

KWARTALNIK O PRAWACH CZŁOWIEKA

HR HELSIŃSKA FUNDACJA
PRAW CZŁOWIEKA

numer 3–4(19–20), lipiec – grudzień 2016 r.
ISSN 2300-2891



TEMATY NUMERU

- **Sprawozdanie Polski przed Komitetem Praw Człowieka ONZ**
Małgorzata Szuleka
- **Zgromadzenia w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału
Praw Człowieka – zarys najważniejszych zagadnień**
Marek Antoni Nowicki
- **Kryzys konstytucyjny w Polsce (cz. 3)**
Barbara Grabowska-Moroz
- **Czy sędzia ma prawo do własnej niezależności?**
Ireneusz C. Kamiński

Słowo wstępne Redaktora Naczelnego

Członkostwo państw naszego kontynentu w Radzie Europy, czego następstwem jest związanie się Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, wymaga spełnienia kilku wstępnych warunków. Państwo musi być demokracją opartą na rządach prawa i poszanowaniu praw człowieka. Wydawało się, że po upadku systemu komunistycznego taki model polityczno-prawny jest obecny i faktycznie realizowany w niemal wszystkich krajach naszego kontynentu. W Radzie Europy nie znalazła się tylko Białoruś.

Jak się jednak okazało, praktyka pewnych państw poważnie odbiegała od „wartości założycielskich” Rady Europy. Strasburski Trybunał musiał na to reagować. W ostatniej dekadzie minionego wieku Trybunał wywiódł więc z Konwencji pozytywny obowiązek państwa do przeprowadzenia skutecznego postępowania wyjaśniającego jako konsekwencji art. 2, który dotyczy prawa do życia. Nastąpiło to wskutek licznych skarg z Turcji związanych z „zaginięciami” kurdyjskich działaczy lub zabójstwami dokonywanymi przez „nieznanych sprawców”. Nie trzeba więc już było udowadniać państwu (jego funkcjonariuszom) sprawstwa czynu; wystarczył brak należytych procedur wyjaśniających. W innych sprawach Trybunał orzekał o odpowiedzialności prawnej państwa, gdy wspierało ono nieuznawane tzw. reżimy *de facto* (Rosja w przypadku Naddniestrza, Turcja – północnego Cypru). Niebawem strasburscy sędziowie wydadzą wyrok związany z wojną sierpniową z 2008 r. między Rosją i Gruzją. Wypowiedzą się tam m.in. o tym, jak podczas stosowania Konwencji należy uwzględnić reguły międzynarodowego prawa humanitarnego (kiedyś zwanego prawem wojny). A przecież zjednoczona Europa miała być nie tylko demokratyczna, ale też żyjąca w pokoju.

W tle wyroku Wielkiej Izby wydanego 23 czerwca 2016 r. w sprawie *Baka p. Węgrom* nie znalazły się dramatyczne zdarzenia dotyczące prawa do życia czy też zakazu tortur. Skargę wniósł prezes Sądu Najwyższego, zwolniony ze stanowiska w następstwie zmiany węgierskiej konstytucji dokonanej przez Fidesz Victora Orbána. Ale i w tej sprawie pojawiło się zagad-

nienie o fundamentalnym znaczeniu. Powstało pytanie, czy związana ściśle z rządami prawa niezależność sądownictwa to zasada ustrojowa, której realizacji Trybunał nie może badać, czy też konwencyjne prawo do rzetelnego postępowania sądowego (art. 6), wymagające istnienia niezależnego i niezawisłego sądu, może stać się źródłem uprawnienia sędziego do „własnej” niezależności.

Olbrzymią większością głosów (15 do 2) Trybunał orzekł, że z art. 6 Konwencji wynika też prawo do własnej niezależności sędziego. Chociaż strasburscy sędziowie odwołali się w wyroku do wypracowanego wcześniej tzw. testu Eskelinen, który odnosi się do treści prawa krajowego, jednocześnie posłużyli się też analizą zasadniczą (czy prawo do pełnej kadencji wynika z niezależności sądownictwa) i porównawczo-międzynarodową (jaką treść ma niezależność sądownictwa w aktach prawa międzynarodowego i orzecznictwie organów międzynarodowych).

Trybunał wskazał, że skrócenie kadencji prezesa Baki, do czego doszło wskutek nowej reguły wprowadzonej do węgierskiej konstytucji, naruszało inne reguły konstytucji – mówiące o niezależności sądownictwa i nieusuwalności sędziów. Z perspektywy Trybunału nie jest jednak istotna niekonstytucyjność przepisu zawartego w konstytucji, lecz jego sprzeczność z Konwencją. Ulokowanie spornego przepisu w konstytucji nie powoduje, że strasburscy sędziowie zostaną pozbawieni możliwości skontrolowania jego konsekwencji. Olbrzymie następstwa wyroku dla krajowych porządków konstytucyjnych państw-stron Konwencji zauważają w zdaniach dołączonych do orzeczenia zarówno sędziowie niezgadający się z wyrokiem (Krzysztof Wojtyczek i Aleš Pejchal), jak i głosujący za zawartą w nim konkluzją (Paulo Pinto de Albuquerque i Dmitry Dedov oraz Linos-Alexandre Sicilianos).

Prof. INP PAN dr hab. Ireneusz C. Kamiński
Redaktor Naczelnny



TEMATY NUMERU

- 5 **Sprawozdanie Polski przed Komitetem Praw Człowieka ONZ**
Małgorzata Szuleka
- 11 **Zgromadzenia w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – zarys najważniejszych zagadnień**
Marek Antoni Nowicki
- 18 **Kryzys konstytucyjny w Polsce (cz. 3)**
Barbra Grabowska-Moroz
- 25 **Czy sędzia ma prawo do własnej niezależności?**
Ireneusz C. Kamiński
- 32 **Nadsędzia prokurator**
Adam Klepczyński, Marcin Wolny
- 36 **Media publiczne nieprzyjazne pracownikom**
Dominika Bychawska-Siniarska

SPRAWY PRECEDENSOWE

- 40 **Prawo do pożegnania z osobą umierającą**
Michał Kopczyński
- 45 **Prawo osób z niepełnosprawnością psychiczną lub intelektualną do zawarcia małżeństwa – uwagi na tle wyroku TK w sprawie o sygn. akt K 13/15**
Marcin Szwed
- 52 **(Niepełnosprawność v dyskalkulia) + matematyka + matura = x**
Jarosław Jagura

60

Jak chronić sygnalistów? Wnioski płynące z zaleceń organów Rady Europy i ONZ*Konrad Siemaszko*

70

Dostęp do nowoczesnej edukacji dla osób osadzonych w zakładach karnych*Oliwia Sentysz*

73

Problem cyberprzemocy i nękania kobiet w internecie*Zuzanna Warso*

79

Internetowe archiwa mediów – źródło wiedzy o przeszłości czy zagrożenie dla prywatności? Podsumowanie wyników projektu badawczego*Dorota Głowacka*

PRAWO UCHODŹCZE

87

Polityka zamkniętych drzwi wobec cudzoziemców ubiegających się o ochronę międzynarodową na wschodniej granicy Polski*Marta Górczyńska, Marta Szczepanik*

DZIAŁALNOŚĆ

92

Co dalej po przekazaniu? Praktyka stosowania europejskiego nakazu aresztowania*Joanna Smętek, Marcin Wolny*

97

Cudzoziemcy, jesteście z wami! O kampanii #onidlanas*Marta Borucka*

101

Forum Prawników Pro Bono Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka*Joanna Smętek, Katarzyna Wiśniewska*

Redaktor naczelny: Prof. INP PAN dr hab. Ireneusz C. Kamiński
Zespół redakcyjny: dr Adam Bodnar, dr Dorota Hall, dr Piotr Kładoczny, dr Dorota Pudzianowska, adw. Katarzyna Wiśniewska
Sekretarz redakcji: Adam Płoszka
Konsultacje: Danuta Przywara
Korekta: Ela Dajksler
Opracowanie graficzne: Wojciech Szulik, www.wojtekszulik.com
Druk: Węda s.c., ul. Człuchowska 66, 01-360, Warszawa
Kolportaż: Customeritum, ul. Łotewska 9a, 03-918 Warszawa
ISSN 2300-2891
Nakład: 500 egzemplarzy. „Kwartalnik o prawach człowieka” dostępny jest również on-line na stronie hfhf.org.pl
© Helsińska Fundacja Praw Człowieka

Sprawozdanie Polski przed Komitetem Praw Człowieka ONZ

Małgorzata Szuleka



Komitet Praw Człowieka ONZ (dalej: Komitet, KPC) ogłosił w listopadzie 2016 r. rekomendacje dla Polski dotyczące wykonywania postanowień Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (dalej: Pakt, MPPOiP). W rekomendacjach oprócz starych problemów, z którymi Polska zmagą się od lat (np. przewlekłość postępowań sądowych, niedostateczne funkcjonowanie systemu wsparcia dla ofiar przemocy domowej czy też braki w działaniach na rzecz równego traktowania), znalazły się również problemy nowe, w tym kryzys konstytucyjny i niezależność Trybunału Konstytucyjnego.

Już po raz siódmy Polska przedstawiała Komitetowi swoje sprawozdanie. Jednak po raz pierwszy rekomendacje Komitetu Praw Człowieka wzbudziły tak ożywioną dyskusję.

Komitet Praw Człowieka ONZ

Komitet Praw Człowieka powstał na mocy art. 28 MPPOiP i był pierwszym uniwersalnym organem powołanym do monitorowania przestrzegania praw człowieka uregulowanych w MPPOiP¹. Komitet rozstrzyga zawiadomienia indywidualne (*communications*) obywateli państw-stron MPPOiP, a także rozpatruje zawiadomienia międzypaństwowe (składane przez jedno z państw-stron przeciwko innym państwom-stronom). Rozpatruje też cyklicznie przedstawiane przez państwa-strony sprawozdania z wykonywania Paktu.

Cykl sprawozdawczy jest podzielony na kilka etapów. W trakcie pierwszego etapu KPC bada wstępnie sprawozdania złożone przez państwa i przekazuje im listę konkretnych pytań

¹ R. Wieruszewski (red.), *Międzynarodowy pakt praw obywatelskich (osobistych) i politycznych. Komentarz*, LEX 2012.

i zagadnień, na które należy odpowiedzieć. W kolejnym etapie rząd danego państwa przedstawia swoje komentarze i odpowiedzi na zagadnienia i pytania wskazane przez KPC. Kulminacyjnym punktem jest sesja KPC, podczas której członkowie Komitetu zadają rządowej delegacji pytania na temat stanu przestrzegania praw gwarantowanych w MPPOiP. Rządowa delegacja może od razu odnieść się do pytań członków KPC. Na podstawie wszystkich przekazanych informacji KPC przedstawia rządowi danego kraju swoje rekomendacje i wyznacza państwu terminy na poinformowanie Komitetu o stanie wdrażania konkretnych zaleceń i przedstawienia następnego raportu.

Chociaż procedura sprawozdawcza jest oparta przede wszystkim na współpracy KPC z państwem-stroną Paktu, na kolejnych etapach cyklu sprawozdawczego do udziału są zapraszane inne podmioty, np. organizacje pozarządowe czy krajowe instytucje ochrony praw człowieka. Organizacje mają możliwość przedstawienia uwag do listy zagadnień oraz własnych komentarzy do oficjalnego sprawozdania przedłożonego przez rząd, a także monitorują proces wdrażania poszczególnych rekomendacji. Liczne organizacje pozarządowe (w tym m.in. Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego, Centrum Praw Kobiet, Fundacja im. Izabeli Jaruginowackiej, Fundacja TUS, KARAT, Kongres Kobiet, Fundacja STER) przedstawiły swoje raporty cienie, a ich przedstawiciele wzięli udział w sesji KPC. Własny raport alternatywny przedstawił też Rzecznik Praw Obywatelskich.

Sprawozdanie polskiego rządu

Polski rząd przedłożył swoje sprawozdanie pod koniec października 2015 r. Odpowiadając na zagadnienia przedstawione przez KPC, rząd przekazał informacje o działaniach na rzecz

podniesienia ochrony praw człowieka w licznych obszarach – począwszy od systemowej ochrony praw człowieka po konkretne kwestie, tj. zakaz dyskryminacji, prawa więźniów, dostęp do wymiaru sprawiedliwości, prawa cudzoziemców i prawo do prywatności.



W sprawozdaniu rząd wskazał na ratyfikowane od 2008 r. umowy międzynarodowe dotyczące praw człowieka (w tym m.in. Konwencję ONZ o prawach osób niepełnosprawnych oraz Konwencję w sprawie ochrony osób przed wymuszonymi zaginięciami), a także na zmiany w polskim prawie (m.in. w Kodeksie karnym, polegające na poszerzeniu ochrony ofiar przestępstw seksualnych).

Istotnym elementem rządowego sprawozdania były informacje o działaniach na rzecz równego traktowania oraz przeciwdziałania rasizmowi i ksenofobii. Rząd przedstawił dane na temat m.in. monitorowania postępowań w sprawach przestępstw z nienawiści, oddelegowania prokuratorów na poszczególnych szczeblach prokuratury do prowadzenia postępowań w takich sprawach oraz szkoleń dla funkcjonariuszy policji.

Odnosząc się do tej części sprawozdania, organizacje pozarządowe (Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego, Fundacja Trans-Fuzja, Stowarzyszenie Lambda) wskazały w swoim raporcie na niską efektywność postępowań w sprawach dotyczących przestępstw z nienawiści. Zauważono, że mimo Wytycznych Prokuratora Generalnego w sprawie

ścigania przestępstw z nienawiści większość z postępowań w tych sprawach nie jest odpowiednio prowadzona².

Rząd przekazał też informacje na temat dostępu do legalnej aborcji i uregulowania w polskim prawie instytucji klauzuli sumienia. Z informacji zawartych w raporcie wynika, że stosunkowo niska cena środków antykoncepcyjnych oraz ich dostępność stanowią główny czynnik ograniczający liczbę nieplanowanych ciąży. Rząd wskazywał ponadto na wprowadzoną w 2008 r. procedurę pozwalającą na odwołanie się od decyzji lekarza, który odmawia przeprowadzenia aborcji ze względu na klauzulę sumienia. Zdaniem rządu przeprowadzony przez Ministerstwo Zdrowia monitoring wykazał, że w 2013 r. lekarze tylko trzykrotnie powoływali się na klauzulę sumienia. W komentarzu do tych informacji organizacje pozarządowe jednak podnosiły, że w Polsce obowiązuje jedno z najsurowszych praw dotyczących dostępu do aborcji, a na kilka tygodni przed sesją KPC (we wrześniu i październiku 2016 r.) w Sejmie dyskutowano nad projektem całkowitego zakazu aborcji. Organizacje wskazywały też na szereg praktycznych przeszkód w dostępie do aborcji – brak informowania pacjentek o możliwości przeprowadzenia tego zabiegu w innym szpitalu i przeciąganie w czasie procedury odwoływania się od decyzji lekarza o odmowie dokonania zabiegu³.

Inna część informacji przekazanej przez rząd dotyczyła systemu wsparcia dla ofiar przemocy domowej; wskazano tu statystyki odnoszące się m.in. do liczby wydanych przez prokuraturę nakazów natychmiastowego opuszczenia lokalu przez sprawcę przemocy domowej (w 2014 r. było 2633 takich nakazów).

2 Alternative report to the International Covenant on Civil and Political Rights, Submitted by the Polish informal coalition for the CCPR for consideration of the UN Human Rights Committee in reference to the Session no 118, http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CCPR/Shared%20Documents/POL/INT_CCPR_CSS_POL_24661_E.pdf (dostęp: 29 grudnia 2016).

3 Supplemental Information on Poland for the Periodic Review by the Human Rights Committee at its 118th Session (17 October 2016 – 4 November 2016), przygotowane przez m.in. Centrum Praw Kobiet, Fundację na rzecz Kobiet i Planowania Rodziny, Fundację Feminoteka, Fundację Trans-Fuzja i Fundację im. Izabeli Jarugi-Nowackiej.

W sprawozdaniu rząd uwzględnił też informacje dotyczące praw więźniów (w tym zwłaszcza kwestie przeludnienia w więzieniach, dostępu do opieki medycznej oraz sytuacji więźniów, którym przyznano status niebezpiecznych), dostępu do wymiaru sprawiedliwości (m.in. dane o funkcjonowaniu skargi na przewlekłość postępowania), praw cudzoziemców ubiegających się w Polsce o ochronę międzynarodową i przebywających w ośrodkach dla cudzoziemców oraz praw dzieci.

W ciągu roku, jaki upłynął między przedstawieniem raportu przez rząd a sesją KPC w Genewie, w Polsce doszło do szeregu zmian powodujących, że część zaprezentowanych w sprawozdaniu informacji (często mających służyć jako przykład pozytywnych zmian w zakresie ochrony praw człowieka) przestało być aktualnych.

Przykładowo: rząd wskazywał na reformę urzędu Prokuratora Generalnego, który w 2010 r. został oddzielony od Ministerstwa Sprawiedliwości i tym samym zyskał większą niezależność od politycznych wpływów. W marcu 2016 r. weszła jednak w życie nowelizacja ustawy o Prokuraturze, która ponownie połączyła oba urzędy, przyznając jednocześnie Prokuratorowi Generalnemu superuprawnienia (w tym np. prawo do ujawniania dziennikarzom informacji z toczących się postępowań przygotowawczych).

W sprawozdaniu rząd zwracał też uwagę na funkcjonowanie Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej, z którego środków jest opłacana pomoc prawna i psychologiczna dla ofiar przestępstw. W maju 2016 r. media informowały, że dwie organizacje, które przez kilkanaście lat otrzymywały dotacje z tego funduszu na prowadzenie działań na rzecz ofiar przestępstw – Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę i Centrum Praw Kobiet – nie otrzymały wsparcia z Funduszu. W uzasadnieniu negatywnej decyzji dotyczącej Centrum Praw Kobiet Ministerstwo Sprawiedliwości napisało, że Centrum „zawęza pomoc do określonej grupy”, czyli kobiet. Podobne uzasadnienie otrzymała Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę, której ofertę wsparcia dzieci pokrzywdzonych przestępstwami określono jako „niekompleksową”⁴.

4 P. Kościński, *Fundacja pomagająca dzieciom bez dotacji od Ziobry. „Jedno zdanie uzasadnienia”*, Gazeta Wyborcza, 18 maja 2016, [http://](http://wyborcza.pl/1,75398,20097956,fundacja-pomagajaca-dzieciom-bez-dotacji-od-ziobry-jedno-zdanie.html)

Równie nieaktualne były informacje dotyczące Rady ds. Przeciwdziałania Rasizmowi i Ksenofobii, która została rozwiązana decyzją Prezesa Rady Ministrów w kwietniu 2016 r. W swoim sprawozdaniu rząd zawarł informacje na temat budżetu organów równościowych, w tym Rzecznika Praw Obywatelskich. Rząd wskazywał, że chociaż zdaniem RPO roczny budżet nie jest wystarczający, by pokryć koszty działalności, to jednak corocznie środki finansowe wzrastają. Ale w styczniu 2016 r. sejmowe komisje negatywnie zaopiniowały nowy projekt budżetu RPO i znacznie zmniejszyły sumę przekazaną na jego działania. Tym samym budżet RPO spadł do poziomu z 2010 r., tj. okresu, gdy na RPO nie nałożono jeszcze obowiązków związanych z prowadzeniem działalności w zakresie równego traktowania.



