

Prawne problemy tragedii smoleńskiej

Teksty i materiały

Tadeusz
Jasudowicz
Grzegorz
Górski

Monografie
Kolegium
Jagiellońskiego

JAGIELLOŃSKIE
WYDAWNICTWO NAUKOWE



Prawne problemy tragedii smoleńskiej

Teksty i materiały

Tadeusz
Jasudowicz
Grzegorz
Górski



Monografie
Kolegium
Jagiellońskiego

JAGIELLOŃSKIE
WYDAWNICTWO NAUKOWE



Redakcja:
Grzegorz Górski

Copyright by © Grzegorz Górski

Opracowanie graficzne,
korekta, skład i łamanie:
Machina Druku

Wydawca:
Jagiellońskie Wydawnictwo Naukowe
ul. Szosa Bydgoska 50
87-100 Toruń
tel. 56 651 97 80

ISBN 978-83-65824-17-2

Druk:
Machina Druku
www.machinadruku.pl

Spis treści

Wstęp	6
Część I	
Grzegorz Górski	
Opinia w przedmiocie prawnych aspektów działania władz RP w związku z wyjaśnieniem okoliczności katastrofy samolotu w Smoleńsku w dniu 10 kwietnia 2010 roku (wykonana na zlecenie Klubu Parlamentarnego Prawo i Sprawiedliwość w maju 2010 roku)	11
1. Wstęp	11
2. Podstawowe zasady prawa międzynarodowego istotne dla niniejszej sprawy	12
3. Regulacje międzynarodowe dotyczące katastrof lotniczych	14
4. Polsko-rosyjskie porozumienie dot. ruchu samolotów wojskowych w przestrzeni powietrznej obu państw	19
5. Międzynarodowe regulacje dotyczące pomocy prawnej	21
6. Zastosowanie Kodeksu postępowania karnego dla niniejszej sprawy	23
7. Wnioski	24
8. Rekomendacje	25
Część II	
Tadeusz Jasudowicz	
1. Od tragedii katyńskiej do Tragedii Smoleńskiej – z perspektywy prawa międzynarodowego i standardów praw człowieka	28
1. Uwagi wstępne	28
2. Refleksje na temat Zbrodni Katyńskiej	30
3. Kwalifikacja prawna Zbrodni Katyńskiej	37
4. Groza Tragedii Smoleńskiej	45
5. Czy Tragedia Smoleńska może być przedmiotem skargi strasburskiej?	55

2. Dekalog pytań dotyczących Tragedii Smoleńskiej i związanych z nią śledztw	56
3. Zobowiązania Polski i Rosji w systemie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w kontekście Katastrofy Smoleńskiej i jej konsekwencji	59
1. Uwagi wstępne	59
2. Ustalenia podstawowe	60
3. Studium zobowiązań pozytywnych państwa	65
4. Opinia w związku z „Listem do prawników” w sprawie unieważnienia tzw. Raportu Millera	79
5. Pomocnik smoleński. Zestaw orzecznictwa strasburskiego dla potrzeb badania prawnych problemów Katastrofy Smoleńskiej i jej konsekwencji (wraz z indeksem przedmiotowym)	86
1. Katastrofy powietrzne	86
2. Inne wypadki i katastrofy. Śmierć w szpitalu	89
3. Pozbawienie życia w rezultacie użycia siły	111
4. Sprawy czeczeńskie	145
5. Sprawy polskie	165
6. Alfabetyczny wykaz orzeczeń	169
7. Indeks przedmiotowy	171
6. Położenie prawne Rodzin Smoleńskich w kontekście wyjaśniania Katastrofy Smoleńskiej i dochodzenia roszczeń z niej wynikających	175
1. Uwagi wstępne	175
2. Standard adekwatnego i skutecznego śledztwa	177
3. Interesy i prawa Rodzin Smoleńskich	182
4. Konkluzja	191
7. Śledztwo smoleńskie z perspektywy prawa do życia w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka	193
1. Spostrzeżenia wstępne – Katastrofa Smoleńska i „bogactwo” śledztw jej dotyczących	193

2. Zobowiązania pozytywne wynikające z art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka	197
3. Zobowiązania proceduralne wynikające z ochrony prawa do życia	201
4. Studium wybranych wymogów adekwatnego i skutecznego śledztwa na podstawie art. 2 Konwencji	204
5. Prawa rodzin ofiar w kontekście śledztwa na podstawie art. 2 Konwencji	208
6. Implikacje orzecznictwa strasburskiego dla oceny śledztw w sprawie Katastrofy Smoleńskiej	209
8. Synteza końcowa dot. prac Podkomitetu Prawnego Konferencji Smoleńskiej	215
1. Uwagi wstępne	215
2. Potrzeba prawniczego badania Tragedii Smoleńskiej i warianty jej realizacji	218
3. Śledztwo dot. Tragedii Smoleńskiej na podstawie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka	220
4. O potrzebie sformułowania skargi strasburskiej i szansach jej powodzenia	223
Bibliografia	225

Wstęp

Mamy za sobą siedem kolejnych rocznic Katastrofy Smoleńskiej; zbliża się już ósma rocznica, przypadająca na 10 kwietnia 2018 roku. Katastrofa ta – zważywszy na jej śmiertelne pokłosie w postaci straszliwej śmierci 96 osób, prawdziwej elity politycznej i wojskowej Narodu Polskiego, z Prezydentem Lechem Kaczyńskim i jego Małżonką Marią Kaczyńską na czele, jak również na wieloletnie już cierpienia Ich Bliskich (nazywam Ich Rodzina mi Smoleńskimi) – może i powinna być określana mianem Tragedii Smoleńskiej. Z kolei, uwzględniając jej mroczne okoliczności, a zwłaszcza miarę jej zafałszowania w raportach MAK-u i komisji Millera, a także odrzucenie przez Rosję jakiegokolwiek współdziałania w dobrej wierze dla wyjaśnienia jej przebiegu i jej skutków – może i powinna być nazywana także wielką Tajemnicą Smoleńską. A ponieważ wszystko zdarzyło się przy okazji lotu na obchody 70. rocznicy Zbrodni Katyńskiej, można także powiedzieć, że oto Tragedia i Tajemnica Katyńska łączy się z Tragedią i Tajemnicą Smoleńską. Nie jest wykluczone przeraźliwe pytanie – czy Zbrodnia Katyńska łączy się również ze Zbrodnią Smoleńską?!

Wiele trudu po stronie polskiej włożono w dzieło wyjaśnienia Katastrofy Smoleńskiej. Bezpośrednio po Katastrofie w maju 2010 r. Profesor Grzegorz Górski przygotował obszerną ekspertyzę na temat aspektów prawnych Katastrofy, załączoną jako pierwszy składnik do niniejszego zbioru. 10 kwietnia 2012 r. – przy okazji uroczystych obchodów na Uniwersytecie Warmińsko-Mazurskim w Olsztynie drugiej rocznicy tragicznej śmierci Tadeusza Płoskiego, w toku towarzyszącej temu Konferencji Naukowej – miałem wystąpienie „Od Tragedii Katyńskiej do Tragedii Smoleńskiej [...]” (stanowi drugi składnik zbioru). Niestety nie udało się mój plan zorganizowania w Olsztynie specjalnej konferencji naukowej, poświęconej prawnym problemom Katastrofy Smoleńskiej; rektor Uniwersytetu formalnie zakazał zorganizowania konferencji na taki temat! Platforma Obywatelska tam rządziła!

Zapewne dzięki mojemu wystąpieniu otrzymałem zaproszenie na posiedzenie Zespołu Parlamentarnego Antoniego Macierewicza, który podejmował wzmożone wysiłki na rzecz wyjaśnienia Katastrofy Smoleńskiej.

Przygotowując się do tego wystąpienia, na którym miałem przedstawić problemy prawne Katastrofy Smoleńskiej i udzielić odpowiedzi na pytania członków Rodzin Smoleńskich oraz obecnych tam posłów i senatorów, a także innych uczestników, opracowałem:

- obszerny zbiór orzecznictwa strasburskiego dotyczącego odpowiedzialności państw-stron Europejskiej Konwencji Praw Człowieka za przypadki utraty życia przy okazji klęsk i katastrof, w tym katastrof lotniczych (poz. 5 w zbiorze);
- studium zobowiązań międzynarodowych Polski i Rosji w systemie tejże Konwencji (poz. 3 w zbiorze); oraz
- studium położenia prawnego w tym zakresie Rodzin Smoleńskich (poz. 6 w zbiorze).

Jesienią 2012 r. – we współpracy ze śp. Profesorem Lechem Morawskim i Profesorem Andrzejem Zybertowiczem – podjąłem starania o zorganizowanie na Uniwersytecie Mikołaja Kopernika w Toruniu niedoszłej w Olsztynie konferencji naukowej poświęconej prawnym problemom Katastrofy Smoleńskiej. Zanim jednak przygotowania do konferencji nabrały rozmachu, dowiedziałem się o rozpoczętych w Warszawie – pod przewodnictwem Profesora Piotra Witakowskiego – pracach Konferencji Smoleńskiej i otrzymałem od niego propozycję zorganizowania Podkomitetu Nauk Prawnych jako składnika Komitetu Naukowego Konferencji Smoleńskiej. Na ile umiałem, uczyniłem to.

Na II Konferencji Smoleńskiej 22 października 2013 r. przedstawiłem problemy śledztwa smoleńskiego, a więc śledztwa, jakie powinno się toczyć w Polsce i w Rosji na podstawie art. 2 EKPC (Prawo do życia), w celu wyjaśnienia okoliczności śmierci w Katastrofie Smoleńskiej oraz rozliczenia osób w jej kontekście odpowiedzialnych, a także skargi Rodzin Smoleńskich do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w celu orzeczenia o odpowiedzialności prawnomiędzynarodowej Rosji i Polski. Dla organizatorów i uczestników Konferencji problemy prawne były mało istotne; dominowały problemy *stricte* techniczne. Miałem poczucie wielkiego niedosytu, i nie tylko niedosytu.

Ze względów zdrowotnych nie mogłem uczestniczyć w III Konferencji Smoleńskiej w 2014 roku, ale wysłałem do organizatorów naprędce przygotowany „Dekalog pytań” (poz. 2 w zbiorze) oraz moje materiały z czasu przygotowań do Zespołu Parlamentarnego, z nadzieją że wzbudzą

zainteresowanie i zostaną opublikowane w materiałach Konferencji. Niestety, tak się nie stało; chyba wzgardzono nimi.

Rok 2015 zapisał się w naszej pamięci i w naszym życiu wiekopomnymi zmianami: zwycięstwem Andrzeja Dudy w wyborach prezydenckich oraz zwycięstwem Zjednoczonej Prawicy w wyborach parlamentarnych. Powstały warunki dla powołania Komisji Badania Wypadków Lotniczych Lotnictwa Państwowego z prawdziwego zdarzenia, z zaangażowaniem w jej skład przede wszystkim znawców, przedtem sprawdzonych w Konferencjach Smoleńskich. Zanikły powody i możliwości odrębnego organizowania Konferencji Smoleńskich, aczkolwiek nie osłabło zaangażowanie i aktywność niestrudzonego Profesora Piotra Witakowskiego. W ramach rozliczania się z etapu Konferencji Smoleńskich przygotowałem jeszcze opinię w sprawie unieważnienia raportu Millera (poz. 4 w zbiorze) oraz Syntezę końcową prac Podkomitetu Prawnego Konferencji (poz. 8 w zbiorze). I tak się dopełnia treść niniejszego zbioru smoleńskiego.

Może się zrodzić pytanie: dlaczego i po co ten zbiór? Po pierwsze dlatego, że łaskawym zrządzeniem losu doszło do ponownego zbliżenia i spotkania Profesora Górskiego ze mną i radosnego skonstatowania, że nadal „idziemy razem”, z Bogiem i Ojczyzną w sercu, gotowi udzielać wsparcia polskiej „dobrej zmianie”. Po drugie dlatego, że zbliża się kolejna, ale też szczególna Rocznica Smoleńska 2018 roku: szczególna, bo przypadająca na Rok Stulecia Odrodzenia Rzeczypospolitej; szczególna, bo – miejmy nadzieję – owocująca przyjęciem Raportu Smoleńskiego i wzniesieniem Pomników Smoleńskich.

Jednakże spoglądając z perspektywy ściśle prawniczej, powodów do specjalnej satysfakcji, moim zdaniem, nie ma. Niewiele pozytywnego można powiedzieć o śledztwie prowadzonym przez prokuraturę wojewską. Niestety, pod rządami PO i PSL również niewiele pozytywnego można powiedzieć o rozmaitych – fragmentarycznych i postrzępionych – śledztwach, wszczynanych przypadkowo, *ad casum* przez różne prokuratury powszechne nie tylko w Warszawie. Bolesne jest to, że mijają dwa lata rządów Zjednoczonej Prawicy, a na prokuratorskim szlaku smoleńskim niczego budującego się nie dostrzega. W szczególności w mojej ocenie nie toczy się nadal ani w Polsce, ani – tym bardziej – w Rosji żadne śledztwo, które można by postrzegać jako realizację zobowiązania proceduralnego z art. 2 EKPC.

Mamy oto tchnienie nowego ducha do rządów „dobrej zmiany”. Mateusz Morawiecki został wczoraj zaprzysiężony na nowego premiera RP. Czy ograniczy się do gospodarki i rozwoju? Czy – oby! – wspominając wspólne z Ojcem Kornelem czasy „Solidarności Walczącej”, poczuje bolesne imponderabilia Rzeczypospolitej i nada przyspieszenia śledztwu smoleńskiemu, skutecznie też domagając się od Rosji przekazania Polsce własności i podstawowych dowodów, m.in. wraku Tupolewa.

Profesor Górski – Bogu niech będą dzięki! – powziął pomysł zorganizowania w Kolegium Jagiellońskim w Toruniu specjalnej Naukowej Prawniczej Konferencji Smoleńskiej. Oby Mu się powiodło! Na ile potrafię, pomogę Mu. Chętnie też sam w tej Konferencji wezmę udział. Bo Rana Smoleńska boli i jątrzy. Bo Rodziny Smoleńskie wciąż oczekują pomocy, Bo Najjaśniejsza Rzeczpospolita tego wymaga!

Część I

Grzegorz Górski

Opinia w przedmiocie oceny prawnych aspektów działania władz RP w związku z wyjaśnieniem okoliczności katastrofy samolotu państwowego w Smoleńsku w dniu 10 kwietnia 2010 r.

Wstęp

10 kwietnia 2010 roku około godz. 9.00 (11.00 czasu miejscowego), w okolicach lotniska pod Smoleńskiem na terytorium Federacji Rosyjskiej, rozbił się polski samolot należący do 36. pułku lotnictwa Wojska Polskiego. Wskutek katastrofy śmierć poniósł Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej Prof. Lech Kaczyński wraz z Małżonką Marią oraz blisko 100 towarzyszących Mu osób. Wśród Nich m.in. prezes Narodowego Banku Polskiego oraz najwyżsi dowódcy Wojska Polskiego.

Wydarzenie to jest bezprecedensowe w najnowszych dziejach i dlatego wszelkie ustalenia związane z wyjaśnieniem okoliczności tej katastrofy mają równie bezprecedensowy charakter.

Mimo podjęcia różnorodnych działań, zarówno przez stronę rosyjską, jak i stronę polską, już od dnia katastrofy, do dnia dzisiejszego nie została oficjalnie podana nawet dokładna godzina katastrofy.

Mnożą się różnorakie spekulacje, które muszą być naturalną konsekwencją niezliczonych „przecieków” z prac służb odpowiedzialnych za wyjaśnienie tragedii zarówno po stronie polskiej, jak i, zwłaszcza, po stronie rosyjskiej. Dość przypomnieć, że w ciągu minionych tygodni pojawiło się kilka „oficjalnych” wersji przebiegu wydarzeń oraz „symulacji” upadku samolotu, i to wersje prezentowanych przez osoby związane z rosyjskimi służbami odpowiedzialnymi za prowadzone postępowania wyjaśniające.

W tych warunkach konieczne jest wyjaśnienie szeregu kwestii natury rudymentarnej, które pozwolą zrozumieć naturę podejmowanych czynności w świetle obowiązujących norm prawnych.

Podstawowe zasady prawa międzynarodowego istotne dla niniejszej sprawy

W analizowanej sytuacji doszło do katastrofy polskiego samolotu wojskowego na terytorium Federacji Rosyjskiej (FR). W konsekwencji oznacza to, że do wszelkich zagadnień związanych z wyjaśnieniem okoliczności zdarzenia stosowane będą, oprócz regulacji polskich i rosyjskich, także odpowiednie normy prawa międzynarodowego. Konieczne jest w związku z tym wyjaśnienie zasadniczej różnicy natury obu rodzajów porządków prawnych, ma to bowiem rozstrzygające znaczenie dla oceny wszelkich działań podejmowanych bądź zaniechanych w interesującej nas sytuacji.

Prawo wewnętrzne pochodzi – co do zasady – od ustalonego w porządku konstytucyjnym legislatora, a jego egzekwowanie zabezpieczone jest przymusem państwowym oraz aparatem sądownictwa. Dlatego normy prawa wewnętrznego są – również co do zasady – bezwzględnie obowiązujące na terytorium danego państwa.

W przypadku prawa międzynarodowego normy prawne są wynikiem porozumień zawieranych przez suwerenne państwa. Nie ma zatem wspólnego legislatora, nie stoi za nimi aparat przymusu, a sądownictwo ma charakter arbitrażu.

W porządku prawa międzynarodowego zdecydowana większość norm ma charakter *ius dispositivum* (a więc są względnie obowiązujące), a tylko niewielka ich liczba ma charakter *ius cogens*, czyli norm bezwzględnie obowiązujących.

W wypadku tych norm w wyjątkowych sytuacjach dochodzi do ich egzekwowania ze wsparciem przymusu społeczności międzynarodowej (np. akcje militarne pod auspicjami ONZ czy różnych organizacji regionalnych używających przymusu – Liga Arabska, Unia Afrykańska).

Aby więc zapewnić efektywność wykorzystania (użycia) określonych norm prawa międzynarodowego, konieczna jest (oprócz sytuacji, w których możliwe jest legalne użycie przemocy) **dobra wola stron**.

Konstatacja powyższa ma fundamentalne znaczenie dla zrozumienia sytuacji, w której znalazła się strona polska w związku z tragiczną katastrofą. Jest oczywiste, że naturalnym dążeniem polskich władz winno być dążenie do jak najszybszego wyjaśnienia przyczyn i przebiegu katastrofy. Jest to istotne zarówno z uwagi na sytuację wewnętrzną, ale i z uwagi na

relacje z FR. Jest też oczywiste, że niebagatelną rolę odgrywa w całej sprawie czas. Im dłuższe, im bardziej zawite postępowanie, im więcej ciał, komisji i zespołów, im bardziej anonimowi aktorzy postępowań wyjaśniających – tym więcej miejsca na niepokój, spekulacje i powstawanie coraz to nowych koncepcji, symulacji, hipotez, interpretacji etc.

Formalnie rzecz ujmując, możliwości działania strony polskiej ograniczała i ogranicza to, że zdarzenie nastąpiło na terenie obcego państwa, i to państwa, które przywiązuje dużą wagę do poszanowania w podejmowanych działaniach swojej suwerenności.

Z drugiej jednak strony okoliczności sprawy:

- śmierć polskiego Prezydenta, postrzeganego jako jeden z głównych krytyków neoimperialnej polityki Moskwy,
- zdarzenie nastąpiło w związku z obchodami zbrodni katyńskiej, której popełnienie przez sowieckich funkcjonariuszy w ostatnich tygodniach było ponownie podawane w wątpliwą przez najwyższych rangą funkcjonariuszy FR,
- katastrofie uległ samolot rosyjskiej produkcji, który do tego został poddany w nieodległej przeszłości remontowi kapitalnemu w rosyjskiej fabryce, wreszcie
- zdarzenie nastąpiło w związku z lądowaniem na lotnisku wykorzystywanym przez armię rosyjską w sytuacji, gdy kilka dni wcześniej lądowały tam samoloty innych przywódców Polski i FR powodowały, że to strona rosyjska winna była dążyć do maksymalnej transparentności swoich działań, związanych z wyjaśnieniem tej tragedii. Na ten swoisty przymus sytuacyjny, w jakim znalazły się władze FR, zwracały uwagę wszystkie poważne media światowe już w pierwszych godzinach po zdarzeniu. Można przyjąć, że stanowisko to było również wyrazem poglądów nieoficjalnie formułowanych przez ośrodki rządowe najważniejszych państw.

Oznaczało to, że strona polska dysponowała w pierwszych godzinach i dniach od zdarzenia wielkim kapitałem, który mógł spowodować, iż **dobro wola** strony rosyjskiej pozwoliłaby na maksymalnie korzystne ustalenia dotyczące zasad działania w związku z prowadzonymi czynnościami. Fakt, że kilka godzin po katastrofie Premier Rządu RP spotkał się z Premierem Rządu FR, mógł zatem zaowocować konkretnymi, korzystnymi dla Polski ustaleniami. Pod warunkiem wszakże, że po stronie polskiej istniałyby:

- wola przejęcia odpowiedzialności za prowadzenie, albo przynajmniej współprowadzenie na warunkach równorzędnych, postępowań wyjaśniających,
- zdefiniowane, także w oparciu o przesłanki wynikające z norm prawa międzynarodowego, stanowisko w kwestiach formalno-prawnych.

Istnieją zasadnicze wątpliwości, że strona polska zdefiniowała swoje stanowisko w oparciu wskazane wyżej cele.

Nadmienić też należy, że sformułowanie takich oczekiwań od strony rosyjskiej w żadnym razie nie mogło być uznane jako wyraz braku zaufania do podejmowanych przez nią działań. Przeciwnie, zdecydowane stanowisko strony polskiej i ewentualny pełnoprawny jej współudział w działaniach strony rosyjskiej nadawałby jej w powszechnym odbiorze przymiot najdalej idącej wiarygodności.

Dodać wreszcie należy, że fakt, iż na pokładzie samolotu wojskowego znajdowali się wszyscy najważniejsi polscy dowódcy wojskowi, tworzył określone konsekwencje wynikające z przynależności Polski do Paktu Północnoatlantyckiego. Był to dodatkowy argument, który mogła wykorzystać strona polska, wskazując, że wyjaśnienie sprawy wiąże się również z naszą wiarygodnością sojuszniczą, a z drugiej strony, może podlegać ocenie sojuszu sposób postępowania strony rosyjskiej.

Wskazane wyżej przesłanki mogły odegrać fundamentalną rolę w zastosowaniu obowiązujących norm prawa międzynarodowego, a tym samym uczynić czytelnym podejmowane w kolejnych tygodniach działania zarówno strony rosyjskiej, jak i strony polskiej.

Regulacje międzynarodowe dotyczące katastrof lotniczych. Konwencja chicagowska i Załącznik nr 13 do tejże konwencji

Podstawowym aktem prawa międzynarodowego, regulującym obecnie funkcjonowanie lotnictwa cywilnego na całym świecie, jest Konwencja podpisana w Chicago w dniu 7 grudnia 1944 roku. Zarówno Rzeczpospolita Polska, jak i Federacja Rosyjska są stronami tej konwencji.

Dla sytuacji, którą poddajemy analizie, najważniejsze znaczenia ma stypulacja zawarta w przepisie art. 3 Konwencji, która brzmi: „Konwencja

stosuje się wyłącznie do cywilnych statków powietrznych, nie stosuje się zaś do statków powietrznych państwowych”, i dalej: „Statki powietrzne używane w służbie wojskowej, celnej i policyjnej uważa się za statki powietrzne państwowe”.

Jest oczywiste, że samolot polski był w rozumieniu konwencji samolotem wojskowym, a zatem uznanie, że do wyjaśnienia katastrofy stosować należy konwencję stosowaną wyłącznie do samolotów cywilnych, musiało być świadomym zabiegiem władz RP. W okresie późniejszym władze RP oświadczyły, że zgodziły się na stosowanie do wyjaśnienia tej katastrofy konwencji chicagowskiej i jej załącznika nr 13, tylko to zapewniało bowiem „sprawne prowadzenie postępowania oraz jawność jego wyników”.

Przyjęcie takiego stanowiska implikowało w konsekwencji dalsze stosowanie stypulacji zawartej w art. 26 Konwencji, że: „W razie wypadku, którego doznał statek powietrzny jednego Umawiającego się Państwa na terytorium innego Umawiającego się Państwa i który pociągnął za sobą śmierć lub poważne obrażenia albo wskazuje na istnienie poważnych usterek technicznych na statku powietrznym lub w udogodnieniach dla żeglugi powietrznej, Państwo, na którego terytorium wypadek nastąpił, wdroży dochodzenie co do okoliczności wypadku, stosując się, jak dalece jego własne ustawy na to pozwalają, do zasad postępowania zaleconych przez Organizację Międzynarodowego Lotnictwa Cywilnego. Państwu, w którym statek powietrzny jest zarejestrowany, powinno się umożliwić wyznaczenie obserwatorów, którzy byliby obecni przy dochodzeniu; Państwo prowadzące dochodzenie poda do wiadomości temu drugiemu Państwu sprawozdanie i wnioski w danej sprawie”.

Należy tu zwrócić uwagę na to, że i tak względnie obowiązująca norma prawa międzynarodowego w odniesieniu do wdrożenia dochodzenia, osłabia jeszcze bardziej pozycję państwa właściciela samolotu poprzez stypulację głoszącą, że udział w dochodzeniu obserwatorów, „powinno się umożliwić”.

W celu realizacji ww. postanowienia konwencji przyjęty został Załącznik nr 13 regulujący międzynarodowe normy i zalecone metody i zasady postępowania w związku z badaniem wypadków i incydentów statków powietrznych.

Należy jednak od razu zaznaczyć, że w Polsce w obecnej atmosferze występuje, jak się zdaje, dość powszechnie, podstawowe niezrozumienie celu, jaki formułują przepisy tego załącznika.

Otóż zgodnie z przepisem 3.1 Załącznika: „jedynym celem badania wypadków i incydentów jest zapobieganie tego typu zdarzeniom w przyszłości. Działalność ta nie ma natomiast na celu ustalenia zakresu udziału czyjejkolwiek winy albo odpowiedzialności”.

Zamieszczona we wstępnych postanowieniach Załącznika definicja pojęcia „badanie wypadku” utwierdza powyższy cel, stanowi bowiem, że jest to „proces prowadzony w celu zapobiegania wypadkom, który obejmuje gromadzenie i analizę informacji, formułowanie wniosków, ustalenie przyczyn i, jeżeli jest to konieczne, opracowanie zaleceń mających na celu zapewnienie bezpieczeństwa”.

Tak zatem władze Rzeczypospolitej Polskiej, podejmując świadomą decyzję o zastosowaniu do badania katastrofy z 10 kwietnia 2010 roku przepisów Konwencji chicagowskiej i jej Załącznika nr 13, uznały, że jedynym celem prowadzonego przez władze FR „badania” będzie sformułowanie wniosków mających zapobiegać „tego typu zdarzeniom w przyszłości”.

Nie ulega wątpliwości, że taki właśnie skierowany *in spe* wektor pracy rosyjskiej Międzynarodowej Komisji Lotniczej (*Mieżdugosudarstwienaja Awiacjonnaja Komisja*) oraz jednoznaczna dyspozycja, że nie ma ona prawa ustalania zakresu udziału czyjejkolwiek winy albo odpowiedzialności, czynią wysiłki tego ciała – w kontekście interesujących opinię publiczną ustaleń – w zasadzie obojętnymi.

Jest tak, bowiem postępowania podobnych komisji są procesem bardzo długotrwałym, pozwalającym sformułować ostateczne stanowisko po upływie wielu miesięcy od zdarzenia. Skoro tak, to również z punktu widzenia prowadzonych postępowań karnych, które mogłyby zmierzać do ustalenia zakresu udziału czyjejkolwiek winy albo odpowiedzialności, ewentualne ustalenia komisji, jeśli miałyby być poważnie brane pod uwagę, odsuwają efekty postępowania w praktyce na lata.

Powyższe konstatacje musiały być oczywiste dla każdego, kto ma elementarną wiedzę na temat funkcjonowania całego systemu wyjaśniania przyczyn, okoliczności, wreszcie odpowiedzialności przy wypadkach lotniczych. Nawet w wymiarze wewnętrznym postępowanie prowadzone w związku ze słynnym wypadkiem helikoptera z Premierem RP na pokładzie zakończyło się w praktyce po kilku latach. W przypadku postępowania prowadzonego przez organy państwa obcego sytuacja ta – z natury rzeczy (choćby opóźnienia związane z koniecznością tłumaczeń olbrzymiej

liczby dokumentów i materiałów dowodowych) – może się jedynie bardziej komplikować i wydłużać.

Warto zwrócić uwagę na kilka istotnych z punktu widzenia oceny dotychczasowych działań prowadzonych w niniejszej sprawie stypulacji Załącznika:

- Państwo miejsca zdarzenia podejmuje **wszystkie niezbędne środki w celu zabezpieczenia dowodów rzeczowych** i zapewnienia niezawodnej ochrony statku powietrznego oraz **wszystkiego, co się na nim znajduje, przez czas potrzebny do przeprowadzenia badania**. Zabezpieczenie dowodów rzeczowych polega na podjęciu środków zabezpieczających poprzez fotografowanie lub przy użyciu innych odpowiednich metod, w celu zachowania tych dowodów, które mogą być wycofane, uszkodzone, zagubione lub zniszczone. **Ochrona polega na zabezpieczeniu przed dalszym uszkodzeniem, dostępem osób postronnych, kradzieżą i zepsuciem** (3.1) – tymczasem dla przykładu, marszałek Sejmu Br. Komorowski uczestniczył w „uroczystości” odebrania od rosyjskiego oficera sztandaru prezydenta RP z pokładu samolotu „zabezpieczonego” przez tegoż oficera [sic!],
- „Zawiadomienie [...] powinno zawierać [...] wskazanie, w jakim stopniu badanie będzie prowadzone, lub propozycje Państwa miejsca zdarzenia dotyczące rozszerzenia badania” (4.2 j) – do dziś opinia publiczna nie otrzymała informacji, jaka była pełna treść zawiadomienia sformułowanego przez stronę rosyjską i kiedy zostało ono przekazane stronie polskiej, co ma istotne znaczenie np. dla oceny decyzji władz RP o uznaniu stosowania konwencji chicagowskiej,
- „Tak szybko, jak jest to możliwe, Państwo miejsca zdarzenia powinno zakomunikować o szczegółach, które pominięto w zawiadomieniu, jak również o innych znanych stosownych informacjach” (4.4) – czy w związku z wielokrotnie sygnalizowaną zmianą „wersji oficjalnych” okoliczności zdarzenia, strona rosyjska zawiadamiała na bieżąco stronę polską, a jeśli tak, to jaka była treść tych zawiadomień,
- „Po otrzymaniu zawiadomienia, Państwo Rejestracji i Państwo Operatora powinny w możliwie krótkim terminie, przekazać Państwu miejsca zdarzenia każdą, będącą w ich posiadaniu, informację o załodze i statku powietrznym, który uległ wypadkowi lub poważnemu incydentowi. Każde z tych państw informuje także Państwo

miejsca zdarzenia o tym, czy zamierza wyznaczyć swojego akredytowanego przedstawiciela w celu uczestniczenia w badaniu i jeśli tak, to podaje również datę jego oczekiwanego przybycia" (4.5) – nie ma wiedzy o wyznaczeniu takiego przedstawiciela, kto nim jest, jaki zakres informacji został stronie rosyjskiej przekazany i jak przebiegają prace z jego (ich udziałem), pojawiają się jedynie prasowe notatki o akredytacji E. Klicha,

- władze rosyjskie nie podały jak dotąd informacji o zakresie udziału w pracach komisji akredytowanych przedstawicieli konstruktora i producenta samolotu, których status – stosownie do postanowień złącznika – jest tożsamy ze statusem obserwatora akredytowanego przez Rzeczpospolitą Polską [sic!],
- szczególnie istotna z punktu widzenia transparentności prowadzonego postępowania wyjaśniającego jest stypulacja przepisu 5.12, w myśl której: „Państwo prowadzące badanie wypadku lub incydentu, bez względu na miejsce jego zaistnienia, **może udostępnić niżej wykazane informacje w celach niemających związku z badaniem wypadku lub incydentu tylko w tych przypadkach, kiedy odpowiednie władze danego państwa, odpowiedzialne za wymiar sprawiedliwości ustanowią, że ich ujawnienie jest ważniejsze niż negatywne skutki, które mogą wyniknąć z takiego działania bezpośrednio dla kraju oraz w skali międzynarodowej, jak również dla danego lub przyszłych badania:**
 - a) wszelkie oświadczenia osób uzyskane w toku badania przez organa upoważnione do ich prowadzenia,
 - b) wszelka korespondencja między osobami związanymi z operacją statku powietrznego,
 - c) medyczne lub prywatne informacje, dotyczące osób uczestniczących w wypadku lub w incydencie,
 - d) zapisy pokładowych rejestratorów mowy i ich kopie,
 - e) zapisy i kopie nagrań z organów służb ruchu lotniczego, oraz
 - f) opinie wyrażane w trakcie analizy informacji, włącznie z zapisami rejestratorów pokładowych” – w kontekście coraz bardziej napiętej sytuacji związanej z ocenami prowadzonych postępowań, stypulacja ta daje nie tylko możliwość, ale statuuje wręcz obowiązek, pełnego informowania o prowadzonych działaniach i czynionych ustaleniach.

Wreszcie, na szczególną uwagę w kontekście uwarunkowań niniejszej sprawy, zasługuje niezwykle ważna stypulacja przepisu 5.1 Załącznika: „Państwo miejsca zdarzenia, podejmuje badanie okoliczności wypadku i ponosi odpowiedzialność za prowadzenie takiego badania. **Może ono jednak przekazać, w całości lub w części, prowadzenie badania innemu państwu na podstawie dwustronnej umowy.** W każdym przypadku Państwo miejsca zdarzenia, powinno wykorzystać wszelkie dostępne środki pomocy w prowadzeniu tego badania”.

Jak zatem w sposób oczywisty wynika z treści tego przepisu, także w warunkach stosowania Załącznika nr 13 i konwencji chicagowskiej, istniała możliwość nie tylko przejęcia badania przez stronę polską w całości, ale także choćby wspólnego badania katastrofy smoleńskiej.

Polsko-rosyjskie porozumienie dot. ruchu samolotów wojskowych w przestrzeni powietrznej obu państw

Niemal po miesiącu od zdarzenia dziennik „Rzeczpospolita” przywołał Porozumienie między Ministerstwem Obrony Narodowej Polski a Ministerstwem Obrony Rosji z 7 lipca 1993 r. „w sprawie zasad wzajemnego ruchu powietrznego lotniczego wojskowych statków powietrznych RP i FR w przestrzeni powietrznej obu państw”, wskazując, że stosownie do jego ustaleń mogło ono stanowić podstawę prowadzenia badania okoliczności katastrofy. Mogło, gdyż – co nie ulega wątpliwości – samolot, który uległ katastrofie, był samolotem państwowym – wojskowym.

Zwrócono uwagę na to, że zgodnie z postanowieniami tego porozumienia, badanie w takiej sytuacji mogła prowadzić strona polska wspólnie ze stroną rosyjską. Możliwość taką przewiduje stypulacja art. 11 tegoż porozumienia.

W oficjalnym stanowisku Rządu RP w tej sprawie, opublikowanym w dniu 7 maja 2010 roku, stwierdzono wszakże, że: „możliwe było, albo rozpoczęcie **długotrwałych** rozmów ze stroną rosyjską w celu ustalenia procedury badania wypadku w oparciu o art. 11 Porozumienia z 1993 roku, albo natychmiastowe podjęcie badań przy wykorzystaniu istniejących

międzynarodowych procedur wynikających z tzw. Konwencji Chicagowskiej. Wybór tzw. Konwencji Chicagowskiej, w ocenie także polskich specjalistów w zakresie badania wypadków lotniczych, zapewnia sprawne prowadzenie postępowania oraz jawność jego wyników”.

W kontekście przedstawionych wyżej uwag wskazać należy, że:

- z uwagi na fakt, że samolot wiozący Prezydenta RP i pozostałe Osoby był samolotem wojskowym – samolotem państwowym, stosowanie Konwencji chicagowskiej i załącznika nr 13 w odniesieniu do tego aparatu było nieuzasadnione,
- strona polska winna była odwołać się do tekstu porozumienia z 1993 roku dającego jej pełny tytuł do przejęcia całkowitej odpowiedzialności za badanie przyczyn i okoliczności katastrofy,
- pozycję strony polskiej wzmocniła w oczywisty sposób treść stypulacji 5.1 Załącznika nr 13 do Konwencji chicagowskiej, na mocy której możliwe było także żądanie przekazania jej prowadzenia tego badania,
- to właśnie te kwestie, jako najważniejsze zagadnienia związane z tragiczną katastrofą, winny były być przedmiotem ustaleń premiera RP podczas jego wizyty w Smoleńsku w dniu 10/11 kwietnia 2010 roku i podczas spotkania z premierem FR,
- w najgorszym razie możliwe było żądanie przynajmniej równoprawnego udziału w pracach wyjaśniających badanie wypadku, poprzez wspólną komisję.

Niezrozumiałe jest stanowisko rządowe, z którego wynika, że obawiano się „długotrwałych rozmów ze stroną rosyjską w celu ustalenia procedury badania wypadku”. Skoro – jak ostentacyjnie podkreślano – strona rosyjska wyrażała od początku najdalej idącą gotowość współpracy i dawała – jak również podkreślano – dowody szczerości swoich intencji, to skąd po kilku tygodniach pojawia się negująca tamte przekazy supozycja, że groziły „długotrwałe rozmowy”?

Dodać należy, że także przy założeniu subsydiarnego zastosowania przepisów Załącznika nr 13 do konwencji możliwe było uniknięcie owych „długotrwałych rozmów”, przyjmując, że stosuje się procedury określone w owym Załączniku, jedynie organem prowadzącym jest komisja polska lub komisja wspólna pod polskim przewodnictwem.

Nie ulega wątpliwości, że istnienie stypulacji art. 11 Porozumienia z 1993 roku, w związku z treścią przepisu 5.2 Załącznika nr 13 do Konwencji, w powiązaniu z deklarowaną **dobrą wolą** strony rosyjskiej, tworzyło przesłanki do przejścia pełnej odpowiedzialności za badanie katastrofy smoleńskiej z decydującym udziałem strony polskiej

Międzynarodowe regulacje dotyczące pomocy prawnej. Europejska konwencja o pomocy prawnej w sprawach karnych z 1959 roku. Polsko-rosyjska umowa o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych i karnych z 1996 roku

Badanie przyczyn i okoliczności katastrofy smoleńskiej podlega, stosownie do wskazanych wyżej regulacji, specjalnym organom – komisjom, a celem ich jest – jak wskazano – **zapobieganie tego typu zdarzeniom w przyszłości.**

Działania związane z ustaleniem ewentualnej winy i odpowiedzialności za spowodowanie katastrofy są przedmiotem działań organów ścigania obydwu państw – prokuratury FR i prokuratury RP. W tym zakresie obie strony mogą prowadzić niezależnie od siebie autonomiczne działania, zachowując całkowitą suwerenność zarówno jeśli chodzi o przedmiot postępowań, jak również przebieg.

Co do zasady, oba państwa zachowują suwerenne prawo do ścigania sprawców przestępstw popełnionych na ich terytorium. W istniejącej sytuacji gospodarzem postępowania karnego jest prokuratura rosyjska. Pod jej adresem mogą być formułowane określone wnioski. Ich zakres opisuje art. 5 konwencji z 1996 roku:

„Umawiające się Strony udzielają sobie wzajemnie pomocy prawnej przez dokonywanie poszczególnych czynności procesowych przewidzianych przez prawo wezwanej Umawiającej się Strony, a w szczególności przez sporządzanie, przesyłanie i doręczanie dokumentów, dokonywanie przeszukań, odbieranie i wydawanie dowodów rzeczowych, opracowywanie opinii przez biegłych, przesłuchiwanie stron, świadków, biegłych,

podejrzanych, oskarżonych i innych osób, przejmowanie ścigania karnego, wydawanie osób w celu ścigania karnego lub wykonania wyroku, przekazywanie skazanych w celu wykonania kary”.

Korzystając z tych uprawnień, polska prokuratura, niezależnie od tego, czy prowadzi postępowanie *in rem* czy *ad personam*, może wykorzystywać wskazane stypulacje i regulacje szczegółowe obu wymienionych wyżej konwencji do efektywnego realizowania czynności śledczych. Ostatecznie istnieje nawet możliwość przejęcia ścigania karnego w oparciu o przepis art. 58 konwencji z 1996 roku.

Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, że polska prokuratura jest całkowicie uzależniona w swych działaniach nie tyle nawet od postępów działań rosyjskiej komisji lotniczej (wspomnianej MAK), ile od tego, co komisja ta zdecyduje się przekazać stronie polskiej. O ile bowiem prokuratura rosyjska może uzyskiwać niezbędne dla niej materiały dowodowe bezpośrednio od MAK, prokuratura polska musi tu działać za pośrednictwem prokuratury rosyjskiej.

Wobec dotychczasowego braku inicjatywy strony polskiej w wykorzystaniu stypulacji przepisu 5.12 Załącznika nr 13, pozwalającego MAK ujawniać określone materiały (a więc również, a może przede wszystkim, efektywniej przekazywać je polskiej prokuraturze), polska prokuratura ma zasadnicze trudności w sprawnym prowadzeniu swojego postępowania.

Podkreślenia wymaga w tym kontekście fakt, że gdyby doszło do przejęcia przez stronę polską badania katastrofy na podstawie art. 11 porozumienia z 1993 roku w związku z przepisem 5.1 Załącznika nr 13, a przynajmniej do równoprawnego współdziałania strony polskiej w pracach wspólnej komisji, to polska prokuratura uzyskiwałaby dostęp do niezbędnego materiału dowodowego znacząco szybciej, a w związku z tym efektywniej mogłaby prowadzić swoje działania.

W chwili obecnej – co potwierdzają choćby kłopoty z uzyskaniem zapisów „czarnych skrzynek” – efektywne prowadzenie postępowania wyjaśniającego przez prokuraturę polską jest praktycznie niemożliwe.

Zastosowanie Kodeksu postępowania karnego dla niniejszej sprawy

Rodziny ofiar katastrofy mogą uzyskać – na mocy obowiązujących przepisów polskiego KPK – status pokrzywdzonych. W przypadku wątpliwości ze strony prokuratury winno nastąpić wsparcie wysiłków pełnomocników rodzin ofiar w celu przesądzenia takiej sytuacji procesowej osób w oczywisty sposób pokrzywdzonych zdarzeniem. Status pokrzywdzonego pozwalałby – dzięki aktywności pełnomocników rodzin – na lepszą obywatelską kontrolę podejmowanych działań, a tym samym sprzyjałby w istocie wiarygodności organów prokuratury.

Rodziny ofiar katastrofy powinny podjąć również starania, aby uzyskać adekwatny status na gruncie rosyjskiego kodeksu postępowania karnego. Obowiązująca w FR regulacja z 2001 roku stwarza ku temu dogodne możliwości, wynikające ze stypulacji art. 22 i 42 tegoż kodeksu. Stanowią one, że:

- ofiara przestępstwa i/bądź jej pełnomocnik, mają prawo brać udział w postępowaniu karnym i popierać akt oskarżenia na podstawie przepisów tegoż kodeksu,
- ofiarą przestępstwa jest osoba, która poniosła fizyczną, majątkową lub moralną szkodę w wyniku przestępstwa, przy czym stosowną decyzję o uznaniu za ofiarę podejmują organy prowadzące postępowanie,
- ofiara ma prawo m.in. do składania wniosków dowodowych i innych wniosków dotyczących przebiegu postępowania, używania tłumacza, przeprowadzania dowodów w swoim języku, brania udziału w czynnościach podejmowanych przez organy prowadzące postępowanie, uzyskiwania protokołów czynności procesowych i wprowadzania do nich swoich komentarzy i opinii, brania udziału we wszystkich stadiach postępowania sądowego, wreszcie może uzyskać w postępowaniu odpowiednie odszkodowanie w związku z poniesionymi szkodami,
- w rozumieniu kodeksu rosyjskiego (art. 42 ust. 8) wszelkie prawa ofiary, która poniosła śmierć w wyniku przestępstwa, przechodzą na jej bliskich, za których uważa się generalnie wszystkich krewnych wstępnych i zstępnych oraz rodzeństwo.

Należy podkreślić, że prawa ofiar/pokrzywdzonych określone w przepisach rosyjskiej procedury karnej są znacznie szersze niż w ramach polskiej procedury karnej.

Należy zatem przyjąć, że hipotetycznie zakładając, rodziny ofiar katastrofy mogą uzyskać poprzez swoich pełnomocników znacząco szerszy dostęp do prowadzonego w FR postępowania karnego w sprawie katastrofy, niż w ramach postępowań prowadzonych przez prokuraturę polską, a idąc dalej, posiadać w stosunku do prokuratury rosyjskiej i jej działań teoretycznie lepszą pozycję niż ma w ramach regulacji o pomocy prawnej polska prokuratura względem prokuratury rosyjskiej.

Nie ulega wszakże wątpliwości, że efektywne wykorzystanie tych możliwości prawnych wymagałoby znaczącego zaangażowania ze strony polskiej służby dyplomatycznej w FR oraz Ministerstwa Spraw Zagranicznych.

Wnioski

Niezależnie od opinii i wniosków częściowych, sformułowanych już w poszczególnych częściach niniejszego opracowania, zwracamy uwagę na następujące elementy:

1. Ponad wszelką wątpliwość – w świetle posiadanych informacji – można stwierdzić, że strona polska nie wykorzystwała ani dostępnych instrumentów prawnych, ani sprzyjającej atmosfery i sytuacji do tego, aby przejąć pełną odpowiedzialność za działania komisji mającej wyjaśnić okoliczności katastrofy smoleńskiej.

2. Nie jest zrozumiałe, jakimi motywami kierowała się strona polska – potwierdza to treść komunikatu CIR z 7 maja 2010 roku – przyjmując, że lot samolotu w dniu 10 kwietnia 2010 roku uznany został za lot samolotu cywilnego, ze wszystkimi tego konsekwencjami.

3. Strona polska do dzisiaj nie określiła swojego stanowiska, co do celów prowadzonych postępowań wyjaśniających – prowadzonego przez komisję lotniczą (MAK) jak i prokuratury obu państw.

4. Strona polska nie podjęła jak dotąd żadnych działań, aby wyzyskać potencjalne uprawnienia rodzin ofiar, do zdynamizowania działań rosyjskich oraz uzyskania lepszego dostępu do czynności organów rosyjskich.

5. Strona polska bezustannie podkreśla dobrą wolę strony rosyjskiej, ale jednocześnie sygnalizuje ciągle pojawiające się problemy w uzyskiwaniu określonych materiałów, dowodów, stanowisk etc. Konieczne jest uzyskanie wiążącego wyjaśnienia polskiej strony rządowej, na czym konkretnie (tj. na jakich ustaleniach) opiera swoje przekonanie o istnieniu dobrej woli do wyjaśnienia sprawy przez stronę rosyjską.

Rekomendacje

W związku z powyżej sformułowanymi opiniami i wnioskami pozwalam sobie przedłożyć rekomendację określonych działań, które winny zostać podjęte w celu:

- wytłumaczenia dotychczasowych działań zaangażowanych w wyjaśnianie sprawy polskich organów i instytucji, a to dla uniknięcia coraz bardziej rozpowszechniających się, niepokojących spekulacji oraz
- wpłynięcia na zdynamizowanie dotychczasowych działań organów polskich i rosyjskich.

Tak zatem proponuję:

1. Podjęcie działań w celu pełnego wyjaśnienia przez Premiera Donalda Tuska, jakie konkretnie ustalenia w związku z tragiczną katastrofą oraz wyjaśnieniem jej okoliczności poczynił w dniu 10/11 kwietnia 2010 roku podczas swojej wizyty w Smoleńsku i spotkania z premierem FR Władimirem Putinem,
2. Podjęcie działań w celu pełnego wyjaśnienia, co było przedmiotem negocjacji i ustaleń poczynionych w dniu 10/11 kwietnia w Moskwie przez zastępcę prokuratora generalnego RP K. Pakulskiego oraz ministra sprawiedliwości RP K. Kwiatkowskiego, oraz tego, z kim ewentualne ustalenia poczynili i jaki one mają charakter i status.
3. Podjęcie działań w celu pełnego wyjaśnienia, co było przedmiotem negocjacji i ustaleń poczynionych w dniu 11/12 kwietnia w Moskwie przez minister zdrowia Ewę Kopacz, wiceministra Tomasza Arabskiego i wiceministra spraw zagranicznych Jacka Najdera oraz tego, z kim ewentualne ustalenia poczynili i jaki one mają charakter i status.

4. Podjęcie działań w celu podania przez odpowiednie władze Rzeczypospolitej Polskiej, kto i w jakim charakterze brał do tej pory udział we wszystkich działaniach związanych z badaniem katastrofy oraz wyjaśnieniem jej przebiegu i okoliczności.
5. Podjęcie działań, w efekcie których uzyskana zostanie wiedza co do tego, kto i w jakim charakterze brał do tej pory udział we wszystkich działaniach związanych z badaniem katastrofy oraz wyjaśnieniem jej przebiegu i okoliczności ze strony organów i instytucji Federacji Rosyjskiej.
6. Uzyskanie wiedzy ze strony władz polskich, kto i kiedy został akredytowany do pracy w MAK, jakie były i są efekty owego udziału w pracach tejsze komisji.
7. Zobowiązanie Rządu RP do tego, aby podał pełne kalendarium wszystkich, podjętych w związku z badaniem katastrofy oraz wyjaśnieniem jej przebiegu i okoliczności, działań i czynności oraz nazwisk i stanowisk osób występujących w imieniu strony polskiej.
8. Podjęcia działań na rzecz dopuszczenia pełnomocników rodzin ofiar katastrofy do udziału w postępowaniach karnych.
9. Podjęcie działań na rzecz wsparcia przez polski MSZ działań pełnomocników rodzin ofiar katastrofy w postępowaniach karnych toczących się na terenie Federacji Rosyjskiej.
10. Podjęcie inicjatywy, aby Prezydium Sejmowej Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka uzyskało możliwość stałego kontaktu i dostępu do czynności prowadzonych przez Prokuraturę Generalną RP oraz polską Państwową Komisję Badania Wypadków Lotniczych, a także, przy wsparciu Rządu RP oraz odpowiedniej Komisji Dumy Państwowej FR, dostępu do czynności prowadzonych przez Prokuraturę Generalną FR oraz MAK FR.

Uzasadnieniem tych wszystkich starań jest dążenie do pełnego wyjaśnienia wszystkich okoliczności jednego z najbardziej tragicznych wydarzeń w dziejach Polski.

Część II

Tadeusz Jasudowicz

Od Tragedii Katyńskiej do Tragedii Smoleńskiej – z perspektywy prawa międzynarodowego i standardów praw człowieka

Uwagi wstępne

Będąc odpowiedzialnym za przygotowanie konferencji naukowej jako integralnego składnika naszych kortowskich uroczystości upamiętniających Drugą Rocznicę Tragedii Smoleńskiej i – bardziej konkretnie – śmierci w niej Księdza Biskupa Tadeusza Płoskiego, wymyśliwszy też syntetyczne hasło konferencji „*Fides et Bellum*”, zamierzałem pierwotnie z hasłem tym powiązać problematykę mojego wystąpienia: „*Fides et Bellum*” – z *doświadczenia wiary i wojny w dziejach człowieka i prawa*. W porę jednak spostrzegłem, że byłby to z mojej strony jakiś niepożądany minimalizm, że takie wystąpienie – i owszem – nadaje się do Księgi Pamiątkowej, tyle że raczej w charakterze słowa wstępnego do niej. W tym sensie to moje pierwotne zamierzenie będę chciał nadal zrealizować.

To był jeden wzgląd, ale wcale nie jedyny. Drugim okazało się moje – niespełnione, niestety – pragnienie i oczekiwanie, że wśród nadsyłanych propozycji wystąpień pojawią się takie, które badawczo zajmą się obiema – tytułowymi tutaj – Tragediami: zarówno Katyńską, jak i Smoleńską.

„Rzutem na taśmę” udało mi się zapewnić merytoryczny udział w naszej konferencji Karola Karskiego, który do swego wcześniejszego dorobku poświęconego prawnej kwalifikacji Zbrodni Katyńskiej¹ dołączył dla

¹ Por.: K. Karski, *Mord katyński jako zbrodnia ludobójstwa w świetle prawa międzynarodowego*, „Sprawy Międzynarodowe” 2011, nr 2, s. 51–82. Jak ważna i jak kontrowersyjna – czy tylko z powodów czysto naukowych?! – jest to problematyka, dowodzi fakt, że Redakcja nie przyjęła propozycji „z marszu”, lecz postarała się o zapewnienie polemiki, wobec czego na stronie tytułowej „SM” wskazano cały blok tematyczny *Katyń – ludobójstwo czy zbrodnia wojenna*, na który – poza ww. artykułem K. Karskiego – złożyły się: artykuł polemiczny P. Grzebyk, *Mord katyński – problematyczna kwalifikacja (w związku z artykułem Karola Karskiego)*

potrzeb naszej Konferencji nowe – solidnie poszerzone w argumentacji prawnej – opracowanie *Prawnomiędzynarodowa kwalifikacja Zbrodni Katyńskiej*. Postaram się, by moje niniejsze wystąpienie zachowywało charakter komplementarny w stosunku do wywodów K. Karskiego, zarówno w warstwie faktografii Zbrodni i dziejów „Tajemnicy Katynia”, jak też w sferze jej kwalifikacji prawnej.

Istotnym aspektem uzupełniającym okazały się kolejne opracowania I. C. Kamińskiego, dotyczące samej możliwości, a także szans powodzenia w dochodzeniu roszczeń przez krewnych ofiar Katynia w trybie „skarg katyńskich” do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka¹. Także w tym zakresie kierować się będę nakazem komplementarności w stosunku do wywodów i ustaleń I. C. Kamińskiego, uzupełniając je refleksjami na tle – skłaniającej do komentarzy – opinii Trybunału co do dopuszczalności skarg katyńskich².

Przeciwnie, Tragedia Smoleńska jakoś nie może się stać problemem prawdziwie naukowym w polskiej nauce prawa międzynarodowego i praw człowieka. Czy dlatego, że rana jest zbyt świeża? Czy też rana ta jest zbyt niebezpieczna, by – owiana mamiłkami neutralności, niezaangażowania i poprawności politycznej – nauka odważyła się nią zajmować? Owszem, niemal każdy nowy numer „Gazety Polskiej” i „Gazety Polskiej Codziennie” problemem Tragedii Smoleńskiej w jej najrozmaitszych aspektach się zajmuje, ale... nauka milczy, chyba że czasem przemówi pożądanym przez władzę głosem, dostarczając uzasadnień dla zachowań i poczynań, które żadnego uzasadnienia nie posiadają i mieć nie mogą. Ktoś z przedstawicieli nauki przemówić musi – ja przemówię.

Zajmowanie się obiema Tragediami na raz wynika już z naturalnego splotu zdarzeń: to w czasie lotu do Smoleńska w zamiarze uczczenia

(s. 83–102); odpowiedź K. Karskiego *Mord katyński jako zbrodnia ludobójstwa – w odpowiedzi na polemikę Patrycji Grzebyk* (s. 103–117); P. Grzebyk, *Mord katyński – replika* (s. 118–122), jak również artykuł K. Wierczyńskiej *Elementy zbrodni ludobójstwa w orzecznictwie międzynarodowych trybunałów karnych ad hoc* (s. 123–138).

¹ Por.: I. C. Kamiński, *Skargi katyńskie przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka*, „Rzeczpospolita” 18–19.09.2004, nr 220, s. C3; tenże, *Właściwość czasowa (ratione temporis) Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu w sprawach dotyczących prawa do życia – uwagi na kanwie „skarg katyńskich”*, w: III Warszawsko-Toruńskie Kolokwium Praw Człowieka i Międzynarodowego Prawa Humanitarnego *Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej system kontrolny – perspektywa systemowa i orzecznicza*, pod red. M. Balcerzaka, T. Jasudowicza i J. Kapelańskiej-Pręgowskiej, Toruń 2011, s. 333–358.

² Por.: *Jerzy Roman Janowiec and Others v. Russia* (cyt. Dalej: *Janowiec i inni*), Appl. No. 55508/07 and 29520/09. Decision as to the Admissibility, 5 July 2011.

70-lecia Zbrodni Katyńskiej doszło do straszliwej katastrofy, do Tragedii Smoleńskiej. Obie te Tragedie – właśnie jako tragedie dla Narodu Polskiego – łączą się w nierozdzielny złowieszczy *iunctim*, domagającym się pełnego, obiektywnego wyjaśnienia – tak okoliczności Tragedii Smoleńskiej, jak i złowieszczych tajemnic śledztwa w jej sprawie.

Refleksje na temat Zbrodni Katyńskiej

Z punktu widzenia faktografii pojęcie Zbrodni Katyńskiej pojawiło się najpierw w jej węższym zakresie, kojarzącym się z odkryciem w Lasku Katyńskim masowych grobów oficerów polskich z obozu w Kozielsku³. Ujawnienie tego przez Niemców 13.04.1943 r. i – naturalne przecież – zainteresowanie się rządu polskiego tym problemem prowadziło do radykalnej reakcji rządu sowieckiego, aż po zerwanie stosunków dyplomatycznych z RP⁴. We wszystkich tych kontekstach: wydarzeń z roku 1943, rewelacji sowieckich z roku 1944 i prac Międzynarodowego Trybunału Wojskowego w Norymberdze w 1946 r. pojawiał się problem Zbrodni Katyńskiej w jej węższym rozumieniu, ograniczonym do mordów oficerów z obozu w Kozielsku. Z dniem, w którym Trybunał Norymberski zarzut popełnienia przez Niemcy Zbrodni Katyńskiej jednoznacznie odrzucił, stało się jasne, że to Sowieci dopuścili się tej bestialskiej masakry: skoro nie Niemcy, to tylko Związek Sowiecki – *tertium non datur*.

Gdy po agresji Niemiec na ZSRR i podpisaniu Paktu Sikorski-Majski powstały nowe warunki, a Sikorski, Anders i dyplomaci polscy dopytywali się u przywódców sowieckich o los jeńców polskich, tamci udawali całkowitą niewiedzę w tym względzie, by w kwietniu 1943 r. „wiedzę” odzyskać

³ Por.: ibidem, pkt 14. Szerzej m.in.: *Zbrodnia Katyńska w świetle dokumentów (z przedmową Władysława Andersa)*, oprac. J. Mackiewicz, Z. Stahl, wyd. X, Londyn 1982; J. K. Zawodny, *Katyń (z przedmową Zbigniewa Brzezińskiego)*, Lublin–Paryż 1989; *Katyń: relacje, wspomnienia, publicystyka*, oprac. A. L. Szcześniak, Warszawa 1989.

⁴ Por.: ETPC w wyroku *Janowiec i Inni*, pkt 14–15, uwzględnił te fakty, wraz z odnotowaniem efektów prac ekshumacyjnych Komisji Międzynarodowej w kwietniu–czerwcu 1943 r., obarczającej odpowiedzialnością Związek Sowiecki, jak i specjalnej komisji Burdenki z 1944 r. przerzucającej odpowiedzialność na Niemców, później przytaczanych przez oskarżyciela sowieckiego w procesie norymberskim, Rudenko. Por. też: J. K. Zawodny, op.cit.: *Groby w lesie* (s. 25 i n.); *Kłopotliwi sprzymierzeńcy – żywi i martwi* (s. 35 i n.); *Ustalenia komisji sowieckiej* (s. 50 i n.); *Norymberga: zbrodnia w polityce międzynarodowej* (s. 57 i n.).

i obarczyć winą Niemców; „nowomowa” prowadziła do „nowowiedzy”, którą próbowano wcisnąć nawet Trybunałowi Norymberskiemu, a którą niektóre zsovietyzowane umysły próbują szermować po dziś dzień, wbrew faktom, wbrew historii, wbrew tragicznej racji narodu i państwa polskiego. A dopytywano się już od 1941 r. o los wszystkich jeńców polskich; wiedzano, że – poza Kozielskiem – były obozy NKWD m.in. w Starobielsku i Ostaszkowie. To wszystko owiane było mroczną tajemnicą, a słowa „Katyń” i „Zbrodnia Katyńska” nabierały szerszego znaczenia jako obejmujące losy jeńców ze wszystkich tych trzech obozów, a także z innych miejsc zatrzymań w Związku Sowieckim jeńców polskich⁵. Istnieli, a zaginęli – ich los na wieki miał pozostać nieznanym.

Prawda Katyńska odślaniała się bardzo powoli. W 1959 r. Szelepin w piśmie do Chruszczowa zalecił „zniszczenie wszystkich rejestrów rozstrzelania 21.857 osób w 1940 r.”, czego też dokonano. Jednakże istotną część dokumentacji umieszczono w specjalnej „paczce nr 1”, do której dostęp miał jedynie Sekretarz Generalny KC KPZR⁶. Podczas wizyty Jaruzelskiego w Moskwie 13.04.1990 r. [50. rocznica Mordu Katyńskiego i 47 rocznica komunikatu niemieckiego z 1943 r. – przyp. T. J.] sowiecka agencja prasowa opublikowała komunikat, zgodnie z którym „Beria, Mierkułow i inni funkcjonariusze ponoszą odpowiedzialność za zbrodnię popełnioną w Lasku Katyńskim”⁷. Z kolei – już po dekompozycji Związku Sowieckiego – prezydent Rosji Borys Jelcyn ogłosił fakt skazania oficerów

⁵ Bolesnie brzmią słowa Zbigniewa Brzezińskiego w przedmowie „Czerwona plama” do dzieła J. K. Zawodnego, op.cit., s. 13: „Ale ponure słowo Katyń mówi nam nie tylko o ofiarach. Stawia ono przed nami obowiązek dopominania się o ujawnienie prawdy nie tylko o tym, co stało się z jeńcami z Kozielska wymordowanymi w kwietniu i maju 1940 roku w lesie katyńskim, ale także prawdy o losach pozostałych dziesięciu tysiącach oficerów uwięzionych w Starobielsku i Ostaszkowie, którzy zniknęli bez śladu owej wiosny 1940 roku”. Nie mniej boleśnie brzmi jego konkluzja, ibidem, s. 16: „Normalne i przyjazne stosunki polsko-rosyjskie SA historyczną koniecznością dla obu stron. Żadna z nich jednak nie może czuć się uciskaną, a przecież poczucie ucisku trwać będzie tak długo, jak długo stosunki między obydwoma narodami oparte będą na kłamstwie. Katyń jest zbrodnią i pozostaje po dziś dzień „kłamstwem żywym”. „Czerwone plamy” w historii stosunków polsko-sowieckich muszą być zmyte nie tylko przez pamięć i szacunek dla ofiar, ale także przez szacunek dla ich dzieci, wnuków i przyszłych pokoleń”. Jakże wymowne to słowa; mogłyby stanowić prawdziwe motto niniejszego i nie tylko tego opracowania. Taką też szerszą perspektywę przyjmuje: *Lista Katyńska. Jeńcy obozów Kozielsk, Ostaszków, Starobielsk zaginieli w Rosji Sowieckiej*, oprac. K. Moszyński, Warszawa 1989 (wyd. I – Londyn 1982).

⁶ Por. *Janowiec i inni*, pkt 17–18.

⁷ *Ibidem*, pkt 32.

polskich „przez Stalina i Politbiuro KPZR”, za czym poszło przekazanie Polsce szeregu dokumentów katyńskich, w tym decyzji z 5.03.1940 r.⁸

Nowy etap w sprawie wyznaczało wszczęcie z urzędu przez prokuraturę sowiecką w Charkowie 22.03.1990 r. śledztwa w związku z wykryciem masowych grobów pod Charkowem. Następnie 6.06.1990 r. podobne śledztwo wszczęto w Kalininie (Twer) dotyczące „zaginięcia” jeńców polskich z obozu w Ostaszkowie. 27.09.1990 r. Naczelny Prokurator Wojskowy połączył oba śledztwa w jedną sprawę karną, słynną „sprawę nr 159”⁹.

W 14 lat później, 21.09.2004 r., postanowił on umorzyć tę sprawę, a decyzji o jej umorzeniu nadano kwalifikację „najwyższej tajemnicy”, podobnie jak 36 tomom dokumentacji ze 183 tomów ogółem¹⁰. Ponownie więc złowieszczą mgła tajemnicy zasnuła Katyń.

Niewiele dały starania adwokata polskiego Szewczyka w sprawie Janowca i Trybowskiego o przyznanie im dostępu do akt śledztwa i nadanie im w tym śledztwie statusu ofiar¹¹. Podobnie bezowocnymi okazały się starania adwokata rosyjskiego Buszujewa; nie pomagały skargi do sądów, które – bez większego wysiłku argumentacyjnego – stale wszelkie wnioski o status ofiary, o dostęp do dokumentów i wreszcie o rehabilitację krewnych-ofiar Katynia odrzucały¹². Sądy nie poświęcały wnioskowi większej uwagi; skrótowo i gołostownie je odrzucały, a instancje wyższe powtarzały formułki niższych. Ponownie okryła wszystko tajemnica.

W tej nieprzeniknionej mgle tajemnicy za promyk niewielkiej nadziei uznać by można – zacytowaną w decyzji strasburskiej – proklamację Dumy Państwowej Federacji Rosyjskiej z 26.11.2010 r. „W sprawie Tragedii Katyńskiej i jej ofiar”, która jednoznacznie potwierdziła, że „masowe eksterminacje obywateli polskich na terytorium ZSRR podczas drugiej wojny światowej stanowiły arbitralne działania państwa totalitarnego” oraz że „Zbrodnia Katyńska została dokonana na podstawie bezpośrednich rozkazów Stalina

⁸ *Ibidem*, pkt 35. Podczas wizyty w Polsce 25.08.1993 r. Jelcyń złożył hołd ofiarom przed Krzyżem Katyńskim w Warszawie.

⁹ *Ibidem*, pkt 33. Co do dalszego rozwoju tego śledztwa – por.: *ibidem*, pkt 34 oraz pkt 36–38.

¹⁰ *Ibidem*, pkt 39. Rząd rosyjski nawet Trybunałowi Strasburskiemu – w związku ze „skargami katyńskimi” – odmówił przedłożenia tej decyzji. Por.: *ibidem*, pkt 40. W październiku 2005 r. prokuratorom polskim umożliwiono zapoznanie się z 67 tomami akt nieujawnionych, jednakże bez prawa sporządzania jakichkolwiek ich kopii – por. *ibidem*, pkt 41.

¹¹ *Ibidem*, pkt 42–45.

¹² Por. *ibidem*, pkt 46–55. Taki sam los dotknął wniosek p. Witomity Wołk-Jezińskiej – *ibidem*, pkt 57–61.

i innych przywódców sowieckich¹³. Duma wyrażała też przekonanie, że „prace te będą kontynuowane”, jako że „istnieje konieczność kontynuowania badania archiwów, weryfikowania list ofiar, przywracania dobrego imienia tym, którzy zginęli w Katyniu i innych miejscach oraz ujawniania okoliczności tej tragedii¹⁴. Duma wydaje takie oświadczenie, a w tym czasie prokuratury i sądy rosyjskie działają w zupełnie przeciwnym kierunku, a rząd rosyjski także przed Trybunałem Strasburskim roztacza mgłę tajemnicy, merytorycznie sprowadzając sprawę li tylko do nadużycia kompetencji przez funkcjonariuszy NKWD, czego – przez wzgląd na zakres swej jurysdykcji temporalnej – Trybunał nie jest władny badać¹⁵.

Gdyby kierować się rosyjskim postawieniem sprawy, Europejski Trybunał Praw Człowieka nie miałby w skargach katyńskich do zrobienia nic, poza stwierdzeniem swojego braku kompetencji do zajmowania się nimi. A jednak z pierwszym etapem poradził sobie – podjął decyzję w sprawie dopuszczalności obu skarg katyńskich, połączonych do wspólnego rozpoznania. Zdecydowanie nie wszystkie zarzuty skarżących poparł; zdobył się jednak na poparcie najistotniejszych spośród nich. W świecie, który cały trzęsie się ze strachu przed Putinem, co – niestety – jest charakterystyczne zwłaszcza dla Europy, Trybunał zabiera głos stanowczy w sprawie niezwykle dlań trudnej. Spójrzmy na istotę decyzji Trybunału w sprawie dopuszczalności skargi, obejmującej zarówno tę wcześniejszą – Jerzy Roman Janowiec i inni (nr 55508/07), jak i tę późniejszą – Witomiła Wołk-Jezińska i inni (nr 29520/09).

Przypomnijmy, że skarżący zarzucali:

1. naruszenie art. 2 Konwencji, a to przez fakt braku przeprowadzenia adekwatnego i skutecznego śledztwa karnego co do okoliczności prowadzących do i towarzyszących śmierci ich krewnych;
2. naruszenie art. 3 Konwencji, jako że władze rosyjskie reagowały na ich wnioski, skargi i odwołania w sposób sprzeczny z tym postanowieniem;

¹³ Ibidem, pkt 62.

¹⁴ Ibidem, in fine.

¹⁵ Ibidem, pkt 81–88. Mimo braku po temu jakichkolwiek podstaw legislacyjnych czy orzeczniczych, Rosja w Strasburgu po prostu za bezprawne uznała decyzje z 1990 r. o wszczęciu „śledztwa katyńskiego”, w tym otwarciu „sprawy nr 159” – ibidem, pkt 85.

3. naruszenie art. 6 Konwencji, a to w związku z odmową przyznania im statusu ofiary, odmową udostępnienia im dokumentów sprawy oraz odrzuceniem ich odwołań;
4. naruszenie art. 8 i art. 9 Konwencji, w związku z odmową rehabilitacji ich krewnych, brakiem odkrycia miejsca ich pochówku i niemożnością oddawania im czci stosownie do wymagań ich religii;
5. naruszenie art. 13 w rezultacie braku skutecznego środka prawnego umożliwiającego odkrycie prawdziwych okoliczności zamordowania ich krewnych¹⁶.

Trybunał po wstępnym rozpoznaniu sprawy:

1. jednomyślnie postanowił dołączyć zarzuty Rosji co do braku jego jurysdykcji temporalnej do meritum sprawy;
2. jednomyślnie uznał za dopuszczalny zarzut skarżących co do nieadekwatności śledztwa w sprawie „masakry Katyńskiej”;
3. większością głosów uznał za dopuszczalny zarzut rzekomo poniżającego traktowania ich przez władze rosyjskie;
4. jednomyślnie uznał resztę skargi za niedopuszczalną¹⁷.

Nie przekonał zatem Trybunału zarzut naruszenia art. 13, w którym w istocie chodziło o brak – w sytuacji nieskuteczności śledztwa karnego – środka cywilnoprawnego, a który Trybunał uznał za oczywiście bezpodstawny, zwłaszcza wobec deklarowanej przez skarżących rezygnacji z dochodzenia jakichkolwiek roszczeń odszkodowawczych¹⁸.

Odmowy rehabilitacji krewnych i braku informacji o miejscach ich pochówku nie uznał Trybunał za naruszenie – odpowiednio – art. 8 i art. 9 Konwencji, wskazując, że odmowy rehabilitacji nie można postrzegać jako naruszenia prawa do poszanowania życia rodzinnego, a nieznanie miejsce pochówku nie stoi na przeszkodzie religijnemu czczeniu zmarłych¹⁹.

Za bezpodstawny uznał też Trybunał zarzut naruszenia art. 6 Konwencji. Skarżący nie dochodzili żadnych roszczeń odszkodowawczych i nie podnosili zarzutu karnego, zaś „choć wyjaśnienie okoliczności śmierci ich krewnych niewątpliwie miało dla nich wielkie znaczenie emocjonalne,

¹⁶ Ibidem, pkt 74–78.

¹⁷ Ibidem, in fine.

¹⁸ Ibidem, pkt 124. Inne elementy tego zarzutu pokrywają zobowiązania proceduralne z art. 2 Konwencji.

¹⁹ Ibidem, pkt 125–126.

Trybunał nie może opisywać tego jako prawa o charakterze cywilnym²⁰. Z tym wszystkim można ewentualnie się zgodzić, ale tylko ewentualnie, tzn. mając na względzie, że stwierdzenie naruszenia aspektu proceduralnego art. 2 Konwencji na te zakresy również by rzutowało. W żaden jednak sposób nie mogę się zgodzić z wnioskiem Trybunału co do słuszności rosyjskich postępowań w kontekście wniosków o rehabilitację ofiar Katynia; na szczęście Trybunał generalnie potwierdził, że „art. 6 znajduje zastosowanie pod swym nagłówkiem cywilnym do postępowania rehabilitacyjnego, w takim zakresie, w jakim postępowanie takie dotyczy prawa skarżących do obrony ich dobrego imienia oraz dobrego imienia ich zmarłych krewnych”²¹.

