuli niedyskryminacji. Ze względów antydyksryminacyjnych wymienionych w art.2 PDPC brakuje tu „poglądów politycznych lub jakichkolwiek innych”, „pochodzenia narodowego”, „majątku”, „urodzenia”, a zwłaszcza „jakiegokolwiek innej sytuacji”. To nie przeoczenie, stało się tak za wyraźną

wolą umawiających się państw – nie chciały w kontekście derogacji dopuścić wymagań niedyskryminacji w ich pełnym rozmiarze.

97.

Jest kwestia, czy było to dopuszczalne?, czy można tak okrawać wymogi równości i niedyskryminacji? Wielu badaczy uważa, że zasada niedyskryminacji stanowi prawo bezwzględnie obowiązujące, otwarte jednokierunkowo – można i trzeba poszerzać katalog względów antydyskryminacyjnych, a więc konkretnymi elementami zapelniać „szarą strefę”, pokrytą zwrotem „jakakolwiek inna sytuacja”; nie wolno natomiast treści klauzuli amputować, okrawać, zawężyć

98.

W Konwencji Europejskiej klauzula derogacyjna w swoim sformułowaniu w ogóle nie zawiera wymogów niedyskryminacji. Jednakże Trybunał uznał, że dotyczący niedyskryminacji art.14 Konwencji ma charakter *ius cogens* i musi być w pełni przestrzegany także w kontekście derogacji zobowiązań. Rzecz można, jest *de facto* niederogowalny.

99.

Państwo korzystające z derogacji zobowiązań i wprowadzające na swoim terytorium stan nadzwyczajny ma obowiązek niezwłocznego powiadomienia wszystkich innych stron traktatu (w *MPPOiP za pośrednictwem Sekretarza Generalnego ONZ*, w *EKPC – Sekretarza Generalnego Rady Europy*) o wprowadzeniu takiego stanu, prawach, które podlegają derogacji oraz motywach to uzasadniających. Wszystko dlatego, że inne strony mogą zakwestionować jego działania i skorzystać z

mechanizmów w danym traktacie przewidzianych (np. ze skargi międzypaństwowej). Nie wypełniła także tego zobowiązania PRL w kontekście wprowadzania stanu wojennego.

100.

Analogiczne zobowiązanie informacyjne ciąży na państwie w związku z zakończeniem stanu nadzwyczajnego. W art.4 ust.3 *in fine* stanowi się, że „państwo to zawiadomi tą samą drogą o terminie, w którym derogacja przestanie obowiązywać”. W EKPC w art.15 ust.3 *in fine* zobowiązuje się państwo bardziej precyzyjnie do poinformowania nie tylko „o tym, kiedy środki przestaną działać”, lecz także o tym, kiedy „przepisy Konwencji będą w pełni ponownie stosowane”.

101.

To bardzo istotne dopelnienie, eliminujące możliwość pozornego zakończenia stanu nadzwyczajnego. Komitet Praw Człowieka ONZ, jako traktatowy organ kontrolny Paktu, dostrzegł ten niedostatek i w swoim drugim Komentarzu Ogólnym do art.4 Paktu analogiczny obowiązek wywiódł. Warto dodać, że - kiedy w lipcu 1983 r. Sejm PRL formalnie ogłosił zakończenie stanu wojennego - jednocześnie uchwalił ustawę o szczególnej regulacji prawnej na okres wychodzenia z kryzysu społeczno-politycznego w PRL. Przygniatająca większość ciężarów stanu wojennego zachowała swoją aktualność. Z moich osobistych doświadczeń dodam, że wszystkie kolegia ds. wykroczeń i aresztowania dotknęły mnie właśnie już po formalnym zakończeniu stanu wojennego, a polityczna blokada mojego awansu – po habilitacji w 1983 r. – trwała aż do czasu okrągłego stołu 1989 r.

Komentarz [TJ3]: stwie w związku z zakończeniem stanu nadzwyczajnego