Jednak najwięcej zmian niepokojących z punktu widzenia ochrony praw człowieka, do których doszło podczas 12 miesięcy dzielących przedstawienie sprawozdania rządu i sesję KPC, odnosiło się do niezależności sądownictwa, funkcjonowania Trybunału Konstytucyjnego i niezależności mediów. W raporcie przedstawionym Komitetowi HFPC wskazywała, że trwający w Polsce kryzys konstytucyjny dotyczący Trybunału Konstytucyjnego stanowi poważne zagrożenie dla efektywności całego systemu ochrony praw człowieka w Polsce⁵.

wyborcza.pl/1,75398,20097956,fundacja-pomagajaca-dzieciom-bez-dotacji-od-ziobry-jedno-zdanie.html (dostęp: 3 stycznia 2016).

5 Submission by the Helsinki Foundation for Human Rights to the Human Rights Committee, 118th session, http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fC-PCR%2fCSS%2fPOL%2f25454&Lang=en (dostęp: 3 stycznia 2016).

Sesja Komitetu Praw Człowieka

Na październikowej sesji członkowie KPC zadawali polskiej delegacji szczegółowe pytania dotyczące funkcjonowania Trybunału Konstytucyjnego oraz publikowania i wykonywania jego wyroków; były też ogólniejsze pytania odnoszące się do niezależności systemu wymiaru sprawiedliwości jako takiego. W świetle wyjaśnień przekazanych przez polską delegację Trybunał Konstytucyjny funkcjonuje sprawnie, a jego wyroki są publikowane. Odnosząc się do dwóch niepublikowanych wyroków (z 9 marca i 11 sierpnia 2016 r.), stwierdzono natomiast, że są to wyroki o charakterze historycznym.

Kolejną istotną sprawą poruszaną w toku sesji były problemy związane z przeciwdziałaniem mowie nienawiści oraz zwalczaniem przestępstw z nienawiści. Członkowie Komitetu zarówno pytali o kwestie systemowe (np. likwidację Rady ds. Przeciwdziałania Rasizmowi, Ksenofobii i związanej z nimi Nietolerancji), jak i prosili o wyjaśnienie wypowiedzi poszczególnych ministrów (np. uwag ministra spraw wewnętrznych i administracji na temat polityki multikulti, która miała przyczynić się do ataku terrorystycznego w Nicei w 2016 r.). Polska delegacja wskazywała na m.in. szkolenia dla policjantów w zakresie przestępstw z nienawiści. Z kolei w odpowiedzi na pytanie dotyczące wypowiedzi przedstawicieli rządu szef polskiej delegacji stwierdził, że mieściła się ona w granicach wolności słowa.



Członkowie KPC byli też zainteresowani ochroną praw uchodźców i migrantów w Polsce, jak i sytuacją na przejściu Brześć–Terespol. Inne pytania dotyczyły traktowania osób żyjących w związkach jednopłciowych, uznawania ich praw, a także statusu dzieci urodzonych w takich związkach. Polska delegacja nie udzieliła jednak odpowiedzi.

Polska delegacja podkreślała, że „władze Rzeczypospolitej Polskiej z najwyższą powagą traktują swe zobowiązania międzynarodowe, w szczególności z zakresu praw człowieka, i z zadowoleniem przyjmują możliwość podjęcia dialogu z Komitetem Praw Człowieka”.

Rekomendacje Komitetu Praw Człowieka

Na początku listopada 2016 r. Komitet Praw Człowieka opublikował swoje zalecenia końcowe dotyczące Polski.

Zdecydowana większość problemów zauważonych przez KPC podczas sesji dotyczącej Polski znalazła odzwierciedlenie w końcowych rekomendacjach. Komitet wyraził zaniepokojenie m.in. sytuacją wolności słowa w mediach publicznych i niedostateczną ochroną mniejszości przed dyskryminacją. Rządowi zalecono nowelizację ustawy równościowej w sposób, który zakazywałby dyskryminacji ze względu na szerszy katalog przesłanek (w tym m.in. orientację seksualną, niepełnosprawność, religię i wiek) i w dostępie do usług (w tym m.in. edukacji, ochrony zdrowia, pomocy społecznej). Komitet zwrócił się też o rozważenie przywrócenia Rady ds. Przeciwdziałania Rasizmowi i Ksenofobii i związanej z nimi Nietolerancji, jak i znowelizowania przepisów Kodeksu karnego, które uwzględniałyby karanie za przestępstwa motywowane nienawiścią ze względu na m.in. orientację seksualną.

Komitet wyraził zaniepokojenie brakiem efektywnego systemu wsparcia dla ofiar przemocy domowej (w tym zbyt małą liczbą punktów specjalistycznej pomocy i stosunkowo małą liczbą postępowań) i zalecił polskiemu rządowi prowadzenie działań zmierzających do zapewnienia ofiarom przemocy domowej dostępu do wymiaru sprawiedliwości oraz właściwej ochrony.

Uwagę Komitetu zwróciła przyjęta niedawno ustawa antyterrorystyczna i nowelizacja ustawy o policji. Zdaniem Komitetu definicja przestępstwa terrorystycznego jest zbyt szeroka, a przepisy ustawy o policji mogą być nieproporcjonalne z punktu widzenia ochrony prawa do prywatności. Komitet zalecił rządowi m.in. wprowadzenie precyzyjnej definicji „incydentu o charakterze terrorystycznym”.

Po raz kolejny w rekomendacjach dotyczących Polski Komitet podniósł kwestie przewlekłości postępowań sądowych oraz praktyki stosowania tymczasowego aresztowania (w tym m.in. nadmiernego przedłużania aresztu i wprowadzenia 14-dniowego aresztu w przepisach ustawy antyterrorystycznej). Komitet ponownie zalecił polskiemu rządowi podjęcie działań zmierzających do ochrony prawa jednostki do rozpoznania sprawy przez sąd bez zbędnej zwłoki i zagwarantowania osobom zatrzymanym dostępu do obrońcy.

W końcowych rekomendacjach Komitet poruszył też szereg innych kwestii, które wystąpiły już we wcześniejszych zaleceniach. Wskazano m.in. na nadmiernie długie okresy tymczasowego aresztowania, problemy z dostępem do obrońcy, braki w śledztwie w sprawie domniemych więzień CIA w Polsce oraz wady postępowań w sprawach nieletnich. Komitet wyraził zaniepokojenie zmniejszeniem budżetu na działalność Rzecznika Praw Obywatelskich oraz likwidacją Rady do spraw Przeciwdziałania Dyskryminacji Rasowej, Ksenofobii i związanej z nimi Nietolerancji.

Najszerszym echem odbiła się jednak ta część rekomendacji, która dotyczyła aktualnych w Polsce tematów, czyli dostępu do aborcji oraz funkcjonowania Trybunału Konstytucyjnego. Komitet wyraził zaniepokojenie w związku z nieprzestrzeganiem przepisów ustawy o planowaniu rodziny i warunkach przerywania ciąży. Polskemu rządowi zalecono „powstrzymanie się od działań legislacyjnych, których celem byłoby zaostrenie i tak już restrykcyjnego prawa antyaborcyjnego” oraz zagwarantowanie kobietom dostępu do bezpiecznej i legalnej aborcji na terenie całego kraju. Z kolei w odniesieniu do Trybunału Konstytucyjnego Komitet zalecił opublikowanie wszystkich wyroków oraz zagwarantowanie przejrzystego trybu wyboru nowych sędziów.



Emocje wokół rekomendacji Komitetu

Rekomendacje KPC zostały zauważone zarówno przez większość tytułów prasowych, jak i najważniejsze programy informacyjne. Istotny jest język tych informacji. Z jednej strony oznajmiano, że KPC krytykuje Polskę⁶, a Polska łamie prawa człowieka⁷; z drugiej strony pojawiły się głosy, że zalecenia KPC są „wstrętą manipulacją polityczną, są kpiną z praw człowieka”⁸. Wiadomości TVP wyemitowały materiał, w którym nazwały rekomendacje „kuriozalnymi” i sugerowały, że obecnie urzędujący Rzecznik Praw Obywatelskich, który ma być „powiązany” zarówno z członkami KPC, jak i organizacjami pozarządowymi, wpłynął na ostateczną treść zaleceń⁹.

6 TVN24.pl, *Komitet Praw Człowieka przy ONZ krytykuje Polskę. Rzecznik rządu odpowiada*, <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/komitet-praw-czlowieka-przy-onz-krytykuje-polske-i-wydaje-zalecenia,689287.html> (dostęp: 10 stycznia 2017).

7 D. Flis, M. Chrzczonowicz, *ONZ: Polska łamie prawa człowieka. 19 wytycznych, część dotyczy rządów PiS*, OKO.press.: <https://oko.press/onz-polska-lamie-prawa-czlowieka-19-wytycznych-czesc-dotyczy-rzadow-pis/> (dostęp: 10 stycznia 2017).

8 M. Karnowski, *Raport Komitetu Praw Człowieka ONZ jest wstrętą manipulacją polityczną, jest kpiną z praw człowieka*, w *Polityce*, <http://wpolityce.pl/polityka/314407-raport-komitetu-praw-czlowieka-onz-jest-wstretna-manipulacja-polityczna-jest-kpina-z-praw-czlowieka> (dostęp: 10 stycznia 2017).

9 TVP info, *„Musiał mieć kontakty z komitetem przy ONZ”. „Rząd PiS chce nas wypisać i z UE, i z ONZ”*, <http://www.tvp.info/27619782/musial-miec-kontakty-z-komitetem-przy-onz-rzad-pis-chce-nas-wypisac-i-z-ue-i-z-onz>, (dostęp: 10 stycznia 2017).

Zalecenia Komitetu szeroko komentowali też rząd i politycy. „Jesteśmy zawiedzeni, że mimo obszernych wyjaśnień i pogłębionego dialogu z delegacją RP przedstawione informacje nie znalazły zrozumienia wśród ekspertów Komitetu” – brzmiał oficjalny komunikat MSZ po opublikowaniu rekomendacji KPC. Oceny były uzależnione od miejsca w politycznym sporze: politycy opozycji akcentowali zalecenia dotyczące m.in. publikacji zaległych wyroków Trybunału Konstytucyjnego, a z kolei politycy partii rządzącej wskazywali, że same zalecenia nie są wiążące i mają charakter polityczny¹⁰.

Rzeczniczka klubu parlamentarnego PiS Beata Mazurek sugerowała, że RPO, kontaktując się z Komitetem Praw Człowieka, złamał ślubowanie. „Dla mnie jest to nie do przyjęcia. Powinien w tej sytuacji myśleć i, jako RPO, zachować bezstronność. A jej nie było i być może doszło do złamania ślubowania, które złożył przed zgromadzeniem parlamentarnym” – mówiła Beata Mazurek¹¹. Z kolei RPO dr Adam Bodnar, odpierając te zarzuty, powiedział: „Wydaje mi się, że te wypowiedzi bazują na głębokim niezrozumieniu, czym zajmuje się Rzecznik Praw Obywatelskich. Rolą RPO nie jest dbanie o wizerunek rządu, tylko o dbanie o stan przestrzegania praw i wolności jednostki”¹².

Zaryzykuję stwierdzenie, że nigdy wcześniej rekomendacje KPC nie odbiły się tak szerokim echem w dyskusji publicznej. Jest to o tyle ciekawe, że dwa miesiące przed wydaniem rekomendacji przez Komitet podobne rekomendacje na temat Polski sporządził inny organ działający przy ONZ – Komitet Praw Społecznych i Ekonomicznych, o których informacji próżno szukać w mediach.

Komitet Praw Człowieka dołączył do długiej listy instytucji międzynarodowych, które krytykują polski rząd za m.in. paraliż Trybunału Konstytucyjnego i nierespektowanie jego wyroków. Tym

samym dla części polskiej klasy politycznej zalecenia KPC, które jak w soczewce identyfikują najważniejsze problemy z przestrzeganiem praw człowieka w Polsce, jawią się jako nierzetelne, polityczne i zmanipulowane. Ale ta narracja nie jest w stanie ukryć głównej konkluzji wybijającej się z rekomendacji – do starych, nadal nierozwiązanych problemów doszły nowe, których skala i konsekwencje prowadzą do poważnego regresu w zakresie ochrony praw człowieka.

Małgorzata Szuleka jest prawniczką oraz koordynatorką projektów komunikacyjnych i badawczych HFPC.



10 W Polityce, *Beata Mazurek o uwagach Komitetu Praw Człowieka przy ONZ: „To opinia polityczna, która nie jest dla naszego kraju wiążąca”*, <http://wpolityce.pl/polityka/314378-beata-mazurek-o-uwagach-komite-tu-praw-czlowieka-przy-onz-to-opinia-polityczna-ktora-nie-jest-dla-na-szego-kraju-wiazaca> (dostęp: 10 stycznia 2017).

11 TVP info, *„Musiał mieć kontakty z komitetem przy ONZ”...*, op. cit.

12 Tokfm.pl, *Bodnar odpowiada Mazurek: Rolą RPO nie jest dbanie o wizerunek rządu*, <http://www.tokfm.pl/Tokfm/7,102433,20940961,bodnar-odpowiada-mazurek-rola-rpo-nie-jest-dbanie-o-wizerunek.html> (dostęp: 10 stycznia 2017).

Zgromadzenia w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – zarys najważniejszych zagadnień

Marek Antoni Nowicki



Zgromadzenia są ważną formą udziału w życiu publicznym społeczeństwa hołdującego wartościom demokratycznym. Swoboda zgromadzeń należy do ważnych podstaw demokratycznego społeczeństwa i głównych warunków jego rozwoju¹. Sposób, w jaki prawo zapewnia tę wolność oraz jej praktyczne przestrzeganie przez władze, jest wskaźnikiem stanu demokracji².

Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej: Trybunał) systematycznie powtarza, że jednym z celów wolności zgromadzania się zawartej w art. 11 Konwencji jest ochrona opinii oraz swobody ich wyrażania³. Stanowi on *lex specialis* w stosunku do art. 10 Konwencji⁴ (ponieważ ochrona opinii osobistych wyrażanych przez słowo, gesty lub nawet milczenie osób zgromadzonych zagwarantowana w art. 10 Konwencji jest również jednym z celów wolności wynikającej z art. 11 Konwencji⁵), a w pewnych sytuacjach również art. 9 Konwencji (wolność myśli, sumienia i wyznania).

1 Raport Komisji *United Communist Party of Turkey* (Zjednoczona Partia Komunistyczna Turcji – TBKP), *Yagci i Sargin p. Turcji* z 3 września 1996 r., § 76, wyrok z 30 stycznia 1998 r., RJD 1998-I, § 76. Tekst jest zmodyfikowaną, dostosowaną do potrzeb „Kwartalnika”, wersją fragmentu komentarza autora do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności „Wokół Konwencji Europejskiej”, którego kolejne, siódme wydanie ukaze się niebawem w wydawnictwie Wolters Kluwer.

2 Wyrok *Moscow Branch of the Salvation Army* (Oddział Moskiewski Armii Zbawienia) *p. Rosji* z 5 października 2006 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 72881/01, § 59.

3 Zob. np. wyrok *Ezelin p. Francji*, § 37; *Barraco p. Francji* z 5 marca 2009 r., Izba (Sekcja V), skarga nr 31684/05, § 27; *Fáber p. Węgrom*, § 41.

4 Np. wyrok *Stankov i United Macedonian Organisation Ilinden* (Zjednoczona Organizacja Macedońska Ilinden) *p. Bułgarii* z 2 października 2001 r., Izba (Sekcja I), skargi nr 29221/95, 29225/95, 29221/95 i 29225/95, § 85; *Fáber p. Węgrom* z 12 czerwca 2012 r., Izba (Sekcja II), skargi nr 26005/08 i 26160/08, § 38.

5 Wyrok *Kudrevičius i inni p. Litwie* z 15 października 2015 r., Wielka Izba, skarga nr 37553/05, § 86; zob. również np. *Frumkin p. Rosji* z 5 stycznia 2016 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 74568/12, § 95.

Istota wolności zgromadzania się polega na tym, że każdy może publicznie i w rozmaitych formach wyrażać swoje opinie i sprzeciwić, a więc kwestionować decyzje i politykę władz⁶. Prawo to nie może więc być interpretowane wąsko⁷. Dotyczy zarówno spotkań prywatnych, czy też w istocie towarzyskich⁸, jak i odbywanych w miejscach publicznych (zgromadzenia statyczne albo pochodny)⁹. Mogą się na nie powoływać pojedynczy uczestnicy oraz organizatorzy zgromadzeń¹⁰.

W krajowych systemach prawnych mogą istnieć różne definicje zgromadzeń. Z tego powodu pojęcie „zgromadzenie” w Konwencji jest autonomiczne. Kwalifikacja w prawie krajowym ma znaczenie wyłącznie względne, stanowiące punkt wyjścia, aby w ten sposób chronić je przed negatywnymi skutkami niewłaściwego, ograniczonego definiowania w prawie krajowym¹¹. Nie każda jednak obecność osób, które znalazły się w pewnej liczbie w jednym miejscu, oznacza, że mamy do czynienia ze zgromadzeniem¹². Zgromadzenie stanowi bowiem specyficzną formę komunikowania idei. Jednocześnie sama obecność grupy osób, zwłaszcza w miejscu publicznie dostępnym,

6 Wyrok *Çiloğlu i inni p. Turcji* z 6 marca 2007 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 73333/01, § 51.

7 Wyrok *Taranenko p. Rosji* z 15 maja 2014 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 19554/05, § 65.

8 Zob. np. decyzja *Gypsy Council i inni p. Wielkiej Brytanii* z 14 maja 2002 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 663366/01; *Friend p. Wielkiej Brytanii i Countryside Alliance i inni p. Wielkiej Brytanii* z 24 listopada 2009 r., Izba (Sekcja IV), połączone skargi nr 16072/06 i 27809/08, § 50.

9 Zob. np. wyrok *Kudrevičius i inni p. Litwie* z 15 października 2015 r., Wielka Izba, § 91.

10 Wyrok *Djavit An p. Turcji*, § 56.

11 Wyrok *Tatár i Fáber p. Węgrom* z 12 czerwca 2012 r., Izba (Sekcja II), skargi nr 26005/08 i 26160/08, § 38.

12 Zob. wyrok *Karademirci i inni p. Turcji* z 25 stycznia 2005 r., Izba (Sekcja IV), skargi nr 37096/97 i 37101/97, § 26 – dotyczący sprawy, w której komunikat prasowy ogłoszony publicznie nawet w obecności 25 osób był rozpatrywany raczej na podstawie art. 10, a nie art. 11 Konwencji.

może oznaczać poparcie dla określonej idei. Poza tym zgromadzenie może służyć wymianie idei między występującymi mówcami i uczestnikami, nawet jeśli ci drudzy nie podzielają głoszonych przez mówców poglądów¹³.

Prawo zapisane w art. 11 Konwencji chroni demonstrację, która może irytować lub obrażać osoby sprzeciwiające się ideom lub żądaniom, jakie manifestacja chce głosić. Gwarancje prawne odnoszą się do wszystkich zgromadzeń z wyjątkiem tych, w których organizatorzy i uczestnicy mają gwałtowne zamiary lub w inny sposób zaprzeczają podstawom społeczeństwa demokratycznego¹⁴. Nie można jednak uznać, że prawo do wolności pokojowego zgromadzania się przestaje obowiązywać, gdy w trakcie demonstracji dochodzi do sporadycznych aktów przemocy albo innych karalnych działań ze strony innych osób, jeśli zachowanie danej jednostki wskazuje, że jej zamiary i zachowanie były spokojne. Również ewentualność, że osoby sięgające po przemoc niebędące członkami organizacji, która zorganizowała demonstrację, przyłączają się do niej, nie może być jako taka powodem odebrania jednostce prawa do zgromadzeń. Nawet w razie rzeczywistego ryzyka zakłócenia porządku w rezultacie wydarzeń, które wymknęły się spod kontroli organizatorów, demonstracja nie przestaje być objęta ochroną art. 11 ust. 1, a wszelkie ograniczenia muszą odpowiadać treści ust. 2 art. 11¹⁵.