Istotne jest to, że Trybunał dopuścił rozpoznanie zarzutu naruszenia art. 3 Konwencji, który to zarzut – jego zdaniem – „rodzi na podstawie Konwencji poważne zagadnienia faktyczne i prawne, których rozstrzygnięcie wymaga zbadania meritum”²². Identyczne ustalenie Trybunału dotyczyło zarzutu naruszenia zobowiązań proceduralnych wynikających z art. 2, a mianowicie zarzutu „nieadekwatnego charakteru śledztwa, w zakresie, w jakim było ono prowadzone po dacie ratyfikacji”²³.

Postępowanie merytoryczne przez Trybunałem jeszcze się nie zakończyło; być może, jak wiele na to wskazuje, zakończy się ono jeszcze przed datą naszej kwietniowej konferencji. Jestem ostrożnym optymistą i uważam, że Trybunał:

1. Odrzuci bezpodstawne twierdzenia Rosji i stwierdzi na podstawie art. 2 Konwencji naruszenie przez nią zobowiązań proceduralnych

²⁰ Ibidem, pkt 116–118. Przy okazji Trybunał przypomniał, że „Konwencja nie nadaje żadnego prawa do »prywatnej zemsty« ani do *actio popularis*”, zaś „prawa do ścigania czy karania stron trzecich za przestępstwo karne nie da się stwierdzić w sposób niezależny”; musi ono bowiem „być nieodłączne od korzystania przez ofiarę z prawa do wszczęcia w prawie krajowym postępowania cywilnego, choćby nawet dla uzyskania symbolicznego odszkodowania albo dla ochrony prawa o charakterze cywilnym, takiego jak prawo do »dobrego imienia«” – ibidem, pkt 116.

²¹ Ibidem, pkt 119. Wywody Trybunału w tym względzie zupełnie oderwały się od realiów rosyjskich procedur, które Trybunał jednoznacznie i wielokrotnie potępiał, nie tylko zresztą w sprawach czeczeńskich.

²² Ibidem, pkt 108, Por. obszernie zarzuty skarżących – pkt 104–106 – i nader ogólnikową negację przez Rosję – pkt 103.

²³ Ibidem, pkt 101. Por. wywody Rosji – pkt 81–87, zwłaszcza jej stwierdzenie, że „wszczęcie sprawy nr 159 było bezprawne”, a „władze rosyjskie nie miały żadnego zobowiązania – ani na podstawie prawa krajowego, ani międzynarodowego – do przeprowadzania śledztwa w sprawie nr 159” – ibidem, pkt 85.

- zabezpieczających skuteczne korzystanie z prawa do ochrony życia, a mianowicie brak przeprowadzenia adekwatnego i skutecznego śledztwa, ze wszelkimi bardzo bogatymi wymogami zrekonstruowanymi już wcześniej w obfitym orzecznictwie strasburskim;
2. Stwierdzi naruszenie przez Rosję art. 3 Konwencji, a to w związku z nieludzkim i poniżającym traktowaniem krewnych ofiar Katynia, próbujących dochodzić ujawnienia wszystkich okoliczności towarzyszących zamordowaniu ich bliskich; także w tym zakresie wzorce z wcześniejszego orzecznictwa strasburskiego są wystarczająco bogate;
 3. Stwierdzi ponadto naruszenie przez Rosję obowiązku współdziałania z Trybunałem na podstawie art. 34 Konwencji, w związku z jej art. 38²⁴. Najbliższy czas pokaże, na co faktycznie stać Europejski Trybunał Praw Człowieka w kontekście ponurego dziedzictwa tragicznych wydarzeń z okresu II wojny światowej²⁵.
 4. Przy okazji powyższych ustaleń dokona szeregu ocen merytorycznych, które – mimo braku objęcia jurysdykcją i badaniem Trybunału faktografii i kwalifikacji prawnej samej Zbrodni Katyńskiej – mogą w tym zakresie pośrednio mieć istotne znaczenie, wzbogacając dorobek strasburski w sferze oceny zdarzeń w okresie II wojny światowej i ich konsekwencji.

²⁴ Trybunał już wielokrotnie stwierdzał brak poszanowania przez Rosję jej obowiązku współdziałania z nim w dziele rozpoznawania skarg przeciwko niej kierowanych. Szerzej na ten temat: T. Jasudowicz, *Obowiązek państwa-strony współdziałania z Trybunałem Strasburskim na rzecz skuteczności postępowania skargowego na przykładzie spraw czecheńskich przeciwko Rosji*, „Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarne” nr 1, 2010, Olsztyn 2011, s. 59–80.

²⁵ Wielce wymowny w tym względzie jest wyrok Wielkiej Izby Trybunału z 17.05.2010 r. w sprawie *Kononova*, odrzucający sposób rozumowania i wnioski Izby w jej wyroku z 24.07.2008 r. Por.: *Case of Kononov v. Latvia*, sk. nr 36376/04. Szerzej na ten temat: T. Jasudowicz, *Miejsce i rola prawa międzynarodowego w kontekście zakazu retroakcji prawa karnego, ze szczególnym uwzględnieniem orzecznictwa strasburskiego* (w druku – *Materiały IV Warszawsko-Toruńskiego Kolokwium Praw Człowieka i Międzynarodowego Prawa Humanitarne Wpływ Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na systemy ochrony praw człowieka i międzynarodowe prawo humanitarne*).

Kwalifikacja prawna Zbrodni Katyńskiej

W tym zakresie także – a może przede wszystkim – ograniczę się do refleksji li tylko uzupełniających. Uwzględniam bowiem i – co do zasady – akceptuję ustalenia K. Karskiego zarówno co do dopuszczalności kwalifikowania Zbrodni Katyńskiej jako zbrodni ludobójstwa, jak też co do możliwości kumulatywnego jej postrzegania zarazem jako zbrodni wojennej²⁶, zbrodni przeciwko ludzkości²⁷ i zbrodni ludobójstwa²⁸. Autor uwzględni również moje stanowisko, pisząc: „Tadeusz Jasudowicz stwierdza w sposób ogólny, że ZSRR dopuszczał się w trakcie drugiej wojny światowej »ciągu straszliwych zbrodni wojennych, zbrodni przeciwko ludzkości i zbrodni ludobójstwa«²⁹. Faktycznie, tak w moim „Widmie” stwierdzam, ale przecież w dorobku moim do tego się nie ograniczyłem, bo na początku 1990 r. w „Sybiraku” publikowałem mój „tryptyk katyński”³⁰, którego już pierwszy człon zajmował się kwalifikacją Zbrodni Katyńskiej właśnie jako zbrodni ludobójstwa, wskazując zarazem na właściwość równoczesnego kwalifikowania jej jako zbrodni wojennej i zbrodni przeciwko ludzkości³¹. Moimi ustaleniami sprzed lat również będę się wspierał, nie straciły bowiem aktualności.

Zbrodnia Katyńska niewątpliwie godziła w obszerny zbiór praw i zwyczajów wojennych związanych ze standardami traktowania jeńców

²⁶ K. Karski, *Mord katyński jako zbrodnia ludobójstwa – w odpowiedzi...*, s. 104 i n. Por.: P. Grzebyk, op.cit., s. 100 i n.; R. Kwiecień, *Przewyciężanie przeszłości przez prawo międzynarodowe*, w: *Problemy prawne w stosunkach polsko-niemieckich u progu XXI wieku*, pod red. W. Czaplińskiego, B. Łukańko, Warszawa 2010, s. 35 i n.; K. Wierczyńska, *Pojęcie ludobójstwa w kontekście orzecznictwa międzynarodowych trybunałów karnych*, Warszawa 2010, s. 194 i n.

²⁷ Por. zwł.: N. S. Lebediewa, *Katyń. Zbrodnia przeciwko ludzkości*, Warszawa 1997, *passim*. P. Grzebyk, op.cit., s. 100 i 102, nie wyklucza kwalifikowania zbrodni katyńskiej jako zbrodni przeciwko ludzkości, ale tylko „w przypadku zamordowanych cywilów”. Nie do przyjęcia jest teza, że zbrodnia ta podmiotowo ogranicza się „do cywilów”.

²⁸ K. Karski, *Mord katyński...* *passim*. Por. m.in.: K. Kosińska, *Zbrodnia ludobójstwa w prawie międzynarodowym*, Toruń 2009, s. 34; W. Kulesza, *Zbrodnia Katyńska jako akt ludobójstwa*, w: *Zbrodnia Katyńska. W kręgu prawdy i kłamstwa*, pod red. S. Kalbarczyka, Warszawa 2010, s. 52 i n.

²⁹ K. Karski, *Mord katyński jako zbrodnia ludobójstwa w świetle...*, s. 54.

³⁰ Por.: T. Jasudowicz, *Zbrodnia Katyńska – akt sowieckiego ludobójstwa, Zbrodnia Katyńska przed Trybunałem Norymberskim; Zbrodnia Katyńska – „Patriotów Polskich przepustka do historii”*, „Sybirak” 1990, nr 1 (4), s. 9–12, 12–15, 15–18. Nie mam pretensji do K. Karskiego o to przeoczenie; w końcu nikt inny z badaczy do dziś nie wyszedł tego mojego „tryptyku” sprzed 22 lat!

³¹ *Ibidem*, s. 10.

wojennych. Ze strony sowieckiej stawiana była nieraz teza, że Związek Sowiecki nie był związany w tym względzie żadnymi wymogami prawa międzynarodowego. Otóż nie jest to prawdą. Owszem, ZSRS nie ratyfikował Konwencji Genewskiej o traktowaniu jeńców wojennych z 1929 r. Warto jednak przypomnieć, że Rosja carska była stroną IV Konwencji Haskiej i Regulaminu Haskiego o prawach i zwyczajach wojny lądowej³², a zobowiązanie to w trybie sukcesji przeszło na Związek Sowiecki, który zresztą w 1925 r. formalnie to potwierdził. Niezależnie od tego, tak prawa i zwyczaje wojny lądowej w ogóle, jak i reguły traktowania jeńców wojennych – i te figurujące w rozdz. II Regulaminu Haskiego, i te umocowane w Konwencji z 1929 r. – były wynikiem prac kodyfikacyjnych, musiały być uwzględniane z mocy Klauzuli Martensa, a przed rozpoczęciem II wojny światowej zaczęły być traktowane jako powszechnie uznane normy zwyczajowego prawa międzynarodowego³³. By być nimi związanym, Związek Sowiecki nie musiał formalnie stawiać się stroną odnośnych traktatów. Doszło więc do popełnienia na polskich jeńcach zbrodni wojennej w rozumieniu art. VI/b/ Karty MTW z 1945 r., czyli do „mordowania lub złego obchodzenia się z jeńcami wojennymi”. To nie ulega najmniejszej wątpliwości.

Zbrodnia Katyńska może jednocześnie być kwalifikowana jako zbrodnia przeciwko ludzkości. Brak jej związku z działaniami frontowymi, czas jej popełnienia, czynności ją poprzedzające, w tym zwłaszcza badanie, czy dana osoba da się przemienić w *homo sovieticus*, jej zaplanowanie, zacydowanie i brutalne zrealizowanie pasuje do definicji zbrodni przeciwko ludzkości w rozumieniu art. VI/c/ Karty MTW. Stanowiła bowiem „prześladowania ze względów politycznych, rasowych lub religijnych przy popełnianiu jakiegokolwiek zbrodni wchodzącej w zakres kompetencji Trybunału lub w związku z nią, niezależnie od tego, czy gwałciła ona, czy też nie prawo wewnętrzne państwa, gdzie ją popełniono”³⁴.

³² Por.: Regulamin dotyczący praw i zwyczajów wojny lądowej z 18.10.1907 r., Dz. I O wojujących, rozdz. II O jeńcach wojennych (art. 4–20).

³³ Zupełnie jednoznacznie potwierdza Trybunał Strasburski w swoim orzecznictwie powszechnie wiążący charakter zwyczajowy norm wcześniejszego międzynarodowego prawa humanitarnego.

³⁴ Por.: T. Jasudowicz, *Zbrodnia Katyńska...*, s. 10. Pisałem tam: „w pojęciu tym chodzi o wymagany standard ludzkości (człowieczeństwa), bezwzględnie nieprzekraczalny, a przez tę zbrodnię monstrualnie wręcz przekroczony”. Dodawałem przy tym: „Otóż, męczeński szlak polskich oficerów, prowadzący ich do Katyńskiej (Starobielskiej, Ostaszkowskiej) Golgoty, wyraźnie wykazuje obecność takiego elementu »prześladowania« w wykonaniu organów NKWD, z najwyższej dyspozycji Kremla. To prześladowanie jest więc samo w sobie zbrodnicze,

W związku z najbardziej kontrowersyjnym zagadnieniem kwalifikowania Zbrodni Katyńskiej jako zbrodni i ludobójstwa, zwracam uwagę na to, że głównym obszarem sporów teoretycznych ostatnio w nauce polskiej toczonych jest kwestia motywu Zbrodni Katyńskiej. Jedni z uporem próbują się trzymać literalnej interpretacji art. 2 Konwencji w sprawie Zapobiegania i Karania Zbrodni i Ludobójstwa z 9.12.1948 r., a zwłaszcza zawartego w nim kryterium „zamiaru zniszczenia w całości lub w części grup narodowych, etnicznych, rasowych lub religijnych jako takich”, w związku z pierwszą postacią zjawiskową ludobójstwa, czyli „zabójstwem członków grupy”. Zgadzam się z argumentacją K. Karskiego, że wchodził w grę sowiecki zamiar zniszczenia polskich jeńców wojennych właśnie jako Polaków, a więc jako grupy narodowej. Przeciwnie, zarzucam P. Grzybek brak zrozumienia sprawy. Po pierwsze, gdy człowiek sowiecki mówi – a stale to powtarzali – „polskije pany”, w istocie nie chodzi mu o jakichś tam obszarników li tylko, ale o Polaków w ogóle, o dziejowych konkurentów, budzących zadawnione kompleksy rosyjskie z czasów Samozwańca, ale też z czasów wcześniejszych i późniejszych. Dla Stalina i jego pachotków cała II RP to „polskije pany”. Będąc dzieckiem, na Sybirze poznałem, jak głęboko ta drzazga dziejowa tkwi, gdy mnie – 6–7 latkowi – śpiewano z satysfakcją w twarz: „pomniat psy atamany, pomniat polskije pany konarmiejskije naszi... potki”³⁵.

Owszem, kto spełniał test kandydacki na *homo sovieticus*, kto zrzucał się politycznie polskości i przyjmował ideologiczną indoktrynację, a w rezultacie sowietyzację – i siebie samego, i Polski – ten przestawał być „polskim panem”, a mógł stopniowo urosnąć do rangi, *towariszcza*, zwłaszcza gdy okazywał się chętny do kontynuowania rozprawy z „polskimi panami”. Ale taką sytuację, taką postawę i taki wybór możemy i powinniśmy określać jako akt „prosowieckiej zdrady”; fakt, że ponieważ wymuszonej niedopuszczalnymi „zachętami” najeźdźcy i okupanta sowieckiego. Jestem świadom, jak niepopularnym dzisiaj słowem jest

stanowiąc właśnie zbrodnię przeciwko ludzkości, nawet choćby do późniejszego masowego mordu nie doszło i nawet choćby – wedle standardów sowieckich – było «normalnym» trybem postępowania wobec własnego społeczeństwa”.

³⁵ Warto mieć świadomość, dlaczego – po zniesieniu rewolucyjnego „prazdnika 26 oktiabria/7 nojabria” – wybrano na największe święto państwowe Rosji datę wybuchu powstania Minina i Pożarskiego dla wypędzenia Samozwańca z Moskwy. Zaiste, tego się tak łatwo nie zapomina i tego się tak łatwo nie przebacza, zwłaszcza gdy dodatkowo się uwzględni ów „Cud nad Wisłą” 1920 roku i paniczną ucieczkę Armii Czerwonej, która miała zdobyć całą Europę, daleko na wschód.

„zdrada”; obawiam się, że całe zastępy „autorytetów” gotowe są zakrzyknąć, że jest to słowo „nienaukowe”. Pytam: czy nauka na siłę musi być neutralna? czy nauka naprawdę musi tracić z pola widzenia dobro i zło? czy nauka musi zostać wypłukana ze wszelkich uczuć patriotycznych? Stawiam te pytania – owszem, ot, tak z marszu – ale zarazem jak najbardziej poważnie i jak najbardziej naukowo. Wielcy naszej nauki! Ja się tych pytań nie wstydzę!³⁶

I przeciwnie, ktoś inny – Żyd, Białorusin, Ukrainiec itd. – któremu zdarzyło się być polskim patriotą, kto przywarł do imponderabiliów Narodu Polskiego i kto dbał o wierność Rzeczypospolitej, ten kwalifikował się jako „polski pan” – z punktu widzenia prześladowań i odpowiedzialności. W moim głębokim przekonaniu, pojęciu „*national group*” w art. 2 Konwencji o ludobójstwie należy nadawać właśnie znaczenie „grupy narodowej”, nie zaś „grupy narodowościowej”, zwłaszcza że występuje tam – obok i odrębnie – pojęcie „grupy etnicznej”, ogarniające również grupę narodowościową.

Autonomiczne wyróżnienie grupy narodowej przesądza o jej „wywyższeniu” ponad standard grupy narodowościowej, z uwzględnieniem elementów właśnie politycznych. Parafrazując „leninowskie odkrycie” dotyczące „klasy w sobie” i „klasy dla siebie”, proponuje rozróżnienie „narodu w sobie” i „narodu dla siebie”. Ten pierwszy to lud, narodowość, plebs itd., a więc grupa narodowa bez tradycji niepodległego bytowania bądź z wykorzenionymi już tradycjami, a więc bezwolna miazga, dla ujarznienia i zarządzania którą wystarczy stara recepta *panem et circenses*, z nowoczesnym uzupełnieniem przez terror państwowy i odpowiadający mu paniczny strach poddanych, powolnych narzędzi w ręku totalitarnego systemu, gotowych do „zniewolenia umysłu”³⁷. Ten drugi to „naród pełną gębą”, pomny tradycji niepodległego bytu, chcący do tradycji tych powrócić, niepodległość odzyskać, a zniewoleniu się nie poddać. To on jest gnębiony i to jego niszczenie jest celem ludobójstwa. Ludu zniewolonego

³⁶ Przypomnę przy okazji, że art. 23 *in fine* Regulaminu Haskiego zabrania „zmuszać poddanych strony przeciwnej do uczestnictwa w działaniach wojennych skierowanych przeciwko ich krajowi”. Art. 51 (akapit I) IV Konwencji Genewskiej o Ochronie Osób Cywilnych podczas Wojny z 14.08.1949 r. potwierdza ten zakaz, dodając: „Wszelki nacisk i propaganda, zmierzające do dobrowolnego wstąpienia są zabronione”.

³⁷ Można to – dzięki geniuszowi „nowomowy” – ładnie oprawić w ramki „władzy ludu pracującego miast i wsi” oraz „suwerenności Narodu Polskiego”, czego dowodził m.in. tekst preambuły Konstytucji PRL.

niszczyć nie ma sensu; podwójnie się przyda, bo można go łatwo „zaprząć w kierat” i czerpać z niego zyski, a przy tym – z drugiej strony – łatwo uzyskiwać od niego „demokratyczną legitymizację”.

Przypomnijmy – wąska interpretacja „narodowościowa” obca była samemu R. Lemkinowi; uwzględniał on jak najbardziej kryteria polityczne i – bezowocnie, co prawda – próbował ich bronić w toku prac nad Konwencją o ludobójstwie. Jeśli – jak to się powiada – przegrał, jeśli – zwłaszcza pod naporem dyplomacji Związku Sowieckiego – zbliżono się do zawężającej koncepcji narodowościowej, trzeba było to jaśniej, bardziej jednoznacznie w tekście Konwencji odzwierciedlić. Tradycja przedkonwencyjna przemawiała za szerszym rozumieniem grupy narodowej; w tym sensie wąskie rozumienie stawałoby się elementem „postępowego rozwoju”, który musiałby czekać na bardziej powszechną ratyfikację Konwencji przez państwa – bardziej jednoznaczne przywarcie ich w praktyce do takiej wąskiej interpretacji. Szersze rozumienie zwyczajowe, moim zdaniem, mogło przetrwać i przetrwało. W gmachu współczesnego prawa międzynarodowego jest ono jedynie logiczne i jedynie trafne.

Gdyby element polityczny i niepodległościowy nie wchodził w grę, kategoria „grupy etnicznej” zupełnie by wystarczała, a „grupa narodowa” okazywałaby się zbędna. Kiedy w Karcie MTW z 1945 r. definiowano prześladowania prowadzące do popełnienia zbrodni przeciwko ludzkości, wyraziście i to na pierwszym miejscu wyróżniono „prześladowania ze względów politycznych”. Moim zdaniem, ten wzgląd jak najbardziej możemy wykorzystywać do rekonstruowania prawidłowego zakresu definicji ludobójstwa.

Po pierwsze, dlatego, że Konwencja od początku była i nadal jest traktatem o charakterze kodyfikacyjnym. Nie wolno więc z niej wywodzić wniosku, jakoby zbrodnia ludobójstwa wkraczała do prawa międzynarodowego dopiero z chwilą wejścia Konwencji w życie. Taka interpretacja byłaby wręcz *contra legem*, zważywszy, że w swej preambule sama Konwencja mówi o konieczności „uwolnienia ludzkości od tej ohydnej klęski” [a więc dotąd ona ludzkość nękała! – uwaga T. J], wraz z podkreśleniem, że „we wszystkich okresach historycznych ludobójstwo wyrządzało ludzkości wielkie straty”. Zgromadzenie Ogólne NZ już w rezolucji 96/I z 11.12.1946 r.

potwierdziło, że „ludobójstwo jest zbrodnią w obliczu prawa międzynarodowego, sprzeczną z duchem i celami Narodów Zjednoczonych”³⁸.

Po drugie, Konwencja w sprawie Nieprzedawniania Zbrodni Wojennych i Zbrodni przeciwko Ludzkości z 1968 r., chociaż w swoim tytule wymienia tylko te dwa typy zbrodni, w treści art. 1, definiującego zbrodnie niepodlegające przedawnieniu, wyraźnie wymienia „zbrodnie przeciwko ludzkości, popełniane bądź w czasie wojny, bądź też w czasie pokoju [...], jak również zbrodnię ludobójstwa, [...], nawet jeżeli takie czyny nie stanowią naruszenia prawa wewnętrznego kraju, w którym zostały one popełnione”³⁹. Nie ma nic w Konwencji z 1948 r., co by ją odrywało od wcześniejszego rozwoju prawnego, co by zrywało ciągłość tego rozwoju. Ona sama jest owocem tego rozwoju, a jego elementy mogą i powinny być wykorzystywane dla potrzeb prawidłowej interpretacji, zwłaszcza że Zbrodnia Katyńska mieściła się czasowo w tym wcześniejszym rozwoju, gdy ludobójstwo było znane, ale jeszcze precyzyjnie traktatowo niezdefiniowane. Wniosek ten jak najbardziej można kojarzyć z uznaniem w obrębie zakazu retroakcji prawa karnego w traktatach praw człowieka dopuszczalności ścigania i karania za nią jako za czyn sprzeczny z „zasadami ogólnymi prawa uznanymi przez narody cywilizowane”⁴⁰.

Po trzecie, odwołanie się w Konwencji o ludobójstwie z 1948 r. do „ducha i celów Karty Narodów Zjednoczonych” uprawnia nas, czy zgoła zobowiązuje, do postrzegania grupy narodowej w kontekście jednego z głównych celów NZ, a mianowicie poszanowania równych praw i samostanowienia narodów⁴¹. Ludobójstwo może więc być kojarzone z taką eksterminacją i z takimi prześladowaniami, które niszczą państwowotwórczą tkankę narodu, przemieniają go z narodu zdolnego do samostanowienia w grupę narodowościową biernie poddającą się rządowi totalitarnego napastnika czy najeźdźcy, czy wręcz „wyzwolicielem”, w „lud

³⁸ Na tę właśnie rezolucję powołuje się w akapicie I swej Preambuli Konwencja o ludobójstwie. Tekst w: Dz.U. 1952, nr 2, poz. 9. Por. też: rezolucja 95/I ZO NZ z 11.12.1946 r. potwierdzająca zasady prawa międzynarodowego uznane w Karcie Trybunału Norymberskiego, tekst w: *Wybór dokumentów do nauki prawa międzynarodowego*, oprac. K. Kocot i K. Wolfke, wyd. IV, Wrocław–Warszawa 1978, s. 96.

³⁹ Tekst w: Dz.U. 1970, nr 26, poz. 208, Załącznik. Dodano tam również „wysiedlanie wskutek zbrojnego ataku lub okupacji i nieludzkie czyny wynikające z polityki apartheidu”.

⁴⁰ Por. art. 7 ust. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz – w nieco uwspółcześionym sformułowaniu – w art. 15 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych.

⁴¹ Por. art. 1 ust. 2 Karty NZ, wraz z bardzo mocnym potwierdzeniem w tekście art. 55 Karty.

pracujący” gotowy do (wymuszonego) uwielbienia swojego zewnętrznego gwałciciela-zwierzchnika. Nie dochodzi do biologicznej śmierci narodu, ale – owszem – osiąga się jego śmierć polityczną, wyrzeczenie się wolności, uznanie zniewolenia za wolność!

Po czwarte, zarówno Konwencja z 1948 r., jak też Konwencja z 1968 r., wyraźnie kojarzą normowane przez siebie obszary z ochroną praw człowieka⁴². Z biegiem czasu coraz bardziej uświadamiano, że prawo międzynarodowe praw człowieka i międzynarodowe prawo humanitarne to dwie bardzo bliskie sobie gałęzie międzynarodowego porządku prawnego, że w głównej mierze to one – ze wsparciem ogólnej zasady ludzkości – współdecydują o ludzkim wymiarze prawa międzynarodowego. Otóż w kontekście badanego tu problemu chcę zwrócić uwagę na to, że fundamentalna przesłanką wstępną derogacji zobowiązań w dziedzinie praw człowieka jest „wyjątkowe niebezpieczeństwo publiczne zagrażające życiu narodu”⁴³.

Zawiera się w tym coś komplementarnego w stosunku do ludobójstwa: państwo ma tytuł do odstępstwa od swoich zobowiązań dla ratowania narodu, dla zapobiegania jego zniszczeniu. Według mnie, „naród” w rozumieniu klauzul derogacyjnych to nie tylko naród biologicznie pojmowany, ale też naród polityczny, a zniweczenie szans wolnego bytowania narodu to także sytuacja, do której nie wolno dopuścić. Zazwyczaj to systemy totalitarne osiągają – własnymi rękoma – zabójstwo polityczne własnego narodu. Czasem może to się stać z pomocą mocarnego sąsiada – „wyzwolicieła”, ale przecież z niematem udziałem tych, którzy przeciwko własnemu narodowi i państwu – z tym sąsiadem się sprzymierzili. Czy dochowali wierności Ojczyźnie, czy też przeciwnie – dopuścili się zdrady? Znowu to niemożliwe słowo...

Warto w związku z tym zwrócić również uwagę na wymowę katalogu praw niederogowalnych, a więc tych, od których nie wolno odstępować w ramach mechanizmu derogacji zobowiązań. W systemie europejskim obejmuje on nie tylko prawa do życia, ale również wolność od tortur *sensu*

⁴² W szczególności w ust. 5 preambuły Konwencji z 1968 r. podkreśla się, że „skuteczne karanie zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości stanowi ważny czynnik... w ochronie praw człowieka i podstawowych wolności”.

⁴³ Tak w art. 4 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. W tekście art. 15 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka dodatkowo i to w pierwszej kolejności wskazuje się na „wojnę”.

largo, z uwzględnieniem więc także zakazu nieludzkiego bądź poniżającego traktowania lub karania, jak również zakaz niewolnictwa i poddaństwa⁴⁴.

W Pakcie Obywatelskim dalsze składniki katalogu są tym bardziej wymowne, jako że obejmują m.in. nakaz poszanowania podmiotowości osoby, jak również wolność myśli, sumienia i religii⁴⁵. Zatem katalog praw bezwzględnie chronionych nie ogranicza się do praw chroniących przetrwanie biologiczne; ogarnia – i owszem – zespół praw istotnych dla trwania człowieka jako podmiotu uprawnionego. A z takich ludzi składają się narody czy grupy narodowe, zdolne do przetrwania także politycznego, a nie tylko biologicznego.

Definicja ludobójstwa wcale nie wymaga ani zniszczenia, ani nawet zamiaru zniszczenia grupy narodowej jako takiej w całości. Zgodnie z art. 2 Konwencji z 1948 r., wystarcza przecież „zamiar zniszczenia [...] w części (grupy narodowej) jako takiej”, przy czym ta „część” jest niedookreślona: nie znajdziemy wymogu, by była np. bliska całości, żadnego też minimalnego progu ilościowego. Z tego więc punktu widzenia bestialskie rozstrzelanie dwudziestu paru tysięcy oficerów polskich jest zupełnie wystarczającą skalą dla kwalifikowania zbrodni katyńskiej jako zbrodni ludobójstwa, skoro zostali oni wymordowani właśnie dlatego, że byli Polakami wiernymi swojej Ojczyźnie, nieskorymi do wyrzeczenia się Jej.

Oczywiście nie jest żadnym błędem metodologicznym podejmowanie starań o pokazanie Zbrodni Katyńskiej na tle szerszego zjawiska prześladowań i eksterminacji Polaków – tak przed, jak i po jej popełnieniu – czemu tak rzetelne wysiłki poświęcił K. Karski. Ciąg antypolskich represji sowieckich, obejmujących nie tylko mordy i eksterminację, ale także łagry i zsyłki do Kazachstanu i na Sybir, nie tylko z lat 1940–1941, ale też nowe masowe fale aresztowań i zsyłek z Kresów zaraz po II wojnie światowej, co dotyczyło również Polaków – w tym mnie i całej mojej rodziny – już zakwalifikowanych do repatriacji na podstawie układów ewakuacyjnych z 1944–1945 r., bezprawne pozostanie armii sowieckiej na „wyzwolonym” terytorium polskim i dalsze represje, na które Sowieci sobie nawet w samej Polsce pozwalali – wszystko to wskazywało, że Zbrodnia Katyńska wpisuje się logicznie w ciąg świadomie prokurowanych zdarzeń prowadzących

⁴⁴ Por. art. 2, 3 i 4 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, w związku z jej art. 15 ust. 2. Dodajmy, że katalog ten obejmuje także zakaz retroakcji prawa karnego – por. art. 7, w związku z art. 15 ust. 2 Konwencji.

⁴⁵ Por. art. 16 i 18 Paktu, w zw. z jego art. 4 ust. 2.

do zniewolenia Narodu Polskiego. Ona sama jako taka wystarcza do zakwalifikowania jej jako zbrodni ludobójstwa, znajdując dodatkowe potwierdzenie w owym ciągu represji wiodących do unicestwienia bądź zniewolenia.

Groza Tragedii Smoleńskiej

Pod tym pojęciem mam na myśli nie tylko straszną katastrofę lotniczą, w wyniku której zginął Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej Lech Kaczyński ze swą małżonką Marią Kaczyńską i 94 innymi osobami, reprezentującymi różne partie i opcje polityczne, ale także doświadczenia pierwszych godzin i dni po katastrofie, nową Tragedię Krakowskiego Przedmieścia znaczoną wojną o Krzyż, a zwłaszcza tragedię procesową, wynikającą z niewytłumaczalnych „tajemnic” śledztwa smoleńskiego. Wielkość i małość, szlachetność i plugastwo, patriotyzm i zaprzędanie się – wartości i antywartości tak przedziwnie i potwornie ze sobą się w tym obszarze splatają. Niech mi Bóg daruje to zuchwalstwo: domagam się od Niego życia aż po wyjaśnienie Tajemnicy Smoleńskiej! Wymagają tego same Ofiary Tragedii Smoleńskiej, w tym nasz nieodżałowany współpracownik i przyjaciel Ksiądz Biskup Profesor Generał Tadeusz Płotki!

Katastrofie podczas podejścia do lądowania na wojskowym lotnisku Smoleńsk Północny uległ samolot lotnictwa państwowego RP TU154M nr boczny 101, podlegając przy okazji defragmentacji i zniszczeniu. Co łączy Katyń i Smoleńsk poza naturalną bliskością geograficzną? Otóż Prezydent RP, m.in. wraz z dowódcami różnych rodzajów wojsk, reprezentantami wszystkich parlamentarnych ugrupowań politycznych i przedstawicielami Rodziny Katyńskiej, leciał, by w 70. Rocznicę Zbrodni Katyńskiej uczcić na miejscu pamięć jej ofiar i dać świadectwo Prawdzie Katyńskiej. Obie Tragedie są też sobie bliskie rangą ofiar – te 96 osób Tragedii Smoleńskiej to znowu elita Narodu Polskiego, jakby w mikroskali najwierniejsi Synowie i Córy Ojczyzny. Jaka bolesna analogia!

Niezmiernie istotny jest charakter odbywanego lotu prezydenckiego Tupolewa: czy mamy do czynienia z lotem cywilnym/handlowym, czy też państwowym/wojskowym? Nie ma najmniejszej wątpliwości, że samolot należał do lotnictwa państwowego RP, był samolotem wojskowym, z wojskową też załogą, podległą wojskowemu dowództwu. Jak się podkreśla,

„nie ma wątpliwości, że lot prezydenckiego Tupolewa od początku do końca miał charakter wojskowy”⁴⁶. Godny uwagi jest fakt, że w „Uwagach RP” do projektu Raportu MAK silnie się akcentuje: „Zdaniem strony polskiej, lot samolotu TU 154M numer boczny 101 w dniu 10 kwietnia 2010 r. powinien być traktowany jako lot wojskowy”⁴⁷, dodając, że „od momentu przekazania kontroli nad lotem samolotu TU 154M służbom kontroli ruchu lotniczego lotniska Smoleńsk „Północny”, lot odbywał się według procedur lotnictwa państwowego (wojskowego) i według takich procedur powinna zostać dokonana analiza działania służb ruchu lotniczego (ATS)”⁴⁸.

W „Uwagach” *expressis verbis* stwierdza się, że RP przedstawia je „z wnioskiem o ich uwzględnienie w treści Raportu Końcowego”⁴⁹. Stosownie do Załącznika XIII do Konwencji o Międzynarodowym Lotnictwie Cywilnym (tzw. Konwencji Chicagowskiej) z 7 grudnia 1944 r., Rosja – jako „państwo zdarzenia”, po otrzymaniu „Uwag RP” – miała obowiązek „albo wprowadzenia poprawek do projektu Raportu końcowego tak, by włączyć substancję otrzymanych uwag, albo – jeżeli tak zyczyłoby państwo, które uwagi formułowało – dołączyć uwagi do Raportu końcowego”⁵⁰.

Raport końcowy MAK w ogóle do tego wniosku RP się nie odnosi, traktując go jako *non existens*, bo na samym początku swoich „Konkluzji” przyjmuje, że samolot „wykonywał nieregularny lot międzynarodowy wioząc pasażerów do lotniska Smoleńsk Północny należącego do lotnictwa państwowego Federacji Rosyjskiej”⁵¹. Oznaczało to – zdaniem MAK

⁴⁶ Por.: K. Galimski, P. Nisztor, *Kto naprawdę ich zabił? Cała prawda o katastrofie smoleńskiej*, Warszawa 2010, s. 56. Autorzy zwracają uwagę, że „we wszystkich CLARIS-ach lot był określany jako »military« (wojskowy)” oraz że „w planie lotu prezydenckiego Tupolewa wpisano status lotu jako »military«”.

⁴⁷ *Uwagi Rzeczypospolitej Polskiej jako: państwa rejestracji i państwa operatora do projektu Raportu końcowego z badania wypadku samolotu TU-154M nr boczny 101, który wydarzył się w dniu 10 kwietnia 2010 r., opracowanego przez Międzypaństwowy Komitet Lotni czy MAK*, Warszawa, 19 grudnia 2010 r., s. 97. Por. szerokie przedstawienie 11 dowodów na to – ibidem, s. 97–98.

⁴⁸ Ibidem, s. 98.

⁴⁹ Ibidem, s. 2.

⁵⁰ Por.: *Annex 13 to the Convention on International Civil Aviation: Aircraft Accident and Incident Investigation*, Ninth edition, July 2001, pkt 6. 3., akapit 2.

⁵¹ *Interstate Aviation Committee. Air Accident Investigation Commission, Final Report*, s. 171 akapit 1. Por. ibidem, akapit 4: *Flight PLF 101 was an international non scheduled (single) flight carrying passengers*. Ciekawe, że ani na początku, ani na końcu Raportu nie wskazuje się jego daty, zaś w treści jego (na s. 8) pojawiają się zupełnie absurdalne wskazania: „Start of investigation – April 10, 2010. End of investigation – January 10, 2010” [sic!]. Jaki poziom śledztwa, taki też poziom raportu!

i wbrew wnioskowi RP – że nie miały doń zastosowania „Federalne Reguły Lotnicze Lotnictwa Państwowego Federacji Rosyjskiej”; lot stanowił więc według Raportu MAK, co całkowicie przeczy faktom z dnia zdarzenia, 10 kwietnia 2010 r. „*an international flight conducted in accordance with the Russian AIP*”⁵².

To założenie całkowicie arbitralne, bez pokrycia. Po obu stronach – i polskiej, i rosyjskiej – wszystko było państwowe i wojskowe: załogi, personel i dowództwo, samoloty i lotniska, nic zaś nie odpowiadało pojęciu lotnictwa cywilnego. Nie tylko cała procedura przygotowania do lotu, z pełnym zaangażowaniem MSZ i ambasady RP w Moskwie, odpowiadała regułom typowym dla lotnictwa państwowego i wojskowego, lecz i *de facto* lotnisko Smoleńsk Północny i stosowane na nim standardy odpowiadały lotnictwu wojskowemu. Dlatego oderwanymi od rzeczywistości i kreowanymi *ex post* są stwierdzenia Raportu MAK o zastosowalności *Russian Aeronautical Information Publication*, a nie *Federal Aviation Rules for State Aviation of the Russian Federation*.

To zaś czyni ogromną różnicę. Do lotów państwowych i wojskowych powinno mieć zastosowanie dwustronne Porozumienie polsko-rosyjskie w sprawie zasad wzajemnego ruchu lotniczego wojskowych statków powietrznych Rzeczypospolitej Polskiej i Federacji Rosyjskiej w przestrzeni powietrznej obu państw z 1993 r. Zgłoszenie i plan lotu TU 154M nastąpiły stosownie do postanowień art. 1–3 Porozumienia. Art. 8 Porozumienia reguluje lądowanie statków powietrznych i zawiera obowiązki stron w zakresie świadczenia usług lotniczych. Co bardzo ważne, jedynie co do „zasad współdziałania i wykorzystywania środków poszukiwawczych i ratowniczych (SAR)” uzgodniono, że będą one stanowiły „przedmiot odrębnego porozumienia”⁵³.

Żadnych innych specjalnych porozumień wykonawczych nie przewidywano ani nie potrzebowano. W szczególności „w przypadku zaistnienia incydentu” strony miały podejmować „niezbędne kroki, wykorzystując bezpośrednią łączność, w celu niedopuszczenia do eskalacji incydentu i szybkiego usunięcia jego skutków oraz wymiany w trybie pilnym informacji o zaistniałych wydarzeniach”⁵⁴. Specjalną uwagę zwraca postano-

⁵² Ibidem. s. 176, pkt 3.1.40.

⁵³ Por. art. 10 *in fine* Porozumienia.

⁵⁴ Por. art. 11 akapit 1 Porozumienia. Stosownie do akapitu 2, informacje takie miały być przekazywane za pośrednictwem attachatów wojskowych każdej z ambasad.

wienie, zgodnie z którym „Wyjaśnienie incydentów lotniczych, awarii i katastrof... prowadzone będzie wspólnie przez właściwe organy polskie i rosyjskie”⁵⁵. Jak jasno wynika z konstrukcji Porozumienia – poza wspomnianym zakresem SAR – niepotrzebne są dodatkowe porozumienia wykonawcze, a strony zakładają, że ich „właściwe organy” potrafią wspólnie radzić w przypadku incydentów, awarii czy katastrof. Gdyby takowe okazały się potrzebne, strony miały wystarczający czas (1993–2010!), by Porozumienie z 1993 r. uzupełnić dodatkowymi układami.

W Porozumieniu – ani w jego preambule, ani w postanowieniach merytorycznych – nie ma niczego, co by wskazywało, jak to niektórzy „znawcy” sugerują, jakoby miało ono dotyczyć nadzwyczajnego kontekstu wycofywania wojsk sowieckich z terytorium RP. Jedynie co do lotów w przestrzeni powietrznej RP rosyjskich samolotów „wycofywanych i zabezpieczających wycofywanie jednostek wojskowych z terytorium Niemiec” odsyłano do specjalnego Porozumienia polsko-rosyjskiego z 1992 roku.

Żadnym argumentem prawnym nie jest też to, że Porozumienie pochodzi z „ery jelcynowskiej”. Zawarto je na okres 5 lat, z klauzulą automatycznej prolongacji na kolejne okresy pięcioletnie, z możliwością też jego wypowiedzenia „w formie pisemnego zawiadomienia drugiej strony”. Do 10 kwietnia 2010 r. żadna ze stron z możliwości takiej nie skorzystała. Także w tym dniu i po tym dniu, i po dziś dzień takiego „pisemnego zawiadomienia” nie było. Zatem *pactum* z 1993 r. trwa i obowiązuje, korzystając z dobrodziejstwa zasady *pacta sunt servanda*.

Wobec powyższego, z chwilą zaistnienia Tragedii Smoleńskiej obie strony miały obowiązek przystąpienia do wspólnego jej wyjaśniania na podstawie Porozumienia z 1993 r. Z punktu widzenia Konstytucji RP z 1997 r., bez wątplenia należy ono do „wiążącego prawa międzynarodowego”, które RP zobowiązuje się przestrzegać. Jakże żenujące były wynurzenia w imieniu Prokuratury Generalnej RP, jakoby Porozumienie z 1993 r. nie było dla niej wiążące, dotyczyło bowiem tylko resortów obrony. To nieporozumienie. Każda umowa międzynarodowa wiąże RP jako całość, bo każdy z organów (w tym resortów) RP działa w imieniu i na konto Rzeczypospolitej!

⁵⁵ Por. art. 11 akapit 3. Akapit 4 dodaje obowiązek zapewnienia „dostępu do niezbędnych dokumentów z zachowaniem obowiązujących je zasad tajemnicy państwowej”, zaś – zgodnie z akapitem 5 – uzupełnia to obowiązek „udzielenia niezbędnej pomocy załogom wojskowych statków powietrznych”.

Rzekomo kompetentne czynniki polskie udzielały bardzo rozmaitych i bardzo niespójnych wyjaśnień w sprawie Porozumienia z 1993 r. Rzecznik Wojskowej Prokuratury Okręgowej w Warszawie płk Rzepa jakby się poddawał presji rosyjskich faktów dokonanych, wskazując, że Porozumienie było wojskowe, a śledztwo prowadzą „rosyjscy prokuratorzy cywilni”⁵⁶. Z kolei według M. Kujawskiego z Biura Prokuratora Generalnego Porozumienie z 1993 r. w ogóle nie może być podstawą współpracy dla wyjaśnienia Tragedii Smoleńskiej, bo „wiąże wyłącznie resorty, które są jego stronami [...], a ponadto jego przedmiotowy zakres nie dotyczy w żadnym aspekcie kooperacji organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości”⁵⁷. Ze swej strony Centrum Informacyjne Rządu akcentowało rzekomą niedogodność „długotrwałych rozmów...w celu ustalenia procedury badania wypadku w oparciu o art. 11 Porozumienia z 1993 roku” i „wybór tzw. Konwencji Chicagowskiej”, rzekomo zapewniającej „sprawne prowadzenie postępowania oraz jawność jego wyników”⁵⁸.

Tak pozytywna ocena mechanizmu chicagowskiego, ochoczo przyjętego przez premiera Tuska pod naporem W. Putina, najwidoczniej nie potwierdziła się, skoro w swoich „Uwagach Rzeczypospolitej” Komisja Millera tak mocno przypomniała o Porozumieniu z 1993 r. Sam Miller w maju 2010 r. twierdził na sejmowej komisji obrony, że „konwencja chicagowska dobrze się do tego nadaje”. Czyżby schizofrenia?

Przypomnijmy zatem, że Konwencja Chicagowska, będąca zarazem statutem ICAO⁵⁹, w sposób nader pryncypialny stanowi w art. 3/a/, że „będzie stosować się jedynie do cywilnych statków powietrznych, nie będzie zaś

⁵⁶ *Zapomniana umowa z Rosją?*, <http://www.rp.pl/arttykul2>, s. 1, dostęp: 2012-01-16. O aktualności Porozumienia wspominat natomiast rzecznik prasowy MON, J. Sejmej – ibidem. Por. B. Klich, w: *Komisja Millera działała na mocy porozumienia polsko-rosyjskiego z 1993 r.* (art. 11) i rozporządzenia MON z 26.05.2010 r. – [http://wsieci.rp.pl/opinie\(...\)](http://wsieci.rp.pl/opinie(...)), s. 1.

⁵⁷ Por.: *Prokuratura Generalna o porozumieniu z 1993 roku*, w: <http://lotniczapolska.pl/>, s. 1. Wyjaśnia się przy tym, że „ich [tj. porozumień międzyresortowych – przyp. T. J.] obowiązywanie ograniczone jest wyłącznie do zainteresowanych podmiotów będących stronami takich porozumień”. To wierutna bzdura. Porozumienie jest składnikiem „wiążącego prawa międzynarodowego” i RP jako taka ma go przestrzegać.

⁵⁸ Por.: *Rząd nie zapomniat o polsko-rosyjskim porozumieniu*, w: <http://www.polskieradio.pl/5/3/Artykul>, s. 2. Por. jednak: *Tajny pakt Tusk-Putin*, w: <http://niezalezna.pl13793>, s. 1, gdzie prof. Marek Żylicz przypomniał, że na samym początku współpracę podjęły dwie komisje wojskowe: rosyjska na czele z gen. S. Bajnietowem i polska na czele z płk. M. Grochowskim.

⁵⁹ Por.: *Chicago Convention on International Civil Aviation*, 15 UNTS 295, Part two: *The International Civil Aviation Organization*.

się stosować do państwowych statków powietrznych⁶⁰. Stosownie do art. 54/l/ Konwencji, Rada ICAO może przyjmować „międzynarodowe standardy i zalecane praktyki jako Załączniki do Konwencji”, w tym m.in., dotyczące – stosownie do art. 37/k/ – „statku powietrznego w niebezpieczeństwie i badania wypadków”⁶¹.

W przedmowie do Załącznika 13 Konwencji: „Badanie wypadków i incydentów lotniczych” wyjaśnia się, że „choć niniejszy Załącznik został przyjęty zgodnie z postanowieniami art. 37 Konwencji, samo Badanie Wypadków Lotniczych stanowi przedmiot art. 26, a ten w określonych okolicznościach nakłada na państwo, w którym wypadek miał miejsce, obowiązek wszczęcia śledztwa i prowadzenia go – na ile jego ustawy na to pozwalają – zgodnie z procedurą ICAO”; przy tym, nic w Załączniku nie może przeczyć postanowieniom art. 26 ani jakiegokolwiek innego artykułu Konwencji, a więc też jej art. 3 ściśle ograniczającego zakres stosowania jedynie do cywilnych statków powietrznych; nie może też wprowadzać żadnego postanowienia, które by stanowiło „naruszenie ducha i celu Konwencji”⁶².

Rada ICAO na 18 posiedzeniu swej XII sesji 11 kwietnia 1951 r. przyjęła Załącznik 13 w sprawie badania wypadków lotniczych, zalecając go stronom jako „procedurę stosowaną przez Umawiające się państwa do śledztw obejmujących śmierć lub poważne szkody, wszczynanych zgodnie z postanowieniami art. 26”. Oznacza to, że państwo, w którym wypadek miał miejsce, będzie wszczynало śledztwo”, „państwo, w którym samolot jest zarejestrowany, będzie dysponowało możliwością wyznaczenia obserwatorów obecnych w śledztwie” i „państwo prowadzące śledztwo przekaże tamtemu państwu raport i ustalenia w sprawie”⁶³.

⁶⁰ Ponadto, art. 3/b/ wyjaśnia, że „Statki powietrzne używane w służbie wojskowej, celnej i policyjnej traktowane będą jako będące statkami państwowymi”, zaś art. 3/d/ zobowiązuje państwa do tego, by przy regulowaniu lotów statków państwowych „miały należycie na względzie bezpieczeństwo lotów cywilnych statków powietrznych”.

⁶¹ Por. rozdz. VI; *International Standards and Recommended Practices*.

⁶² *ICAO International Standards and Recommended Practice Annex 13 to the Convention on International Civil Aviation "Aircraft Accident and Incident Investigation"*, Ninth edition – July 2001, s. v – vi (Applicability).

⁶³ *Relationship between Annex 13 and Article 26 of the Convention*, pkt 1 – *ibidem*, s.vi. *In fine* wskazuje się, że „Akredytowany przedstawiciel i doradcy, o których w Załączniku mowa, razem oznaczają obserwatorów, którym na podstawie art.26 daje się prawo obecności w śledztwie”.

Konsekwentnie potwierdzając właściwość badania Katastrofy Smoleńskiej na podstawie Porozumienia z 1993 i kwestionując właściwość Załącznika 13 do Konwencji Chicagowskiej, przyjrzą się mimo wszystko jego wybranym postanowieniom i kwestii ich przestrzegania w śledztwie MAK.

Otóż, zgodnie z rozdz. 3 pkt 3.2., „Państwo Zdarzenia będzie podejmowało wszelkie rozsądne środki dla ochrony dowodów i zachowywania w bezpiecznej pieczy samolotu i jego zawartości przez taki okres, jaki może okazać się konieczny dla potrzeb śledztwa”⁶⁴.

Znając los i wraku samolotu, i innych dowodów, które powinny być objęte dokładną dokumentacją fotograficzną, można zasadnie zarzucać stronie rosyjskiej zupełnie rażąco w tym względzie niedociągnięcia i naruszenia.

Ogromnie znaczące jest postanowienie pkt 3.3., stosownie do którego, jeśli Państwo Rejestracji czy Państwo Operatora żąda, „by samolot, jego zawartość oraz wszelkie inne dowody pozostawały nienaruszone do czasu dokonania inspekcji przez akredytowanego przedstawiciela państwa żądającego”, Państwo Zdarzenia „podejmie wszelkie konieczne kroki dla spełnienia tego żądania”; co prawda, „w zakresie rozsądnie praktycznym i dającym się pogodzić z właściwym prowadzeniem śledztwa”⁶⁵. Dlaczego ze strony polskiej we właściwym czasie, już na samym początku, takiego żądania do Rosji nie skierowano, dlaczego publicznie rozpowszechniano przekonanie, że w trybie Załącznika 13 wszystko należy do dyspozycji Rosji?

Stosownie do postanowienia pkt 3.4., w związku z pkt 3.2. i 3.3., Państwo Zdarzenia „zwolni z zatrzymania samolot, jego zawartość lub jakiegokolwiek jego części, skoro tylko nie będą już one konieczne dla śledztwa”⁶⁶.

Swoją drogą, postanowienia tak chwalonego Załącznika 13 są niejednoznaczne. Z jednej strony akcentują one obowiązki i odpowiedzialność państwa zdarzenia jako państwa prowadzącego śledztwo. Może ono – stosownie do pkt 5.1. – „przekazać całość lub jakąkolwiek część prowadzonego

⁶⁴ Stosownie do dalszych wyjaśnień w tymże punkcie „ochrona dowodów” obejmuje „zabezpieczenie – środkami fotograficznymi lub innymi – wszystkich dowodów, które mogłyby podlegać usunięciu, zamazaniu, utracie czy zniszczeniu”; z kolei „zachowywanie w bezpiecznej pieczy” oznacza „ochronę przed dalszymi uszkodzeniami, dostępem osób nieupoważnionych, kradzieżą i zepsuciem”.

⁶⁵ Dodaje się tamże, że „samolot może podlegać przesunięciu w zakresie koniecznym dla wydostania osób, zwierząt, poczty i kosztowności, dla zapobieżenia zniszczeniu przez ogień lub inne przyczyny, albo dla wyeliminowania wszelkiego zagrożenia czy utrudnień dla żeglugi powietrznej, innego transportu lub ludności[...]”.

⁶⁶ Towarzyszy temu obowiązek „ułatwienia dostępu do samolotu, jego zawartości lub jakiegokolwiek jej części” – ibidem.

śledztwa – za wspólnym porozumieniem i zgodą – innemu państwu”. Ani Polska o to realnie się nie ubiegała, ani Rosja – tak ponoć życzliwa – tego z własnej inicjatywy nie zaproponowała.

Nie wynika z Załącznika 13 żadna podstawa dla funkcjonowania Komisji Millera, dla jej relacji z Komisją MAK ani z akredytowanym przedstawicielem w niej Polski jako państwa rejestracji i państwa operatora. Czy dlatego MAK kompletnie zlekceważył „Uwagi Rzeczypospolitej Polskiej” właśnie przez Komisję Millera przedstawione, w ogóle nie ustosunkowując się do nich w swoim Raporcie końcowym?

Sformułowaniu praw i obowiązków państwa prowadzącego śledztwo towarzyszy w Załączniku 13 istotna uwaga do pkt 5.3.: „Nic w niniejszych postanowieniach nie ma na celu przeszkadzania państwu prowadzącemu śledztwo w korzystaniu z najlepszych ekspertyz technicznych z wszelkich źródeł”, co można i trzeba odczytywać w koniecznym związku z uwagą do pkt 5.24.: „Nic w niniejszych postanowieniach nie ma na celu przeszkadzania państwu uczestniczącemu w śledztwie w powoływaniu najlepszych ekspertów technicznych z jakiegokolwiek źródła oraz wyznaczaniu takich ekspertów jako doradców jego akredytowanego przedstawiciela”⁶⁷. Zrozumiałe, że ani Rosja jako taka, ani MAK nie widzieli takiej potrzeby. Z drugiej strony Polsce przysługiwał status „państwa uczestniczącego w śledztwie”. Dlaczego ani Polska, ani jej akredytowany przedstawiciel nie domagali się tego, co Załącznik 13 na naszą korzyść przewiduje? Poniekąd ubezpieczyliśmy się sami, własnymi rękoma! Czyżby strach było żądać?

Pkt 5.25. Załącznika 13 wyraźnie określa pojęcie „uczestnictwa w śledztwie” jako dysponowanie „tytułem do uczestnictwa – pod kontrolą naczelnego śledczego – we wszystkich aspektach śledztwa, w szczególności w: a/ wizytowaniu miejsca zdarzenia; b/ badaniu wraku; c/ uzyskiwaniu informacji od świadków i sugerowaniu obszarów przesłuchań; d/ dysponowaniu – możliwie najszybciej – pełnym dostępem do wszystkich istotnych dowodów; e/ otrzymywaniu kopii wszystkich istotnych dokumentów; f/ uczestniczenia w odczytywaniu mediów zakodowanych; g/ uczestniczeniu w poufnej działalności śledczej, takiej jak badania komponentów, briefingi techniczne, testy i symulacje; h/ uczestniczeniu w spotkaniach

⁶⁷ Stosownie do pkt 5.24.1. Załącznika, „Doradcom wspomagającym akredytowanego przedstawiciela wolno będzie uczestniczyć w śledztwie – pod nadzorem akredytowanego przedstawiciela – w zakresie koniecznym dla umożliwienia akredytowanemu przedstawicielowi uczynienie jego uczestnictwa efektywnym”.

śledczych, w tym w naradach dotyczących analizowania, ustaleń, przyczyn i zaleceń bezpieczeństwa; oraz i/ składaniu wniosków odnośnie do rozmaitych elementów śledztwa”. Jak z tego wynika, Załącznik gwarantuje wszechstronne i pełne uczestnictwo, tak, by było ono uczestnictwem efektywnym. Dlaczego takie nie było? dlaczego nie ubiegano się o to skutecznie?

Wreszcie, zgodnie z pkt 6.3., Rosja miała obowiązek przesłania Polsce projektu Raportu końcowego, z wezwaniem do możliwie najszybszego wniesienia „znaczących i uzasadnionych uwag do Raportu i – w razie otrzymania takowych w terminie 60 dni – „albo poprawienia projektu Raportu końcowego tak, by włączyć doń substancję otrzymanych uwag, albo – jeśli tego życzy państwo, które uwagi formułowało – dołączyć te uwagi do Raportu końcowego”⁶⁸. Niezależnie od negatywnej oceny tzw. Raportu Millera, trzeba uznać, że „Uwagi RP” były na tyle liczne, poważne i udokumentowane, że zasługiwały na status „znaczących i uzasadnionych” uwag w rozumieniu Załącznika 13.

Wypada się więc dziwić, że nie wywołały one żadnej – przewidywanej w Załączniku 13 – reakcji strony rosyjskiej jako „państwa zdarzenia” i „państwa prowadzącego śledztwo”: Uwagi RP ani nie spowodowały poprawienia projektu Raportu końcowego, ani nie zostały dołączone do samego Raportu. Jeśli się zważy, że Raport MAK sporządzono również w języku angielskim i w tej wersji w Europie i w świecie rozpowszechniono, podczas gdy Uwagi RP przygotowano po polsku, a o ich rozpowszechnianie nikt się nie starał, trudno się dziwić, że Europa i świat dały się w znacznym stopniu „otumanić” rosyjskim kłamstwem smoleńskim!

Świadom jestem tego, że – poza Raportem MAK i Raportem Komisji Millera – mamy ponadto Raport NIK, że wciąż toczą się w Polsce dwa odrębne śledztwa: prokuratury wojskowej i prokuratury cywilnej, że toczy się też jakieś śledztwo w Rosji. Na ile wiem, bliscy ofiar w żadnym z tych śledztw nie uczestniczą w pożądanej i prawnie wymaganej mierze. Z ogromną niechęcią i z ogromnymi opóźnieniami w śledztwach tych stopniowo odstępuje się od wcześniejszych założeń i ustaleń odpowiadających przygotowaniu sprawy przez Rosjan. Materia to bardzo oporna, a proces bardzo czaso- i pracochłonny. Trudno być optymistą.

⁶⁸ Załącznik 13, pkt 6.3., akapit 2.

Dlatego tak istotne są badania niezależne, skupiające się wokół dynamicznych działań zespołu parlamentarnego pod przewodnictwem Antoniego Macierewicza. Dlatego tak ważne są osiągnięcia śledztw dziennikarskich, zwłaszcza prowadzonego przez „Gazetę Polską” i „Gazetę Polską Codziennie”. Mamy już bardzo istotne ustalenia krakowskiego zespołu ekspertów. Mamy bardzo ważne ekspertyzy naukowców polskich ze Stanów Zjednoczonych i z Australii. Mamy coraz bardziej realne perspektywy obudzenia się nauki polskiej także w kraju, zwłaszcza tej kompetentnej w sprawach technicznych, w naukach lotniczych. Kto wygląda poza media mainstreamowe, ten wie, o czym tu piszę. Nadzieje są coraz większe, obraz Katastrofy, jej charakteru i przyczyn coraz jaśniejszy.

Z drugiej strony, w dominującej opinii parlamentarnej, w narracji wszechpotężnych mediów, którym „racja stanu” pomieszała się z „racją rządu” czy z „racją prezydenta”, „dobro Ojczyzny” zostało przyćmione przez „dobro Platformy”, a może nawet przez „dobro Putina”, podtrzymywanie pamięci o Tragedii Smoleńskiej i próby ustalenia prawdziwego charakteru i przyczyn Katastrofy Smoleńskiej kwalifikują do grona „oszołomów”, a – w ujęciu czołowego ideologa poprawności politycznej Adama Michnika – stanowią „Ośmieszanie Polski”⁶⁹. Nasze śledztwa krajowe – pozbawione podstawowych dowodów i wiedzy, a chyba także niezbędnych pokładów odwagi – nie są gotowe do otworzenia się na szansę, jakie stwarzają ekspertyzy spoza kraju i eksperci spoza kraju. Coś prokuratury robią, jakoś „człapią”; czy kiedykolwiek do czegośkolwiek rozsądnego dotrą, wątpliwe! Zbyt wielki interes „władzy” w tym, by wszystko pozostało mroczną tajemnicą, po wieczne czasy nieodgadnioną. Nie pierwszą przecież – Gibraltar, Katyń, Smoleńsk!

Oporu tej – i polskiej, i rosyjskiej, a może po prostu polsko-rosyjskiej – materii przetamać nie sposób. Chociaż jedna ze stron musiałaby chcieć Prawdy; niestety żadna z nich nie chce. Dlatego tak ważne jest uporczywe dążenie do śledztwa prawdziwie międzynarodowego. Dlatego tak istotne jest międzynarodowe zweryfikowanie i nagłośnienie wspomnianej Prawdy. Każda droga ku umiędzynarodowieniu problemu jest dobra: i ta prowadząca via Parlament Europejski, i ta wiążąca nadzieje z Kongresem Stanów Zjednoczonych Ameryki. Nie wykluczam – choć to sprawa na

⁶⁹ Por.: A. Michnik, *Ośmieszanie Polski*, „Gazeta Wyborcza” z 14–15.04.2012, s. 1. Jak się wydaje, ja i Michnik inną Polskę kochamy i o inną chyba w latach 80. ubiegłego stulecia walczyliśmy.

pozór beznadziejna – zreflektowania się także polskiej prokuratury i jej otwarcia się na nowe „moce dowodowe” (z Zachodu), wespół z bardziej pryncypialnym zażądaniem dostępu do dowodów (ze Wschodu).

Czy Tragedia Smoleńska może być przedmiotem skargi strasburskiej?

Na koniec zostawiłem sobie ten prawno-człowieczy aspekt Tragedii Smoleńskiej. Jak by nie było, doszło do katastrofy lotniczej, która pociągnęła za sobą masowe ofiary w ludziach. Na razie tu nikogo nie oskarżam; zakładam, że była to właśnie katastrofa, wypadek lotniczy, w wyniku czego doszło do pozbawienia życia 96 osób. Niezależnie od charakteru i przyczyn katastrofy, w grę wchodzi dwa państwa pozwane, przeciwko którym – najlepiej wspólnie przeciwko obu tym państwom – wnieść trzeba by skargę do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Warunkiem wstępnym byłoby wyjaśnienie i wypróbowanie krajowych możliwości dochodzenia przez bliskich ofiar roszczeń, tak w Rosji, jak i w Polsce. I tu, i tam wszczęto śledztwa, w tym normalne – wojskowe i cywilne – śledztwa prokuratorskie.

Dekalog pytań dotyczących Tragedii Smoleńskiej i związanych z nią śledztw

1. Między Polską a Rosją obowiązywało Porozumienie wojskowe z 1993 r. przewidujące wspólne prowadzenie śledztw w sprawie wypadków lotniczych przez organy obu stron. Jakim prawem premier Tusk przyjął w jakimś tajemnym porozumieniu ustnym z W. Putinem, którego szczegółów do dziś nie jest taskaw ujawnić, uzgodnienie co do kierowania się dla potrzeb śledztwa Protokołem XIII do Konwencji Chicagowskiej? Kiedy sprawę wyjawia i poniesie odpowiedzialność?

2. Śledztwo w rozumieniu Protokołu XIII do Konwencji Chicagowskiej, ograniczającej się tylko i wyłącznie do lotnictwa cywilnego, było absolutnie niedopuszczalne w stosunku do lotu *par excellence* wojskowego i państwowego, a status uprzywilejowany osób, sprzętu i dokumentów wykluczał podejmowanie jakichkolwiek kroków przez MAK, przynajmniej do czasu przeprowadzenia badań na miejscu i zabezpieczenia odnośnych materiałów przez stronę polską. Zawierały się w nich najwyższe tajemnice dla Państwa Polskiego i Paktu NATO. Dlaczego akredytowany przedstawiciel Polski w MAK, Edmund Klich, stanowczo nie zażądał na samym początku dopuszczenia służb polskich do należnych im działań badawczych i zabezpieczających?

3. Śledztwo w rozumieniu Protokołu XIII (podobnie jak Porozumienia wojskowego z 1993 r.) kieruje się interesem bezpieczeństwa międzynarodowego lotnictwa cywilnego i w żadnym razie nie zastępuje śledztwa w rozumieniu art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Kiedy dokładnie prokuratury polska i rosyjska podjęły takie śledztwo? Czy w ogóle znały wymóg podjęcia takiego śledztwa? Wygląda na to, że prokuratura cywilna zajęła się jedynie i to nieskutecznie problemami niedociągnięć w związku z przygotowaniem do lotu TU 154 w dniu 10 kwietnia

2010 r. Jak wszystko na to wskazuje, śledztwo to nie miało nic wspólnego z wypełnianiem przez Polskę zobowiązań proceduralnych wynikających z art. 2 EKPC.

4. Śledztwem smoleńskim w Polsce zajmuje się Naczelna Prokuratura Wojskowa, a sposób zajmowania się nim wskazuje na próbę powielania tego, co już badano w śledztwie MAK i Komisji Millera, bo nie odpowiada ono w ogóle standardowi śledztwa w rozumieniu art. 2 EKPC. Jak się wydaje, pomimo oczywistych wątpliwości, po stronie rosyjskiej śledztwo powierzone jest również prokuraturze wojskowej i również tam nie ma ono nic wspólnego z kierowaniem się standardami art. 2 EKPC.

5. Śledztwo w rozumieniu art. 2 powinno być wszczęte niezwłocznie, tak po stronie polskiej, jak i rosyjskiej. Pomimo niejasności, oczywiste jest, że tej niezwłoczności zabrakło. Naczelnym jego założeniem powinno być wyjaśnienie wszystkich okoliczności towarzyszących tragicznemu zdarzeniu, w tym wyjaśnienie przyczyny śmierci ofiar tragedii. Odpowiedzialni – ze strony Polski i Rosji – za śledztwo w rozumieniu art. 2 EKPC powinni przeprowadzić kompletne sekcje zwłok, które są najpewniejszym sposobem m.in. wyjaśnienia przyczyny śmierci. Jak to się stało, że kompetentne organy prokuratury nie tylko nie przeprowadzały pełnych sekcji zwłok, ale nawet w sekcjach nie uczestniczyły, a wszystko przeprowadzał niepowołany do tego MAK? Przeprowadzonych w Moskwie sekcji i danych z nich wynikających nie można traktować poważnie, bo sekcje owe nie odpowiadają w ogóle wymaganiom jakościowym pełnej sekcji zwłok w rozumieniu art. 2 EKPC.

6. Jak to się stało, że miejsce zdarzenia i wrak samolotu podlegały kolejnym niedopuszczalnym działaniom, nie zostawszy przez stronę polską w ogóle zbadane? Dlaczego zabrakło – i ze strony akredytowanego przedstawiciela Polski w MAK, i ze strony najwyższych władz polskich (prezydenta, premiera, sejmu, ministra spraw zagranicznych) – jednoznacznego i stanowczego żądania zwrotu Polsce wraku samolotu i przekazania wszelkich danych, jakie w śledztwie MAK i w śledztwie prokuratury rosyjskiej uzyskano?

7. W świetle standardów orzecznictwa strasburskiego bliscy ofiar mają prawo do partycypacji w śledztwie w zakresie i w stopniu niezbędnym dla ochrony ich prawowitych interesów. Czy i kiedy przyznano im status pokrzywdzonego, a jeśli tak – czy nie uczyniono tego li tylko formalnie, bez żadnych wyływających z tego praw i przywilejów, co tak typowe dla postępowania władz rosyjskich? Na ile rzeczywiście partycypują oni w śledztwie? W jakim stopniu ich wnioski są brane pod uwagę i mają wpływ na dalszy przebieg śledztwa? Czy sposób traktowania ich samych oraz ich wniosków nie upoważnia już do postrzegania ich jako ofiar w rozumieniu art. 3 EKPC, tj. jako nieludzko i poniżająco traktowanych?

8. Czy istnieją w polskim porządku prawnym skuteczne środki odwoławcze, które by pozwoliły dochodzić przed sądami powszechnymi zarzutów dotyczących naruszenia standardów wymaganego śledztwa i pogwałcenia praw osób bliskich ofiar, czyli tzw. Rodzin Smoleńskich? W moim przekonaniu tych naruszeń jest doprawdy dużo, a ich ilość i jakość predestynuje do poważnego przemyślenia ewentualności skierowania Skargi Smoleńskiej do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

9. Czy doświadczeni prawnicy-praktycy, którzy już przecież blisko współpracują z Rodzinami Smoleńskimi, byłiby gotowi do podjęcia się takiego „zadania strasburskiego”, a więc skargi przeciwko Polsce i Rosji o substancjalne i proceduralne naruszenie art. 2 EKPC, jak również jej art. 3 w kontekście stosunku władz publicznych do Rodzin Smoleńskich?

10. Czy zło musi triumfować nad światem? Uczyńmy wszystko, by nie triumfowało!

Zobowiązania Polski i Rosji w systemie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w kontekście Katastrofy Smoleńskiej i jej konsekwencji

Uwagi wstępne

1. Niniejsza ekspertyza nie zajmuje się badaniem Katastrofy Smoleńskiej z perspektywy prawa lotniczego; pozostawia więc jakby na uboczu problemy związane z Raportem MAK i Raportem Komisji Millera, aczkolwiek nie mogę powstrzymać się przed włączeniem już tu kilku spostrzeżeń:

- 1.1. Lot TU-154 był lotem *par excellence* wojskowym i państwowym i istniała konkretna podstawa prawna do badania Katastrofy Smoleńskiej, a to w postaci Porozumienia polsko-rosyjskiego z 2003 r., przewidującego wspólne śledztwo. Porozumienie to wiązało Rzeczpospolitą, w tym Premiera Tuska, wobec czego – moim zdaniem – jego zgoda na rezygnację z tej podstawy prawnej miała charakter nieuprawniony i była działaniem na szkodę interesów Rzeczypospolitej;
- 1.2. System Konwencji Chicagowskiej o Międzynarodowym Lotnictwie Cywilnym, obejmując samą Konwencję i Załączniki do niej, w tym załącznik 13, *expressis verbis* (art. 3 Konwencji ICAO) wyklucza jej zastosowalność do lotnictwa państwowego, w tym wojskowego;
- 1.3. Protestując przeciwko zastosowaniu Załącznika 13, a zarazem zakładając spojrzenie z perspektywy jego standardów, trzeba by jednoznacznie stwierdzić, że śledztwo MAK stanowiło wielokrotne pogwałcenie wymogów tego Załącznika, zaś akredytowany przedstawiciel RP absolutnie nie zadbał o to, co leżało w jego kompetencji domagania się od Rosjan: od priorytetowego badania przez

stronę polską wraku samolotu i miejsca katastrofy poczynając, poprzez wiele czynności śledczych i dbałości o sposób ich przeprowadzenia, aż po żądanie włączenia wszystkich miarodajnych, także zagranicznych, ekspertów; działał *de facto* na szkodę RP i aż dziw bierze, że nikt nie zabiera się do pryncypialnego rozliczenia go z funkcji „akredytowanego przedstawiciela”; a on... pisze książki!

- 1.4. Tak więc Raport MAK i tak był „owocem zatrutego drzewa”, natomiast – równie prawie jak MAK przedziwna – Komisja Millera nie dochowała standardów właściwego śledztwa, a jej Raport – choć pod tak wieloma względami był krytyczny wobec Raportu MAK, przez sam MAK został – wbrew przepisom Załącznika 13 – absolutnie zlekceważony, skoro Raport Końcowy MAK w ogóle Raportu Komisji Millera nie dostrzega i doń się nie ustosunkowuje;
- 1.5. Z drugiej strony także Raport Komisji Millera jest „owocem zatrutego drzewa”, skoro został przygotowany i nawet nazwę przyjął od nazwiska zwierzchnika resortu (MSWiA), niewątpliwie odpowiedzialnego za przygotowanie i realizację lotu TU-154, zakończonego Katastrofą w dniu 10 kwietnia 2010 roku – *nemo iudex in re sua!*¹

2. Wprowadziłem powyższe spostrzeżenia celowo i świadomie, ponieważ europejski system ochrony praw człowieka obejmuje takie zdarzenia, jak Katastrofa Smoleńska, a wszelkie i jakiegokolwiek śledztwo w jej przedmiocie prowadzone musi jakościowo odpowiadać wymogom strasburskim, o których poniżej.