Obowiązek wcześniejszego zawiadomienia, a nawet uzyskania zgody na odbycie publicznego zgromadzenia – dyktowany względami porządku publicznego i bezpieczeństwa – nie jest sprzeczny z duchem art. 11 Konwencji i w rezultacie nie stanowi, jako taki, ingerencji w to prawo¹⁶, o ile za obowiązkiem zawiadomienia lub uzyskania zgody nie kryje się przeszkoda w korzystaniu ze swobody zgromadzeń¹⁷. Rząd musi wykazać, że władze starały się podejmować rozsądne i odpowiednie

działania mające zagwarantować sprawny przebieg zgromadzenia niezależnie od jego formy¹⁸. Wymóg uprzedniej notyfikacji ma nie tylko pogodzić prawo do zgromadzania się z prawami i legalnymi interesami (w tym swobodą poruszania się) innych osób, ale również zapobiegać zakłóceniom porządku lub przestępstwu. Przy planowaniu demonstracji powszechną praktyką w państwach Konwencji wydaje się uprzednia procedura administracyjna, która pozwala właściwie uwzględnić konfliktowe interesy¹⁹. Regulacje tego rodzaju nie mogą jednak stanowić ukrytej przeszkody dla wolności pokojowego zgromadzania się²⁰.

Wymaganie przez państwo uzyskania zezwoleń oznacza również możliwość nakładania kar na uczestników demonstracji uznanych za nielegalne. Jednocześnie swoboda udziału w pokojowym zgromadzeniu jest tak ważna, że nikogo nie należy karać – nawet najłagodniej – za udział w demonstracji, która nie była zakazana, o ile uczestnik sam nie popełnił przy tej okazji żadnego czynu nagannego. Dotyczy to również demonstracji, w których doszło do wyrządzenia szkody albo innego zakłócenia porządku²¹.

Brak zezwolenia i wynikająca z tego „bezprawność” działania demonstrujących nie dają władzom wolnej ręki, bowiem nadal istnieje obowiązek zachowania proporcjonalności ingerencji. Należy wtedy ustalić przyczynę braku zezwolenia, interes publiczny wchodzący w grę oraz uwzględnić ryzyko wiążące się z odmową. Ważnymi elementami oceny są też metody użyte przez policję w celu zniechęcenia protestujących, ograniczenia im możliwości poruszania się i zgromadzenia do konkretnego miejsca, fakt rozproszenia demonstracji przez policję²².

Ewentualność kontrdemonstracji przy użyciu przemocy lub przyłączenia się ekstremistów skłonnych do agresji, niebędących członkami stowarzyszenia organizującego demonstrację, nie może doprowadzić do odebrania prawa do zgromadzeń. Nawet

13 Ibidem.

14 Wyrok *Fáber p. Węgrom* z 24 lipca 2012 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 40721/08, § 37; *Taranenko p. Rosji* z 15 maja 2014 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 19554/05, § 66.

15 Wyrok *Kudrevičius i inni p. Litwie* z 15 października 2015 r., Wielka Izba, skarga nr 37553/05, § 94.

16 Wyrok *Çiloğlu i inni p. Turcji* z 6 marca 2007 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 73333/01, § 47.

17 Np. wyrok *Balçık i inni p. Turcji* z 29 listopada 2007 r., skarga nr 25/02, § 49.

18 Wyrok *Sergey Kuznetsov p. Rosji* z 23 października 2008 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 10877/04, § 42; decyzja *Rai i Evans p. Wielkiej Brytanii* z 17 listopada 2009 r., Izba (Sekcja IV), skargi nr 26258/07 i 26255/07.

19 Wyrok *Berladir i inni p. Rosji* z 10 lipca 2012 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 34202/06, § 54.

20 Wyrok *Kudrevičius i inni p. Litwie*, Wielka Izba, § 148.

21 Ibidem, § 149.

22 Ibidem, § 151.

w razie rzeczywistego ryzyka, że publiczny pochód doprowadzi do naruszenia porządku publicznego w rezultacie wydarzeń, na które organizatorzy nie będą mieli wpływu, nie może wyłącznie z tego powodu pozbawiać ochrony wynikającej z art. 11 ust. 1 Konwencji. Wszelkie restrykcje nałożone na takie zgromadzenie muszą uwzględniać treść ust. 2 tego artykułu²³. Władze poszczególnych państw posiadają jednak dużą swobodę oceny, czy w określonej sytuacji istniało rzeczywiste i poważne zagrożenie dla porządku i bezpieczeństwa publicznego uzasadniające zakaz demonstracji. Zgromadzenie z zamiarem zakłócenia porządku publicznego nie korzysta bowiem z ochrony na podstawie tego artykułu²⁴. Władze są uprawnione do nakładania restrykcji dotyczących miejsca, czasu, formy oraz sposobu przeprowadzenia zaplanowanego zgromadzenia²⁵. Takie ograniczenia uznaje się co do zasady za realizujące uprawniony cel²⁶.

Trybunał przy rozmaitych okazjach wielokrotnie podkreślał, że państwo jest ostatecznym gwarantem zasady pluralizmu. W rezultacie rzeczywiste poszanowanie wolności zgromadzania nie może się ograniczać wyłącznie do obowiązku państwa powstrzymania się od ingerencji. Taka czysto negatywna koncepcja nie jest zgodna z celem art. 11 Konwencji ani z Konwencją w ogólności. Na państwie mogą więc ciążyć obowiązki pozytywne mające zapewnić skuteczne korzystanie z wolności zgromadzeń, np. poprzez zapewnienie pokojowego przebiegu zgodnej z prawem demonstracji²⁷. Obowiązki te mają szczególne znaczenie dla osób wyrażających poglądy kontrowersyjne lub należących do mniejszości, ze względu na ich większą podatność na represje²⁸. Państwo musi m.in. zapewnić pokojowy przebieg każdej legalnej demonstracji oraz bezpieczeństwo jej organizatorów i uczestników²⁹.

23 Decyzja Komisji *Christians against Racism and Fascism* (Chrześcijaństwo przeciwko Rasizmowi i Faszyzmowi) p. *Wielkiej Brytanii* z 16 lipca 1980 r., skarga nr 8440/78, DR 21, s. 138.

24 *Ibidem*.

25 Wyrok *Berladir i inni p. Rosji*, § 54.

26 Wyrok *Primov i inni p. Rosji* z 12 czerwca 2014 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 17391/06, § 130.

27 Wyrok *Oya Ataman p. Turcji* z 5 grudnia 2006 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 74552/01, § 35.

28 Wyrok *Bączkowski i inni p. Polsce* z 3 maja 2007 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 1543/06, § 64.

29 Wyrok *Plattform „Ärzte für das Leben” p. Austrii* z 21 czerwca 1988 r., A. 139, § 34; *Kudrevičius i inni p. Litwie*, Wielka Izba, § 159.

W sprawie *Plattform „Ärzte für das Leben” przeciwko Austrii*³⁰ władze zezwoliły na zorganizowanie w określonym miejscu demonstracji przeciwko aborcji, która na wniosek organizatorów została przeniesiona w inne miejsce, gdzie jednak trudniej było utrzymać kontrolę nad uczestnikami. Władze poinformowały więc organizatorów, że nie będą w stanie zapewnić odpowiedniej ochrony przed ewentualną kontrademonstracją, do której, zgodnie z przewidywaniami, doszło. Austria naraziła się na zarzut pogwałcenia art. 11 Konwencji z powodu odmowy zapewnienia odpowiednich środków gwarantujących spokojny przebieg demonstracji. Trybunał przyznał, że demonstracja może irytować lub obrażać osoby sprzeciwiające się ideom lub postulatom, w związku z którymi jest organizowana. Zawsze jednak trzeba uczestnikom zgromadzenia umożliwić jego odbycie bez obawy fizycznych ataków ze strony oponentów. W innym razie obawa przemocy może powstrzymać stowarzyszenia lub inne grupy mające wspólne idee i zainteresowania przed otwartym wyrażaniem swoich poglądów na temat szczególnie kontrowersyjnych problemów społecznych. W demokracji prawo do kontrademonstracji nie może bowiem sięgać tak daleko, że stanie się ograniczeniem prawa do demonstracji³¹.

Władze są uprawnione do działań w celu ochrony demonstracji, pod warunkiem że przekonująco wykażą poważne zagrożenie przemocą ze strony kontrademonstrantów. Muszą wskazać konkretne przewidywania co do potencjalnej skali zakłóceń porządku, umożliwiające następnie ocenę środków uznanych przez nie za konieczne do powstrzymania groźby gwałtownych starć³². Należy pamiętać, że uczestnicy kontrademonstracji mają prawo wyrażać swoją niezgodę z demonstrantami. Przy podejmowaniu działań w reakcji na zagrożenie państwo musi więc uwzględniać obowiązek ochrony prawa do zgromadzania się obu demonstrujących grup i poszukiwania rozwiązań najmniej restrykcyjnych, umożliwiających co do zasady odbycie obu demonstracji³³.

30 Wyrok *Plattform „Ärzte für das Leben” p. Austrii*, § 31-39.

31 Zob. również np. wyrok *Fáber p. Węgrom*, § 38.

32 Wyrok *Plattform „Ärzte für das Leben” p. Austrii*, § 40; zob. również *Kudrevičius i inni p. Litwie* z 15 października 2015 r., Wielka Izba, skarga nr 37553/05, § 158-160; *Frumkin p. Rosji* z 5 stycznia 2016 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 74568/12, § 96, 126-130.

33 Wyrok *Plattform „Ärzte für das Leben” p. Austrii*, § 40, 43.

Władze nie mogą zagwarantować bezpieczeństwa uczestników zgromadzeń w sposób absolutny. W tym zakresie posiadają szeroką swobodę wyboru odpowiednich środków. Mają obowiązek podjęcia oczekiwanych działań, nie mogą jednak zagwarantować ich rezultatów. Ważne są jednak działania prewencyjne, takie jak obecność w miejscu demonstracji służb pierwszej pomocy, aby zagwarantować sprawne przeprowadzenie imprezy, spotkania albo zgromadzenia politycznego, kulturalnego lub innego³⁴. W sprawie *Plattform „Ärzte für das Leben”* – zdaniem Trybunału – władze austriackie podjęły wszelkie rozsądne kroki dla ochrony uczestników demonstracji, nie było więc naruszenia art. 11 Konwencji.

Jeśli demonstranci sięgają po przemoc, ingerencje są co do zasady usprawiedliwione potrzebą zapobieżenia zakłóceniom porządku lub przestępstwom oraz ochrony praw i wolności innych osób. Gwarancje art. 11 nie mają zastosowania do zgromadzeń, których organizatorzy i uczestnicy mają gwałtowne zamiary, podlegają do przemocy lub w inny sposób odrzucają fundamenty społeczeństwa demokratycznego. Ciężar ich udowodnienia spoczywa na władzach³⁵.

W sprawie *Stankov i Zjednoczona Macedońska Organizacja Ilin-den p. Bułgarii*, dotyczącej zakazu zgromadzeń organizowanych przez tę organizację, Trybunał stwierdził, że nawoływanie przez grupę osób do autonomii albo nawet żądanie secesji części terytorium kraju nie może automatycznie usprawiedliwiać zakazu zgromadzeń. W demokratycznym społeczeństwie należy umożliwić pokojowe wyrażanie politycznych idei kwestionujących istniejący porządek w drodze korzystania z prawa do zgromadzania się lub za pomocą innych legalnych metod. Każdy środek ingerujący w wolność zgromadzania się i wypowiedzi stosowany w przypadkach innych niż podleganie do przemocy lub odrzucanie zasad demokratycznych źle służy demokracji, a często stanowi jej zagrożenie³⁶.

34 Wyrok *Giuliani i Gaggio p. Włochom* z 24 marca 2011 r., Wielka Izba, skarga nr 23458/02, § 251; *Kudrevičius i inni p. Litwie*, Wielka Izba, § 158-160.

35 Np. wyrok *Christian Democratic People's Party p. Mołdowie* (nr 2) z 2 lutego 2010 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 25196/04, § 23; *Frumkin p. Rosji*, § 98.

36 Wyrok z 2 października 2001 r., § 97; zob. również *Sergey Kuznetsov*

Najbardziej radykalne środki w postaci zakazu demonstracji można stosować wyjątkowo. Władze zawsze muszą w pierwszej kolejności rozważyć działania i decyzje, które pozwoliłyby na pokojowe odbycie zaplanowanego zgromadzenia³⁷. Jakikolwiek alternatywne opcje muszą być przedstawione organizatorom we właściwym czasie, aby – jeśli się na nie zgodzą – byli w stanie zmodyfikować formę, skalę i czas odbycia zgromadzenia. Nie można występować z takimi propozycjami w ostatniej chwili³⁸. W tym kontekście ważnym obowiązkiem władz jest utrzymywanie odpowiedniego kontaktu z organizatorami, umożliwiającego dokonania należytych uzgodnień i reakcji na przebieg wydarzeń w sposób pozwalający zapobiec zakłóceniom porządku i chronić bezpieczeństwo obywateli³⁹. Trybunał podkreślił, że art. 11 nie gwarantuje prawa do zorganizowania miasteczka namiotowego w miejscu swobodnie wybranym przez organizatorów protestu, chociaż takie tymczasowe instalacje mogą czasami być formą wypowiedzi politycznej, której ograniczenie jest szczególnie mocno kontrolowane w kontekście zgodności z art. 10 ust. 2 Konwencji⁴⁰. Prawo do wolności zgromadzania się obejmuje również możliwość opuszczenia manifestacji w rozsądnym czasie na polecenie policji⁴¹. Nawet odbywająca się za zezwoleniem legalna demonstracja może być w pewnych okolicznościach rozwiązana lub rozproszona przez policję, jeśli np. przekształciła się w zamieszki⁴².

Rząd nie może zakazać demonstracji tylko dlatego, że w jego ocenie przekaz manifestacji jest „niesłuszny”, zwłaszcza gdy głównym przedmiotem krytyki są władze uprawnione równocześnie do odmowy zgody na zgromadzenie. Ograniczenia wolności zgromadzania się ze względu na treści, jakie chcą przekazać jego uczestnicy – korzystający w ten sposób z wolności wypowiedzi politycznych albo o sprawach publicznie ważnych – muszą być przedmiotem najsurowszej kontroli ze strony Trybunału⁴³.

p. Rosji z 23 października 2008 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 10877/04, § 45; *Faber p. Węgrom*, § 37; *Kudrevičius i inni p. Litwie*, Wielka Izba, § 145.

37 Wyrok *Barankevich p. Rosji* z 26 lipca 2007 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 10519/03, § 33; *Primov p. Rosji*, § 131.

38 Wyrok *Primov p. Rosji*, § 147.

39 *Frumkin p. Rosji*, § 129.

40 *Ibidem*, § 107.

41 *Ibidem*, § 166.

42 *Ibidem*, § 137.

43 Wyrok *Primov p. Rosji*, § 135.

Jeśli zgromadzenie odbywa się w miejscu publicznym, każdy, w tym dzieci, może w nim uczestniczyć. Obecność dzieci jest kwestią osobistego wyboru rodziców i ich decyzji. W ocenie Trybunału generalne uniemożliwienie dzieciom udziału w takich zdarzeniach byłoby sprzeczne ze swobodą zgromadzenia się⁴⁴.

Istotnym aspektem skutecznego i niezakłóconego korzystania z wolności zgromadzania się jest domniemanie legalności manifestacji. Brak oficjalnej zgody na odbycie zgromadzenia może zniechęcająco wpływać na jego uczestników. Według Trybunału, może też zniechęcać inne osoby do udziału, które wiedzą, że władze nie zapewnią im wówczas ochrony przed możliwymi wrogimi działaniami kontrademonstrantów⁴⁵.

Każda manifestacja w miejscu publicznym może prowadzić do zakłóceń życia codziennego i wywołać u części ludności niechęć lub wrogość⁴⁶. Ważne jest więc, aby stowarzyszenia i inni organizatorzy manifestacji przestrzegali obowiązującego prawa⁴⁷. Sam fakt, że zgromadzenie zostało zwołane niezgodnie z prawem albo jego uczestnicy je naruszają, nie może jednak usprawiedliwiać zamachu na wolność zgromadzania się⁴⁸. Regulacje odnoszące się do zgromadzeń publicznych, takie jak system uprzedniej notyfikacji, są istotne dla sprawnego ich przebiegu, ponieważ pozwalają władzom zminimalizować zakłócenia ruchu i podjąć inne wymagane środki bezpieczeństwa. Ich istnienie nie może być jednak celem samym w sobie⁴⁹. Trybunał podkreślił, że jeśli wolność zagwarantowana w art. 11 Konwencji nie ma być pozbawiona całkowicie swojej istoty, władze publiczne muszą wykazać pewną tolerancję dla zgromadzeń, których uczestnicy nie sięgają po przemoc, nawet

jeśli zostały zorganizowane bez zachowania wymogów prawnych⁵⁰. Oczekiwane granice tolerancji zależą od konkretnych okoliczności, w tym długości trwania demonstracji i stopnia spowodowanych przez nią zakłóceń oraz tego, czy jej uczestnicy mogli w wystarczającym stopniu manifestować swoje poglądy⁵¹.

Artykuł 11 ust. 2 Konwencji uprawnia państwo do nakładania na korzystanie z prawa do zgromadzeń „ograniczeń, które określa ustawa”, służących ochronie praw innych osób przez zapobieganie zakłóceniom porządku oraz działaniu na rzecz utrzymania porządku ruchu ulicznego albo drogowego⁵².

Termin „ograniczenie” obejmuje, w przypadku zgromadzeń, zarówno działania je poprzedzające oraz podejmowane w ich trakcie, jak i sankcje karne po ich zakończeniu. Przykładowo, uprzedni zakaz może zniechęcać osoby zamierzające uczestniczyć w zgromadzeniu, a więc oznaczać ingerencję, nawet jeśli następnie odbędzie się ono bez żadnych utrudnień⁵³. Ingerencją jest również odmowa zgody na podróż osoby do innej miejscowości w celu udziału w spotkaniu⁵⁴. Podobnie jest ze środkami podejmowanymi przez władze w trakcie zgromadzenia, takimi jak jego rozpraszanie przez policję, zatrzymywanie uczestników czy karanie za udział⁵⁵.

Trybunał zwrócił uwagę, że przy ocenie zasadności ingerencji władz jest istotne – ze względu na zasadę proporcjonalności – zachowanie równowagi między wymaganiami związanymi z celami wymienionymi w art. 11 ust. 2 Konwencji a wolnością wypowiedzi, np. w postaci słów, gestów albo nawet

44 Wyrok *Christian Democratic People's Party (Chrześcijańska Demokratyczna Partia Ludowa) p. Mołdowie* z 14 lutego 2006 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 28793/02, § 74.e.

45 Wyrok *Bączkowski i inni p. Polsce* z 3 maja 2007 r., Izba (Sekcja IV), skarga nr 1543/06, § 67.

46 Np. wyrok *Patyi i inni p. Węgrom* z 7 października 2008 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 5529/05, § 40.

47 Wyrok *Çiloğlu i inni p. Turcji* z 6 marca 2007 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 73333/01, § 48.

48 Wyrok *Cisse p. Francji* z 9 kwietnia 2002 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 51346/99, § 50; *Çilloglu i inni p. Turcji*, § 49; *Navalnyy i Yashin p. Rosji* z 4 grudnia 2014 r., Izba (Sekcja), skarga nr 76204/11.

49 Wyrok *Kasparov p. Rosji*, § 91.

50 Wyrok *Patyi i inni p. Węgrom*, § 43; zob. również *Oya Ataman p. Turcji* z 5 grudnia 2006 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 74552/01, § 41-42; *Bukta i inni p. Węgrom*, § 37; *Ashughyan p. Armenii* z 17 lipca 2008 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 33268/03, § 90; *Berladir i inni p. Rosji* z 10 lipca 2012 r., Izba (Sekcja I), skarga nr 34202/06, § 38; *Primov i inni p. Rosji*, § 118.

51 Zob. wyrok *Cisse p. Francji*, § 51-52; *Éva Molnár p. Węgrom* z 7 października 2008 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 10346/05, § 42-43; *Kudrevičius p. Litwie*, Wielka Izba, § 155-157 i 176-177.

52 Wyrok *Éva Molnár p. Węgrom*, § 34.

53 Wyrok *Bączkowski p. Polsce*, § 66-68.

54 Wyrok *Djavit An p. Turcji* z 20 lutego 2003 r., Izba (Sekcja III), skarga nr 20652/93, § 59-62.

55 Wyrok *Hyde Park i inni p. Mołdowie*, § 9, 13, 16, 41, 44, 48; *Kasparov p. Rosji*, § 84.

milczenia, przez osoby zebrane na ulicach lub w innych miejscach publicznych⁵⁶.

Umyślne niepodporządkowanie się przez organizatorów publicznego protestu obowiązującym regulacjom oraz zorganizowanie go (albo jego części) w sposób zaburzający normalne życie oraz inne działania wykraczające poza to, co jest zwykle nieuniknione, np. blokada przez protestujących rolników traktorami ważnej drogi, stanowią zachowania niekorzystające z takiej samej uprzywilejowanej ochrony na podstawie Konwencji jak wypowiedzi polityczne albo debata w kwestiach interesu publicznego czy związane z nimi pokojowe manifestowanie opinii. Państwa mają szeroką swobodę reakcji na takie działania⁵⁷.

Brak zezwolenia lub uprzedniego zawiadomienia o manifestacji może być uprawnioną podstawą decyzji o rozproszeniu zebranego tłumu. Prawo do spontanicznych demonstracji ma pierwszeństwo tylko wyjątkowo: w razie potrzeby natychmiastowej reakcji na bieżące wydarzenie w formie publicznej demonstracji. W sprawie *Bukta i inni p. Węgrom* Trybunał stwierdził, że w takich szczególnych okolicznościach rozwiązanie przez władze zwołanego w trybie nagłym pokojowego zgromadzenia wyłącznie z braku wcześniejszego powiadomienia o zamiarze jego zorganizowania – jeśli jego uczestnicy nie naruszali prawa – oznacza nieproporcjonalną ingerencję w tę wolność⁵⁸. Tym bardziej że zachowanie obowiązującego terminu zawiadomienia prowadziłyby do opóźnienia demonstracji, która w rezultacie nie spełniłaby oczekiwań jej organizatorów i uczestników⁵⁹.

Brak wcześniejszego zezwolenia na odbycie demonstracji i wynikająca z niego „bezprawność” działania nie dają władzom *carte blanche*. Ze względu na treść art. 11 ust. 2 Konwencji muszą one przestrzegać wymogu proporcjonalności swoich reakcji. Należy więc w pierwszej kolejności ustalić przyczyny braku zgody na demonstrację, wchodzący w grę interes publiczny oraz ryzyko, z jakim wiązało się odbycie manifestacji. Ważne przy ocenie proporcjonalności ingerencji są też metody użyte

przez policję, aby zniechęcić do udziału w proteście, ograniczyć możliwość przemieszczania się potencjalnych uczestników i rozproszyć demonstrację. Na przykład użycie w tym celu przez policję gazu pieprzowego zostało uznane przez Trybunał za działanie nieproporcjonalne, chociaż demonstracja mogła niewątpliwie poważnie zakłócić ruch uliczny⁶⁰.

W przypadku przemocy ze strony demonstrantów ingerencje w prawo zagwarantowane w tym przepisie są co do zasady usprawiedliwione w celu zapobiegania zakłóceniom porządku lub przestępstwom oraz ochrony praw i wolności innych osób⁶¹. Reakcja władz musi być jednak proporcjonalna. Trybunał podkreślił, że gdy doszło do gwałtownych starć między demonstrantami i policją, czasami konieczne jest zbadanie, kto pierwszy użył przemocy. Zdarza się bowiem, że policja atakuje ze znaczną siłą pokojową demonstrację, aby ją rozproszyć, i w ten sposób sama doprowadza do wzrostu napięcia i zamieszek⁶².

Działania wobec organizatorów i uczestników demonstracji, takie jak zatrzymania, przetrzymywanie w areszcie, wymierzanie kar, zniechęcają albo wręcz odstraszały od udziału w nich lub aktywnego angażowania się w działalność polityczną po stronie opozycji. Niosą ze sobą również poważny potencjał odstraszenia innych zwolenników opozycji oraz ogólnie społeczeństwa od udziału w publicznych demonstracjach, a w kategoriach bardziej ogólnych – udziału w otwartej debacie publicznej⁶³.

W sprawie *Fáber przeciwko Węgrom*, dotyczącej ukarania grzywną za rozwinięcie w pobliżu miejsca demonstracji przeciwko rasizmowi i nienawiści historycznie kontrowersyjnej flagi z pasami Arpadów, Trybunał stwierdził, że samo ryzyko zakłóceń porządku nie mogło być podstawą zakazu tego rodzaju wypowiedzi politycznej. Władze miały obowiązek przedstawić konkretne przewidywania dotyczące ich potencjalnej skali, aby móc ocenić, czy słusznie uważały, że istniała pilna potrzeba społeczna reakcji z ich strony, i czy zastosowane

56 Wyrok *Fáber p. Węgrom*, § 41.

57 Wyrok *Kudrevičius i inni p. Litwie*, Wielka Izba, § 156.

58 Wyrok z 17 lipca 2007 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 25691/04, § 36.

59 Wyrok *Éva Molnár p. Węgrom* z 7 października 2008 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 10346/05, § 38; *Kudrevičius i inni p. Litwie*, Wielka Izba, § 153.

60 Wyrok *Oya Ataman p. Turcji*, § 38-42.

61 Wyrok *Giuliani i Gaggio p. Włochom*, Wielka Izba, § 251.

62 Wyrok *Nurettin Aldemir i inni p. Turcji* z 18 grudnia 2007 r., Izba (Sekcja II), skarga nr 32124/02 i inne, § 45.

63 Wyrok *Frumkin p. Rosji*, § 140.

środki można było uznać za konieczne do uchylecia groźby gwałtownych starć⁶⁴.

Swoboda władz w takich przypadkach wchodzi w grę dopiero, gdy potrafi przekonująco wykazać poważne zagrożenie przemocą ze strony uczestników kontrademonstracji, którzy mają prawo wyrażać pokojowo swoją niezgodę z demonstrantami. Państwo musi więc dbać równocześnie o ochronę prawa do zgromadzania się obu demonstrujących grup i poszukiwać środków najmniej restrykcyjnych oraz co do zasady umożliwiających odbycie w tym samym czasie obu demonstracji⁶⁵. Należy przy tym ustalić, czy w przeszłości przy okazji podobnych wydarzeń dochodziło do przemocy, a także wziąć pod uwagę wpływ kontrademonstracji na demonstrację. Fakt, że w podobnych przypadkach wcześniej dochodziło do wydarzeń wymuszających interwencje policji, nie ma dużego znaczenia, jeśli możliwe były działania prewencyjne zapewniające dostateczną ochronę, takie jak rozdzielenie przez policję obu zgromadzeń⁶⁶.

W okolicznościach sprawy Trybunał nie wykluczył, że wywieszenie wieloznacznego symbolu w miejscu masowego morderstwa może czasami wskazywać na identyfikację z jego sprawcami; wypowiedź dozwolona w jednym przypadku nie musi być tak samo dozwolona wszędzie i zawsze. W niektórych krajach z bolesnymi doświadczeniami historycznymi porównywalnymi z Węgrami można było uznać za wynikający z pilnej potrzeby społecznej zakaz organizowania w dniu pamięci demonstracji obraźliwych ze względu na wspomnienie o ofiarach totalitaryzmu, które zginęły w danym miejscu.

Potrzeba ochrony prawa do uhonorowania zamordowanych oraz poszanowania uczuć ich krewnych może wymagać ingerencji w prawo do wolności wypowiedzi. Ze względu na miejsce i czas chroniona wypowiedź może bowiem wyraźnie zmienić znaczenie. Odnosi się to również do sytuacji, w której wypowiedź – znów ze względu na jej czas i miejsce – oznacza głośniejszą zbrodni wojennych, zbrodni przeciwko ludzkości lub

ludobójstwa. Ponadto obraza ofiar reżimu totalitarnego może oznaczać – z uwzględnieniem art. 17 Konwencji – nadużycie praw chronionych w Konwencji. W omawianej sprawie nic na to jednak nie wskazywało, nie było więc pilnej potrzeby społecznej do ingerencji władz⁶⁷.

Trybunał podkreślił, że wymóg „konieczności w społeczeństwie demokratycznym” rodzi kwestie zarówno o charakterze materialnym, jak i proceduralnym⁶⁸. Działania władz muszą być proporcjonalne do deklarowanego celu. Oznacza to zawsze obowiązek wykazania, że w danych okolicznościach nie było innego – mniej dolegliwego – środka ingerencji pozwalającego na osiągnięcie realizowanego przez władze uprawnionego celu⁶⁹.

Ustęp 2 art. 11 przewidujący warunki, w jakich możliwe jest ograniczenie prawa do pokojowego zgromadzania się, powinien być ściśle interpretowany. Jest to o tyle ważne, że użyte pojęcia mogą być różnie rozumiane. Stwarza to ryzyko ich nadużywania przez władzę na szkodę jednostki. Pojęcia należy rozumieć w sposób powszechnie przyjęty. Dotyczy to zarówno interpretacji warunku, że każde ograniczenie praw i wolności musi mieć podstawę prawną („które określa ustawa”), jak i zwrotu „konieczne w społeczeństwie demokratycznym”, a także wymienionych w nim uprawnionych celów szczegółowych, takich jak „bezpieczeństwo publiczne”, „ochrona zdrowia i moralności”. Zasada, że Konwencja ma zawsze gwarantować prawa nie teoretycznie lub iluzorycznie, ale praktycznie i skutecznie, ma zastosowanie również przy ocenie podstaw ingerencji w określone prawo. W rezultacie rząd musi zawsze wskazać istnienie rzeczywistych podstaw do ingerencji. Należy pamiętać, że ingerencje są wyjątkami; muszą więc być zawsze ściśle i starannie badane przez Trybunał⁷⁰.

Adw. Marek Antoni Nowicki jest współtwórcą Komitetu Helsińskiego w Polsce, Członkiem Rady HFPC oraz byłym sędzią Europejskiej Komisji Praw Człowieka w Strasburgu. W latach 2003-2008 Prezes zarządu HFPC, zaś w latach 2000-2005 Międzynarodowy Rzecznik Praw Obywatelskich w Kosowie.

67 Ibidem, § 58-59.

68 Wyrok *Yordanova i inni p. Bułgarii*, § 118.

69 Zob. np. wyrok *Association Rhino i inni p. Szwajcarii* z 11 października 2011 r., I zba (Sekcja II), skarga nr 48848/07, § 65.

70 Wyrok *Stoll p. Szwajcarii* z 10 grudnia 2007 r., Wielka I zba, skarga nr 69698/01, § 128.

64 § 40; zob. również np. wyrok *Barankevich p. Rosji* z 26 lipca 2007 r., I zba (Sekcja I), skarga nr 10519/03, § 33; *Kasparov i inni p. Rosji* z 3 października 2013 r., I zba (Sekcja I), skarga nr 21613/07, § 91.

65 Wyrok *Fáber p. Węgrom*, § 43.

66 Ibidem, § 44.



Kryzys konstytucyjny w Polsce (cz. 3)

Barbra Grabowska-Moroz

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego (dalej: TK, Trybunał) z 9 marca 2016 r., który nie został – do dzisiaj – opublikowany przez Rządowe Centrum Legislacji (podległe Prezesowi Rady Ministrów) w Dzienniku Ustaw, zapoczątkował serię wyroków Trybunału, nieuznawanych przez rząd i większość sejmową. Z jednej strony postawa taka stanowiła protest przeciwko odmówieniu (przez prezesa TK) udziału w rozprawach sędziów wybranych nielegalnie przez Sejm VIII kadencji w grudniu 2015 r. na miejsca już zajęte. Z drugiej strony argumenty, które miały wskazywać, że wyrok TK został wydany niezgodnie z prawem, wiązały się z faktem, iż Trybunał nie zastosował przepisów, które zostały poddane kontroli zgodności z Konstytucją. Przepisy te de facto powodowały, że Trybunał nie mógłby orzekać w przedmiocie ustawy z uwagi na brak kworum wymaganego przez zaskarżoną ustawę (ustawa wymagała udziału 13 sędziów, podczas gdy w Trybunale było ich 12) czy też z uwagi na odległy termin rozpatrzenia sprawy (ze względu na konieczność rozpatrzenia sprawy w kolejności ich wpływu).

Przejawem postawy negującej legalność działania Trybunału była m.in. odmowa udziału w rozprawach przed Trybunałem zarówno przez przedstawicieli Sejmu, Rady Ministrów, jak również prezydenta RP¹. Wiązało się to również z określoną

1 Przedstawiciel prezydenta nie był obecny podczas rozprawy w sprawie zainicjowanej z wniosku prezydenta RP dotyczącego zgodności z Konstytucją nowelizacji ustawy – Prawo o ustroju sądów wojсковych (wyrok z 25 maja 2016 r., sygn. akt Kp 5/15) oraz podczas rozprawy (również zainicjowanej przez prezydenta w ramach procedury prewencyjnej) dotyczącej ustawy regulującej status kuratora sądowego (rozprawa w dniu 25 października 2016 r. została odroczone w związku z niestawieniem się na rozprawę przedstawiciela wnioskodawcy; również kolejny wyznaczony termin rozprawy został odroczone „w związku z niedyspozycją zdrowotną sędzi-sprawozdawcy” J. Przyłębskiej; sygn.

negatywną postawą Sejmu i rządu wobec Trybunału². To z kolei miało bezpośrednie przełożenie na kolejne wyroki Trybunału, które również nie były publikowane w oficjalnych publikatorach.

Taka sytuacja w sposób zrozumiały spowodowała daleko idącą niepewność co do kształtu obowiązującego prawa w Polsce. Powoduje to, że kontrola konstytucyjności aktów prawnych w coraz większym stopniu może mieć charakter rozproszony, tj. będzie realizowana przez sądy (powszechnie, administracyjne, wojskowe) odpowiedzialne za rozstrzygnięcie zawisłych przed nimi spraw na podstawie norm, które będą zgodne z Konstytucją.

Przejawem tego, że sądy akceptowały rozstrzygnięcia Trybunału pomimo braku ich publikacji w Dzienniku Ustaw, była m.in. sprawa pytania prawnego Naczelnego Sądu Administracyjnego dotyczącego zasad podziału gminy na okręgi wyborcze³. Sąd zadający pytanie prawne nie tylko był obecny podczas rozprawy, ale również po ogłoszeniu wyroku przez Trybunał wydał postanowienie w sprawie zawisłej przed NSA i zdecydował o podjęciu zawieszonoego postępowania⁴.

Zgromadzenie Ogólne Sądu Najwyższego podjęło 26 kwietnia 2016 r. uchwałę, w którym stwierdzono, że zgodnie z art. 190 ust. 2 Konstytucji wyroki Trybunału Konstytucyjnego podlegają

akt Kp 4/15). Przedstawiciel prezydenta był natomiast obecny podczas rozprawy dotyczącej ustawy o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (sygn. akt K 6/14).

2 Przykładowo, wiceminister sprawiedliwości Patryk Jaki uznał, że rozprawa przed Trybunałem w dniu 9 marca 2016 r. będzie „spotkaniem przy kawie i ciasteczkach”.

3 Wyrok TK z dnia 6 kwietnia 2016 r., sygn. akt P 5/14.

4 Postanowienie NSA z dnia 12 maja 2016 r., sygn. akt II OSK 2421/13. NSA w postanowieniu wyraźnie wskazał, że „w dniu 6 kwietnia 2016 r. Trybunał Konstytucyjny wydał wyrok”.

niezwłocznemu ogłoszeniu. „Nieopublikowany wyrok Trybunału Konstytucyjnego stwierdzający niezgodność z Konstytucją określonego przepisu uchyla domniemanie jego zgodności z Konstytucją z chwilą ogłoszenia wyroku przez Trybunał Konstytucyjny” – wskazano w uchwale⁵.

Czy praworządność w Polsce jest zagrożona?

Równoległe do wydarzeń mających miejsce w Polsce Komisja Europejska prowadziła tzw. procedurę praworządności w sprawie zmian i sytuacji wokół Trybunału Konstytucyjnego. W ramach procedury Komisja prowadziła dialog z rządem RP. Kilukrotne spotkania Komisarza F. Timmermansa z premier B. Szydło nie spowodowały jednak zmiany stanowiska rządu w sprawie publikacji wyroków Trybunału Konstytucyjnego. W czerwcu 2016 r. Komisja skierowała do rządu RP opinię w sprawie praworządności w Polsce⁶. W opinii, odwołując się m.in. do stanowiska Komisji Weneckiej, przypomniano, że polskie władze powinny respektować wyroki Trybunału, w szczególności te z grudnia 2015 r. odnoszące się do legalności wyboru sędziów w październiku i grudniu 2015 r. Komisja wskazała również na negatywne skutki braku publikacji wyroków Trybunału, zwłaszcza niepewność prawa. Taka sytuacja uniemożliwia realizowanie przez Trybunał skutecznej kontroli konstytucyjności aktów prawnych, a przez to stanowi systemowe zagrożenie dla praworządności w Polsce. Rząd RP został poproszony o przedstawienie odpowiedzi na opinię w ciągu dwóch tygodni.

„Ustawa lipcowa”

Odpowiedzią na procedurę praworządności ze strony rządu RP był kolejny projekt ustawy o Trybunale Konstytucyjnym. Prace nad ustawą opierały się na czterech projektach poselskich⁷ i jednym projekcie obywatelskim⁸, jednak głównym projektem

prac w komisji był ten zgłoszony przez posłów większości sejmowej. Tym razem zrezygnowano z nowelizacji ustawy na rzecz nowej ustawy, która jednak w dużej mierze bazowała na ustawie z 1997 r. Podobnie jak w wypadku poprzednich nowelizacji ustawy o Trybunale proces legislacyjny nad nową ustawą był pospieszny. Ustawa została uchwalona nawet bez uwzględnienia wyników pracy tzw. Zespołu Kuchcińskiego⁹, tj. ekspertów powołanych przez marszałka sejmu, których zadaniem była analiza rekomendacji zawartych w opinii Komisji Weneckiej z marca 2016 r.



Nowa ustawa¹⁰ – uchwalona 22 lipca 2016 r. – w porównaniu z ustawą z 22 grudnia 2015 r. zmieniała nieco charakter norm postępowania przed Trybunałem (np. w zakresie kolejności rozpatrywania spraw). Obniżono kworum sędziów niezbędnych do wydania orzeczenia (z 15 do 11 sędziów), zniesiono wymóg większości 2/3 głosów przy wydawaniu orzeczenia, wprowadzono wyjątki od reguły kolejności rozpoznawania spraw według daty ich wpływu. Ponadto ustawa nie powtarzała rozwiązań ustawy grudniowej dotyczących inicjowania postępowań dyscyplinarnych oraz wygaszania mandatów sędziów przez Sejm.