Ustalenia podstawowe

1. Jest faktem boleśnie niewątpliwym, że w Katastrofie Smoleńskiej zginęło 96 osób, w tym Prezydent RP z Małżonką, a więc elita Narodu Polskiego, część tej elity, istotna część. Nie wchodząc tu w kontrowersje dotyczące przyczyny katastrofy, nie rozstrzygając, czy mieliśmy w stosunku

¹ Szerzej na ten temat: T. Jasudowicz, *Od Tragedii Katyńskiej do Tragedii Smoleńskiej z perspektywy prawa międzynarodowego i standardów praw człowieka*. Referat na Konferencji dla uczczenia drugiej rocznicy Katastrofy Smoleńskiej (Olsztyn, 19 kwietnia 2012 r.). Patrz wyżej: s. 31 i n.

do samolotu, jego załogi i pasażerów z użyciem bezprawnej siły, w sposób absolutnie pewny możemy stwierdzić, że utrata życia tych 96 osób nastąpiła w okolicznościach budzących wątpliwości, a może nawet i podejrzenia. A to z perspektywy systemu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i – otwierającego katalog jej praw chronionych – prawa do życia – wystarczy.

2. Tragedia rozegrała się w sytuacji angażującej jurysdykcję 2 państw: po pierwsze, Rzeczypospolitej Polskiej – bo na pokładzie jej samolotu państwowego i wojskowego, z pełnymi immunitetami, wiozącego na pokładzie osobistości również korzystające z najwyższych przywilejów i immunitetów (głowa państwa z pierwszą damą), w tym członków naczelnego dowództwa Wojska Polskiego (a więc i NATO); po drugie, Federacji Rosyjskiej – bo w jej przestrzeni powietrznej tragedia się rozegrała i jej lotnisko Smoleńsk Północny miało zapewniać lądowanie; na obu tych państwach ciążyły poważne zobowiązania związane z zaplanowaniem, przygotowaniem i zrealizowaniem Wizyty Katyńskiej Prezydenta RP z towarzyszącymi Mu osobami;

3. Oba te państwa (Polska od 1993 r., a Rosja od 1998 r.) są stronami Europejskiej Konwencji Praw Człowieka; są więc, a przynajmniej muszą być, świadome zobowiązań ciążących na nich z mocy tej Konwencji, a zwłaszcza jej art. 2 „Prawo do życia”, zarówno zobowiązań substancjalnych/materialnych, jak i zobowiązań proceduralnych. Sprawa w sposób oczywisty objęta jest temporalną jurysdykcją Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, którego kompetencję Polska zaakceptowała od 1 maja 1993 r., Rosja zaś – od 5 maja 1998 r. Zatem nie tylko na tle Katastrofy Smoleńskiej mogą i powinny zostać skierowane do Strasburga skargi Rodzin Smoleńskich, ale też – niezależnie od takich przyszłych skarg – już w czasie Tragedii Smoleńskiej standardy EKPC i orzecznictwa strasburskiego oba te państwa zobowiązywały i prawnie musiały być przez nie przestrzegane.

4. Art.2 EKPC głosi:

- „1. Prawo każdej osoby do życia będzie chronione przez ustawę. Nikt nie będzie umyślnie pozbawiony życia [...];
2. Pozbawienie życia nie będzie uznane za sprzeczne z niniejszym artykułem, jeżeli nastąpi wyniku absolutnie koniecznego użycia siły:
 - a) w obronie jakiegokolwiek osoby przed bezprawną przemocą;

- b) w celu wykonania zgodnego z prawem zatrzymania lub unieвозмоżliwienia ucieczki osobie, zgodnie z prawem pozbawionej wolności;
- c) w podjętym zgodnie z prawem działaniu w celu stłumienia zamieszek lub powstania¹.

Na kanwie tego postanowienia snuć będę moje dalsze rozważania, a fragmentarycznie dotknę one również art. 3 (Zakaz tortur oraz niehumanicznego bądź poniżającego traktowania), art. 8 (Prawo do poszanowania prywatności), art. 13 (Prawo do skutecznego krajowego środka prawnego) i art. 1 Protokołu I do Konwencji (Prawo do niezakłóconego korzystania ze swojego mienia).

5. Wielokrotnie Europejski Trybunał Praw Człowieka podkreślał fundamentalne znaczenie tego prawa, stanowiącego jakby punkt wyjścia dla wszystkich innych praw, jako że – co do zasady – tam, gdzie nie ma życia, nie ma też miejsca na prawa człowieka, chociaż możemy *lege artis* mówić w określonym zakresie o prawach dziecka poczętego (człowieka na stadium prenatalnym), jak też o działaniu praw człowieka *post mortem*, i to nie tylko na tle spadkobrania, w kontekście prawa spadkowego. W wyroku McKerr stwierdził m.in.: „Art. 2, który gwarantuje prawo do życia i określa okoliczności, w których pozbawienie życia może podlegać usprawiedliwieniu, należy w Konwencji do najbardziej fundamentalnych postanowień, od którego w czasie pokoju nie jest dopuszczalne żadne odstępstwo na podstawie art. 15². Wraz z art. 3, wpisuje on także jedną z fundamentalnych wartości demokratycznych społeczeństw tworzących Radę Europy. Okoliczności, w których pozbawienie życia może podlegać usprawiedliwieniu, muszą zatem być ujmowane ściśle. Przedmiot i cel Konwencji jako instrumentu ochrony indywidualnych istot ludzkich również wymaga, by art. 2 był interpretowany i stosowany w taki sposób, by uczynić jego gwarancje praktycznymi i skutecznymi”³.

¹ RP złożyła dokument ratyfikacji Konwencji w dniu 19 stycznia 1993 r. Tekst Konwencji w: *Międzynarodowa ochrona praw człowieka. Wybór źródeł*, oprac. M. Balcerzak, Toruń 2007, s. II-A/1.

² W art. 15 EKPC zawarty jest mechanizm derogacji zobowiązań na wypadek sytuacji ekstremalnych, w tym stanów nadzwyczajnych i konfliktów zbrojnych, a jego ust. 2 formułuje katalog praw niederogowalnych, nie dopuszczających żadnego odstępstwa, rozpoczynający się od prawa do życia (art. 2).

³ *McKerr*, w: *Pomocnik Smoleński* [...], 116/108. Por. *Demiray*, 115/40.

6. Wspomniany wyżej nakaz ścisłej interpretacji ograniczeń i wyjątków, dochodzący do wyeliminowania dopuszczalności kary śmierci w ogóle⁴, a dopuszczalności pozbawienia życia w kontekście art. 2 ust. 2 li tylko w ramach „obrony jakiegokolwiek osoby przed bezprawną przemocą”⁵, z jednej strony, w zestawieniu z nakazem skutecznościowej, wzmacniającej i rozszerzającej interpretacji wymogów ochrony życia, idzie w parze z coraz silniejszym i obszerniejszym wywodzeniem z art. 2 Konwencji pozytywnych zobowiązań państw, przy czym sama istota tradycyjnych zobowiązań negatywnych doznaje rozszerzenia i wzmocnienia dzięki towarzyszącym im zobowiązaniom pozytywnym, w tym – jakże istotnym – zobowiązaniom proceduralnym. Przyjrzymy się temu w szczególności w dalszym ciągu niniejszej ekspertyzy.

7. Orzecznictwo ETPC w sprawach dotyczących zarzutów naruszenia art. 2 Konwencji na dobrą sprawę obficie się rozwinęło dopiero w latach 90. XX wieku, skupiając się podówczas na problemach pozbawienia życia w kontekście przypadków użycia siły, a więc na kanwie art. 2 ust. 2 Konwencji, z otwarciem się na szereg szczegółowych kwestii medyczno-prawnych i kryminalistycznych⁶. Pierwszy dziesięć lat XXI wieku to twórcza kontynuacja tego nurtu, ze wzbogaceniem o rekonstrukcje zwyczajowego standardu zakazu kary śmierci w systemie europejskim, w związku z Protokołem VI i Protokołem XIII do EKPC⁷. Początek obecnego stulecia zaowocował także orzecznictwem strasburskim na tle przypadków śmierci wynikających z wypadków, w tym budowlanych i drogowych⁸,

⁴ Por. niżej – przyp. 8

⁵ Ani chęć zatrzymania podejrzanego czy uniemożliwienia ucieczki więźniowi lub tłumienie zamieszek czy powstania (art. 2 ust. 2 /b/ i /c/) nie mogą *per se* stanowić podstawy dla pozbawienia życia, chyba że z kontekstu sytuacyjnego wynika, że wchodzi w grę rzeczywiste i poważne ryzyko, iż osobnik taki zagraża czy potencjalnie może śmiertelnie zagrozić funkcjonariuszowi, który – w obronie innej osoby albo w samoobronie i zgodnie z przepisami – użyje siły, w tym broni palnej, z czego mogłaby wynikać niezamierzenie śmierć owego osobnika.

⁶ Szerzej na ten temat: T. Jasudowicz, *Kryminalistyczne aspekty prawa do życia w świetle orzecznictwa strasburskiego*, w: *Doctrina multiplex veritas una. Księga jubileuszowa ofiarowana Profesorowi Mariuszowi Kulickiemu*, Toruń 2004, s. 211–228.

⁷ Por.: *Case of Ocalan v. Turkey*. Grand Chamber, judgment of 12 May 2005 r.; *Case of Al-Saadoom and Mufdhi v. the United Kingdom*., Judgment of 2 March 2010.

⁸ Co do wypadku na budowie – por.: *Affaire Pereira Henriques c. Luxembourg*, Arret 9 mai 2006; Co do wypadku drogowego – *Case of Irena Rajkowska v. Poland*, decision of 27 November 2007. Por. też: *Pomocnik...*, s. 95 i n. 169 i n.

żywiotowych klęsk naturalnych, w tym lawiny błotnej i powodzi⁹, czy wreszcie działalności niebezpiecznej, w tym wybuchu gazu na miejskim wysypisku śmieci¹⁰. Rozwinęło się również orzecznictwo dotyczące śmierci w szpitalu¹¹. Szereg wątków podsumowujących i po części nowych perspektyw planowania, organizacji i odpowiedzialności za akcję antyterrorystyczną przyniósł moskiewski kazus uwalniania zakładników, przetrzymywanych przez terrorystów w teatrze¹². Zdarzyła się wreszcie też sprawa grecka, bezpośrednio dotycząca badania katastrofy powietrznej (śmigłowca) i jej konsekwencji, od której mój pomocniczy zbiorek orzecznictwa rozpoczynam¹³.

8. Istotne zaś w tym wszystkim jest to, że skutek tych różnorodnych kontekstów sytuacyjnych w postaci pozbawienia czy utraty życia każdorazowo przesądzał o badaniu sprawy pod kątem zobowiązań wynikających z art. 2 Konwencji i że – niezależnie od różnorodności tych kontekstów – linia rozumowania Trybunału była spójna w akcentowaniu wartości życia i solidnych gwarancji jego ochrony, z dostrzeganiem zarówno gwarancji substancjalnych, jak i proceduralnych, z coraz silniejszym akcentem na znaczenie zobowiązań pozytywnych, a pośród nich – zobowiązań proceduralnych¹⁴. W kontekstach sytuacyjnych objętych działaniem tych standardów art. 2 Konwencji mieści się niewątpliwie Katastrofa Smoleńska; i to jest dla nas tu istotne.

⁹ Co do lawiny błotnej – por.: *Budayeva and Others v. Russia*, judgment of 20 March 2008; co do powodzi we Władywostoku – por.: *Kolyadenko and Others v. Russia*, judgment of 28 February 2012. Por. też: *Pomocnik...*, s. 97 i n., 105 i n.

¹⁰ *Case of Oneryildiz v. Turkey*, judgment of 30 November 2004. Por. Też: *Pomocnik...*, s. 92 i n.

¹¹ Por.: *Case of Byrzykowski v. Poland*, judgment of 27 June 2006; *Case of Silih v. Slovenia*, Grand Chamber, Judgment of 9 April 2009. Por. też: *Pomocnik...*, s. 168 i n., 102 i n.

¹² *Case of Finogenov and Others v. Russia*, judgment of 20 December 2011. Por. też: *Pomocnik...*, s. 124 i n.

¹³ *Affaire Papapetrou et Autres c. Grece*, Arrêt 12 juillet 2011. Por. też: *Pomocnik...*, s. 89 i n.

¹⁴ Mówiąc na marginesie, tendencje Trybunału w tym kierunku zmierzające można – przy całej kontrowersyjności spraw, o które chodzi – odbierać z pewnym zażenowaniem, kiedy skierowują się one na korzyść interpretacji przeciwko istnieniu i poszanowaniu życia człowieka na stadium prenatalnym, istoty całkowicie bezbronnej i niemile widzianej w szumie informacyjnym współczesnej Europy, przegranego w pojedynku z krzykiem nieokietznanej feministki i jej popleczników – por. kolejne polskie sprawy: *Case of Alicja Tysiąc v. Poland*, judgment of 20 March 2007; *Case of R.R. v. Poland*, judgment of 26 May 2011; *Case of P. and S. v. Poland*, judgment of 30 October 2012.

Studium zobowiązań pozytywnych państwa

1. Jak już wspomniałem wyżej, zobowiązania pozytywne państwa mają coraz większe znaczenie i nieraz tak solidnie przeplatają się ze zobowiązaniami negatywnymi, że zgoła nie sposób ich między sobą rozróżnić, podobnie jak nierozzerwalna bywa więź zobowiązań substancjalnych i proceduralnych, które również na siebie zachodzą, mając skądinąd charakter *par excellence* pozytywny. Co więcej, zdarzają się takie sploty pomiędzy standardami rozmaitych praw z katalogu praw chronionych w Konwencji, że Trybunał dostrzega możliwość wywodzenia wniosków z jednego prawa na użytek interpretacji zobowiązań wynikających z innego prawa. Zdarzają się takie więzi pomiędzy art. 2 i 3 Konwencji (choćby na tle interpretacji zakazu kary śmierci, jak też sytuacji zagrożenia życia, nie owocujących jednak – pomimo że wszystko w tym kierunku wskazywało – jego utratą). Bywa, że równie nierozzerwalny i zgoła nierozpoznawalny okazuje się związek między art. 2 Konwencji (w aspekcie wynikających z niego obowiązków proceduralnych) a jej art. 13, dającym generalną gwarancję prawa do skutecznego krajowego środka prawnego. Jak zauważymy niżej w kontekście prawa społeczeństwa do informacji, Trybunał – na potrzeby znaczenia tego prawa w kontekście prawa do życia – uciekał się do wcześniejszego orzecznictwa „środowiskowego” i ze sfery planowania przestrzennego na tle art. 8 Konwencji¹⁵.

2. Wśród takich zobowiązań pozytywnych wynikających z art. 2 Konwencji jako pierwszorzędny jawi się obowiązek podejmowania przez państwo wszelkich rozsądnie dostępnych mu środków dla ochrony prawa do życia osób podlegających jego jurysdykcji. I tak, np. w sprawie Kolyadenko i Inni Trybunał stwierdził: „[...] że art. 2 Konwencji dotyczy nie tylko śmierci wynikającej z użycia siły przez funkcjonariuszy państwowych, ale także w zd. I jego ust. 1 – umocowuje pozytywne zobowiązanie państw co do podejmowania właściwych kroków w celu zabezpieczenia życia osób podlegających jego jurysdykcji, Co więcej, artykuł ten – odczytywany jako

¹⁵ Tak np. w wyroku Budayeva Trybunał zauważył, że „w kontekście działalności niebezpiecznej zakres zobowiązań pozytywnych opartych na art. 2 Konwencji w znacznym stopniu zbiega się z zobowiązaniami opartymi na art. 8”, wobec czego „na rozwiniętych przez orzecznictwo Trybunału zasadach odnoszących się do planowania przestrzennego i problemów środowiskowych godzących w życie prywatne i dom można się opierać także dla ochrony prawa do życia” – *Budayeva and Others* 97/133. Por. *Oneriyildiz* 7/90, 92/108.

całość – obejmuje nie tylko sytuacje, w których jakieś działanie czy zaniechanie ze strony państwa prowadzi do zarzucanej śmierci, ale również sytuacje, w których – chociaż skarżący przeżył – istniało oczywiste zagrożenie dla jego czy jej życia¹⁶.

3. W sprawie dotyczącej katastrofy śmigłowca Trybunał przybliżył sens wspomnianego obowiązku, podkreślając, że „brak bezpośredniej odpowiedzialności państwa za śmierć osoby nie wyklucza zastosowania art. 2”, jak również, że: „Zobowiązując państwa do podejmowania środków koniecznych dla ochrony życia osób podlegających ich jurysdykcji, art. 2 ust. 1 nakłada na nie obowiązek zagwarantowania prawa do życia poprzez wprowadzenie konkretnego ustawodawstwa karnego, zniechęcającego do popełnienia przestępstw przeciwko życiu, a opierającego się na mechanizmie stosowania zdolnym do zapobiegania, zwalczania i karania naruszeń¹⁷. W ten sposób ustawodawstwo karne przestaje być wytworem widzimisię państwa, a staje się i ma się stawać narzędziem służącym – wraz z towarzyszącymi mu gwarancjami instytucjonalnymi i proceduralnymi – gwarantem ładu zabezpieczającego prawa człowieka, na czele z prawem do życia.

4. Przepisy chroniące prawo do życia – by być efektywnymi – nie mogą pozostawać w próżni, wymagają odpowiednich ram ustawodawczych i administracyjnych, co Trybunał wielokrotnie i bardzo mocno akcentował. I tak, w sprawie tragedii na tureckim miejskim wysypisku śmieci Trybunał wskazał wyraziście, że: „Pozytywne zobowiązanie co do podejmowania właściwych kroków służących zabezpieczeniu życia z punktu widzenia art. 2 obejmuje nade wszystko pierwszorzędny obowiązek państwa dotyczący stworzenia ram ustawodawczych i administracyjnych, zapewniających skuteczne odstraszenie od zagrożeń prawu do życia¹⁸.

¹⁶ *Case of Kolyadenko and Others v. Russia*, judgment of 28 February 2012, pkt 151. Por. też: *Oneriyildiz* 92/89; *Budayeva and Others* 97/133, 136–140; *Demiray* 115/41; *Byrzykowsski* 168/104.

¹⁷ *Affaire Papapetrou et Autres c. Grece*, arret 12 juillet 2011 – por.: *Pomocnik* 89/50. Por. też: *Pereira* 95/54; *Budayeva* 97/128; *Kolyadenko* 105/157; *Mahmut Kaya* 114/85; *Byrzykowski* 168/105; *Irena Rajkowska* 169/8; *Jasińska* 170/57.

¹⁸ *Case of Oneriyildiz*, 92/89. Por. *Budayeva* 97/129; *Kolyadenko* 105/157; *Finogenov* 124/228.

5. Takie ramy prawne i administracyjne nie są żadną sztampą, lecz w charakterystyce swej winny być dostosowywane do danego kontekstu sytuacyjnego i jego specyficznych wymagań. Toteż w kontekście działalności niebezpiecznej, jakiej przykładem było funkcjonowanie wspomnianego wysypiska, Trybunał dodał: „Obowiązek ten niewątpliwie znajduje zastosowanie w szczególnym kontekście działalności niebezpiecznej, gdzie dodatkowo specjalny akcent trzeba kłaść na uregulowania tworzone ze względu na szczególne cechy tego rodzaju działalności, zwłaszcza z uwagi na poziom potencjalnych zagrożeń dla życia ludzkiego. Muszą one normować wydawanie licencji, tworzenie, funkcjonowanie, bezpieczeństwo i nadzór nad taką działalnością oraz muszą traktować jako obligatoryjne dla wszystkich zainteresowanych osób przyjmowanie praktycznych środków zapewniających skuteczną ochronę obywateli, których prawa mogą zostać przez te przynależne im ryzyka zagrożone”¹⁹.

6. Trybunał podkreślił dodatkowo: „Tam, gdzie dochodzi do utraty życia w okolicznościach potencjalnie angażujących odpowiedzialność państwa, postanowienie to obejmuje obowiązek państwa co do zapewnienia – wszelkim i stojącymi do jego dyspozycji środkami, sądowymi bądź innymi – by te ramy ustawodawcze i administracyjne, ustanowione dla potrzeb ochrony prawa do życia, podlegały właściwej implementacji, a wszelkie naruszenia tego prawa podlegały represjonowaniu i były karane”²⁰.

7. Ów obowiązek zapewnienia ram ustawodawczych i administracyjnych, kojarzący się z istnieniem prawidłowo funkcjonującej infrastruktury prawno-organizacyjnej państwa, w tym jego służb porządku prawnego i wymiaru sprawiedliwości, uzupełniony jest obowiązkiem podejmowania praktycznych kroków dla celów urzeczywistnienia wyżej wskazanych ram. Jak podkreślił Trybunał w sprawie Oneryildiz, powołując się na swoje wcześniejsze orzecznictwo w kontekście planowania

¹⁹ *Oneryildiz* 92/90. Por. też: *Budayeva* 97/132; *Kolyadenko* 105/158; *Byrzykowski* 168/103 – z odniesieniem do specyfiki śmierci w szpitalu i z przypomnieniem, że „Zobowiązania pozytywne wymagają od państw wprowadzenia unormowań zmuszających szpitale – czy to publiczne, czy też prywatne – do podejmowania właściwych środków służących ochronie życia pacjentów”. Szerzej na ten temat: T. Jasudowicz, *Śmierć w szpitalu jako problem praw człowieka w orzecznictwie strasburskim*, w: *Z problemów bezpieczeństwa. Prawa człowieka*, pod red. T. Jasudowicza i in., ZN 4/2b/2012, Chojnice 2012, s. 232–251. Por. co do funkcjonowania służby zdrowia w więzieniu – *Jasińska* 170/77.

²⁰ *Oneryildiz* 92/91.

przestrzennego i problemów środowiskowych, „wśród takich środków prewencyjnych szczególną uwagę należy zwracać na prawo społeczeństwa do informacji”, na którym „można się opierać dla potrzeb ochrony prawa do życia”²¹.

8. Poza tym prawem, mającym wielkie znaczenie – jak zobaczymy niżej – także w kontekście śledztwa, silny akcent kładzie Trybunał na wymóg istnienia gwarancji proceduralnych, tak bo owe ramy prawne i administracyjne prawdziwie „żyły” i kojarzyły się z możliwością – tam, gdzie istnieje tego potrzeba – dochodzenia roszczeń. W sprawie Oneryildiz Trybunał zwrócił uwagę na to, że „odnośne unormowania muszą również przewidywać stosowne procedury, biorąc pod uwagę aspekty techniczne odnośnej działalności, celem identyfikowania niedostatków w odnośnych procedurach i wszelkich błędów popełnionych na różnych szczeblach przez osoby odpowiedzialne”²².

9. Sytuacje same w sobie bywają nader rozmaite; sytuacje poszczególnych państwach-stronach Konwencji również mogą się znacząco różnić. Toteż sfera obowiązku podejmowania konkretnych środków prewencyjnych nie będzie i być nie może sferą jednolitych wymogów. Państwa dysponują w doborze konkretnych środków względną swobodą, z poszanowaniem jednak obowiązującego celu wprowadzania i urzeczywistniania takich środków, a więc poszanowaniem życia i jego skutecznej ochrony. Jak stwierdził Trybunał: „Jeśli chodzi o wybór konkretnych środków praktycznych, [...] wymaga się od państwa podejmowania środków pozytywnych, przy czym dobór środków zasadniczo jest sprawą, która wchodzi w zakres marginesu oceny Umawiającego się Państwa. Istnieją rozmaite

²¹ Ibidem 92/90. Por. też: *Papapetrou* 89/54; *Budayeva* 97/131; *Kolyadenko* 105/159, 108/181 i 109/182. Na ile jest to praktycznie ważne, pokazuje wnioskowanie Trybunału w sprawie *Budayeva*, zgodnie z którym „można było rozsądnie oczekiwać od władz świadomości podwyższonego ryzyka wypadków w razie lawiny błotnej owego roku i wykazywania wszelkiej możliwej staranności w informowaniu osób cywilnych i przygotowywaniu rozwiązań na wypadek nadzwyczajnej ewakuacji. [...] informowanie społeczeństwa o wchodzących w grę zagrożeniach Stanowiło jeden z istotnych środków praktycznych, niezbędnych dla zapewnienia skutecznej ochrony tamtejszych obywateli” – *Budayeva* 101/152.

²² *Oneryildiz* 92/90. Por. też: *Silih* 102/171; *Kolyadenko* 106/159; *McKerr* 102/160, gdzie Trybunał spostrzegł: „Właściwe procedury dla zapewnienia możliwości rozliczenia funkcjonariuszy państwowych niezbędne są dla podtrzymywania zaufania publicznego i wychodzenia naprzeciw prawowitemu zainteresowaniu, jakie może się wiązać z użyciem broni palnej. Brak takich procedur będzie jedynie dolewać oliwy do ognia [...]”.

drogi zabezpieczania praw z Konwencji i – nawet jeśli państwo nie zastoso-
wało danego konkretnego środka przewidzianego przez prawo kra-
jowe – może ono jeszcze innymi środkami zapewnić wypełnienie swo-
jego zobowiązania pozytywnego²³.

10. Także w tym zakresie można powiedzieć, podobnie – jak zoba-
czymy niżej – jak w kontekście obowiązku przeprowadzania śledztwa
i jego wyników, że obowiązek podjęcia wszelkich dostępnych środków,
w tym kroków prewencyjnych, jest zobowiązaniem środków i należytej
staranności, a nie rezultatu. Jak stwierdził Trybunał: „Nie wolno w tym
względzie nakładać na władze niemożliwego czy dysproporcjonalnego
ciężaru, bez uwzględnienia zwłaszcza wyborów operacyjnych, jakich
muszą one dokonywać z punktu widzenia priorytetów i zasobów”, przy
czym „Temu względowi należy przypisywać wagę większą w sferze ratow-
nictwa związanego z wydarzeniem meteorologicznym, które jako takie
pozostaje poza kontrola ludzką, niż w sferze działalności niebezpiecznej
kreowanej przez człowieka”²⁴.

11. Trybunał dodał przy tym: „W sferze ratownictwa, gdzie państwo
staje bezpośrednio w obliczu ochrony życia ludzkiego poprzez łagodzenie
zagrożeń naturalnych, względy te winny stosować się na tyle, na ile oko-
liczności konkretnej sprawy wskazują na nieunikniony charakter klęski
naturalnej, która łatwo daje się zidentyfikować, a w szczególności tam,
gdzie dotyczy to klęski nawracającej, godzącej w określony obszar rozwi-
nięty dla potrzeb mieszkalnictwa i użytków ludzkich”, przy czym „Zakres
przypisywanych państwu zobowiązań pozytywnych w szczególnych
okolicznościach zależy będzie od źródła zagrożeń i zakresu, w jakim to
czy inne ryzyko nadaje się do złagodzenia”²⁵.

²³ *Budayeva* 98/134.

²⁴ *Ibidem* 98/135. Dla rozstrzygnięcia o przestrzeganiu przez państwo jego zobowiązań
pozytywnych, Trybunał „musi z badać szczególne okoliczności danej sprawy, mając m.in. na
względzie – pośród innych elementów – krajową legalność działań bądź zaniechań władz,
krajowy proces podejmowania decyzji, w tym właściwe śledztwo i badania, a także złożoność
problemu, zwłaszcza wchodzące w grę kolidujące ze sobą interesy konwencyjne” – *ibidem*,
pkt 136. Por. też: *Kolyadenko* 106/160.

²⁵ *Budayeva* 99/137. Zbadawszy niedostatki ram prawnych i administracyjnych oraz podej-
mowanych środków prewencyjnych, Trybunał w sprawie Budajewej stwierdził: „[...] nie było
żadnego usprawiedliwienia dla zaniechań władz w urzeczywistnianiu planowania prze-
strzennego i ratownictwa na wypadek sytuacji nadzwyczajnych w niebezpiecznym rejonie

12. Z wszystkimi powyższymi pozytywnymi zobowiązaniami państwa kolarzy się nadto i je uzupełnia obowiązek stworzenia przez państwo skutecznego systemu sądowego. W sprawie Siliha Trybunał wyraził się stwierdząc, że „zobowiązanie proceduralne z art. 2 wymaga ustanowienia przez państwa skutecznego niezawisłego systemu sądowego, tak by przyczyna śmierci pacjentów podległych opiece lekarzy – czy to w sektorze publicznym, czy też prywatnym – mogła zostać ustalona, a osoby odpowiedzialne mogły zostać rozliczone”²⁶.

13. W sprawie Kolyadenko Trybunał wyjaśnił, że „wymagany przez art. 2 system sądowy musi zawierać przepisy dotyczące niezawisłej i bezstronnej procedury śledztwa z urzędu, która zaspokaja pewne minimalne standardy co do skuteczności i która zdolna jest do zapewnienia, by tam, gdzie kary kryminalne podlegają zastosowaniu na wypadek pozbawienia życia albo spowodowania śmiertelnego zagrożenia w rezultacie działalności niebezpiecznej, było gwarantowane postępowanie karne, jeśli i w zakresie, w jakim jest to uzasadnione ustaleniami śledztwa”²⁷. Jak wskazał Trybunał w wyroku Avsar, „w normalnym, biegu spraw sąd karny, z postępowaniem kontradiktoryjnym oraz z przez niezawisłym i bezstronnym sędzią, należy uznać za wypełnienie najsolidniejszych gwarancji skutecznego

Tyrnauzu, w związku z dającym się przewidywać narażeniem mieszkańców, w tym wszystkich skarżących, na śmiertelne ryzyko”, zwłaszcza że „istniał związek przyczynowy pomiędzy poważnymi niedostatkami administracyjnymi, które stanęły na przeszkodzie ich urzeczywistnieniu, a śmiercią Władimira Budayeva oraz szkodami doznanyymi przez pierwszą i drugą ze skarżących i przez członków ich rodzin” – ibidem 102/158. Por. obszerny wywód dyskwalifikujący postępowanie Rosji w kontekście jej zobowiązań pozytywnych w związku z utrzymaniem zbiornika Pionierskoje i oczyszczaniem koryta płynącej przez Władywostok rzeki Pionierskaja – *Kolyadenko* 108/173–184, w szczególności zaś 109/185. Niedociągnięcia prewencyjne wystarczyły Trybunałowi do stwierdzenia substancjalnego naruszenia prawa do życia, bez potrzeby badania szczegółów akcji ratowniczej – ibidem 110/186. Przeciwnie, w sprawie moskiewskiego „kryzysu zakładników” – z uwagi na specyfikę sytuacji – Trybunał skupił się właśnie na brakach i wadach akcji ratowniczej, pomocy medycznej i akcji ewakuacyjnej oraz koordynacji i współdziałania odpowiedzialnych władz i służb – por. *Finogenow* 135/237–266.

²⁶ *Silih* 103/192.

²⁷ *Kolyadenko* 111/191. Trybunał wskazał ponadto, że: „W takich przypadkach kompetentne władze muszą działać z wzorową starannością i szybkością i muszą one ze swej własnej inicjatywy podejmować badania mogące: po pierwsze – ustalić okoliczności, w jakich incydent miał miejsce i wszelkie niedostatki w funkcjonowaniu systemu regulacji; a po drugie – zidentyfikować urzędników lub władze państwowe w jakimkolwiek charakterze zamieszane w tok odnośnych zdarzeń” – ibidem, in fine. Por. też: *Oneryildiz* 92/94; *Budayeva* 100/142.

postępowania z punktu widzenia ustalania faktów i przypisywania odpowiedzialności karnej²⁸.

14. Nie zawsze i nie wszędzie środki karne są konieczne. Tak np. w sprawie Oneryildiz Trybunał wyjaśnił, że „jeżeli naruszenie prawa do życia lub integralności fizycznej nie jest spowodowane umyślnie – zobowiązanie pozytywne co do ustanowienia «skutecznego systemu sądowego» nie musi koniecznie wymagać wszczynania w każdej ze spraw postępowania karnego, a może ono zostać zaspokojone, jeśli dostępne są ofiarom środki cywilne, administracyjne czy choćby dyscyplinarne²⁹.”

15. Jeżeli po śledztwie dochodzi do procesu sądowego, prawem i obowiązkiem sądu jest ustosunkowanie się do jakości śledztwa, a i ono samo musi odpowiadać standardom wymaganym przez art. 2. Jak to stwierdził Trybunał w sprawie Oneryildiz, „wymogi art. 2 wykraczają poza stadium śledztwa z urzędu tam, gdzie prowadzi ono do wszczęcia postępowania przed sądami krajowymi; postępowanie jako całość, w tym stadium procesu sądowego, musi spełniać wymogi zobowiązania pozytywnego co do ochrony życia przez prawo³⁰.”

17. W sprawie Pereiry Trybunał wyjaśnił, że „w związku z takim śledztwem zasadniczo chodzi o zapewnienie skutecznego działania ustaw krajowych, które chronią prawo do życia, a w sprawach, w których zamieszani są funkcjonariusze czy władze państwowe, o zagwarantowanie, by osoby, które mają badać sprawę zgonu, nie podlegały ich odpowiedzialności”, przy czym „jeśli chodzi o typ śledztwa, który pozwoli na osiągnięcie tych celów, zależnie od okoliczności może on się różnić”, a najistotniejsze jest to, że „władze powinny działać z urzędu, skoro tylko na daną sprawę ich uwagę zwrócono. Nie mogą one pozostawiać najbliższemu denata ini-

²⁸ *Avsar* 121/403. Trybunał dodał: „Tam, gdzie – jak w sprawie niniejszej – podejrzani zostają uznani winnymi i skazani za swój udział w zabójstwie będącym przedmiotem śledztwa, nie da się normalnie twierdzić, jakoby procedura nie okazała się zdolna do zidentyfikowania i ukarania sprawców”.

²⁹ *Oneryildiz* 93/92. Por.: *Budayeva* 99/139; *Silih* 103/194; *Kolyadenko* 110/189; *Byrzykowski* 168/105; *Irena Rajkowska* 169/8.

³⁰ *Papapetrou* 90/48. Por. też: *Oneryildiz* 94/94–95; *Pereira* 95/55; *Budayeva* 100/142; *Silih* 103/172; *Mahmut Kaya* 114/102; *Demiray* 116/448; *McKerr* 117/111; *Hamiyet Kaplan* 124/56; *Finogenov* 136/239, *Bazorkina* 149/117; *Kaplanova* 158/111; *Tsechoyev* 166/145.

cjatywy wnoszenia formalnej skargi ani przejmowania odpowiedzialności za postępowanie śledcze³¹.

18. Istotny jest cel czy zadanie takiego śledztwa. Jak wskazał Trybunał w sprawie Oneryildiz, śledztwo musi być zdolne: „po pierwsze – do ustalenia okoliczności w jakich incydent miał miejsce oraz wszelkich niedostatków funkcjonowaniu systemu regulacji, a po drugie – zidentyfikowania urzędników czy władz państwowych zamieszanych w jakimkolwiek charakterze w tok odnośnych zdarzeń³². W użytek weszło akcentowanie w tym kontekście podwójnego celu śledztwa: zdolności do ustalenia okoliczności towarzyszących śmierci i jej przyczyny oraz, po drugie, zdolności do zidentyfikowania i ukarania osób odpowiedzialnych.

19. Także jednak w przypadku obowiązku przeprowadzenia śledztwa nic nie jest z góry przesądzone, efekty śledztwa i postępowania dowodowego mogą przedstawiać się różnie; w każdym razie – zdaniem Trybunału – nie wolno z art. 2 wywodzić skutecznego prawa do zapewnienia ścigania i konkretnego ukarania osób trzecich³³. Z drugiej strony, Trybunał bardzo mocno podkreśla, że „sądy krajowe w żadnych okolicznościach nie mogą wykazywać gotowości do pozostawiania bezkarnymi przestępstw zagrożenia życia. Ma to fundamentalne znaczenie dla podtrzymania zaufania publicznego do władz i ich przywiązania do rządów prawa, zapobiegania jakimkolwiek przejawom tolerowania czynów bezprawnych bądź zamieszania w nie³⁴.

20. Jeśli chodzi o dalsze szczegóły dotyczące wymaganego z mocy art. 2 śledztwa z urzędu, zamieszczę je w ekspertyzie dotyczącej ochrony praw Rodzin Smoleńskich. Tu uzupełniając dodam, że w świetle orzecznictwa strasburskiego postępowanie dowodowe pozostawiane było w gestii kompetentnych organów krajowych, zwłaszcza sądów, które – jak to pokornie Trybunał zwyczajowo stwierdzał – znajdują się w lepszym

³¹ *Pereira Henriques* 95/55. Por.: *Papapetrou* 90/49; *McKerr* 117/111; *Bazorkina* 149/117.

³² *Oneryildiz* 94/94.

³³ *Ibidem* 94/96. Por.: *Budayeva* 100/144, gdzie Trybunał zauważył, że „w szczególnym kontekście ratownictwa (...) adekwatność krajowej odpowiedzi nie zostaje podkopana przez fakt, że żadnego urzędnika nie uznano za karnie odpowiedzialnego” – *ibidem*, *in fine*.

³⁴ *Oneryildiz* 94/96 *in fine*. Por. *Kolyadenko* 111/192.

położeniu niż sąd międzynarodowy dla oceny faktów i zdarzeń, lepiej znają też swoje społeczeństwo i trawiące je problemy, mają też bardziej bezpośredni kontakt z dowodami i dysponują łatwością dostępu do dowodów i ich oceniania. Tylko wyjątkowo Trybunał Strasburski przyjmuje na siebie rolę „sądu faktów pierwszej instancji”, a w swojej ocenie dowodów kieruje się standardem „dowodu ponad rozsądną wątpliwość”. W kolejnej ekspertyzie o tym szerzej się wypowiem.

21. Język powyższych wywodów może być zbyt nieprzenikniony, trudny i nieprzyjazny dla Rodzin Smoleńskich. Nie to było moim zamiarem; śpieszę więc z pomocą w postaci szeregu wynikających z powyższych badań konkluzji bezpośrednio na użytek kontekstu Katastrofy Smoleńskiej:

- 21.1. Postępowanie odnośnych władz i organów, zarówno polskich, jak i rosyjskich – tak na etapie planowania i przygotowywania lotu TU-154 w dniu 10 kwietnia 2010 r., jak też w związku z katastrofą i bezpośrednią reakcją na nią, a także w kontekście późniejszego śledztwa – mogą i muszą podlegać ocenie z perspektywy art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i zobowiązań w jego kontekście rekonstruowanych przez orzecznictwo strasburskie.
- 21.2. Jeśli chodzi o fazę planowania i przygotowywania lotu, wchodzą po stronie polskiej w grę działania modyfikujące wcześniejsze plany (rozdwojenie wizyty katyńskiej premiera i prezydenta), przysposobienie samolotu i jego załogi do lotu, zabezpieczenie w czasie lotu, jak również po wylądowaniu w Smoleńsku typowych dla wizyt głowy państwa (i to w takim otoczeniu towarzyszącym!) gwarancji kurtuazji, szacunku i bezpieczeństwa (odpowiedzialność MSZ, ambasady w Moskwie i pracowników konsularnych, jak równie MSWiA i BOR).
- 21.3. Przygotowanie w dobrej wierze przez stronę rosyjską lotniska Smoleńsk Północny do odbioru delegacji polskiej, łącznie z jego fachową obsługą i zabezpieczeniem logistycznym niezbędnym do odwiedzin Katynia w 70. rocznicę Zbrodni.
- 21.4. Zapewnienie najwyższej możliwej jakościowo obsługi lądowania TU-154, a jeśli warunki meteorologiczne i stan lotniska wykluczały bezpieczne lądowanie, sformułowanie jednoznacznego zakazu lądowania i skierowanie samolotu na lotnisko zapasowe.

- 21.5. W związku z katastrofą, do której doszło, zabezpieczenie – jeśli i na ile to wchodziło w grę – natychmiastowej i wszechstronnej akcji ratunkowej, a w każdym razie zabezpieczenie miejsca katastrofy przed osobami trzecimi i zapewnienie integralnego nienaruszonego obrazu miejsca zdarzenia.
- 21.6. Natychmiastowe podjęcie starań dla wdrożenia działań i zabezpieczenia owocnej współpracy w formie wspólnego śledztwa przewidzianego Porozumieniem wojskowym polsko-rosyjskim z 1993 r., które – i z uwagi na jego postanowienia, i istniejące umowy o wzajemnej pomocy prawnej, i tradycje, choćby i nowonabyte, państw-członków Rady Europy i państw-stron Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – praktycznie było im możliwe i powinny zostać wspólnie wdrożone.
- 21.7. Absolutnie niedopuszczalne i nadgorliwe przyjęcie przez premiera propozycji Putina co do badania katastrofy w oparciu o Załącznik XIII do Konwencji Chicagowskiej ICAO z 1944 r., co stało w równie absolutnej sprzeczności z zakresem zastosowalności samej Konwencji i jej systemu wraz z Załącznikami, ograniczającym się wyłącznie do samolotów cywilnych i handlowych.
- 21.8. Było prawem Polski natychmiastowe zażądanie nietykalności miejsca zdarzenia i wraku samolotu, a obowiązkiem Rosji było uszanowanie takiego wniosku. To pierwszy krok, jaki powinien wykonać nasz „akredytowany przedstawiciel”. Brak zabezpieczenia tego stanowił pierwsze naruszenie wymagań Załącznika XIII, który – chociaż faktycznie przewiduje śledztwo państwa miejsca zdarzenia, a więc Rosji – gwarantuje zarazem drugiej stronie, a więc państwu rejestracji samolotu, czyli Polsce, niezbędne gwarancje, realizowane za pośrednictwem właśnie akredytowanego przedstawiciela.
- 21.9. Było jego prawem i obowiązkiem uczestnictwo we wszystkich czynnościach śledczych inicjowanych i podejmowanych przez stronę rosyjską, podobnie jak było jego prawem i obowiązkiem wykazywanie postawy aktywnej i z własnej woli wnioskowanie o czynności, których strona rosyjska nie podejmowała czy zgoła nie chciała podejmować.

- 21.10. Podobnie było jego prawem i obowiązkiem otaczanie się gronem najwyższej jakości ekspertów, krajowych i zagranicznych, w ilości niezbędnej, jako że żadnych ograniczeń w tym zakresie postanowienia Załącznika XIII nie wprowadzają.
- 21.11. Było prawem i obowiązkiem Komisji Millera ustosunkowanie się do nadesłanego projektu Raportu MAK; Komisja faktycznie w szerokim zakresie zgłosiła sprzeciwy i wskazała wątpliwości, jednakże nic z tego nie uzyskało odzwierciedlenia w Raporcie Końcowym MAK – jakby tych uwag krytycznych w ogóle nie było; zapoznano, zlekceważono je.
- 21.12. Było prawem i obowiązkiem władz polskich zgłoszenie sprzeciwu wobec powierzenia funkcji śledztwa lotniczego właśnie MAK-owi (Międzypaństwowy Awiacjonnyj Komitet – Międzypaństwowy Komitet Lotniczy), jako że katastrofa była sprawą dwóch państw: Polski i Rosji, a nie Polski i Wspólnoty Niepodległych Państw (efemerydy, *de facto* niefunkcjonującej). Stworzyło to sytuację zgoła paranoidalną – śledztwo prowadzone przez rzekomo niezawisły, międzypaństwowy organ, bez żadnego zaangażowania się w to samej WNP, ze stworzeniem absolutnie wirtualnej rzeczywistości, nie dającej się ani oceniać, ani też rozliczać.
- 21.13. Swoją drogą, organ ze strony polskiej, czyli Komisja Millera, a więc na czele z Ministrem Spraw Wewnętrznych i Administracji, osobiście w znacznej mierze odpowiedzialnym za planowanie, przygotowywanie i zabezpieczenie wizyty i lotu TU-154, zarazem zwierzchnika odpowiedzialnych służb (zwłaszcza BOR-u), też budzi wątpliwości. Nie są mi znane ani interakcje, ani służbowe powiązania między „akredytowanym przedstawicielem” w Moskwie a Komisją Millera. Tryb powołania i sposób działania Komisji Millera z perspektywy polskiego porządku konstytucyjnego również może budzić wątpliwości. Nie budzi natomiast wątpliwości stwierdzenie, że Komisja Millera i jej badania nie miały nic wspólnego z właściwym śledztwem, o które chodzi w perspektywie art. 2 Konwencji i nie wypełniały obowiązku przeprowadzenia przez Polskę „adekwatnego i skutecznego śledztwa z urzędu”.

- 21.14. W ramach zobowiązań pozytywnych wynikających z prawa do życia, umocowanego w art. 2 EKPC, mieścić się dla Polski i Rosji w kontekście Katastrofy Smoleńskiej obowiązek podjęcia wszelkich dostępnych i właściwych kroków dla zabezpieczenia życia wszystkich osób na pokładzie TU-154, dzisiaj Ofiar Katastrofy Smoleńskiej jako „podlegających ich jurysdykcji”, przy czym koncepcja jurysdykcji rosyjskiej – z uwagi na wchodzące w grę niewątpliwie najwyższej rangi immunitety – jest co najmniej wątpliwa.
- 21.15. Nawet jeśli teoretycznie dałoby się powiedzieć, że w Polsce zabezpieczone są odpowiednie „ramy ustawodawcze i administracyjne” (choć w szczegółach można by mieć co do tego pewne wątpliwości), w praktyce się okazało, że ramy te nie zostały urzeczywistnione (chyba woli politycznej zabrakło albo zadziałała negatywna wola polityczna). Patrząc na absolutny bałagan w Rosji – tak jeśli chodzi o funkcjonowanie lotniska Smoleńsk Północny w ogóle i przygotowanie do wizyty katyńskiej Prezydenta RP z osobami towarzyszącymi, jak i przeprowadzane później badania i śledztwa – można wątpić w samo stworzenie wymaganych ram prawnych i administracyjnych; w praktyce w każdym bądź razie one nie funkcjonowały.
- 21.16. Podobnie na tle już rozpoznanych faktów z zakresu przygotowania wizyty i przysposobienia się do jej realizacji, można powiedzieć – zarówno o stronie polskiej, jak i rosyjskiej – choć, być może, w niejednakowych proporcjach, że nie podjęto wszystkich koniecznych środków prewencyjnych, a w szczególności – jak się okazało – nie przygotowano procedur, jako że te, które istniały, a które wynikały z Porozumienia polsko-rosyjskiego z 1993 r., zostały odstawione na bok, a niewłaściwe próbowano uruchomić, w sposób wadliwy i niedopuszczalny.
- 21.17. I nie chodzi przy tym o sam tragiczny rezultat, któremu nie zapobiegnięto, ale o brak – tak po stronie rosyjskiej, jak i polskiej – należytej staranności, nie mówiąc już o staranności wzorowej, o której mówi i której zda się wymagać Trybunał. dla zapobieżenia urzeczywistnieniu się zagrożenia życia. Pod względem zaplanowania, przygotowania i realizacji wizyty katyńskiej dopuszczono się szeregu niedostatków, trudno powiedzieć – błędów li

tylko czy także przewin i naruszeń, w każdym bądź razie karygodnego niedbalstwa.

- 21.18. Wobec sprzecznych doniesień trudno ocenić akcję ratowniczą: nie wiadomo do końca, czy było co i kogo ratować. Jeśli ma się jednak na myśli ratowanie nietykalności wraku samolotu i miejsca zdarzenia, w jakimś sensie mienia także, tego państwowego i tego osobistego, choćby dla potrzeb adekwatnego i skutecznego śledztwa, błędy i przewinienia okazują się niewątpliwe. Polski samolot, to rzecz by można, poniekąd „polski *first one*”, a *de facto* mamy tu do czynienia z zaborem przez stronę rosyjską, jak widać nie tylko dla potrzeb śledztwa, skoro czyniono z wrakiem różne operacje – z punktu widzenia potrzeb śledztwa niewątpliwie szkodliwe i pogarszające czy zgoła przekreślające jego skuteczność. A to podstawowy dowód! Minęło dwa i pół roku od czasu Katastrofy Smoleńskiej, a Polska wciąż czeka na „miłosierny” zwrot wraku samolotu. Czy będziemy czekać *ad calendas graecas*?
- 21.19. Czy można po stronie rosyjskiej stwierdzić ustanowienie skutecznego systemu sądowego, poprzedzonego w postępowaniu swoim przeprowadzeniem adekwatnego i skutecznego śledztwa odpowiadającego wymogom art. 2 Konwencji? Już powyżej negatywnie z tego punktu widzenia ocenilem śledztwo MAK i jego Raport. Czy można cokolwiek bardziej pozytywnego powiedzieć o prokuratorskim śledztwie rosyjskim i jego postępach, o wyjaśnieniu przyczyny katastrofy i śmierci 96 osób, o zidentyfikowaniu i ukaraniu ewentualnych osób odpowiedzialnych, gdyby ich winę, w tym zawinione niedbalstwo, śledztwo ustaliło? Niczego nie wiadomo. Konkretnych informacji o rezultatach śledztwa nie ma. Jedno jest pewne – Rodziny Smoleńskie nie zostały w to śledztwo – w sposób i w zakresie, jakiego wymaga orzecznictwo strasburskie – włączone.
- 21.20. Właściwej reakcji władz polskich na świadome i w złej wierze podejmowane zablokowanie przez stronę rosyjską możliwości prokuratorskiego śledztwa polskiego nie widać: nie słychać o protestach ani o żądaniach, chociaż najwyższy to już czas! Dochodzenie Prawdy o Katastrofie Smoleńskiej nie ma nic wspólnego z wojną, o której coraz więcej potulne media piszą,

a nadgorliwi dziennikarze mówią, ani z pogarszaniem stosunków polsko-rosyjskich. Dla ich poprawy trzeba po prostu zwrócić wrak samolotu i inne zajęte przez Rosjan dowody i odblokować możliwości śledztwa polskiego. Polska prokuratura również bardzo niemrawo dobiera się do jakichkolwiek żądań. Boi się? Śledztwo się przewleka, a czas nie działa na korzyść jego efektywności.

- 21.21. Z równą niechęcią i pychą przekonania o własnych możliwościach, jak widać nieistniejących, a przez Rosjan zablokowanych, podchodzi strona polska do idei umiędzynarodowienia śledztwa i do szans skorzystania z pomocy zagranicznej. Odrzuca się mniej lub bardziej wyraziste oferty amerykańskie, nie dopuszcza się najwyższej klasy specjalistów zagranicznych, w tym także tych polskiego pochodzenia. Nagle okazujemy się dbali o postrzeżenie nas i naszych możliwości w świecie, nagle czujemy się w pełni suwerenami i... nie dopuścimy do tego, by ktokolwiek nas musiał pouczać czy wspomagać! A takież stosunek do Rosji i Rosjan – nie łaska wykazać? Piszę to jako wychowanek Sybiru, który szmat dzieciństwa (1947–1956) spędził na „spiec-ssyłce” w Krasnojarskim Kraju, jako kochający język rosyjski (obok i w nieco mniejszym stopniu niż język polski), który zna lud rosyjski i współczuje jego losowi, niezależnie od tego, jakiej maści „batuszka-car” nad nim również się znęca.

Opinia w związku z „Listem do prawników” w sprawie unieważnienia tzw. raportu Millera

1. List Profesora Witakowskiego „Do prawników”, dla którego impulsem – jak rozumiem – była inicjatywa Pani mecenas Małgorzaty Wassermann dotycząca „znalezienia drogi prawnej umożliwiającej unieważnienie tzw. raportu Millera”, jest w swej argumentacji nierówny. Operuje on trzema argumentami (1. fałszywości; 2. bezprawności; 3. sprzeczności z wcześniejszym oficjalnym dokumentem państwowym), przy czym argument pierwszy i trzeci są – treściwicie, bo treściwicie, ale jednak – uzasadnione (por. akapit II i IV listu), natomiast argument II jest gołostówny i ogranicza się do stwierdzenia: „sporządziła go komisja działająca bez umocowania prawnego”. Dlatego to on właśnie wymaga wyjaśnienia i wsparcia.

2. Z prawnego punktu widzenia, istotna tu jest Ustawa z dnia 3 lipca 2002 roku „Prawo lotnicze” (Dz.U. 2002, nr 130, poz. 1112), która – co do zasady – koncentruje się na problemach lotnictwa cywilnego (por. art. 1 ust. 1), które – stosownie do postanowienia art. 1 ust. 3 – „obejmuje wszystkie rodzaje lotnictwa, z wyjątkiem lotnictwa państwowego”. Organem kompetentnym do badania wypadków lotniczych jest – zgodnie z art. 17 ustawy – Państwowa Komisja Badania Wypadków Lotniczych (PKBWL), jako organ stały funkcjonujący przy Ministrze Transportu i przez niego powoływany. Na dzień 10 kwietnia 2010 r. na jej czele jako Przewodniczący stał płk rez. pil. Edmund Klich. W lutym 2012 r. minister transportu powołał na to stanowisko Macieja Laska.

3. Wyjątkowo ustawa otwierała się na zagadnienie „badania wypadków i poważnych incydentów lotniczych w lotnictwie państwowym”, przewidując *ad casum* powoływanie „na okres jednego roku” „przez Ministra Obrony Narodowej w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw wewnętrznych” „Komisji Badania Wypadków Lotniczych Lotnictwa

Państwowego, zwanej dalej »Komisją Lotnictwa Państwowego« (KBWL LP (por. art. 140 ust. 1). Co więcej, mocą ust. 1b. tegoż postanowienia – i to w Kontekście Katastrofy Smoleńskiej jest istotne – Komisja ta może prowadzić badanie wypadków i incydentów „zaistniałych poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w których uczestniczyły statki powietrzne lotnictwa państwowego, jeżeli przewidują to umowy międzynarodowe, których Rzeczpospolita Polska jest stroną, albo jeżeli właściwy organ obcego państwa przekaze tej Komisji uprawnienia do przeprowadzenia badania, albo jeżeli sam nie podjął badania”. Do uprawnień takiej Komisji i jej członków znajdują zastosowanie art. 1 ust. 4 „Prawa lotniczego” oraz dalsze przepisy jej art. 140 (por. ust. 2a–d).

4. W dniu 26 maja 2004 r. Minister Obrony Narodowej wydał rozporządzenie w sprawie organizacji oraz zasad funkcjonowania Komisji Badania Wypadków Lotniczych Lotnictwa Państwowego (Dz.U. 2004, nr 138, poz. 1464). Jego paragraf 2. 2. potwierdzał, że „przewodniczącego i członków Komisji powołuje i odwołuje Minister Obrony Narodowej w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw wewnętrznych”. Miała ona mieć charakter *ad hoc*, będąc powoływana po zaistnieniu zdarzenia lotniczego i właśnie dla zbadania go (por. par. 7.1. rozporządzenia). Zasadniczą kompetencję Komisji określał par. 6.2. rozporządzenia, i to określał identycznie, jak to miało miejsce w art. 140 ustawy z 2002 r., powtarzając trzy przesłanki: 1) (niedokładnie) „jeżeli przewidują to umowy lub przepisy międzynarodowe”; 2) „jeżeli właściwy organ obcego państwa przekaze Komisji uprawnienia do przeprowadzenia badania” albo 3) „sam nie podjął badania”.

5. Przewodniczący Komisji w swych pracach miał być „niezależny”, ale zarazem podlegał „bezpośrednio Ministrowi Obrony Narodowej” (por. par. 8.1. rozporządzenia); jemu właśnie miał przedstawiać wyniki badań (por. par. 8.5. rozporządzenia); jemu też „poprzez Szefa Sztabu Generalnego” miał przedstawiać „protokół wraz z całością materiałów zebranych przez Komisję” (por. par. 13.1. rozporządzenia). Tenże minister – stosownie do par. 14 rozporządzenia – miał tytuł do podejmowania „decyzji o wznowieniu badania i ewentualnej zmianie orzeczenia w sytuacji, gdy: 1) wyjdą na jaw nowe okoliczności lub dowody istotne dla sprawy; 2) dowody istniejące w dniu wydania orzeczenia nie były mu znane”.

7. Zupełnie inaczej przedstawia się kwestia kompetencji tej Komisji do badania Katastrofy Smoleńskiej. Rozpatrzmy kolejno trzy przesłanki, z których każda odrębnie może warunkować zaistnienie takiej Kompetencji.

7.1. Po pierwsze, „jeżeli przewidują to umowy międzynarodowe, których Rzeczpospolita Polska jest stroną”. Specjalnie wysuwam tu formułę z art.140 ust. 1b Ustawy, jako że odmieniona formuła par. 6.2. rozporządzenia („jeżeli przewidują to umowy lub przepisy międzynarodowe”) jest nieprawidłowa i niejasna, wyczuwalnie szersza, a przy tym sprzeczna z formułą ustawową, której nie może prawnie poszerzać. Jediną umową spełniającą tę przesłankę jest polsko-rosyjskie porozumienie wojskowe z 1993 r., które – chociaż obowiązujące w kwietniu 2010 r. – zostało arbitralnie i bezprawnie (ale jednak skutecznie) wyeliminowane jako podstawa badania Katastrofy Smoleńskiej. Sprawca ze strony polskiej, miał ponieść odpowiedzialność za działalność sprzeczną z prawem i z polską racją stanu, został „prezydentem Europy”! Tak czy inaczej, wyeliminowana – choćby i bezprawnie – podstawa w postaci porozumienia z 1993 r., zastąpionego przez Protokół XIII do Konwencji Chicagowskiej, nie może być źródłem kompetencji KBWL LP, zwłaszcza że – wedle umowy – miała działać wspólnie z odpowiednim organem Federacji Rosyjskiej.

7.2. Po drugie, „jeżeli właściwy organ obcego państwa przekaze tej Komisji uprawnienia do przeprowadzenia badania”. Otóż żaden organ Federacji Rosyjskiej – właściwy czy niewłaściwy – nie przekazywał KBWL LP żadnych kompetencji do badania Katastrofy Smoleńskiej. Nie po to Putin eliminował porozumienie wojskowe zakładające wspólne działania organów polskich i rosyjskich, by z powrotem przekazywać badanie stronie polskiej. Co więcej, nie dopuszczał udziału strony polskiej do tego, co mogłoby – w dobrej wierze – wynikać z Protokołu XIII do Konwencji Chicagowskiej, a nawet nie umożliwiał „akredytowanemu przedstawicielowi” prawnie znaczącego udziału w badaniu Katastrofy (przeciwko temu ten nie potrafił zaprotestować, a potem w publicznych wystąpieniach „żałośnie się żalił”). W istocie, w dniach 15–28 kwietnia 2010 r. nie kierował on żadnymi pracami KBWL LP i żadnych takich prac po prostu nie było.

7.3. Po trzecie, jeżeli właściwy organ obcego państwa „sam nie podjął badania”. Niestety, podjął... i to jak. Efektem podjęcia było rozpoczęcie i zakończenie słynnym Raportem działalności MAK gen. Anodiny, jak też prowadzenie przez prokuraturę rosyjską nader enigmatycznego śledztwa, którego końca – rozsądnie rzecz biorąc – nie widać. Tak czy inaczej, nie da się przyjąć, jakoby organy Federacji Rosyjskiej nie podjęły badania. Podjęły... i to bardzo efektywnie: niszcząc bądź fałszując dowody, eliminując te, które dla nich byłyby niekorzystne, uniemożliwiając stronie polskiej przeprowadzenie jakiegokolwiek autentycznego i skutecznego śledztwa.

8. W dniu 27 kwietnia 2010 r. zostaje wydane kolejne rozporządzenie MON zmieniające rozporządzenie w sprawie organizacji oraz zasad funkcjonowania KBWL LP (por. Dz.U. z 2010 r., nr 69, poz. 442). Mocą ust. 2a, dodanego po ust. 2 par. 2 rozporządzenia z 2004 r., stanowi się, że: „W przypadku badania przez Komisję wypadku lub poważnego incydentu lotniczego zaistniałego z udziałem Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, Marszałka Sejmu, Marszałka Senatu lub Prezesa Rady Ministrów, a także w innej szczególnej sytuacji, powołanie przewodniczącego i członków Komisji, o których mowa w ust. 2, następuje w uzgodnieniu z Prezesem Rady Ministrów”. W konsekwencji, Przewodniczący „podlega bezpośrednio Prezesowi Rady Ministrów”, „protokół wraz z całością materiałów zebranych przez Komisję...przedstawia do zatwierdzenia Prezesowi Rady Ministrów”, to Prezes Rady Ministrów ma decydować o wznowieniu badania i ewentualnej zmianie orzeczenia; on też ma decydować „w przedmiocie udzielania informacji o przebiegu i rezultatach badań” (por. nowy par. 14a. 1–4).

9. Minister Obrony Narodowej „strzela sobie samobójca”: wszystkie swoje kompetencje przelewa nowym rozporządzeniem na Premiera! owego sprawcę zmiany podstaw prawnych! Teraz już wszystko jest w jednym ręku! Tusk o wszystkim może decydować. Czy wyobrażalne jest, by minister – mocą własną (w końcu to jego rozporządzenie) – mógł zadecydować o obarczeniu Premiera takimi zadaniami i taką odpowiedzialnością? Oczywiście nie! To premier o wszystkim arbitralnie i autokratycznie zadecydował, nakazując odpowiednie działania ministrowi. Co to ma wspólnego z prawem? Gdzie konstytucyjne „rządy prawa”? Wyparte zostały skutecznie przez „jedynowładcę”!

10. Zgodnie z ustawą z 2002 r., „Komisja Lotnictwa Państwowego może być powoływana wyłącznie przez Ministra Obrony Narodowej w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw wewnętrznych”. Minister nie może zmieniać trybu ustawowego i nie wolno mu – w drodze rozporządzenia – „instalować” innego trybu, nie wolno mu po prostu przelewać swoich kompetencji na premiera. Nowe rozporządzenie z 27 kwietnia 2010 r. zostało wydane wbrew prawu, jest nieważne *ab initio* i powinno być unieważnione. Jeżeli Trybunał Konstytucyjny biernie mu się przygląda, niedobrze to świadczy o stanie rządów prawa w Polsce (por. Paweł Kościelny, *Opinia prawna dotycząca oceny legalności powołania Komisji Badania Wypadków Lotniczych Lotnictwa Państwowego* – <http://wpolityce.pl>; dostęp: 2015-03-22).

11. Następnego dnia 29 kwietnia 2010 r. Edmund Klich podaje się do dymisji, uznając, słusznie zresztą, że zadań Przewodniczącego KBWL LP nie da się pogodzić z obowiązkami „akredytowanego przedstawiciela” przy MAK-u. Natychmiast tegoż dnia na jego miejsce zostaje powołany nowy Przewodniczący – Minister Spraw Wewnętrznych Jerzy Miller. Czy Minister Obrony Narodowej był władny innego równorzędnego ministra ustanawiać jako Przewodniczącego Komisji (por. decyzja nr 148/MON z dnia 28 kwietnia 2010 r. zmieniająca decyzję w sprawie powołania Komisji Badania Wypadków Lotniczych Lotnictwa państwowego – zarejestrowana w Dzienniku Urzędowym MON z 2010, nr 13, poz. 173; w treści swej niedostępna). Niewątpliwie było to bezprawne i wysoce niewłaściwe (por. *Jerzy Miller na czele Komisji niezgodnie z ustawą?* – <http://nielubiegazety2.blogspot.com> – dostęp: 2015-02-22; por. też: *Wielka mistyfikacja w cieniu smoleńskich ofiar* – <http://naszeblogi.pl> – dostęp: 2015-03-22).

12. Rozporządzenie z 27 kwietnia 2010 r. nie pozbawiało jednak Ministra Obrony Narodowej jego zasadniczej kompetencji w tym zakresie. Wydzielono sferę, w której miał on działać widocznie „na rozkaz zwierzchnika”, premiera. Dlatego formalnie to on wydaje decyzję z 28 kwietnia o nowym składzie KBWKL LP. To on również w tydzień później wprowadza kolejną retuszowaną zmianę co do liczby członków Komisji w rozporządzeniu zasadniczym z 2004 r. (por. rozporządzenie z dnia 5 maja 2010 – Dz.U. 2010, nr 74, poz. 470). Wszystko to robi „na swoją zgubę”, albowiem po sporządzeniu Raportu Millera i pod jego wpływem B. Klich podaje się do dymisji, a na jego miejsce zostaje powołany T. Siemoniak.

13. Już „pod jego władzą” w dniu 14 czerwca 2012 r. wydane zostaje nowe zasadnicze rozporządzenia w sprawie KBWL LP, zastępujące owe rozporządzenie z 2004 r. Komisja odtąd ma być stała, ale nadal powoływana tylko na okres 1 roku (por. par. 2 rozporządzenia – tekst w: <http://www.inspektoratmonbl> – dostęp: 2015-03-22; por. też: *Smoleńsk ponownie do KBWL LP* – w: <http://blog-n-roll.pl>, dostęp: 2015-03-22).

14. Ciekawe, że dwa źródła internetowe odmiennie określają losy owego nieszczęsnego rozporządzenia z 27 kwietnia 2010 r.: według jednego status aktu prawnego określa się jako „obowiązujący” (por. <http://www.money.pl> – dostęp: 2015-03-22), według drugiego jako „uznany za uchylony” (por. <http://isap.sejm.gov.pl> – dostęp: 2015-03-22). W istocie zmieniało ono rozporządzenie z 2004 r. i stało się jego integralną częścią. Skoro samo rozporządzenie z 2004 r. zostało zastąpione przez rozporządzenie z 2012 r., przesądza to o takim samym losie także rozporządzenia z 2010 r. Już go w obowiązującym stanie prawnym po prostu nie ma. „Umarło jednak śmiercią naturalną”, miast zostać natychmiast unieważnione jako zatruty owoc arbitralnego jedynowładztwa!

15. 17 marca 2014 r. mec. Stefan Hamburga skierował do Przewodniczącego KBWL LP, płk pil. Mirosława Grochowskiego, wniosek o natychmiastowe wznowienie prac Komisji w związku z Katastrofą Smoleńską. Wcześniej 25 lutego 2014 r. z wnioskiem takim do premiera D. Tuska zwracał się Przewodniczący Zespołu Parlamentarnego Antoni Macierewicz. Wszystko bezowocnie.

Postowie

Przyjąłem za cel podstawowy niniejszej opinii wykazanie bezprawności i nieważności rozporządzenia MON z 27 kwietnia 2010 r., na podstawie którego została powołana i bezprawnie funkcjonowała tzw. Komisja Millera, a więc wynaturzona i sprzeczna z ustawą postać KBWL LP. Wszelkie działania obecnej KBWL LP skazane są – wobec takiej, a nie innej postawy władz i organów Federacji Rosyjskiej – na niepowodzenie. Dotyczy to – niestety – także działań prokuratury polskiej, we wszelkich jej wersjach,

zwłaszcza Naczelnej Prokuratury Wojskowej, która swoją niemoc i brak staranności dostatecznie już udokumentowała. Nie można liczyć na Prezydenta RP – jak by to nie było, współwinowajcę z 2010 r., gdy nazbyt pospiesznie i antykonstytucyjnie po władzę sięgał. Co gorsza, nie można nawet liczyć na Sejm, który – tak za czasów D. Tuska, jak i za czasów E. Kopacz – jest skutecznie przemieniony w „maszynkę do głosowania”, negującą monteskiuszowskie założenie o trójpodziale równoważących się władz. Nie widzę w aktualnej sytuacji żadnej władzy polskiej, która byłaby zainteresowana dojściem do Prawdy Smoleńskiej.

Jedynym zatem wyjściem jest zmiana władzy w Kraju albo skuteczny lobbying międzynarodowy wiodący ku umiędzynarodowieniu Śledztwa Smoleńskiego. Jak jednak je osiągnąć bez współdziałania czy przyzwolenia władz polskich, jak również władz rosyjskich? I w ten sposób wracam do mojej tezy, której od dłuższego już czasu bronię – trzeba skorzystać z drogi strasburskiej: przewlekłość, nieskuteczność, nierzetelność i „polityczne wypaczenie” śledztwa dają pełne podstawy do skargi strasburskiej, tak w substancjalnym, jak i w proceduralnym wymiarze art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka „Prawo do życia”. ONI przecież nie żyją! ONI zza grobu o to wołają!

Pomocnik smoleński. Zestaw orzecznictwa strasburskiego dla potrzeb badania prawnych problemów Katastrofy Smoleńskiej i jej konsekwencji

Katastrofy powietrzne

Affaire Papapetrou et Autres c. Grece

Sk. 17380/09 – wk 12.07. 2011

34. Skarżący podkreślają, że śmierć ich rodziców w katastrofie śmigłowca z 11 września 2004 r. oraz luki w procedurach z tym związanych oznaczają naruszenie art. 2 Konwencji. Twierdzą oni, że śmigło helikoptera, którego nie wyłowiono z wody, miało defekt, a dopuszczając lot tego śmigłowca bez dokonania koniecznych kontroli i napraw technicznych, państwo zaakceptowało ryzyko katastrofy. Obwiniają też władze o brak ustalenia przyczyn katastrofy i – co więcej – o uznanie, że nie popełniono żadnego wykroczenia podlegającego karze. Co do tego punktu, skarżący podkreślają, że zastosowanie przez analogię art. 79 kodeksu postępowania karnego było wybiegiem wykorzystanym przez sądy wojskowe dla ostatecznego położenia kresu postępowaniu karnemu, którego nie można by już wznowić, nawet po wyjściu na jaw nowych elementów. [...]

48. Trybunał przypomina, że obowiązek ochrony prawa do życia, który nakłada art. 2 Konwencji, w związku z ogólnym obowiązkiem ciążącym na państwie z mocy art. 1 Konwencji dotyczącym „przyznania każdej osobie podlegającej jego jurysdykcji praw i wolności określonych [...] w Konwencji”, wymaga również – w sposób dorozumiany – by wchodziła w grę pewna forma oficjalnego i skutecznego śledztwa, kiedykolwiek użycie siły prowadzi do śmierci człowieka. Śledztwo takie powinno być

zwłaszcza kompletne, bezstronne i pogłębione (wyroki *McCann i Inni*, pkt 161–163; *Kaya p. Turcji*, 19.02.1998, *Reports 1998-I*, pkt 105; oraz *Cakici p. Turcji*, *ECHR 1999*, pkt 86).

49. Chodzi w istocie w toku takiego śledztwa o zapewnienie skutecznego stosowania ustaw krajowych, które chronią prawo do życia, w sprawach, w których funkcjonariusze czy organy państwowe są zamieszani, o zagwarantowanie, by ci, co byli zamieszani, zostali postawieni przed wymiarem sprawiedliwości. Jeśli chodzi o typ śledztwa, które pozwoliłoby osiągnąć te cele, może on różnić się zależnie od okoliczności.

Niezależnie jednak od modalności śledztwa, władze mają działać z urzędu, skoro tylko zwrócono ich uwagę na sprawę. Nie mogą one pozostawiać bliskim osoby zmarłej inicjatywy wnoszenia formalnej skargi czy przejmowania odpowiedzialności za postępowanie śledcze (por. np. *mutatis mutandis*, *Ilhan p. Turcji*, *ECHR 2000-VII*, pkt 63).

50. Według Trybunału, brak bezpośredniej odpowiedzialności państwa za śmierć osoby nie wyklucza stosowania art. 2. Zobowiązując państwo do podejmowania środków koniecznych dla ochrony życia osób podlegających ich jurysdykcji, art. 2 ust. 1 nakłada na nie obowiązek zapewnienia prawa do życia poprzez wprowadzenie konkretnego ustawodawstwa karnego zniechęcającego do popełniania przestępstw przeciwko życiu, a opierającego się na mechanizmie stosowania zdolnym do zapobiegania, zwalczania i karania naruszeń. Zobowiązanie to w trybie implikacji wymaga, by prowadzone było skuteczne śledztwo z urzędu, gdy są powody, by sądzić, że jednostka odniosła potencjalnie śmiercionośne obrażenia w budzących wątpliwości okolicznościach. Śledztwo winno pozwolić na ustalenie przyczyny obrażeń oraz na zidentyfikowanie i ukaranie osób odpowiedzialnych. Nabiera to tym większego znaczenia, gdy następuje śmierć osoby, ponieważ zasadniczym celem, jakim ono ma się kierować, jest zapewnienie skutecznego funkcjonowania ustaw krajowych chroniących prawo do życia (*Pereira Henriques p. Luksemburgowi*, 9.05.2006, pkt 56). Swoją drogą, z wyroku *Slimani p. Francji* (*ECHR 2004-IX*, pkt 29–30) wynika, że istnieje obowiązek skutecznego śledztwa, gdy sporna śmierć wynika z zawinionego niedbalstwa zwierzchników.