9 Skład Zespołu: prof. UW dr hab. Jan Majchrowski (koordynator), prof. UJK dr hab. Arkadiusz Adamczyk, dr Wojciech Arndt, prof. dr hab. Bogusław Banaszak, prof. dr hab. Adam Bosiacki, prof. dr hab. Andrzej Bryk, prof. UEK dr hab. Paweł Czubik, prof. dr hab. Andrzej Dziadzio, prof. dr hab. Jolanta Jabłońska-Bonca, prof. dr hab. Anna Łabno, prof. UW dr hab. Maciej Marszał, sędzia SN w st. spocz. Bogusław Nizieński, prof. dr hab. Bogdan Szlachta, prof. UKSW dr hab. Bogumił Szmulik, prof. UW dr hab. Jarosław Szymanek.

10 Ustawa z 22 lipca 2016 r. o Trybunale Konstytucyjnym.

5 Uchwała dostępna jest na stronie: http://www.sn.pl/aktualnosci/Site-Assets/Lists/Wydarzenia/EditForm/Uchwala_Zgr_Og_SSN_26_04_2016.pdf (dostęp: 19 stycznia 2017).

6 Commission Opinion of 1.6.2016 regarding the Rule of Law in Poland, C(2016)3500 final.

7 Druki sejmowe nr 129, 558, 568, 569.

8 Obywatelski projekt ustawy o Trybunale Konstytucyjnym, druk sejmowy nr 550. Projekt został wycofany w trakcie drugiego czytania.

W ramach przepisów przejściowych ustawa przewidywała, że sprawy z wniosków złożonych przed dniem wejścia w życie ustawy są zawieszane na okres sześciu miesięcy. Jednocześnie ustawa nałożyła na Trybunał obowiązek rozpatrzenia w ciągu roku spraw wszczętych i niezakończonych (z wyjątkiem tych, które zostaną zawieszane na sześć miesięcy). Wyznaczone terminy rozpraw w świetle ustawy z 22 lipca 2016 r. miały zostać odwołane i wyznaczone według nowych przepisów. Ustawa zawierała również przepis mający stanowić podstawę do ogłoszenia zaległych wyroków Trybunału. Zgodnie z art. 89 w terminie 30 dni od wejścia w życie ustawy ogłasza się rozstrzygnięcia Trybunału wydane przed dniem 20 lipca 2016 r. z naruszeniem ustawy z 25 czerwca 2015 r., z wyjątkiem rozstrzygnięć dotyczących aktów normatywnych, które utraciły moc obowiązującą.

Tak skonstruowana próba rozwiązania problemu związanego z niepublikowaniem wyroków Trybunału stanowi niezrozumienie, na czym polega nadrzędność Konstytucji, która w art. 190 ust. 2 wyraźnie nakazuje publikację orzeczeń. Ustawowa ekstraordynaryjna podstawa do publikacji wyroków określonych przez ustawodawcę za wydane niezgodne z przepisami ustawy wskazuje, że ustawodawca nie tylko ignoruje bezpośrednio stosowane normy Konstytucji, ale również podważa – w formie ustawy – legalność rozstrzygnięć Trybunału.

Z kolei art. 90 ustawy stanowił ustawową próbę legalizacji wyboru trzech sędziów Trybunału przeprowadzonego w grudniu 2015 r. na miejsca już zajęte. Zgodnie z tym przepisem sędziów Trybunału, którzy złożyli ślubowanie wobec prezydenta, a do dnia wejścia w życie ustawy nie podjęli obowiązków sędziego, prezes TK włącza do składów orzekających i przydziela im sprawy. Tym sposobem ustawodawca próbował *de facto* unieważnić skutki orzeczeń Trybunału z grudnia 2015 r. i z 9 marca 2016 r.

Raport „ekspertów Kuchcińskiego”

Dopiero po uchwaleniu ustawy z 22 lipca 2016 r. do publicznej wiadomości podano treść raportu tzw. zespołu Kuchcińskiego¹¹.

11 *Raport Zespołu Ekspertów do spraw Problematyki Trybunału Konstytucyjnego z dnia 15 lipca 2016 r.*, „Przegląd Sejmowy” 2016, nr 4, s. 169-237.

Pomijając kwestię reprezentatywności tego gremium, istotne w tym dokumencie wydają się tezy wyjściowe, które wykreował zespół. Otóż wychodząc poza ramy przedmiotowe prac zespołu (tj. „analiza sytuacji wokół Trybunału”¹²), pokusił się on o szeroko zakreślone rozważania teoretyczne w zakresie kwestii fundamentalnych (wzajemnych relacji między „demokracją przedstawicielską” a „demokracją konstytucyjną”)¹³.

Z drugiej strony zespół dużo miejsca w raporcie poświęcił „brakom” opinii Komisji Weneckiej, m.in. manipulacji informacjami¹⁴, „pominięciu głębszego kontekstu ukazującego znaczenie zasad poprawnej legislacji”, „chwytom erystycznym”, przedstawianiu wielowariantowych hipotez czy wręcz błędom interpretacyjnym. Zespół zaproponował też szereg zmian w regulacji dotyczącej Trybunału Konstytucyjnego (np. zasad wyboru sędziów TK), m.in. na podstawie rekomendacji Komisji Weneckiej.

Praworządność w Polsce jest zagrożona

Ani uchwalona ustawa o Trybunale Konstytucyjnym, ani opublikowanie raportu Zespołu Ekspertów nie przyniosły jednak zakładanego efektu, tj. Komisja Europejska przeszła do drugiego etapu procedury praworządności. W lipcu 2016 r. Komisja skierowała do Rządu rekomendację¹⁵, w których powtórzyła swoje dotychczasowe zalecenia, tj. obowiązek publikacji i przestrzegania – dotychczasowych i przyszłych – wyroków Trybunału Konstytucyjnego. Komisja wskazała, że ustawa z 22 lipca 2016 r. (również przeanalizowana przez Komisję) powinna zostać zbadana przez sam Trybunał Konstytucyjny pod kątem jej zgodności z Konstytucją. Komisja stwierdziła też, że władze publiczne powinny powstrzymać się od wypowiedzi,

12 Por. komunikat Kancelarii Sejmu: <http://sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/komunikat.xsp?documentId=56063CB59E91F3C8C1257F870053B175> (dostęp: 19 stycznia 2017).

13 Przede wszystkim wątpliwe jest, do jakiego stopnia tezy generalne znajdujące się w raporcie mają oparcie normatywne w Konstytucji. Por. Debata „Jaki Trybunał? Konstytucyjny ustrój Polski i sytuacja Trybunału Konstytucyjnego” zorganizowana przez Fundację im. S. Batorego w dniu 15 grudnia 2016 r., do obejrzenia na: <https://www.youtube.com/watch?v=XJMnIF5qhLw> (dostęp: 19 stycznia 2017).

14 Zdaniem autorów sprowadzała się do pominięcia przebiegu procesu legislacyjnego nad ustawą z 25 czerwca 2015 r.

15 Commission Recommendation of 27.7.2016 regarding the rule of law in Poland, C(2016)5703 final.

które obniżają legitymację lub skuteczność działań Trybunału. Rządowi wyznaczono trzy miesiące na realizację tych zaleceń oraz przedstawienie informacji, jakie środki zostały w tym celu podjęte.

Ustawa z 22 lipca 2016 r. została zaskarżona do Trybunału Konstytucyjnego (przez dwie grupy posłów oraz Rzecznika Praw Obywatelskich) i stała się przedmiotem kontroli zgodności z Konstytucją¹⁶. Trybunał w wyroku z 11 sierpnia 2016 r. (sygn. akt K 39/16) zdecydował o rozpatrzeniu sprawy na posiedzeniu niejawnym z uwagi na fakt, że zakres wniosków dotyczył zagadnień prawnych, które zostały już wystarczająco wyjaśnione we wcześniejszych orzeczeniach. Tym samym możliwe było zbadanie zgodności z Konstytucją ustawy jeszcze przed jej wejściem w życie. Trybunał orzekł m.in. że przepisy związane z publikacją wyroków i dopuszczaniem sędziów „grudniowych” do orzekania są niezgodne z Konstytucją¹⁷.

Ustawa z 22 lipca 2016 r. stała się również przedmiotem drugiej opinii Komisji Weneckiej¹⁸, której zadaniem była m.in. ocena, w jakim stopniu ustawa realizuje rekomendacje Komisji z marca 2016 r. Komisja wskazała, że ustawa wprowadza szereg pozytywnych zmian w porównaniu z rozwiązaniami zawartymi w ustawie z 22 grudnia 2015 r. (obniżenie kworum wymaganej do rozpatrzenia sprawy przez Trybunał czy zniesienie wymogu większości 2/3 głosów niezbędnych do wydania wyroku). Komisja wskazała jednak, że ustawa w dalszym ciągu zawiera rozwiązania, które pozwalają na blokowanie skutecznej pracy Trybunału, m.in.: zasady przekazania sprawy pełnemu składowi Trybunału (art. 26), przesunięcie rozpoznania sprawy o sześć miesięcy (art. 68), możliwość zablokowania rozprawy przez Prokuratora Generalnego (art. 30 oraz art. 61). W ocenie Komisji – podobnie jak w wyroku TK z 11 sierpnia 2016 r. – art. 90 nakazujący dopuszczenie do orzekania sędziów wybranych

w grudniu 2015 r. narusza postanowienia płynące z wyroków TK z grudnia 2015 r. oraz marca 2016 r., a tym samym nie rozwiązuje problemu sędziów TK w sposób zgodny z prawem. Jak podkreśliła Komisja, rząd w dalszym ciągu nie publikuje wyroków TK, przez co osłabia niezależność i pozycję Trybunału¹⁹, który w świetle Konstytucji powołany jest do wiążącego rozstrzygnięcia sporów konstytucyjnych²⁰. W ocenie Komisji poprzez przyjęcie ustawy z 22 lipca 2016 r. parlament przyznał sobie kompetencję do zmiany Konstytucji, działając jako ustawodawca zwykły bez odpowiedniej większości wymaganej do zmiany Konstytucji²¹.

Posiedzenie Komisji 14 października 2016 r., podczas którego przyjęto opinię Komisji, zostało zignorowane przez przedstawicieli rządu RP oraz przez członków Komisji z ramienia Polski²².

Jak wybrać Prezesa (Trybunału)?

Z kolei w listopadzie 2016 r. Trybunał Konstytucyjny wydał wyrok w sprawie przepisów ustawy z 22 lipca 2016 r., które dotyczyły wyboru prezesa i wiceprezesa²³. Artykuł 16 ustawy przewidywał, że Prezydent powołuje Prezesa i wiceprezesa TK spośród trzech kandydatów przedstawionych na każde stanowisko przez Zgromadzenie Ogólne. W posiedzeniu Zgromadzenia musi wziąć udział co najmniej 10 sędziów. Każdy sędzia Trybunału ma tylko jeden głos i może głosować tylko na jednego kandydata. Grupa posłów, która zaskarżyła tę regulację do Trybunału, zarzuciła tej regulacji naruszenie zasady odrębności organów władzy sądowniczej. Zdaniem wnioskodawców regulacja ta umożliwiła zgłoszenie kandydata, który ma „znikomy mandat ze strony Zgromadzenia Ogólnego”.

Trybunał w wyroku z 7 listopada 2016 r. wyróżnił trzy grupy kandydatów: „kandydatów zgłoszonych”, „kandydatów

16 Art. 92 ustawy z 22 lipca 2016 r. przewidywał, że ustawa wchodzi w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia.

17 Art. 89 ustawy powołanej w punkcie 1 jest niezgodny z art. 10, art. 173, art. 190 ust. 2 Konstytucji; art. 90 ustawy powołanej w punkcie 1 jest niezgodny z art. 194 ust. 1 Konstytucji.

18 Poland – Opinion on the Act on the Constitutional Tribunal, adopted by the Venice Commission at its 108th Plenary Session (Venice, 14-15 October 2016), CDL-AD(2016)026-e.

19 Jak zauważyła Komisja, decyzja o odmowie publikacji nie została nawet zakomunikowana Trybunałowi, który został o tym poinformowany za pośrednictwem mediów.

20 Pkt 128 opinii

21 Pkt 127 opinii.

22 Członkami Komisji są obecnie prof. Bogusław Banaszak oraz prof. Mariusz Muszyński.

23 Sygn. akt K 44/16.

wybranych” oraz „kandydatów przedstawionych”. Ostatnia kategoria odnosi się do kandydatów, o których mowa w art. 194 ust. 2 Konstytucji²⁴, tj. przedstawionych Prezydentowi przez Zgromadzenie Ogólne. Kandydatami wybranymi są z kolei kandydaci, którzy uzyskali kolejno największą liczbę głosów spośród „kandydatów zgłoszonych”. Jak wskazał Trybunał, są to kandydaci wybrani przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK w celu wyłonienia spośród nich kandydatów w rozumieniu konstytucyjnym (tj. tych, którzy następnie zostaną przedstawieni prezydentowi).

W ocenie Trybunału odpowiada temu dwuetapowy proces wyboru kandydatów na stanowisko prezesa i wiceprezesa. Pierwszy etap to wybór kandydatów, którzy uzyskali największą liczbę głosów w tajnym głosowaniu sędziów²⁵. Procedura ta nie pozwala wyłonić kandydatów, którzy cieszyliby się poparciem większości głosujących sędziów TK. Odbywa się to w drugim etapie, realizowanym bezpośrednio na podstawie art. 194 ust. 2 Konstytucji, a jej efektem jest wyłonienie „kandydatów przedstawionych”²⁶.

Jak podkreślił Trybunał, „za kandydatów w konstytucyjnym rozumieniu należy uznać wyłącznie trzech kandydatów, którzy uzyskali poparcie większości głosujących sędziów”. Interpretacja ta doprowadziła zatem do konkluzji, zgodnie z którą „kandydaci w rozumieniu konstytucyjnym mogą zostać wyłonieni

24 Prezesa i Wiceprezesa Trybunału Konstytucyjnego powołuje Prezydent Rzeczypospolitej spośród kandydatów przedstawionych przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów Trybunału Konstytucyjnego”.

25 „Analizowana złożona czynność obejmuje kolejno: a) przekazanie listy kandydatów zgłoszonych przez sędziów Trybunału (art. 16 ust. 5 i 6 zdanie pierwsze uTK z 2016 r.); b) sporządzenie karty do głosowania, na której wymienione są nazwiska i imiona kandydatów zgłoszonych (art. 16 ust. 6 zdanie drugie uTK z 2016 r.); c) przeprowadzenie głosowania tajnego, w którym każdy sędzia TK «ma tylko jeden głos i może głosować tylko na jednego kandydata» (art. 16 ust. 7 uTK z 2016 r.)”.

26 „Analizowana złożona czynność obejmuje: a) sporządzenie kart z nazwiskami kandydatów, którzy uzyskali kolejno największą liczbę głosów w procedurze wyboru, do której odnosi się art. 16 ust. 5-7 uTK z 2016 r.; b) głosowanie w celu wyłonienia wyłącznie trzech kandydatów w rozumieniu konstytucyjnym (tj. kandydatów przedstawionych) spośród kandydatów w rozumieniu ustawowym (tj. kandydatów wybranych) (art. 194 ust. 2 Konstytucji w związku z art. 16 ust. 1 uTK z 2016 r.); c) podjęcie uchwały przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK i niezwłoczne przekazanie jej Prezydentowi (art. 194 ust. 2 w związku z art. 16 ust. 2 zdanie drugie uTK z 2016 r.)”.

albo w indywidualnych głosowaniach nad każdą z kandydatur, w których każdy z głosujących sędziów ma jeden głos i może go oddać tylko na jednego kandydata, albo w głosowaniu ogólnym, w którym każdy z głosujących sędziów ma tyle głosów, ile jest kandydatur”²⁷.

Wyrok miał zostać pierwotnie wydany w pełnym składzie, jednak sędziowie wybrani przez Sejm VIII kadencji odmówili udziału w rozprawie. Od tego momentu sędziowie ci nie uczestniczyli w rozprawach Trybunału, jak również byli nieobecni na posiedzeniach Zgromadzenia Ogólnego TK (przedstawili zwolnienia lekarskie)²⁸. Prezes TK zdecydował, że sprawa zostanie rozpoznana przez Trybunał w składzie pięciu sędziów.

„Ustawy grudniowe” o Trybunale Konstytucyjnym

Równoległe parlament przystąpił do pracy nad pakietem trzech ustawy regulujących działalność Trybunału. Miały one na celu realizację postulatów zespołu Kuchcińskiego zignorowanego w lipcu 2016 r. podczas prac legislacyjnych nad poprzednią ustawą o TK. Wydaje się, że prace te były związane przede wszystkim ze zbliżającym się końcem kadencji prezesa A. Rzeplińskiego. Kierunek projektowanych regulacji w wielu kwestiach odchodził od zmian wprowadzonych ustawą z 22 grudnia 2015 r., natomiast wprowadzał nowe, nieznanne wcześniej regulacje związane ze stanowiskiem prezesa Trybunału, sposobu jego wyboru oraz zarządzaniem pracami Trybunału.

Celem ustaw było zminimalizowanie, jak to tylko możliwe, znaczenia wiceprezesa TK i przejęcia przez większość parlamentarną

27 Trybunał orzekł, że art. 16 ust. 7 zd. 2 ustawy z 22 lipca 2016 r., rozumiany jako nieodnoszący się do podjęcia przez Zgromadzenie Ogólne Sędziów Trybunału Konstytucyjnego uchwały w sprawie przedstawienia Prezydentowi Rzeczypospolitej nazwisk kandydatów na Prezesa i wiceprezesa Trybunału Konstytucyjnego, jest zgodny z art. 194 ust. 2 w związku z art. 10, art. 173, art. 197 Konstytucji i z preambułą Konstytucji.

28 Protokół z obrad Zgromadzenia Ogólnego Sędziów Trybunału Konstytucyjnego w dniu 30 listopada 2016 r., dostępny na stronie: http://trybunal.gov.pl/uploads/media/Protokol_z_obrad_Zgromadzenia_Ogólnego_Sedziow_TK_w_dniu_30_listopada_2016_r..pdf (dostęp: 19 stycznia 2017).

kontroli nad procedurą wyłonienia nowego prezesa TK. Zgodnie z art. 11 ust. 1 ustawy o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, od dnia powstania wakatu na stanowisku prezesa TK pracami Trybunału kieruje sędzia posiadający najdłuższy tryb pracy (określony według bardzo szczegółowych przesłanek). Ponadto art. 17 ustawy – Przepisy wprowadzające przewiduje, że w przypadku konieczności przeprowadzenia procedury przedstawienia kandydatów na stanowisko prezesa TK pracami TK kieruje sędzia, któremu prezydent powierzy pełnienie obowiązków prezesa TK²⁹.

Ustawowa konstrukcja obu tych – wzajemnie wykluczających się – instytucji skutkowałą niekonstytucyjnym pominięciem wiceprezesa TK i daleko idącym i nieprzewidzianym przez Konstytucję wkroczeniem władzy wykonawczej – Prezydenta RP – w funkcjonowanie władzy sądowniczej. Ponadto przepisy przejściowe wprowadzające nowy „pakiet” ustaw o Trybunale, operowały niezrozumiałą konstrukcją intertemporalną. Z jednej strony uchylały ustawę z 22 lipca 2016 r. (następnego dnia po publikacji ustawy – Przepisy wprowadzające), z drugiej zaś przewidywały, że nowe ustawy o statusie sędziego oraz o organizacji i trybie postępowania przed TK wchodzi w życie dopiero po upływie 14 dni, co oznacza, że przez dwa tygodnie Trybunał działa bez jakiegokolwiek podstawy prawnej.

Elementem przejmowania przez władzę ustawodawczą kontroli nad Trybunałem jest też likwidacja dotychczasowego Biura Trybunału i stworzenie na to miejsce Biura Służby Prawnej oraz Kancelarii³⁰. Takie rozwiązanie ma na celu wymianę kadr w Trybunale – m.in. asystentów sędziów – pracujących w Trybunale.

29 Prezydent wybiera ich „spośród sędziów o najdłuższym stażu pracy w sądownictwie powszechnym lub administracji państwowej szczebla centralnego na stanowiskach związanych ze stosowaniem prawa”.

30 Zgodnie z art. 12 Przepisów wprowadzających likwidacji ulega stanowisko Szefa Biura Trybunału, zaś jego obowiązki wykonuje Prezes lub upoważniona osoba. Stosunki pracy z pracownikami wygasają z dniem 31 grudnia 2017 r., jeżeli do 30 września 2017 r. nie zostaną im przedstawione nowe warunki pracy i płacy lub jeśli pracownicy do 15 grudnia 2017 r. odmówią przyjęcia nowych warunków (art. 13 ust. 2 ustawy – Przepisy wprowadzające).

„Porządki grudniowe” w Trybunale

Prezydent podpisał trzy nowe ustawy dotyczące Trybunału w ostatnim dniu kadencji sędziego Rzeplińskiego³¹. Ustawy te jeszcze tego samego dnia zostały opublikowane w Dzienniku Ustaw i zaczęły częściowo obowiązywać następnego dnia. Umożliwiło to przyznanie jednemu z sędziów wybranych przez Sejm VIII kadencji funkcji p.o. prezesa Trybunału do czasu wyboru nowego prezesa. Niekonstytucyjne rozwiązanie pozwoliło na przejście kontroli nad Trybunałem Konstytucyjnym. Pełniącym obowiązki prezesa została J. Przyłębska, która natychmiast dopuściła trzech sędziów nielegalnie wybranych w grudniu 2015 r. i jeszcze tego samego dnia zwołała Zgromadzenie Ogólne, które wybrało dwóch kandydatów na prezesa TK³².

Przed wszystkim niezgodny z prawem był skład osobowy uczestniczący w Zgromadzeniu, ponieważ brały w nim udział osoby niebędące sędziami TK. Co więcej, jeden sędzia nie mógł w Zgromadzeniu uczestniczyć. Sytuacja, w której Zgromadzenie odbywa się w dniu jego zwołania, jest bardzo wątpliwa konstytucyjnie. Jest to co prawda porównywalne z obowiązującym od roku standardem podpisywania ustaw, ich natychmiastowej publikacji oraz wejściem w życie z chwilą ogłoszenia, jednak z pewnością osłabia stabilność prawa i podważa zaufanie do prawa oraz instytucji państwowych. Podczas Zgromadzenia za przyjęciem uchwały głosowało sześć osób, ośmioro sędziów odmówiło głosowania nad uchwałą, zaś jeden sędzia był nieobecny. Tym samym zgłoszeni kandydaci nie uzyskali poparcia nawet połowy sędziów TK. Kwestie niezbędnego quorum potrzebnego do podjęcia decyzji przez Trybunał, tak bardzo podkreślane jeszcze rok temu przez większość rządzącą, nagle straciły na znaczeniu. Również przedstawiane rok wcześniej argumenty o spoczywaniu przepisów wyborczych okazały się nieistotne w momencie wyłaniania kandydata na prezesa TK,

31 Ustawa z dnia 30 listopada 2016 r. o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego (Dz.U. poz. 2073), Ustawa z dnia 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym (Dz.U. poz. 2072), Ustawa z dnia 13 grudnia 2016 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz ustawę o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego (Dz.U. poz. 2073).

32 Art. 21 ustawy – Przepisy przejściowe przewiduje, że sędzia pełniący obowiązki prezesa TK zwołuje posiedzenie „niezwłocznie”.

ponieważ podstawa wyboru nowego prezesa (art. 21 ustawy – Przepisy wprowadzające) weszły w życie 20 grudnia 2016 r., tj. tego samego dnia, kiedy powołano p.o. prezesa, która tego samego dnia zwołała i przeprowadziła nielegalne Zgromadzenie Ogólne Sędziów TK)³³.

Czy to koniec kryzysu konstytucyjnego?

Bezpośrednio po wydarzeniach z grudnia 2016 r. Komisja Europejska skierowała do rządu kolejne rekomendacje, wyznaczając termin dwóch miesięcy na ich realizację³⁴. Oprócz nadal niezrealizowanych zaleceń z lipca 2016 r. Komisja wskazała na potrzebę przeprowadzenia kontroli zgodności nowych przepisów o Trybunale z Konstytucją, zapewnienia, że nowy prezes TK nie będzie mianowany, dopóki nie zostaną wykonane wyroki Trybunału dotyczące obowiązku mianowania sędziów wybranych przez Sejm VII kadencji, a do tego czasu obowiązki prezesa będzie wykonywał wiceprezes TK.

Słowo „kompromis” używane w debacie publicznej jeszcze rok temu obecnie praktycznie znikło. Większość rządu prezentuje tezę, zgodnie z którą kryzys konstytucyjny został zakończony, pomijając całkowicie nielegalny charakter dokonanych zmian. Jedyne organ, który mógłby to autorytatywnie stwierdzić – Trybunał Konstytucyjny – pod nowym kierownictwem najpewniej długo nie rozpatrzy sprawy z ewentualnych wniosków dotyczących zgodności z Konstytucją ustaw z grudnia 2016 r. reformujących strukturę Trybunału.

Spór prawny wokół Trybunału jeszcze bardziej się skomplikował. Nielegalnie wybrany i nielegalnie mianowany przez prezydenta prezes TK podjął szereg decyzji, m.in. o dopuszczeniu do orzekania osób, które nie są sędziami Trybunału (trzy osoby wybrane w grudniu 2015 r.). Rodzi to poważne wątpliwości

co do tego, czy wyroki Trybunału będą rzeczywiście wydawane przez sędziów TK. Konstytucyjny „blitzkrieg” przeprowadzony w grudniu 2016 r. przez Sejm RP podważa zaufanie do państwa i zmierza do „wyłączenia” jednego z podstawowych „bezpieczników” demokracji, jakim jest kontrola konstytucyjności uchwalanego prawa. Trybunał jest w stanie uzupełnić ewentualne braki w działaniu parlamentu, np. pospieszne procedowanie ustaw z pominięciem jakiegokolwiek debaty publicznej. Wówczas grupy społeczne, które nie są reprezentowane w Sejmie, mają szansę, że ich argumenty zostaną wysłuchane i zweryfikowane pod kątem zgodności z Konstytucją. Skomplikowanie statusu prawnego sędziów i Trybunału podważa możliwość jego skutecznego działania, a tym samym osłabia znaczenie samej Konstytucji.



Barbara Grabowska-Moroz jest prawniczką HFPC, koordynatorką Programu HFPC Monitoring Procesu Legislacyjnego w Obszarze Wymiaru Sprawiedliwości oraz doktorantką w Zakładzie Praw Człowieka WPIA UW.

33 E. Siedlecka, *Sędzia Przyłębska prezesem Trybunału Konstytucyjnego sprzecznie z konstytucją? Tak wynika z opinii eksperta PiS*, gazeta.pl, 26 grudnia 2016 r., artykuł dostępny na stronie: <http://wyborcza.pl/7,75398,21169449,dobra-zmiana-w-trybunale-konstytucyjnym.html> (dostęp: 19 stycznia 2017).

34 Commission Recommendation of 21.12.2016 regarding the rule of law in Poland complementary to Commission Recommendation (EU) 2016/1374, C(2016) 8950 final.

Czy sędzia ma prawo do własnej niezależności?

Ireneusz C. Kamiński



Wielka Izba Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: Trybunał lub ETPC) wydała 23 czerwca 2016 r. bardzo ważny wyrok w sprawie *Baka p. Węgrom*¹. Skarżący – prezes węgierskiego Sądu Najwyższego i były sędzia strasburskiego Trybunału, co już musi zwracać uwagę – stawiał na podstawie europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: Konwencja) dwa zarzuty: naruszenia prawa do rzetelnego postępowania sądowego (art. 6) i swobody wypowiedzi (art. 10). W niniejszym artykule zajmę się rozstrzygnięciem Trybunału dotyczącym pierwszego z zarzutów. W sprawie wystąpiło kilka kluczowych, a przy tym niełatwych i „wrażliwych” zagadnień prawnych. Po pierwsze, zarzut dotyczący prawa do rzetelnego postępowania sądowego był ściśle związany z uprawnieniem do niezależnego i bezstronnego sądu. W przeszłości Trybunał wielokrotnie wypowiadał się o takim uprawnieniu, ale sprawy były wnoszone przez stronę krajowego postępowania. Tym razem zarzut stawiał sędzia. Powstawało zatem pytanie, czy sędzia ma na mocy Konwencji prawo do własnej niezależności. Po drugie, krajowy przepis, który znalazł się w tle zarzutu, był częścią węgierskiej konstytucji. Trybunał został więc skonfrontowany nie tylko z delikatnym – prawnie i politycznie – zagadnieniem relacji istniejącej między krajową konstytucją i Konwencją, ale i musiał rozstrzygnąć, czy prawo (odwołania się) do sądu wystąpi, gdy kwestionowana ingerencja jest następstwem konstytucyjnej reguły.

Artykuł stanowi rekonstrukcję oraz analizę standardu prawnego wynikającego z wyroku w sprawie Baki. Nie będę natomiast rozważał, czy i jak wyrok daje się zastosować do głośnych niedawno

¹ Skarga nr 20261/12. Wcześniej wyrok wydała siedmioosobowa izba (27 maja 2014 r.).

polskich wydarzeń sędziowskich – niezaprzyiężenia przez prezydenta trzech sędziów Trybunału Konstytucyjnego i odmowy przez głowę państwa mianowania na stanowiska sędziowskie osób wskazanych przez Krajową Radę Sądownictwa. Zająłem się tym w innym miejscu².

Kłopotliwy sędzia

András Baka przez 17 lat orzekał jako sędzia Trybunału w Strasburgu. Po powrocie do kraju w 2009 r. parlament powierzył mu stanowisko prezesa Sądu Najwyższego na sześcioletnią kadencję trwającą do 2015 r. Po dojściu do władzy partii Fidesz w 2010 r. Baka jako szef najwyższej instytucji orzekającej kraju oraz przewodniczący Krajowej Rady Sądownictwa krytycznie wypowiadał się o projektach zmian legislacyjnych. Zwracał uwagę, że proponowane akty mogą być sprzeczne z konstytucją. W kontekście obniżenia wieku emerytalnego sędziów z 70 do 62 lat wskazywał, że spowoduje to odejście co dziesiątego sędziego, rodząc olbrzymie negatywne skutki dla wymiaru sprawiedliwości. Baka skierował także do Trybunału Konstytucyjnego przepisy zmieniające organizację sądów i procedurę rozpoznawania spraw. Jego zarzuty zostały potwierdzone w późniejszym wyroku.

Władze postanowiły pozbyć się kłopotliwego prezesa Sądu Najwyższego w następujący sposób: określili, że osoba kierująca najwyższą instancją sądowniczą kraju musi mieć co najmniej pięcioletnie doświadczenie sędziowskie. Ten warunek rozumiano tak, że doświadczenie orzecznicze miało być „krajowe”; nie wystarczyło, że dana osoba zasiadała w sądach międzynarodowych. Dodatkowo przepis o wygaśnięciu kadencji dotychczasowego

² I.C. Kamiński, *Europejska Konwencja Praw Człowieka i prawo do niezależnego wymiaru sprawiedliwości*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2016, nr 9.

prezesa umieszczono w konstytucji (w jej przepisach przejściowych), aby zapobiec zaskarżeniu go do Sądu Konstytucyjnego.

Baka został pozbawiony tylko funkcji prezesa Sądu Najwyższego, nie został natomiast usunięty z zawodu sędziowskiego lub pozbawiony w inny sposób możliwości orzekania. Objął stanowisko prezesa izby cywilnej w Sądzie Najwyższym, który powrócił do historycznej nazwy Kúria.

Czy to sprawa dla Strasburga?

Zarzut Baki sformułowany na podstawie art. 6 Konwencji dotyczył dostępu do sądu, a więc wymogu, by sąd krajowy poddał kontroli zwolnienie ze stanowiska prezesa³. Warunkiem przystąpienia przez Trybunał do merytorycznej oceny tego zarzutu było wstępne rozstrzygnięcie, czy w sprawie występuje „prawo o charakterze cywilnym”⁴. Przez pewien czas strasburscy sędziowie uznawali, że kwestie związane z mianowaniem, promowaniem, dyscyplinarnym karaniem oraz usuwaniem pracowników służby publicznej, w tym sędziów, nie dotyczą prawa o cywilnym charakterze. Dotyczą specyficznej kategorii osób, które łączy z państwem „szczególna więź oparta na zaufaniu i lojalności”. Powodowało to, że Trybunał był niewłaściwy przedmiotowo (*ratione materiae*) dla zajęcia się skargą⁵.

Konwencyjny standard zmienił wyrok Wielkiej Izby z 19 kwietnia 2007 r. w sprawie *Vilho Eskelinen i inni p. Finlandii*⁶. Artykuł 6 znajdzie zastosowanie do sporów dotyczących zatrudnienia funkcjonariuszy cywilnych, chyba że państwo wykaże, iż łącznie występują dwie okoliczności. Po pierwsze, w danym prawie

3 Jak już wskazałem, umieszczenie w konstytucji reguły skutkującej zwolnieniem Baki ze stanowiska uniemożliwiało sądową kontrolę. Zwolniony prezes nie odnosił się więc do wad krajowego postępowania, bo tego nie było, lecz do braku drogi sądowej.

4 Prawo do rzetelnego postępowania sądowego z art. 6 ma zastosowanie do dwóch obszarów: oskarżenia w sprawie karnej oraz praw i obowiązków o charakterze cywilnym.

5 Tak zwłaszcza wyrok Wielkiej Izby ETPC z 8 grudnia 1999 r. w sprawie *Pellegrin p. Francji*, skarga nr 28541/95, ECHR 1999-VIII, i ukształtowane przezeń późniejsze orzecznictwo Trybunału, np. decyzja ETPC z 8 lutego 2001 r. w sprawie *Pitkevich p. Rosji*, skarga nr 47936/99, i decyzja ETPC z 9 lipca 2002 r. w sprawie *Harabin p. Słowacji*, skarga nr 62584/00.

6 Wyrok Wielkiej Izby ETPC z 19 kwietnia 2007 r. w sprawie *Vilho Eskelinen i inni p. Finlandii*, skarga nr 63235/00, ECHR 2007-II.

krajowym doszło do wyraźnego wyłączenia dostępu do sądu dla pewnej kategorii funkcjonariuszy cywilnych. Po drugie, nawet jeśli do wyłączenia dochodzi, musi ono zostać oparte na „obiektywnych racjach związanych z interesem państwa” (ang. *objective grounds in the State's interest*; fr. *des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'État*). Nie wystarcza natomiast samo istnienie między państwem i jednostką „szczególnej więzi opartej na zaufaniu i lojalności”. Co jednocześnie ważne, wstępnym warunkiem zastosowania art. 6 Konwencji jest ukształtowanie (uznanie) w danym porządku krajowym określonego prawa jednostki i powstanie następnie wokół takiego prawa sporu (ang. *dispute*; fr. *contestation*). Konwencja (art. 6) nie kreuje więc *in abstracto* żadnego katalogu „praw cywilnych”, które muszą być sądownie chronione w państwach członkowskich⁷. Ale jeśli pewne prawo zostanie już ukształtowane (uznane) w danym krajowym porządku prawnym, to Trybunał „w autonomicznej perspektywie Konwencji” ocenia, czy jest ono „cywilne”. Wymagany natomiast spór wokół prawa musi być „rzeczywisty i poważny” (ang. *genuine and serious*; fr. *réelle et sérieuse*); może dotyczyć tak istnienia określonego prawa, jak i zakresu prawa oraz sposobu korzystania z niego. Wynik postępowania musi przy tym bezpośrednio rozstrzygać o prawie jednostki; nie wystarcza, gdy ten związek wyniku postępowania i prawa jest luźny (ang. *tenuous*; fr. *ténu*), a konsekwencje postępowania dla prawa odległe (ang. *remote*; fr. *lointain*)⁸.

Pochodzący z 2007 r. standard i związany z nim dwuczłonowy test kontrolny, powstały w sprawie odnoszącej się do funkcjonariuszy cywilnych, Trybunał wielokrotnie zastosował w kolejnych latach do wszelkich kategorii sporów dotyczących sędziów. Tak było w sprawach związanych z rekrutacją lub mianowaniem sędziów⁹, ich promowaniem¹⁰,

7 Przykładowo wyrok Wielkiej Izby ETPC z 19 października 2005 r. w sprawie *Roche p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 32555/96, § 119, ECHR 2005-X; wyrok Wielkiej Izby ETPC z 3 kwietnia 2012 r. w sprawie *Boulois p. Luksemburgowi*, skarga nr 37575/04, ECHR 2012-II, § 91.

8 Przykładowo wyrok Wielkiej Izby ETPC z 5 lutego 2015 r. w sprawie *Bochan p. Ukrainie (nr 2)*, skarga nr 22251/08, ECHR 2015-II, § 42.

9 Np. wyrok ETPC z 26 lipca 2011 r. w sprawie *Juričić p. Chorwacji*, skarga nr 58222/09.

10 Np. decyzja ETPC z 9 października 2012 r. w sprawie *Dzhidzheva-Trendafilova p. Bułgarii*, skarga nr 12628/09.

przeniesieniem¹¹, wreszcie z usunięciem z funkcji lub zawodu¹². Wyrok Wielkiej Izby wydany w sprawie Baki potwierdzał prawidłowość takiego podejścia. Chociaż w wyroku *Vilho Eskelinen i inni p. Finlandii* wyraźnie ograniczono użytą tam argumentację do funkcjonariuszy cywilnych (§ 61), w węgierskim orzeczeniu podkreślono, że co prawda wymiar sprawiedliwości nie jest częścią „zwykłej służby cywilnej”, to należy go uznać za element „typowej służby publicznej” (§104).

Zastosowanie konwencyjnego standardu do sprawy Baki

Baka nie został usunięty z zawodu, lecz pozbawiony funkcji prezesa Sądu Najwyższego (co pociągało dodatkowo utratę funkcji przewodniczącego Krajowej Rady Sądownictwa). Trybunał musiał więc najpierw poczynić wstępne ustalenia. Po pierwsze, należało zidentyfikować, czy w węgierskim porządku prawnym istniało prawo skarżącego do zachowania funkcji (urzędu) przez całą sześcioletnią kadencję. Po drugie, jeśli odpowiedź była pozytywna, trzeba było następnie określić, czy to prawo miało „cywilny charakter”. Służy do tego wskazany powyżej dwuelementowy test ze sprawy *Eskelinen*.

Reguły dotyczące sprawowania funkcji prezesa Sądu Najwyższego znalazły się w węgierskiej ustawie z 1997 r. o organizacji i administracji sądów. Tam właśnie był też przepis mówiący o sześcioletniej kadencji. W innym miejscu ustawa zawierała zamkniętą listę przyczyn uzasadniających zakończenie kadencji. Były to: porozumienie, rezygnacja, dymisja, upływ okresu sprawowania funkcji i wygaśnięcie mandatu sędziowskiego. Do dymisji mogło dojść tylko w przypadku braku kompetencji podczas wykonywania funkcji kierowniczych, ale sędzia dotknięty taką decyzją mógł się odwołać do Sądu do spraw służby. Zdaniem Trybunału sędzia Baka miał więc prawo, by nominacja na sześcioletnią kadencję trwała przez taki właśnie czas, chyba że zaszłyby okoliczności przewidziane w ustawodawstwie krajowym – obowiązującym w chwili wyboru przez parlament – powodujące wcześniejsze zakończenie kadencji.