51. By śledztwo dotyczące zarzutu zabójstwa popełnionego przez funkcjonariuszy państwowych było skuteczne, powszechnie uważa się za konieczne, by osoby za nie odpowiedzialne były niezawisłe od osób zamieszanych (por. np. wyroku *Gulec p. Turcji*, 27.07.1998, *Reports 1998-IV*,

pkt 81–82; oraz Ogur p. Turcji, ECHR 1999-III, pkt 91–92). Zakłada to nie tylko brak związku hierarchicznego czy instytucjonalnego, ale też konkretną niezawisłość (*por. np. Ergi p. Turcji, wyrok z 28.07.1998, Reports 1998-IV, pkt 83–84*).

52. Śledztwo powinno również być skuteczne w tym sensie, że powinno pozwalać na zidentyfikowanie i ukaranie osób odpowiedzialnych. Chodzi tu nie o obowiązek rezultatu, lecz środków. Władze powinny podejmować rozsądne środki, którymi dysponują, dla zapewnienia pozyskania dowodów odnoszących się do odnośnych faktów, w tym m.in. zeznań naocznych świadków, ekspertyz medyczno-prawnych i ewentualnie sekcji zwłok, mogących dostarczyć kompletnego i precyzyjnego obrazu uszkodzeń oraz obiektywnej analizy ustaleń klinicznych, zwłaszcza przyczyny śmierci (*co do sekcji zwłok – por. np. wyrok Salman p. Turcji, ECHR 2000-VII, pkt 106; co do ekspertyz medyczno-prawnych – Gul p. Turcji, 14.12.2000, pkt 89*).

53. Wszelki niedostatek w śledztwie, mogący szkodzić jego zdolności do ustalenia przyczyny śmierci ofiary albo zidentyfikowania osoby czy osób odpowiedzialnych, może prowadzić do wniosku o braku skuteczności śledztwa (*Hugh Jordan p. Zj. Królestwu, ECHR 2001-III, pkt 127*).

54. Społeczeństwo powinno mieć prawo do wystarczającego wglądu w śledztwo lub jego wnioski, by mogło dysponować świadomością co do odpowiedzialności, tak w teorii, jak i w praktyce, zachowywaniem zaufania społeczeństwa co do poszanowania przez władze rządów prawa i zapobiegania jakiegokolwiek przejawowi zamieszania w działania bezprawne czy ich tolerowania. Stopień wymaganej kontroli społeczeństwa może zależnie od sytuacji różnić się.

We wszystkich jednak przypadkach bliscy ofiary winni być włączeni w postępowanie w stopniu, koniecznym dla ochrony ich prawowitych interesów (*w sprawie Gulec ojciec ofiary nie był informowany o decyzjach dotyczących umorzenia (pkt 82); w sprawie Ogur rodzina ofiary nie mogła zapoznać się z dokumentami dotyczącymi śledztwa i procesu (pkt 92); por. wyrok Gul, pkt 93; co do pełnego przeglądu odnosnego orzecznictwa – por. McKerr p. Zj. Królestwu, ECHR 2001-III, pkt 111–115*).

Inne wypadki i katastrofy. Śmierć w szpitalu

Case of Oneryildiz v. Turkey **Sk. 48939/99 – wk z 30.11.2004**

89. Pozytywne zobowiązanie do podejmowania właściwych kroków służących zabezpieczeniu życia z punktu widzenia art. 2 obejmuje nade wszystko pierwszorzędny obowiązek państwa dotyczący wprowadzenia ram ustawodawczych i administracyjnych zapewniających skuteczne odstraszanie od zagrożeń dla prawa do życia (*por. Osman, pkt 115; P. i A. Edwards, pkt 54; Ilhan, pkt 91; Kilic, pkt 62; Mamut Kaya, pkt 85*).

90. Obowiązek ten niewątpliwie znajduje zastosowanie w szczególnym kontekście działalności niebezpiecznej, gdzie dodatkowo specjalny akcent trzeba kłaść na regulacje tworzone ze względu na szczególne cechy tego rodzaju działalności, zwłaszcza z uwagi na poziom potencjalnego zagrożenia życia ludzkiego. Muszą one regulować wydawanie licencji, tworzenie, funkcjonowanie, bezpieczeństwo i nadzór nad taką działalnością oraz muszą traktować jako obligatoryjne dla wszystkich zainteresowanych osób przyjmowanie praktycznych środków zapewniających skuteczną ochronę obywateli, których prawa mogą być przez te przynależne im ryzyka zagrożone.

Wśród takich środków prewencyjnych szczególną uwagę należy zwracać na prawo społeczeństwa do informacji, jak to ustala orzecznictwo instytucji konwencyjnych. Wielka Izba zgadza się z Izbą (*pkt 84*), że na prawie tym, które już zostało uznane na podstawie art. 8 (*Guerra i Inni, pkt 60*), co do zasady można również się opierać dla potrzeb ochrony prawa do życia, zwłaszcza że interpretacja taka wsparta jest najnowszym rozwojem standardów europejskich.

W każdym razie odnośne regulacje muszą przewidywać także właściwe procedury, biorąc pod uwagę aspekty techniczne odnośnej działalności, celem zidentyfikowania niedostatków w odnośnych procedurach oraz wszelkich błędów popełnionych przez osoby odpowiedzialne na różnych szczeblach.

91. Zobowiązania wynikające z art. 2 na tym się nie kończą. Tam, gdzie dochodzi do utraty życia w okolicznościach potencjalnie angażujących odpowiedzialność państwa, postanowienie to obejmuje obowiązek

państwa zapewnienia – wszelkimi stojącymi do jego dyspozycji środkami, sądowymi bądź innymi – tak, by ramy ustawodawcze i administracyjne ustanowione dla potrzeb ochrony prawa do życia podlegały właściwej implementacji, a wszelkie naruszenia tego prawa podlegały represji i były karane (*por. Osman, pkt 115; Edwards, pkt 54*).

92. W związku z tym Trybunał stwierdził, że – jeżeli naruszenie prawa do życia lub integralności fizycznej nie jest spowodowane umyślnie – zobowiązanie pozytywne co do ustanowienia „skutecznego systemu sądowego” nie musi koniecznie wymagać wszczęcia w każdej sprawie postępowania karnego, a może ono zostać zaspokojone, jeśli dostępne są dla ofiar środki cywilne, administracyjne czy choćby dyscyplinarne (*por. np. Vo, pkt 90; Calvelli and Ciglio, pkt 51; Mastromatteo, pkt 90, 94–95*).

93. Jednakże w obszarach takich, jak wchodzący w grę w sprawie niniejszej, stosujące się zasady należy znajdować raczej pośród tych, które Trybunał już miał okazję rozwijać, zwłaszcza w związku z użyciem siły śmiertelności, które to zasady nadają się do zastosowania w innych kategoriach spraw.

W związku z tym należy wskazać, że w przypadkach zabójstwa interpretacja art. 2 jako obejmującego obowiązek przeprowadzenia śledztwa z urzędu uzasadniona jest nie tylko dlatego, że wszelkie zarzuty tego przestępstwa normalnie prowadzą do odpowiedzialności karnej (*por. Dec. Caraher*), ale także dlatego, że często w praktyce prawdziwe okoliczności śmierci są czy mogą się okazać w szerokim zakresie związane z wiedzą urzędników i władz państwowych (*por. McCann, pkt 157–164; Ilhan, pkt 91*).

Zdaniem Trybunału, względy te niewątpliwie są istotne w kontekście działalności niebezpiecznej, gdy dochodzi do utraty życia w wyniku zdarzeń mających miejsce w polu odpowiedzialności władz publicznych, które często są jedynymi dysponującymi wiedzą wystarczającą do zidentyfikowania i ustalenia złożonych zjawisk, które takie wypadki mogłyby spowodować.

Tam, gdzie się ustali, że dające się przypisać pod tym względem urzędnikom czy organom państwowym niedbalstwo wykracza poza błąd oceny czy nieroztropność, przez to, że odnośne władze – w pełni świadome prawdopodobnych konsekwencji i nie dbając o przyznane im kompetencje – nie podjęły środków, które były konieczne i wystarczające dla zapobieżenia ryzyku przynależnemu do działalności niebezpiecznej (*por.*

Osman, pkt 116), fakt, że osoby odpowiedzialne za zagrożenie życia nie zostały oskarżone o przestępstwo kryminalne ani nie były ścigane, może oznaczać naruszenie art. 2, bez względu na jakiegokolwiek typy środków, jakie jednostki mogły podejmować ze swej własnej inicjatywy; jest to obficie dokumentowane przez rozwój odnośnych standardów europejskich.

94. Podsumowując, system sądowy wymagany przez art. 2 musi zapewniać niezawisłą bezstronną procedurę śledczą, która zaspokaja pewne minimalne standardy co do skuteczności i która zdolna jest do zapewnienia, że będą stosowane kary tam, gdzie życie podlega utracie w wyniku działalności niebezpiecznej, jeżeli i w zakresie, jaki jest uzasadniony ustaleniami śledztwa (por. *Hugh Jordan*, pkt 105–109; *Edwards*, pkt 69–73). W takich przypadkach kompetentne władze muszą działać z wzorową starannością i niezłocznością oraz muszą – ze swojej własnej inicjatywy – podejmować śledztwo zdolne do, po pierwsze – ustalenia okoliczności, w jakich incydent miał miejsce, oraz wszelkich niedostatków w działaniu systemu regulacyjnego, a po drugie – zidentyfikowania urzędników czy władz państwowych zamieszanych w jakimkolwiek charakterze w tok odnośnych zdarzeń.

95. Oznacza to, że wymogi art. 2 wykraczają poza stadium śledztwa z urzędu tam, gdzie prowadzi ono do wszczęcia postępowania przed sądami krajowymi; postępowanie jako całość, w tym stadium procesu sądowego, musi spełniać wymogi zobowiązania pozytywnego co do ochrony życia przez prawo.

96. Z powyższego w żadnym razie nie wolno wywodzić, jakoby art. 2 obejmował prawo skarżącego do zapewnienia ścigania i skazania za przestępstwo karne (por. *Perez*, pkt 70), bądź absolutne zobowiązanie, by wszystkie ścigania kończyły się skazaniami czy konkretnymi wyrokami (por. *Tanli p. Turcji*, pkt 111).

Z drugiej strony, sądy krajowe nie mogą w żadnych okolicznościach wykazywać gotowości do pozostawiania bezkarnymi przestępstw zagrożenia życia. Ma to zasadnicze znaczenie dla podtrzymywania zaufania publicznego i zapewniania przywiązania do *rule of law* oraz dla zapobiegania wszelkim przejawom tolerowania aktów bezprawnych bądź zamieszania w nie (por. *Hugh Jordan*, pkt 108 i 136–140). Zadanie Trybunału polega przeto na zbadaniu, czy i w jakim zakresie sądy – dochodząc do swych wniosków – mogą być oceniane jako poddające sprawę uważnej kontroli wymaganej przez art. 2 Konwencji tak, by odstraszać skutek

wprowadzonego systemu sądowego oraz znaczenie roli, jaką ma on do odegrania w zapobieganiu naruszeniom prawa do życia, nie podlegały podkopaniu. [...]

108. Trybunał [...] oceni następnie wagę, jaką należy przywiązywać do zagadnienia poszanowania prawa społeczeństwa do informacji. [...]

Affaire Pereira Henriques c. Luxembourg **Sk. 60255/00 – wk z 9.05.2006**

54. Trybunał przypomina, że zd. I art. 2 nakłada na Umawiające się Państwa zobowiązanie nie tylko co do powstrzymywania się od zadawania śmierci „umyślnie” albo za pośrednictwem „użycia siły” dysproporcjonalnej w stosunku do celów prawowitych wymienionych w pkt /a/-/c/ ust. 2 tego postanowienia, ale także do podejmowania środków koniecznych dla ochrony życia osób podlegających jego jurysdykcji (*por. L.C.B., pkt 36; Keenan, pkt 89*).

55. Trybunał swoją drogą sądzi, że obowiązek ochrony prawa do życia, jaki nakłada art. 2 Konwencji, w powiązaniu z ogólnym obowiązkiem ciążącym na państwie z mocy art. 1 co do „zapewnienia każdej osobie podlegającej jego jurysdykcji praw i wolności określonych w Konwencji”, wymaga w sposób dorozumiany, by została przeprowadzona pewna forma skutecznego śledztwa z urzędu, gdy ucieknięcie się do siły prowadzi do śmierci człowieka. W związku z takim śledztwem zasadniczo chodzi o zapewnienie skutecznego działania ustaw krajowych, które chronią prawo do życia, a w sprawach, w których zamieszani się funkcjonariusze czy władze państwowe, o zagwarantowanie, by osoby, które mają badać sprawę zgonu, nie podlegały ich odpowiedzialności. Jeśli chodzi o typ śledztwa mogącego pozwolić na osiągnięcie tych celów, może się on różnić, zależnie od okoliczności. Niezależnie jednak od detali śledztwa, władze powinny działać z urzędu, skoro tylko na daną sprawę zwrócono im uwagę. Nie mogą one pozostawiać najbliższym denata inicjatywy wnoszenia formalnej skargi ani podejmowania odpowiedzialności za postępowanie śledcze (*por. McKerr, pkt 111; Slimani, pkt 29*).

56. Według Trybunału, brak bezpośredniej odpowiedzialności państwa za śmierć osoby nie wyklucza zastosowania art. 2 (*por. Menson, Dec.*). Zobowiązując państwo do podejmowania środków koniecznych dla ochrony życia osób podlegających jego jurysdykcji (*L.C.B., pkt 36*), art. 2 ust. 1 nakłada na państwo obowiązek zapewnienia prawa do życia przez

wprowadzenie konkretnego ustawodawstwa karnego zniechęcającego do popełnienia przestępstw przeciwko życiu, wspartego mechanizmem stosowania zapewniającym zapobieganie, zwalczanie i karanie naruszeń (*Osman, pkt 115*). Zobowiązanie to wymaga w sposób dorozumiany, by skuteczne śledztwo z urzędu było przeprowadzone, gdy są powody, by sądzić, że jednostka podlegała uszkodzeniom potencjalnie śmiertelnym w podejrzanych okolicznościach. Śledztwo winno umożliwiać ustalenie przyczyny uszkodzeń oraz zidentyfikowanie i ukaranie osób odpowiedzialnych. Nabiera ono tym większego znaczenia, gdy wchodzi w grę zgon ofiary, ponieważ zasadniczym celem, jakim ono ma się kierować, jest zapewnienie skutecznego działania ustaw krajowych, które chronią prawo do życia (*por. Menson*).

57. Skuteczność śledztwa wymaga, by władze podejmowały rozsądne środki, jakimi dysponują, dla zapewnienia pozyskania dowodów dotyczących odnośnych faktów, włączając w to m.in. zeznania naocznych świadków, ekspertyzy i – jak może się zdarzyć – właściwą sekcję zwłok, która dostarcza kompletnego i precyzyjnego obrazu uszkodzeń oraz obiektywnej analizy ustaleń klinicznych, zwłaszcza przyczyny śmierci. Wszelki niedostatek śledztwa osłabiający jego zdolność do ustalenia przyczyny śmierci albo osób odpowiedzialnych stwarza ryzyko dojścia do wniosku, że śledztwo nie odpowiadało temu standardowi (*por. zwł. McKerer, pkt 113; Slimani, pkt 32*). [...] Trybunał podkreśla, że placówka – decydując o odrzuceniu propozycji ITM co do przygotowania ekspertyzy – przeszkodziła wyjaśnieniu szarych stref, jakie istniały w aktach wstępnego dochodzenia. Minister nie pozwolił w ten sposób na ustalenie przyczyny śmierci oraz zidentyfikowanie i ukaranie osób odpowiedzialnych. Trybunał jest zdania, że w niniejszej sprawie szczególnie ważnym było to, by placówka prowadziła śledztwo starannie, nie ignorując tego, że art. 115 CAS stanowił dla rodziny denata przeszkodę w uzyskaniu wyjaśnień władz śledczych co do ich działań i zaniechań.

63. W świetle powyższego, Trybunał dochodzi do wniosku, że śledztwo w niniejszej sprawie nie było „skuteczne”. Doszło więc pod tym względem do naruszenia – pod jego kątem proceduralnym – art. 2 Konwencji.

Case of Budayeva and Others v. Russia
Sk. 15339/02 I inne – wk 20.03.2008

128. Trybunał przypomina, że art. 2 dotyczy nie tylko przypadków śmierci wynikających z użycia siły przez funkcjonariuszy państwowych, lecz także – w zd. I ust. 1 – nakłada na państwo pozytywne zobowiązanie podejmowania właściwych kroków dla zabezpieczenia życia osób podlegających jego jurysdykcji (*por. L.C.B., pkt 36; Paul and Audrey Edwards, pkt 54*).

129. To zobowiązanie pozytywne obejmuje przede wszystkim obowiązek państwa co do wprowadzenia ram prawnych i administracyjnych służących zabezpieczeniu skutecznego zapobiegania zagrożeniom dla życia (*por. Osman, pkt 115; Paul and Audrey Edwards, pkt 54; İlhan, pkt 91; Kilic, pkt 622; Mamut Kaya, pkt 85*).

130. Zobowiązanie to musi być rozumiane jako znajdujące zastosowanie w kontekście wszelkiej działalności, publicznej bądź niepublicznej, w której prawo do życia może podlegać zagrożeniu (*por. Oneryildiz, pkt 71*). W szczególności znajduje ono zastosowanie do sfery zagrożeń przemysłowych albo „niebezpiecznej działalności”, takiej, jak zarządzanie wysypiskiem śmieci w sprawie Oneryildiz (*ibid., pkt 71 i 90*).

131. Ciężące na państwie zobowiązanie co do zabezpieczenia życia osób podlegających jego jurysdykcji było interpretowane w taki sposób, by obejmować zarówno substancjalne, jak i proceduralne aspekty, zwłaszcza pozytywny obowiązek podejmowania środków regulacyjnych oraz adekwatnego informowania społeczeństwa o wszelkim zagrażającym życiu zdarzeniu oraz zapewnienia, by w każdym przypadku śmierci w ten sposób spowodowanej wchodziło w grę śledztwo sądowe (*Oneryildiz, pkt 89–118*).

132. Jeśli chodzi o aspekt substancjalny, w szczególnym kontekście działalności niebezpiecznej, Trybunał stwierdził, że specjalny akcent trzeba kłaść na unormowania związane ze szczególnymi cechami danej działalności, zwłaszcza jeśli chodzi o poziom potencjalnych zagrożeń dla życia ludzkiego. Muszą one regulować licencjonowanie, zakładanie, funkcjonowanie, bezpieczeństwo i nadzór nad daną działalnością i muszą wprowadzać jako obligatoryjne dla wszystkich wchodzących w grę osób podejmowanie praktycznych środków dla zapewnienia skutecznej ochrony obywateli, których życie mogłoby podlegać zagrożeniu w wyniku występujących ryzyk. Wśród takich środków prewencyjnych szczególny

akcent należy kłaść na prawo społeczeństwa do informacji, już ustalone w orzecznictwie instytucji konwencyjnych. Odnośne unormowania muszą też zapewniać właściwe procedury, mając na względzie techniczne aspekty danej działalności, w celu zidentyfikowania niedostatków w odnośnych procesach i wszelkich błędów popełnionych przez osoby na różnych szczeblach ponoszące odpowiedzialność (*por. Oneryildiz, pkt 89–90*).

133. Już uznano, że w kontekście działalności niebezpiecznej zakres zobowiązań pozytywnych opartych na art. 2 Konwencji w znacznym stopniu zbiega się z zobowiązaniami opartymi na art. 8 (*por. Oneryildiz, pkt 90 i 160*). W konsekwencji, na rozwiniętych przez orzecznictwo Trybunału zasadach odnoszących się do planowania i problemów środowiskowych godzących w życie prywatne i dom można się opierać także dla ochrony prawa do życia.

134. Jeśli chodzi o wybór konkretnych środków praktycznych, Trybunał stale stwierdzał, że wymaga się od państwa podejmowania środków pozytywnych, przy czym wybór środków jest zasadniczo sprawą, która wchodzi w zakres marginesu oceny Umawiającego się Państwa. Istnieją rozmaite drogi zapewniania praw konwencyjnych i nawet jeśli państwo nie zastosowało danego konkretnego środka przewidzianego przez prawo krajowe, może ono mieć innymi środkami wypełnione swoje zobowiązania pozytywne (*por. Fadeyeva, pkt 96*).

135. W tym względzie nie wolno nakładać niemożliwego czy dysproporcjonalnego ciężaru na władze, bez uwzględnienia zwłaszcza wyborów operacyjnych, jakich muszą one dokonywać z punktu widzenia priorytetów i zasobów (*por. Osman, pkt 116*); wynika to z szerokiego marginesu oceny, z jakiego państwa korzystają, jak to Trybunał już wcześniej stwierdził w trudnych sferach społecznych i technicznych (*por. Hatton and Others, pkt 100–101; Oneryildiz, pkt 107*). Temu względowi należy przypisywać wagę tym większą w sferze ratownictwa związanego z wydarzeniem meteorologicznym, które jako takie pozostaje poza ludzka kontrolą, niż w sferze działalności niebezpiecznej kreowanej przez człowieka.

136. Oceniając, czy państwo pozwane wypełniło swoje zobowiązania pozytywne, Trybunał musi zbadać szczególne okoliczności danej sprawy, mając m.in. na względzie – pośród innych elementów – krajową legalność działań bądź zaniechań władz (*por. Lopez Ostra, pkt 16–22; Guerra and Others, pkt 25–27*), krajowy proces podejmowania decyzji, w tym właściwe śledztwo i studia, a także złożoność problemu, zwłaszcza wcho-

dzące w grę kolidujące ze sobą interesy konwencyjne (por. *Hatton and Others*, pkt 128; *Fadeyeva*, pkt 96–98).

137. W sferze ratownictwa, gdzie państwo staje bezpośrednio w obliczu ochrony życia ludzkiego poprzez łagodzenie zagrożeń naturalnych, względy te winny stosować się na tyle, na ile okoliczności konkretnej sprawy wskazują na nieunikniony charakter klęski naturalnej, która łatwo daje się zidentyfikować, a w szczególności tam, gdzie dotyczy to klęski nawracającej godzącej w wyróżniony obszar rozwinięty dla potrzeb zamieszkiwania i użytkowania ludzkiego (por. *Murillo Saldias and Others*). Zakres przypisywanych państwu zobowiązań pozytywnych w szczególnych okolicznościach zależeć będzie od źródła zagrożeń i zakresu, w jakim to czy inne ryzyko nadaje się do łagodzenia.

138. Zobowiązania wynikające z art. 2 na tym się nie kończą. Tam, gdzie dochodzi do utraty życia w okolicznościach potencjalnie angażujących odpowiedzialność państwa, postanowienie to obejmuje obowiązek zapewnienia przez państwo – wszelkimi stojącymi do jego dyspozycji środkami – adekwatnej odpowiedzi, sądowej bądź innej, tak, by ramy prawne i administracyjne stworzone dla potrzeb ochrony prawa do życia były w sposób właściwy urzeczywistniane, a wszelkie naruszenia tego prawa podlegały represji i karaniu (por. *Osman*, pkt 115; *Paul and Audrey Edwards*, pkt 54).

139. W związku z tym Trybunał stwierdził, że – jeśli naruszenie prawa do życia lub fizycznej integralności nie jest dokonane umyślnie – pozytywne zobowiązanie dotyczące ustanowienia „skutecznego systemu sądowego” nie musi koniecznie wymagać wszczynania w każdej ze spraw postępowania karnego, a może ono zostać zaspokojone, jeśli dostępne są dla ofiar środki cywilne, administracyjne czy choćby dyscyplinarne (por. *Vo*, pkt 90; *Calvelli and Ciglio*, pkt 51; *Mastromatteo*, pkt 90 i 94–95).

140. Jednakże w szczególnym kontekście działalności niebezpiecznej Trybunał uważał, że śledztwo karne z urzędu jest konieczne, zważywszy, że władze publiczne często są jedynymi ciałami dysponującymi wystarczającą wiedzą dla potrzeb zidentyfikowania i ustalenia złożonych zjawisk, które mogły doprowadzić do wypadku. Stwierdził on, że tam, gdzie odnośne władze – w pełni uświadamiając sobie prawdopodobne konsekwencje i lekceważąc przyznane im kompetencje – nie podjęły środków, jakie były konieczne i wystarczające dla zapobieżenia ryzyku tkwiącemu w działalności niebezpiecznej, fakt, że osoby odpowiedzialne za narażenie

zycia na niebezpieczeństwo nie zostały oskarżone o przestępstwo karne i nie były ścigane, może oznaczać naruszenie art. 2, niezależnie od jakichkolwiek innych środków, z których jednostki mogłyby ewentualnie korzystać ze swej własnej inicjatywy (por. *Oneriyildiz*, pkt 93).

141. Podejście przyjęte przez Trybunał w sprawie wszczętej przez ofiary klęski naturalnej, a mianowicie przez uczestników obozu porwanych przez wodę z oficjalnie ustanowionego obozowiska, zgodne było z podejściem przyjmowanym w obszarze działalności niebezpiecznej. Trybunał stwierdził, że skuteczne postępowanie odszkodowawcze przed sądem administracyjnym, poprzedzone wszechstronnym śledztwem karnym, stanowiło środek skuteczny z punktu widzenia art. 35 ust. 1 Konwencji (*Murillo Saldias and Others*).

142. Co za tym idzie, zasady rozwinięte w związku z odpowiedzialnością sądową na incydenty wynikające z działalności niebezpiecznej nadają się do zastosowania również w obszarze ratownictwa w związku z klęskami naturalnymi. Tam, gdzie dochodzi do utraty życia w rezultacie zdarzeń angażujących odpowiedzialność państwa z tytułu pozytywnej akcji prewencyjnej, system sądowy wymagany przez art. 2 musi zapewniać istnienie niezawisłej i bezstronnej procedury śledztwa z urzędu, która zaspokaja pewne minimalne standardy dotyczące skuteczności i może zapewnić stosowanie kar kryminalnych zakresie, w jakim jest to uzasadnione ustaleniami śledztwa (por. *Hugh Jordan*, pkt 105–109; *Paul and Audrey Edwards*, pkt 69–73). W takich przypadkach kompetentne władze muszą działać z wzorową starannością i szybkością i z własnej inicjatywy muszą one wszczynać śledztwo, zdolne, po pierwsze – do ustalenia okoliczności, w jakich incydent miał miejsce, a po drugie – do zidentyfikowania urzędników czy władz państwowych zaangażowanych w jakimkolwiek charakterze w bieg odnośnych zdarzeń (por. *Oneriyildiz*, pkt 94).

143. Co więcej, wymagania art. 2 wykraczają poza stadium śledztwa z urzędu tam, gdzie dochodzi do wszczęcia postępowania przed sądami krajowymi: postępowanie jako całość, w tym stadium procesowe, musi spełniać wymogi zobowiązania pozytywnego dotyczącego ochrony życia przez prawo (por. *Oneriyildiz*, pkt 95).

144. Z powyższego nie wolno wnosić, jakoby art. 2 obejmował prawo skarżącego do ścigania czy skazywania za przestępstwa karne osób trzecich (por. *Perez*, pkt 70) albo absolutny obowiązek kończenia każdego postępowania skazaniem czy też szczególnym wyrokiem (por. *Tanli*

p. Turcji, pkt 111). W szczególnym kontekście ratownictwa Trybunał stwierdził, że adekwatność krajowej odpowiedzi sądowej nie zostaje podkopana przez fakt, że żadnego urzędnika nie uznano za karnie odpowiedzialnego (*Murillo Saldias and Others*).

145. Zadanie Trybunału polega więc na zbadaniu, czy i w jakim zakresie sądy, dochodząc do swoich konkluzji, uznać można za poddające sprawę dokładnemu zbadaniu wymaganemu przez art. 2 Konwencji, tak by odstraszący skutek funkcjonującego systemu sądowego oraz znaczenie roli, jakiej odgrywania od niego się wymaga, celem zapobiegania naruszeniom prawa do życia, nie zostały zniweczone (*por. Oneryildiz, pkt 93*).

146. Trybunał zauważa, że – chociaż tylko jedna z wniesionych skarg, skarga p. Budajewej, dotyczyła śmierci członka rodziny – okoliczności sprawy dotyczące innych skarżących nie pozostawiają żadnej wątpliwości co do istnienia zagrożenia dla ich fizycznej integralności (*por. Makaratzis, pkt 52–55*). Wprowadza to ich zarzuty w pole art. 2 Konwencji. Co więcej, zastosowalności art. 2 nie kwestionował rząd. [...]

149. Wynika stąd, że władze na różnych szczeblach były świadome tego, że każda lawina błotna – niezależnie od jej skali – mogła spowodować niszczycielskie konsekwencje w Tyrnauzie, a to z racji stanu dewastacji, w jakim pozostawiona została infrastruktura obronna po poprzedniej lawinie błotnej. Jest też jasne, że nie było wątpliwości co do skali ani co do czasu pracy, jaką trzeba było wykonać. Rząd nie przedstawił jednak żadnych powodów, dla których żadnych kroków nie podjęto. [...]

150. Co więcej, nie wydaje się, by w owym czasie władze urzeczywistniały jakąkolwiek inną politykę planowania przestrzennego na tym obszarze, która by zwalniała je z koncepcji urządzeń obrony przed błotem bądź zawieszała konieczność ich utrzymywania.

151. W konsekwencji Trybunał nie widzi żadnego usprawiedliwienia dla braku przygotowania przez władze infrastruktury obronnej zapobiegającej niedostatkom kłęski sezonu 2000 r.

152. W takich okolicznościach można było rozsądnie oczekiwać od władz świadomości podwyższonego ryzyka wypadków w przypadku lawiny błotnej w owym roku oraz wykazania wszelkiej możliwej staranności w informowaniu osób cywilnych i przygotowywaniu rozwiązań na wypadek nadzwyczajnej ewakuacji. W każdym razie informowanie społeczeństwa o wchodzących w grę ryzykach stanowiło jeden z istotnych środków

praktycznych, niezbędnych dla zapewnienia skutecznej ochrony tamtejszych obywateli. [...]

158. W świetle powyższych ustaleń Trybunał dochodzi do wniosku, że nie było żadnego usprawiedliwienia dla zaniechań władz w urzeczywistnieniu planowania przestrzennego i ratownictwa na wypadek sytuacji nadzwyczajnych w niebezpiecznym obszarze Tyrnauzu, w związku z dającym się przewidzieć narażeniem mieszkańców, w tym wszystkich skarżących, na śmiertelne ryzyko. Co więcej, stwierdza on, że zachodził związek przyczynowy między poważnymi brakami administracyjnymi, które stanęły na przeszkodzie ich urzeczywistnieniu, a śmiercią Władimira Budajewa oraz szkodami doznаныmi przez pierwszą i drugą ze skarżących i przez członków ich rodzin.

159. Władze nie wypełniły zobowiązania pozytywnego dotyczącego ustanowienia ram prawnych i administracyjnych mających zapewniać skuteczne zapobieganie zagrożeniom dla prawa do życia, jak tego wymaga art. 2 Konwencji.

160. Co za tym idzie, doszło do naruszenia art. 2 Konwencji w jego aspekcie substancjalnym.

Case of Silih v. Slovenia

Sk. 71463/01 – wk Wielkiej Izby z 9.04.2009

171. W swym wyroku z 28.06.2007 r. Izba nie stwierdziła wskazań, jakoby zaistniał po stronie państwa jakikolwiek brak zapewnienia procedury, za pośrednictwem której odpowiedzialność karna i cywilna osób, które można by uznać za odpowiedzialne za śmierć syna skarżących, mogłaby zostać ustalona. Przeszła ona do zbadania, w jaki sposób procedura ta funkcjonowała w konkretnych okolicznościach. W związku z tym nie widziała ona konieczności odrębnego rozstrzygnięcia, czy postępowanie karne kończące się odrzuceniem oskarżenia przez izbę interlokutoryjną było skuteczne, ponieważ skarżący wszczęli również postępowanie cywilne przeciwko lekarzowi i szpitalowi. Izba powoływała się w tym względzie na wyroki Trybunału w sprawach Calvelli i Ciglio przeciwko Włochom oraz Vo przeciwko Francji. Izba zauważyła, że postępowanie karne było – jak to zazwyczaj bywa – ograniczone li tylko do rozstrzygnięcia o zarzucie wniesionym przeciwko odnośnemu lekarzowi, zaś zakres odpowiedzialności cywilnej był znacząco szerszy i niekoniecznie musiał od tego rozstrzygnięcia zależeć.

172. Jeśli chodzi o skuteczność postępowania, Izba stwierdziła, że wstrzymanie postępowania cywilnego w oczekiwaniu na wynik postępowania karnego można uważać za rozsądne. Zauważyła ona jednak, że – choć decyzja o wstrzymaniu postępowania wydana była w październiku 1997 r. – przez prawie 6 lat w postępowaniu cywilnym nie podejmowano żadnych kroków.

173. Chociaż postępowanie karne zajęło 5 lat, nie kończąc się żadnymi zarzutami przeciwko oskarżonemu, sądowi cywilnemu I instancji zajęło dalszych 5 lat dojście do werdyktu. W tym czasie skarżący składali liczne wnioski o charakterze proceduralnym, takie jak wniosek o zmianę sędziego i/lub wpisowego, z których wiele nie miało szans poprawienia ich sytuacji. Po wzięciu jednak pod uwagę przyczynienia się skarżących do długości postępowania w wyniku tych wniosków, Izba uważała, że sposób zajmowania się postępowaniem cywilnym (np. sprawa stawała przed 6 różnymi sędziami i pozostawała zawistą przez dalsze 12 lat) nie może zostać uznany za skuteczny ani też za spełniający zatem wymogi proceduralne art. 2. [...]

192. Jak to Trybunał kilkakrotnie stwierdzał, zobowiązanie proceduralne z art. 2 wymaga ustanowienia przez państwa skutecznego niezawisłego systemu sądowego, tak, by przyczyna śmierci pacjentów podległych opiece lekarzy – czy to w sektorze publicznym, czy też prywatnym – mogła zostać ustalona, a osoby odpowiedzialne zostały rozliczone (*por. m.in. Calvelli and Ciglio, pkt 49; Powell, dec. z 2000 r.*).

193. Trybunał przypomina, że to zobowiązanie proceduralne nie jest zobowiązaniem rezultatu, ale jedynie środków (*Paul and Audrey Edwards, pkt 71*).

194. Nawet jeśli Konwencja nie gwarantuje jako takiego prawa do wszczynania postępowania karnego przeciwko stronom trzecim, Trybunał wielokrotnie stwierdzał, że skuteczny system sądowy wymagany przez art. 2 może, a w pewnych okolicznościach musi obejmować odwołanie się do prawa karnego. Jeśli jednak naruszenie prawa do życia lub integralności osobistej nie jest spowodowane umyślnie, zobowiązanie proceduralne nakładane przez art. 2 co do ustanowienia skutecznego systemu sądowego niekoniecznie musi wymagać zabezpieczenia w każdej ze spraw środka prawnokarnego (*Mastromatteo, pkt 90*). W specyficznej sferze niedbalstwa medycznego może to być również zaspokojone, jeżeli np. system prawny zapewnia ofiarom środek przed sądami cywilnymi, czy to oddzielnie, czy

w powiązaniu ze środkiem przed sądami karnymi, umożliwiającą dochodzenie wszelkiej odpowiedzialności odnośnych lekarzy i właściwego zadośćuczynienia cywilnego, takiego jak np. odszkodowanie i/lub opublikowanie orzeczenia. Można też rozważyć środki dyscyplinarne (*Calvelli and Ciglio, pkt 51; Vo, pkt 90*).

195. Wymóg niezwłoczności i rozsądnej szybkości w tym kontekście jest dorozumiewany. Nawet tam, gdzie mogą wchodzić w grę przeszkody czy trudności, które uniemożliwiają postęp śledztwa w badaniu konkretnej sytuacji, niezwłoczna odpowiedź władz ma żywotne znaczenie dla utrzymywania zaufania publicznego co do ich wierności *rule of law* oraz zapobiegania jakimkolwiek przejawom zamieszania w czyny bezprawne bądź ich tolerowania (*por. Paul and Audrey Edwards, pkt 72*). To samo stosuje się do spraw z art. 2 dotyczących niedbalstwa medycznego. Zobowiązanie państwa na podstawie art. 2 Konwencji nie zostanie spełnione, jeśli ochrona przyznawana przez prawo krajowe istnieje li tylko w teorii: nade wszystko musi ona skutecznie funkcjonować w praktyce, a to wymaga niezwłocznego badania sprawy bez niedopuszczalnych zwłok (*por. Calvelli and Ciglio, pkt 53; Lazzarini and Ghiacci v. Italy, Dec. z 7.11.2002; Byrzykowski, pkt 117*).

196. Poza zainteresowaniem poszanowaniem praw wynikających z art. 2 Konwencji, w każdej konkretnej sprawie bardziej generalne względy mogą wreszcie wymagać niezwłocznego badania spraw dotyczących śmierci w placówkach szpitalnych. Znajomość faktów i ewentualnych błędów popełnionych w toku pieczy medycznej istotne są dla umożliwienia odnośnym instytucjom i personelowi medycznemu zaradzenia potencjalnym niedostatkom i zapobiegania podobnym błędom. Niezwłoczne badanie takich spraw jest istotne dla bezpieczeństwa użytkowników wszelkich usług zdrowotnych (*Byrzykowski, pkt 117*). [...]

202. Trybunał nie jest powołany do rozstrzygania, czy w niniejszej sprawie postępowanie karne winno być prowadzone *ex officio* ani do identyfikowania, jaki rodzaj kroków prokurator publiczny powinien podjąć, ponieważ zobowiązanie proceduralne na podstawie art. 2 nie wymaga koniecznie od państwa zapewnienia postępowania karnego w każdej ze spraw, nawet jeśli jasne jest, że postępowanie takie samo w sobie spełni wymogi art. 2. Ogranicza się zatem Trybunał do odnotowania, że postępowanie karne, a zwłaszcza śledztwo, było nadmiernie długie oraz że ani

zachowanie skarżących, ani złożoność sprawy nie wystarczyłyby do wyjaśnienia takiej długości.

203. Wbrew rządowi, Trybunał uznaje za ważne to, że skarżący odwołali się do postępowania cywilnego, w którym mieli oni tytuł do kontradyktoryjnego procesu umożliwiającego ustalenie wszelkiej odpowiedzialności odnośnych lekarzy szpitala i uzyskanie wszelkiego właściwego zadośćuczynienia cywilnego (*por. Powell, Vo, pkt 94*). Jest zgoda co do tego, że zakres wszelkiej odpowiedzialności cywilnej był znacząco szerszy niż zakres jakiegokolwiek odpowiedzialności karnej i nie musiał od tego drugiego zależeć. Postępowanie cywilne wszczęto 6.07.1995 r. i po 13 latach nadal jest ono zawiste przed Trybunałem Konstytucyjnym. [...]

211. Zważywszy na powyższe, Trybunał uważa, że władze krajowe nie zajmowały się roszczeniem skarżących wynikającym ze śmierci ich syna z poziomem staranności wymaganym przez art. 2 Konwencji. W konsekwencji, doszło do naruszenia art. 2 w jego aspekcie proceduralnym [...].

Case of Kolyadenko and Others v. Russia

Sk. 17423/05 – wk z 28.02.2012

151. Trybunał przypomina w związku z powyższym, że art. 2 Konwencji dotyczy nie tylko śmierci wynikającej z użycia siły przez funkcjonariuszy państwowych, ale także – w zd. I jego ust. 1 – umocowuje pozytywne zobowiązanie państw co do podejmowania właściwych kroków dla zabezpieczenia życia osób podlegających ich jurysdykcji (*Oneryildiz, pkt 71; Budayeva, pkt 128*). Co więcej, artykuł ten – odczytywany jako całość – obejmuje nie tylko sytuacje, w których jakieś działanie czy zaniechanie ze strony państwa prowadzi do zarzucanej śmierci, ale również sytuacje, w których – chociaż skarżący przeżył – istniało oczywiste zagrożenie dla jego czy jej życia (*por. Makaratzis, pkt 49–55; Budayeva, pkt 146*). [...]

155. Zdaniem Trybunału, okoliczności nie pozostawiają na ogół wątpliwości co do zaistnienia bezpośredniego zagrożenia dla życia pierwszego, trzeciego i szóstego ze skarżących, co wprowadza ich zarzuty pod tym względem w zakres art. 2 Konwencji. Fakt, że oni przeżyli i nie odnieśli żadnych uszkodzeń, nie ma znaczenia dla tego wniosku.

157. Trybunał przypomina, że zobowiązanie pozytywne co do podejmowania wszystkich właściwych kroków dla zabezpieczenia życia z punktu widzenia art. 2 obejmuje nade wszystko pierwszorzędny obowiązek państwa co do wprowadzenia ram ustawodawczych i administracyjnych mających

zapewniać skuteczne zapobieganie zagrożeniom dla prawa do życia (*Oneriyildiz, pkt 89; Budayeva, pkt 129*).

158. Trybunał uważa, że zobowiązanie to musi być pojmowane jako znajdujące zastosowanie w kontekście wszelkiej działalności – czy to publicznej, czy niepublicznej – w której wchodzi w grę prawo do życia, zaś *a fortiori* – w przypadku działalności przemysłowej, która z samej swej natury ma charakter niebezpieczny. W szczególnym aspekcie działalności niebezpiecznej specjalny akcent trzeba kłaść na uregulowania związane ze specjalnymi elementami odnośnej działalności, zwłaszcza jeśli chodzi o poziom potencjalnego zagrożenia dla życia ludzkiego. Muszą one regulować licencjonowanie, tworzenie, operowanie, bezpieczeństwo i nadzór nad działalnością i muszą nakładać na wszystkich zainteresowanych obowiązek podejmowania praktycznych środków zapewniających skuteczną ochronę obywateli, których życie mogłoby podlegać zagrożeniom inherentnymi dla tej działalności ryzykami (*Oneriyildiz, pkt 71 i 90*).

159. Wśród takich środków zapobiegawczych specjalny akcent trzeba położyć na prawo społeczeństwa do informacji, jak jest to ustalone w orzecznictwie instytucji konwencyjnych. Odnośne uregulowania muszą też przewidywać właściwe procedury, biorąc pod uwagę aspekty techniczne danej działalności, dla potrzeb identyfikowania niedostatków w odnośnych procedurach oraz wszelkich błędów popełnionych przez osoby odpowiedzialne na różnych szczeblach (*por. Oneriyildiz, pkt 89–90; Budayeva, pkt 132*).

160. Co do wyboru konkretnych środków praktycznych, Trybunał stale stwierdzał, że tam, gdzie od państwa wymaga się podejmowania środków pozytywnych, wybór środków w zasadzie stanowi sprawę, która należy do marginesu oceny Umawiających się Państw. Różne są drogi zapewniania praw konwencyjnych i nawet, jeśli państwo nie zastosowało jakiegoś konkretnego środka przewidzianego przez prawo krajowe, może ono mimo wszystko wypełnić swoje zobowiązanie pozytywne innymi środkami. W tym względzie nie wolno nakładać na władze niemożliwego czy dysproporcjonalnego ciężaru, w braku rozważenia w szczególności wyborów operacyjnych, jakich muszą one dokonywać w sensie priorytetów i zasobów; wynika to z szerokiego marginesu oceny, z jakiego państwa korzystają, jak to wcześniej Trybunał stwierdził, w trudnych sferach społecznych i technicznych (*Budayeva, pkt 136–137*).

161. Oceniając, czy państwo pozwane wypełniło swoje zobowiązania pozytywne, Trybunał musi brać pod uwagę szczególne okoliczności sprawy, uwzględniając m.in. legalność krajową działań lub zaniechań władz, krajowy proces podejmowania decyzji, w tym właściwe śledztwo i badania, jak również złożoność zagadnienia, zwłaszcza tam, gdzie wchodzi w grę sprzeczne interesy konwencyjne. Zakres przypisywanego państwu zobowiązania pozytywnego w szczególnych okolicznościach zależy będzie od źródła ryzyka oraz zakresu, w jakim to czy inne ryzyko daje się złagodzić (por. *Budayeva*, pkt 136–137). [...]

166. Trybunał generalnie stwierdza, że władze miały na podstawie art. 2 Konwencji zobowiązania pozytywne co do oceny wszelkiego potencjalnego ryzyka stwarzanego przez funkcjonowanie zbiornika oraz co do podejmowania praktycznych środków dla zapewnienia skutecznej ochrony osób, których życie mogło zostać tym ryzykiem zagrożone.

167. Trybunał w związku z tym zauważa, po pierwsze, że wyliczając liczne akty prawne oraz inne dokumenty prawne, przyjęte zarówno przez federalne, jak i przez regionalne władze, rząd nie dostarczył żadnego wyjaśnienia dotyczącego tego, na ile były one istotne w okolicznościach niniejszej sprawy, ani tego, czy były one w odnośnym czasie skutecznie urzeczywistniane. W braku jakiegokolwiek tego rodzaju wyjaśnienia, Trybunał może przyjąć własną ocenę ram ustawodawczych i administracyjnych w materialnym czasie na podstawie dostępnych mu dowodów. [...]

170. Innymi słowy, jak się zdaje, władze zlekceważyły wymogi techniczne i wymogi bezpieczeństwa, a więc potencjalne zagrożenia, w tym ryzyko dla życia ludzkiego, rezygnując z odzwierciedlenia ich w aktach prawnych i innych unormowaniach oraz przyzwalając na rozwój urbanistyczny na obszarze w dół od zbiornika Pionierskoje. Trybunał uważa, że brak unormowania przez władze kwestii osiedlania się na tym obszarze stanowi element, który trzeba brać pod uwagę, rozważając odpowiedzialność państwa w kontekście jego pozytywnych zobowiązań na podstawie art. 2 Konwencji. Trybunał jest świadom, iż nie da się wykluczyć tego, że zabudowa w dół od zbiornika postępowała już od początku jego funkcjonowania w 1936 r. Trybunał uwzględnia również fakt, że nie dysponuje jurysdykcją temporalną dla oceny sytuacji przed 5 maja 1998 r., datą wejścia Konwencji w życie w stosunku do Rosji.

171. Fakty jednak czynią jasnym to, że sytuacja taka nadal trwała również po tej kluczowej dacie. Z materiałów, jakimi Trybunał dysponuje,

jasno wynika, że w okresie następującym po ratyfikacji władze pozostały beczynne i nie zastosowały żadnych ograniczeń w planowaniu miejskim ani nie podjęły innych kroków koniecznych dla ochrony tych jednostek, które od daty wejścia w życie Konwencji w stosunku do Rosji zamieszkiwały na obszarze w dół od zbiornika Pionierskoje. [...]

173. Trybunał odnotowuje też ciągły brak po stronie władz – z naruszeniem odnośnych uregulowań i bez jakiegokolwiek racjonalnego wyjaśnienia – stref zagrożenia katastroficznego i stref ochronnych wody w mieście Władywostok oraz określenia, czy ziemia poniżej zbiornika Pionierskoje należy do jakichkolwiek tego rodzaju stref. W rezultacie wydaje się, że nie poczyniono dotąd żadnych ocen, jeśli chodzi o ryzyko powodzi potencjalnie zagrażającej jednostkom mieszkającym na tym obszarze ani też żadne środki nie zostały podjęte dla zapobiegania takiemu ryzyku, wobec czego wciąż nadal istnieje zagrożenie dla życia tych jednostek. W braku jakiegokolwiek wyjaśnienia ze strony rządu, Trybunał nie dostrzega żadnego usprawiedliwienia dla wspomnianych niedostatków po stronie władz.

174. Trybunał ponadto uważa, że odpowiedzialność władz na podstawie art. 2 Konwencji wchodzi w grę także z racji braku zachowania przez nie koryta rzeki Pionierskaja wolnym od zabudowy, a w szczególności zapewnienia, by jego zdolność przepływową odpowiadała odnośnym wymogom technicznym zbiornika Pionierskoje, jak też ustanowienia systemu powiadamiania o zagrożeniach na miejscu przy zbiorniku. [...]

180. Jest więc zupełnie jasne, że przez całe lata władze nie podejmowały żadnego znaczącego wysiłku w celu zapewnienia, by zdolność przepływowa kanału rzeki Pionierskaja stała się wystarczająca z punktu widzenia technicznych właściwości zbiornika Pionierskoje, albo przynajmniej utrzymywania w stanie czystości kanału rzeki, by zapobiegać ryzyku i konsekwencjom powodzi na wypadek wymuszonego spuszczenia wody ze zbiornika.

181. W tych okolicznościach można było od władz rozsądnie oczekiwać uznania wzmożonego ryzyka poważnych konsekwencji na wypadek powodzi w następstwie nagłego spuszczenia wody ze zbiornika Pionierskoje oraz wykazania wszelkiej możliwej staranności dla potrzeb zaalarmowania mieszkańców obszaru w dół od zbiornika. W każdym razie poinformowanie społeczeństwa o przynależnych zagrożeniach było

jednym z istotnych środków praktycznych potrzebnych dla zapewnienia skutecznej ochrony odnośnych obywateli (*por. Budayeva, pkt 152*). [...]

182. Co więcej, Trybunał odnotowuje po stronie władz ciągły brak odrestaurowania i utrzymywania operacyjnego systemu ostrzegania dla potrzeb alarmowania w razie masowego spuszczenia wody ze zbiornika Pionierskoje, pomimo rozmaitych żądań w tym kierunku. Trybunał odnotowuje nadto, że nawet po powodzi z 7 sierpnia 2001 r. władze pozostały bierne i nie podjęły żadnych praktycznych środków dla oczyszczenia koryta rzeki. Ich jaskrawa bezczynność, narażająca na niebezpieczeństwo życie ludzi zamieszkałych wzdłuż rzeki Pionierskaja, została stwierdzona przez prokuratorów i przez inne agencje państwowe.

183. Trybunał nie traci z pola widzenia szerokiego marginesu oceny w sprawach, gdzie od państwa wymaga się podejmowania akcji pozytywnej. Jest on jednak przekonany, że w okolicznościach niniejszej sprawy żaden niemożliwy czy dysproporcjonalny ciężar na władzach nie spoczywał, jeśli chodzi o wypełnianie ich własnych decyzji, a w szczególności co do podjęcia wskazanej w nich akcji oczyszczenia rzeki Pionierskaja w celu podwyższenia jej wydolności przepływowej i co do odrestaurowania systemu ostrzegania przy zbiorniku Pionierskoje.

184. Trybunał zauważa również, że rząd nie wskazał, czy rozważano jakiegokolwiek inne rozwiązania dla zapewnienia bezpieczeństwa miejscowej ludności, a w szczególności, czy jakakolwiek polityka planowania miejskiego bądź specjalnych środków bezpieczeństwa była w materialnym czasie stosowana na tym obszarze, gdzie mieszkali skarżący. Przedłożone przez nich informacje dotyczyły wyłącznie pewnych środków podejmowanych dla oczyszczenia koryta rzeki Pionierskaja, które – jak to Trybunał ustalił – nie były adekwatne ani wystarczające. Co więcej, rząd nie wskazał odnośnych ram ustawodawczych ani administracyjnych, powołując się jedynie ogólnikowo na rozmaite akty i dokumenty. [...]

185. W świetle powyższego Trybunał stwierdza, że odpowiedzialność rządu wchodzi w grę z następujących powodów. Po pierwsze, władze nie stworzyły jasnych ram ustawodawczych i administracyjnych umożliwiających im skuteczną ocenę ryzyka związanego z funkcjonowaniem zbiornika Pionierskoje i urzeczywistniania polityki planowania miejskiego w sąsiedztwie zbiornika, odpowiadającej odnośnym standardom technicznym. Po drugie, nie było spójnego systemu kontroli, zachęcającego osoby odpowiedzialne do podejmowania kroków zapewniających adekwatną

ochronę ludności mieszkającej na tym obszarze, a w szczególności utrzymania koryta rzeki Pionierskaja w dostatecznej czystości, by radzić sobie z nagłymi spustami wody ze zbiornika Pionierskoje, ustanowienia na miejscu systemu ostrzegania oraz informowania lokalnej ludności o potencjalnym zagrożeniu związanym z funkcjonowaniem zbiornika. Wreszcie, nie stwierdzono, by istniała wystarczająca koordynacja i współdziałanie pomiędzy różnymi władzami administracyjnymi dla zapewnienia, by ryzyka, na które ich uwagę zwracano, nie stały się na tyle poważne, że zaczną zagrażać życiu ludzkiemu. Co więcej, władze pozostały bezczynne nawet po powodzi z 7 sierpnia 2001 r., wobec czego ryzyko dla życia osób mieszkających w pobliżu zbiornika Pionierskoje nadal utrzymuje się – jak się zdaje – po dziś dzień.

186. Powyższe ustalenia są wystarczające dla wniosku Trybunału, że rząd nie wypełnił swego zobowiązania pozytywnego co do ochrony życia odnośnych skarżących. W takich okolicznościach nie widzi on konieczności dalszego badania, czy operacja ratownicza była należyście zorganizowana.

187. Co za tym idzie, doszło do naruszenia art. 2 Konwencji w jego aspekcie substancjalnym.

188. Trybunał przypomina, że tam, gdzie dochodzi do utraty życia w okolicznościach potencjalnie angażujących odpowiedzialność państwa, art. 2 Konwencji obejmuje obowiązek państwa co do zapewnienia – wszystkimi środkami stojącymi do jego dyspozycji – adekwatnej odpowiedzi, sądowej lub innej, tak by ramy ustawodawcze i administracyjne ustanowione dla potrzeb ochrony prawa do życia były we właściwy sposób urzeczywistniane oraz by wszelkie naruszenia tego prawa podlegały represjonowaniu i karaniu (*Oneriyildiz, pkt 91; Budayeva, pkt 138*).

189. W związku z tym Trybunał stwierdzał, że – jeśli naruszenie prawa do życia lub integralności fizycznej nie jest spowodowane umyślnie – pozytywne zobowiązania co do ustanowienia „skutecznego systemu sądowego” niekoniecznie wymaga wszczynania w każdej ze spraw postępowania karnego i może ono zostać zaspokojone, jeśli są dla ofiar dostępne środki o charakterze cywilnym, administracyjnym czy choćby dyscyplinarnym (*por. Vo, pkt 90; Calvelli and Ciglio, pkt 51; Mastromatteo, pkt 90 i 94–95*).

190. Jednakże w szczególnym kontekście działalności niebezpiecznej Trybunał uważał, że śledztwo karne z urzędu jest niezbędne, zważywszy, że władze publiczne często są jedynymi jednostkami posiadającymi

odnośną wystarczającą wiedzę dla potrzeb identyfikowania i ustalania złożonych zjawisk, które mogły doprowadzić do incydentu. Stwierdzał on, że tam, gdzie odnośne władze – w pełni świadome prawdopodobnych konsekwencji i nie bacząc na powierzone im kompetencje – nie podejmowały środków, jakie były konieczne i wystarczające dla zaradzenia zagrożeniu zawartemu w niebezpiecznej działalności, fakt, że osoby odpowiedzialne za zagrożenie życia nie zostały oskarżone o przestępstwo karne ani nie były ścigane, może oznaczać naruszenie art.2, bez względu na jakiegokolwiek typy środków, z których jednostki mogłyby korzystać ze swej własnej inicjatywy (*por. Oneryildiz, pkt 93; Budayeva, pkt 140*).

191. Podsumowując, wymagany przez art. 2 system sądowy musi zawierać przepisy dotyczące niezawisłej i bezstronnej procedury śledztwa z urzędu, która zaspokaja pewne minimalne standardy co do skuteczności i zdolne jest do zapewnienia, by postępowanie karne było gwarantowane tam, gdzie kary kryminalne podlegają zastosowaniu na wypadek pozbawienia życia albo spowodowania śmiertelnego zagrożenia w rezultacie działalności niebezpiecznej, w zakresie, w jakim jest to uzasadnione ustaleniami śledztwa. W takich przypadkach kompetentne władze muszą działać z wzorową starannością i szybkością i muszą one ze swojej własnej inicjatywy podejmować badania mogące, po pierwsze – ustalić okoliczności, w których incydent miał miejsce i wszelkie niedostatki w funkcjonowaniu systemu regulacyjnego, a po drugie – zidentyfikować urzędników lub władze państwowe zamieszane w jakimkolwiek charakterze w tok odnośnych zdarzeń (*por. Oneryildiz, pkt 94; Budayeva, pkt 142*).

192. Z powyższego w żadnym razie nie wolno wywodzić, jakoby art. 2 miał obejmować prawo skarżącego do ścigania czy skazywania za przestępstwo karne osób trzecich ani absolutnego obowiązku kończenia każdego ścigania skazaniem czy jakimś konkretnym wyrokiem (*por. Perez, pkt 70*). Z drugiej strony, władze krajowe w żadnych okolicznościach nie mogą być gotowe do pozostawiania bezkarnymi przestępstw zagrażających życiu. Jest to istotne dla podtrzymywania zaufania publicznego i dla zapewniania wierności *rule of law* i zapobiegania wszelkim przejawom tolerowania bezprawnych działań czy angażowania się w takowe (*por. Oneryildiz, pkt 96*).

193. Zadanie Trybunału polega więc na zbadaniu, czy i w jakim zakresie władze krajowe, dochodząc do swoich wniosków, mogą być postrzegane jako poddające sprawę uważnej kontroli wymaganej przez art. 2

Konwencji, tak, by odstraszący skutek funkcjonującego systemu sądowego i znaczenia roli, jaką ma on odgrywać w zapobieganiu naruszeniom prawa do życia, nie zostały podkopane (*por. Oneryildiz, pkt 96; Budayeva, pkt 145*). [...]

196. Trybunał nie widzi jednak konieczności ustalania, czy wyżej wspomniane kroki śledcze były podejmowane, a jeśli tak – czy były one podejmowane niezwłocznie, jeśli zaś nie – czy podkopywało to skuteczność śledztwa w niniejszej sprawie. Trybunał uważa, że – miast ustalania, czy wstępne dochodzenie dawało się w pełni pogodzić z wszelkimi wymogami proceduralnymi oczekiwanymi w tego rodzaju sprawach – istotne jest rozstrzygnięcie, czy kompetentne władze wykazywały determinację dla potrzeb ustalenia okoliczności wydarzeń z 7 sierpnia 2001 r. oraz dla zidentyfikowania i postawienia przed wymiarem sprawiedliwości osób odpowiedzialnych. [...]

202. Z uwagi na powyższe, Trybunał nie został przekonany, jakoby sposób, w jaki władze rosyjskie działały w odpowiedzi na zdarzenia z 7 sierpnia 2001 r., zapewniał pełne rozliczenie urzędników państwowych lub zainteresowanych władz z ich roli w tych zdarzeniach i skutecznym urzeczywistnieniu odnośnych przepisów krajowego prawa karnego gwarantujących poszanowanie prawa do życia (*por. Oneryildiz, pkt 117*).

203. Co za tym idzie, Trybunał dochodzi do wniosku, że doszło do naruszenia art. 2 Konwencji w jego aspekcie proceduralnym, ze względu na brak adekwatnej odpowiedzi sądowej władz na zdarzenia z 7 sierpnia 2001 r.

210. Trybunał uznaje więc, że skarżący zachowali swój status ofiar w znaczeniu art. 34 Konwencji, w zakresie, w jakim ich zarzuty na podstawie art. 8 Konwencji i art. 1 Protokołu I wchodzą w grę. [...]

212. Trybunał przy wielu okazjach stwierdzał, że państwo ma pozytywny obowiązek podejmowania rozsądnych właściwych środków dla zapewnienia praw skarżących na podstawie art. 8 Konwencji (*por. Lopez Ostra, pkt 51; Powell i Rayner, pkt 41*). Uznał również, że w kontekście działalności niebezpiecznej zakres zobowiązań pozytywnych na podstawie art. 2 i art. 8 Konwencji w znacznym stopniu na siebie zachodzi (*por. Budayeva, pkt 133*). [...]

213. Trybunał przypomina, że autentyczne, skuteczne korzystanie z prawa chronionego przez art. 1 Protokołu I do Konwencji zależy nie tylko od obowiązku państwa co do nieingerowania, ale może wymagać pozy-

tywnych środków ochrony, zwłaszcza tam, gdzie istnieje bezpośredni związek między środkami, jakich skarżący mogą prawowicie oczekiwać od władz, a skutecznym korzystaniem z ich mienia (por. *Bielectric S.r.l. v. Italy*, Dec. z 4.05.2000; *Oneryildiz*, pkt 134). Zarzuty dotyczące braku po stronie państwa podjęcia akcji pozytywnej w celu ochrony własności prywatnej należy zbadać w świetle normy ogólnej ze zd. I ust. 1 art. 1 Protokołu I do Konwencji, które ustala prawo do niezakłóconego korzystania ze swojego mienia (por. *Beyeler v. Italy*, pkt 98; *Oneryildiz*, pkt 133; *Budayeva*, pkt 172) [...]

216. Trybunał nie ma wątpliwości co do tego, że związek przyczynowy, ustalony między przypisanym państwu niedbalstwem a zagrożeniem życia osób mieszkających w sąsiedztwie zbiornika Pionierskoje, znajduje również zastosowanie do szkody wyrządzonej przez powódź domom i mieniu skarżących. Podobnie, wynikające stąd naruszenie nie oznacza „ingerencji”, ale naruszenie zobowiązania pozytywnego, ponieważ urzędnicy i władze państwowe nie zrobili niczego z zakresu swojej kompetencji dla ochrony praw skarżących gwarantowanych przez art. 8 Konwencji i art. 1 Protokołu I (por. *Oneryildiz*, pkt 135). Zobowiązanie pozytywne na podstawie art. 8 Konwencji i art. 1 Protokołu I wymagało od władz krajowych podejmowania pewnych praktycznych środków, jak środki oczekiwane od nich w kontekście ich pozytywnego zobowiązania na podstawie art. 2 Konwencji (por. *Oneryildiz*, pkt 136). Ponieważ jasnym jest, że żadne takie środki nie były podejmowane, Trybunał dochodzi do wniosku, że władze rosyjskie nie wypełniły swojego pozytywnego zobowiązania na rzecz ochrony domów i mienia skarżących.

217. Co za tym idzie, doszło w niniejszej sprawie do naruszenia art. 8 Konwencji i art. 1 Protokołu I do Konwencji. [...]

Pozbawienie życia w rezultacie użycia siły. Akcja antyterrorystyczna

Case of Mahmut Kaya v. Turkey Nr 22535/93 – wk z 28.03.2000

85. Trybunał przypomina, że pierwsze zdanie art. 2 zobowiązuje państwo nie tylko do powstrzymywania się od umyślnego i bezprawnego pozbawiania życia, ale również do podejmowania właściwych kroków dla zabezpieczenia życia osób w granicach jego jurysdykcji. Obejmuje to pierwszorzędny obowiązek państwa w zakresie zapewnienia prawa do życia poprzez wdrożenie skutecznych przepisów prawa karnego dla zniechęcenia do popełniania przestępstw przeciwko życiu, korzystających ze wsparcia mechanizmu porządku prawnego dla zapobiegania, zwalczania i karania naruszeń takich przepisów. W stosownych okolicznościach rozciąga się on także na pozytywne zobowiązanie władz co do podejmowania prewencyjnych środków operacyjnych dla ochrony jednostki bądź jednostek, których życie – w związku z działaniami przestępczymi innej jednostki – narażone jest na niebezpieczeństwo (*por. Osman, pkt 116*).

86. Mając na względzie trudności w utrzymywaniu ładu we współczesnych społeczeństwach, niemożność przewidzenia ludzkich zachowań oraz wyborów operacyjnych, jakich trzeba dokonywać w sensie priorytetów i zasobów, zakres tego zobowiązania pozytywnego trzeba interpretować w sposób, który nie nakłada na władze niemożliwego czy dysproporcjonalnego ciężaru. Zatem nie każde ryzyko dla życia, będące przedmiotem roszczenia, musi oznaczać dla władz konwencyjny wymóg podejmowania środków zapobiegających urzeczywistnieniu się takiego ryzyka. By zaistniało zobowiązanie pozytywne, trzeba by ustalić, że władze wiedziały bądź powinny były wiedzieć w stosownym czasie o istnieniu rzeczywistego i bezpośredniego zagrożenia dla życia określonej jednostki czy jednostek ze strony przestępczych działań strony trzeciej, a nie podjęty środków z zakresu swojej kompetencji, których – rozsądnie rzecz biorąc – należało dla uniknięcia tego zagrożenia oczekiwać (*por. Osman, pkt 116*). [...]

102. Trybunał przypomina, że obowiązek ochrony życia na podstawie art. 2 Konwencji – odczytywany w związku z ogólnym zobowiązaniem państwa na podstawie art. 1 Konwencji co do „zapewnienia każdemu

w obrębie jego jurysdykcji praw i wolności określonych w Konwencji” wymaga w sposób dorozumiany, by wchodziła w grę jakaś forma skutecznego śledztwa z urzędu, gdy w rezultacie użycia siły zostają zabite jednostki. [...]

107. [...] Jednakże tam, gdzie w grę wchodzi poważne zarzuty nieprawidłowego postępowania i wyrządzenia bezprawnej szkody dotyczące funkcjonariuszy bezpieczeństwa państwowego, należy do władz udzielenie na to odpowiedzi w sposób aktywny i z rozsądną szybkością.

Affaire Demiray c. Turquie

Sk. 27308/95 –wk z 21.11.2000

40. Trybunał przypomina, że postanowienie to, które gwarantuje prawo do życia i określa okoliczności, w których zgodnie z prawem może dojść do pozbawienia życia, należy do najbardziej fundamentalnych postanowień w Konwencji i nie dopuszcza żadnego odstępstwa. Wraz z art. 3 uświęca ono jedną z fundamentalnych wartości demokratycznych społeczeństw, które składają się na Radę Europy. Okoliczności, w których może dojść do zgodnego z prawem pozbawienia życia, winny być interpretowane ściśle. Przedmiot i cel Konwencji jako instrumentu ochrony istot ludzkich również wymaga, by art. 2 był interpretowany i stosowany w sposób, który czyni jego wymogi konkretnymi i skutecznymi.

41. Postrzegany jako całość, tekst art. 2 wskazuje, że nie rozpatruje on li tylko umyślnego zabójstwa, ale również sytuacje, w których zgodne z prawem użycie siły może prowadzić do spowodowania śmierci w sposób nieumyślny. W pewnych ściśle określonych okolicznościach postanowienie to może również nakładać na kompetentne władze pozytywny obowiązek podejmowania środków praktycznych dla ochrony jednostki, która znajduje się w sferze ich odpowiedzialności.

42. Zważywszy na znaczenie ochrony zapewnianej przez art. 2, Trybunał powinien w szczególności uważny sposób badać przypadki, w których ma miejsce śmierć, biorąc pod uwagę nie tylko czyny funkcjonariuszy państwowych, ale też ogół okoliczności sprawy. [...]

43. By ocenić dowody, Trybunał na ogół przyjmował kryterium dowodu „ponad wszelką rozsądną wątpliwość”. Dowód taki powinien jednak być dopełniony zbiorem wskazań lub niekwestionowanych domniemań, wystarczająco poważnych, precyzyjnych i zbieżnych. Gdy zdarzenia w sprawie – w swojej całości bądź w znacznej swej części – znane są

wyłącznie władzom, jak to jest w przypadku osób poddanych ich kontroli w rezultacie detencji, wszelkie uszkodzenie i wszelka śmierć, mające miejsce w tym okresie, rodzą silne domniemania faktyczne. W istocie, trzeba by uznać, że ciężar dowodu spoczywa na władzach, które muszą dostarczyć wystarczającego i przekonywającego wyjaśnienia. [...]

48. Trybunał przypomina, że obowiązek ochrony prawa do życia, jaki nakłada art. 2 Konwencji, w związku z ogólnym obowiązkiem państwa z mocy art. 1 co do „zapewnienia każdej osobie w granicach jego jurysdykcji praw i wolności określonych w Konwencji”, implikuje i wymaga przeprowadzenia pewnej formy skutecznego śledztwa, gdy ucieknięcie się do siły prowadzi do śmierci człowieka” (Tanrikulu p. Turcji, ECHR 1999-IV, pkt 101). [...]

50. Trybunał pragnie podkreślić, że obowiązek przeprowadzenia śledztwa – w okolicznościach takich, jak okoliczności w sprawie niniejszej – obejmuje nie tylko przypadki, w których zostaje stwierdzone, że śmierć została spowodowana przez funkcjonariusza państwowego. W sprawie niniejszej sam fakt, że władze zostały poinformowane o zgonie, *ipso facto* rodzi taki obowiązek, który wynika z art. 2 (*por. Tanrikulu, pkt 103*).

Case of McKerr v. the United Kingdom Sk. 28883/95 – wk z 4.05.2001

108. Art. 2, który gwarantuje prawo do życia i ustala okoliczności, w których pozbawienie życia może podlegać usprawiedliwieniu, należy do najbardziej fundamentalnych postanowień w Konwencji, od którego w czasie pokoju nie jest dopuszczalne żadne odstępstwo na podstawie art. 15. Wraz z art. 3 wpisuje on także jedną z fundamentalnych wartości demokratycznych społeczeństw tworzących Radę Europy. Okoliczności, w których pozbawienie życia może podlegać usprawiedliwieniu, muszą zatem być ujmowane ściśle. Przedmiot i cel Konwencji jako instrumentu ochrony indywidualnych istot ludzkich również wymaga, by art. 2 był interpretowany i stosowany w taki sposób, by uczynić jego gwarancje praktycznymi i skutecznymi (*por. McCann, pkt 146–147*).

109. Zważywszy na znaczenie ochrony zapewnianej przez art. 2, Trybunał musi poddawać przypadki pozbawienia życia najbardziej skrupulatnej kontroli, biorąc pod uwagę nie tylko działania funkcjonariuszy państwowych, ale także wszystkie towarzyszące okoliczności. Tam, gdzie wchodzące w grę zdarzenia należą w pełni bądź w znacznej części do

wyłącznej wiedzy władz, jak np. w przypadku osób objętych ich kontrolą w uwięzieniu, mogą wchodzić w grę solidne domniemania faktyczne co do uszkodzeń i śmierci, jakie miałyby miejsce. Należy uważać, że to na władzach spoczywa ciężar dowodu, jeśli chodzi o dostarczenie zadowalającego i przekonywającego wyjaśnienia (*por. Salman p. Turcji, pkt 100; Cakici p. Turcji, pkt 85; Ertak p. Turcji, pkt 32; Timurtas p. Turcji, pkt 82*).

110. Tekst art. 2, odczytywany jako całość, wykazuje, że obejmuje on nie tylko umyślne zabicie, lecz także sytuacje, w których dozwolone jest „użycie siły”, które może spowodować – w niezamierzonym rezultacie – pozbawienie życia. Umyślne czy zamierzone użycie siły stanowi jednak li tylko jeden z czynników, które należy brać pod uwagę w ocenie jego konieczności. Jakikolwiek użycie siły nie może stanowić nic więcej, jak tylko użycie „absolutnie konieczne” dla osiągnięcia jednego lub więcej z celów ustalonych w podpunktach od /a/ do /c/. Termin ten wskazuje, że bardziej ścisły i bardziej wymagający test konieczności musi tu być stosowany niż test normalnie się stosujący przy określaniu, czy działanie państwa jest „konieczne w demokratycznym społeczeństwie” na podstawie ust. 2 w art. 8–11 Konwencji. W konsekwencji używana siła musi być ściśle proporcjonalna do osiągnięcia dozwolonych celów (*por. McCann, pkt 148–149*).

111. Obowiązek ochrony prawa do życia na podstawie art. 2 Konwencji, odczytywanego w związku z ogólnym zobowiązaniem państwa na podstawie art. 1 Konwencji co do „zapewnienia każdej osobie w granicach jego jurysdykcji praw i wolności określonych w Konwencji”, również wymaga w sposób dorozumiany, by wchodziła w grę pewna forma skutecznego [...] śledztwa z urzędu, gdy w rezultacie użycia siły zostają zabite jednostki (*por. McCann, pkt 161; Kaya p. Turcji, pkt 105*). Zasadniczym celem takiego śledztwa jest zapewnienie skutecznego urzeczywistnienia ustaw krajowych, które chronią prawo do życia, zaś w przypadkach angażujących funkcjonariuszy lub organy państwowe zapewnienia rozliczenia ich z tytułu śmierci mającej miejsce w obszarze ich odpowiedzialności. Jaka forma śledztwa posłuży osiągnięciu tych celów, zależeć będzie od okoliczności. Jednakże, niezależnie od zastosowanego sposobu, władze muszą działać z własnej inicjatywy, skoro tylko na daną sprawę ich uwagę zwrócono. Nie mogą one pozostawiać tego inicjatywie najbliższego krewnego co do wniesienia formalnego zarzutu bądź co do przejęcia

odpowiedzialności za prowadzenie jakiegokolwiek postępowania śledczego (*por. İlhan p. Turcji, pkt 63*).

112. By śledztwo dotyczące rzekomo niezgodnego z prawem zabicia przez funkcjonariuszy państwowych było skuteczne, na ogół trzeba uważać za konieczne, by osoby odpowiedzialne za nie lub je prowadzące były niezawisłe w stosunku do osób w zdarzenia zamieszanych (*por. Gulec p. Turcji, pkt 81–82; Ogur p. Turcji, pkt 91–92*). Oznacza to nie tylko brak hierarchicznego czy instytucjonalnego powiązania, ale też niezawisłość praktyczną (*por. np. Ergi p. Turcji, pkt 83–84*).

113. Śledztwo musi też być skuteczne w tym sensie, że zdolne jest doprowadzić do rozstrzygnięcia, czy użyta w takich przypadkach siła była w danych okolicznościach usprawiedliwiona, czy też nie (*por. Kaya, pkt 87*) oraz do zidentyfikowania i ukarania osób odpowiedzialnych. Nie jest to zobowiązanie rezultatu, lecz zobowiązanie środków. Władze muszą podejmować rozsądnie dostępne dla nich środki dla zabezpieczenia dowodów dotyczących incydentu, włączając w to *inter alia* zeznania naocznych świadków, dowody kryminalistyczne oraz – tam, gdzie to właściwe – sekcję zwłok, która dostarcza kompletnych i dokładnych danych dotyczących uszkodzeń i obiektywnej analizy ustaleń klinicznych, w tym przyczyny śmierci (*por. co do sekcji zwłok – Salman, pkt 106; co do dowodów kryminalistycznych – Gul p. Turcji, pkt 89*). Wszelki niedostatek w śledztwie, który podkopuje jego zdolność do ustalenia przyczyny śmierci albo osoby odpowiedzialnej, stwarza ryzyko braku przestrzegania tego standardu.

114. Dorozumiewany jest w tym kontekście wymóg niezwłoczności i rozsądnej szybkości (*por. Yasa p. Turcji, pkt 102–104; Cakici, pkt 80, 87 i 106; Tanrikulu, pkt 109; Mamut Kaya p. Turcji, pkt 106–107*). Przyjąć należy, że mogą wejść w grę przeszkody czy trudności, które w szczególnej sytuacji mogą uniemożliwić postęp śledztwa. Jednakże niezwłoczna odpowiedź ze strony władz w prowadzeniu śledztwa dotyczącego użycia broni palnej będzie na ogół uważana za istotną dla podtrzymania zaufania społeczeństwa do wierności *rule of law* i dla zapobiegania wszelkim przejawom zamieszania w bezprawne działania czy tolerowania ich.

115. Z tychże powodów musi wchodzić w grę wystarczający element kontroli publicznej nad śledztwem lub jego rezultatami w celu zagwarantowania rozliczenia władz – tak w praktyce, jak i w teorii. Wymagany stopień kontroli publicznej również może się zmieniać od przypadku do przypadku. We wszystkich jednak przypadkach najbliższy krewny ofiary

musi być włączony w postępowanie w zakresie koniecznym dla zagwarantowania jego prawowitych interesów (*por. Gulec, pkt 82; Ogur, pkt 92; Gul, pkt 93*). [...]

147. Jeśli chodzi o dostęp do dokumentów, rodzina denata nie miała w owym czasie możliwości uzyskania kopii jakichkolwiek oświadczeń świadków, dopóki dany świadek nie złożył zeznań. Takie też było położenie w sprawie *McCann*, w której Trybunał uznał, że nie stało to substancjalnie na przeszkodzie możliwości przepytывania świadków przez prawników skarżących (*McCann, pkt 62*). Należy jednak zauważyć, że dochodzenie w sprawie *McCann* było pod pewnymi względami wyjątkowe w porównaniu z postępowaniami w szeregu spraw z Irlandii Północnej (*por. też sprawy: Jordan, Kelly i Shanaghan*). Niezwłoczność i skrupulatność dochodzenia w sprawie *McCann* nie pozostawiała Trybunałowi żadnych wątpliwości co do tego, że ważne fakty dotyczące zdarzeń zostały zbadane z aktywnym udziałem doświadczonego przedstawiciela prawnego skarżących. Brak dostępu najbliższego krewnego do dokumentów nie przyczynił się w takim kontekście do żadnego znaczącego niedostatku. Jednakże od czasu tamtej sprawy Trybunał kładł coraz silniejszy akcent na znaczenie włączenia najbliższego krewnego denata w postępowanie i zapewnienie mu informacji (*por. Ogur p. Turcji, pkt 92*).

Trybunał zauważa dalej, że praktyka ujawniania w Zjednoczonym Królestwie podległa zmianie w następstwie Ekspertyzy Stephena Lawrence'a i obecnie zaleca się, by policja ujawniała oświadczenia świadków z 28-dniowym wyprzedzeniem.

148. W sprawie niniejszej można zauważyć, że brak dostępu do oświadczeń świadków był przyczyną kilku długotrwałych odroczeń w dochodzeniu. Przyczyniło się to znacząco do przedłużenia postępowania. Trybunał rozważył to później w kontekście zwłoki. Wcześniejsza niezdolność rodziny skarżącego do dysponowania dostępem do oświadczeń świadków przed zawezwaniem danego świadka trzeba uznać za postawienie jej w niekorzystnym położeniu z punktu widzenia przygotowania i możliwości uczestnictwa w przesłuchaniu. Znajduje się to w rażącoym kontraście z położeniem RUC, który dysponował zasobami zapewnianymi jego przedstawicielstwu prawnemu oraz pełnym dostępem do odnośnych dokumentów. Trybunał uważa, że prawo rodziny denata, którego śmierć podlega badaniu, do uczestnictwa w postępowaniu wymaga, by zastosowane procedury zapewniały wymaganą ochronę jej interesów, które

mogą się znajdować w bezpośredniej kolizji z interesami policji lub sił bezpieczeństwa, zaangażowanych w zdarzenia. Trybunał nie jest przekonany co do tego, że interesy skarżącego jako najbliższego krewnego były pod tym względem chronione w sposób słuszny i adekwatny. [...]

153. Trybunał zauważa, że szeregu zwłok domagała się rodzina skarżącego. Dotyczyły one głównie prawnego kwestionowania aspektów proceduralnych dochodzenia, które uważała ona za istotne dla jej zdolności do uczestnictwa – zwłaszcza dostęp do dokumentów. Aczkolwiek jest zatem tak, że to rodzina skarżącego znacząco przyczyniła się do zwłok, wynikało to jednak do pewnego stopnia z trudności napotykanych przez krewnych, jeśli chodzi o uczestnictwo w postępowaniu dochodzeniowym. Nie można uważać za nierozsądne tego, że skarżący czynił użytek z dostępnych mu środków prawnych dla potrzeb kwestionowania tych aspektów procedury dochodzeniowej. [...]

160. Trybunał pragnie zauważyć, że wyżej zidentyfikowane niedostatki w jawności i skuteczności sprzeciwiają się celom zidentyfikowanym przez sądy krajowe co do uspokojenia podejrzeń i rwetesu. Właściwe procedury zapewnienia możliwości rozliczenia funkcjonariuszy państwowych są niezbędne dla podtrzymywania zaufania publicznego i wychodzenia naprzeciw prawowitemu zainteresowaniu, jakie może wynikać z użycia broni palnej. Brak takich procedur będzie jedynie dolewać oliwy do ognia, jak to wykazywały *inter alia* zarzuty podnoszone przez skarżącego dotyczące rzekomej polityki strzelania aż do zabicia. [...]

Case of Hugh Jordan v. the United Kingdom, Sk. 24746/94 – wk z 4.05.2001

Pkt 102–109 identycznie jak pkt 108–115 w McKerr

121. Jeśli chodzi o brak kontroli publicznej nad śledztwem policyjnym, Trybunał uważa, że ujawnienie czy publikacja raportów policyjnych i materiałów śledczych mogłaby zawierać zagadnienie sensytywne, z możliwością skutków szkodliwych dla osób prywatnych bądź dla innych śledztw, a zatem nie może być traktowane jako automatyczny wymóg oparty na art. 2 Konwencji. Wymagany dostęp opinii publicznej bądź krewnych ofiary można zapewnić na innych stadiach dostępnego postępowania. [...]

Pkt 133–134 identycznie jak pkt 147–148 w McKerr.

Pkt 138 identycznie jak pkt 153 w McKerr.

Case of Shanaghan v. the United Kingdom**Sk. 37715/97 – wk z 4.05.2001**

Pkt 85–92 identycznie jak pkt 108–115 w McKerr.

Pkt 116–117 identycznie jak pkt 147–148 w McKerr.

Case of Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom**sk. 46477/99 – wk z 14.03.2002**

Pkt 54 i 69–73 identycznie jak pkt 108–115 w McKerr.

84. Skarżący – rodzice denata mogli jedynie przez 3 dni uczestniczyć w „inquiry”, gdy oni sami składali zeznania. Nie byli oni reprezentowani ani nie dysponowali możliwością stawiania świadkom jakichkolwiek pytań, czy to za pośrednictwem swego własnego doradcy, czy też np. za pośrednictwem izby „inquiry”. Musieli oni czekać aż do opublikowania końcowej wersji Raportu Śledztwa, by móc zapoznać się z substancją dowodów dotyczących tego, co się wydarzyło. Zważywszy na ich ściśle i osobiste zainteresowanie przedmiotem „inquiry”, Trybunał stwierdza, że nie można ich uznać za włączonych w postępowanie w zakresie koniecznym dla zabezpieczenia ich interesów.

Case of Avsar v. Turkey**Sk.25657/94 – wk z 10.07.2001**

Pkt 390–395 identycznie jak w pkt 108–115 w McKerr.

403. Trybunał przypomina, że w normalnym toku zdarzeń sąd karny, z procedurą kontradiktoryjną przez niezawisłym i bezstronnym sędzią, należy uznać za wypełniający najsolidniejsze gwarancje skutecznego postępowania z punktu widzenia ustalania faktów i przypisywania odpowiedzialności karnej (*por. McKerr, pkt 134*). Niemniej jednak nie da się wykluczyć tego, że niedostatki w śledztwie mogą fundamentalnie podkopać zdolność sądu do rozstrzygnięcia w sprawie odpowiedzialności za śmierć (*por. Salman, pkt 106–109; Kilic, pkt 79–83*). Tam, gdzie – jak w sprawie niniejszej – podejrzani zostają uznani winnymi i skazani za swój udział w zabójstwie będącym przedmiotem śledztwa, nie można normalnie twierdzić, jakoby procedura nie okazała się zdolna do zidentyfikowania i ukarania sprawców.

404. Trybunał powtarza, że zobowiązanie na podstawie proceduralnego aspektu art. 2 jest zobowiązaniem środków, a nie rezultatu. Zatem

fakt, że jeden z kilku podejrzanych skutecznie uniknął karnego wymiaru sprawiedliwości, nie jest rozstrzygającym dla uznania niedostatku po stronie władz. Jednakże w sprawie niniejszej wchodzi w grę odpowiedzialność samego państwa pozwanego za śmierć Mehmeda Serifa Avsara, a nie tylko odpowiedzialność karna jednostek. Skarżący twierdził, że uprowadzenie i zamordowanie dokonane zostały przez strażników wiejskich i Mehmeda Mehmetoglu na podstawie instrukcji i kompetencji siódmego mężczyzny, który był członkiem sił bezpieczeństwa, za wiedzą i przyzwoleniem władz państwowych. Rodzi to poważne wątpliwości co do przestrzegania przez państwo *rule of law*, a w szczególności co do poszanowania przezeń prawa do życia. W tych okolicznościach zobowiązanie proceduralne na podstawie art. 2 Konwencji należy uważać za wymagające szerszego zbadania (por. *McKerr*, pkt 135–136). [...]

413. Strażnicy wiejscy znajdowali się w położeniu urzędowym związanym z ich obowiązkami i odpowiedzialnością. [...] rząd ponosi odpowiedzialność za ich postępowanie.

414. [...] zaistniał brak możliwości rozliczenia sił bezpieczeństwa w Turcji południowo-wschodniej w 1993 r. i zbliżonym okresie (por. *Kilic i Mahmut Kaya*). Sprawa niniejsza dodatkowo przejawia ryzyka związane z wykorzystywaniem wolontariuszy cywilnych w *quasi*-policyjnej funkcji. Mimo oficjalnych zaprzeczeń, że strażnicy znajdowali się poza ich własnymi wsiami, ustalono w niniejszej sprawie, że strażników regularnie używano w rozmaitych operacjach oficjalnych, w tym w chwytniu osób podejrzanych. Stosownie do przedłożonych przez rząd unormowań, strażnicy wiejscy hierarchicznie podlegali rejonowemu dowódcy żandarmerii. Nie wydaje się jednak, by można było sprawować nadzór nad strażnikami, którzy obarczani byli obowiązkami spoza jurysdykcji rejonowego dowódcy żandarmerii. Ponieważ strażnicy wiejscy znajdowali się poza normalną strukturą dyscypliny i wyszkolenia stosującą się do żandarmów i funkcjonariuszy policji, trudno dostrzec gwarancje przed umyślnymi czy niezamierzonymi nadużyciami pozycji, z jakiej korzystali strażnicy wiejscy, czy to działając ze swej własnej inicjatywy, czy też na podstawie instrukcji funkcjonariuszy bezpieczeństwa, którzy sami działali bezprawnie. [...]

Case od McShane v. the United Kingdom
Sk. 43290/98 – wk z 7.05.2002

Pkt 91–95 identycznie jak pkt 108–112 w McKerr.

Case of Bubbins v. the United Kingdom
Sk. 50196/99 – wk z 17.03.2005

Pkt 134–137 identycznie jak pkt 108–111 w McKerr.

Case of Simsek and Others v. Turkey
Sk. 35072/97, 37194/97 – wk z 26.07.2005

99. Trybunał w niniejszej sprawie powołany jest do rozstrzygnięcia, czy fakty zawistej sprawy przejawiają brak ochrony przez państwo pozwane prawa do życia krewnych skarżących oraz poszanowania zobowiązania proceduralnego nakładanego przez art. 2 Konwencji co do przeprowadzenia adekwatnego i skutecznego śledztwa w sprawie incydentu. [...]

101. Oceniając dowody, Trybunał przypomina, że przyjmuje standard dowodu „ponad rozsądną wątpliwość”. Dowód tego rodzaju może wynikać ze splotu wystarczająco mocnych, jasnych i zbieżnych wniosków bądź podobnych niezakwestionowanych domniemań faktycznych (*por. Irlandia p. Zj. Królestwu, pkt 161; Avsara, pkt 282; Ulku Ekinici, pkt 141–142*).

102. Trybunał jest świadom subsydiarnego charakteru swojej funkcji i musi zachowywać ostrożność w przejmowaniu roli sądu faktów I instancji – tam, gdzie staje się to nieuniknione z mocy okoliczności konkretnej sprawy (*por. McKerr, Dec.*). Tam, gdzie miało miejsce postępowanie krajowe, nie jest zadaniem Trybunału zastępowanie jego własną oceną oceny sądów krajowych i – co do reguły generalnej – to do tych sądów należy ocena przedłożonych im dowodów (*por. Klaas p. Niemcom, pkt 29*). Aczkolwiek Trybunał nie jest związany ustaleniami sądów krajowych, w normalnych okolicznościach wymaga on istnienia elementów zmuszających go do odstąpienia od ustaleń faktycznych osiągniętych przez sądy krajowe (*ibid., pkt 30*). Jednakże tam, gdzie podnoszone są zarzuty na podstawie art. 2 i 3 Konwencji, Trybunał musi stosować szczególnie skrupulatną kontrolę (*por. Ribbitsch p. Austrii, pkt 32; Avsar, pkt 283*). [...]

Affaire Hamiyet Kaplan et Autres c. Turquie
wk. z 13.09.2005 r.

56. Trybunał przypomina, że obowiązek ochrony prawa do życia, jaki nakłada art. 2, w związku z ogólnym zobowiązaniem nakładanym na państwo z mocy art. 1 Konwencji co do „zapewnienia każdej osobie podlegającej jego jurysdykcji praw i wolności określonych w Konwencji”, implikuje i wymaga pewnej formy skutecznego śledztwa z urzędu, gdy ucieknięcie się do siły prowadzi do śmierci człowieka (*por. McCann i Inni, pkt 161; Kaya, pkt 105*). Tego rodzaju śledztwo winno być przeprowadzane w każdym przypadku, w którym wchodzi w grę śmierć człowieka w następstwie użycia siły, bez względu na to, czy domniemani sprawcy są funkcjonariuszami państwowymi, czy też osobami trzecimi (*Tahsin Acar p. Turcji, pkt 220*). W szczególności śledztwo winno być pogłębione, bezstronne i uważne (*McKann, pkt 161–163; Cakici, pkt 86*). [...]

Case of Finogenov and Others v. Russia
Sk. 18299-27311/03 – wk z 20.12.2011

198. Przed zajęciem się substancją zarzutów skarżących Trybunał musi rozstrzygnąć zasadniczą kontrowersję faktyczną między stronami, która mogłaby ewentualnie przesądzać podejście Trybunału do sprawy. Skarżący charakteryzowali gaz użyty przez siły bezpieczeństwa jako substancję trującą i „siłę śmiercionośną” w znaczeniu orzecznictwa konwencyjnego. Władze przy licznych okazjach deklarowały, że gaz był nieszkodliwy, przez to, że nie było żadnego „bezpośredniego związku przyczynowego” między śmiercią zakładników a gazem. (Jeśli gaz rzeczywiście był nieszkodliwy i śmierć zakładników spowodowana była przyczynami naturalnymi, nie ma problemu, na który miałby odpowiadać ten Trybunał na podstawie art. 2 Konwencji).

199. Trybunał przypomina w tym względzie swoje orzecznictwo, potwierdzające standard dowodu „ponad rozsądną wątpliwość” w jego ocenie dowodów (*por. Avsar, pkt 282*). Dowód taki może wynikać ze spłotu wystarczająco mocnych, jasnych i zbieżnych wniosków bądź podobnych niezakwestionowanych domniemań faktycznych. W tym kontekście trzeba brać pod uwagę postępowanie stron przy okazji pozyskiwania dowodów (*por. Irlandia p-ko Zj. Królestwu, pkt 161*). Trybunał jest uczulony na subsydiarny charakter swojej roli i uznaje, że musi być uważny w przeje-

mowaniu roli sądu faktów I instancji, tam, gdzie staje się to nieuniknione z uwagi na okoliczności konkretnej sprawy (*por. np. McKerr, Dec.*). Tam, gdzie podnoszone są zarzuty na podstawie art.2 i 3 Konwencji, Trybunał musi jednak stosować szczególnie dokładną kontrolę (*por. Ribitsch, pkt 32; Avsar, pkt 283*).

200. Trybunał jest skonfrontowany z odmiennymi obrazami zdarzeń z 23–26 października 2002 r. W szczególności, Trybunał nie zna ścisłej formuły gazu. Nawet na szczeblu krajowym formuła nie została ujawniona sądom i władzom śledczym przez siły bezpieczeństwa. Trybunał przyjmuje, że mogą istnieć prawowite powody trzymania formuły gazu w tajemnicy. Skoro tak, Trybunał dysponuje wystarczającym materiałem dla poczynienia rozstrzygających ustaleń co do właściwości gazu, przynajmniej z punktu widzenia celów badania zarzutów skarżących.

201. Oficjalne wyjaśnienie masowej śmierci zakładników 26.10.2002 r. było takie, że wszystkie osoby, które zmarły, były osłabione przez obłączenie albo poważne choroby. Urzędowi biegli w swoim raporcie doszli do wniosku, że nie było „bezpośredniego związku przyczynowego” między śmiercią 125 osób a użyciem gazu, a gaz był tylko jednym z wielu czynników, które wiodły do tragicznego rezultatu. Trybunał nie będzie kwestionował tymczasowych wniosków ekspertów krajowych co do stanu zdrowia każdej konkretnej ofiary. Trybunał uważa jednak, że generalny wniosek raportu ekspertów – w zastosowaniu do wszystkich zmarłych zakładników (poza zastrzelonymi przez terrorystów) – trudny jest do zaakceptowania. Jest nie do pomyślenia, że 125 ludzi o różnym wieku i stanie fizycznym umiera niemal równocześnie i w tym samym miejscu z racji rozmaitych wcześniej istniejących problemów zdrowotnych. Podobnie masowej śmierci zakładników nie można wiązać z warunkami, w jakich byli oni przetrzymywani przez 3 dni, podczas których żaden z nich nie zmarł, pomimo długotrwałego pozbawienia pożywienia i wody, unieruchomienia, napięcia psychicznego itd. Sam rząd ponadto przyznał, że nie dawało się przewidzieć skutków gazu i uznał, że pewne straty były nie do uniknięcia. Wynikałoby stąd, że gaz wcale nie był „nieszkodliwy”, ponieważ „nieszkodliwość” oznacza, że nie wywiera on istotnych szkodliwych skutków.

202. Trybunał przyjmuje, że gaz nie był przypuszczalnie zamierzony dla zabijania terrorystów czy zakładników. Był zatem bliżej „nieśmiercionośnej broni obezwładniającej” niż broni palnej. To istotna cecha gazu;

Trybunał wróci do tego w swej dalszej analizie. Na razie Trybunał nie potrzebuje rozstrzygać, czy gaz był „siłą śmiercionośną” czy też „bronią nieśmiercionośną”. Jak wynika z twierdzeń rządu, i jak to wydarzenia sprawy jasno pokazują, gaz był co najmniej potencjalnie niebezpieczny dla zwykłej osoby i potencjalnie śmiertelny dla osoby osłabionej. Możliwe, że niektórzy ludzie zostali ugodzeni silniej niż inni, a to z racji ich stanu fizycznego. Co więcej, możliwe nawet, że jedna czy dwie śmierci wśród krewnych skarżących były naturalnymi przypadkami i nie były powiązane z gazem w ogóle. Można bezpiecznie dojść do wniosku, że gaz pozostawał pierwszorzędna przyczyną wielkiej liczby ofiar.

203. W sumie, w niniejszej sprawie chodzi o użycie substancji niebezpiecznej (nieważne, jak się ją opisze) przez władze w operacji ratowniczej, która owocowała śmiercią wielu z tych osób, które władze próbowały uwolnić i w śmiertelnym zagrożeniu dla pozostałych (*co do tej ostatniej grupy skarżących – por. Makaratzis, pkt 49–55*). Sytuacja jest więc objęta art. 2 Konwencji. Trybunał zbada teraz, czy użycie siły dawało się pogodzić z wymogami tego postanowienia.

204. Przed skomentowaniem swojej analizy Trybunał musi przystąpić do wyjaśnienia w odniesieniu do kilku skarżących statusu ofiary. Po pierwsze, jak wynika z dokumentacji w sprawie Chernetsova i Innych, jeden ze skarżących, Oleg V. Matyukhin osobiście nie znajdował się wśród zakładników i nie stracił żadnego bliskiego krewnego w rezultacie wydarzeń z 23–26.10.2002 r. Jego nazwisko dodano do listy skarżących, ponieważ jego żona, Yekaterina V. Matyukhina, która znajdowała się wśród zakładników, została ugodzona gazem, choć przeżyła. W takich okolicznościach Trybunał uważa, że tylko sama pani Matyukhina może być uważana za „ofiara” rzekomego naruszenia art. 2 Konwencji w znaczeniu jej art. 34. Nazwisko Matyukhin należy więc usunąć z listy skarżących w niniejszej sprawie.

205. Po drugie, kilku skarżących, którzy stracili swoich partnerów 26.10.2002 r., nie pozostawało oficjalnie z nimi w związku małżeńskim. W szczególności, takie są przypadki Yeleny Akimowej (strata I. Filogenow), Svetlany Generalowej (strata V. Bondarenko) i Svetlany Gubarewej (strata S. A. Booker). Jak wynika z twierdzeń skarżących, skarżący ci utrzymywali *de facto* stosunku małżeńskie ze swymi zmarłymi partnerami. Tego faktu nie neguje rząd pozwany. W specyficznym kontekście niniejszej sprawy Trybunał uznaje za możliwe przyjąć, że osoby te mają status ofiary w celu

dochodzenia w związku ze śmiercią swoich partnerów na podstawie art. 2 Konwencji na równej stopie ze skarżącymi, których małżeństwa z byłymi zakładnikami były oficjalnie zarejestrowane (*por. A.V. p. Bułgarii, Dec. z 18.05.1999 r.*).

206. Art. 2 Konwencji, który gwarantuje prawo do życia i ustala okoliczności, w których pozbawienie życia może podlegać usprawiedliwieniu, należy do najbardziej fundamentalnych postanowień Konwencji, od których niedopuszczalna jest żadna derogacja. Wraz z art. 3 Konwencji wpisuje on również jedną z podstawowych wartości demokratycznych społeczeństw tworzących Radę Europy. Okoliczności, w których pozbawienie życia może zostać usprawiedliwione, muszą zatem być ujmowane ściśle (*por. Salman, pkt 97*).

207. Jak pokazuje sam tekst art. 2, użycie siły śmiertelnej przez funkcjonariuszy porządku prawnego w niektórych okolicznościach może podlegać usprawiedliwieniu. Art. 2 wcale nie daje *carte blanche*. Nieunormowana i arbitralna akcja funkcjonariuszy państwowych nie da się pogodzić ze skutecznym poszanowaniem praw człowieka. Oznacza to, że – poza uzasadnieniem na podstawie prawa krajowego – operacja policyjna musi być wystarczająco przez nie uregulowana, w ramach systemu adekwatnych i skutecznych gwarancji przeciwko arbitralności i nadużyciu siły (*por. Huilda Hafsteinsdottir p. Islandii, pkt 56; KPC, General Comment no. 6, art. 6*), nawet przeciwko dającym się uniknąć przypadkom.

208. Gdy siła śmiertelna używana jest w ramach „operacji policyjnej” przez władze, trudno jest rozdzielić negatywne zobowiązania państwa na podstawie Konwencji i jego zobowiązania pozytywne. W takich przypadkach Trybunał normalnie bada, czy operacja policyjna była zaplanowana i kontrolowana przez władze, tak by zminimalizować – w największym możliwym zakresie – odwotywanie się do siły śmiertelnej i strat w ludziach, oraz czy wszystkie wyobrażalne środki ostrożności podjęto w wyborze środków i metod operacji bezpieczeństwa (*por. Ergi, pkt 79; McCann i Inni, pkt 146–150; Andronicou i Constantinou, pkt 171, 181, 186, 192; Hugh Jordan, pkt 102–104*).

209. Pozytywne zobowiązania władz na podstawie art. 2 Konwencji są sprecyzowane: nie każde rzekome zagrożenie życia zobowiązuje władze do podejmowania specjalnych środków dla zapobieżenia takiemu zagrożeniu. Obowiązek podejmowania środków specjalnych powstaje jedynie, jeśli władze na czas wiedziały bądź powinny były wiedzieć o istnieniu

rzeczywistego i bezpośredniego ryzyka dla życia i jeśli władze utrzymywały pewien stopień kontroli nad sytuacją (*por. Osman, pkt 116*). Trybunał wymagałby jedynie od państwa pozwanego podejmowania takich środków, jakie są „wykonalne” w danych okolicznościach (*por. Ergi*). Odnośne zobowiązanie pozytywne musi być interpretowane w sposób, który nie nakłada niemożliwego czy dysproporcjonalnego ciężaru na władze, mając na względzie trudności pełnienia służby policyjnej we współczesnych społeczeństwach, nieprzewidywalność ludzkich zachowań i wybory operacyjne, jakich trzeba dokonywać w sensie priorytetów i zasobów (*por. Makaratzis, pkt 69; Osman; Maiorano i Inni p.Włochom, pkt 105*).

210. Co do reguły, wszelkie użycie siły śmiertelnej musi być co najwyżej „absolutnie konieczne” dla osiągnięcia jednego lub więcej celów ustalonych w art. 2 ust. 2 /a/, /b/ i /c/ Konwencji. Termin ten wskazuje, że bardziej ścisły i wymagający test konieczności musi być przez Trybunał stosowany w porównaniu z testem normalnie się stosującym przy rozstrzygnięciu, czy działanie państwa jest „konieczne w demokratycznym społeczeństwie” na podstawie ust. 2 art. 8–11 Konwencji. W konsekwencji używana siła musi być ściśle proporcjonalna w stosunku do osiągnięcia dozwolonych celów (*por. McCann, pkt 148–149; Gul, pkt 77–78*).

211. Skoro tak, Trybunał okazjonalnie może odejść od tego rygorystycznego standardu „absolutnej konieczności”. Jak wskazują sprawy *Osman*, *Makaratzis* i *Maiorano*, jego zastosowanie może po prostu okazać się niemożliwe tam, gdzie pewne aspekty sytuacji leżą daleko poza doświadczeniem Trybunału i gdzie władze muszą działać pod przerażającą presją czasu i gdzie ich kontrola sytuacji jest minimalna.

212. Trybunał jest radykalnie świadom trudności doświadczanych przez państwa w ochronie ich ludności przed terrorystyczną przemocą i uznaje złożoność tego problemu (*por. Ramirez Sanchez p. Francji, pkt 115*). W bardziej specjalnym kontekście rosyjskim terroryzm różnych ruchów separatystycznych w Półn. Kaukazie był głównym zagrożeniem bezpieczeństwa narodowego i bezpieczeństwa publicznego w Rosji od ponad 15 lat i zwalczanie terroryzmu jest prawowitym interesem rosyjskich władz.

213. Chociaż branie zakładników, niestety, jest zjawiskiem rozpowszechnionym w ostatnich latach, ogrom kryzysu z 23–26.10.2002 r. przekraczał wszystko, co było znane wcześniej i czynił sytuację wyjątkową. [...] Chodziło o życie kilkuset zakładników, a w związku z wojsko-

wym aspektem szturmu żadnych specjalnych środków wstępnych nie można było podjąć. Wzięcie zakładników stanowiło dla władz niespodziankę (*por. przeciwnie – Isayeva, pkt 180 i n.*), wobec czego wojskowe przygotowania do szturmu musiały być błyskawiczne i utrzymane w tajemnicy. Należy zauważyć, że władze nie miały kontroli nad sytuacją wewnątrz budynku. W takiej sytuacji Trybunał uznaje, że władze musiały podjąć trudne i bolesne decyzje. Gotów jest przyznać im margines oceny, przynajmniej jeśli chodzi o aspekty wojskowe i techniczne sytuacji, nawet jeśli dzisiaj – patrząc wstecz – niektóre z decyzji podjętych przez władze mogą budzić wątpliwości.

214. I przeciwnie, późniejsze fazy operacji mogą wymagać ściślejszej kontroli Trybunału; jest tak zwłaszcza odnośnie do takich faz, w których żadne poważne przeszkody czasowe nie istniały, a władze miały sytuację pod kontrolą.

215. Ta metoda analizy nie jest nowa: stosowano ją np. w sprawie Isajewa (*pkt 180 i n.*). W tamtej sprawie Trybunał stwierdził, że „zważywszy na kontekst konfliktu w Czeczenii w odnośnym czasie, środki przeciwko powstańcom mogły przypuszczalnie obejmować użycie jednostek wojskowych wyposażonych w broń, w tym lotnictwo i artylerię”. Ustalenie to nie przeszkodziło Trybunałowi dojść do wniosku, że Konwencja została naruszona w rezultacie swobodnego używania broni ciężkiej przez wojsko, dla zapobieżenia wkroczeniu powstańców czeczeńskich do wsi, brak zapewnienia bezpieczeństwa „korytarza humanitarnego” itd. Akceptując użycie broni w takich konfliktach, Trybunał przeprowadził jasną linię podziału między strategicznymi wyborami politycznymi (użycie w Czeczenii sił wojskowych), które nie podlegają ocenie Trybunału, a innymi aspektami sytuacji, które Trybunał może badać.

216. Trybunał nie sugeruje, iżby niniejsza sprawa była podobna do sprawy Isajewa; wręcz przeciwnie, są istotne różnice między tymi dwiema sprawami. W niniejszej sprawie wzięcie zakładników było niespodzianką dla władz, sami zakładnicy znajdowali się w bardziej drażliwym położeniu niż osoby cywilne w tamtej sprawie, a wybór środków (gaz) przez władze był mniej niebezpieczny niż w tamtej sprawie (bomby). Zamiarem Trybunału jest przyjęcie takiego samego podejścia metodologicznego, jak w sprawie Isajewa i zastosowanie odmiennego stopnia kontroli do różnych aspektów badanej sytuacji.

217. Trybunał przypomina, że użycie siły może podlegać usprawiedliwieniu na podstawach wyliczonych w art. 2 ust. 2 Konwencji, a mianowicie: /a/ w obronie jakiegokolwiek osoby przed bezprawną przemocą; /b/ dla zgodnego z prawem zatrzymania bądź dla zapobieżenia ucieczce; lub /c/ dla uspokojenia zamieszek lub powstania.

218. Skarżący twierdził, że rzeczywisty zamiar władz nie miał nic wspólnego z celami prawowitymi. Utrzymywał w swych uwagach, że głównym celem władz było zabicie terrorystów, a nie uwalnianie zakładników. Trybunał wziął pod uwagę frazę z decyzji prokuratora stwierdzającej, że użycie siły ma zapobiec „erozji prestiżu Rosji na arenie międzynarodowej”. To samo w sobie nie wystarczy jednak dla podtrzymania zarzutu złej wiary. Wszystko zaś sugeruje, że jednym z głównych interesów było zachowanie przy życiu zakładników. Trybunał będzie opierać swoją dalszą analizę na założeniu, że w niniejszej sprawie władze równocześnie kierowały się wszystkimi trzema celami prawowitymi oznaczonymi w art. 2 ust. 2 Konwencji, oraz że „obrona jakiegokolwiek osoby przed .bezprawną przemocą” była celem dominującym, jak to przewiduje art. 2 rosyjskiej ustawy o zwalczaniu terroryzmu.

219. Kwestia jest, czy te cele mogły zostać osiągnięte innymi, mniej drastycznymi środkami. Skarżący twierdzili, że można było pokojowo rozwiązać kryzys z zakładnikami oraz że nikt nie zostałaby zabity, gdyby władze wszczęły negocjacje. Analizując ten zarzut, Trybunał musi brać pod uwagę informacje dostępne władzom w czasie odnośnych zdarzeń. Trybunał przypomina, że użycie siły przez funkcjonariuszy państwowych może podlegać usprawiedliwieniu tam, gdzie opiera się na szczerym przeświadczeniu, które z dobrych powodów jest uważane za prawdziwe w owym czasie, ale które później okazuje się błędne (*por. McCann, pkt 200*).

220. Trybunał przypomina, że – ogólnie mówiąc – nie ma konieczności użycia siły śmiertelnej, „gdzie wiadomym jest, że osoba mająca podlegać zatrzymaniu nie zagraża życiu ani zdrowiu i nie jest podejrzana o popełnienie przestępstwa z przemocą” (*por. Nachova, pkt 95*). Trybunał przypomina, że sytuacja w sprawie niniejszej była zupełnie odmienna: stwarzane przez terrorystów zagrożenie było rzeczywiste i bardzo poważne. Władze wiedziały, że wielu terrorystów wcześniej uczestniczyło w oporze zbrojnym przeciwko oddziałom rosyjskim w Czeczenii; że byli oni dobrze wyszkoleni, dobrze uzbrojeni i zdeterminowani dla swojej sprawy (*przeciwnie w sprawie Andronicou i Constantinou, pkt 183, gdzie*

Trybunał podkreślił, że porywacz nie był „niebezpiecznym przestępcą czy terrorystą”); że eksplozja urządzeń zainstalowanych w głównym audytorium przypuszczalnie zabiłaby wszystkich zakładników; oraz że terroryści gotowi byli zdetonować te urządzenia, gdyby ich żądań nie spełniono.

221. To prawda, że terroryści nie aktywowali bomb po rozproszeniu gazu, chociaż niektórzy z nich przez jakiś czas jeszcze czuwali. Tylko spekulacją jest jednak twierdzenie, że nie spełnili swej groźby ze względów humanitarnych; możliwe, że po prostu byli zdezorientowani albo nie mieli jasnych rozkazów. W każdym razie, władze z pewnością nie wiedziały, czy terroryści faktycznie spełnią swoje groźby i zdetonują bomby. W sumie, władze mogły rozsądnie wnosić z okoliczności, że istnieje rzeczywiste i poważne ryzyko dla życia zakładników oraz że użycie siły śmiercionośnej prędzej czy później stanie się nieuniknione.

222. Nie da się wykluczyć, że dalsze negocjacje owocowałyby uwolnieniem jeszcze kilku zakładników, takich np. jak cudzoziemcy, młodociani czy ludzie w podeszłym wieku itd. Skarżący mocno wierzyli w ten argument, twierdząc, że zagrożenie życia zakładników nie było nieuniknione. W twierdzeniu tym za wiele jednak pustych założeń. Nie wiadomo, czy liderzy terrorystów byli gotowi na dalsze ustępstwa; ich postępowanie i oświadczenia wskazywały na coś przeciwnego.

223. Ważne jest, by odnotować, czego żądali terroryści w zamian za uwolnienie zakładników. Trybunał nie spekuluje zagadnienia, czy co do zasady zawsze konieczne jest negocjowanie z terrorystami i „okup” za życie zakładników poprzez oferowanie terrorystom pieniędzy bądź spełnianie innych ich wymagań. Szeroka teza skarżących poddaje w wątpliwość wszelkie operacje antyterrorystyczne i sięga spraw spoza kompetencji Trybunału, który nie jest w stanie wskazać najlepszej polityki państw członkowskich w radzeniu sobie z kryzysem tego rodzaju: czy negocjować z terrorystami i czynić ustępstwa, czy też pozostać twardym i żądać bezwarunkowego poddania się. Formułowanie w tym obszarze sztywnych reguł mogłoby ugodzić w siłę negocjacyjną państw z terrorystami. Jasnym w okolicznościach tego rodzaju jest to, że większość żądań terrorystycznych jest nierealistyczna. I tak, terroryści domagali się m.in. całkowitego wycofania oddziałów rosyjskich z terytorium Czeczenii. Choć potem zadowalali się częściowym wycofaniem, w danych okolicznościach byłoby to równoznaczne z utratą *de facto* kontroli nad częścią rosyjskiego terytorium.

224. Nie da się w każdym razie powiedzieć, że władze nie próbowały negocjować. Pewną formę negocjacji stosowano. Dano co najmniej terrorystom sposobność do sformułowania ich żądań, spojrzenia na sytuację i „ochłonięcia”. To prawda, że negocjacje nie zaangażowały nikogo z najwyższej rangi przywództwa politycznego. Nie ma jednak dowodu na to, iżby ich zaangażowanie prowadziło do pokojowego rozwiązania, zważywszy na charakter żądań wysuwanych przez terrorystów (*por. z Andronicou, pkt 184*).

225. Na podstawie informacji dostępnych obecnie nie da się wnosić, czy ludzie zastrzeleni przez terrorystów podlegali „wzorcowym egzekucjom”, jak zdaje się sugerować rząd, czy zostali zabici za opór wobec terrorystów bądź dlatego, że terroryści uważali ich za „szpiegów”. Większość z osób uczestniczących w negocjacjach odczuwało ryzyko egzekucji jako bezpośrednie.

226. W sumie, sytuacja wyglądała alarmująco. Ciężko uzbrojeni separatyści, zdeterminowani w swojej sprawie, wzięli zakładników i wysunęli nierealistyczne żądania. Pierwsze dni negocjacji nie przyniosły żadnego widocznego powodzenia; ponadto sytuacja humanitarna (fizyczny i psychiczny stan zakładników) pogarszała się i czyniła zakładników jeszcze bardziej wrażliwymi. Trybunał wnioskuje, że istniało rzeczywiste, poważne i bezpośrednie ryzyko wielkich strat w ludziach oraz że władze miały powody, by sądzić, że przymusowa interwencja będzie w danych okolicznościach „mniejszym złem”. Decyzja władz o zakończeniu negocjacji i szturmie na budynek w danych okolicznościach nie przeczyła art. 2 Konwencji.

227. Przyjąwszy, że użycie gazu było zasadniczo usprawiedliwione, Trybunał przystąpi do nowej kwestii, a mianowicie, czy środki zastosowane przez siły bezpieczeństwa były adekwatne.

228. Trybunał, po pierwsze, przypomina, że w wielu wcześniejszych sprawach badał legalność lub ramy regulacyjne dotyczące użycia siły śmiertelnej (*por. McCann, pkt 150; Makaratzis, pkt 56–59*). Takie samo podejście odzwierciedlone jest w Podstawowych Zasadach NZ, które wskazują, że ustawy i rozporządzenia w sprawie użycia siły powinny być wystarczająco szczegółowe i powinny przewidywać *inter alia* typy dozwolonej broni i amunicji.

229. Ramy ustawodawcze co do użycia gazu w niniejszej sprawie pozostają niejasne: chociaż prawo – co do zasady – dopuszcza użycie broni

i specjalnych urządzeń i środków przeciwko terrorystom (jak to wynika z art. 11 Ustawy Antyterrorystycznej), nie wskazuje ono, jakiego typu broń czy narzędzia mogą w danych okolicznościach zostać użyte. Prawo wymaga, by specjalne techniczne metody operacji antyterrorystycznej były utrzymywane w tajemnicy. Ścisła formuła gazu nie została przez władze ujawniona; w konsekwencji, Trybunał nie ma możliwości ustalenia, czy gaz stanowił „broń konwencjonalną” ani zidentyfikowania reguł jego użycia. W takich okolicznościach Trybunał gotów jest uznać, że gaz stanowił rozwiązanie *ad hoc*, nie opisane w rozporządzeniach ani w podręcznikach funkcjonariuszy porządku prawnego.

230. Sam ten czynnik nie może jednak prowadzić do stwierdzenia naruszenia art. 2 Konwencji (*por. np. Isayeva, pkt 199*). Generalna niejasność rosyjskiej ustawy antyterrorystycznej nie musi oznaczać, że w każdej konkretnej sprawie władze nie wykazują poszanowania prawa skarżących do życia. Nawet gdy konieczne rozporządzenia istnieją, ich użyteczność w badanej sytuacji, która była zupełnie nieprzewidywalna, wyjątkowa i wymagała ściśle dostosowanej odpowiedzi, jest ograniczona. Jedyne w swoim rodzaju charakter i skala moskiewskiego kryzysu zakładników pozwala Trybunałowi na odróżnienie tej sprawy od innych spraw, w których badał on mniej lub bardziej rutynowe operacje policyjne i gdzie dowolność ram regulacyjnych co do użycia siły śmiertelnej uznawana była – jako taka – za naruszenie pozytywnych zobowiązań państwa na podstawie art. 2 Konwencji (*por. Nachova, pkt 99–102*).

231. Trybunał zajmie się teraz głównym argumentem skarżących. Twierdzili oni, że gaz był bronią śmiertelną, która została użyta bez rozróżnienia przeciwko terrorystom i nieszkodliwym zakładnikom. Żądanie to zasługuje na poważne rozpatrzenie, ponieważ „masowe użycie broni niebezpiecznej nie może być traktowane jako dające się pogodzić ze standardami ostrożności w operacji obejmującej użycie siły śmiertelnej przez funkcjonariuszy państwowych” (*por. Isayeva, pkt 191*). Trybunał zauważa, że niemiecki Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 15.02.2006 r. uznał za niemożliwe do pogodzenia z prawem do życia, jak je gwarantuje Konstytucja Niemiec, prawo dopuszczające użycie siły celem zestrzelenia samolotu porwanego w wyniku ataku terrorystycznego. Stwierdził on *inter alia*, że użycie siły śmiertelnej przeciwko osobom na pokładzie, które nie są uczestnikami zbrodni, nie da się pogodzić z prawem do życia

i godnością ludzką, jak to przewiduje niemiecka Ustawa Zasadnicza i jej interpretacja w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego.

232. W niniejszej sprawie gaz użyty przez rosyjskie siły bezpieczeństwa, chociaż niebezpieczny, nie miał zabijać w przeciwieństwie np. do bomb czy pocisków powietrznych. Zasada ogólna stwierdzona w sprawie Isayewej, potępiająca użycie bez rozróżnienia ciężkiej broni w operacjach antyterrorystycznych, może zostać potwierdzona, ale została ona sformułowana w zupełnie odmiennym kontekście faktycznym, gdzie siły rosyjskie używały bomb powietrznych dla zniszczenia grupy rebeliantów, która się ukryła we wsi pełnej osób cywilnych. Chociaż gaz w sprawie niniejszej został użyty przeciwko grupie składającej się z zakładników i porwaczy, i chociaż gaz był niebezpieczny, a nawet potencjalnie śmiertelny, nie był on użyty „bez rozróżnienia”, ponieważ pozostawiał zakładnikom wysoką szansę przeżycia, która zależała od skuteczności wysiłków ratowniczych władz. Zakładnicy w niniejszej sprawie nie znajdowali się w takiej samej desperackiej sytuacji jak pasażerowie porwanego samolotu.

233. Skarżący twierdzili dalej, że gaz nie musiał wyrzucić pożądanego wpływu na terrorystów, a jednocześnie spowodował wiele śmierci wśród zakładników. Innymi słowy, twierdzili oni, że gaz wyrządził więcej szkody niż przyczynił dobra. Zajmując się tym roszczeniem, Trybunał musi ocenić, czy użycie gazu mogło zapobiec eksplozjom.

234. Rząd nie skomentował twierdzenia skarżących, że gaz nie pozbawił wszystkich terrorystów ich świadomości. Skarżący wywodzili z tego faktu, że był w każdym razie bezużyteczny. Dowody wskazywały, że gaz nie wywoływał natychmiastowego skutku. Wnioski z tego mają jednak charakter zbyt spekulacyjny. Fakty sprawy wskazują na wniosek przeciwny: wszystko wskazuje, że gaz wywarł skutek na terrorystów i większość z nich pozbawił świadomości, choćby i nie nastąpiło to natychmiast i do żadnych eksplozji nie doszło. Trybunał wywodzi wniosek, że użycie gazu mogło ułatwić uwolnienie zakładników i zredukować prawdopodobieństwo eksplozji, choćby nawet w sposób zupełny ryzyka nie wyeliminowało.

235. Innym argumentem skarżących było to, że stężenie gazu źle obliczono oraz że ryzyko dla życia i zdrowia zakładników przeważało nad korzyściami. Trybunał już ustalił, że gaz był niebezpieczny, a nawet śmiertelny. Rząd twierdził, że dawka gazu była kalkulowana na podstawie „przeciętnej reakcji osoby”. Trybunał zauważa, że nawet taka dawka okazała się

niewystarczająca dla uśpienia każdego; po rozproszeniu gazu w audytorium niektórzy z zakładników zachowali świadomość i o własnych siłach opuszczali budynek. W każdym razie, Trybunał nie jest w stanie ocenić problemu dawki gazu. Weźmie jednak pod uwagę inne aspekty sprawy, takie jak długość narażenia na gaz i adekwatność zapewnianej pomocy medycznej.

236. W sumie Trybunał dochodzi do wniosku, że użycie gazu podczas szturmów nie było w danych okolicznościach środkiem dysproporcjonalnym i jako takie nie naruszało art. 2 Konwencji.

237. Powyższy wniosek nie stoi na przeszkodzie badaniu przez Trybunał, czy późniejsza operacja ratownicza została zaplanowana i urzeczywistniona zgodnie z pozytywnymi zobowiązaniami państwa na podstawie art. 2 Konwencji, a mianowicie, czy władze powzięły wszystkie konieczne środki ostrożności dla zminimalizowania efektów gazu dla zakładników, dla szybkiego ich ewakuowania i zapewnienia im koniecznej pomocy medycznej (*por. McCann, pkt 146–150 i 194; Andronicou i Constantinou, pkt 171, 181, 192–193; Hugh Jordan, pkt 102–104*). Co do wielu faktów związanych z tym aspektem sprawy istnieje spór między stronami. Trybunał w związku z tym przypomina, że jego kompetencja ustalania faktów jest ograniczona. W rezultacie i zgodnie z zasadą subsydiarności, Trybunał woli oprzeć się – gdzie to możliwe – na ustaleniach kompetentnych władz krajowych. Trybunał nie wyrzeka się jednak zupełnie swojej kompetencji kontrolnej. Tam, gdzie okoliczności konkretnej sprawy tego wymagają, zwłaszcza tam, gdzie śmierć ofiary dawałaby się przypisać użyciu siły śmiertelnej przez funkcjonariuszy państwowych, Trybunał może podjąć się nowej oceny dowodów (*por. Golubieva, pkt 95; Matko p. Słowenii, pkt 100; Imakayeva, pkt 113*). Trybunał przypomina ponadto, że „w sytuacji, gdzie osoby doznają uszkodzeń lub śmierci [...] w obszarze podlegającym wyłącznej kontroli władz państwa i gdzie dowody *prima facie* istnieją, że państwo może być zaangażowane, ciężar dowodu może przejść na rząd, ponieważ odnośne zdarzenia mogą spoczywać w całości czy w znacznej części w wyłącznej wiedzy władz. Jeśli nie ujawniają one żywo potrzebnych dokumentów umożliwiających Trybunałowi ustalenie faktów bądź w inny sposób nie dostarczają satysfakcjonującego i przekonującego wyjaśnienia, można z tego wywodzić silne wnioski” (*Varnava i Inni p. Turcji, pkt 184*). Jak wynika z powyższego cytatu, Trybunał może wywodzić przeciwne wnioski, jeśli rząd nie ujawnia

żywotnych dowodów w postępowaniu przez Trybunałem, jak tego odeń się wymaga na podstawie art. 38 ust. 1/a/ Konwencji (*obecnie art. 38 Konwencji, który przewiduje, że państwa dostarczają wszelkich koniecznych udogodnień dla umożliwienia właściwego i skutecznego zbadania skarg – por. Tanrikulu, pkt 70; Timurtas, pkt 66 i 70*).

238. Nawet tam, gdzie państwo ujawnia wszystkie dowody znajdujące się w jego posiadaniu, dowody te mogą okazać się nadal niewystarczające dla zapewnienia satysfakcjonującego i przekonującego” wyjaśnienia śmierci ofiary. Bardziej generalnie, opieranie się Trybunału na dowodach uzyskanych w rezultacie postępowania krajowego w znacznej mierze zależeć będzie od jakości krajowego postępowania śledczego, jego dokładności, spójności itd. (*Golubeva, pkt 96; Masłowa i Nalbandow, pkt 101 i n.; Isayeva i inni, pkt 179 i n.*).

239. Skoro tak, Trybunał podkreśla, że nie zawsze będzie w stanie wywieść wnioski przeciwne z braku przeprowadzenia przez władze skutecznego śledztwa (*por. np. Khashiyev i Akayeva: Liluyev i inni; Zubayrayev, pkt 83*).

240. Wracając do sprawy niniejszej, Trybunał zauważa, że po pierwsze, śledztwo – na ile to dotyczy rzekomego niedbalstwa władz – zostało umorzono i nie zakończyło się procesem o pełnej skali (*przeciwnie np. Giuliani i Gaggio p. Włochom*). W takich okolicznościach Trybunał musi badać wnioski śledztwa co do skuteczności operacji ratowniczej z wielką uwagą, nie odrzucając ich jednak kompletnie.

241. Po drugie, Trybunał przyjął do wiadomości sprawozdania Departamentu Zdrowia Publicznego, Centrum Medycyny Katastrof i zeznania w charakterze świadków kilku średniego szczebla urzędników w systemie zdrowia publicznego oraz służb ratownictwa. Te raporty i zeznania świadków opisują operację ratownictwa jako generalnie owocną, szybką i dobrze skoordynowaną. Te organy i ci urzędnicy niewątpliwie byli „władzami kompetentnymi”, których analiza sytuacji zasługuje na uwagę. Jednocześnie te struktury i ci urzędnicy byli bezpośrednio zaangażowani w planowanie i koordynację operacji ratownictwa, a zatem mogą nie być w pełni neutralni w swoich ocenach. Ich dowody trzeba uważnie porównywać z innymi dowodami w sprawie, a mianowicie, z zeznaniami pracowników ratownictwa i lekarzy, z dowodami z ekspertyz, dokumentami itd.

242. Po trzecie, Trybunał przyjął do wiadomości odpowiedź rządu na pytania Trybunału, skierowane do niego po decyzji o dopuszczalności

skargi. Trybunał oczekiwał od rządu odpowiedzi na kilka nader specyficznych kwestii, dotyczących w szczególności planowania i prowadzenia operacji ratownictwa, chronologii zdarzeń, instrukcji udzielanych lekarzom i pracownikom ratownictwa, wszelkiego specjalnego wyposażenia, jakie mieli oni do swej dyspozycji, szczególnych czynności śledczych w bezpośrednim następstwie tych zdarzeń itd. Większość postawionych przez Trybunał kwestii pozostała bez odpowiedzi. Uwagi rządu co do meritum w znacznym zakresie powtarzały jego spostrzeżenia z etapu dopuszczalności, były bardzo ogólnikowe i nie dotyczyły specyficznych zagadnień faktograficznych.

243. Zważywszy na powyższe i w zgodzie ze zróżnicowanym podejściem opisanym w pkt 216, Trybunał uważa, że planowanie i prowadzenie operacji ratownictwa, w szczególności organizacja pomocy medycznej dla ofiar i ich ewakuacja mogą zostać poddane bardziej skrupulatnemu badaniu niż „polityczne” i wojskowe aspekty operacji. Trybunał nade wszystko zauważa, że operacja ratownictwa nie była spontaniczna: władze miały prawie 2 dni na zorientowanie się w sytuacji i poczynienie specjalnych przygotowań. Po drugie, w tej dziedzinie (ewakuacja i pomoc medyczna) władze powinny być w stanie opierać się na jakimś powszechnie zastosowanym planie nadzwyczajnym, nie związanym z konkretnym kryzysem. Po trzecie, miały one pewną kontrolę nad sytuacją poza budynkiem, gdzie miała miejsce większość wysiłków ratownictwa (w przeciwieństwie do sytuacji w budynku, który znajdował się rękach terrorystów). Wreszcie, im bardziej przewidywalne ryzyko, tym większe zobowiązanie ochrony przed nim: jasne jest, że władze w tej sprawie zawsze działały w oparciu o założenie, że zakładnicy mogą być poważnie uszkodzeni (przez eksplozję bądź przez gaz), a zatem wielka liczba ludzi potrzebujących pomocy medycznej nie powinna być niespodzianką. Trybunał uważa, że w takich okolicznościach podda ściślejszej kontroli operację ratownictwa, na ile dotyczyła ona ewakuacji i pomocy medycznej.

244. Rząd nie przedstawił żadnych dokumentów dotyczących wszechstronnego opisu planu ewakuacji, czy to dlatego, że taki plan nigdy nie istniał, czy też dlatego, że został on zniszczony. Nawet gdyby taki plan nigdy nie istniał, niektóre przygotowania poczyniono. W szczególności, 1) wokół teatru rozmieszczono pracowników ratownictwa; 2) podniesiono zdolność do przyjmowania pacjentów w kilku szpitalach; 3) w pobliżu stacjonowały dwie czy trzy specjalne jednostki medyczne; 4) w szpitalach

miejskich zainstalowano pewne dodatkowe wyposażenie; 5) dodatkowych lekarzy zmobilizowano i sprowadzono do szpitali, które w pierwszej kolejności miały przyjmować zakładników; 6) stacje pogotowia zostały zaalarmowane co do potrzeby masowego udostępnienia ambulansów; 7) lekarze otrzymali instrukcje co do sortowania ofiar na podstawie powagi ich stanu.

245. Środki te przypuszczalnie opierały się na założeniu, że w razie eskalacji sytuacji większość ofiar będzie raniona pociskami lub eksplozjami. Trybunał musi zbadać, czy plan pierwotny był sam w sobie wystarczająco uważny.

246. Jak się wydaje, pierwotny plan ewakuacji przewidywał rozmieszczenie setek lekarzy, ratowników i innego personelu dla potrzeb pomocy zakładnikom, podczas gdy niewiele zrobiono dla skoordynowania pracy rozmaitych służb.

247. Po pierwsze, przewidywanie w pierwotnym planie współdziałania na miejscu rozmaitych służb uczestniczących w operacji ratownictwa (MCUMT, Centrum medycyny Katastrof, lekarzy zwykłych zespołów ambulansowych, lekarzy ze szpitali miejskich, Służby Ratownictwa, specjalnych jednostek oficerskich, zwykłych policjantów itd.) wydaje się niewystarczające. Trybunał przyjmuje, że każda ze służb dysponuje własnym kanałem dowodzenia, środków komunikacji, standardowych protokołów itd. Jednakże brak jakiegokolwiek scentralizowanej koordynacji dostrzegają wielu świadków. Rząd nie wskazał, jak wielu koordynatorów (jeśli w ogóle) rozmieścił, czy wszyscy pracownicy byli o ich obecności powiadomieni, o ich roli, oznakach itd. Pokazujący ewakuację film video stwarza wrażenie, że każdy zaangażowany działał ze swojej własnej inicjatywy, przynajmniej na początku. Kontakty między pracownikami w terenie zdają się sporadyczne; żadnego jasnego podziału zadań pomiędzy członków rozmaitych służb, a nawet w ramach jednej i tej samej służby raczej nie widać. Tylko jedna czy dwie osoby robią coś, co można by opisać jako „koordynację” przy wejściu do teatru, ale – jak się wydaje – jest to personel wojskowy. Nie ma żadnych informacji co do tego, jakie instrukcje zostały przekazane z komórki kryzysowej do koordynatorów w terenie i od koordynatorów do pracowników na miejscu oraz jak raporty sytuacyjne gromadzono i przekazywano do komórki kryzysowej.

248. Po drugie, oryginalny plan ewakuacji nie zawierał – jak się wydaje – żadnych instrukcji co do tego, jak informacje o ofiarach i ich

stanie mają być wymieniane pomiędzy członkami rozmaitych służb ratownictwa. Kilku lekarzy pytanych podczas śledztwa twierdziło, że nie wiedzieli, jakiego rodzaju leczenie już zakładnikom zaordynowano – mieli podejmować decyzje na podstawie tego, co widzieli. Chociaż jasnym jest, że wielu ludzi nie uzyskało żadnego leczenia w ogóle, nie da się wykluczyć, że niektórzy otrzymywali zastrzyki więcej niż jeden raz, co samo w sobie mogło być niebezpieczne. Nie wydaje się, by ofiary, które otrzymywały zastrzyki, czymkolwiek się wyróżniały od tych, które zastrzyków nie otrzymały.

249. Po trzecie, nie jest jasne, jakie priorytety zostały przez lekarzy ustalone. Rząd twierdził, że – w oryginalnym planie – personel medyczny miał sortować ofiary na cztery grupy zależnie od powagi ich stanu. Na filmie video nie dostrzeżono żadnego sortowania: ciała leżały na ziemi w przypadkowym rozmieszczeniu, a wielu świadków twierdziło, że faktycznie nie było żadnego filtrowania bądź że było ono nieskuteczne, ponieważ martwe ciała kładziono na te same pojazdy co ludzi, którzy nadal jeszcze żyli. Niejasny był cel sortowania. Rząd nie wskazał, czy – po sortowaniu, jeśli w ogóle takowe było – jakiegokolwiek pierwszeństwa udzielano najbardziej poważnym przypadkom czy też ofiarom, których szanse przeżycia były wyższe. Cel sortowania nie był oznaczony: Trybunał nie jest więc w stanie powiedzieć, czy miało ono zostać dokonane w celu zapewnienia prawidłowej dystrybucji między szpitale, czy też zapewnienie, by najbardziej poważne przypadki kierowano do najbliższych szpitali. Co najważniejsze, rząd nie wyjaśnił, jak informacje o odnośnej „kategorii” każdej z ofiar miały być komunikowane lekarzom z ambulansów, lekarzom w autobusach miejskich i w szpitalach. Trybunał skierował pytania tego dotyczące, ale nie otrzymał żadnych odpowiedzi. Materiały śledztwa krajowego nie wyjaśniają tych spraw. Trybunał dochodzi do wniosku, że ten aspekt operacji ratownictwa nie był dokładnie przemyślany oraz że w praktyce „sortowanie” albo nie istniało, albo nie miało znaczenia.

250. Po czwarte, chociaż pierwotny plan przewidywał masowy transport ofiar w autobusach miejskich, nie przewidywał pomocy medycznej w tych autobusach. Wielu świadków odnotowywało brak personelu medycznego i wyposażenia w busach transportujących ofiary: czasem znajdował się tam jeden felczer w autobusie wiozącym 22 ofiary w stanie krytycznym; czasem eskortujących lekarzy nie było w busach w ogóle. Chociaż nie ma żadnych ścisłych informacji co do tego, jak wiele czasu

trzeba było na transport ofiar do szpitali, jasne jest, że brak personelu medycznego w busach mógł stanowić kolejny czynnik negatywny.

251. Wreszcie, wszystko sugeruje, że nie było jasnego planu dystrybucji ofiar pomiędzy różne szpitale. Zdolność przyjęć w kilku szpitalach rzeczywiście wzrosła, ale zespoły ambulansowe i kierowcy busów nie wiedzieli, gdzie zabrać ofiary. W rezultacie, przekazywanie ofiar do szpitali było mniej lub bardziej spontaniczne: zatem, 4 czy 5 busów jechało za ambulansami i wszystkie dojechały do tego samego punktu przeznaczenia, Szpitala Miejskiego nr 13, prawie równocześnie. Szpital ten przyjął 213 ofiar gazu w ciągu 30 minut, wiele z nich w stanie krytycznym. Trybunał nie ma ścisłych informacji co do tego, jak wielu lekarzy i felczerów dostępnych było w tym szpitalu, ponieważ rząd nie udzielił odpowiedzi na pytanie Trybunału w tej sprawie. Mając jednak na względzie rozmiar szpitala, skład zespołów nadzwyczajnych i liczbę zwykłych pacjentów, którzy tam pozostawali, jest bardzo prawdopodobne, że pomoc medyczna dla większości spośród 213 zakładników była poważnie opóźniona. Jednocześnie, szpital położony najbliżej teatru, 20 metrów od budynku, przyjął – jak się wydaje – mniej pacjentów niż planowano.

252. W sumie plan pierwotny ratownictwa i ewakuacji zakładników sam w sobie pod wieloma względami był wadliwy.

253. Trybunał już zauważył, że pierwotny plan przygotowany był w oparciu o założenie, że zakładnicy będą ranieni eksplozjami lub wystrzałami. Dlatego wzmocnienie obsługi w szpitalach polegało na spotęgowaniu ilości chirurgów, a nie toksykologów, których pomoc wobec użycia gazu okazała się najważniejsza. Ratownicy i lekarze twierdzili, że nie dysponowali żadnymi specjalnymi instrukcjami, jak zajmować się skażonymi jednostkami. Wszyscy byli przygotowani do pracy w miejscu eksplozji. Pewne środki pierwotnie przewidywane były zgoła szkodliwe dla skuteczności operacji ratownictwa. Tak np., kilku ludzi zeznawało, że ciężkie traki i buldożery stacjonowały w pobliżu, co uniemożliwiało ambulansom normalne krążenie. Trybunał zbada obecnie, jak pierwotny plan operacji ratownictwa był urzeczywistniany w świetle kryzysu ofiar, zwłaszcza wobec użycia gazu w chwili szturm.

254. Skarżący twierdzili, że brak informacji o użyciu gazu był szkodliwy dla operacji. Większość lekarzy zeznawała, że nie byli świadomi ewentualności użycia gazu i dopiero na miejscu stwierdzili oni, co się wydarzyło, od kolegów i z obserwacji symptomów u ofiar. Nie jest jasne, w jakim

punkcie FSB poinformowała pracowników ratownictwa i lekarzy o gazie. Wszystko wskazuje, że uczyniono to dopiero tuż przed zakończeniem ewakuacji.

255. Pierwszą kwestia jest, czy brak informacji o gazie, jego właściwościach i ewentualnym leczeniu do zastosowania odgrywał jakąkolwiek negatywną rolę. Kilku starszych lekarzy i urzędników twierdziło, że informacja o gazie i potrzebnym leczeniu byłaby irrelevantna oraz że podejmowane środki wstępne były istotne we wszelkich okolicznościach, niezależnie od tego, czy chodziło o eksplozję, czy o atak gazowy. Opinia taka jest jednak wystawiona na wątpliwość – zwłaszcza z uwagi na twierdzenia lekarzy na miejscu, którzy uczestniczyli w operacji, a z których wielu utrzymywało coś wręcz przeciwnego. W każdym razie, nawet jeśli wykształcenie lekarzy było wystarczające dla dobrania właściwego leczenia na miejscu, nie można tego powiedzieć odnośnie do ratowników i specjalnych jednostek oficerskich. Film video pokazuje, że niektóre (większość) z ofiar leżały na podłodze w położeniu „twarzą do góry”, co wzmagало prawdopodobieństwo uduszenia się przez wymiotowanie albo od obrzmiałego języka. Potwierdzali to ratownicy, wbrew temu, co twierdzili urzędnicy służby zdrowia w swoich raportach. To samo jest prawdą w odniesieniu do umieszczenia ofiar w autobusach miejskich, które transportowały je do różnych szpitali (położenie ofiar w autobusach widoczne jest na filmie video). Trybunał dochodzi do wniosku, że brak informacji o gazie mógł odgrywać negatywną rolę i mógł wpływać na wzrost wskaźnika śmiertelności zakładników.

256. Drugą kwestią jest to, dlaczego informacja o gazie nie została ujawniona kompetentnym służbom wcześniej. Urzędowe śledztwo w tej sprawie milczy. Zważywszy na kontekst ogólny, Trybunał gotów jest założyć, że FSB obawiała się przecieku i nie chciała podkopywać całej operacji, dostarczając lekarzom wiedzy o tym, czego trzeba się spodziewać. Tajemnica jest jedynym jasnym argumentem dla rezygnacji z informowania lekarzy o użyciu gazu.

257. Trybunał uznaje, że siły bezpieczeństwa znajdują się w lepszym położeniu dla oceny ryzyka przecieku, zwłaszcza gdy – w jak w sprawie niniejszej – znajdują się w sytuacji bez wyjścia. Trybunał nie krytykuje zwierzchników sił bezpieczeństwa za nieujawnienie szczegółów szturmu lekarzom o wiele wcześniej, tj. gdy podejmowano decyzje albo czyniono przygotowania techniczne. Trudno jednak dostrzec, dlaczego tej informa-

cji nie można było udzielić ratownikom i lekarzom krótko przed albo przynajmniej bezpośrednio po użyciu gazu. Trybunał w tym względzie zauważa, że masowa ewakuacja zakładników z głównego hallu teatru rozpoczęła się przynajmniej w 1 godzinę i 20 minut po rozproszeniu gazu, jeśli nie później jeszcze, ponieważ nie jest znany ścisły czas rozproszenia gazu. Miały więc władze przynajmniej 90 minut do poczynienia dodatkowych rozwiązań, przygotowania właściwego leku albo udzielenia specyficznych instrukcji lekarzom bądź w jeszcze inny sposób dostosowania planu do okoliczności. Niczego jednak w tym czasie nie zrobiono.

258. Inną kwestią jest, dlaczego tak późno rozpoczęła się masowa ewakuacja. Trybunał zauważa, że większość zakładników bez przytomności pozostawała narażona na gaz i pozbawiona pomocy medycznej przez ponad godzinę. Jak wynika z materiałów sprawy, skutki gazu zależały od długości narażenia na jego działanie: im dłużej zakładnicy przebywali w wypełnionym gazem audytorium bez pomocy medycznej, tym więcej jest ofiar. Przedłużające się narażenie na działanie gazu było więc czynnikiem mogącym wzmacniać wskaźnik śmiertelności wśród zakładników. Trybunał nie dysponuje żadnym wyjaśnieniem takiej zwłoki.

259. Dalszym aspektem, którym warto się zająć, jest rzekomy brak lekarstw i specjalnego wyposażenia dla leczenia ofiar na miejscu i podczas ich transportowania. Sekcje zwłok wykazały, że większość przypadków śmierci nastąpiła między godz. 8.00 a 8.30 przed południem. Oznacza to, że stosunkowo wielka liczba ofiar umarła wkrótce po przyjęciu ich do szpitala albo na krótko przed przyjęciem, po drodze. W konsekwencji, byli oni żywi, gdy zabierano ich z głównego hallu teatru. Przy takim założeniu fundamentalną staje się kwestia pomocy medycznej na miejscu.

260. Jest też bardzo mało informacji, jeśli chodzi o rodzaj pomocy medycznej świadczonej ofiarom na miejscu; jak też co do tego, kiedy, gdzie i przez kogo była ona świadczona. Z nikłych dowodów, jakimi dysponuje Trybunał, Nalaxone zdaje się głównym „antidotum” na odnośny gaz – wspomniano o nim niemal w każdym zeznaniu. Chociaż Szef Służby Nadzwyczajnej Lekarzy twierdził, że Nalaxone nie jest skuteczny, większość lekarzy wskazywało na Nalaxone jako główną substancję mogącą w takich okolicznościach przywrócić oddychanie i akcję serca. Trochę Nalaxone podawano na miejscu. Dokładne zbadanie wskazań video pokazującego główne wejście do teatru odśladania przynajmniej jeden przypadek, w którym lekarz (albo ratownik) robi zastrzyk. Zastrzyki przy-

puszczalnie robiono wewnątrz budynku, ale takie założenie trudno pogodzić z istniejącymi dowodami: wielu świadków twierdziło, że brakowało Nalaxone. Jak wynika ponadto z sekcji zwłok, ok. 60 osób nie miało żadnych śladów po zastrzykach, gdy przyjmowane one były do szpitali. Wskaźnik ten dotyczy tylko zmarłych zakładników – Trybunał nie ma żadnych informacji, jak wielu zakładników przeżyło po otrzymaniu Nalaxone. Podczas gdy niektórzy ze świadków twierdzili, że Nalaxone był podawany „w pośladki”, inne dokumenty mówią o dożyłnej metodzie robienia zastrzyków (zwłaszcza protokoły lekarskie).

261. Możliwe, że inna forma leczenia ratującego życie istniała, oprócz Nalaxone. Video pokazuje ratowników prowadzących sztuczne oddychanie albo masaż serca w stosunku do nieprzytomnych zakładników leżących na podłodze. Nie widać jednak żadnego specjalnego wyposażenia (masek tlenowych itd.). Nie jest jasne, jakiego rodzaju „leczenie symptomatyczne”, o jakim mówił rząd, było czy mogło być zastosowane w danych okolicznościach.

262. Skarżący wskazywali na inne rzekome niedostatki w operacji ratownictwa, a mianowicie zwłoki w transporcie i brak przygotowania szpitali miejskich do równoczesnego leczenia tak wielu poważnych przypadków. Trybunał uważa jednak, że elementy wyżej analizowane są wystarczające dla wywodzenia wniosków.

263. Trybunał nie jest w stanie ustalić indywidualnej historii każdego ze zmarłych zakładników: gdzie on czy ona siedziała, gdy operacja się rozpoczęła, jak poważnie on czy ona zostali ugodzeni gazem i „czynniki uzupełniające” (stres, odwodnienie, choroby chroniczne itd.), jakiego rodzaju leczenie otrzymali oni na miejscu, w jakim czasie on czy ona przybyli do szpitala, jakiego rodzaju leczenie uzyskali on czy ona w szpitalu itd.

264. To, co jest prawdą w odniesieniu do większości zakładników, nie musi okazać się prawdą w każdym indywidualnym przypadku, choćby jednym. Rzekomy brak pomocy medycznej byłby irrelevantny w sytuacji, gdzie osoba już była zmarłą w czasie przybycia pomocy. Podobnie, Trybunał nie może wykluczyć, że niektóre z ofiar znajdowały się pośród tych, które pierwsze uzyskały pomoc medyczną, a mimo to zmarły, ponieważ były zbyt słabe czy chore i zmarły w wyniku „nieszczęśliwego zbiegu okoliczności, rzadkiego i nieprzewidywalnego przypadku” (por. *Giulliani i Gaggio, pkt 192*).

265. Innymi słowy, wielu istotnych detali faktograficznych w niniejszej sprawie brakuje. Skoro tak, Trybunał podkreśla, że jego rolą nie jest ustalenie indywidualnej odpowiedzialności osób zaangażowanych w planowanie i koordynację operacji ratownictwa (por. *Giulliani i Gaggio*, pkt 182). Trybunał powołany jest do rozstrzygnięcia, czy państwo jako całość wypełniło swoje zobowiązania na podstawie Konwencji, a mianowicie swoje zobowiązania co do „podjęcia wszystkich stosownych środków ostrożności w doborze środków i metod operacji bezpieczeństwa przeciwko grupie opozycyjnej mając na względzie uniknięcie, a w każdym razie zminimalizowanie przypadkowej utraty życia osoby cywilnej” (por. *Ergi*).