11 Np. wyrok ETPC z 18 września 2012 r. w sprawie *Ohneberg p. Austrii*, skarga nr 10781/08.

12 Np. wyrok ETPC z 5 lutego 2009 r. w sprawie *Olujić p. Chorwacji*, skarga nr 22330/05.



András Baka – węgierski prawnik, nauczyciel akademicki, sędzia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (1991–2008), prezes Sądu Najwyższego Węgier (2009–2012).

Ale w tle utraty przez Bakę funkcji prezesa znalazła się późniejsza reguła konstytucyjna, hierarchicznie wyższej rangi niż przepis ustawy. Strasburscy sędziowie odnieśli się do tej okoliczności następująco. Po pierwsze, ukształtowane przez ustawę uprawnienie do zachowania przez sędziego funkcji przez okres pełnej kadencji jest konsekwencją także konstytucyjnych zasad gwarantujących niezależność wymiaru sprawiedliwości oraz nieusuwalność sędziów. Tym samym dochodziło do konfrontacji jednej reguły konstytucyjnej (przepisu przejściowego o zakończeniu kadencji) z innymi (mówiącymi o niezależności sądownictwa i nieusuwalności sędziów)¹³. Po drugie, takiego uprawnienia nie może sędziemu pozbawiać stosowany retroakcyjnie (do trwającej już kadencji) przepis, nawet gdy ma on konstytucyjną rangę (§. 108-110).

Trybunał przeszedł następnie do ustalenia przy użyciu testu ze sprawy *Eskelinen*, czy uprawnienie Baki można uznać za cywilne. Jak już wskazałem, aby prawo jednostki nie uchodziło za cywilne,

13 Dla Trybunału jako sądu międzynarodowego nie miało to większego znaczenia, ale taka konfrontacja reguł konstytucji stawia pytanie o wewnętrzną hierarchię postanowień konstytucji oraz możliwość istnienia „niekonstytucyjnych przepisów konstytucji”. Na to zagadnienie, będące już przedmiotem refleksji doktryny, zwłaszcza niemieckiej i izraelskiej, ale także podniesione w praktyce orzeczniczej węgierskiego Trybunału Konstytucyjnego, zwrócili uwagę w zdaniu dołączonym do wyroku sędziowie Paulo Pinto de Albuquerque i Dmitry Dedov (pkt 2-13).

w prawie krajowym musi przede wszystkim dojść do wyrażenia wyłączenia drogi sądowej (dostępu do sądu) w przypadku takiego prawa¹⁴. Badając, czy tak się stało, Trybunał zauważył, że węgierskie ustawodawstwo określało, w jakich sytuacjach kadencja prezesa kończy się przed terminem. Tylko jedna z tych sytuacji miała charakter przymusowy – gdy dochodziło do dymisjonowania prezesa Sądu Najwyższego. Wtedy jednak prezes mógł się odwołać do Sądu do spraw służby. Nowela konstytucyjna rodziła „władczo” identyczny co dymisja skutek, ale dotknięta nim jednostka miała już zamknięty dostęp do sądu. Węgry nie sprostaly tym samym nakazowi, by dla danej kategorii spraw – tu: złożenia ze stanowiska prezesa – prawo krajowe wykluczało drogę sądową. Niezaliczenie przez Budapeszt pierwszego elementu testu ze sprawy Eskelinen zwalnia Trybunał – uznali strasburscy sędziowie – z konieczności oceny, czy zamknięcie dostępu do sądu mogłoby uchodzić za uzasadnione.

Należy podkreślić, że zauważając istnienie prawa do sądu w przypadku sędziego poddawanego dymisji, Trybunał nie ograniczył swoich rozważań do treści węgierskiego prawa. To krajowe dopuszczenie drogi sądowej korespondowało bowiem – co strasburscy sędziowie mocno akcentują – ze standardami prawnymi wypracowanymi w prawie międzynarodowym oraz w ramach Rady Europy, które odnoszą się do niezależności wymiaru sprawiedliwości oraz przewidują zabezpieczenia proceduralne w przypadku zwolnienia sędziów (§114). Przywołane w wyroku międzynarodowe *dossier* jest zróżnicowane: obejmuje Podstawowe zasady ONZ dotyczące niezależności wymiaru sprawiedliwości¹⁵, Ogólne uwagi nr 32 Komitetu Praw Człowieka ONZ¹⁶, Europejską kartę w sprawie statusu sędziów¹⁷, Opinię nr 1 Rady Konsultacyjnej Sędziów Europejskich¹⁸, orzecznictwo Komitetu

14 Zob. np. wyrok ETPC z 22 listopada 2007 r. w sprawie *Nedelcho Popov p. Bułgarii*, skarga nr 61360/00, § 38; wyrok ETPC z 19 października 2010 r. w sprawie *Özpinar p. Turkey*, skarga nr 20999/04, § 30.

15 Dostępne na stronie: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx> (dostęp: 20 grudnia 2016).

16 Dostępne na stronie: <http://www.refworld.org/docid/478b2b2f2.html> (dostęp 20 grudnia 2016 r.).

17 Dostępne na stronie: https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/grco/evaluations/round4/European-Charter-on-Statute-of-Judges_EN.pdf (dostęp: 20 grudnia 2016).

18 Dostępne na stronie: https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/grco/evaluations/round4/CCJE%20Opinion%201_EN.pdf (dostęp: 20 grudnia 2016).

Praw Człowieka ONZ¹⁹ oraz Międzypamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka²⁰. Uwagę Trybunału zwraca też to, że dostęp do sądowej kontroli został wyłączony poprzez umieszczenie w konstytucji Węgier przepisu przewidującego wcześniejsze zakończenie kadencji Baki (§ 115). Takie rozwiązanie, mające charakter *ad hominem*, eliminowało kontrolę Trybunału Konstytucyjnego. Jest wreszcie bardzo mocne i jednoznaczne stwierdzenie, że aby zamknięcie dostępu zostało zaakceptowane w ramach art. 6, musi być ono zgodne z zasadą rządów prawa, na którą wskazuje preambuła Konwencji i która przenika wszystkie konwencyjne przepisy. W tym kontekście oznajmiono, że każde ograniczenie musi być co do zasady sformułowane w generalny sposób; nie może być kierowane przeciwko konkretnej osobie (§ 116)²¹.

Naruszenie art. 6 (jak i art. 10 – swoboda wypowiedzi) Trybunał stwierdził przytłaczającą większością głosów 15 do 2²². Z wyrokiem nie zgodzili się tylko Czech Aleš Pejchal i Polak Krzysztof Wojtyczek. András Baka otrzymał także 100 tys. euro tytułem słusznego zadośćuczynienia i zwrotu kosztów sądowych (na mocy art. 41 Konwencji).

Konwencyjne uprawnienie do niezależnego sądownictwa?

Tradycyjnie rozważając kwestie dotyczące prawa do rzetelnego postępowania sądowego, Trybunał czynił to z perspektywy stron postępowania. Rozstrzygał nie tylko, jakie właściwości musi mieć postępowanie sądowe, by było rzetelne, ale także pytał się, jakie

19 Stanowisko KPC ONZ z 17 września 2003 r. w sprawie *Pastukhov p. Białorusi*, zawiadomienie nr 814/1998; stanowisko KPC ONZ z 19 września 2003 r. w sprawie *Mundy Busyo i inni p. Demokratycznej Republice Konga*, zawiadomienie nr 933/2000; stanowisko KPC ONZ z 24 lipca 2008 r. w sprawie *Bandaranayke przeciwko Sri Lance*, zawiadomienie nr 1376/2005.

20 Wyrok MATPC z 23 sierpnia 2013 r. w sprawie *Quintana Coello i inni p. Ekwadorowi (Supreme Court of Justice)*; wyrok MATPC z 28 sierpnia 2013 r. w sprawie *Camba Campos i inni p. Ekwadorowi (Constitutional Tribunal)*; wyrok MATPC z 5 października 2015 r. w sprawie *López Lone i inni p. Hondurasowi*.

21 Trybunał przywołał też podczas swojej oceny krytyczną opinię Komisji Weneckiej w sprawie węgierskich ustaw z 2011 r. dotyczących statusu prawnego i wynagrodzenia sędziów oraz organizacji i zarządzania sądami (opinia przyjęta przez Komisję Wenecką na posiedzeniu plenarnym 16-17 marca 2012 r.).

22 Wcześniejszy wyrok izby, zawierający identyczną konkluzję, był natomiast jednomyślny.

cechy musi spełniać sąd, by uchodził za „niezawisły i bezstronny”²³. W jednym ze swoich najważniejszych wyroków (*Golder p. Zjednoczonemu Królestwu*) Trybunał orzekł ponadto, odwołując się do preambuły Konwencji i zapisanej w niej formuły rządów prawa, że standardy dotyczące postępowania i sądu byłyby bezprzedmiotowe, gdyby jednostka w sprawach karnych oraz dotyczących praw i obowiązków o charakterze cywilnym nie miała prawa do sądu. Dostęp do sądu jest więc wstępnym warunkiem cieszenia się poszczególnymi gwarancjami wynikającymi z art. 6²⁴.

Następnie Trybunał uznał, odchodząc od swojego wcześniejszego odmownego stanowiska, że cywilna część art. 6 znajduje zastosowanie do funkcjonariuszy służby cywilnej (gdy spełnione zostały dwa elementy testu określonego w wyroku *Eskelinen*). Wyrok największego składu orzekającego Trybunału w sprawie *Baki* potwierdził użycie do sędziów standardu wypracowanego w sprawie *Eskelinen*. Ale sprawa *Baki* była też istotnie inna od wcześniejszych „skarg sędziowskich” – dotyczyła również, a może przede wszystkim, prawa sędziego do powołania się na art. 6, gdy działania państwa, dotyczące sędziego, rodzą wątpliwości w świetle zasady niezależności sądownictwa. Niezależność nie jest tu wiązana z postępowaniem przed sądem lub z sądem rozpoznającym sprawę sędziego, lecz odnosi się do bezpośrednio do sędziego – jest „własną niezależnością” sędziego. Przed Trybunałem stało więc wstępne pytanie, czy taka niezależność sędziego, wpisująca się w niezależność sądownictwa *tout court*, rodzi podmiotowe uprawnienie egzekwowlne na mocy Konwencji. Strasburscy sędziowie odpowiedzieli na nie pozytywnie i uczynili to niemal jednogłośnie²⁵. Co więcej, z niezależnością sędziowską połączyli nie tylko klasyczne gwarancje zabezpie-

czające przed zwolnieniem z zawodu sędziowskiego bez ważnej przyczyny oraz zapewniające stabilność sędziowskiego stanowiska, ale także „prawo do pełnej kadencji” w przypadku sędziego pełniącego pewne funkcje w ramach systemu sądownictwa.

Ale wyrok w sprawie *Baki* zawiera też pewne dwuznaczności i niedopowiedzenia. Strasburscy sędziowie pytają się więc najpierw, czy w prawie krajowym istnieje „prawo do pełnej kadencji” prezesa Sądu Najwyższego. Analiza węgierskiego ustawodawstwa pozwala na twierdzącą odpowiedź. Następnie przechodzą do ustalenia, ponownie na podstawie węgierskiego ustawodawstwa, czy w przypadku „prawa do pełnej kadencji” doszło do wyraźnego wyłączenia dostępu do sądu (kontroli dokonywanej przez sąd). Zdaniem Trybunału odpowiedź jest negatywna, bo w razie dymisji przed upływem kadencji można się odwołać do Sądu do spraw służby publicznej. Stąd konkluzja wyroku: skoro reguła konstytucyjna rodzi analogiczny skutek jak dymisja, a zabrakło dostępu do sądu, doszło do naruszenia art. 6. Oczywiście takie stanowisko Trybunału oznacza mocne wkroczenie w obszar konstytucyjnego prawa krajowego i łączy się z szeregiem trudnych zagadnień, w tym dotyczących miejsca Konwencji w relacji do konstytucji państw członkowskich oraz wynikania z art. 6 nakazu poddania sądowej kontroli skutku powodowanego przez konstytucyjną regułę (i/lub kontroli samej reguły konstytucyjnej) – o czym poniżej.

Na kanwie dwukrotnego „ukrajowienia” dokonanego przez Trybunał (czy w danym państwie istnieje określone prawo o cywilnym charakterze i czy wyłączono w odniesieniu do niego drogę sądową) można postawić następujące pytanie: jak zachowałoby się strasburscy sędziowie, gdyby „prawo do pełnej kadencji” nie dawało się odnaleźć w krajowym ustawodawstwie lub co prawda takie prawo istniałoby, ale w odniesieniu do niego krajowy ustawodawca wykluczył wyraźnie dostęp do sądu? Ograniczenie się przez Trybunał do treści prawa krajowego prowadziłoby do uznania, że art. 6 nie został złamany. Byłoby tak samo i w innej sytuacji, dużo bardziej kluczowej dla niezależności sądownictwa: gdyby w krajowym porządku sędzia nie miał prawa do nieusuwania go ze stanowiska sędziowskiego albo gdyby co prawda takie prawo miał, ale zamknięta była droga sądowa. Oczywiście „awaryjnie” Trybunał mógłby skorzystać z drugiej części testu ze

23 Postępuję się tu polskim tłumaczeniem tekstu Konwencji opublikowanym w Dz.U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284 ze zm. W sprawie treści tego standardu zob. zwłaszcza L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Tom 1. Komentarz do artykułów 1-18*, Warszawa 2010, s. 309 i nast.

24 Wyrok składu plenarnego ETPC z 21 lutego 1975 r. w sprawie *Golder p. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 4451/70, Series A. 18, § 34 i nast.

25 Jedynie sędzia Krzysztof Wojtyczek argumentował w zdaniu odrębnym dołączonym do wyroku, że ustrojowa (stanowiąca element „prawa przedmiotowego”) zasada niezależności sądownictwa nie przekłada się na konwencyjne „prawo subiektywne” (nie może być jego źródłem). Polski sędzia jednak wyraźnie zaznaczył, że uważa, iż doszło do nieuzasadnionej ingerencji w niezależność sądownictwa (pkt 1 zdania odrębnego), tyle że tym zagadnieniem Trybunał nie może się zajmować.

sprawy Eskelinen – badałby wtedy, czy wyłączenie zostało oparte na „obiektywnych racjach związanych z interesem państwa”. Ale istniejące rozstrzygnięcia strasburskie wskazywały na gotowość uznania przez sędziów, że takie obiektywne racje istniały²⁶.

W dokonanej wcześniej rekonstrukcji wyroku w sprawie Baki wskazywałem jednak, że Trybunał dokonuje dwóch istotnych „wyjść normatywnych”. Po pierwsze, nie poprzestaje na analizie węgierskiego ustawodawstwa zwykłego, lecz wskazuje, że „prawo do pełnej kadencji” wspierają postanowienia konstytucji Węgier mówiące o niezależności wymiaru sprawiedliwości oraz nieusuwalności sędziów. To strasburskie *dictum* jestem skłonny rekonstruować w mocny sposób: z zasady niezależności sądownictwa wynikają określone konsekwencje, takie jak pewność kadencji. Po drugie, istnienie dostępu do sądu w przypadku dymisji sędziego (niewykluczenie drogi sądowej) Trybunał określał jako pozostające w zgodzie (ang. *in line with*) licznie z wskazywanymi międzynarodowymi i powstałymi w ramach Rady Europy dokumentami prawnymi, a także z orzecznictwem organów międzynarodowych. Przyjęte na Węgrzech rozwiązanie (dostęp do sądu w przypadku dymisji sędziego) stanowi zatem odzwierciedlenie międzynarodowego i europejskiego standardu. Zatem ponownie, jeśli takiego rozwiązania na Węgrzech by zabrakło, Trybunał byłby uprawniony do wskazania na jego potrzebę w ramach drugiego elementu testu ze sprawy Eskelinen (wyłączenie drogi sądowej wymaga oparcia na „obiektywnych racjach związanych z interesem państwa”).

Trybunał przyznał sędziemu jego własne uprawnienia wynikające z konwencyjnego prawa do niezależnego (niezawisłego) sądu. Uważam, że w wyroku powinno dojść do jednoznacznego przesądzenia, że takie uprawnienia dyktuje samodzielnie Konwencja – jej art. 6 ust. 1 odczytywany z uwzględnieniem preambuły odwołującej się do rządów prawa. Trybunał powtórzyłby wówczas stanowisko prawne Komitetu Praw Człowieka ONZ oraz Międzypamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka, formułowane na podstawie niemal identycznych redakcyjnie jak art. 6 ust. 1 Konwencji przepisów znajdujących się odpowiednio

w art. 14 ust. 1 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych²⁷ oraz w art. 8 ustęp 1 Międzypamerykańskiej konwencji praw człowieka²⁸). Nie byłoby więc konieczne dokonywanie analizy treści krajowego ustawodawstwa w poszukiwaniu normatywnego źródła poszczególnych uprawnień sędziów kwalifikowanych następnie jako „prawa o cywilnym charakterze” przy pomocy dwuczłonowego testu pochodzącego ze sprawy Eskelinen. Taki standard miałby zastosowanie jednak tylko do sędziów. Do funkcjonariuszy służby publicznej (cywilnej), w tym innych osób pracujących w wymiarze sprawiedliwości, odnosiłby się nadal sposób analizy pochodzący ze sprawy Eskelinen.

Na samodzielne i jednoznaczne odczytanie art. 6 Konwencji wskazywali w dwóch zdaniach równoległych dołączonych do wyroku sędziowie Paulo Pinto de Albuquerque i Dmitry Dedov oraz Linos-Alexandre Sicilianos. Podzielał to spojrzenie. Ale nie ulega też dla mnie wątpliwości, że Trybunał posłużył się w wyroku Baka zasadniczymi argumentami. Akcentuje przecież, że w tle skargi jest kluczowa dla demokratycznego państwa kwestia niezależności wymiaru sprawiedliwości, pozostająca w ścisłym związku z zasadami podziału władz i rządów prawa. Strasburscy sędziowie zauważają, cytując ocenę Komisji Weneckiej, że brak krajowej kontroli sądowej był skutkiem ustawodawstwa, którego zgodność z rządami prawa jest wątpliwa. Podkreślają następnie rosnące znaczenie – tak w prawie Radzie Europy, jaki i innych międzynarodowych gremiów – gwarancji „proceduralnej sprawiedliwości” w sprawach związanych z usunięciem lub zdymisjonowaniem sędziów. „Ukrajowienie” analizy, polegające na badaniu, czy w węgierskim ustawodawstwie znalazło się „prawo do pełnej kadencji” i czy wobec niego nie doszło do wyłączenia dostępu do sądu, jest natomiast konsekwencją faktu, że podczas rozpoznawania sprawy Baki strony postępowania budowały swoje stanowiska prawne, odwołując się do standardu będącego konsekwencją wyroku Eskelinen, a więc tego, co stanowiło wtedy dostępny im relewantny w sprawie dorobek orzecniczy Trybunału.

W wyroku trzeba też dostrzec konsekwencje, jakie rodzi on dla relacji Konwencji i krajowej konstytucji. Dla Trybunału nie było

26 Przykładowo decyzja ETPC z 11 grudnia 2007 r. w sprawie *Apay p. Turcji*, skarga nr 3964/05; decyzja ETPC z 26 maja 2009 r. w sprawie *Nazsiz p. Turcji*, skarga nr 22412/05.

27 Dz.U. z 1977 r. Nr 38 poz. 167.

28 Tekst Międzypamerykańskiej konwencji praw człowieka dostępny m.in. w zbiorze *Twenty-Five Human Rights Documents*, New York 1994.

przeszkodą, że reguła prawna dokonująca skrócenia kadencji prezesa Sądu Najwyższego znalazła się w przepisie konstytucji, a więc najwyższym hierarchicznie prawie krajowym, którego przyjęcie wymagało kwalifikowanej większości. Do tego „zakwestionowania konstytucji” odnieśli się sędziowie w zdaniach dołączonych do wyroku. Sędziowie Wojtyczek i Pejchal takie działanie kwestionują. Paulo Pinto de Albuquerque i Dmitry Dedov wskazują natomiast przy użyciu jednoznacznych słów, akceptując postępowanie Trybunału, że wyrok w sprawie Baki oznacza supremację Konwencji – w obszarze reguł związanych z niezależnością sądownictwa – wobec każdego prawa krajowego, w tym konstytucji. Nie wahają się oznajmić, że Trybunał jest „Europejskim Sądem Konstytucyjnym”, a Konwencja – „wspólnym prawem konstytucyjnym” (*ius constitutionale commune*)²⁹.