266. Trybunał uznaje, że w takich sytuacjach pewien stopień chaosu jest nie do uniknięcia. Uznaje również potrzebę zachowywania w tajemnicy pewnych aspektów operacji bezpieczeństwa. W danych okolicznościach jednak operacja ratownictwa z 26.10.2002 r. nie była wystarczająco przygotowana, w szczególności z powodu nieadekwatnej wymiany informacji między różnymi służbami, spóźnionego rozpoczęcia ewakuacji, ograniczonej koordynacji na miejscu działania różnych służb, braku właściwego leczenia i wyposażenia na miejscu zdarzenia, i nieadekwatnej logistyki. Trybunał dochodzi do wniosku, że państwo naruszyło swoje zobowiązania pozytywne na podstawie art. 2 Konwencji.

267. Końcowym zarzutem skarżących na podstawie art. 2 Konwencji było to, że państwo nie wypełniło swojego pozytywnego zobowiązania co do przeprowadzenia śledztwa w sprawie postępowania władz w sprawie kryzysu zakładników.

268. Trybunał przypomina, że art. 2 zawiera pozytywne zobowiązanie o charakterze proceduralnym: wymaga on w sposób dorozumiany, by wchodziła w grę pewna forma skutecznego śledztwa urzędowego, gdy jednostki zostają zabite w rezultacie użycia przez władze siły (por. *McCann*, pkt 161; *Kaya*, pkt 105).

269. Trybunał wskazuje, że nie każde śledztwo musi zakończyć się powodzeniem albo doprowadzić do wniosku, który jest zbieżny z obrazem zdarzenia według skarżących; co do zasady, powinno ono być jednak zdolne doprowadzić do ustalenia faktów sprawy i – jeśli zarzuty okazują się prawdziwe – do zidentyfikowania i ukarania osób odpowiedzialnych (por. *Mahmut Kaya*, pkt 124; *Paul and Audrey Edwards*, pkt 71).

270. By być „skuteczne”, śledztwo powinno spełnić kilka podstawowych wymogów, sformułowanych w orzecznictwie Trybunału na podstawie art. 2 i 3 Konwencji: powinno ono być dokładne (*Assenov i Inni, pkt 103 i n.; Salman, pkt 106; Tanrikulu, pkt 104 i n.; Gul, pkt 89*); praktyczne (*Labita, pkt 133 i n.; Timurtas, pkt 89; Tekin, pkt 67; Indelicato, pkt 37*) oraz niezawisłe (*Ogur, pkt 91–92; Mehmet Emin Yuksel, pkt 37; Gulec, pkt 80–82*); a materiały i wnioski ze śledztwa powinny być wystarczająco dostępne dla krewnych ofiar (*por. Ogur, pkt 92, Khadzhiyev i inni, pkt 106*), w zakresie, który nie podkopuje poważnie jego skuteczności.

271. Bardziej specyficznie wymóg „dokładnego śledztwa” oznacza, że władze zawsze muszą podejmować poważne próby ustalenia, co się zdarzyło, a nie opierać się na pochopnych czy bezpodstawnych wnioskach dla potrzeb zakończenia postępowania czy jako podstawy swych decyzji. Powinny one podejmować wszelkie dostępne im rozsądne kroki w celu pozyskania dowodów dotyczących incydentu, w tym *inter alia* zeznań świadków, dowodów kryminalistycznych itd. Wszelki niedostatek w śledztwie, który podkopuje jego zdolność do ustalenia przyczyny uszkodzeń albo do zidentyfikowania osób odpowiedzialnych, stwarza ryzyko zejścia poniżej wymaganego standardu (*por. m.in. Mikheyev, pkt 107 i n.; Assenov i inni, pkt 102 i n.*).

272. Wreszcie, wnioski śledztwa muszą być oparte na dokładnej, obiektywnej i bezstronnej analizie wszystkich istotnych elementów. Brak przestrzegania obiektywnej linii śledztwa podkopuje w decydującym zakresie zdolność śledztwa do ustalenia okoliczności sprawy i zidentyfikowania osób odpowiedzialnych (*por. Kolevi p. Bułgarii, pkt 201*). Charakter i stopień kontroli, która zaspokaja minimalny poziom skuteczności śledztwa, zależy od okoliczności każdej konkretnej sprawy. Musi on być oceniany na podstawie wszystkich istotnych faktów i z uwzględnieniem praktycznych realiów pracy śledczej (*por. Velcea i Mazare, pkt 105*). [...]

273. Niniejsza sprawa jasno należy do kategorii spraw, gdzie władze muszą badać okoliczności śmierci ofiar. Istnieje zatem związek między użyciem siły śmiertelnej przez siły bezpieczeństwa a śmiercią ofiar. Gaz okazał się głównym powodem uszkodzeń u zakładników, i prawdopodobnie było przypuszczenie, że niektóre z ofiar zmarły w konsekwencji nieskutecznej operacji ratownictwa. Chociaż odpowiedzialność za zakładników postrzeganych jako tacy nie może być przypisywana władzom, operacja ratownictwa leży w obszarze wyłącznej kontroli władz (tu Trybunał

dostrzega paralełę z operacjami bezpieczeństwa wojska rosyjskiego w Czeczenii albo tureckich sił bezpieczeństwa w Turcji połudn.-wschodniej – por. *Akkum*, pkt 211; *Goygova*, pkt 88–96; *Magomed Musayev i inni*, pkt 85–86). Wreszcie, odnośne wydarzenia „leżą całkowicie bądź w znacznej części wyłącznej wiedzy władz” w tym sensie, że dla skarżących było w istocie niemożliwością osiągnięcie jakichkolwiek dowodów niezależnie od władz. W takich okolicznościach władze miały obowiązek przeprowadzenia skutecznego śledztwa urzędowego celem zapewnienia „satisfakcjonującego i przekonującego” wyjaśnienia śmierci ofiar i stopnia odpowiedzialności władz za nią.

274. Trybunał podkreśla, że nie jest zainteresowany śledztwem w sprawie samego ataku terrorystycznego. W tej części śledztwo zda się zupełnie wystarczające i owocne. Zatem, terroryści i ich poplecznicy zostali zidentyfikowani, okoliczności wzięcia zakładników zostały ustalone, środki wybuchowe i broń używane przez terrorystów zostały zbadane i przynajmniej jedna osoba (wspólnik terrorystów spoza budynku) została postawiona przed wymiarem sprawiedliwości i skazana. Kwestią jest, czy śledztwo było równie owocne w badaniu własnych działań władz podczas kryzysu zakładników.

275. Trybunał zauważa, że śledztwo zostało wszczęte i było prowadzone na podstawie art. 205 („Czynny terrorystyczne”) i 206 („Wzięcie zakładników”) K.K. Niedbalstwo władz może być charakteryzowane na podstawie każdego z tych dwu postanowień. Zakres śledztwa był zatem od samego początku i w jego toku określony bardzo wąsko. Potwierdzają to także plany działania przygotowane przez prokuratora, które głównie skupiały się na samym ataku terrorystycznym, nie zaś na postępowaniu władz podczas kryzysu zakładników.

276. Chociaż śledztwo formalnie nie zostało jeszcze zakończone, prokuratura raz po raz postanawiała, że – jeśli chodzi o rzekome niedbalstwo władz – nie ma żadnego problemu do udzielania odpowiedzi. [...]

277. Trybunał uznaje, że prokurator nie pozostawał bezczynny i zajmował się niektórymi kwestiami dotyczącymi planowania i prowadzenia operacji ratownictwa. Zgromadzone w ten sposób dowody będą poniżej analizowane. Pod niektórymi względami śledztwo było oczywiście niekompletne. Po pierwsze i nade wszystko, formuła gazu nigdy nie została ujawniona przez FSB krajowym władzom śledczym, mimo ich żądań, chociaż zespół śledczy obejmował oficerów FSB, a większość ekspertów

w sprawie była także z samej FSB, wobec czego – przynajmniej w teorii – byli to jej zaufani. [...]

279. Trybunał jest zdziwiony faktem, że – jak to wyjaśniał rząd – wszystkie papiery robocze komórki kryzysowej zostały zniszczone. Zdaniem Trybunału, papiery te mogłyby stanowić istotne źródło informacji o planowaniu i prowadzeniu operacji ratownictwa (zwłaszcza w sytuacji, gdzie większości członków komórki nie przesłuchiowano). Rząd nie wyjaśnił, kiedy te papiery były niszczone, dlaczego, pod czyją władzą i na jakiej podstawie prawnej. W rezultacie, nikt nie wie, kiedy decyzja o użyciu gazu została podjęta, jak wiele czasu miały władze na ocenę ewentualnych skutków ubocznych gazu i dlaczego inne służby uczestniczące w operacji ratownictwa zostały poinformowane o użyciu gazu z tak wielką zwłoką. Nawet zakładając, że niektóre z nich mogły zawierać informacje drażliwe, zniszczenie bez rozróżnienia wszystkich dokumentów, w tym zawierających informacje o ogólnych przygotowaniach, dystrybucji ról pomiędzy członków komórki kryzysowej, logistyki, metod koordynacji różnych zaangażowanych w operacji służb itd., nie zostało usprawiedliwione.

280. Śledczy nie próbowali ustalić pewnych faktów, które – zdaniem Trybunału – były istotne, a nawet kluczowe dla zajmowania się kwestią rzekomego niedbalstwa władz. Tak np. zespół śledczy nie ustalał, jak wielu lekarzy było na służbie w dniu szturm w każdym ze szpitali, które uczestniczyły w operacji ratownictwa. Nie zidentyfikował on, jakie wstępne instrukcje były wydane ambulansom i autobusom miejskim co do miejsc transportowania ofiar. Nie zidentyfikował on wszystkich urzędników, którzy koordynowali wysiłki lekarzy, ratowników i personelu wojskowego na miejscu zdarzenia, ani jaki rodzaj instrukcji musieliby oni otrzymać. Nie ustalił, dlaczego masowa ewakuacja zaczęła się prawie 2 godziny po rozpoczęciu szturm, ani jak wiele czasu zajęło zabicie terrorystów i zneutralizowanie bomb.

281. Wreszcie, zespół śledczy nie był niezawisty: chociaż na czele stał urzędnik z Biura Miejskiego Prokuratora w Moskwie, a nadzorował śledztwo Prokurator Generalny, obejmował on przedstawicieli agencji porządku prawnego, które były bezpośrednio odpowiedzialne za planowanie i prowadzenie operacji ratownictwa, mianowicie FSB. Eksperti środków wybuchowych byli z FSB. Czołowe badania kryminalistyczne ciał ofiar i historie ich chorób powierzone były laboratorium, które bezpośrednio podlegało Moskiewskiemu Miejskiemu Departamentowi Zdrowia Publicznego. Szef

tego Departamentu był osobiście odpowiedzialny za organizację pomocy medycznej dla ofiar, a zatem był osobą zainteresowaną. W sumie członkowie zespołu śledczego i eksperci, których wnioski stanowiły poważne oparcie dla znajdowania rozwiązań na wypadek konfliktu interesów, tak oczywistego, że same te konflikty mogły podkopywać skuteczność śledztwa i wiarygodność jego wniosków,

282. Inne elementy postępowania śledczego przypuszczalnie również zasługiwałyby na uwagę (jak ograniczony dostęp do materiałów sprawy dla bliskich ofiar i ich niezdolność do sformułowania pytań do oficjalnie wyznaczanych ekspertów i badania świadków). Trybunał nie potrzebuje jednak badać oddzielnie tych aspektów postępowania. Ma on wystarczające dowody, by dojść do wniosku, że śledztwo w sprawie rzekomego niedbalstwa władz w tej sprawie nie było ani dokładne, ani niezawiste, a zatem nie było ono „skuteczne”. Trybunał dochodzi do wniosku, że doszło w związku z tym do naruszenia pozytywnych zobowiązań państwa na podstawie art. 2 Konwencji.

Sprawy czeczeńskie

Case of Isayeva v. Russia **Sk. 57950/00 – wk z 24.02.2005**

214. Z tychże powodów musi wchodzić w grę wystarczający element kontroli publicznej nad śledztwem i jego rezultatami dla zapewnienia możliwości rozliczenia w praktyce, jak i w teorii. Stopień wymaganej kontroli publicznej od przypadku do przypadku może się różnić. We wszystkich jednak przypadkach najbliższy krewny ofiary musi być zaangażowany w postępowanie w zakresie koniecznym dla zagwarantowania jego czy jej prawowitych interesów (*por. Gulec, pkt 82; Ogur, pkt 92; Gul, pkt 93; McKerr, pkt 148*).

Khashiyev and Akayeva v. Russia
Sk. 57942/00 – wk z 24.02.2005

165. Rząd w swych uwagach wskazywał, że śledztwo trwało w czasie udzielania jego odpowiedzi oraz że skarżący mogli odwołać się od jego wyników. Zdaniem rządu, brak odwoływania się powinien owocować odrzuceniem skargi z powodu braku wyczerpania środków krajowych. Trybunał nie został tym przekonany, w świetle wyżej przedstawionych zwłok i zaniechań, jakoby takie odwołanie mogło stanowić środek zdolny do zaradzenia defektom w postępowaniu, nawet gdyby skarżący byli właściwie informowani w postępowaniu i byli w nie włączeni. Trzeba więc uważać, że skarżący spełnili wymóg wyczerpania odnośnych środków prawnokarnych.

Case of Bazorkina v. Russia
Sk. 69481/01 – wk z 27.07.2006

117. Obowiązek ochrony prawa do życia na podstawie art. 2 Konwencji, odczytywany w związku z ogólnym obowiązkiem państwa na podstawie art. 1 Konwencji co do „zapewnienia każdemu podlegającemu jego jurysdykcji praw i wolności określonych w Konwencji”, wymaga również w sposób dorozumiany, by wchodziła w grę pewna forma skutecznego śledztwa z urzędu, gdy w rezultacie użycia siły zostają zabite jednostki (*por. McCann, pkt 161; Kaya, pkt 105*). Istotnym celem takiego śledztwa jest zapewnienie skutecznego urzeczywistnienia ustaw krajowych, które chronią prawo do życia, a w przypadkach angażujących funkcjonariuszy czy organy państwowe – zapewnienie ich rozliczenia tytułem śmierci mających miejsce w obszarze ich odpowiedzialności. To, jaka forma śledztwa cele te zaspokoi, będzie różne w rozmaitych okolicznościach. Bez względu jednak na zastosowany sposób, władze muszą działać ze swej własnej inicjatywy, skoro tylko na daną sprawę ich uwagę zwrócono. Nie mogą one pozostawiać inicjatywie najbliższego krewnego obowiązku wnoszenia formalnej skargi czy podejmowania odpowiedzialności za prowadzenie postępowania śledczego (*por. np. Ilhan, pkt 63*). Trybunał przypomina, że zobowiązania państwa oparte na art.2 nie mogą zostać spełnione przez samo przyznanie odszkodowania. Śledztwo wymagane na podstawie art.2 Konwencji musi być zdolne doprowadzić do zidentyfikowania i ukarania osób odpowiedzialnych (*por. McKerr, pkt 121*). [...]

124. Wreszcie, co do sposobu, w jaki prowadzono śledztwo, Trybunał zauważa, że między lipcem 2001 r. a lutym 2006 r. śledztwo było umarzane i ponownie otwierane 6 razy. Skarżący – mimo swojego statusu proceduralnego w charakterze ofiary – nie był niezwłocznie informowany o tych krokach, zwłaszcza przed grudniem 2002 r., a zatem nie miał możliwości apelowania do prokuratora wyższego szczebla. [...]

139. Trybunał przypomina, że kwestia, czy członek rodziny „osoby zaginionej” jest ofiarą traktowania sprzecznego z art. 3 zależy od istnienia czynników specjalnych, które nadają cierpieniu skarżącego wymiaru i charakteru odmiennego od niepokoju emocjonalnego, jaki można traktować jako nieuniknione powodowany krewnym ofiary poważnego naruszenia praw człowieka. Istotne elementy obejmują bliskość więzi rodzinnej – w tym kontekście pewne znaczenie przypisuje się więzi rodzic–dziecko, szczególne okoliczności danej relacji, zakres, w jakim członek rodziny był świadkiem odnośnych zdarzeń, zaangażowanie członka rodziny w próby uzyskania informacji o osobie zaginionej i sposób, w jaki władze na te starania odpowiadały (*por. Orhan, pkt 358; Cakici, pkt 98; oraz Timurtas, pkt 95*). Trybunał pragnie nadto podkreślić, że istota takiego naruszenia spoczywa głównie nie w fakcie „zaginięcia” członka rodziny, lecz raczej dotyczy relacji i postawy władz wobec sytuacji, gdy zwrócono na nią ich uwagę. Właśnie w związku z tym, krewny może twierdzić, że jest bezpośrednio ofiarą postępowania władz.

140. W niniejszej sprawie Trybunał zauważa, że skarżąca jest matką zaginionej jednostki [...]. Skarżąca oglądała film video pokazujący przestuchanie jej syna, który kończy się słowami, że ma być poddany egzekucji i zabrany przez żołnierzy. Przez ponad 6 lat nie miała żadnych wieści o nim. W tym okresie zwracała się do różnych organów oficjalnych z zapytaniami o jej syna, na piśmie i osobiście. Mimo tych prób, skarżąca nigdy nie otrzymała żadnego przekonującego wyjaśnienia ani informacji o tym, co się stało z Jandiyevem w następstwie zatrzymania go 2 lutego 2000 r. Otrzymywane przez skarżącą odpowiedzi w większości negowały odpowiedzialność państwa za zatrzymanie i zaginięcie jej syna bądź po prostu informowały ją, że toczy się śledztwo. Ustalenia Trybunału na podstawie aspektu proceduralnego art. 2, wyżej wskazane, również są w tej mierze istotne, zwłaszcza fakt, że śledztwo karne co do zaginięcia wszczęto dopiero w półtora roku po zdarzeniu.

141. Z uwagi na powyższe Trybunał stwierdza, że skarżąca cierpiąca i nadal cierpi niepokój i obawę w rezultacie zaginięcia jej syna i swej niezdolności ustalenia, co mu się przydarzyło. Należy uznać, że sposób, w jaki jej skargami się zajmowały władze, stanowił nieludzkie traktowanie sprzeczne z art. 3.

142. Trybunał dochodzi więc do wniosku, że doszło do naruszenia art. 3 Konwencji w stosunku do skarżące.

Case of Imakayeva v. Russia **Sk. 7615/02 – wk z 9.11.2006**

158. Skarżąca twierdziła, że śledztwo co do zaginięcia jej męża nie osiągnęło poziomu wymaganego przez zobowiązania proceduralne z art. 2. [...]

165. W niniejszej sprawie Trybunał zauważa, że skarżąca jest bliską krewną dwóch zaginionych mężczyzn – matką Saida-Khuseyna Imakayeva i żoną Saida-Magomeda Imakayeva, i była obecna podczas zatrzymania jej męża. Przez 5,5 roku nie miała żadnych wieści o swym synu, a przez 3,5 roku o swoim mężu. W tym okresie skarżąca zwracała się do różnych organów oficjalnych z zapytaniami o członków jej rodziny, zarówno na piśmie, jak i osobiście. Mimo tych prób, skarżąca nigdy nie otrzymała żadnego przekonującego wyjaśnienia ani informacji o tym, co przytrafiło się im w następstwie zatrzymania ich. Otrzymywane przez skarżącą odpowiedzi w większości negowały odpowiedzialność państwa albo po prostu informowały, że śledztwo jest w toku. Powyższe ustalenia Trybunału na podstawie aspektu proceduralnego art. 2 również są w tej mierze istotne. Jako dodatkowy element przyczyniający się do wzmożenia cierpienia skarżące, Trybunał odnotowuje bezpodstawne odmówienie skarżące przez władze dostępu do dokumentów akt śledztwa karnego, które mogłyby rzucić światło na los jej krewnych, czy to bezpośrednio, czy też poprzez postępowanie przed tym Trybunałem.

166. Z uwagi na powyższe, Trybunał stwierdza, że skarżąca cierpiąca i nadal cierpi niepokój i obawę w rezultacie zaginięcia jej syna i męża oraz swej niezdolności ustalenia, co się im przydarzyło. Sposób, w jaki jej skargami zajmowały się władze, trzeba uważać za stanowiący traktowanie nieludzkie sprzeczne z art. 3.

167. Trybunał dochodzi zatem do wniosku, że doszło do naruszenia art. 3 Konwencji w stosunku do skarżące.

Case of Luluyev and Others v. Russia
Sk. 69480/01 – wk z 9.11.2006

87. Skarżący twierdzili dalej, że śledztwo nie miało charakteru publicznego. Poza drugą skarżącą, nikt z bliskich krewnych Nury Luluyewej nie uzyskał statusu ofiary. Zarzucali też, że władze systematycznie nie informowały ich o postępie w śledztwie ani o proceduralnych aspektach sprawy. [...]

96. Przedstawione Trybunałowi materiały ujawniają jednak, że mimo wielu bolesnych wniosków, pierwsze urzędowe badania dotyczące rzekomego zatrzymania Nury Luluyewej zostały przedłożone biurowi prokuratorskiemu, dowódcy wojskowemu i FSB nie wcześniej niż 20 czerwca 2000 r., czyli 14 dni po schwytaniu jej. Żadnego postępowania karnego nie wszczynano do 23 czerwca 2000 r., tj. 20 dni po jej zaginięciu. Trybunał nie widzi rozsądnego wyjaśnienia dla tak długich zwłok, w sytuacji, gdy żywotne znaczenie miała akcja nagła. [...]

100. Doszło wreszcie do substancjalnej zwłoki w przyznaniu statusu ofiary skarżącym. Dopiero w grudniu 2000 r. decyzja w sprawie przyznania statusu ofiary drugiemu skarżącemu została podjęta, zapewniając mu tym samym minimalne gwarancje w postępowaniu karnym. Co więcej, nawet po przyznaniu statusu ofiary informacje dotyczące postępu śledztwa przekazywano mu tylko okazjonalnie i tylko po części. [...]

110. Skarżący twierdzili, że – jako bliscy krewni Nury Luluyewej, czyli jej dzieci, mąż, rodzice i bracia – cierpieli oni dotkliwy niepokój mentalny i obawy, a to w rezultacie sposobu, w jaki władze odpowiadały na ich starania i w jaki ich traktowały.

111. Identycznie jak pkt 150 w Bazorkina.

112. W niniejszej sprawie rząd nie kwestionował statusu ofiary skarżących. Co więcej, Trybunał odnotowuje, że dzieci, mąż i rodzice Nury Luluyewej należeli do jej najbliższej rodziny, a w pewnym zakresie także jej bracia. Co więcej, chociaż to głównie drugi skarżący – z uwagi na swą profesję prawniczą – miał najczęstsze spotkania z władzami, inni członkowie rodziny także silnie się angażowali w poszukiwania Nury Luluyewej. W związku z tym, warto odnotować, że jeden z jej braci udał się dla zidentyfikowania ciała Nury Luluyewej po odkryciu masowego grobu.

113. Z uwagi na powyższe Trybunał nie widzi konieczności odróżnienia w niniejszej sprawie jakichkolwiek członków rodziny, którzy nie mieliby statusu ofiar z punktu widzenia art. 3.

114. Trybunał zauważa, że – chociaż członek rodziny „osoby zaginionej” może twierdzić, że jest ofiarą traktowania sprzecznego z art. 3 (*Kurt p. Turcji, pkt 130–134*), sama ta zasada zwykle się nie stosuje do sytuacji, w której dana osoba – będąc uwięziona – okazuje się później zmarłą (*tak np. Tanli p. Turcji, pkt 159*). W ostatnich sprawach Trybunał ograniczył swoje ustalenie do art. 2. Jeżeli jednak okres pierwotnego zaginięcia się przedłuża, może on w pewnych okolicznościach prowadzić do oddzielnego zagadnienia na podstawie art. 3 (*por. Gongadze p. Ukrainie, pkt 184–186*).

115. W niniejszej sprawie wieści o śmierci Nury Luluyewej zostały poprzedzone 10-miesięcznym okresem, gdy uważano ją za zaginioną, w którym to okresie prowadzono śledztwo w sprawie jej porwania. Trybunał staje więc w obliczu sytuacji, w której istnieje odmienny okres, w czasie którego skarżący cierpieli niepewność, obawy i niepokoje, charakterystyczne dla specyficznego zjawiska zaginięć. Przystąpi zatem do zbadania, czy postępowanie władz w tym okresie oznaczało naruszenie art. 3 w stosunku do skarżących.

116. Trybunał odnosi się do powyższych ustaleń, że zaistniała niewyjaśniona zwłoka po stronie władz co do wszczęcia postępowania w sprawie uprowadzenia Nury Luluyewej. Niepokój skarżących w tym okresie potwierdzają ich liczne wysiłki, by skłonić władze do działania, jak też ich własne próby poszukiwania jej i jej kuzynów.

117. Jako element dodatkowy przyczyniający się do cierpień skarżących odnotowuje Trybunał bezpodstawną zwłokę władz w przyznaniu im statusu ofiar, brak dostępu do akt sprawy i nikłe informacje, jakie otrzymywali o śledztwie przez cały czas postępowania. Wynika stąd, że niepokój skarżących co do losu Nury Luluyewej był dodatkowo obciążony poprzez wykluczenie ich z monitorowania postępu śledztwa.

118. Trybunał stwierdza więc, że skarżący cierpieli niepokój i obawy w rezultacie zaginięcia Nury Luluyewej i ich niezdolności ustalenia, co się jej przydarzyło albo otrzymywania aktualnych i wyczerpujących informacji o śledztwie. Trzeba uznać, że sposób, w jaki ich wnioskami zajmowały się władze, stanowi traktowanie nieludzkie sprzeczne z art. 3. Trybunał [...] dochodzi do wniosku, że doszło do naruszenia art. 3 w stosunku do skarżących.

Case of Baysayeva v. Russia
Sk. 74237 – wk z 5.04.2007

Pkt 139–143 identycznie jak w pkt 116–118 w sprawie Luluyev.

Case of Akhmadova and Sadulayeva v. Russia
Sk. 40464/02 – wk z 10.05.2007

108. Odwołując się do ustalonego orzecznictwa Trybunału, skarżący twierdzili, że byli ofiarami traktowania wchodzącego w zakres art. 3 Konwencji, a to w rezultacie niepokoju i stresu emocjonalnego, jaki cierpieli w wyniku zaginięcia ich syna i męża. [...]

109. Trybunał zauważa, że – chociaż członek rodziny „osoby zaginionej” może twierdzić, że jest ofiarą traktowania sprzecznego z art. 3 (*por. Kurt, pkt 130–134; Bazorkina, pkt 139–141*), zasada ta zazwyczaj nie stosuje się do sytuacji, gdzie osoba uwięziona okazuje się potem zmarłą (*tak np. Tanli, pkt 159*). W ostatnich sprawach Trybunał ograniczał swoje ustalenia do art.2. Jeżeli jednak okres pierwotnego zaginięcia jest długi, może on w pewnych okolicznościach prowadzić do odrębnego zagadnienia na podstawie art. 3 (*por. Gongadze, pkt 184–186; Luluyev, pkt 114–115*). [...]

111. Zauważa on, że skarżące to matka i żona osoby, która zaginęła. Druga skarżąca była świadkiem zatrzymania jej męża. Mimo ich wniosków do rozmaitych władz, żadne właściwe śledztwo dotyczące uprowadzenia i późniejszej śmierci ich bliskiego krewnego nie miało miejsca. Skarżącym nigdy też nie udzielono żadnego przekonującego wyjaśnienia czy informacji co do tego, co przydarzyło się Shamirowi Akhmadowowi po jego zatrzymaniu ani co do jego śmierci. Trybunał odnotowuje również swoje ustalenia co do braku przyznania drugiej skarżącej statusu ofiary, braku dostępu do akt sprawy i niktych informacji, jakie uzyskiwały one w toku postępowania.

Trybunał zatem stwierdza, że skarżące cierpiały strach i obawy w rezultacie zaginięcia ich syna i męża oraz swej niezdolności ustalenia, co mu się zdarzyło i otrzymania aktualnej informacji o śledztwie. Sposób, w jaki ich wnioskami zajmowały się władze, uznać trzeba za stanowiący traktowanie nieludzkie w znaczeniu art. 3. Trybunał dochodzi do wniosku, że doszło do naruszenia art. 3 w stosunku do skarżących.

Por. identycznie:

Case of Alikhadzhiyeva v. Russia, Sk. 68007/01 – wk z 5.07.2007, pkt 80–83,
Case of Magomadova and Magomadov v. Russia, wk 12.07.2007, pkt 118–121.

**Case of Musayev and Others v. Russia,
Sk. 57941/00 – wk z 26.07.2007**

168. Trybunał odwołuje się do swojej praktyki, w której stosowanie art. 3 zwykle nie jest rozciągane na krewnych osób, które zostały zabite z naruszeniem art. 2 (*por. Yasin Ates p. Turcji, pkt 135*) albo na przypadki bezpodstawnego użycia siły śmiercionośnej przez funkcjonariuszy państwowych (*por. Isayeva, pkt 229*), w odróżnieniu od krewnych ofiar wymuszonych zaginięć.

169. Trybunał jednak stwierdza, że sytuacja pierwszego skarżącego wykracza poza sytuację krewnego ofiary naruszenia art. 2. 5 lutego 2000 r. pierwszy skarżący był świadkiem pozasądowej egzekucji kilku jego krewnych i sąsiadów. Sprawcy stosowali wobec niego groźby i zmuszali pod bronią do leżenia na ziemi, z obawami o jego własne życie. Trybunał nie ma wątpliwości, że szok doświadczany tego dnia, w powiązaniu z zupełnie nieadekwatną i nieskuteczną późniejszą odpowiedzią władz na te wydarzenia, wywoływał u pierwszego skarżącego cierpienie osiagające poziom traktowania nieludzkiego i poniżającego zakazanego przez art. 3.

170. W konsekwencji Trybunał dochodzi do wniosku, że doszło do naruszenia art. 3 Konwencji w stosunku do pierwszego skarżącego.

**Case of Makhauri v. Russia
Sk. 58701/00 – wk z 4.10.2007**

111. Nie podjęto żadnych adekwatnych środków dla zapewnienia uczestnictwa skarżącej w postępowaniu. W maju 2000 r. śledztwo karne dotyczące zabójstw dokonanych w rejonie Staropromysłowskim otworzyło Biuro Prokuratora Miejskiego w Grozonym. 2 maja 2000 r. w ramach śledztwa skarżąca była przesłuchiwana i udzieliła szczegółowych wyjaśnień co do napaści na nią i zabicia dwóch innych kobiet. Ponownie była przesłuchiwana w październiku 2003 r. Niezależnie od tego postępowania, skarżąca była przesłuchiwana przez prokuratorów wojskowych w kwietniu 2003 r. Pomimo to przyznano jej status ofiary dopiero w lipcu 2004 r. Nawet po przyznaniu jej statusu ofiary jedyną informacją przekazywaną jej była, jak się zdaje, informacja o umorzeniu i ponownym wszczęciu śledztwa.

Case of Kamila Isayeva v. Russia
Sk. 6846/02 – wk z 15.11.2007

130. Musi ponadto wchodzić w grę wystarczający element kontroli publicznej nad śledztwem czy jego wynikami, dla zabezpieczenia możliwości rozliczenia, tak w praktyce, jak i w teorii. Poziom wymaganej kontroli publicznej od sprawy do sprawy może się różnić. We wszystkich jednak przypadkach najbliższy krewny ofiary musi być włączony w postępowanie w zakresie koniecznym dla zagwarantowania jego czy jej prawowitych interesów (*por. McKerr, pkt 148*). [...]

133. Zważywszy na ten aspekt wstępnego zarzutu rządu, który został dotychczas do meritum, Trybunał zauważa, że skarżąca – nie mając żadnego dostępu do akt sprawy ani nie będąc właściwie informowana o postępach śledztwa – nie mogła skutecznie kwestionować działań czy zaniechań władz śledczych przed sądem. Ponadto, biorąc pod uwagę, że skuteczność śledztwa już była podkopana na jego wczesnym stadium przez brak podjęcia przez władze koniecznych i naglących środków śledczych, jest wysoce wątpliwym, czy proponowany środek miałby jakiegokolwiek szanse powodzenia. Co za tym idzie, Trybunał stwierdza, że środek proponowany przez rząd był nieskuteczny w danych okolicznościach i odrzuca jego wstępne zarzuty, jeśli chodzi o brak wyczerpania przez skarżącego środków krajowych w kontekście śledztwa karnego.

Por. identycznie:

Case of Khatsiyeva and Others v. Russia, wk z 17.01.2008, pkt 144,

Case of Takhayeva v. Russia, wk z 18.09.2008, pkt 95,

Case of Mazhidov v. Russia, wk z 25.09.2008, pkt 67, 72–73,

Case of Khalitova v. Russia, wk z 5.03.2009, pkt 62,

Case of Dzhabrailova v. Russia, wk z 9.04.2009, pkt 71,

Case of Bitiyeva and Others v. Russia, wk z 23.04.2009, pkt 87,

Case of Taysumov and Others v. Russia, wk z 14.05.2009, pkt 98,

Case of Suleymanova v. Russia, wk z 12.05.2010, pkt 93,

Case of Sasita Israilova and Others v. Russia, wk z 28.10.2010, pkt 111,

Case of Esmukhambetov and Others v. Russia, wk z 29.03.2011, pkt 118,

Case of Kerimova and Others v. Russia, wk z 3.05.2011, pkt 266,

Case of Isayev and Others v. Russia, wk z 21.06.2011, pkt 140.

Case of Kukayev v. Russia
Sk. 29361/02 – wk z 15.11.2007

99. Trybunał dalej zauważa, że nie jest zupełnie jasne, czy skarżący został kiedykolwiek uznany za ofiarę w odnośnym postępowaniu karnym. Rząd twierdził, że status ofiary został skarżącemu przyznany 20 grudnia 2005 r., jednak nie przedłożył żadnej stosownej decyzji ani innego dokumentu na uzasadnienie tego. Nawet zakładając, że twierdzenie jego jest prawdziwe, Trybunał odnotowuje brak wyjaśnienia przez rząd znaczącej zwłoki w podjęciu jednego z najbardziej istotnych kroków w śledztwie, który mógłby zapewnić skarżącemu minimalne gwarancje proceduralne. Jest też jasnym w związku z tym, że przed rzekomym podjęciem decyzji w sprawie przyznania statusu ofiary, nie był on zdolny badać akt sprawy, ponieważ nie dysponował żadnymi uprawnieniami proceduralnymi do uczestnictwa w śledztwie. Co więcej, skarżący dowodził, że nawet po tym czasie, a mianowicie w marcu 2006 r., odmówiono mu dostępu do akt. Wydaje się również, że przed – a nawet po – przyznaniu skarżącemu statusu ofiary informacje dotyczące postępu w śledztwie zapewniane mu były li tylko okazjonalnie i li tylko fragmentarycznie.

Case of Zubayrayev v. Russia
Sk. 67797/01 – wk z 10.01.2008

100. Trybunał odnotowuje również, że krewnym zmarłego przyznano i status ofiar dopiero w październiku 2004 r. Członkowie rodziny, w tym wdowa i dzieci Sakaudina Zubayrayeva nie byli zaproszeni do uczestnictwa w postępowaniu, chociaż aż do marca 2001 r. nie opuszczali oni Czechenii. W związku z zamordowaniem ojca skarżącej, status ofiary w postępowaniu został przyznany dalekiej krewnej, a mianowicie synowej. Nawet potem osoby, którym przyznano status ofiary, były informowane jedynie o umorzeniu i ponownym wszczęciu postępowania, nie zaś o wszelkim istotnym rozwoju śledztwa. Co za tym idzie, śledczy nie zapewnili śledztwu wymaganego stopnia kontroli publicznej ani zagwarantowania interesów najbliższych krewnych w postępowaniu.

Por. identycznie:

Case of Aziyevy v. Russia, wk z 20.03.2008, pkt 94–95,

Case of Betayev and Betayeva v. Russia, wk z 29.05.2008, pkt 88–89,

Case of Gekhayeva and Others v. Russia, wk z 29.05.2008, pkt 106–107.

**Case of Kaplanova v. Russia,
Sk. 7653/02 – wk z 20.04.2008**

111. Trybunał przypomina, że obowiązek ochrony prawa do życia na podstawie art. 2 Konwencji, odczytywany w związku z ogólnym obowiązkiem państwa na podstawie art. 1 Konwencji co do „zapewnienia każdej osobie podlegającej jego jurysdykcji praw i wolności określonych w Konwencji”, w sposób dorozumiany wymaga również, by wchodziła w grę pewna forma skutecznego śledztwa urzędowego, gdy jednostki zostają zabite w rezultacie użycia siły (*por. McCann, pkt 161; Kaya, pkt 86*). Istotnym celem takiego śledztwa jest zapewnienie skutecznego urzeczywistnienia ustaw krajowych, które chronią prawo do życia, a w przypadkach angażujących funkcjonariuszy czy organy państwowe – zapewnienie możliwości rozliczenia ich tytułem śmierci mających miejsce w obszarze ich odpowiedzialności. Śledztwo takie winno być niezawisłe, **dostępne dla rodziny ofiary**, prowadzone z rozsądną niezwłocznością i szybkością, skuteczne w tym sensie, że zdolne jest doprowadzić do rozstrzygnięcia, czy użyta w takich sprawach siła była, czy też nie była w danych okolicznościach uzasadniona bądź w inny sposób bezprawna, i przyznać wystarczający element kontroli publicznej nad śledztwem lub jego rezultatami (*por. Hugh Jordan, pkt 105–109; Douglas-Williams, Dec. z 8.01.2002*).

Por. identycznie:

Case of Isigova and Others v. Russia, wk z 26.06.2008, pkt 104,
Case of Musayeva v. Russia, wk z 3.07.2008, pkt 110,
Case of Rustan Umarov v. Russia, wk z 3.07.2008, pkt 102,
Case of Takhayeva and Others v. Russia, wk z 18.09.2008, pkt 87,
Case of Akhmadova and Akhmadov v. Russia, wk z 25.09./2008, pkt 74,
Case of Sagayev and Others v. Russia, wk z 26.02.2009. pkt 109,
Case of Vagapova and Zubirayev v. Russia, wk z 26.02.2009, pkt 94,
Case of Khadayeva and Others v. Russia, wk z 12.03.2009, pkt 136,
Case of Malsagova and Others v. Russia, wk z 9.04.2009, pkt 119,,
Case of Gakiyev and Gakiyeva v. Russia, wk z 23.04.2009, pkt 108
Case of Israilova and Others v. Russia, wk z 23.04.2009, pkt 127,
Case of Turluyeva and Khamidova v. Russia, wk z 14.05.2009, pkt 93,
Case of Pukhigova v. Russia, wk z 2.07.2009, pkt 92,
Case of Asadulayeva and Others v. Russia, wk z 17.09.2009, pkt 98,
Case of Zabiyeva and Others v. Russia, wk z 17.09.2009, pkt 102,

Case of Rezvanov and Rezvanova v. Russia, wk z 24.09.2009, pkt 81,
Case of Khantiyeva and Others v. Russia, wk z 29.10.2009, pkt 112,
Case of Vakhayeva and Others v. Russia, wk z 29.10.2009, pkt 146,
Case of Guluyeva and Others v. Russia, wk z 11.02.2010, pkt 76,
Case of Khadayeva and Others v. Russia, wk z 12.03.2010, pkt 136,
Case of Mutsolgovova and Others v. Russia, wk z 1.04.2010, pkt 109,
Case of Mutayeva v. Russia, wk z 22.04.2010, pkt 83,
Case of Shakhobova v. Russia, wk z 12.05.2010, pkt 106,
Case of Ilyasova v. Russia, wk z 10.06.2010, pkt 119,
Case of Dzhabrailova and Dzhabrailova v. Russia, wk z 2.12.2010, pkt 95,
Case of Taymuskhanovy v. Russia, wk z 16.12.2010, pkt 103,
Case of Tumayeva and Others v. Russia, wk z 16.12.2010, pkt 116,
Case of Nasukhanovy v. Russia, wk z 10.02.2011, pkt 92,
Case of Murtazovy v. Russia, wk z 29.03.2011, pkt 91,
Case of Matayeva and Dadayeva v. Russia, wk z 19.04.2011, pkt 99,
Case of Maayevy v. Russia, wk z 24.05.2011, pkt 112.

**Case of Ibragimov and Others v. Russia,
Sk. 34561/03 – wk z 29.05.2008**

98. Trybunał zauważa również, że – nawet chociaż przyznano pierwszemu skarżącemu status ofiary – był on informowany jedynie o umorzeniu lub ponownym wszczęciu postępowania, nie zaś o wszelkim znaczącym rozwoju. Co za tym idzie, śledczy nie zapewnili śledztwu wymaganego poziomu kontroli publicznej ani nie zagwarantowali interesów najbliższego krewnego w postępowaniu.

Por. identycznie:

Case of Sangariyeva and Others v. Russia, wk z 29.05.2008, pkt 82–83,
Case of Utsayeva and Others v. Russia, wk z 29.05.2008, pkt 180,
Case of Atabayeva and Others v. Russia, wk z 12.06.2008, pkt 100,
Case of Elmurzayev and Others v. Russia, wk z 12.06.2008, pkt 109,
Case of Akhiyadova v. Russia, wk z 3.07.2008, pkt 78,
Case of Ruslan Umarov v. Russia, wk z 3.07.2008, pkt 107,
Case of Akhmadova and Akhmadov v. Russia, wk z 25.09.2008, pkt 79,
Case of Magomed Musayev and Others v. Russia, wk z 23.10.2008, pkt 102,
Case of Astamirova and Others v. Russia, wk z 26.02.2009, pkt 92,
Case of Sagayev and Others v. Russia, wk z 26.02.2009, pkt 115,

Case of Vagapova and Zubirayev v. Russia, wk z 26.02.2009, pkt 102,
Case of Dzhambekova and Others v. Russia, wk z 12.03.2009, pkt 287,
Case of Elsiyev and Others v. Russia, wk z 12.03.2009, pkt 166,
Case of Khadayeva and Others v. Russia, wk z 12.03.2009, pkt 142,
Case of Dokayev and Others v. Russia, wk z 9.04.22009, pkt 90,
Case of Gazizyeva and Others v. Russia, wk z 98.04.2009, pkt 85,
Case of Malsagova and Others v. Russia, wk z 9.04.2009, pkt 124,
Case of Gakiyev and Gakiyeva v. Russia, wk z 23.04.2009, pkt 114,
Case of Israilova and Others v. Russia, wk z 23.04.2009, pkt 132,
Case of Taysumov and Others v. Russia, wk z 14.05.2009, pkt 107,
Case of Turluyeva and Khamidova v. Russia, wk z 14.05.2009, pkt 100,
Case of Khasuyeva v. Russia, wk z 11.06.2009, pkt 124,
Case of Magomadova v. Russia, wk z 18.06.2009, pkt 141,
Case of Pukhigova v. Russia, wk z 2.07.2009, pkt 98,
Case of Yusupova and Others v. Russia, wk z 9.07.22009, pkt 69,
Case of Karimov and Others v. Russia, wk z 16.07.2009, pkt 116,
Case of Magomadova and Others v. Russia, wk z 17.09.2009, pkt 106,
Case of Zabiyeva and Others v. Russia, wk z 17.09.2009, pkt 109,
Case of Babusheva and Others v. Russia, wk z 24.09.2009, pkt 100,
Case of Rezvanov and Rezvanova v. Russia, wk z 24.09.2009, pkt 89,
Case of Satabayeva v. Russia, wk z 29.10.2009, pkt 122–128,
Case of Vakhayeva and Others v. Russia, wk z 29.10.2009, pkt 155,
Case of Gukuyeva and Others v. Russia, wk z 11.02.2010, pkt 82,
Case of Aliyeva v. Russia, wk z 18.02.2010, pkt 74,
Case of Iriskhanova and Isirskhanov v. Russia, wk z 18.02.2010, pkt 89,
Case of Mutsolgova and Others v. Russia, wk z 1.04.2010, pkt 117,
Case of Abayeva and Others v. Russia, wk z 8.04.2010, pkt 105,
Case of Mudayevy v. Russia, wk z 8.04.2010, pkt 104,
Case of Sadulayeva v. Russia, wk z 8.04.2010, pkt 85,
Case of Seriyevy v. Russia, wk z 8.04.2010, pkt 99,
Case of Tasatayevy v. Russia, wk z 8.04.2010, pkt 87,
Case of Umalatov and Others v. Russia, wk z 8.04.2010, pkt 72,
Case of Mutayeva v. Russia, wk z 22.04.2010, pkt 89,
Case of Khatuyeva v. Russia, wk. z 22.04.2010, pkt 71,
Case of Tupchiyeva v. Russia, wk z 22.04.20910, pkt 73,
Case of Shakhabova v. Russia, wk z 12.05.2010, pkt 112,
Case of Dzhabrailovy v. Russia, wk z 20.05.2010, pkt 82,

Case of Khutsayev and Others v. Russia, wk z 27.05.2010, pkt 119,
Case of Ilyasova v. Russia, wk z 109.06.2010, pkt 126,
Case of Vakayeva and Others v. Russia, wk z 10.06.2010, pkt 146,
Case of Batayev and Others v. Russia, wk z 17.06.2010, pkt 202,
Case of Tivsultanova v. Russia, wk z 17.06.,2010, pkt 95,
Case of Gekayevy v. Russia, wk z 15.07...2010, pkt 114,
Case of Akhmathanovy v. Russia, wk z 22.07.2010, pkt 130,
Case of Merzhuyeva and Others v. Russia, wk z 7.10.2010, pkt 199,
Case of Dzhabrailova and Dzhabrailova v. Russia, wk z 2.12.2010, pkt 102,
Case of Taymuskhanovy v. Russia, wk z 16.12.2010, pkt 110,
Case of Tumayeva and Others v. Russia, wk z 16.12.2010, pkt 123,
Case of Nasukhanovy v. Russia, wk z 10.02.2011, pkt 99,
Case of Khaktiyeva, Temergeriyeva an Others v. Russia, wk z 17.02,2011,
pkt 216,
Case of Khambulatova v. Russia, wk z 3.03.2011, pkt 97,
Case of Murtazovy v. Russia, wk z 29.03.2011, pkt 98,
Case of Matayeva and Dadayeva v. Russia, wk z 19.04.2011, pkt 106,
Case of Shokkarov and Others v. Russia, wk z 3.05.2011, pkt 105,
Case of Maayevy v. Russia, wk z 24.05.2011, pkt 119,
Case of Malika Alikhadzhiyeva v. Russia, wk z 24.05.2011, pkt 109,
Case of Gerasiyev and Others v. Russia, wk z 7.06.2011, pkt 102,
Case of Kosumova and Others v. Russia, wk z 7.06.2011, pkt 80,
Case of Movsayevy v. Russia, wk z 14.06.2011, pkt 94,
Case of Giriyeva and Others v. Russia, wk z 21.06.2011, pkt 120,
Case of Isayev and Others v. Russia, wk z 21.06.2011, pkt 153,
Case of Makharbiyeva and Others v. Russia, wk z 21.06.2011, pkt 93,
Case of Velkhiyev and Others v. Russia, wk z 5.07.2011, pkt 115,
Case of Khashuyeva v. Russia, wk z 19.07.2011, pkt 149,
Case of Beksultanova v. Russia, wk z 27.09.2011, pkt 96,
Case of Tashukhadzhiyev v. Russia, wk z 25.10.2011, pkt 80,
Case of Sambiyeva v. Russia.,, wk z 8.11.2011, pkt 102,
Case of Akhmadova v. Russia, wk z 3,04,2012, pkt 81,
Case of Damayev v. Russia, wk z 29.05.2012, pkt 87.

Case of Isigova and Others v. Russia
Sk. 6844/02 – wk z 26.06.2008

110. Jeśli chodzi o zabezpieczenie interesów najbliższego krewnego, Trybunał odnotowuje, że pierwszemu, trzeciemu i czwartemu ze skarżących przyznano status ofiary w postępowaniu, jednak nie jest całkiem jasne, jak długo po wszczęciu śledztwa status ofiary został im przyznany. W każdym razie skarżący nie byli należycie informowani o postępie śledztwa. Chociaż byli oni informowani o zawieszaniu i ponownym wszczęciu śledztwa, nie zapewniano im prawie żadnych informacji dotyczących istotnych czynności śledczych.

Por. identycznie:

Case of Musayeva v. Russia, wk z 3.07.2008, pkt 114.

Case of Khalitova v. Russia
Sk. 39166/04 – wk z 5.02.2009

68. Trybunał zauważa wreszcie, że – chociaż, jak twierdzi rząd, postępowanie karne w związku z zamordowaniem męża skarżącej zostało wszczęte 12 września 2000 r. – skarżącą uznano w tym postępowaniu za ofiarę dopiero 26 lutego 2004 r. Nawet gdyby Trybunał był gotów zaakceptować twierdzenie rządu, że taka znacząca zwłoka w podjęciu jednego z najbardziej istotnych kroków, poprzez który przyznaje się skarżącemu minimalne gwarancje proceduralne, może zostać wyjaśniona brakiem przedstawienia przez skarżącą wymaganych dokumentów, zauważa on, że także po tej dacie – jak się wydaje – skarżąca nie była należycie informowana o toku śledztwa. Trybunał pod tym względem zauważa, że argument skarżącej, że ona nigdy nie została poinformowana o prowadzeniu śledztwa po kwietniu 2004 r., argument, którego rząd nie kwestionuje ani nie przedstawia żadnych dokumentów jemu przeczących, który wspiera twierdzenie, że śledztwo od marca 2004 r. pozostawało zawieszone. Trybunał zauważa również, że – mimo jej wysiłków – skarżąca nigdy nie uzyskała dostępu do akt sprawy w śledztwie. W takich okolicznościach Trybunał uważa, że była ona wykluczona z postępowania karnego oraz że władze jawnie i rażąco nie zapewniły, by śledztwo uzyskało wymagany stopień kontroli publicznej ani nie zagwarantowały prawowitych interesów w postępowaniu najbliższej krewnej ofiary (*por. Ogur, pkt 92*).

**Case of Dzhabrailova v. Russia,
Sk. 1586/05 – wk z 9.04.2009**

77. Trybunał zauważa wreszcie, że nie jest jasne, czy skarżąca została uznana za ofiarę w sprawie dotyczącej zaginięcia jej syna. Z odnośnych twierdzeń rządu, zakładając, że są one akuratne, można wywieść, że status ofiary został przyznany innym krewnym K. Dzhabrailova, a mianowicie jego żonie [...], a potem L. Dzhabrailowowi [...]. W każdym razie skarżąca twierdziła, że ona i inni krewni K. Dzhabrailova nie byli właściwie informowani o toku śledztwa ani nawet o decyzjach dotyczących umorzenia czy wznowienia postępowania. Trybunał – odnotowując, że rząd nie przedstawił żadnych dokumentów przeczących temu twierdzeniu skarżącej – uważa, że krewni K. Dzhabrailova faktycznie byli wykluczeni ze śledztwa karnego w sprawie jego zaginięcia.

**Case of Bitiyeva and Others v. Russia,
Sk. 36156/04 – wk z 23.04.2009**

94. Nawet zakładając, że krewni 8 zabitych mężczyzn w pewnym momencie uzyskali status ofiar, jak to twierdzi rząd, nie wydaje się, by byli oni właściwie informowani o toku śledztwa. Wysyłane do nich pisma władz nie wskazują dat, w których postępowanie karne było wszczynane bądź umarzone, ani nie dostarczają żadnych szczegółów dotyczących śledztwa. Nie wydaje się też – i rząd tak nie twierdził – iżby skarżący otrzymywali jakiegokolwiek informacje dotyczące śledztwa po czerwcu 2004 r.

**Case of Asadulayeva and Others v. Russia
Sk. 15569/06 – wk z 17.09.2009**

102. Trybunał zauważa również, że – choćby nawet trzeciej skarżącej przyznano status ofiary – wydaje się, że nie była ona informowana o żadnym znaczącym rozwoju w śledztwie. W szczególności, z materiałów nie wynika, by została ona na czas poinformowana o wszczęciu śledztwa. Zważywszy na powtarzane wnioski trzeciej skarżącej i innych przedstawicieli skarżących dotyczące informacji, wynikałoby stąd, że skarżący nie byli powiadamiani o takich fundamentalnych rozwojuach w śledztwie, jak decyzje dotyczące jego zawieszenia czy ponownego wszczęcia. Nie ma ponadto żadnych wskazań, jakoby pierwszej i drugiej skarżącej przyznano kiedykolwiek status ofiary. Co za tym idzie, śledczy nie zapewnili

śledztwu wymaganego stopnia kontroli publicznej ani zagwarantowania interesów w postępowaniu najbliższych krewnych (*por. Ogur, pkt 92*).

Por. identycznie:

Case of Khantiyeva and Others, wk z 29.10.2009, pkt 117.

Case of Dubayev and Bersnukayeva v. Russia
Sk. 30613/05 – wk z 11.02.2010

133. Trybunał zauważa również, że – choćby nawet skarżącym przyznano status ofiary – byli oni informowani li tylko o zawieszeniu i ponownym wszczęciu postępowania, nie zaś o wszelkim innym znaczącym rozwoju. Szczególnie charakterystyczne dla prowadzenia śledztwa było to, że rodziny nie były we właściwy sposób informowane, że dwa zbiory połączone w lutym 2002 r. Co za tym idzie, śledczy nie zapewnili śledztwu wymaganego poziomu kontroli publicznej ani nie zabezpieczyli w postępowaniu interesów najbliższych krewnych.

Case of Khadayeva and Others v. Russia,
Sk. 5351/04 – wk z 12.03.2010

142. Trybunał zauważa również, że – choćby nawet pierwszej i drugiej skarżącej przyznano status ofiary – przez kilka lat były one informowane li tylko o zawieszeniu i wszczęciu na nowo śledztwa, czasami ze znaczącymi zwłokami. Druga skarżąca nie mogła badać akt śledztwa aż do czerwca 2007 r., tj. ponad 4 lata po wszczęciu śledztwa, w następstwie zarządzenia Sądu Miejskiego z Urus-Martan o przyznaniu jej dostępu do akt postępowania.

Case of Abdurashidova v. Russia,
Sk. 32968/05 – wk z 8.04.2010

86. Trybunał przejęty jest faktem, że w rezultacie skarżącej nigdy nie przyznano jakiegokolwiek statusu proceduralnego, a zatem była ona całkowicie wykluczona ze śledztwa dotyczącego śmierci jej córki. W niniejszej sprawie śledczy rażąco zignorowali wymagania dotyczące zabezpieczenia w postępowaniu interesów najbliższego krewnego i dopuszczenia kontroli publicznej. Co jeszcze bardziej niepokoi, to to, że sytuacji nie naprawiono, gdy skarżąca starała się o zwrócenie uwagi na ten błąd sądu rejonowego, którego rolą w zasadzie powinno być działanie dla zabezpie-

czenia przed jakimkolwiek arbitralnym wykonywaniem kompetencji przez władze śledcze (*por. Trubnikov, Dec. z 14.10.2003*).

**Case of Suleymanova v. Russia,
Sk. 9191/06 – wk z 12.05.2010**

96. Trybunał zauważa dalej, że nie jest jasne, kiedy skarżącej przyznano w sprawie karnej status ofiary, który mógłby zapewnić jej minimalne gwarancje w postępowaniu karnym. Z posiadanych przez Trybunał materiałów jasno jednak wynika, że skarżąca była informowana o rozwoju w śledztwie jedynie fragmentarycznie i okazjonalnie oraz że nie zapewniono jej realnej sposobności dostępu do akt sprawy, mimo jej licznych wniosków. Trybunał uważa, że skarżąca faktycznie została wykluczona z postępowania karnego i nie była zdolna do obrony jej prawowitych interesów.

**Case of Abuyeva and Others v. Russia,
Sk. 27065/05 – wk z 2.12.2010**

213. Następnie ze zdziwieniem Trybunał zauważa, że w ponad 7 lat po napaści śledztwo nie sporządziło wyczerpującej listy ofiar. Sytuacja 24. skarżącej, p. Beli Orsamikowej i śmierć jej czworga krewnych nie były brane pod uwagę do czasu zakończenia postępowania w czerwcu 2007 r., co uderza tym bardziej, że jej zarzuty sąd wojskowy zaakceptował w marcu 2006 r.

214. W związku z potrzebą zapewnienia kontroli publicznej nad śledztwem, Trybunał zauważa wreszcie, że nie wydaje się, by jakiegokolwiek, zasadnicze informacje o postępowaniu były skarżącym komunikowane. Biuro prokuratora wojskowego nie informowało ich o najbardziej istotnych podejmowanych krokach proceduralnych, z naruszeniem odnośnego ustawodawstwa krajowego. Rząd nie dostarczył żadnego przekonującego wyjaśnienia co do tego niedostatku. Trybunał uważa, że brak ten stanowił szczególnie ciężkie naruszenie wymogu skutecznego śledztwa w sprawie użycia siły śmiercionośnej przez funkcjonariuszy państwowych, zwłaszcza że ściśle takie samo ustalenie było już przez Trybunał podjęte w 2005 r.

**Case of Tsechoyev v. Russia,
Sk. 39358/05 – wk z 15.03.2011**

145. Trybunał przy wielu okazjach stwierdzał, że obowiązek ochrony prawa do życia na podstawie art. 2 Konwencji wymaga również w sposób dorozumiany, by wchodziła w grę jakaś forma skutecznego śledztwa urzędowego, gdy jednostki zostają zabite w rezultacie użycia siły. Obowiązek przeprowadzenia skutecznego śledztwa urzędowego powstaje również, gdy śmierć ma miejsce w podejrzanych okolicznościach nie dających się przypisać funkcjonariuszom państwowym. Rozwinął on szereg zasad przewodnich, których należy przestrzegać, by śledztwo było zgodne z wymaganiami Konwencji, obejmujących zwłaszcza wymogi skuteczności, niezawisłości, niezwłoczności i szybkości, dostępności dla rodziny i wystarczającej kontroli publicznej (*por. Rantsev, pkt 232–233*).

**Case of Kerimova and Others v. Russia,
Sk. 17170/04 [...] – wk z 3.05.2011**

272. Trybunał odnotowuje dalej znaczącą zwłokę w przyznaniu pierwszej skarżącej statusu ofiary, który mógłby zapewniać jej minimalne gwarancje proceduralne. Jest sceptyczny wobec twierdzenia rządu, że pierwsza skarżąca nigdy się nie domagała uznania jej za ofiarę w niniejszej sprawie, ponieważ z posiadanych dokumentów jasno wynika, że p. Khamzayev – działając na rzecz osób dotkniętych atakiem z 2.10.1999 r., w tym na rzecz pierwszej skarżącej – wielokrotnie wnioskował do różnych władz opisując odnośny incydent, wyliczając ofiary tego incydentu i ubiegając się o śledztwo w jego sprawie. Trybunał przypomina, że władze muszą działać ze swej własnej inicjatywy, skoro tylko na sprawę zwrócono ich uwagę i nie mogą pozostawiać najbliższemu krewnemu ani wnoszenia formalnej skargi, ani przejmowania odpowiedzialności za prowadzenie postępowania śledczego (*por. Hugh Jordan, pkt 105*).

273. Materiały w dyspozycji Trybunału ujawniają też, że pierwsza skarżąca otrzymywała jedynie skąpe i sprzeczne informacje o śledztwie. [...] Trybunał stwierdza zatem, że faktycznie pierwsza skarżąca była wykluczona z postępowania karnego i nie była zdolna do obrony swoich prawowitych interesów.

274. Trybunał zauważa wreszcie, że śledztwo w sprawie nr 25268, w której pierwszej skarżącej przyznano status ofiary, trwało od 23 kwietnia

2001 r. przynajmniej do końca 2008 r., w którym to okresie było ono kilkakrotnie wstrzymywane i ponownie otwierane, jak to wskazywał sam rząd. [...]

Case of Malika Alikhadzhiyeva v. Russia

Sk. 37193/08 – wk z 24.05.2011

112. Ponadto skarżąca, która nie miała żadnego dostępu do akt sprawy i nie była właściwie informowana o postępach w śledztwie, zwłaszcza na jego początkowym i krytycznym stadium, nie mogła też skutecznie zwalczać żadnych działań czy zaniechań władz przed sądem. Co więcej, zważywszy na czas, jaki upłynął od zarzucanych zdarzeń, pewne czynności śledcze, które powinny zostać przeprowadzone o wiele wcześniej, już potem nie mogły w pożyteczny sposób zostać przeprowadzone. Jest więc wysoce wątpliwym, czy środek, na którym opierał się rząd, miałby jakiegokolwiek szanse powodzenia.

113. Zdaniem Trybunału, rząd nie wykazał też, w jaki sposób skarżąca – mając status ofiary – mogłaby się przyczynić do wyżej opisanej sytuacji.

Sprawy polskie

Case of Byrzykowski v. Poland Sk. 11562/05 – wk z 27.06.2006

104. Trybunał przypomina, że działania i zaniechania władz w dziedzinie opieki zdrowotnej mogą w pewnych okolicznościach angażować ich odpowiedzialność na podstawie pozytywnego nagłówka art. 2. Jednakże tam, gdzie Umawiające się Państwo poczyniło adekwatne kroki dla zabezpieczenia wysoko profesjonalnych standardów wśród pracowników służby zdrowia i ochrony życia pacjentów, nie da się przyjmować, jakoby sprawy takie, jak błąd w ocenie ze strony pracownika służby zdrowia albo niedbalstwo w koordynacji pomiędzy pracownikami służby zdrowia w leczeniu konkretnego pacjenta, wystarczały same w sobie do rozliczenia Umawiającego się Państwa w kontekście jego zobowiązań pozytywnych w sferze ochrony zdrowia na podstawie art.2 Konwencji (*Powell p. Zj. Królestwu, Dec. 4.05.2000; Nitecki p. Polsce, Dec. z 21.03.2002*).

Zobowiązania pozytywne wymagają od państw wprowadzenia unormowań zmuszających szpitale – czy to publiczne, czy też prywatne – do przyjmowania właściwych środków służących ochronie życia pacjentów. Wymagają również ustanowienia skutecznego niezawisłego systemu sądowego, by przyczyna śmierci pacjentów podlegających opiece lekarzy – czy to w sektorze publicznym, czy też prywatnym – mogła zostać ustalona, a osoby odpowiedzialne zostały rozliczone (*por. Erikson p.Włochom, Dec. z 26.10.199 i Dec. Powell*).

105. Chociaż prawo do spowodowania ścigania lub karanía stron trzecich za przestępstwo karne nie może zostać w sposób niezależny stwierdzone (*por. Perez p. Francji, pkt 70*), Trybunał przy wielu okazjach stwierdzał, że wymagany przez art. 2 skuteczny system sądowy może – a w niektórych okolicznościach musi – obejmować odwołanie się do prawa karnego. Jeżeli jednak naruszenie prawa do życia lub integralności osobistej nie jest spowodowane umyślnie, zobowiązanie pozytywne nakładane przez art. 2 co do ustanowienia skutecznego systemu sądowego nie musi wymagać w każdej ze spraw zapewnienia środka prawnokarnego. W specyficznej sferze niedbalstwa medycznego zobowiązanie takie może np. zostać pełnione, jeśli system prawny przyznaje ofierze

środek przed sądami cywilnymi, czy to oddzielnie, czy też w powiązaniu ze środkiem przed sądami karnymi, umożliwiając ustalenie wszelkiej odpowiedzialności zainteresowanych lekarzy oraz właściwe cywilne zadośćuczynienie, takie jak uzyskanie orzeczenia w sprawie odszkodowania i publikacji orzeczenia. Można też rozważyć środki dyscyplinarne.

Zobowiązanie państwa oparte na art. 2 nie zostaje jednak spełnione, jeśli ochrona przyznawana przez prawo krajowe istnieje tylko w teorii; nade wszystko, musi ona działać skutecznie także w praktyce w takim okresie, by sądy mogły dokończyć ich badanie meritum każdej indywidualnej sprawy (*por. Calvelli and Ciglio p. Włochom, pkt 51–53; Vo p. Francji, pkt 89–90*). [...]

111. [...] Trybunał zauważa zatem, [...] że śledztwo trzykrotnie było przerwane, a potem było ono wznawiane z uwagi na niedostatki w pozyskiwaniu dowodów. Władze badające odwołania skarżącego przeciwko umorzeniu postępowania wciąż na nowo zwracały uwagę władz niższych na wyjaśnienie wszelkich okoliczności istotnych dla mającej być podjęta decyzji. Trybunał uważa, że – ponieważ zwrot sprawy do ponownego zbadania zazwyczaj jest zarządzany w rezultacie błędów popełnianych przez władze niższe – powtarzanie takich zarządzeń w tym samym zbiorze postępowania ujawnia poważny niedostatek w funkcjonowaniu systemu sądowego (*por. Wierciszewska p. Polsce, pkt 46*).

Case of Irena Rajkowska v. Poland Sk. 37393/02 – Dec. z 27.11.2007

[...] Trybunał przypomina, że zd. I art. 2, który należy do najbardziej fundamentalnych postanowień w Konwencji i wpisuje jedną z najbardziej fundamentalnych wartości demokratycznych społeczeństw tworzących Radę Europy (*por. McCann, pkt 147*), zobowiązuje państwo nie tylko do powstrzymywania się od „umyślnego” pozbawiania życia, ale także do podejmowania właściwych kroków dla zabezpieczenia życia osób podlegających jego jurysdykcji (*L.C.B., pkt 36*).

Trybunał jest zdania, że te same zasady znajdują zastosowanie tam, gdzie – jak w sprawie niniejszej – naruszenie prawa do życia wynika w kontekście śmierci spowodowanej wypadkiem drogowym.

Chociaż prawo do ścigania czy skazywania osób trzecich za przestępstwo karne nie może zostać stwierdzone w sposób samoistny (*Perez, pkt 70*), Trybunał oświadczał przy wielu okazjach, że skuteczny system

sądowy, jaki jest wymagany przez art. 2, może, a w niektórych okolicznościach musi obejmować odwołanie się do prawa karnego. Jeżeli jednak naruszenie prawa do życia albo integralności osobistej nie jest spowodowane umyślnie, zobowiązanie pozytywne nakładane przez art. 2 co do stworzenia skutecznego systemu sądowego nie musi koniecznie wymagać zapewnienia środka karnego w każdej ze spraw. Obowiązek taki może zostać zaspokojony, jeżeli np. system prawny dostarcza ofiarom środka przed sądami cywilnymi, czy to odrębnie, czy też w powiązaniu ze środkiem przed sądami karnymi (*Calvelli and Ciglio, pkt 51–53; Byrzykowski, pkt 106*).

Trybunał przypomina wreszcie, że zakres zobowiązania proceduralnego państwa jest obowiązkiem środków, a nie rezultatu; władze muszą podejmować wszelkie rozsądne dostępne im kroki dla zabezpieczenia dowodów dotyczących incydentu (*por. Dec.Menson*).

[...] Trybunał zauważa, że władze podjęte – w obydwu zbiorach postępowania karnego – wszelkie rozsądne kroki dla ustalenia kierowcy odpowiedzialnego za śmierć męża skarżącej i postawienia tego kierowcy przed wymiarem sprawiedliwości. Zebrano w związku z tym idące w tomy dowody. Skarżąca aktywnie uczestniczyła w postępowaniu i korzystała ze swoich uprawnień proceduralnych, by wpływać na jego bieg. Jej wnioski dowodowe często uwzględniano. W szczególności, V i VI opinie ekspertów zostały przygotowane na jej wniosek. Po długim czasie poświęconym na przeprowadzenie postępowania, kierowca Forda został ostatecznie skazany za przestępstwo. Sam fakt, że kierowcy Fiata nie odnaleziono, sam przez się nie wystarczy dla stwierdzenia, że w niniejszej sprawie państwo nie dopełniło swoich zobowiązań proceduralnych.

Wynika stąd, że skarga musi zostać odrzucona zgodnie z art. 35 ust. 3 i 4 Konwencji. [...]

Affaire Jasińska c. Pologne **Sk. 28326/05 – wk z 1.06.2010**

57. Trybunał przypomina, że zd. I art. 2 zobowiązuje państwo nie tylko do powstrzymywania się od umyślnego i bezprawnego pozbawiania życia, lecz także do podejmowania środków koniecznych dla ochrony życia osób podlegających jego jurysdykcji. Trybunał ma więc za zadanie rozstrzygać, czy w okolicznościach danej sprawy państwo podjęło wszystkie

środki wymagane dla zapobieżenia niepotrzebnemu narażeniu na niebezpieczeństwo życia syna skarżącej (por. *L.C.B.*, pkt 36).

58. Trybunał przypomina również, że art. 2 w pewnych ściśle określonych okolicznościach może nakładać na państwo pozytywne zobowiązanie co do prewencyjnego podejmowania środków praktycznych dla potrzeb ochrony jednostki przed innymi osobami bądź w pewnych okolicznościach przed nią samą (*Tanribilir*, pkt 70; *Keenan*, pkt 89; *Ataman*, pkt 54; *Renolde*, pkt 81).

59. Należy jednak interpretować to zobowiązanie w taki sposób, by nie nakładać na władze nieznośnego czy nadmiernego ciężaru, nie tracąc z pola widzenia trudności, jakie napotykają siły porządkowe w spełnianiu swoich funkcji we współczesnych społeczeństwach, nieprzewidywalności ludzkich zachowań oraz wyborów operacyjnych, jakich trzeba dokonywać z punktu widzenia priorytetów i zasobów. Nie każde zatem zagrożenie życia zobowiązuje władze, z punktu widzenia Konwencji, do podejmowania konkretnych środków zapobiegających jego urzeczywistnieniu (*Tanribilir*, pkt 70–71; *Keenan*, pkt 90; *Tais p. Francji*, pkt 97).

60. Trybunał miał już okazję podkreślić, że osoby pozbawione wolności znajdują się w położeniu drażliwym oraz że władze mają obowiązek ich ochrony (*Keenan*, pkt 91; *Younger, Dec, Trubnikow*, pkt 68).

61. Podobnie władze penitencjarne powinny wypełniać swoje zadania w sposób dający się pogodzić z prawami i wolnościami danej jednostki. Można podejmować ogólne środki ostrożności dla zminimalizowania ryzyka samookaleczeń, bez godzenia w autonomię jednostki. To, czy należy podjąć w stosunku do osoby pozbawionej wolności środki bardziej ścisłe oraz czy ich zastosowanie byłoby rozsądne, zależy od okoliczności danej sprawy (*Keenan*, pkt 92; *Dec. Younger; Trubnikov*, pkt 70).

62. Trybunał przypomina wreszcie, że w przypadku osób umyślowo chorych należy brać pod uwagę ich szczególną drażliwość (por. *Aerts*, pkt 66; *Keenan*, pkt 111; *Riviere*, pkt 63).

63. W świetle powyższego, Trybunał zbada, czy władze wiedziały albo powinny były wiedzieć, że wchodziło w grę rzeczywiste i bezpośrednie ryzyko, że R.Ch. popełni samobójstwo, a jeśli tak, czy uczyniły wszystko, czego rozsądnie można było od nich oczekiwać, dla zapobieżenia spełnieniu się tego ryzyka. [...]

77. Trybunał stwierdza, że polskie władze penitencjarne dysponowały pełnym arsenalem środków pozwalających na zapewnienie, że leczenie

będzie prawidłowo administrowane i wykonywane przez więźniów cierpiących na zaburzenia umysłowe.

W okolicznościach niniejszej sprawy Trybunał stwierdza oczywisty niedostatek systemu, który pozwolił osobie pozbawionej wolności odbywającej swoją pierwszą karę więzienia, kruchej umysłowo, z pogarszającym się stanem zdrowia, pobrać bez wiedzy personelu medycznego – zobowiązanego do nadzoru nad pobieraniem leków – śmiertelną dawkę leków psychotropowych [...].

78. Trybunał uważa, że obowiązek zapewnienia więźniowi właściwej pieczy medycznej, zagwarantowany przez Konwencję i potwierdzony przez jego orzecznictwo, byłby pozbawiony wszelkiego sensu, gdyby miał się ograniczać li tylko do przepisywania adekwatnego leczenia, bez zabezpieczenia, że będzie ono prawidłowo administrowane i wykonywane. Taka odpowiedzialność szczególnie staje się ważna, gdy chodzi o więźniów z problemami umysłowymi.

Alfabetyczny wykaz orzeczeń

Abdurashidova p-ko Rosji
Abuyeva i inni p-ko Rosji
Akhmadova i Sadulayeva p-ko Rosji
Asdadulayeva i inni p-ko Rosji
Avsar p-ko Turcji
Baysayeva p-ko Rosji
Bazorkina p-ko Rosji
Bitiyeva i inni p-ko Rosji
Bubbins p-ko Zjednoczonemu Królestwu
Budayeva i inni p-ko Rosji
Byrzykowski p-ko Polsce
Demiray p-ko Turcji
Dubayev i Bersunkayeva p-ko Rosji
Dzhabrailova p-ko Rosji
Finogenov i inni p-ko Rosji
Hamiyat Kaplan p-ko Turcji
Hugh Jordan p-ko Zjednoczonemu Królestwu

Ibragimov i inni p-ko Rosji
Imakayeva p-ko Rosji
Irena Rajkowska p-ko Polsce
Isayeva p-ko Rosji
Isigova i inni p-ko Rosji
Jasińska p-ko Polsce
Kamila Isayeva p-ko Rosji
Kaplanova p-ko Rosji
Kerimowa i inni p-ko Rosji
Khalitova p-ko Rosji
Khashiyev i Akayeva p-ko Rosji
Khedayeva i inni p-ko Rosji
Kolyadenko i Inni p-ko Rosji
Kukayev p-ko Rosji
Luluyev i inni p-ko Rosji
Makhauri p-ko Rosji
Malika Alikhadzhiyeva p-ko Rosji
Mahmut Kaya p-ko Turcji
McKerr p-ko Zjednoczonemu Królestwu
McShane p-ko Zjednoczonemu Królestwu
Musayev i inni p-ko Rosji
Oneryildiz p-ko Turcji
Papapetrou p-ko Grecji
Paul and Audrey Edwards p-ko Zjednoczonemu Królestwu
Pereira Henriques p-ko Luksemburgowi
Shanaghan p-ko Zjednoczonemu Królestwu
Silih p-ko Słowenii
Simsek i inni p-ko Turcji
Suleymanova p-ko Rosji
Tsechoyev p-ko Rosji
Zubayrayev p-ko Rosji

Indeks przedmiotowy

Uwaga! Liczba przed ukośnikiem oznacza stronę niniejszego zbiorku; liczba po nim – punkt/paragraf wyroku (wyjątkowo stronę decyzji)

Zobowiązania państwa

Akcja antyterrorystyczna

Finogenov 127/207 i n.; 127/210 i n.; 129/214 i n.; 130/219 i n.

– planowanie akcji: Finogenov 137/243–245; 138/246–248; 139/249–251; 140/253–258

– akcja ratownicza: Finogenov 143/261–265

– pomoc medyczna: Finogenov 142/259–260

– informacja o zagrożeniu (gaz): Finogenov 140/254–255, 141/256–257

Działalność niebezpieczna

Oneryildiz 32/90, 93; Budayeva 97/ 130, 140, 141; Kolyadenko 106/158, 190

– kryterium zagrożenia: Budayeva 101/149, 152; Pereira 95/56

Art.2 EKPC i jego znaczenie w systemie Konwencji

Demiray 115/40; McKerr 116/108

– test absolutnej konieczności: McKerr 117/110

Zobowiązania pozytywne państwa z art.2 EKPC

Oneryildiz 92/89; Budayeva 98/133, 136–140; Kolyadenko 105/151, 155, 161, 166, 183, 186–187; Demiray 115/41; Byrzykowski 168/104

Obowiązek podejmowania środków koniecznych dla ochrony życia

Papapetrou 90/49–50; Oneryildiz 92/89; Pereira 95/54; Budayeva 97/128, 131; Kolyadenko 105/157; M. Kaya 114/85; Byrzykowski 168/105; I. Rajkowska 169/s. 8; Jasińska 170/57

Obowiązek stworzenie ram prawnych/ustawodawczych i administracyjnych

Oneryildiz 92/90–91; Budayeva 97/129, 132, 138; Kolyadenko 105/157, 170;

Finogenov 130/218–219; Byrzykowski 168/104; Jasińska 171/77

Obowiązek podejmowania prewencyjnych środków praktycznych

Oneryildiz 92/90; Budayeva 98/134, 1337, 100/141, 152, 158; Kolyadenko 107/171, 173–174, 180, 184, 113/216; M. Kaya 114/86; Finogenov 135/237; Jasińska 171/58

- **brak wyjaśnień rządu:** Finogenov 137/242
- **kryterium nieznośnego lub dysproporcjonalnego ciężaru dla państwa:** Budayeva 98/135; Kolyadenko 106/160
- **wymóg współdziałania i koordynacji:** Kolyadenko 109/185
- **waga procedur:** Oneryildiz 92/90; Silih 102/171; Kolyadenko 106/159; McKerr 120/160

Prawo społeczeństwa do informacji

Papapetrou 91/54; Oneryildiz 92/90, 95/108; Budayeva 97/131; Kolyadenko 106/159, 108/181–182

Obowiązek ustanowienia skutecznego systemu sądowego

Oneryildiz 93/92, 94; Budayeva 99/139, 142; Silih 103/192; Kolyadenko 110/189, 191, 203; Avsar 121/403; Byrzykowski 168/105, 111; I. Rajkoska 169/s. 8

- **wymóg kontroli sądowej:** Oneryildiz 94/95–96; Budayeva 100/143–145; Kolyadenko 109/185; 28/193

Obowiązek przeprowadzenia skutecznego śledztwa z urzędu:

Papapetrou 89/484, 53; Oneryildiz 94/94–95; Pereira 95/55; Budayeva 100/142; Silih 103/172, 211; M. Kaya 114/102; Demiray 116/48; McKerr 117/111, 120/160; Kaplan 124/56; Finogenov 136/239, 144/268–270; Bazorkina 149/117, 124; Kaplanova 158/111; Tsechoyev 166/145

- **zobowiązanie środków, a nie rezultatu:** Silih 103/193; Avsar 121/404; Simsek 123/99; I. Rajkowska 169/s. 8
- **środki nie tylko karne:** Oneryildiz 93/92–93, 96; Budayeva 100/141; Silih 103/194; Byrzykowski 168/105; I. Rajkowska 169/s. 8
- **znaczenie ustawodawstwa karnego:** Papapetrou 90/50; Pereira 95/56;
- **brak autonomicznego prawa do ścigania i karania osób trzecich:** Oneryildiz 94/96; Budayeva 100/144; Silih 103/194; Kolyadenko 111/192; Byrzykowski 168/105; I. Rajkowska 169/s. 8
- **cel śledztwa:** Oneryildiz 94/94; Pereira 95/55; McKerr 117/111; Bazorkina 149/117; Kaplanova 158/111
- **cechy śledztwa:** Pereira 96/57; Kolyadenko 112/196; McKerr 118/113; Kaplan 124/56; Kaplanova 158/111; Tsechoyev 166/115

- rozliczenie osób odpowiedzialnych: Papapetrou 90/49, 52; Oneryildiz 93/93; Kolyadenko 112/202; Avsar 121/403, 122/413–414; Kaplanova 158/111
- niezwołczość i szybkość: Budayeva 100/142; Silih 103/173, 195–196; M. Kaya 115/107; McKerr 118/114
- niezawistość i bezstronność: Papapetrou 90/51; McKerr 118/112; Finogenov 147/281
- jawność: McKerr 119/147, 160
- dokładność: Finogenov 145/271
- kontrola publiczna: Finogenov 145/272
- obowiązane adekwatnej i niezwołcznej odpowiedzi na przeszkody i trudności: Kolyadenko 110/188
- postępowanie dowodowe a ETPC: Demiray 115/43; Simsek 123/101–102; Finogenov 124/199, 136/238
- kryterium wyłącznej kontroli władz: Finogenov 145/273
- kryterium wyłącznej wiedzy władz: Oneryildiz 93/93; Budayeva 99/40; McKerr 116/109; Finogenov 145/273
- niedbalstwo władz: Kolyadenko 112/213–214; Finogenov 136/240, 146/275–276
- niedostatki w śledztwie: Finogenov 64/280; 65/277, 279

Prawa Rodzin Smoleńskich

Kontrola publiczna nad śledztwem i jego wynikami: McKerr 118/115; H. Jordan 120/121; Isayeva 148/214; Zubayrayev 157/100; Kaplanova 158/111; Ibragimov 159/98; Asadulayeva 163/102; Dubayev 164/133; Abdurashidova 164/86; Abyeva 165/214

Śledztwo dostępne dla rodziny: Kaplanova 158/111 (i wiele innych wyroków)

Partycypacja członka rodziny w śledztwie: Papapetrou 91/54; McKerr 119/147; Edwards 121/84; K. Isayeva 156/130

- zabezpieczenie interesów rodziny: Isayeva 158/214; Zubayrayev 157/100; Ibragimov 159/98 (i wiele innych wyroków); Isigova 162/110; Asadulayeva 163/102; Dubayev 164/133; Abrurashidova 164/86
- dostęp do akt śledztwa: McKerr 119/147–148; Finogenov 145/270, 148/282; Kukayev 157/99; Khalitova 162/68; Khadayeva 164/142; Suleymanova 165/96

- **informowanie rodzin:** Makhauri 155/111; Kukayev 157/99; Zubayrayev 157/100; Ibragimov 159/98; Isigova 162/110; Khalitova 162/68; Dzhabrailova 163/77; Bitiyeva 163/94; Asadulayeva 163/102; Dubayev 164/133; Khadayeva 164/142; Abuyeva 165/214
- **przyznanie statusu ofiary:** Budayeva 101/146; Kolyadenko 112/210; Finogenov 126/204–205; Luluyev 152/87, 112/117; Makhauri 155/111; Kukayev 157/99; Zubayrayev 157/100; Ibragimov 159/98; Isigova 162/110; Khalitova 162/68; Dzhabrailova 163/77; Bitiyeva 163/94; Asadulayeva 163/1022; Dubayev 164/133; Abdurashidova 164/86; Suleymanova 165/96; Kerimova 166/272, 274
- **rodzina bezbronna a wyczerpanie środków krajowych:** Khashiyev 149/165; Isayeva 156/130; Alikhadzhiyeva 167/112
- **wykluczenie rodziny *de facto*:** Khalitova 162/68; Dzhabrailova 163/77; Suleymanova 165/96; Kerimova 166/273

Położenie prawne Rodzin Smoleńskich w kontekście wyjaśniania Katastrofy Smoleńskiej i dochodzenia roszczeń z niej wynikających

Uwagi wstępne

1. Poniższa ekspertyza pozostaje w nierozdzielalnym związku z moją poprzednią ekspertyzą na temat zobowiązań Polski i Rosji wynikających z systemu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, a zwłaszcza z jej art. 2: Prawo do życia¹. Współ z tamtą więc musi być ona odczytywana, podobnie jak tamta – współ z niniejszą. Korzystanie li tylko z jednej z tych ekspertyz oznaczałoby błąd logiczny określany jako *pars pro toto*. One obie dopiero – i to dodatkowo współ z „Pomocnikiem Smoleńskim”² – składają się na całość mojej ekspertyzy smoleńskiej.

2. Postępuję się tu terminem „Rodziny Smoleńskie”, który na tyle się utarł i tak godnościowo ujmuje tę grupę zboliałych osób i kręgów rodzinnych, że „nie jest grzechem” używanie go, w tym – nie jest to grzechem naukowym, jeśli z niniejszej ekspertyzy wyniknie precyzyjny sposób rozumienia tego terminu. Wyjaśniając wstępnie, chodzi o kategorię wspólnotową Rodzin Smoleńskich, mieszczącą w sobie każdą z osobna i wszystkie razem Rodziny Ofiar Smoleńskich, nawet gdyby w konkretnych zamiarach i działaniach ich pragnienia i poglądy się rozchodziły albo gdyby tylko ich poważna część przejawiała aktywność w trosce

¹ Zobowiązania Polski i Rosji w systemie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w kontekście Katastrofy Smoleńskiej i jej konsekwencji, patrz wyżej, s. 62 i nast.

² Pomocnik smoleński. Zestaw orzecznictwa strasburskiego dla potrzeb badania prawnych problemów Katastrofy Smoleńskiej i jej konsekwencji, patrz wyżej, s. 89 i nast.

i walce o zabezpieczenie należnych jej – i każdej z pozostałych rodzin – prawowitych interesów.

3. Te prawowite interesy dotyczą również tych materii, o których była mowa w ekspertyzie o zobowiązaniach Polski i Rosji w kontekście Katastrofy Smoleńskiej. Ginęli w niej członkowie tych Rodzin: matki i żony, ojcowie i mężowie, rodzice (być może też babcie i dziadkowie) i dzieci (synowie i córki, być może także wnuki), bracia i siostry. W tym kontekście pojęcie „rodziny” nie musi ograniczać się i nie ogranicza się do składu małej nuklearnej rodziny, składającej z dwóch pokoleń: rodziców i ich dzieci. Dalsze pokolenia wstępnych i zstępnych jak najbardziej mogą wchodzić w grę, a w braku najbliższych krewnych I i II stopnia, także krewni i powinowaci dalsi, w każdym razie ci, którzy po śmierci krewnego (choćby i dalszego) chcą i potrafią zadbać o jego godziwy pochówek i zachowywać cześć jego pamięci.

4. Nadal wstępnie zakładając, każdy z takich krewnych i z takich bliskich ma tytuł do zabezpieczenia jego prawowitych interesów w kontekście Katastrofy Smoleńskiej i śmierci w niej jego bliskiego czy bliskich, podobnie jak każdy z nich na wypadek uznania – i po wyczerpaniu środków ochrony krajowej – że doszło do naruszenia standardów wymaganych przez system Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, może być podmiotem uprawnionym do wnoszenia skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka jako skarżący-ofiara zarzucanego naruszenia wymogu czy wymogów konwencyjnych, kojarzących się bezpośrednio z jednym lub więcej praw chronionych na podstawie samej Konwencji i Protokołów do niej.

5. W tym kontekście warto zwrócić uwagę na sytuację skarżących w sprawie Finogenov i Inni przeciwko Rosji, a więc w kontekście tzw. moskiewskiego kryzysu zakładników. Otóż, nie powstawały żadne wątpliwości tam, gdzie to owdowiali mąż czy żona występowali ze skargą; w kilku jednak przypadkach wchodził w grę partnerzy ze związków pozamażeńskich, odpowiadających w kategoriach prawa polskiego pojęciu konkubinatów. Biorąc pod uwagę fakt, że „skarżący ci utrzymywali *de facto* stosunki małżeńskie ze swymi zmarłymi partnerami” oraz że „tego faktu nie negował rząd pozwany”, Trybunał uznał za możliwe „przyjąć, że osoby

te mają status ofiary w celu dochodzenia roszczeń w związku ze śmiercią swoich partnerów na podstawie art. 2 Konwencji, na równej stopie ze skarżącymi, których małżeństwa z byłymi zakładnikami były oficjalnie zarejestrowane³. Nie wiem, czy jakkolwiek tego typu pozamałżeński kontekst rodzinny wchodzi w grę w związku z Katastrofą Smoleńską; gdyby jednak jakkolwiek wchodził, należałoby przyznać odpowiedniej osobie czy osobom status ofiar zdolnych do kierowania skargi strasburskiej.

6. Każde i jakiegokolwiek śledztwo, jakie toczyło się bądź się nadal toczy w związku z Katastrofą Smoleńską nie może się wyrwać z naturalnego kontekstu rodzinnego i nie może być prowadzone z zapoznaniem czy zlekceważeniem prawowitych interesów i praw Rodzin Smoleńskich. Ustalenia, do jakich dojdę w efekcie niniejszej ekspertyzy można i trzeba odnosić do „czynności śledczych”, jakie miały miejsce natychmiast po katastrofie na miejscu zdarzenia i w Moskwie, do „śledztw” MAK-u i Komisji Millera, a także – i poniekąd przede wszystkim – do śledztw prokuratorskich w Rosji i w Polsce, zarówno tych przeprowadzanych przez prokuraturę cywilną, jak i tych realizowanych w ramach prokuratury wojskowej. Fakt, że postępowanie toczy się w pionie prokuratury wojskowej, w żadnym razie i w najmniejszym stopniu nie wrywa go z naturalnego kontekstu praw człowieka i zastosowalności do takiego postępowania standardów wymaganych przez art. 2 Konwencji: Prawo do życia.

Standard adekwatnego i skutecznego śledztwa

1. Odsyłam na wstępie do spostrzeżeń już zamieszczonych w ekspertyzie na temat zobowiązań Polski i Rosji⁴, przypominając, że:

- 1.1. Państwo ma obowiązek ustanowienia skutecznego systemu sądowego, a ten m.in. ma czuwać nad przestrzeganiem standardów prowadzonego śledztwa;
- 1.2. Chodzi o obowiązek przeprowadzenia adekwatnego i skutecznego śledztwa, śledztwa z urzędu, niezależnie od inicjatywy krewnych ofiar, które państwo ma wszcząć, skoro tylko się dowie o przypadku

³ Por. *Finogenov* 205.

⁴ Por. *Zobowiązania Polski i Rosji...*, pkt 12–20.

rodzącej wątpliwości śmierci, nie tylko zadanej przez funkcjonariuszy państwowych;

- 1.3. Zasadniczym celem takiego śledztwa jest zapewnienie skutecznego urzeczywistnienia ustaw krajowych chroniących prawo do życia, w tym badania wypełnienia przez państwo zobowiązań pozytywnych z zakresu ustanowienia odpowiednich ram prawnych i administracyjnych i ich prawidłowego funkcjonowania, a także ze sfery obowiązków prewencyjnych zapobiegających urzeczywistnieniu się zagrożeń dla życia ludzkiego;
- 1.4. Bardziej konkretnym celem czy bezpośrednim zadaniem śledztwa jest ustalenie wszystkich okoliczności zdarzenia, w tym przede wszystkim przyczyny śmierci, jak również wykrycie, ściganie i ukaranie osób za śmierć odpowiedzialnych;
- 1.5. Nie można natomiast – m.in. zważywszy na trudności utrzymania ładu i spokoju we współczesnych społeczeństwach i nieokreśloność możliwych zachowań ludzkich – wymagać od śledztwa, by zawierało w sobie gwarancje doprowadzenia do pomyślnego zakończenia oraz do ukarania osób trzecich za popełnione przez nie przestępstwa, co – z drugiej strony – wyklucza jednak zgodę na pozostawianie czynów bezprawnych bezkarnymi, jak też na przypadki tolerowania ich przez władze czy zgoda zamieszania władz lub funkcjonariuszy w takie czyny.

12. W orzecznictwie strasburskim bardzo silnie akcentuje się cechy, jakimi takie wymagane przez art. 2 śledztwo z urzędu ma się charakteryzować. W sprawie luksemburskiej dotyczącej śmierci na budowie Trybunał stwierdził: „Skuteczność śledztwa wymaga, by władze podejmowały rozsądne środki, jakimi dysponują, dla zapewnienia pozyskania dowodów dotyczących odnośnych faktów, w tym m.in. zeznań naocznych świadków, ekspertyz i – jak może się zdarzyć – właściwej sekcji zwłok, która dostarcza kompletnego i precyzyjnego obrazu uszkodzeń i obiektywnej analizy ustaleń klinicznych, zwłaszcza przyczyny śmierci¹”.

13. W sprawie Kaplana Trybunał po prostu przypomniał, że „W szczególności, śledztwo powinno być pogłębione, bezstronne i uważne²”.

¹ *Pereira* 69/57. Por. m.in. *McKerr* 118/113.

² *Hamiyet Kaplan* 124/56.

14. W jednej ze spraw czeczeńskich Trybunał podkreślił: „Śledztwo takie powinno być niezawisłe, dostępne dla rodziny ofiary, prowadzone z rozsądną niezwałocnością i szybkością, skuteczne w tym sensie, że zdolne jest doprowadzić do rozstrzygnięcia, czy używana w takich sprawach siła była, czy też nie była w danych okolicznościach uzasadniona bądź w inny sposób bezprawna, i przyznać wystarczający stopień kontroli publicznej nad śledztwem lub jego rezultatami”³. Z kolei, w sprawie Tsechoyeva Trybunał wymienił wśród „zasad przewodnich”: „wymogi skuteczności, niezawisłości, niezwałocności i szybkości, dostępności dla rodziny i wystarczającej kontroli publicznej”⁴.

15. W poszczególnych sprawach zdarzają się akcenty na: niezwałocność i szybkość⁵; niezawisłość i bezstronność⁶; jawność⁷ i dokładność⁸, wreszcie na rozliczenie osób odpowiedzialnych⁹ i na udzielenie adekwatnej i niezwałoczonej odpowiedzi w razie wystąpienia trudności czy przeszkód w toku śledztwa¹⁰. Czasami Trybunał po prostu wymieniał oczekiwane czy pożądane cechy, czasem nieco bliżej je charakteryzował.

15.1. W kontekście wymogu niezwałocności i rozsądnej szybkości wskazać można, że w wyroku McKerr Trybunał uwzględnił ewen-

³ Kaplanova 158/111.

⁴ Tsechoyev 166/145.

⁵ Budayeva 100/142 (gdzie mowa o „wzorowej staranności i szybkości”); Mahmut Kaya 115/107 (gdzie mowa o „rozsądnej szybkości”); McKerr 118/114 (gdzie mowa o „wymogu niezwałocności i rozsądnej szybkości”).

⁶ Papapetrou 89/48; McKerr 118/112; w sprawie Finogenov 147/281 zdyskwalifikowano śledztwo z uwagi na brak niezawisłości zespołu śledczego, który „obejmował przedstawicieli agencji porządku prawnego, które były bezpośrednio odpowiedzialne za planowanie i prowadzenie operacji ratownictwa, mianowicie FSB”.

⁷ Por. McKerr 119/147 (w kontekście dostępu skarżących do wcześniejszych oświadczeń świadków).

⁸ Por. Finogenov 145/271 (gdzie mowa o „wymogu »dokładnego śledztwa«”). Trybunał stwierdził m.in.: „Bardziej konkretnie wymóg »dokładnego śledztwa« oznacza, że władze zawsze muszą podejmować poważne próby ustalenia, co się zdarzyło, a nie opierać się na pochopnych czy bezpodstawnych wnioskach dla potrzeb zamknięcia postępowania czy dla powzięcia swoich decyzji. Powinny one podejmować dostępne im rozsądne kroki w celu pozyskania dowodów dotyczących incydentu, w tym *inter alia* zeznań świadków, dowodów kryminalistycznych itd. Wszelkie niedostatki w śledztwie, które podkopują jego zdolność do ustalenia przyczyny uszkodzeń bądź zidentyfikowania osób odpowiedzialnych, stwarzają ryzyko niedopuszczalnego zejścia poniżej wymaganego standardu” – *ibidem*, 271.

⁹ Por. m.in.: Papapetrou 90/49; Oneryildiz 93/93; Kolyadenko 112/196 i 202; Avsar 121/403 i 122/413–414; Kaplanova 158/111.

¹⁰ Por.: Kolyadenko 110/188; Silih 104/195–196.

tualność wystąpienia trudności i przeszkód mogących uniemożliwić postęp śledztwa i stwierdził, że „niezwłoczna odpowiedź ze strony władz prowadzących śledztwo [...] na ogół będzie uznawana za istotną dla podtrzymania zaufanie społeczeństwa do wierności rule of law, a zapobiegania jakimkolwiek przejawom zamieszania w działania bezprawne czy tolerowania ich”¹¹.

- 15.2. W związku z wymogiem niezawisłości Trybunał w sprawie Papapetrou wskazał: „By śledztwo dotyczące zarzutu pozbawienia życia przez funkcjonariuszy państwowych było skuteczne, powszechnie uważa się za konieczne, by odpowiedzialne za nie osoby były niezawisłe od osób zamieszanych. Zakłada to nie tylko brak związku hierarchicznego czy instytucjonalnego, ale też konkretną niezawisłość”¹².
- 15.3. Warto zwrócić uwagę na wyjaśnienia Trybunału związane z kwestią ścigania i karania osób odpowiedzialnych. Jak już wskazywałem, zależnie od okoliczności sprawy, odpowiedzialność rozmaicie może się kształtować. Tak np. w sprawie Byrzykowskiego Trybunał był zdania, że „W specyficznej sferze niedbalstwa lekarskiego zobowiązanie takie może zostać spełnione np., jeśli system prawny przyznaje ofierze środek przed sądami cywilnymi, czy to oddzielnie, czy w powiązaniu ze środkiem przed sądami karnymi, umożliwiając ustalanie wszelkiej odpowiedzialności lekarzy oraz stosowne cywilne zadośćuczynienie, takie jak wydanie orzeczenia w sprawie odszkodowania i publikacji orzeczenia. Można też rozważyć środki dyscyplinarne”¹³.
- 15.4. I przeciwnie, w wyroku Oneryildiz Trybunał stwierdził: „Tam, gdzie się ustali, że dające się przypisać pod tym względem urzędnikom czy organom państwowym niedbalstwo wykracza poza błąd oceny czy nieroztropność, przez to, że odnośne władze – w pełni świadome prawdopodobnych konsekwencji i nie dbając o przyznane im kompetencje – nie podjęły środków, które były konieczne i wystarczające dla zapobieżenia ryzyku przynależnemu

¹¹ McKerr 118/114. Por. identycznie: *Silih* 104/195–196.

¹² *Papapetrou* 90/51. Por. też: *McKerr* 118/112. Przypomnijmy, że w sprawie „kryzysu zakładników” brak niezawisłości zespołu śledczego (z udziałem funkcjonariuszy FSB) przesądził o stwierdzeniu naruszenia proceduralnego aspektu art. 2 Konwencji. – *Finogenov* 147/281.

¹³ *Byrzykowski* 168/105.

do działalności niebezpiecznej, fakt, że osoby odpowiedzialne za zagrożenie życia nie zostały oskarżone o przestępstwo kryminalne ani nie były ścigane, może oznaczać naruszenie art. 2, bez względu na jakiegokolwiek typy środków, jakie jednostki mogłyby podejmować ze swej własnej inicjatywy [...]”¹⁴.

15.5. Dodatkowe wyjaśnienia należą się w kontekście wymogu kontroli publicznej nad śledztwem lub jego rezultatami. W sprawie McKerr Trybunał stwierdził, że „musi wchodzić w grę wystarczający stopień kontroli publicznej nad śledztwem lub jego rezultatami w celu zagwarantowania rozliczeni a władz – tak w praktyce, jak i w teorii”¹⁵.

15.6. Na konkretnym stadium śledztwa kontrola taka mogłaby być niepożądana czy zgoda dla interesów państwa niebezpieczna. Toteż w wyroku Hugh Jordan Trybunał wskazał: „Jeśli chodzi o brak kontroli publicznej nad śledztwem policyjnym, Trybunał uważa, że ujawnienie czy publikacja raportów policyjnych i materiałów śledczych mogłaby obejmować zagadnienia sensytywne, z możliwością skutków szkodliwych dla osób prywatnych bądź dla innych śledztw, a zatem nie można traktować jako automatycznego wymogu opartego na art. 2 Konwencji”; zastrzegł jednak, że kontrole opinii publicznej należałoby wtedy „zapewnić na innych stadiach dostępnego postępowania”¹⁶.

15.7. Często Trybunał dyskwalifikował śledztwo jako niezgodne z wymaganiami art. 2 Konwencji, kierując się jednocześnie brakiem wymaganej kontroli publicznej i brakiem partycypacji krewnych

¹⁴ *Oneryidiz 93/92*. Toteż w sprawie powodzi we Władywostoku Trybunał „nie został przekonany, jakoby sposób, w jaki władze rosyjskie działały w odpowiedzi na zdarzenia z 7 sierpnia 2001 r., zapewniał pełne rozliczenie urzędników państwowych lub zainteresowanych władz z ich roli w tych zdarzeniach i skutecznym urzeczywistnianiu odnośnych przepisów krajowego prawa karnego gwarantujących poszanowanie prawa do życia” – *Kolyadenko 112/202*. Podobnie, w sprawie tureckiej, w której władze powoływały się na brak swojej odpowiedzialności, bo odnośnych czynów dopuścili się strażnicy wiejscy, zaangażowani do działań poza obszarem swojej przynależności, a więc i poza „jurysdykcją” lokalnej żandarmerii, której podlegali, Trybunał wyjaśnił: „Ponieważ strażnicy wiejscy znajdowali się poza normalną strukturą dyscypliny i szkolenia, stosującą się do żandarmów i funkcjonariuszy policji, trudno dostrzec gwarancje przed umyślnymi bądź niezamierzonymi nadużyciami pozycji, z jakiej korzystali strażnicy wiejscy, czy to działając ze swej własnej inicjatywy, czy też na podstawie instrukcji funkcjonariuszy bezpieczeństwa, którzy sami działali też bezprawnie [...]” – *Avsar 122/414*.

¹⁵ *McKerr 118/115*. Por. też: *Isayeva 148/214*; *Zubaurayev 157/100*; *Ibragimov 159/98*.

¹⁶ *Hugh Jordan 120/121*.

ofiary, poniekąd postrzegając brak udziału rodziny jako brak minimalnego stopnia kontroli publicznej nad śledztwem i jego wynikami. Przemawia za tym sposób ujęcia wywodów Trybunału np. w wyroku McKerr, w którym Trybunał w typowy dla siebie sposób stwierdził: „Wymagany stopień kontroli publicznej również może się zmieniać od przypadku do przypadku. We wszystkich jednak przypadkach najbliższy krewny ofiary musi być włączony w postępowanie w zakresie koniecznym do zagwarantowania jego prawowitych interesów”.¹⁷

16. I tak oto znaleźliśmy przejście do problemu poszanowania praw i interesów rodzin ofiar, a więc zagadnienia najbliższego Rodzinom Smoleńskim także.

Interesy i prawa Rodzin Smoleńskich

1. Gdy Trybunał wymienia cechy, jakim powinno odpowiadać śledztwo wymagane przez art. 2 Konwencji, stosuje dwa modele formułowania tytułu rodzin w ramach takiego katalogu cech czy wymogów. W wyroku Kaplanova Trybunał tak to formułuje: „Śledztwo takie winno być niezawisłe, **dostępne dla rodziny ofiary** (podkr. moje – T. J.), prowadzone z rozsądną niezwłocznością i szybkością, skuteczne w tym sensie, że zdolne jest doprowadzić do rozstrzygnięcia, czy siła użyta w takich sprawach była, czy też nie była w danych okolicznościach uzasadniona albo w inny sposób bezprawna i przyznać wystarczający stopień kontroli publicznej nad śledztwem lub jego rezultatami”¹⁸.

2. Drugi typ formuły został już wskazany przy końcu pkt II niniejszej ekspertyzy: chodzi o akcentowanie przez Trybunał – jak to uczynił także w sprawie katastrofy śmigłowca greckiego – że „Stopień wymaganej kontroli społeczeństwa może się różnić, zależnie od sytuacji. We wszystkich

¹⁷ McKerr 118/115. Por.: Hugh Jordan 120/109; Isayeva 148/214. Co do dyskwalifikacji w oparciu o brak kontroli publicznej i udziału najbliższego krewnego patrz: Zubayrayev 157/100; Ibragimov 159/98; Asadulayeva 163/102; Dubayev 164/133.

¹⁸ Kaplanova 158/111. Por. m.in.: Isigova, 162/104.

jednak przypadkach bliscy ofiary winni być włączeni w postępowanie w stopniu koniecznym dla obrony ich prawowitych interesów (podkr. moje – T. J.)¹⁹.

3. To mogło dyskwalifikować śledztwo z punktu widzenia proceduralnych wymagań art. 2 Konwencji. W sprawie McKerr Trybunał – ustalivszy, że „rodzina denata nie miała w owym czasie możliwości uzyskania kopii jakichkolwiek oświadczeń świadków, zanim dany świadek nie złożył formalnie zeznań” i wyraźnie odróżniając kolejne sprawy z Irlandii Północnej od sprawy gibraltarskiej²⁰, zwrócił uwagę, że „od czasu tamtej sprawy Trybunał kładł coraz silniejszy akcent na znaczenie włączenia najbliższego krewnego denata w postępowanie i zapewnienia mu informacji”²¹.

4. Z kolei w wyroku Paul i Audrey Edwards – ponieważ „rodzice denata mogli jedynie przez trzy dni uczestniczyć w dochodzeniu” – Trybunał stwierdził, że „Zważywszy na ich ścisłe i osobiste zainteresowanie przedmiotem dochodzenia, [...] nie można ich uznać za włączonych w postępowanie w zakresie koniecznym dla zabezpieczenia ich interesów”²².

5. Jak wyżej wskazałem, w sprawie Kamili Isayevej Trybunał przyjął identyczny standard jak w sprawie Papapetrou i powtórzył go w jedenastu innych sprawach czeczeńskich, kładąc nacisk na pozytywny obowiązek włączenia najbliższego krewnego w postępowanie. Zdarzało mu się wielokrotnie dyskwalifikować śledztwo w sprawach czeczeńskich z uwagi m.in. na brak włączenia owego najbliższego krewnego. I tak, w sprawie Ibragimow i inni przeciwko Rosji Trybunał uznał: „choć przyznano skarżącemu status ofiary, był on informowany jedynie o umorzeniach bądź ponownych wszczęciach postępowania, nie zaś o wszelkim znaczącym rozwoju. Co za tym idzie, śledczy nie zapewnili śledztwu wymaga-

¹⁹ *Papapetrou* 91/54. Por. identycznie: *Kamila Isayeva* 156/132 i orzeczenia Trybunału w 11 innych sprawach czeczeńskich – ibidem.

²⁰ Por. *McCann and Others v. the United Kingdom*, judgment of 27 September 1995, pkt 65.

²¹ *McKerr* 119/147. W wyroku zwrócono uwagę na zmianę praktyki śledczej w Wielkiej Brytanii i „ujawnianie oświadczeń świadków z 28-dniowym wyprzedzeniem” – ibidem, *in fine*.

²² *Paul and Audrey Edwards* 121/84.

nego poziomu kontroli publicznej ani nie zagwarantowali interesów najbliższego krewnego w postępowaniu”²³.

6. Jak widać z powyższego, Trybunał postępuje się – najwyraźniej zamiennie – dwoma pojęciami: „rodziny ofiary” i „najbliższego krewnego”. W jednym i w drugim przypadku potencjalnie chodzi o ten sam krąg osób. Zależnie od konkretnego splotu sytuacyjnego w roli tej występują małżonkowie (mąż, żona, ewentualnie partnerzy z konkubinatu), rodzice (matka, ojciec, także rodzice z adopcji, pozamałżeńskiego ojca nie wykluczając), dzieci (synowie, córki, adoptowanych i pozamałżeńskich nie wykluczając), rodzeństwo (bracia, siostry). Nie da się wykluczyć wstępnych i zstępnych dalszego stopnia (dziadkowie, wnukowie).

7. Jak widać również z powyższego, chodzi nie o byle co, ale o rzeczywistą partycypację w postępowaniu, o udział, którego stopień – owszem – może być i bywa rozmaity, ale kryterium określające jest tu bardzo istotne: krewny ma być zaangażowany w postępowanie w stopniu niezbędnym dla obrony i dochodzenia jego czy jej prawowitych interesów. Charakter i skala tych interesów przesądza o zakresie udziału, a nie widzimiś jakichkolwiek śledczych, tak czy inaczej nazywanych.

8. W świetle prawa krajowego, np. rosyjskiego, wiąże się to z przyznaniem w postępowaniu krewnemu statusu ofiary. W sprawie Kolyadenko Trybunał – przystępując do badania zarzutów naruszenia art. 8 Konwencji (Prawo do poszanowania życia prywatnego, rodzinnego, domu i korespondencji) oraz art. 1 Protokołu I do Konwencji (Prawo do niezakłóconego korzystania ze swojej własności), po uprzednim zbadaniu zarzutów opartych na art. 2 Konwencji (Prawo do życia), w którym to kontekście przyznano już skarżącym status ofiar – stwierdził, że zachowują oni „status ofiar w znaczeniu art. 34 Konwencji, w zakresie, w jakim wchodzi w grę ich zarzuty oparte na art. 8 i art. 1 Protokołu I”²⁴.

9. Z ogromnej liczby (bo ponad 100!) objętych „Pomocnikiem Smoleńskim” spraw czeczeńskich można wyłović: takie, w których nikomu ze

²³ *Ibragimow and others* 159/98. Identycznie ocenił Trybunał w 79 (!) innych sprawach czeczeńskich.

²⁴ *Kolyadenko i inni* 112/210. Por komentowana już wyżej kwestia statusu ofiary w sprawie – *Finogenov* 126/205.

skarżących nigdy nie przyznano statusu ofiary w postępowaniu; takie, w których status taki zapewniano li tylko niektórym, często jakby przypadkowo wybranym i wcale nie „najbliższym” krewnym, często z niewybaczalną zwłoką kiedy podstawowe czynności śledcze były już przeprowadzone albo kiedy już ich nie dało się przeprowadzić. W braku takiego formalnego statusu, „który mógłby zapewnić skarżącej minimalne gwarancje w postępowaniu karnym”²⁵, Trybunał nie miał innego wyjścia, jak tylko stwierdzić naruszenie art. 2 Konwencji w jego aspekcie proceduralnym

10. Co więcej, często się zdarzało, że przyznanie statusu ofiary było czysto iluzoryczne, jako że skarżący – dysponując takim statusem – nie byli dopuszczani do żadnych czynności śledczych i o niczym nie byli informowani bądź – jak też często bywało – informacje ograniczały się do powiadomień o zawieszeniu, umorzeniu czy ponownym wszczęciu postępowania. Także w takich sytuacjach werdykt Trybunału był przesądzony – naruszenie art. 2 Konwencji w jego aspekcie proceduralnym.

11. Potrafił Trybunał stwierdzać coś absolutnie przeciwstawnego w stosunku do wymaganego udziału rodziny w śledztwie, a mianowicie wykluczenie rodziny z postępowania. I tak, w sprawie Khalitova. – stwierdzając, że skarżąca nigdy nie miała dostępu do akt sprawy ani nie była informowana o postępkach śledztwa – uznał ostatecznie, że „była ona wykluczona z postępowania karnego”, a „władze jawnie i rażąco nie zapewniły, by śledztwo uzyskało wymagany stopień kontroli publicznej ani nie zagwarantowały prawowitych interesów najbliższej krewnej ofiary w postępowaniu”²⁶.

12. Dwukrotnie już powyżej zwracałem uwagę na to specyficzne *iunctim* dokonywane przez Trybunał: pozytywnie kreślił on w bezpośrednim związku powinności państwa co do zapewnienia kontroli publicznej nad śledztwem i co do włączenia w postępowanie rodziny czy najbliższego krewnego, podobnie jak negatywnie dyskwalifikował śledztwo jako nie odpowiadające wymogom art. 2 Konwencji, bo nie zapewniające wystarczającego poziomu kontroli publicznej i udziału w postępowaniu osób bliskich. Często brak partycypacji rodziny przesądzał o wniosku Trybunału co do braku kontroli publicznej. I to jest słuszne, i to jest zrozumiałe.

²⁵ Tak w sprawie *Suleymanova* 165/96.

²⁶ *Khalitova* 162/68. Por.: *Dzhabrailova* 163/77; *Suleymanova* 165/96; *Kerimowa* 166/273.

Owszem, wyjątkowo (ale tylko wyjątkowo) może się zdarzyć objęcie jakiegoś fragmentu śledztwa tajemnicą, normalnie jednak powinno ono być transparentne, a społeczeństwo ma prawo do obserwacji śledztwa i jego postępów, także do oceny tego, co odpowiedzialne służby ze śledztwem wyczyniają. Rodziny zaś mają tytuł do tego, by być dla społeczeństwa łącznikiem i wcale nie muszą „trzymać języka za zębami”, gdy sami śledczy – mimo takiej ich powinności – o dostarczaniu społeczeństwu niezbędnych informacji o śledztwie i jego postępach zapominają.

13. Jednym z konkretnych elementów partycypacji rodziny jest dostęp do dokumentów i w ogóle do akt śledztwa. W sprawie McKerr, gdzie Trybunał dopatrywał się niewłaściwości w postaci ograniczonego dostępu do zeznań świadków, stwierdził, że „prawo rodziny denata, którego śmierć podlega badaniu, do uczestnictwa w postępowaniu wymaga, by stosowane procedury zapewniały wymaganą ochronę jej interesów, które mogą się znaleźć w bezpośredniej kolizji z interesami policji czy sił bezpieczeństwa, zaangażowanych w zdarzenia. Trybunał nie został przekonany co do tego, że interesy skarżącego jako najbliższego krewnego były pod tym względem chronione w sposób słuszny i adekwatny”²⁷.

14. W sprawie Finogenov Trybunał – pośród wielu innych wymaganych cech śledztwa – zaakcentował wymóg, że „materiały i wnioski ze śledztwa powinny być wystarczająco dostępne dla krewnych ofiar”; ostatecznie jednak nawet nie badał m.in. „ograniczonego dostępu do materiałów sprawy dla bliskich ofiar i ich niezdolności do formułowania pytań wobec oficjalnie wyznaczanych ekspertów i zeznań świadków”, jako że uznał, że ma „wystarczające dowody, by dojść do wniosku, że śledztwo w sprawie zarzucanego niedbalstwa władz w tej sprawie nie było ani dokładne, ani niezawiste, a zatem nie było ono »skuteczne«, że „zatem doszło w związku z tym do naruszenia pozytywnych zobowiązań państwa na podstawie art. 2 Konwencji”²⁸.

15. Innym konkretnym aspektem partycypacji rodziny jest informowanie jej o wszelkim znaczącym postępie w śledztwie. Trybunał w wielu

²⁷ McKerr 119/148. Por.: Kukayev 157/99; Khalitova 162/686; Khadayeva 164/142; Suleymanova 165/96.

²⁸ Finogenov 145/270 i 148/282.

sprawach dyskwalifikował postępowanie śledcze, nie tylko dlatego, że nie było w ogóle żadnego informowania rodzin²⁹, ale także wtedy, gdy informowano je jedynie o zawieszeniu bądź ponownym wszczęciu śledztwa³⁰, albo gdy informacje „zapewniane były li tylko fragmentarycznie i li tylko okazjonalnie”³¹.

16. Zdarzało się nieraz, zwłaszcza w stosunku do Rosji, która kwestionowała skargi przeciwko niej w oparciu o zarzut braku wyczerpania środków krajowych, że Trybunał zarzut taki odrzucał, wskazując na bezbronność ofiar w postępowaniu krajowym i faktyczną niesprawność wskazywanych przez rząd środków. Tak np. w sprawie Khashiyeva rząd rosyjski wskazywał na możliwości odwoływania się od ustaleń śledztwa, Trybunał jednak „nie został przekonany – w świetle wyżej przedstawionych zwłok i zaniechań – iżby takie odwołanie mogło stanowić środek zdolny do zaradzenia defektom w postępowaniu, nawet gdy skarżący byli właściwie informowani w postępowaniu i byli w nie włączeni”³². W razie wątpliwości, to na rządzie spoczywa ciężar dowodu, że dany środek jest dostępny, skuteczny i daje szanse powodzenia.

17. Podobnie, w sprawie Isayevej Trybunał odrzucił zarzut wstępny rządu, wskazując, że „skarżąca – nie mając żadnego dostępu do akt sprawy ani nie będąc właściwie informowana o postępach śledztwa – nie mogłaby skutecznie zakwestionować działań czy zaniechań władz śledczych przed sądem. Ponadto, biorąc pod uwagę, że skuteczność śledztwa już była podkopana na jego wczesnym stadium przez brak podjęcia przez władze koniecznych i nie cierpiących zwłoki środków śledczych, jest wysoce wątpliwym, czy proponowany środek miały jakiegokolwiek szanse powodzenia”³³.

²⁹ Tak np. *Dzhabrailoiva* 163/77; *Bitiyeva* 163/94; *Asadulayeva* 163/102; *Abdurashidova* 164/86.

³⁰ Por. np.: *Makhauri* 155/111; *Zubayrayev* 157/100; *Ibragimov* 159/98; *Isigova* 162/110; *Dubayev* 164/133.

³¹ Tak np.: *Kukayev* 157/99. Por.: *Suleymanova* 165/96; *Kerimowa* 166/273 (gdzie mowa o „skąpych i sprzecznych informacjach o śledztwie”).

³² *Khashiyev and Akayeva* 149/165.

³³ *Kamila Isayeva* 156/1330. Por.: *Malika Alikhadzhiyeva* 167/112.

18. Reasumując, można by powiedzieć, że położenie prawne rodzin ofiar w świetle pozytywnych zobowiązań proceduralnych państwa wynikających z art. 2 Konwencji przedstawia się wielce obiecująco, a Trybunał wykazuje upór i konsekwencję w potwierdzaniu gwarancji procesowych na rzecz rodzin, oznaczających w istocie prawo do jak najpełniejszej partycypacji w postępowaniu, której zakres jest wyznaczany dobrze pojętymi interesami osoby bliskiej ofierze. Fakt, że w wielu sprawach kompletne albo choćby i fragmentaryczne braki pod tym względem wiodły Trybunał do uznania naruszenia art. 2 Konwencji w jego aspekcie proceduralnym, jest wielce wymowny i obiecujący z perspektywy Rodzin Smoleńskich.

19. Wskazać wreszcie trzeba na konteksty sytuacyjne, w których rodziny ofiar występują same w charakterze samoistnych ofiar nieludzkiego i poniżającego traktowania, a więc już w perspektywy art. 3 Konwencji. Zazwyczaj dotyczy to przypadków wymuszonych zaginięć. W sprawie Bazorkiny Trybunał wyjaśnił, że „kwestia, czy członek rodziny »osoby zaginionej« jest ofiarą traktowania sprzecznego z art. 3, zależy od istnienia czynników specjalnych, które nadają cierpieniu skarżącego wymiaru i charakteru odmiennego od niepokoju emocjonalnego, jako można uznać za nieuniknienie powodowany krewnym ofiar poważnego naruszenia praw człowieka”³⁴. Wyjaśnił przy tym: „Istotne elementy obejmują bliskość więzi rodzinnych – w tym kontekście pewne znaczenie przypisuje się więzi rodzic–dziecko, szczególne okoliczności danej konkretnej relacji, zakres, w jakim członek rodziny był świadkiem odnośnych zdarzeń, zaangażowanie członka rodziny w próby uzyskania informacji o osobie zaginionej i sposób, w jaki władze na te starania odpowiadały”³⁵. Co najważniejsze – „istota takiego naruszenia polega nie tyle na fakcie «zaginięcia» członka rodziny, lecz raczej dotyczy reakcji i postawy władz wobec sytuacji, gdy zwrócono na nią ich uwagę”, bo „Właśnie w związku z tym krewny może twierdzić, że jest bezpośrednią ofiarą postępowania władz”³⁶.

20. Może wystąpić w tym zakresie jakby współdziałanie między art. 2a art. 3 Konwencji. Tak np. w wyroku Imakayeva Trybunał – z perspektywy art. 3 – brał pod uwagę fakt, że skarżąca – jako matka i żona zaginionych

³⁴ *Bazorkina* 150/139/zd. I.

³⁵ *Ibidem*, zd. II.

³⁶ *Ibidem*, zd. III i IV.

mężczyzn – przez lata całe nie miała żadnych informacji o ich losie i bezskutecznie dobijała się u władz o wyjaśnienia w sprawie losu zatrzymanych męża i syna; zarazem z perspektywy art. 2 wzięt pod uwagę ustalenia dotyczące aspektu proceduralnego, w tym „bezpodstawne odmówienie skarżącej przez władze dostępu do dokumentów i akt śledztwa karnego, które mogłyby rzucić światło na los jej krewnych [...]”³⁷. Stwierdził więc, że „skarżąca cierpiąca i nadal cierpi niepokój i obawy w rezultacie zaginięcia jej syna i męża oraz swojej niezdolności ustalenia, co się im przydarzyło”; to, zdaniem Trybunału, oznacza, że „sposób, w jaki jej skargami zajmowały się władze, należy uznać za traktowanie nieludzkie sprzeczne z art. 3”³⁸.

21. W sprawie Luluyeva Trybunał wyjaśnił, że „zasada ta nie stosuje się zwykle do sytuacji, w której sama osoba – będąc uwięziona – okazuje się później zmarłą”, wobec czego badał, takie sprawy wyłącznie z perspektywy art. 2 Konwencji; zastrzegając przy tym: „Jeżeli jednak okres pierwotnego zaginięcia się przedłuża, może on w pewnych okolicznościach prowadzić do oddzielnego zagadnienia na podstawie art. 3”³⁹.

22. Osobiście nie jestem przekonany do sposobu rozumowania Trybunału, który wykazuje się tendencją dostrzegania traktowania sprzecznego z art. 3 w zasadzie jedynie w kontekście wymuszonych zaginięć. Moim zdaniem, podwyższony stres emocjonalny, obawy i niepokoje, składające się na dotkliwe cierpienia psychiczne bliskich, angażujące zastosowalność art. 3 Konwencji pod nagłówkiem „traktowanie nieludzkie i poniżające”, na równi są prawdopodobne w kontekście wymuszonych zaginięć. Moim zdaniem, podwyższony stres emocjonalny, obawy i niepokoje, składające się na dotkliwe cierpienia psychiczne bliskich, angażujące zastosowalność art. 3 Konwencji pod nagłówkiem „traktowanie nieludzkie i poniżające”, na równi są prawdopodobne w kontekście śmierci, jak w przypadku wymuszonych zaginięć. Toteż ucieszyłem się, kiedy znalazłem potwierdzenie dla słuszności mojego rozumowania w orzecznictwie samego Trybunału. Otóż, w sprawie Musayeva i Innych Trybunał odkrył, że „sytuacja pierwszego skarżącego wykracza poza sytuację krewnego ofiary naruszenia art. 2, ponieważ był on świadkiem pozasądowej egzekucji kilku jego

³⁷ *Imakayeva* 151/165.

³⁸ *Ibidem* 151/166. Por.: *Luluyev* 153/118; *Akhmadova and Sadulayeva* 154/111.

³⁹ *Luluyev and Others* 153/114. Por. *Akhmadova and Sadulayeva* 154/109.

krewnych i sąsiadów” sam, pod groźbą użycia wobec niego broni zmuszony był „do leżenia na ziemi, w strachu o własne jego życie”, wobec czego Trybunał nie miał wątpliwości, że „szok doświadczany tego dnia, w powiązaniu z zupełnie nieadekwatną i nieskuteczną późniejszą reakcją władz na te zdarzenia, wywołał u pierwszego skarżącego cierpienie osiągające poziom traktowania nieludzkiego i poniżającego, zakazanego przez art. 3”⁴⁰.

23. Twierdzą, że Rodziny Smoleńskie – być może, w niejednakowym stopniu – mogą twierdzić, że stały się ofiarami nieludzkiego i poniżającego traktowania sprzecznego z art.3 Konwencji, a to w rezultacie:

- 23.1. Sposobu traktowania zwłok ich najbliższych przy okazji zbierania szczątków z miejsca Katastrofy Smoleńskiej, ich transportu do Moskwy, jakości przeprowadzanych tam sekcji zwłok i pakowania szczątków do trumien;
- 23.2. Dopuszczenia do bezecnych czynów na Krakowskim Przedmieściu przeciwko tłumom czczącym pamięć Ofiar Smoleńska, łącznie z bezczeszczeniem znaku krzyża, zdjęć ofiar itd.
- 23.3. Dopuszczenia się pod adresem Prezydenta RP i gen. Błasika, a także innych osób do niegodnych supozycji i komentarzy, nie dających się pogodzić z czcią zmarłych, a zarazem narażających Bliskich na straszliwe cierpienia, niewątpliwie wchodzące w krąg zastosowalności art. 3.
- 23.4. Sformułowanie założeń i rozdmuchanie hysterii przeciwko Polsce Smoleńskiej, jakby pamięć i cześć zmarłych stanowiła cios w polską rację stanu, w interes Rzeczypospolitej?! – do czego walnie się przyczyniła i nadal się przyczynia medialna wrzawa rozpętywana przez – jak widać postsowieckich – dziennikarzy.
- 23.5. Zamiany ofiar w trumnach, konieczność ekshumacji i ponownych pogrzebów, co jakby symbolicznie dotknęło Matki Solidarności – Anny Walentynowicz i ostatniego Prezydenta RP na uchodźstwie Ryszarda Kaczorowskiego, a co – w podobnym stopniu – może nie dawać spokoju innym bliskim ofiar – kto zaręczy, że w innych trumnach znajdują się właściwe zwłoki, szczątki prawdziwie najbliższych?!

⁴⁰ *Musayev and Others* 155/169.

- 23.6. W internecie ukazały się straszliwe zdjęcia nagich ofiar, ponownie godzące w uczucia najbliższych, a pośrednio – chodzi m.in. o Prezydenta RP – w uczucia całego narodu Polskiego;
- 23.7. Na ile wiem, Rodziny Smoleńskiej wcale nie partycypują w toczących się śledztwach – ani w rosyjskich, ani w polskich – ich wnioski o czynności śledcze są lekceważone, nie biorą udziału w czynnościach śledczych, mają nader ograniczony dostęp do materiałów, dokumentów i w ogóle do akt śledztwa, ich wnioski proceduralne (o ekspertów, o konkretne czynności) są lekceważone czy zgoła niesłyszalne (jakby zaraza rosyjska tknęła polską prokuraturę) itd., itd.

By nie przedłużać: toczące się śledztwa, dychawiczne jakieś – to przyspieszające, to zwalniające, to zgoła zamierające – w ogóle nie pasują do standardu śledztwa, o jakie chodzi w aspekcie proceduralnym art. 2 Konwencji, a państwa – zarówno polskie, jak i rosyjskie – w ogóle jakby nie były świadome swych zobowiązań pozytywnych w kontekście Katastrofy Smoleńskiej i jej konsekwencji.

Konkluzja

Nie jestem specjalistą w dziedzinie prawa krajowego, w tym szeroko pojętego prawa karnego, a zwłaszcza prawa postępowania karnego. Mamy do czynienia z niedopuszczalnym przedłużaniem się śledztwa bez żadnych widocznych efektów czy perspektyw jego rychłego i owocnego zakończenia. Przewlekłość postępowania już zaistniała. Nie jest wystarczającym usprawiedliwieniem brak przekazania przez stronę rosyjską najbardziej fundamentalnych dowodów w sprawie, skoro brak jest też po stronie polskiej wyrazistych i pryncypialnych żądań w tym kierunku, podobnie jak brak wyrazistych żądań przekazania przez prokuraturę rosyjską jej ustaleń. Strach i bezczynność nas nie usprawiedliwiają.

Osobiście nie wierzę w zmianę postawy polskiej prokuratury – przy obecnym układzie władzy. Osobiście nie wierzę w to, by sądy polskie potrafiły odpowiednio „umocować” prokuraturę do jej efektywnych działań. Osobiście nie wierzę – wobec absolutnej niechęci do tego władz pol-

skich – w jakiegokolwiek formalne umiędzynarodowienie śledztwa i jakiegokolwiek istotną pomoc Stanów Zjednoczonych (przy obecnym układzie tam władzy), a tym bardziej UE czy Rady Europy.

Nie oznacza to, iżbym utracił nadzieję. O, nie! – ona jest nieśmiertelna. „Nastawaj w porę, nie w porę”!. „Moc w słabości się doskonali!” „Niech mowa wasza będzie: tak-tak!, nie-nie!” – Chrystusowa i Pawłowa nauka niech nie idzie w las! Niech nas prowadzi! Bądźmy prawdziwie – jak niegdyś – w Bogu i Ojczyźnie solidarni, a ta niezrozumiała słabość-moc wszystko skruszy! Świąćcie w to wierzę, jak niegdyś wierzyłem w skruszenie sowietyzmu!

W charakterze pierwszej kroku ziemskiego, który jakąś tam nadzieję daje, sugeruję Skargi Smoleńskie do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka kierowane równocześnie przeciwko Polsce i Rosji. Trybunał – choć też coraz bardziej słabowity, jak Stara Europa w ogóle, choć uginający się przed szumem informacyjnym świata i tchnieniem Unii Europejskiej – potrafi nadal wytykać grzechy przeciwko prawom człowieka nie tylko Polsce, ale i wszechpotężnej Rosji. Warto spróbować!

Śledztwo smoleńskie z perspektywy prawa do życia w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

Spostrzeżenia wstępne – Katastrofa Smoleńska i „bogactwo” śledztw jej dotyczących

W dniu 10 kwietnia 2010 roku podczas podchodzenia do lądowania (bądź próby odejścia) na lotnisku wojskowym Smoleńsk Północny doszło do katastrofy polskiego samolotu wojskowego TU-154M Lux nr boczny 101, odbywającego lot na trasie Warszawa–Smoleńsk i wiozącego delegację polską na obchody 70. rocznicy Zbrodni Katyńskiej, mając na pokładzie Prezydenta RP Lecha Kaczyńskiego z małżonką, ostatniego Prezydenta RP na uchodźstwie Ryszarda Kaczorowskiego. Wicemarszałków Sejmu i Senatu, parlamentarzystów, dowódców wszystkich rodzajów Sił Zbrojnych RP, biskupa polowego WP itd., itd. Była to największa w dziejach Sił Powietrznych RP katastrofa lotnicza. Nie przeżyła jej żadna z 96 osób znajdujących się na pokładzie.

Samolot należał do Sił Powietrznych RP, a jego lot miał status HEAD, nie tylko stosownie do przepisów polskich, ale też wedle obowiązku uznania i poszanowania takiego statusu w stosunkach międzynarodowych, w tym przez służby i władze Federacji Rosyjskiej. Nie stosował się doń reżim cywilnej komunikacji lotniczej i nie podlegał on postanowieniom Konwencji Chicagowskiej, zgodnie z jej wyraźnym art. 3. Prawnie rzecz biorąc, właściwą podstawę badania tej Katastrofy powinno stanowić Porozumienie wojskowe między Polską a Rosją z 1993 r. i – stosownie do art. 8 tego Porozumienia – powinno wchodzić w grę wspólne śledztwo polsko-rosyjskie, z uwzględnieniem i poszanowaniem polsko-rosyjskiego porozumienia o wzajemnej pomocy w sprawach karnych., a także Konwencji

Europejskiej w tymże przedmiocie z 1959 r. Wszystko wskazuje na to, że współpraca w tym trybie została pierwotnie podjęta, lecz później – w tajemniczych okolicznościach – zaniechana, za wiedzą i zgodą strony polskiej, a konkretnie premiera Tuska. Wybranie – pod dyktando ówczesnego premiera Rosji W. Putina – Załącznika 13 do Konwencji Chicagowskiej jako stosownej platformy badania Katastrofy Smoleńskiej było bezpodstawne, a z perspektywy polskiego porządku prawnego stanowiło nadużycie kompetencji przez premiera i to na szkodę Rzeczypospolitej. Było też – z perspektywy prawa międzynarodowego – naruszeniem fundamentalnej zasady *pacta sunt servanda*, skoro właściwy i obowiązujący traktat dwustronny po prostu zlekceważono i jego zastosowalność wyeliminowano.

Zastanawiające jest wręcz „bogactwo” różnorodnych dochodzeń i śledztw smoleńskich zarządzanych czy wszczynanych w Polsce i w Rosji. W tej drugiej dochodzi do powierzenia Śledztwa Międzypaństwowemu Komitetowi Lotniczemu (MAK), który jest niby organem Wspólnoty Niepodległych Państw i niby ma działać na podstawie Protokołu 13. do Konwencji Chicagowskiej, tymczasem pozostaje w całkowitym podporządkowaniu wobec władz Kremla i absolutnie nie uszanowuje prerogatyw „akredytowanego przedstawiciela” Polski i jego współpracowników. Raport Końcowy MAK – aczkolwiek uprzednio przedłożony stronie polskiej dla zgłoszenia jej uwag – absolutnie z tymi uwagami się nie liczy i przechodzi nad nimi do porządku dziennego. Oparty on jest na z góry założonej hipotezie błędu pilotów i w ogóle się nie otwiera na badanie jakichkolwiek innych alternatyw. Nie stanowi on w każdym razie śledztwa w rozumieniu art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, a sprawa śmierci 96 osób jest dlań jakby zupełnie nieistniejąca.

Podobne wnioski narzucają się, gdy spoglądamy na „śledztwo” polskiej Komisji Millera, tajemniczego tworu, który niby miał się pokrywać z Komisją Badania Wypadków Lotniczych Lotnictwa Państwowego (KBWLLP), a który – po wycofaniu się zeń ptk Edmunda Klicha, polskiego akredytowanego przedstawiciela w MAK – zaczął funkcjonować pod przywództwem ministra spraw wewnętrznych i administracji, Jerzego Millera, podlegającego w tym przedmiocie bezpośrednio premierowi, Donaldowi Tuskowi. Także ta komisja nie tylko że nie prowadziła śledztwa w rozumieniu art.2 EKPC, ale zgoła w ogóle nie przeprowadziła podstawowych czynności śledczych, a opierała się niemal wyłącznie na ustaleniach MAK.

Nie licząc śledztw ubocznych, np. dotyczącego ograbienia z kart bankowych Andrzeja Przewoźnika i zakończonych skazaniem procesu sądowego w tej sprawie, w Rosji toczyło się śledztwo prokuratorskie prowadzone przez Komitet Śledczy przy Prokuraturze Generalnej, pod przewodnictwem gen. Aleksandra Bastrykina, przekształcony z dniem 15 stycznia 2011 r. w Komitet Śledczy Federacji Rosyjskiej, pod tymże przewodnictwem. W trzy i pół roku od katastrofy Prokurator Generalny RP przy okazji wizyty w Moskwie we wrześniu 2013 r. wyrażał nadzieję na uzyskanie „informacji o terminach zakończenia śledztwa” i rzeczywiście dowiedział się, że Bastrykin nakazuje zintensyfikowanie śledztwa rosyjskiego, że Prokuratura Generalna Rosji bada kolejnych 8 tomów akt otrzymanych od Komitetu Śledczego, zanim je przekaze służbom polskim oraz że śledztwu rosyjskiemu wyznaczono termin do 10 grudnia 2013 r., nie wiadomo, czy realny. Wskazywałoby to na niesamodzielny charakter śledztwa rosyjskiego, które jest jakby wstępem i pomocą dla śledztwa polskiego, a wobec tego, nie ma też charakteru pełnego, bo nie bada istotnych wątków z zakresu okoliczności zdarzenia, zwłaszcza związanych z funkcjonowaniem lotniska wojskowego w Smoleńsku Północnym.

W Polsce zasadnicze śledztwo w sprawie Katastrofy Smoleńskiej prowadzi Naczelna Prokuratura Wojskowa, a baczny na to Prokurator Generalny RP Andrzej Seremet. Mimo upływu trzech i pół roku od czasu katastrofy, śledztwo jest dalekie od zakończenia, nie tylko – chociaż być może w głównej mierze – z powodu odmów i opóźnień w przekazywaniu dokumentacji śledztwa rosyjskiego. Niedostatkami śledztwa polskiego kompetentnie zajmuje się w swym konferencyjnym wystąpieniu p. mec. Małgorzata Wasserman; ja na jego wady i braki będę zwracał uwagę przy okazji badania kolejnych wymogów „adekwatnego i skutecznego śledztwa” w rozumieniu art. 2 Konwencji Europejskiej.

Niezależnie od tego śledztwa, które można by nazwać głównym, toczyły się bądź toczą się w Polsce różnorakie śledztwa inne, przez co sprawa katastrofy doznaje szkodliwej fragmentaryzacji. I tak NPW wyłączyła ze swoje śledztwa wątek odpowiedzialności za organizację lotu osób cywilnych, a więc za czyny polegające na niedopełnieniu obowiązków służbowych, po raporcie NIK w tej sprawie i w związku z jego konkluzjami. Prowadząca to nowe śledztwo Prokuratura Okręgowa Warszawa-Praga przedstawiła z-cy szefa BOR, gen. Pawłowi Bielawnemu zarzuty niedopeł-

nienia obowiązków podczas obu wizyt w kwietniu 2010 r. oraz poświadczenia nieprawdy w dokumencie; potem jednak umorzyła je w lipcu 2012 r.

W listopadzie 2010 r. Wojskowa Prokuratura Okręgowa w Poznaniu wszczęła śledztwo w sprawie ujawnienia tajemnicy służbowej i niedozwolonego rozpowszechniania informacji z postępowania przygotowawczego w sprawie katastrofy smoleńskiej, mając na względzie zatamowanie przecieków prasowych. Śledztwo to było później przekazywane Prokuraturze Rejonowej Warszawa Śródmieście, a potem Prokuraturze Okręgowej w Warszawie, która umorzyła je w grudniu 2011 r.

Wyłączono też ze śledztwa głównego wątek wykorzystywania po katastrofie telefonu komórkowego Nokia 6610 użytkowanego przez Prezydenta Lecha Kaczyńskiego; Prokuratura Okręgowa w Warszawie odmówiła jednak wszczęcia śledztwa z uwagi na brak znamion przestępstwa, która to decyzja – po interwencji w maju 2012 r. Prokuratury Generalnej w stosunku do Prokuratury Apelacyjnej w Warszawie – została uchylona, a śledztwo zostało wszczęte.

Podobnie, wyłączono z głównego śledztwa sprawę zniszczenia przez urzędników polskiego MSZ rzeczy należących do Tomasza Merty; śledztwo w tej sprawie podjęła Prokuratura Okręgowa w Warszawie.

Wreszcie w sierpniu 2010 r. – w rezultacie zawiadomienia przewodniczącego Zespołu Parlamentarnego ds. Wyjaśnienia Przyczyn Katastrofy Smoleńskiej, Antoniego Macierewicza – Prokuratura Okręgowa Warszawa-Praga wszczęła śledztwo w sprawie poświadczenia nieprawdy przez Komisję Millera badającą katastrofę smoleńską oraz utrudniania głównego śledztwa prokuratury wojskowej przez sformułowanie nieprawdziwego wniosku co do głównej przyczyny katastrofy, tj. uderzenia TU 154 w brzozę.

Uwzględniając daleki od finalizacji stan śledztwa głównego, nieodpowiadającego zresztą koncepcji śledztwa w rozumieniu art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, niedopuszczalną fragmentaryzacją zadań śledczych i bezowocne poczynania owych „śledztw ubocznych”, wyłania się obraz badania Katastrofy Smoleńskiej w sposób wielce nieuporządkowany, nieprzemyślany, rozsądnie niezaplanowany, bałaganiarski, zgoła chaotyczny, skazany przy tym na bezwład lub karygodne i nieodwracalne opóźnienia czynności śledczych, z uwagi na brak właściwej współpracy i pomocy prawnej ze strony rosyjskiej.

Zobowiązania pozytywne wynikające z art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

W swym normatywnym rdzeniu art. 2 ust. 1 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka umocowuje bezwzględny i absolutny zakaz pozbawiania życia: „nikt nie będzie umyślnie pozbawiony życia”. Punktem wyjścia zobowiązań państwa-strony wynikających z tego postanowienia jest więc zobowiązanie negatywne. Każdy przypadek pozbawienia życia – choćby i odpowiadający koncepcji „użycia siły absolutnie koniecznej” w rozumieniu art. 2 ust. 2 – niezależnie od tego, czy śmierć wynikała z działań funkcjonariuszy państwowych, czy z bezprawnych czynów osób trzecich, w świetle nader bogatego orzecznictwa strasburskiego, angażuje coraz to bogatsze zobowiązania pozytywne państwa, rozpoznane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w latach 90. XX w. i dynamicznie rozwijane w pierwszym dziesiątku lat obecnego stulecia. Koncepcja ta – w takim właśnie kontekście zrodzona – na początku XXI w. coraz silniej i częściej była odnoszona do przypadków śmierci, zaistniałych w najrozmaitszych kontekstach nie związanych z użyciem siły przez funkcjonariuszy państwowych, a kojarzących się z przypadkami różnego rodzaju wypadków i katastrof, w tym komunikacyjnych, z różnego też rodzaju działalnością niebezpieczną i jej fatalnymi skutkami, z klęskami naturalnymi, ze śmiercią w więzieniu czy w szpitalu wreszcie.

Nie była to żadna rewolucja, jako że tekst art. 2 ust. 1 rozpoczyna się przecież od stwierdzenia: „Prawo każdej osoby do życia chronione jest przez ustawę”. W tym zdaniu zawiera się źródło zobowiązań pozytywnych wynikających z prawa do życia, a rozciągających się na – pozytywny w swej istocie – obowiązek ochrony życia. W wyroku *Budayeva p-ko Rosji* ETPC wyraźnie stwierdził, że „art. 2 dotyczy nie tylko śmierci wynikającej z użycia siły przez funkcjonariuszy państwowych, lecz także – w zd. I ust. 1 – nakłada na państwa zobowiązanie pozytywne co do podejmowania właściwych kroków dla zabezpieczenia życia osób podlegających ich jurysdykcji” (*Budayeva pkt 128; por. Edwards, pkt 54*). Dodał przy tym, że „Zobowiązanie to musi być rozumiane jako znajdujące zastosowanie w kontekście wszelkiej działalności, publicznej bądź niepublicznej, w której prawo do życia może podlegać zagrożeniu” (*ibid., pkt 130; por. Oneryildiz, pkt 71*).

Brak bezpośredniej odpowiedzialności państwa za dany przypadek śmierci nie wyklucza, według Trybunału, stosowania art. 2; jego zdaniem: „Zobowiązując państwo do podejmowania środków koniecznych dla ochrony życia osób podlegających ich jurysdykcji, art. 2 ust. 1 nakłada na nie obowiązek zapewnienia prawa do życia poprzez wprowadzenie konkretnego ustawodawstwa karnego zniechęcającego do popełniania przestępstw przeciwko życiu, a opierającego się na mechanizmie stosowania prawa zdolnym do zapobiegania, zwalczania i karania naruszeń” (*Papa-petrou*, pkt 50). Stwierdzenie to padło akurat w kontekście – budzącej wątpliwości prawne – katastrofy śmigłowca greckiego, a więc w związku z katastrofą komunikacyjną, odpowiadało natomiast bardzo spójnej i konsekwentnej linii orzeczniczej Trybunału co do obowiązku państwa w zakresie wprowadzenia i zabezpieczenia skutecznego funkcjonowania odpowiednich przepisów prawa karnego, niezbędnych dla efektywnej ochrony życia ludzkiego (*por. m.in. M.Kaya*, pkt 85; *Keenan*, pkt 88; *Pereira*, pkt 56; *Kontrova*, pkt 49, *Osmanoglu*, pkt 82; *Rantsev*, pkt 218; *Nencheva*, pkt 107).

Innymi słowy, jak to często ujmował Trybunał, chodzi o obowiązek zapewnienia przez państwo właściwych ram ustawodawczych i administracyjnych oraz ich efektywnego funkcjonowania w praktyce. I tak, w wyroku *Budayeva* p-ko Rosji Trybunał podkreślił, że: „Jeśli chodzi o aspekt substancjalny w szczególnym kontekście działalności niebezpiecznej [...], specjalny akcent trzeba kłaść na unormowania związane ze szczególnymi cechami danej działalności, zwłaszcza jeśli chodzi o poziom potencjalnych zagrożeń dla życia ludzkiego. Muszą one regulować licencjonowanie, zakładanie, funkcjonowanie, bezpieczeństwo i nadzór nad daną działalnością i muszą wprowadzać jako obligatoryjne dla wszystkich wchodzących w grę osób podejmowanie środków praktycznych dla zapewnienia skutecznej ochrony obywateli, których życie mogłoby podlegać zagrożeniu w wyniku występujących zagrożeń” (*Budayeva*, pkt 132; *por. Oneryildiz*, pkt 90). Zdaniem Trybunału, „odnośne regulacje muszą przewidywać także właściwe procedury, uwzględniające aspekty techniczne odnośnej działalności, celem zidentyfikowania niedostatków w nich oraz wszelkich błędów popełnionych przez osoby odpowiedzialne na rozmaitych szczeblach” (*Oneryildiz*, pkt 90; *por. Pereira*, pkt 56; *Budayeva*, pkt 132).

W przypadkach związanych z zagrożeniem życia może to oznaczać także obowiązek przewidywania, zaplanowania i realizacji prewencyjnych środków operacyjnych w celu eliminacji bądź minimalizacji skutków urzeczywistniającego się zagrożenia. Jak stwierdził w wyroku Mahmut Kaya Europejski Trybunał Praw Człowieka, taki pierwszorzędny obowiązek pozytywny państwa „w stosownych okolicznościach rozciąga się także na zobowiązanie pozytywne władz co do podejmowania prewencyjnych środków operacyjnych dla ochrony jednostki bądź jednostek, których życie – w związku z działaniami przestępczymi innej jednostki – narażone jest na niebezpieczeństwo” (*M. Kaya, pkt 85 in fine; por. Keenan, pkt 88; Edwards, pkt 55; Ataman, pkt 54; Jasińska, pkt 58; Ketreb, pkt 71; Banel, pkt 65; Nencheva, pkt 108*).

Obowiązek podejmowania środków dla zapobieżenia określonemu zagrożeniu życia powstaje, „jeśli władze na czas wiedziały bądź powinny były wiedzieć, o istnieniu rzeczywistego i bezpośredniego ryzyka dla życia” (*por. Finogenov, pkt 209; por. M. Kaya, pkt 86; Ekinci, pkt 78; Avsar, pkt 396; Akdogdu, pkt 46; Weber, pkt 65; Kremaloglu, pkt 36*). Trybunał zastrzega przy tym, że wchodzące w grę zobowiązanie pozytywne należy interpretować „w sposób, który nie nakłada niemożliwego czy dysproporcjonalnego ciężaru na władze” (*Finogenov, pkt 209. Por. Tanribilir, pkt 71; Edwards, pkt 55; Bubbins, pkt 138; Gongadze, pkt 165; Budayeva, pkt 135*).

W państwie muszą funkcjonować skuteczne mechanizmy porządku prawnego, gwarantujące urzeczywistnianie owych ram ustawodawczych i administracyjnych, a więc skuteczne stosowanie obowiązującej reglamentacji, w tym skuteczny system sądowy. W sprawie Vasaroglu Trybunał uzupełnił uwagi o obowiązku wprowadzenia przez państwo „ram reglamentacyjnych” spostrzeżeniem: „Państwo ma zwłaszcza obowiązek ustanowienia skutecznego i niezawisłego systemu sądowego pozwalającego na ustalenie przyczyny śmierci jednostki znajdującej się w obszarze odpowiedzialności profesjonalistów, a w razie potrzeby pociągnięcia ich do odpowiedzialności za ich działania” (*Vasaroglu, pkt 49; por. Mastromatteo, pkt 89; Trubnikov, pkt 86; Byrzykowski, pkt 105; Huylu, pkt 74; Tarariyeva, pkt 75; Silih, pkt 117; Budayeva, pkt 139; Kemaloglu, pkt 38; Banel, pkt 48*). W wyroku Oneryildiz Trybunał zaakcentował, że „system sądowy wymagany przez art. 2 musi zapewniać niezawistą bezstronna procedurę śledczą, która zaspokaja pewne minimalne standardy co do skuteczności i która zdolna jest do zapewnienia, że będą stosowane kary tam, gdzie życie

podlega utracie w wyniku działalności niebezpiecznej, jeżeli i w zakresie, jaki jest uzasadniony ustaleniami śledztwa" (*Oneryildiz, pkt 94*).

Nie oznacza to, iżby w każdej i jakiegokolwiek sprawie musiało wchodzić w grę postępowanie karne. „Jeżeli cios w prawo do życia czy do integralności fizycznej nie jest umyślny – powiada Trybunał – zobowiązanie pozytywne wynikające z art. 2 co do wprowadzenia w życie skutecznego systemu sądowego niekoniecznie musi wymagać uciekania się do środków o charakterze karnym” (*Vasaroglu, pkt 59, mogą bowiem wchodzić w grę środki cywilne bądź dyscyplinarne; por. Dudu, pkt 50; Byrzykowski, pkt 105; Erol, pkt 26; Silih, pkt 118; Brecknell, pkt 66; Budayeva, pkt 139; Dink, pkt 91; Nencheva, pkt 109*). Z drugiej strony, „sądy krajowe w żadnym razie nie mogą być skłonne do pozostawiania bezkarnymi sprawców zamachów na życie” (*Vasaroglu, pkt 60*).

Jeżeli już dochodzi do tragedii – do katastrofy bądź innego pokrewnego zjawiska – obowiązkiem władz jest zaplanowanie i urzeczywistnienie skutecznej akcji ratowniczej celem zminimalizowania szkodliwych skutków zdarzenia i – jeśli taka możliwość wchodzi w grę – ewakuowania ofiar i zapewnienia im koniecznej opieki medycznej (*por. Finogenov, pkt 237; szerzej – ibid., pkt 243 oraz 247 i n.*). Na tle tragedii zakładników w teatrze moskiewskim oraz przeprowadzonej w związku z tym akcji ratowniczej, w tym ewakuacji ofiar i udzielania w jej ramach pomocy medycznej, Trybunał zupełnie zdyskwalifikował działania władz rosyjskich, a to z uwagi na całkowity bałagan, brak właściwego zaplanowania i koordynacji działań (*ibid., pkt 243–266*).

Wszystkie „wyłuskane” powyżej z orzecznictwa strasburskiego elementy zobowiązań pozytywnych państwa odnoszą się do ich warstwy materialnej, do sfery wyznaczającej obszar odpowiedzialności państwa czy państw, w naszym przypadku Polski i Rosji, jako że działania bądź zaniechania odpowiedzialnych służb i władz każdego z tych państw złożyły się na obraz tragedii ludzkiej związanej z katastrofą smoleńską. Rzeczą uderzającą jest spostrzeżenie, że już te – materialne w istocie – zobowiązania pozytywne państwa bardzo silnie otwierają się na obszar gwarancji instytucjonalnych i proceduralnych, warunkujących skuteczność zobowiązań materialnych. Bez mechanizmów i procedur, bez ich sprawnego funkcjonowania w praktyce, założenie o skutecznej ochronie praw człowieka pozostałoby iluzoryczne. Przedstawiłem te elementy, jako że badanie zakresu i stopnia wywiązania się państw z ich zobowiązań pozytywnych

należy do przedmiotu i celu śledztwa w rozumieniu art. 2, do którego badania właśnie przechodzę. Jest bowiem miejsce pośród zobowiązań pozytywnych państwa także na zobowiązania *stricte proceduralne*.

Zobowiązania proceduralne wynikające z ochrony prawa do życia

Już w wyroku *Kaya* Trybunał jednoznacznie przypomniał, że „obowiązek ochrony życia na podstawie art. 2 Konwencji, odczytywany w związku z ogólnym zobowiązaniem państwa na podstawie art. 1 Konwencji co do »zapewnienia każdej osobie podlegającej jego jurysdykcji praw i wolności określonych w Konwencji«, wymaga w sposób dorozumiany, by wchodziła w grę jakaś forma skutecznego śledztwa z urzędu, gdy w rezultacie użycia siły zostają zabite jednostki” (*Kaya*, pkt 102; por. *Demiray*, pkt 48; *McKerr*, pkt 111; *Finogenov*, pkt 268; *Bazorkina*, pkt 117; *Kaplanova*, pkt 111; *Papapetrou*, pkt 48). W wyroku *Kaplan* Trybunał dodał, że obowiązek przeprowadzenia tego rodzaju śledztwa istnieje „w każdym przypadku, w którym wchodzi w grę śmierć człowieka, bez względu na to, czy domniemani sprawcy są funkcjonariuszami państwowymi, czy też osobami trzecimi” (*Kaplan*, pkt 56).

W sprawie katastrofy śmigłowca Trybunał podkreślił, że w toku takiego śledztwa chodzi przede wszystkim o „zapewnienie skutecznego stosowania ustaw krajowych, które chronią prawo do życia, w sprawach, w których funkcjonariusze czy organy państwowe są zamieszane, o zagwarantowanie, by ci, którzy byli zamieszani, zostali postawieni przed wymiarem sprawiedliwości” (*Papapetrou*, pkt 49). Dodał przy tym, że „władze muszą działać z urzędu, skoro tylko zwrócono ich uwagę na sprawę. Nie mogą one pozostawiać bliskim osoby zmarłej inicjatywy wnoszenia formalnej skargi ani przejmowania odpowiedzialności za postępowanie śledcze” (*ibid.*, pkt 49 *in fine*). Tak więc, trzeba prowadzić skuteczne śledztwo z urzędu, „gdy istnieją powody, by sądzić, że jednostka odniosła potencjalnie śmiertelne obrażenia w budzących wątpliwości okolicznościach” (*ibid.*, pkt 50).

W wyroku Railean Trybunał sprecyzował, iż „Sam fakt, że władze zostały powiadomione o śmierci rodzi *ipso facto* zobowiązanie na podstawie art. 2 Konwencji co do przeprowadzenia skutecznego śledztwa w sprawie okoliczności, w jakich do tego doszło. Tam, gdzie w grę wchodzi śmierć, śledztwo nabiera tym większego znaczenia, zważywszy na fakt, że istotnym celem takiego śledztwa jest zapewnienie skutecznego urzeczywistnienia ustaw krajowych chroniących prawo do życia” (Railean, pkt 28; por. McKerr, pkt 111; Jordan, pkt 105; Edwards, pkt 69; Bybbins, pkt 137; Dinc, pkt 76; Bazorkina, pkt 117).

W szczególności, celem takiego śledztwa jest wyjaśnienie okoliczności towarzyszących śmierci i przyczyny śmierci (por. Denizci, pkt 378; Simsek, pkt 116; Akdogdu, pkt 53; Ataman, pkt 64, Pereira, pkt 56, Weber, pkt 74; Plesca, pkt 50; Finogenov, pkt 273) oraz – tam, gdzie to właściwe – zidentyfikowanie i pociągnięcie do odpowiedzialności osób odpowiedzialnych (por. McKerr, pkt 113; Jordan, pkt 107; Avsar, pkt 394; McShane, pkt 96; Nachova, pkt 113; Kaplan, pkt 58; Dinc, pkt 61; Papapetrou, pkt 52; Przemysk, pkt 65). W sprawie Papapetrou Trybunał wskazał, że „Śledztwo powinno być skuteczne w tym sensie, że powinno pozwalać na zidentyfikowanie i ukaranie osób odpowiedzialnych”; zastrzegł jednak, że „Chodzi tu nie o obowiązek rezultatu, lecz środków” (Papapetrou, pkt 52), czy – inaczej mówiąc – należytej staranności. W każdym razie „Wszelki niedostatek w śledztwie mogący szkodzić jego zdolności do ustalenia przyczyny śmierci ofiary albo zidentyfikowania osoby czy osób odpowiedzialnych, może prowadzić do wniosku o braku skuteczności śledztwa” (*ibid.*, pkt 53).

Wymagane na podstawie art. 2 śledztwo musi spełniać określone wymogi, by odpowiadać postulatowi skuteczności i adekwatności. W wyroku Dinc Trybunał wskazał, że „władze muszą podejmować dostępne im rozsądne środki dla zapewnienia pozyskania dowodów dotyczących faktów sprawy, w tym ekspertyz. Wnioski śledztwa winy się opierać na pogłębionej, obiektywnej i bezstronnej analizie całości istotnych elementów [...]” (Dinc, pkt 61). W sprawie katastrofy śmigłowca Trybunał m.in. podkreślił, że „Władze powinny podejmować rozsądne środki, jakimi dysponują, dla zapewnienia pozyskania dowodów odnoszących się do istotnych faktów, w tym m.in. zeznań naocznych świadków, ekspertyz medycyny sądowej i ewentualnie sekcji, mogących dostarczyć kompletnego i precyzyjnego obrazu uszkodzeń oraz obiektywnej analizy ustaleń klinicznych, zwłaszcza

przyczyny śmierci" (*Papapetrou, pkt 52; por. Pereira, pkt 56–57; Finogonov, pkt 271–272*).

W innym wyroku dodał: „W takich przypadkach kompetentne władze muszą działać z wzorową starannością i szybkością i muszą one ze swej własnej inicjatywy podejmować badania mogące: po pierwsze – ustalić okoliczności, w których incydent miał miejsce i wszelkie niedostatki w funkcjonowaniu systemu regulacyjnego; a po drugie – zidentyfikować urzędników lub władze państwowe zamieszane w jakimkolwiek charakterze w tok odnośnych zdarzeń” (*Kolyadenko, pkt 191*). Trybunał bacznie przygląda się charakterowi i jakości śledztwa krajowego i często – dopatrując się braku poszanowania jednego lub więcej z wymogów śledztwa – po prostu je prawnie dyskwalifikuje jako stanowiące naruszenie zobowiązań proceduralnych wynikających z art. 2 Konwencji (*por. m.in. Mutsolgova, pkt 116; Weber, pkt 71 i n.; Bekirski, pkt 172; Plesca, pkt 48; Cobzaru, pkt 64 i 76; Ozer, pkt 65–67 i 75; Saidova, pkt 78–80; Przemyski, pkt 59*).

Uznając, że postępowanie dowodowe co do zasady i zgodnie z zasadą pomocniczości pozostaje w gestii organów krajowych, Trybunał ocenia jednak jego jakość i zupełność, co do ogólnego wrażenia i co do poszczególnych dowodów, przyjmując standard „dowodu ponad wszelką rozsądną wątpliwość” (*por. m.in. Velikova, pkt 70; Ekinci, pkt 72; Demiray, pkt 43; Nachova, pkt 147; Simsek, pkt 101; Kakkouli pkt 103; Ucar, pkt 74; Vasaroglu, pkt 55; Karabulut, pkt 53; Bekirski, pkt 109; Cobzaru, pkt 55; Abik, pkt 34*). W wyroku Saidova Trybunał wyjaśnił, że „taki dowód może wynikać ze zbiegu wystarczająco silnych, jasnych i spójnych wniosków albo podobnych niezakwestionowanych domniemań faktycznych”, zaś „Rozsądną wątpliwością jest wątpliwość, dla której racje wywieść można z przedstawionych faktów, nie zaś wątpliwość podnoszona li tylko na bazie możliwości teoretycznej bądź dla uniknięcia wniosku nie dającego się między zainteresowanymi uzgodnić” (*Saidova, pkt 62; por. Simsek, pkt 101*).

W kontekście katastrofy budowlanej Trybunał stwierdził: „Skuteczność śledztwa wymaga, by władze podejmowały rozsądne środki, jakimi dysponują, dla zapewnienia pozyskania dowodów dotyczących odnośnych faktów, włączając w to m.in. zeznania naocznych świadków, ekspertyzy oraz – jak może się zdarzyć – właściwą sekcję zwłok, która dostarcza kompletny i precyzyjny obraz uszkodzeń oraz obiektywną analizę ustaleń klinicznych, zwłaszcza przyczyny śmierci. Wszelki niedostatek śledztwa osłabiający jego zdolność do ustalenia przyczyny śmierci albo osób odpo-

wiedzialnych stwarza ryzyko konieczności dojścia do wniosku, że śledztwo nie odpowiadało temu standardowi" (*Pereira, pkt 57; por. co do sekcji zwłok m.in. Kakkouli, pkt 126; Ucar, pkt 90; Z., pkt 100; Nencheva, pkt 131*).

W kontekście warunków pozbawienia wolności Trybunał wskazał, że „tam, gdzie wchodzące w grę zdarzenia należą w pełni bądź w znacznej części do wyłącznej wiedzy władz, jak np. w przypadku osób objętych ich kontrolą w warunkach uwięzienia, mogą wchodzić w grę solidne domniemania faktyczne co do uszkodzeń i śmierci, jakie miałyby tam miejsce”; „to na władzach spoczywa ciężar dowodu, jeśli chodzi o dostarczenie zadowalającego i przekonującego wyjaśnienia" (*McKerr, pkt 109; por. Jordan, pkt 103; Shanaghan, pkt 86; Edwards, pkt 70; Avsar, pkt 391; Bubbins pkt 135*). Ustalenie to nie ogranicza się do sytuacji pozbawienia wolności, lecz obejmuje ogół sytuacji, w których – z natury rzeczy albo z okoliczności konkretnego przypadku – to władze wyłącznie dysponują odpowiednimi informacjami albo dostępem do nich; wobec tego, to na nich spoczywa ciężar dowodu, a dla sądów, w tym dla Trybunału powstaje tytuł do wywodzenia wniosków z zachowania władz w sprawie udostępnienia takich dowodów „objętych ich monopolem wiedzy”.

Przyjrzyjmy się wybranym cechom wymaganym śledztwa w rozumieniu art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Studium wybranych wymogów adekwatnego i skutecznego śledztwa na podstawie art. 2 Konwencji

Bardzo silnie uwzględniany jest przez Trybunał wymóg niezawisłości śledztwa, czasem łączy się z wymogiem jego bezstronności. W wyroku *McKerr* Trybunał jasno stwierdził: „By śledztwo dotyczące rzekomo niezgodnego z prawem zabicia przez funkcjonariuszy państwowych było skuteczne, na ogół uważa się za konieczne, by osoby odpowiedzialne za nie lub je prowadzące były niezawisłe w stosunku do osób w zdarzenia zamieszanych”, przy czym „Oznacza to nie tylko brak hierarchicznego czy instytucjonalnego powiązania, ale też niezawisłość praktyczną" (*McKerr, pkt 112; por. Jordan. pkt 106; Shanaghan, pkt 89; Edwards, pkt 72; Avsar,*

pkt 394; *McShane*, pkt 95). W sprawach tureckich Trybunał niejednokrotnie wywodził wnioski o braku skuteczności śledztwa i naruszeniu zobowiązań proceduralnych z art. 2 Konwencji na tej podstawie, że – mimo braku powiązań hierarchicznych czy instytucjonalnych – prokuratorzy albo rady prowincjonalne faktycznie nie czuli się niezawisłymi od służb bezpieczeństwa.

W wyroku *Finogenov* Trybunał – na końcu swoich ocen – spostrzegł, że zespół śledczy „nie był niezawisły”, mimo że kierował nim prokurator, a nadzór sprawował Prokurator Generalny, albowiem obejmował on przedstawicieli służby bezpieczeństwa „bezpośrednio odpowiedzialnej za planowanie i prowadzenie operacji ratownictwa”, z FSB pochodzili też eksperci ds środków wybuchowych, zaś badania kryminalistyczne prowadziło laboratorium podległe miejskiemu Wydziałowi Zdrowia Publicznego, którego szef „był osobiście odpowiedzialny za organizację pomocy medycznej dla ofiar, a zatem był osobą zainteresowaną” (*Finogenov*, pkt 281; por. *Turluyeva*, pkt 109). Stanowiło to jedną z podstaw dla oceny śledztwa jako nieskutecznego, a więc nie spełniającego wymagań art. 2 Konwencji (*ibid.*, pkt 282).

Można zaryzykować stwierdzenie, że wymogi niezawisłości i bezstronności, odgrywające tak ważną rolę w standardzie słusznego procesu na podstawie art. 6 Konwencji, a znajdujące też uznanie w kontekście art. 13 Konwencji, znajdują także zastosowanie i są wymagalne w kontekście śledztwa na podstawie art. 2 Konwencji.

Bardzo istotne są również wymogi związane z temporalnym wymiarem śledztwa w rozumieniu art. 2 Konwencji. Europejski Trybunał Praw Człowieka sformułował i konsekwentnie potwierdza wymóg niezwłoczności i rozsądnej szybkości śledztwa. Trybunał jest świadom tego, że „mogą wystąpić przeszkody czy trudności, które w szczególnej sytuacji mogą uniemożliwić postęp śledztwa”; wskazuje on jednak, że „niezwłoczna odpowiedź ze strony władz prowadzących śledztwo [...] będzie na ogół uważana za istotną dla podtrzymania zaufania społeczeństwa dla wierności rządowi prawa oraz dla zapobiegania wszelkim przejawom zamieszania w bezprawne działania czy tolerowania ich” (*McKerr*, pkt 114; por. *Jordan*, pkt 108; *Shanghan*, pkt 91; *Edwards*, pkt 72; *Avsar*, pkt 394; *McShane*, pkt 94; *Bubbins*, pkt 136).

Każda czynność procesowa, rzecz można, ma swój właściwy czas, którego niewykorzystanie może negatywnie się odbić na szansach jej realizacji. Szczególnie istotne są pierwsze godziny i dni po danym zdarzeniu. Tak np. w wyroku Kachurka Trybunał zauważył, że „skuteczność gromadzenia dowodów została poważnie podkopana na wstępnym stadium śledztwa”; władze szybko bowiem przyjęły określone założenie i nie badały żadnych alternatyw, przy czym „wstępna inspekcja miejsca zdarzenia i badania kryminalistyczne nie były prowadzone tak, by zebrać wszelkie istotne informacje i wyeliminować alternatywne wyjaśnienia śmierci” (*Kachurka, pkt 52; por. podobnie – Baysultanova, pkt 102; przeciwnie – Shchebetov, pkt 54–57; por. tez: Myronenko, pkt 36; Mutsolgorova, pkt 112*). Już samo to mogło przesądzić o braku skuteczności śledztwa.

Bardzo istotne jest niezwłoczne i dokładne zbadanie miejsca zdarzenia, w tym przedmiotów i wszelkich elementów tam się znajdujących. W sprawie Tunc Trybunał stanął wobec zarzutu skarżących, jakoby „miejsce incydentu nie było utrzymane ściśle w swoim stanie aż do przybycia ekspertów kryminalistycznych, jako że broń denata i M.S. nie była pozostawiona na miejscu, lecz została umieszczona pod kluczem w szafie” (*Tunc, pkt 111*). Trybunał wskazał jednak na to, że wcześniej skrupulatnie pobrano odciski, ubranie denata oraz broń i łuski nabojów, i wszystko to poddano badaniom naukowym; podobnie miejsce zdarzenia zostało dokładnie przebadane i sfotografowane przez ekspertów (*ibid., pkt 110*). Sam fakt późniejszego przemieszczenia broni, zdaniem Trybunału, „nie powinien stanowić problemu, ponieważ nie przeszkadzało to późniejszemu poddaniu jej badaniom w laboratorium” (*ibid., pkt 112–113*), tym bardziej, że „eksperci po swym przybyciu zamrozili scenę incydentu, z zachowaniem integralności wszystkich wskazań mogących okazać się ważnymi dla rozwiązania sprawy” (*ibid., pkt 114*).

Trybunał bardzo często wskazuje na ogromne znaczenie czynnika czasowego dla rezultatów śledztwa, w tym na konieczność niezwłocznej realizacji czynności śledczych w czasie dla nich właściwym. Wszelkie zwłoki mogą mieć niweczące znaczenie. Tak np. w wyroku Nencheva Trybunał przypomniał, że „upływ czasu nieuniknienie dokonuje erozji w ilości i jakości stojących do dyspozycji dowodów, zaś przejawy braku staranności poddają w wątpliwość dobrą wiarę faktycznie prowadzonego śledztwa i mogą doprowadzić do utraty dowodów, na które bliscy ofiary wskazują” (*Nencheva, pkt 130; por. Brecknell, pkt 71; Turluyeva, pkt 86*).

W szczególności wobec problemu zwłok w śledztwie w ogóle i w kontekście poszczególnych czynności śledczych stanął Trybunał w sprawie McCaughey uznał, że „zwłok tych nie można uznać za dające się pogodzić z zobowiązaniem państwa na podstawie art. 2 co do zapewnienia śledztwa w sprawie podejrzanych śmierci, w tym sensie, że postępowanie śledcze organizowane na podstawie prawa krajowego musi być prowadzone niezwłocznie i z rozsądną szybkością”; „ustalenie nadmiernej zwłoki śledczej samo w sobie prowadzi do wniosku, że śledztwo było nieskuteczne z punktu widzenia art.2 Konwencji”, że zatem „doszło do naruszenia art. 2 w jego aspekcie proceduralnym z powodu nadmiernej zwłoki śledczej” (*McCaughey, pkt 140*).

Śledztwo musi odpowiadać wymogowi kompletności i dokładności. Dotyczy to m.in. wstępnych założeń czy hipotez, wedle których profiluje się śledztwo i zadania przed nim stawiane. W sprawie Plesca Trybunał wskazał, że „nie wystarczy wysunąć hipotezę dotyczącą przyczyny śmierci”, jako że „trzeba jeszcze, by hipoteza taka znajdowała wystarczające wsparcie w dowodach, tak by zgonu nie można już było uważać za zaistniały w podejrzanych okolicznościach” (*Olesca, pkt 47; por. Mantog, pkt 68*). Z kolei w wyroku Finogenov Trybunał wyjaśnił, że „wymóg »dokładnego śledztwa« oznacza, że władze zawsze muszą podejmować poważne próby ustalenia, co się zdarzyło, a nie opierać się na pochopnych czy bezpodstawnych wnioskach dla potrzeb zakończenia postępowania czy jako podstawy swej decyzji” (*Finogenov, pkt 271*); dodał przy tym, że „wnioski śledztwa muszą się opierać na dokładnej, obiektywnej i bezstronnej analizie wszystkich istotnych elementów”, ponieważ „brak przestrzegania obiektywnej linii śledztwa podkopuje w decydującym zakresie zdolność śledztwa do ustalenia okoliczności sprawy i zidentyfikowania osób odpowiedzialnych” (*ibid., pkt 272*). W wyroku tym brak dokładności śledztwa – obok braku jego niezawisłości – przesądzał o stwierdzeniu braku skuteczności śledztwa.

Kojarząc to z „prawem społeczeństwa do informacji”, Trybunał niejednokrotnie podkreślał kryterium wystarczającej transparentności śledztwa. Formułował mianowicie wymóg „kontroli publicznej”, łącząc go z wymaganiami zasady rządów prawa. Tak np. w wyroku McKerr Trybunał wskazał, że „musi wchodzić w grę wystarczający element kontroli publicznej nad śledztwem i jego rezultatami celem zagwarantowania możliwości rozliczenia władz – tak w teorii, jak i w praktyce”, przy czym „wymagany

stopień kontroli publicznej może się zmieniać od przypadku do przypadku" (*McKerr*, pkt 115; por. *Shanaghan*, pkt 92; *Edwards*, pkt 73; *Avsar*, pkt 395; *Papapetrou*, pkt 54). W wyroku *Jordan* Trybunał zastrzegł jednak, że „ujawnienie czy opublikowanie raportów policyjnych i materiałów śledczych mogłoby zawierać elementy sensytywne, z możliwością spowodowania skutków szkodliwych dla osób prywatnych bądź dla innych śledztw, a zatem nie może być traktowane jako wymóg automatyczny oparty na art. 2 Konwencji”; „wymagany dostęp opinii publicznej [...] można przecież zapewnić na innych stadiach dostępnego postępowania” (*Jordan*, pkt 121).

Prawa rodzin ofiar w kontekście śledztwa na podstawie art. 2 Konwencji

Zazwyczaj w sformułowaniu Trybunału element wymaganej kontroli publicznej jest bezpośrednio powiązany z jego jakby szczególnym przejawem, a mianowicie z wymogiem umożliwienia dostępu do śledztwa i jego materiałów rodzinie ofiary. Bardzo często Trybunał po prostu ogólnie wskazuje, że śledztwo ma być „dostępne dla rodziny ofiary” (por. *Kaplana*, pkt 111; *Isigova*, pkt 104; *Musayeva*, pkt 110; *Umarov*, pkt 102; i wiele dalszych). Często wszakże Trybunał bardziej precyzyjnie ustala, że „We wszystkich jednak przypadkach najbliższy krewny ofiary musi być włączony w postępowanie w zakresie koniecznym dla zagwarantowania jego prawowitych interesów” (*McKerr*, pkt 115; por. *Isayeva*, pkt 130; *Takhayeva*, pkt 95; *Dzhabrailova*, pkt 71; *Kerimova*, pkt 266; i wiele dalszych).

W sprawach przeciwko Rosji, w szczególności w sprawach czeczeńskich Trybunał wielokrotnie odnotowywał niedopuszczalną odmowę przyznania bliskim ofiary statusu pokrzywdzonych (tak np. *Kukayev*, pkt 99; por. *Khalitova*, pkt 68; *Dzhabrailova*, pkt 77) bądź niedopuszczalne zwłoki w przyznaniu takiego statusu, praktycznie mającego umożliwić im skuteczny dostęp do śledztwa i jego materiałów (tak np. *Luluyev*, pkt 100, decyzja o przyznaniu statusu pokrzywdzonego „zapewniała mu tym samym minimalne gwarancje w postępowaniu karnym”, ale „nawet po przyznaniu mu statusu pokrzywdzonego informacje dotyczące

postępu śledztwa przekazywano mu tylko okazjonalnie i tylko fragmentarycznie", por. *Makhauri, pkt 111; Zubayrayev, pkt 100; Betayev, pkt 88*).

Trybunał nie zadowolona się ustaleniem, że taki prawnie chroniony status zostaje bliskim ofiary przyznany; bada on, czy w praktyce taki status jest uszanowany i czy bliski faktycznie korzysta z jego dobrodziejstw. W sprawie *McKerr* Trybunał zdyskwalifikował praktykę umożliwiania bliskim dostępu do zeznań i oświadczeń świadków dopiero po złożeniu przez nich zeznań w procesie sądowym (*McKerr, pkt 147–148 i 160; por. Jordan, pkt 133–134; Shanaghan, pkt 116–117*).

W sprawach czeczeńskich przeciwko Rosji Trybunał właściwie regularnie stwierdzał, że nawet wtedy, gdy formalnie bliskim status pokrzywdzonego został przyznany, nie można było mówić o ich jakiegokolwiek partycypacji w śledztwie, ponieważ tylko sporadycznie i tylko fragmentarycznie byli oni o toku i postępach śledztwa informowani, często li tylko o decyzjach dotyczących umorzenia i ponownego wszczęcia śledztwa (por. *Makhauri, pkt 111; Kukayev, pkt 99 in fine; Zubayrayev, pkt 100; Aziyeva, pkt 94–95; Isigova, pkt 110; Bitiyeva, pkt 94 i wiele dalszych*).

W wyroku *Ibragimov* Trybunał zauważył, że „nawet chociaż przyznano pierwszemu skarżącemu status pokrzywdzonego – był on informowany jedynie o umorzeniu bądź o ponownym wszczęciu postępowania, nie zaś o wszelkim znaczącym rozwoju”; uznał więc, że „śledczy nie zapewnili śledztwu wymaganego poziomu kontroli publicznej ani nie zagwarantowali w postępowaniu interesów najbliższego krewnego” (*Ibragimov, pkt 98; por. Sangariyeva, pkt 82; Utsayeva, pkt 180; Atabayeva, pkt 100; Umarov, pkt 107 i wiele dalszych*).

Implikacje orzecznictwa strasburskiego dla oceny śledztw w sprawie Katastrofy Smoleńskiej

Nieprzypadkowo w badaniach swoich świadomie wykroczyłem poza ściśle pojęty zakres zobowiązań proceduralnych wynikających z art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i uwzględniłem szereg elementów z dziedziny zobowiązań pozytywnych o charakterze materialnym

wynikających z tegoż postanowienia Konwencji. Tak się bowiem składa, że o charakterze i rozmiarze odpowiedzialności państwa w kontekście przypadków śmierci zaistniałych w budzących wątpliwości okolicznościach, przesądza charakter i zakres zobowiązań państwa na podstawie art. 2 Konwencji, przede wszystkim właśnie materialnych zobowiązań pozytywnych. Zobowiązania z tytułu prawa do życia, w kontekście pozytywnego obowiązku jego ochrony, nakładają na państwa powinności odpowiedniego ukształtowania ich porządku prawnego, w tym ram ustawodawczych i administracyjnych reglamentujących pożądane działania państwa, nie tylko te zaradcze, *ex post*, wchodzące w grę np. po zaistnieniu katastrofy komunikacyjnej oraz związane z akcją ratownictwa, ale także te poprzedzające, dotyczące ustanowienia i zapewnienia skutecznego funkcjonowania należytych mechanizmów i procedur postępowania na wypadek katastrof, w tym prewencyjnych środków operacyjnych eliminujących bądź minimalizujących zagrożenia i ich skutki.

Z tej perspektywy w Polsce – i to w ramach śledztwa odpowiadającego wymaganiom art. 2 Konwencji, a nie śledztw przedziwnie rozwarstwionych i hermetycznie od siebie izolowanych – musi być zbadane i prawnie ocenione wszystko to, co było związane z planowaniem, przygotowywaniem i zabezpieczeniem przebiegu wizyty Prezydenta RP w Katyniu, w tym jego lotu do Smoleńska samolotem TU 154 M, włączając w to wątpliwości związane z: rozdzieleniem wizyt Prezydenta i Premiera; brakiem należytej staranności o zabezpieczenie wizycie Prezydenta RP przez władze rosyjskie należnego jej statusu; remontu samolotu oraz czynności i kontroli na jego pokładzie tuż przed tragicznym lotem; zapewnienia właściwej pracy służb specjalnych w kontekście tej wizyty, w tym zwłaszcza BOR itd., itd. Powinno to kojarzyć się z ustaleniem winnych zaniedbań systemowych związanych z brakami w reglamentacji w ogóle albo brakami w ich funkcjonowaniu w praktyce, nie wykluczając Premiera i jego Kancelarii, Ministra Spraw Zagranicznych i jego resortu, włączając też służby dyplomatyczne i konsularne RP w Rosji, a także Ministrów Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz Obrony Narodowej. Nie licząc fragmentarycznego i pośpiesznie umorzono śledztwa prokuratury cywilnej w tej sprawie, jak się wydaje, śledztwo główne w Polsce zupełnie tym się nie zajmuje, dystansując się od sprawy odpowiedzialności urzędników cywilnych tytułem niedopełnienia ich obowiązków bądź/i przekroczenia ich kompetencji, a więc nadużycia władzy.

Z tejże perspektywy śledztwo rosyjskie powinno zająć się niedopuszczalnym zaniżeniem statusu wizyty Prezydenta RP w Katyniu i brakiem należytej staranności w przygotowaniu lotniska Smoleńsk Północny do jego funkcjonowania w kontekście tej wizyty.

Z perspektywy samego zdarzenia i natychmiastowych obowiązków, które trzeba było niezwłocznie rozpoznać i wypełniać, wskazać trzeba, że bezpośrednio po katastrofie znalazły się na miejscu zdarzenia – choć w niepełnym i zapewne nie w najbardziej fachowym składzie – służby polskie, w tym prokuratorskie, które podjęły jakieś tam współdziałanie ze służbami rosyjskimi. Trzeba w śledztwie wyjaśnić, w którym dokładnie momencie i na jakiej podstawie współdziałanie to zostało powstrzymane, dlaczego służby te od samego początku nie podjęły skrupulatnych badań miejsca zdarzenia, a w szczególności wraku samolotu, na ile to było praktycznie możliwe i kto oraz w jaki sposób to uniemożliwił. Bardziej konkretnie śledztwo powinno się zająć problemem tajemniczej zmiany podstaw prawnych badania katastrofy i zupełnego zlekceważenia obowiązującego Porozumienia wojskowego z 1993 r.; wchodzi w związek z tym w grę kwestia nadużycia władzy przez Premiera RP, a w dalszej kolejności – kwestia utrzymywania tego w jakiejś prawnie niedopuszczalnej tajemnicy, i to z gotowością stawiania sprawy „na ostrzu noża”. To posunięcie Premiera musi być widziane na szerszym tle jego dalszych różnorodnych posunięć, w tym oznaczających wkraczanie w obszar niezawisłości prokuratury i upolityczniania jej działań, a także zwodniczych działań propagandowych, w kraju i za granicą, łącznie z przedziwnym powołaniem tzw. Komisji Łaska (funkcjonującej dla potrzeb *stricte* politycznych za pieniądze podatników polskich). Poza zakresem odpowiedzialności ściśle prawnej wchodzi tu w grę szeroki zakres problemów ze sfery etyki polityka.

W tejże perspektywie śledztwo polskie powinno się przywrócić postawie, działaniom i zaniechaniom polskiego „akredytowanego przedstawiciela” w MAK-u, bo to konkretnie do jego zadań należało dbanie o interesy RP w związku ze śledztwem MAK: to on powinien inicjować działania dotyczące badania miejsca zdarzenia oraz wraku i ofiar, i to on powinien przeciwstawiać się niedopuszczalnym działaniom strony rosyjskiej dotyczącym niszczenia i/bądź deformowania sceny zdarzenia oraz niszczenia – z punktu widzenia dowodowego – samego wraku samolotu. Podobnie, to on powinien zadbać o odpowiednie zabezpieczenie terminowe,

fachowego i – pełnego udziału specjalistów polskich w kontekście sekcji zwłok w Moskwie, by nie zadowalać się zachwykami b. minister Kopacz nad talentami i sprawnością specjalistów rosyjskich. To on – podobnie – winien czuwać nad poczynaniami rosyjskimi w stosunku do czarnych skrzynek oraz innych urządzeń pokładowych samolotu, by nie dopuszczać do zafaszowań i zniekształceń w wynikach śledztwa MAK. Nie dbał o to, nie czuwał, nie sprzeciwiał się; co nam z tego, że ponoć potem sporządził raport swój wylewający żale na stronę rosyjską, skoro to sfera jego własnej odpowiedzialności. Utajnienie przez Premiera tego raportu obciąża, oczywiście, dodatkowo samego Premiera.

Jeśli chodzi o stronę rosyjską, śledztwo prokuratorskie prowadzone w Rosji, jeśli miałyby spełniać – a powinno – wymagania art. 2 Konwencji, powinno się zająć wszelkimi przeoczeniami, zafaszowaniami i zniekształceniami sprokurowanymi przez MAK, podobnie jak wszelkimi przyczynami spowodowanymi przeszkodami, utrudnieniami i opóźnieniami w przekazywaniu stronie polskiej materiałów i wyników śledztwa rosyjskiego. Zamiast faszować materiały dotyczące niektórych aspektów funkcjonowania lotniska Smoleńsk Północny, śledztwo rosyjskie powinno w pełni i dokładnie zbadać szczegóły funkcjonowania tego lotniska i to konkretnie w kontekście lotu TU 154 M w dniu 10 kwietnia 2010 r. detalicznie wyjaśnić. Oczekiwanie to jest prawdziwie iluzoryczne, zważywszy, że to z postawy i działań samego śledztwa rosyjskiego owe utrudnienia i przeszkody powstają, a śledztwo polskie raz po raz podlega zablokowaniu. Moim zdaniem, absolutnie niedopuszczalnym jest ograniczenie śledztwa rosyjskiego do wymiaru czysto pomocniczego i uzupełniającego w stosunku do śledztwa polskiego; wchodzi bowiem w grę – nie przesądzając z góry jej podstawy, charakteru i zakresu – odpowiedzialność Rosji jako strony Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w kontekście Katastrofy Smoleńskiej, zupełnie niezależnie od ewentualnego wątku wybuchów i zamachu. Rosja nie wypełniła bowiem obowiązków pozytywnych na podstawie art. 2 Konwencji, w tym co do ustanowienia i właściwego funkcjonowania ram prawnych i administracyjnych związanych z funkcjonowaniem lotniska w Smoleńsku oraz z brakiem należytej staranności w działaniach służb na tym lotnisku w dniu 10 kwietnia 2010 r.

Rażącym naruszeniem zobowiązań proceduralnych wynikających z art. 2 Konwencji był cały ciąg zdarzeń związanych z wyszukiwaniem i zabezpieczaniem ciał ofiar Katastrofy, a w szczególności z dotyczącymi

ich sekcjami zwłok, które nie odpowiadały wymaganemu standardowi konwencyjnemu – pełnej i dokładnej sekcji zwłok, umożliwiającej ustalenie przyczyny śmierci i okoliczności jej towarzyszących. Śledztwo powinno wyjaśnić tajemnicze zdarzenia, które spowodowały m.in. pomyłkowe umieszczanie zwłok w trumnach i wynikające stąd później konieczności ich ekshumacji i ponownego pochówku.

Samo główne śledztwo polskie prowadzone przez Naczelną Prokuraturę Wojskową rodzi wiele wątpliwości. Czy jest ono prawdziwie niezawiste, skoro prowadzone jest przez prokuratorów wojskowych, w mundurach, co zazwyczaj – w oczach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – dyskwalifikuje? Czy jest ono prawdziwie bezstronne, skoro da się wskazać wystarczająco wiele elementów nacisku ze strony rządu, a konkretnie Premiera RP? skoro daje się wmanipulować w rzekome przesłuchania ekspertów Zespołu Parlamentarnego, tylko po to, by – za pośrednictwem usłużnych mediów – ich oczernić, poniżyć i znieważać? Czy jest ono – w całości i w odniesieniu do poszczególnych czynności procesowych – prawdziwie niezwłoczne, skoro kolejne lata upływają, a polscy prokuratorzy wojskowi oczekują od strony rosyjskiej tego, co powinno zostać precyzyjnie zbadane natychmiast po katastrofie (miejsce zdarzenia, wrak, czarne skrzynki itp.)? skoro pobrane przez siebie próbki – jeśli już im się to uda – pozostawiają w Rosji, darząc nadmiernym zaufaniem „przyjaciół Moskali”, a potem zapowiadają półroczny okres badania próbek, miast dokonać tego niezwłocznie?

Zarzuty pod adresem śledztwa polskiego można by mnożyć; na dobrą sprawę, trudno by znaleźć jakiegokolwiek aspekt tego śledztwa, który mógłby satysfakcjonować z perspektywy wymogów śledztwa w rozumieniu art. 2 Konwencji: poza odnotowanym już brakiem niezawisłości i niezwłoczności, można wskazać na brak pełnego charakteru śledztwa, jego rozczłonkowanie, fragmentaryzację, uniemożliwiającą jego integralny charakter; brak dokładnego charakteru śledztwa pod wieloma względami; brak oczekiwanego stopnia jego transparentności, co uniemożliwia kontrolę publiczną nad śledztwem i jego rezultatami, szereg niedostatków w sferze zapewnienia bliskim ofiar partycypacji w śledztwie, mierzonej ramami skutecznej ochrony ich prawowitych interesów.

Wskazałem powyżej li tylko na niektóre, wybrane przejawy niedomagań śledztw smoleńskich. W moim głębokim przekonaniu zarówno śledztwa rosyjskie, jak i śledztwo polskie – z racji już zaistniałych ich niedomagań

z punktu widzenia wymogów śledztwa w rozumieniu art. 2 Konwencji: Prawo do życia – oznaczają naruszenie jego proceduralnego wymiaru, podobnie jak niedopełnienie zobowiązań pozytywnych wynikających z art. 2 oznacza naruszenie materialnego wymiaru prawa do życia. Rodziny Smoleńskie powinny więc rozważyć ewentualność skierowania do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka skarg przeciwko Rosji i Polsce, obejmujących obie warstwy zarzutów, tak co do zobowiązań materialnych, jak i co do zobowiązań proceduralnych.

Synteza końcowa dot. prac Podkomitetu Prawnego Konferencji Smoleńskiej

Uwagi wstępne

To w sferze nauk mechaniki zrodziło się i dojrzewało poczucie bezwzględnej konieczności podjęcia niezależnych badań Katastrofy Smoleńskiej. W tejże sferze przygotowano i pomyślnie zrealizowano w 2012 r. I Konferencję Smoleńską, której owocem była m.in. decyzja w sprawie poszerzenia badań m.in. na sferę prawa (por. prof. P. Witakowski, *Wprowadzenie do Konferencji*, II KS, s. 13 i n.). Miałem zaszczyt stanąć na czele Podkomitetu Prawnego Konferencji Smoleńskiej. Niestety, referaty prawnicze przedstawione podczas II i III Konferencji Smoleńskiej grzeszą pewną fragmentarycznością i nie dają kompletnego obrazu niezbędnych w kontekście Katastrofy Smoleńskiej badań.

Spośród członków Podkomitetu Prawnego na II Konferencji referaty przygotowali i wygłosili:

- dr hab. Piotr Daranowski, prof. UŁ: *Porozumienie określające podstawę prawną i tryb badania Katastrofy Smoleńskiej* (II KS, s.339–350);
- prof. dr hab. Tadeusz Jasudowicz (UMK): *Śledztwo smoleńskie z perspektywy Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* (II KS, s.383–392).

Oprócz tego, w problematyce prawnej mieściły się kolejne referaty uczestników II Konferencji, a mianowicie:

- mec. mgr Małgorzata Wassermann: *Katastrofy w postępowaniu karnym a działania prokuratury w sprawie Katastrofy Smoleńskiej* (II KS, s.351–358);
- mec. mgr Piotr Pszczółkowski, *Podstawy prawne badania przyczyn Katastrofy Smoleńskiej* (II KS, s.358–368);
- dr Maria Szonert Binienda, *Badania istotnych katastrof lotniczych. Polityczno–prawne studium porównawcze* (II KS, s. 369–382).

Z kolei w programie III Konferencji Smoleńskiej problematyki prawnej dotyczyły następujące referaty:

- mec. mgr Piotr Pszczółkowski, *Dopuszczalność, zasadność i skutki korzystania z międzynarodowej pomocy prawnej w sprawach karnych w wybranych aspektach śledztwa w sprawie ustalenia przyczyn Katastrofy Smoleńskiej* (III KS, s. 179–180 /prezent. filmowa/);
- dr Grażyna Przybylska–Wendt, *Wiarygodność dokumentacji sądowo–lekarskiej ofiar Katastrofy Smoleńskiej* (III KS, s. 181–188);
- mgr Natalia Wojtanowska, *Aspekty prawne Katastrofy Smoleńskiej – problemy wybrane* (III KS, s. 189–196).

Ponadto, ku problematyce prawnej – mniej bezpośrednio, ale jednak – ciążyły kolejne wystąpienia:

- prof. dr hab. Piotr Witakowski, *Geotechniczne aspekty katastrof lotniczych a Katastrofa Smoleńska* (II KS, s. 31–60); oraz *Wprowadzenie do III Konferencji* (III KS, s. 13–19);
- Marcin Gugulski, *MARS–BM a postępowania wyjaśniające przyczyny Katastrofy Smoleńskiej* (II KS, s. 247–262);
- Bogdan Gajewski, *Wybrane aspekty badania wypadków lotniczych w Ameryce Północnej* (II KS, s. 331–338);
- mec. mgr Małgorzata Wassermann, *Śp. Zbigniew Wassermann. Rosyjska a polska dokumentacja sekcyjna* (II KS, s. 273–278);
- Stanisław Zagrodzki, *Weryfikacja oficjalnych raportów dotyczących Katastrofy Smoleńskiej* (II KS, s. 279–290);
- prof. dr hab. Krystyna Kamieńska–Trela, prof. dr hab. Sławomir Szymański, *Uwagi o opinii CLKP w sprawie badań fizykochemicznych materiału dowodowego* (III KS, s. 85–94);
- prof. Andreas Wielgosz, dr Francois Dube, *Wnioski na podstawie medycznych informacji ze źródeł rosyjskich* (III KS, s. 163–166);
- dr Maria Szonert Binienda, *Socjotechnika zastosowana do Tragedii Smoleńskiej* (III KS, s. 167–178).

Z pewną goryczą dodaję, że – nie mogąc osobiście wziąć udziału w III Konferencji – zaproponowałem przestanie moich dwóch tekstów, wcześniej przygotowanych na użytek Rodzin Smoleńskich. Rozumiałem, że będą one włączone do materiałów III Konferencji. Niestety, jak się okazało, w materiałach tych one się nie zmieściły. Dlaczego? Tego nie wiem. Przypominam jednak ich tytuły, a wnioski z nich wynikające uwzględnię w niniejszej „Syntezie”:

- *Zobowiązania Polski i Rosji w systemie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w kontekście Katastrofy Smoleńskiej i jej konsekwencji* (2012, s. 1–21);
- *Położenie prawne Rodzin Smoleńskich w kontekście wyjaśnienia Katastrofy Smoleńskiej i dochodzenia roszczeń z niej wynikających* (2012, s. 22–41).

Ponadto uwzględnię zbiór materiałów, przygotowany przeze mnie równocześnie z tymi opracowaniami:

- *Pomocnik smoleński. Zestaw orzecznictwa strasburskiego dla potrzeb badania prawnych problemów Katastrofy Smoleńskiej i jej konsekwencji* (2012, s. 1–106).

Pragnę zwrócić uwagę, że z perspektywy postępowania prawnego, w szczególności każdego i jakiegokolwiek śledztwa w sprawie Katastrofy Smoleńskiej, głównym założeniem i celem jest wszechstronne i kompletne wyjaśnienie okoliczności badanego zdarzenia, kompetentne ustalenie przyczyny śmierci, a także – gdzie jest to właściwe – zidentyfikowanie, ściganie i postawienie przed wymiarem sprawiedliwości osób odpowiedzialnych, zaś – przy uwzględnieniu postępowania międzynarodowego, zwłaszcza postępowania strasburskiego, które takie właśnie założenia i cele przedstawia – również odpowiedzialności międzynarodowej państwa lub państw.

Skoro tak, właściwie wszystkie i jakiegokolwiek referaty przedstawione w toku trzech Konferencji Smoleńskich nabierają znaczenia prawnego, jako że – tak czy inaczej – dotyczą albo wyjaśnienia okoliczności zdarzenia, albo przyczyny śmierci Ofiar Katastrofy Smoleńskiej. Precyzyjne ustalenie okoliczności faktycznych sprawy stanowi oczywisty punkt wyjścia w każdym śledztwie dotyczącym jakiegokolwiek katastrofy owocującej utratą życia ludzkiego w budzących wątpliwości okolicznościach.

Potrzeba prawniczego badania Tragedii Smoleńskiej i warianty jej realizacji

Już na pierwszy rzut oka wchodzi w grę w kontekście Katastrofy Smoleńskiej dwa typy śledztwa: Jedno mieści się w ramach prawa lotniczego, a ma swe podstawy czy to w prawie krajowym (Ustawa „Prawo lotnicze” – Państwowe Komisja Badania Wypadków Lotniczych; potem powołana odrębna struktura – Państwowa Komisja Badania Wypadków Lotnictwa Państwowego), czy w Porozumieniu polsko-rosyjskim z 1993 r. (traktat dwustronny – wspólne śledztwo), czy wreszcie (wbrew ograniczeniu zakresu Konwencji Chicagowskiej wyłącznie do lotnictwa cywilnego) na podstawie jej Załącznika XIII (przyjętego niezgodnie z prawem przez Putina i Tuska jako podstawa badania Katastrofy, a fundamentalnie zlekceważonego i naruszonego przez Rosję).

Zważywszy, że sam organ badający Katastrofę Smoleńską po stronie rosyjskiej (MAK) budzi poważne wątpliwości, z punktu widzenia zakresu jego kompetencji, jego niezawisłości i bezstronności, że przyjął on „wysrane z palca” fałszywe założenia, a nie przeprowadził wszechstronnego i kompletnego śledztwa, że pozostał obojętny wobec niszczenia lub fałszowania przez publiczne władze rosyjskie fundamentalnych dowodów, na czele z miejscem zdarzenia, wrakiem samolotu i jego czarnymi skrzynkami, że uniemożliwił stronie polskiej zrealizowanie jej prawa do partycypacji w śledztwie chicagowskim (co prawda, bez właściwych protestów polskiego akredytowanego przedstawiciela i strony polskiej w ogóle).

W istocie, śledztwo MAK wcale nie było prowadzone stosownie do standardów Protokołu, a jego „wybór” przez stronę rosyjską miał służyć i służył rzeczywiście uniknięciu owego równoprawnego wspólnego śledztwa, jakie przewidywało Porozumienie z 1993 r. Niestety, na ten złowieszczy wybór przystał premier Tusk, a żaden z organów polskich przeciwko temu nie protestował. Zatem, Raport MAK był prawnie skażony, stanowił bowiem owoc zasadniczych naruszeń wymogów prawa; Komisja Millera miała doń sporo zastrzeżeń, przekazanych do wiadomości stronie rosyjskiej, lecz przez tę zupełnie zlekceważonych, potraktowanych przez nią *per non est*.

Swoją drogą, przydałoby się głębokie, wszechstronne i kompletne studium wymogów Porozumienia z 1993 r. i praktycznych aspektów jego wykonywania na wypadek Katastrofy. Smoleńskiej, w tym działań prokuratorów polskich od dnia 10 kwietnia 2010 r. i ich obecności w Smoleńsku właśnie na podstawie tego porozumienia.

Biorąc pod uwagę odsunięcie na bok wiążącego traktatu międzynarodowego (Porozumienie 1993 r.), bezpodstawny wybór innego porozumienia międzynarodowego (tym razem wielostronnego – Protokół XIII do Konwencji ICAO) i zupełny brak jego poszanowania, a także uwzględniając niszczenie i fałszowanie dowodów przez Rosję i *de facto* kompletne uniemożliwienie przeprowadzenia jakiegokolwiek skutecznego śledztwa polskiego, stajemy w obliczu sytuacji, w której jest miejsce na polsko-rosyjski spór prawnomiędzynarodowy.

Utrudnia sytuację, co prawda, przyzwolenie czy zgoła współsprawstwo polskie, jak również powszechnie znany brak gotowości Związku Sowieckiego, a po nim Rosji na zaakceptowanie obligatoryjnej jurysdykcji sądu międzynarodowego. Jednakże – choćby dla ożywienia międzynarodowej opinii publicznej i zwrócenia jej uwagi na grozę „tajemnicy smoleńskiej” – warto by pomyśleć o sformułowaniu wobec Rosji naszych poważnych „żałów smoleńskich”, zainicjowaniu negocjacji dwustronnych służących ich wyjaśnieniu i zaspokojeniu, a potem – wystąpieniu z pozwem do Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości.

Trzeba Rosji i światu pokazać, że my *non possumus* – nie możemy pokornie się zgadzać na wszystkie przejawy bezprawia ze strony Rosji. Jak sądzę, konsekwencja wymagałaby równoległego czy zgoła wcześniejszego wszczęcia procedur krajowych mających na celu wyjaśnienie zjawisk pogwałcenia prawa i nadużycia władzy, przede wszystkim przez Tuska i jego podkomendnych. Niezbędny byłby solidny raport, precyzyjnie określający prawne podstawy odpowiedzialności oraz okoliczności faktyczne towarzyszące owemu pogwałceniu prawa i nadużyciu kompetencji.

Powyższy „lotniczy” aspekt postępowania potraktowałem w miarę ogólnikowo i powierzchownie. Jako badaczowi praw człowieka – w sytuacji tragicznej śmierci w Katastrofie Smoleńskiej „kwiata narodu polskiego” – na czoło wysuwa się śledztwo karne w sprawie Katastrofy Smoleńskiej. Nie jestem specjalistą prawa karnego, ale – jak mi się wydaje – polski

Kodeks Karny nie jest w sposób właściwy przygotowany na zaistnienie sytuacji typu Katastrofy Smoleńskiej.

W każdym bądź razie przy okazji rozpatrywania skarg kierowanych przeciwko państwom-stronom w związku z przypadkami pozbawienia czy utraty życia Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC) ogromnie rozbudował warstwę zobowiązań pozytywnych, wynikających dla państw-stron na podstawie art. 2 „Prawo do życia”, a obejmujących – poza zobowiązaniami substancjalnymi/materialnymi – także wyraziste zobowiązania proceduralne, w postaci rozbudowanych standardów śledztwa z urzędu, jakie państwo-strona zobowiązane jest przeprowadzić w każdym przypadku, gdy dochodzi do utraty życia osoby czy osób w mogących budzić wątpliwości okolicznościach, m.in. w kontekście i w rezultacie wypadków i katastrof.

Śledztwo dot. Tragedii Smoleńskiej na podstawie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

Z art. 2 ust. 1 zd. I EKPC, w związku z ogólnym zobowiązaniem państwa-strony z art. 1 Konwencji, Trybunał Strasburski wywodzi ciążący na państwie obowiązek ochrony prawa do życia wszystkich osób podlegających jego jurysdykcji, rozkładający się na szereg obowiązków bardziej szczegółowych, w tym m.in.:

- obowiązek dysponowania w prawie krajowym skutecznymi przepisami prawa karnego na wypadek pozbawienia czy utraty życia w budzących wątpliwości okolicznościach, włączając w to sytuacje wypadków, katastrof i klęsk, wraz z zabezpieczeniem skutecznego funkcjonowania takich przepisów w praktyce (jak się wydaje, przepisy polskiego kodeksu karnego ani innych ustaw specjalnych nie są dostosowane do potrzeb udzielania karnoprawnej odpowiedzi w sytuacji takiej, jak Katastrofa Smoleńska, niezależnie od faktycznych okoliczności jej zaistnienia i jej konsekwencji; nie tylko, że nie ma odpowiednich przepisów, ale nie ma też warunków dla ich skutecznego funkcjonowania);

- obowiązek stworzenia ram prawnych i administracyjnych, w tym gwarancji instytucjonalnych i proceduralnych, systemowo umożliwiających realizację ww. przepisów; (dotyczy to m.in. spraw związanych z: remontem samolotu i jego przysposobieniem do konkretnego lotu; dyplomatyczno-konsularnym zabezpieczeniem wizyty głowy państwa, także w aspekcie zabezpieczenia i funkcjonowania skutecznych służb BOR-u, jak również innych służb specjalnych, do których obowiązków należały problemy zakresu odpowiedniego przygotowania i przeprowadzenia wizyty głowy państwa; wchodzi w grę problemy odpowiedzialności Premiera i jego Kancelarii, MSW i służb podległych, MSZ i MON);
- obowiązek zapewnienia istnienia i sprawnego funkcjonowania skutecznego systemu sądowego, rozumianego szeroko, z uwzględnieniem postępowania przygotowawczego (a więc też owocnego działania służb policji i prokuratury), niezawisłego i bezstronnego i w stosunku do władzy wykonawczej, a zwłaszcza do premiera i rządu (prokuratura wydobyta spod zwierzchnictwa Ministra Sprawiedliwości, *de facto* jakby się stawała podporządkowana premierowi);
- obowiązek niezwłocznego wszczęcia i skutecznego przeprowadzenia śledztwa z urzędu co do przyczyn katastrofy Smoleńskiej i okoliczności jej towarzyszących (dotyczy to m.in. budzących wątpliwości: relacji między premierem a Prokuratorem Generalnym, podstawy i trybu powołania, a także funkcjonowania i jego owoców Komisji Badania Wypadków Lotniczych Lotnictwa Państwowego), wraz z wszechstronnym i kompletnym postępowaniem dowodowym, w tym zwłaszcza z oględzinami miejsca zdarzenia (zniekształconego i w znacznym stopniu zburzonego), zbadaniem zasadniczych dowodów materialnych (w tym wraku, również przemieszczonego i znacznym stopniu zniszczonego) i osobowych źródeł dowodowych (zwłaszcza naocznych świadków zdarzenia, oraz zdjęć przez nich zrobionych), a w szczególności z wszechstronną i kompletną sekcją zwłok, która dostarcza obiektywnych danych co do przyczyny śmierci (którą w Moskwie „podziwiła” E. Kopacz, a która – niestety – nie odpowiadała żadnym wymaganiom cywilizowanym standardom); w istocie, z winy władz rosyjskich jakiegokolwiek skuteczne postępowanie dowodowe zostało uniemożliwione (a właściwych reakcji na to kompetentnych władz polskich zabrakło).

Wymagane śledztwo musi odpowiadać konkretnym wymaganiom jakościowym, m.in. musi spełniać wymogi:

- niezwłoczności – zważywszy na upływ czasu od chwili zdarzenia do podjęcia śledztwa (w istocie do dzisiaj śledztwa w rozumieniu art. 2 Konwencji Europejskiej nie podjęto), wymóg ten nie został dotrzymany;
- rozsądnej szybkości – upływ 5,5 roku od chwili zdarzenia bez zakończenia śledztwa, a nawet bez osiągnięcia jego choćby fragmentarycznych ustaleń ostatecznych, dowodzi naruszenia tego wymogu;
- bezstronności i niezawisłości – prowadzenie śledztwa zasadniczo przez Naczelną Prokuraturę Wojskową budzi wątpliwości, podobnie jak – a nawet tym bardziej – budzi wątpliwości badanie katastrofy przez Komisję Millera, jak by nie było Ministra Spraw Wewnętrznych, w polu odpowiedzialności którego znajdowały się m.in. służby specjalne bezpośrednio odpowiedzialne za bezpieczeństwo lotu i który – tak czy inaczej – był osobiście „zamieszany” w Katastrofę Smoleńską; dodać trzeba dość dziwne „układy” między Prokuratorem Generalnym a Premierem Tuskiem i stronnicze wypracowanie przepisów dotyczących składu i funkcjonowania PKBWLP;
- dokładności – zniekształcenie i/lub zniszczenie miejsca zdarzenia oraz elementarnych dowodów materialnych oraz brak wykorzystania fundamentalnych źródeł osobowych przesądza o naruszeniu tego wymogu;
- wszechstronności i kompletności – „pokawałkowany” charakter śledztwa, prowadzonego fragmentarycznie i jakby przypadkowo, w braku dostępu do dowodów pozostających pod kontrolą władz rosyjskich i braku skutecznych prób strony polskiej co do pozyskania tych dowodów bądź przynajmniej uzyskania dostępu do nich, dowodzi w sposób oczywisty braku wypełnienia tego wymogu;
- śledztwo w rozumieniu art. 2 EKPC musi zapewniać rodzinie/osobom najbliższym ofiary skuteczny doń dostęp, rozumiany jako ich rozsądna partycypacja w śledztwie, obejmująca dostęp do akt śledztwa, do czynności śledczych, podobnie jak wpływ na ich przeprowadzanie; jest to tytuł prawny rodzin, a nie żaden „akt łaski” władz śledczych, jak to wydaje się pojmować prokuratura polska (w tym względzie istnieje cała masa niedociągnięć władz śledczych, które z prawami rodzin specjalnie się nie liczą, a jeśli nawet na coś się zgadzają, to wedle

swego arbitralnego uznania. co kompletnie nie pasuje do standardów strasburskich).

Reasumując, dotąd nie przeprowadzono, ani nawet nie wszczęto, w Polsce śledztwa w sprawie śmierci w Katastrofie Smoleńskiej, odpowiadającego rozumieniu art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i jego kryteriów.

O potrzebie sformułowania skargi strasburskiej i szansach jej powodzenia

W moim osobistym przekonaniu – na co od dawna nastaję – istnieją wszelkie podstawy dla wystąpienia ze skargą strasburską przeciwko Rosji i Polsce w sprawie śmierci w Katastrofie Smoleńskiej, z zarzutami zarówno materialnego, jak i proceduralnego naruszenia art. 2 EKPC.

Tytuł do wystąpienia ze skargą – w świetle orzecznictwa strasburskiego – mają najbliżsi ofiar, zwłaszcza członkowie ich rodzin. Mogłaby to być np. skarga *Małgorzata Wassermann i Inni przeciwko Polsce i Rosji*.

Zarzuty materialne dotyczyłyby naruszenia przez Polskę jej pozytywnych zobowiązań wynikających z art. 2 Konwencji:

- braku ukształtowania ram prawno-administracyjnych służących zabezpieczeniu życia w kontekście lotów państwowych samolotów wojskowych, w tym ścisłych procedur organizowania, planowania i ochrony takich lotów, zwłaszcza gdy chodzi o loty z Głową Państwa na pokładzie;
- braku zapewnienia właściwego funkcjonowania służb państwowych (w tym dyplomatyczno-konsularnych, BOR itd.) w kontekście przygotowywania i odbywania lotu do Smoleńska 10.IV.2010 r.;
- braku efektywnego funkcjonowania gwarancji bezpieczeństwa w kontekście remontu samolotu czy przekształcania wyposażenia jego wnętrza;
- braku zabezpieczenia ze strony rosyjskiej właściwego funkcjonowania lotniska Smoleńsk Północny i jego obsługi, niezbędnego dla bezpieczeństwa lotu/lądowania samolotu;

- braku właściwego przygotowania i przeprowadzenia na miejscu zdarzenia efektywnej akcji ratowniczej w związku z katastrofą samolotu;
- braku zagwarantowania w Polsce skutecznego systemu sądowego, wraz z gwarancjami przeprowadzenia skutecznego śledztwa z urzędu w rozumieniu art. 2 Konwencji w sprawie śmierci w Katastrofie Smoleńskiej.

W części proceduralnej skarga powinna kłaść akcent na pogwałcenie właściwie wszystkich wymogów jakościowych śledztwa w rozumieniu art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (*por. wyżej, s. 7–8*), a nawet zupełny brak wszczęcia i przeprowadzenia śledztwa w sprawie śmierci w Katastrofie Smoleńskiej. Przypomnijmy, że przedmiot i cel takiego śledztwa zakłada:

- wszechstronne i pełne wyjaśnienie wszystkich okoliczności towarzyszących zdarzeniu;
- dokładne ustalenie przyczyny śmierci wszystkich i każdej z ofiar;
- zidentyfikowanie osób ponoszących odpowiedzialność za katastrofę (państwo ma obowiązek je ustalić, ścigać i pociągnąć do stosownej odpowiedzialności).

To należy do wymaganego śledztwa krajowego. Europejski Trybunał Praw Człowieka ustala odpowiedzialność państwa lub państw – stron Konwencji z tytułu naruszenia zobowiązań wynikających z jej art. 2. Pociągnięcie do odpowiedzialności, nie wykluczając karnej, osób winnych Katastrofy Smoleńskiej z tytułu ich sprawstwa, współuczestnictwa, pomocnictwa, podżegania, niedbalstwa czy nadużycia kompetencji należy „w odpowiednich porcjach” do Polski i Rosji.

Zatem z perspektywy prawnej jesteśmy na początku drogi. Śledztwo w rozumieniu art. 2 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka dopiero na nas czeka, jeśli... czeka w ogóle. Ewentualność skargi strasburskiej w niczym nie eliminuje ani nie pomniejsza pożądalności starań o powołanie kompetentnego, bezstronnego i niezawisłego ciała międzynarodowego do zbadania przyczyn i przebiegu Katastrofy Smoleńskiej.

Bibliografia

- Abdurashidova – Case of Abdurashidova v. Russia, ECHR judgment, 8.04.2010.
- Abik – Affaire Abik c. Turquie, ECHR judgment, 16.07.2013.
- Abuyeva – Case of Abuyeva and others v. Russia, ECHR judgment, 2.12.2010.
- Akhmadova – Case of Akhmadova and Sadulayeva v. Russia, ECHR judgment, 10.05.2007.
- Alikhadzhiyeva – Case of Malika Alikhadzhiyeva v. Russia, ECHR judgment, 24.05.2011.
- Asadulayeva – Case of Asadulayeva and others v. Russia, ECHR judgment, 17.09.2009.
- Avsar – Case of Avsar v. Turkey, ECHR judgment, 10.07.2001.
- Banel – Case of Banel v. Lithuania, ECHR judgment, 18.06.2013.
- Baysayeva – Case of Baysayeva v. Russia, ECHR judgment, 5.04.2007.
- Baysultanova – Case of Baysultanova and others v. Russia, ECHR judgment, 4.07.2013.
- Bazorkina – Case of Bazorkina v. Russia, ECHR judgment, 27.07.2006.
- Bitiyeva – Case of Bitiyeva and others v. Russia, ECHR judgment, 23.04.2009.
- Bubbins – Case of Bubbins v. the United Kingdom, ECHR judgment, 17.3.2005.
- Budayeva – Case of Budayeva and others v. Russia, ECHR judgment, 20.03.2008.
- Byrzykowski – Case of Byrzykowski v. Poland, ECHR judgment, 27.06.2006.
- Cobzaru – Affaire Georghe Cobzaru c. Roumanie, ECHR judgment, 25.06.2013.
- Demiray – Affaire Demiray c. Turquie, ECHR judgment, 21.11.2000.
- Dubayev – Case of Dubayev and Bersnukayeva v. Russia, ECHR judgment, 11.02.2010.
- Dzhabrailova – Case of Dzhabrailova v. Russia, ECHR judgment, 9.04.2009.
- Edwards – Case of Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom, ECHR judgment, 14.03.2002.
- Ege – Affaire Suleyman Ege c. Turquie, ECHR judgment, 25.06.2013.
- Feldman T., *Indirect Victims, Direct Injury: Recognising Relatives as Victims under the European Human Rights System*, EHLR 2009, nr 1, s. 50–69.
- Finogenov – Case of Finogenov and others v. Russia, ECHR judgment, 20.12.2011.
- Ghimp – Case of Ghimp and others v. Moldova, ECHR judgment, 30.10.2012.
- Ibragimov – Case of Ibragimov and others v. Russia, ECHR judgment, 29.05.2008.

- Imakayeva – Case of Imakayeva v. Russia, ECHR judgment, 9.11.2006.
- Isayeva – Case of Isayeva v. Russia, ECHR judgment, 24.02.2005.
- Isigova – Case of Isigova and others v. Russia, ECHR judgment, 26.06.2008.
- Jasińska – Affaire Jasińska c. Pologne, ECHR judgment, 1.06.2010.
- Jasudowicz T. *Od Tragedii Katyńskiej do Tragedii Smoleńskiej – z perspektywy prawa międzynarodowego i standardów praw człowieka*.
- Jordanm – Case of Hugh Jordan v. the United Kingdom, ECHR judgment, 4.05.2001.
- Kachurka – Case of Kachurka v. Ukraine, ECHR judgment, 15.09.2011.
- Kaplan – Affaire Hamiyet Kaplan et autres c. Turquie, ECHR judgment, 13.09.2005.
- Kaplanova – Case of Kaplanova v. Russia, ECHR judgment, 20.04.2008.
- Katastrofa – Katastrofa polskiego TU-154 w Smoleńsku <http://pl.wikipedia.org/wiki...>
- Kaya – Case of Mahmut Kaya v. Turkey, ECHR judgment, 28.03.2000.
- Kemaloglu – Case of Ilbey i Kemnaloglu and Merive Kemaloglu v. Turkey, ECHR judgment, 10.04.2012.
- Kerimova – Case of Kerimova and others v. Russia, ECHR judgment, 3.05.2011.
- Ketreb – Affaire Ketreb c. France, ECHR judgment, 19.07.2012.
- Khadayeva – Case of Khadayeva and others v. Russia, ECHR judgment, 12.03.2010.
- Khalitova – Case of Khalitova v. Russia, ECHR judgment, 5.02.2009.
- Khashiyev – Case of Khashiyev and Akayeva v. Russia, ECHR judgment, 24.02.2005.
- Kolyadenko – Case of Kolyadenko and others v. Russia.
- Konferencja Smoleńska 22.10.2012. Materiały Konferencyjne*, red. P. Witakowski, Warszawa 2013.
- Kukayev – Case of Kukayev v. Russia, ECHR judgment, 15.11.2007.
- Luluyev – Case of Luluyev and others v. Russia, ECHR judgment, 9.11.2006.
- Maskhatova – Case of Maskhatova and others v. Russia, ECHR judgment, 6.06.2013.
- McKerr – Case of McKerr v. the United Kingdom, ECHR judgment, 4.05.2001.
- McShane – Case of McShane v. the United Kingdom, ECHR judgment, 7.05.2002.
- Mitic – Case of Mitic v. Serbia, ECHR judgment, 27.01.2013.
- Mosendz – Case of Mosendz v. Ukraine, ECHR judgment, 17.01.2013.
- Musayev – Case of Musayev and others v. Russia, ECHR judgment, 26.07.2007.
- Nencheva – Affaire Nencheva et autres v. Bulgarie, ECHR judgment, 18.06.2013.
- Oleynikova – Case of Oleynikova v. Ukraine, ECHR judgment, 15.12.2011.
- Oneryildiz – Case of Oneryildiz v. Turkey, ECHR judgment, 30.11.2004.
- Ozer – Case of Gulbahar Ozer and others v. Turkey, ECHR judgment, 2.07.2013.
- Papapetrou – Affaire Papapetrou et autres c. Grece, ECHR judgment, 12.07.2011.

- Pereira – *Affaire Pereira Henriques c. Luxembourg*, ECHR judgment, 9.05.2006.
- Plesca – *Affaire Plesca c. Roumanie*, ECHR judgment, 18.06.2013.
- Położenie Położenie prawne Rodzin Smoleńskich w kontekście wyjaśniania Katastrofy Smoleńskiej i dochodzenia roszczeń z niej wynikających.*
- Pomocnik Pomocnik Smoleński. Zestaw orzecznictwa strasburskiego dla potrzeb badania prawnych problemów Katastrofy Smoleńskiej i jej konsekwencji.*
- Przemyk – *Case of Przemyk v. Poland*, ECHR judgment, 17.09.2013.
- Rajkowska – *Case of Irena Rajkowska v. Poland*, ECHR dec., 27.11.2007.
- Saidova – *Case of Saidova v. Russia*, ECHR judgement, 1.08.2013.
- Shanaghan – *Case of Shanaghan v. the United Kingdom*, ECHR judgment, 4.04.2001.
- Shchebetov – *Case of Shchebetov v. Russia*, ECHR judgment, 10.04.2012.
- Silih – *Case of Silih v. Slovenia*, ECHR (Grand Chamber) judgment, 9.04.2009.
- Simsek – *Case of Simsek and others v. Turkey*, ECHR judgment, 26.07.2005.
- Slyusar – *Case of Slyusar v. Ukraine*, ECHR judgment, 17.01.2013.
- Suleymanova – *Case of Suleymanova v. Russia*, ECHR judgment, 12.05.2010.
- Szuniewicz M., *Prawa rodzin ofiar wymuszonych zaginięć w orzecznictwie strasburskim*, w: *Fides et Bellum. Księga poświęcona Pamięci Księdza Biskupa, Profesora, Generała śp. Tadeusza Płoskiego*, t. II, Olsztyn 2012, s. 253–272.
- Tsechoyev – *Case of Tsechoyev v. Russia*, ECHR judgment, 15.03.2011.
- Tunc – *Affaire Mustafa Tunc et Feceire Tunc c. Turquie*, ECHR judgment, 25.06.2013.
- Turluyeva – *Case of Turluyeva v. Russia*, ECHR judgment, 20.06.2013.
- Z. – *Case of Z. v. Poland*, ECHR judgment, 13.11.2012.
- Zubayrayev – *Case of Zubayrayev v. Russia*, ECHR judgment, 10.01.2008.