Jest też druga kwestia: wyrok w sprawie Baki wymaga, by prawo do sądu istniało w każdym przypadku ingerencji w uprawnienie sędziego stanowiące element niezależności sądownictwa, także wtedy, gdy źródłem ingerencji jest krajowa konstytucja. Wymaga to wprowadzenia do prawa państw członkowskich Konwencji mechanizmu sądowej kontroli skutku powodowanego przez konstytucyjną regułę (bądź badania konstytucyjności takiej reguły konstytucyjnej i/lub jej zgodności z Konwencją jako nadrzędnym „wspólnym prawem konstytucyjnym”)³⁰. Sędzia Wojtyczek widzi w wyroku groźny krok ku ograniczeniu „konstytucyjnej autonomii Wysokich Układających się Stron”. Przestrzega przed poddaniem „najważniejszego wyrazu narodowej suwerenności, mianowicie konstytucji, [...] kontroli pod kątem Konwencji, sprawowanej przez sąd międzynarodowy” (pkt 14 *in fine* zdania odrębnego). Natomiast mi bliższa jest perspektywa, którą identyfikuje sędzia Linos-Alexandre Sicilianos. Liczne dokumenty prawa międzynarodowego oraz orzecznictwo

Komitetu Praw Człowieka ONZ oraz Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka wskazują na ukształtowanie się międzynarodowego standardu, który jest relewantny dla wykładni art. 6 Konwencji. Zasadę niezależności wymiaru sprawiedliwości można wręcz uznać za ogólną zasadę prawa międzynarodowego. Jest wreszcie powszechnie obowiązująca reguła zwyczajowego prawa międzynarodowego, znajdująca traktatowy wyraz w art. 27 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów³¹, że prawo krajowe, w tym konstytucyjnej rangi, nie może stanowić przeszkody dla realizacji przez państwo zobowiązań wynikających z prawa międzynarodowego.

I ostatnia już uwaga stanowiąca rekonstrukcję wyroku wydanego w sprawie Baka. To orzeczenie można zestawiać z wyrokiem *Golder p. Zjednoczonemu Królestwu*, gdzie Trybunał orzekł, dokonując teleologicznej wykładni art. 6, że prawo do rzetelnego postępowania sądowego wymaga najpierw prawa dostępu do sądu (dopiero mając ten dostęp można żądać, by postępowanie przebiegało rzetelnie). Wyrok w sprawie Baka identyfikuje analogiczną zależność: rzetelne postępowanie może się toczyć wtedy, gdy sam sędzia – jako prowadzący to postępowanie – cieszy się gwarancjami niezależności. Powstaje więc następujące pytanie: czy także strona postępowania (główny beneficjent prawa do rzetelnego postępowania sądowego) może podnosić zarzuty związane z brakiem gwarancji dla niezależności sędziego (ingerencją w sędziowską niezależność). Czy zatem po wcześniejszym zakończeniu kadencji sędziego Baki każda strona każdego postępowania przed węgierskim Sądem Najwyższym mogłaby podnieść zarzut na podstawie art. 6 Konwencji? Taki pogląd byłby nieuprawniony. Zarzut może podnieść tylko sędzia dotknięty ingerencją. Strona postępowania może natomiast kwestionować wady postępowania (także sądu) występujące w jej przypadku.

29 Dlatego też zdaniem sędziów Pinto de Albuquerque i Dedova z wyroku jednoznacznie wynika, na mocy art. 46 Konwencji, który dotyczy wykonania wyroków Trybunału, obowiązek przywrócenia sędziego Baki na stanowisko (do czasu zakończenia jego pierwotnej kadencji). Taki obowiązek wykonawczy Trybunał sam zidentyfikował wcześniej w wyroku ETPC z 9 stycznia 2013 r. w sprawie *Oleksandr Volkov p. Ukraina*, skarga nr 21722/11, ECHR 2013-I, § 208 (sprawa dotyczyła usunięcia z zawodu sędziego Sądu Najwyższego). W sprawie Baki tego nie zrobił. Być może dlatego, że kadencja Baki miała się zakończyć w 2015 r.

30 Zob. zdanie równoległe sędziów Pinto de Albuquerque i Dedova, pkt 17-25.

Ireneusz C. Kamiński jest ekspertem prawnym HFPC, profesorem w Instytucie Nauk Prawnych PAN.

31 Polski tekst w Dz.U. z 1990 r. Nr 74, poz. 439.



Nadsędzia prokurator

Adam Klepczyński, Marcin Wolny

Przeгляд aktywności legislacyjnej Ministerstwa Sprawiedliwości uwydatnia, że w urzędzie tym panuje niebezpieczna tendencja do zwiększania kompetencji prokuratury kosztem samodzielności jurysdykcyjnej sądów. Przejawia się to przede wszystkim w podporządkowaniu oskarżycielom publicznym niektórych decyzji procesowych sądu, co niewątpliwie stanowi ingerencję w kluczowe zasady procesu karnego oraz podstawy ustroju Rzeczypospolitej.

W tym kontekście na szczególną uwagę zasługuje przedłożona przez Radę Ministrów we wrześniu 2016 r. propozycja zawarta w ustawie z dnia 10 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry oraz ustawy o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta¹. Stanowi ona już trzecią w ostatnim czasie próbę istotnego zwiększenia władczej roli prokuratora na etapie postępowania sądowego. Pierwsze dwie znalazły swój wyraz we wspomnianej wyżej ustawie z 10 czerwca 2016 r.

Zmiany w zakresie jawności postępowania karnego

Zgodnie z art. 1 pkt 5 ustawy z 10 czerwca 2016 r. zmianie uległa treść art. 360 Kodeksu postępowania karnego². Jego nowe brzmienie pozwala sądowi wyłączyć jawność rozprawy w całości albo w części, jeżeli jawne rozpoznanie sprawy mogłoby wywołać zakłócenie spokoju publicznego, obrażać dobre obyczaje, ujawnić okoliczności, które ze względu na ważny interes państwa powinny być zachowane w tajemnicy lub naruszyć ważny interes prywatny. Taką samą decyzję może on podjąć na czas przesłuchania świadka, który nie ukończył 15 lat, na żądanie

osoby, która złożyła wniosek o ściganie, lub w wypadkach, w których choćby jeden z oskarżonych był nieletni.

Co jednak istotne, ustawodawca przewidział, że rozprawa musi odbyć się jawnie, zawsze gdy wyłączeniu jawności sprzeciwi się prokurator. Kwestię tę warto przy tym rozpatrywać wraz z inną zmianą wprowadzoną tą samą ustawą do art. 357 k.p.k.

Przed jej uchwaleniem regułą bowiem było to, że przedstawiciele mediów musieli uzyskać zgodę sądu na utrwalenie dźwięku i obrazu z przebiegu rozprawy. Sąd władny był wydać taką zgodę zawsze wtedy, gdy przemawiał za tym m.in. uzasadniony interes społeczny. Ustawa z 10 czerwca 2016 r. odwróciła tę regułę, stanowiąc, że sąd zobligowany jest zezwolić przedstawicielom środków masowego przekazu na utrwalenie przebiegu rozprawy. Jednocześnie usunęła z treści k.p.k. jakiegokolwiek przesłanki do podjęcia takiej decyzji. W drodze wyjątku sąd otrzymał kompetencję do tego, aby wyprosić dziennikarzy z sali rozpraw na czas przesłuchania świadka (ale już nie oskarżonego), „gdyby mogło to oddziaływać krępująco na osobę przesłuchiwaną”.

Tym samym ewentualny sprzeciw prokuratora pociąga za sobą efekt w postaci niezwykle szerokiej realizacji zasad jawności zewnętrznej. W istocie w takim wypadku to prokurator jest podmiotem, który decyduje o obecności mediów na sali sądowej.

Jednocześnie tego rodzaju decyzja wywiera po stronie świadków, jak również stron procesowych, określone skutki w zakresie ochrony ich prawa do prywatności. Ochrona tej ostatniej wartości jest przy tym szczególnie ważna z punktu widzenia np. osób pokrzywdzonych przestępstwem. Arbitralna, niczym nieskrępowana decyzja prokuratora o zgłoszeniu sprzeciwu względem postanowienia sądu o wyłączeniu jawności może

¹ Dz.U. z 2016 r. poz. 1070 (dalej: ustawa z 10 czerwca 2016 r.).

² Dz.U. z 1997 r. Nr 89 poz. 555 ze zm. (dalej: k.p.k.).

prowadzić, w niektórych wypadkach, do ryzyka wtórnej wiktyzacji pokrzywdzonych.

Na zagadnienie to zwrócił uwagę przedstawiciel Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka w toku prac senackich Komisji Ustawodawczej oraz Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji, które rozpatrywały ustawę wprowadzającą to rozwiązanie. Uwagi te nie zostały uwzględnione w końcowym efekcie prac legislacyjnych – Senat przyjął ustawę bez zmian.

Przekazanie sprawy do postępowania przygotowawczego – aktualny stan prawny

Innym z rozwiązań, które również wzbudza uzasadnione wątpliwości, jest art. 5 ustawy z 10 czerwca 2016 r. Przyznał on prokuratorowi, we wszystkich sprawach, w których przed 5 sierpnia 2016 r. skierowano do sądu akt oskarżenia lub w inny sposób zainicjowano postępowanie, kompetencję do skierowania do sądu wniosku o przekazanie sprawy z powrotem do prokuratora w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia. Na mocy tego przepisu sąd jest zobligowany przekazać sprawę do postępowania przygotowawczego, o ile uzna, że ujawniły się istotne okoliczności, konieczność poszukiwania dowodów, albo zachodzi konieczność przeprowadzenia innych czynności mających na celu wyjaśnienie okoliczności sprawy. Co niezwykle ważne, przesłanki te nie muszą być spełnione kumulatywnie. Do przekazania może dojść niezależnie od etapu postępowania, na którym znajdowała się sprawa. Może się więc zdarzyć, że zostanie on zastosowany na samym początku procesu. Możliwa jest jednak również taka sytuacja, w której prokuratura złoży taki wniosek na etapie głosów stron.

Przekazanie sprawy do postępowania przygotowawczego – projekt Ministerstwa Sprawiedliwości

Rozwiązanie przyjęte przez Sejm w ustawie z 10 czerwca 2016 r. mogło budzić uzasadnione wątpliwości konstytucjonalistów. Ministerstwo Sprawiedliwości poszło jednak o krok dalej. W przedłożonym we wrześniu 2016 r. projekcie ustawy o zmianie ustawy o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu przygotowawczym prowadzonym lub

nadzorowanym przez prokuratora i postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki oraz niektórych innych ustaw³ zaproponowało, aby również w toku rozpoznania sprawy przed sądem II instancji była możliwość zwrotu sprawy do postępowania przygotowawczego. Zgodnie z projektowanym wówczas art. 5 ust. 1a, jeżeli wniosek o przekazanie sprawy prokuratorowi w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia został złożony w postępowaniu odwoławczym, sąd odwoławczy, przekazując sprawę prokuratorowi w celu uzupełnienia śledztwa lub dochodzenia, uchylałby zaskarżany wyrok.

Ostateczna decyzja w przedmiocie przekazania sprawy w dalszym ciągu spoczywałaby na sędzie orzekającym w danej sprawie. Jego rolą miałyby być ocena zasadności wniosku prokuratury i wydanie stosownego postanowienia tylko i wyłącznie wtedy, gdy zajdą przesłanki wymienione w art. 5 ust. 1 ustawy z 10 czerwca 2016 r. Należy jednak pamiętać o tym, że znaczeniowa pojemność takich wyrażen, jak: „istotne okoliczności”, „konieczność poszukiwania dowodów”, „konieczność przeprowadzenia innych czynności mających na celu wyjaśnienie okoliczności sprawy”, jest na tyle duża, że trudno wyobrazić sobie sytuację, w której przesłanki te nie zaistniałyby. Innymi słowy, przed sądem odwoławczym stanęłoby niezwykle trudne zadanie, aby uzasadnić, że w prowadzonym przez niego postępowaniu nie wystąpiły przesłanki przekazania sprawy do prokuratury.

Tym samym zgodnie z propozycją Ministerstwa Sprawiedliwości prokuratura otrzymałaby wzmocniony instrument do wpływania na to, które wyroki powinny się ostać, a które nie. Sytuacji tej nie można było inaczej interpretować niż jako ingerencji w niezależność sądownictwa, podręcznikowe wręcz naruszenia art. 10 i 173 Konstytucji RP⁴.

Opinia Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka

Zwracała na to uwagę Helsińska Fundacja Praw Człowieka, która w swojej opinii⁵ złożonej na ręce marszałka Sejmu podkreśliła,

3 Dalej: projekt z września 2016 r.

4 Dz.U. z 1997 r. Nr 78 poz. 483 ze zm.

5 Opinia dostępna na stronie: http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/10/HFPC_opinia_druk-851_27102916.pdf (dostęp: 1 lutego 2017).



Zbigniew Ziobro – od 2015 r. minister sprawiedliwości w rządzie Beaty Szydło

że rozwiązanie to narusza zasadę sądowego wymiaru sprawiedliwości, zgodnie z którym „wymiar sprawiedliwości w Rzeczypospolitej Polskiej sprawują Sąd Najwyższy, sądy powszechne, sądy administracyjne oraz sądy wojskowe”. Przywoływała przy tym wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 21 listopada 1994 r., w którym Trybunał stwierdził, że „do istoty wymiaru sprawiedliwości należy, by sprawowany on był wyłącznie przez sądy, a pozostałe władze nie mogły ingerować w te działania czy w nich uczestniczyć. Wynika to ze szczególnego powiązania władzy sądowniczej z ochroną praw i wolności jednostki”⁶.

Zakres temporalny stosowania nowych przepisów

HFPC prezentowała również swoje wątpliwości co do pozostałych elementów rozwiązania przedłożonego przez Ministerstwo Sprawiedliwości. W jej ocenie szczególnie niejasny był zakres temporalny projektowanych zmian. Na gruncie ustawy z 10 czerwca jasne było bowiem, że stosuje się ją do wszelkich spraw, „w których przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy skierowano do sądu akt oskarżenia, wnioski o wydanie wyroku skazującego, wnioski o warunkowe umorzenie postępowania lub wnioski o umorzenie postępowania przygotowawczego

⁶ Wyrok TK z 21 listopada 1994 r., K. 6/94, OTK 1994, nr II, poz. 39

i orzeczenie środka zabezpieczającego”. Datą graniczną w tym wypadku był 5 sierpnia 2016 r. Tak wyraźnego zapisu brak było jednak w projektowanym ust. 1a. Oznaczało to, że prokuratura zyskałaby kompetencję do „uchylania wyroków” również w sprawach, w których postępowanie sądowe zostało zainicjowane po 5 sierpnia 2016 r. Wbrew twierdzeniom Rady Ministrów znajdującym się w uzasadnieniu projektu nie byłby to więc przepis o charakterze epizodycznym, lecz uregulowanie, które tworzyłoby mechanizm wpływania na wyroki sądów przez długie lata.

Zażalenie na postanowienie o przekazaniu

Zaznaczyć również trzeba, że projekt z września 2016 r. przewidywał zmianę art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 10 czerwca 2016 r. w zakresie możliwości wniesienia zażalenia na wniosek złożony przez prokuratora. Projekt z 10 września 2016 r. taką możliwość eliminował. W rezultacie strony procesowe pozbawione byłyby możliwości zablokowania takiego wniosku i zwrotu akt do postępowania przygotowawczego.

Problem przewlekłości postępowań

Podobnie jak rozwiązanie przyjęte w ustawie z 10 czerwca 2016 r., taka sytuacja miałaby przy tym znaczny wpływ na realizację prawa jednostki do rozpoznania jej sprawy w rozsądnym terminie. Pozwoliło to HFPC wyrazić uzasadnione wątpliwości, czy przepis ten nie naruszał także praw gwarantowanych przez art. 45 Konstytucji RP oraz art. 6 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. W rezultacie doszłoby więc do paradoksalnej sytuacji. Ustawa, która miałaby wykonywać wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Rutkowski i inni p. Polsce*⁷, dotyczący przewlekłości postępowań sądowych w Polsce, jednocześnie zawierałaby przepisy, które generowałyby nowe problemy.

Argumentacja Ministerstwa Sprawiedliwości

Ponadto w przedłożonej opinii HFPC wskazywała również na nieprawdziwość argumentów uzasadniających uchwalenie

⁷ Wyrok ETPC z 7 lipca 2015 r. w sprawie *Rutkowski p. Polsce*, skargi nr 72287/10, 13927/11 i 46187/11.

omawianego projektu w takim kształcie. Przedstawiciele Ministerstwa Sprawiedliwości w wywiadach prasowych twierdzili bowiem, że nie mogą dopuścić do sytuacji, w której „winni unikali[-by – przyp. aut.] kary lub też niewinni byli niesłusznie skazywani”⁸. Dlatego też, tłumaczyli, intencją Ministerstwa Sprawiedliwości, jest odwrócenie negatywnych, ich zdaniem, efektów obowiązywania w polskim porządku prawnym kontradiktoryjnego modelu postępowania karnego.



HFPC podnosiła jednak, że regulacje przedstawiane przez Ministerstwo Sprawiedliwości w projekcie z września 2016 r., miałyby zastosowanie do wszystkich postępowań wszczętych przed dniem wejścia w życie projektowanej regulacji. Oznaczało to, że stosowane będą nie tylko do postępowań, które rozpoczęły się po 1 lipca 2015 r., a więc prowadzonych na podstawie kontradiktoryjnego modelu postępowania karnego, lecz także do

⁸ Tak podsekretarz stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości Marcin Warchoła za: M.Kryszkiewicz, *Sędzia Zbigniew Ziobro. Minister zdecyduje, który wyrok karny należy uchylić*, „Dziennik Gazeta Prawna”, 6.10.2016, dostępne na stronie <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/981955,prokuratorzy-beda-mogli-przeciagac-postepowania.html> (dostęp: 1 lutego 2017).

innych spraw, w tym tych, które rozpoczęto na podstawie przepisów przed 1 lipca 2015 r., jak i tych, które zainicjowano po 14 kwietnia 2016 r., a więc z chwilą odwrócenia reformy procesu karnego.

Skuteczny nacisk

Co więcej, w toku procesu legislacyjnego nie tylko HFPC wskazywała na istotne mankamenty takich zmian. Krytycznie wypowiedział się o nich Sąd Najwyższy, a także Stowarzyszenie Sędziów Sądów Polskich „Iustitia”⁹. Ta ostatnia organizacja podnosiła, że przekazanie sprawy do „uzupełnienia postępowania przygotowawczego [...] stanowi zaprzeczenie fundamentalnego we współczesnym procesie karnym w demokratycznych państwach prawnych podziału ról procesowych”.

Opinie te wywarły określony skutek na etapie prac legislacyjnych Senatu. Postanowił on wykreślić, mimo protestów Ministerstwa Sprawiedliwości, z treści omawianej ustawy projektowany art. 5 ust. 2, który pozwalał na uchylanie wyroku sądu II instancji i przekazanie sprawy prokuratorowi do uzupełnienia postępowania przygotowawczego. Komisja sejmowa pozytywnie zaopiniowała tę poprawkę, a Sejm na posiedzeniu 30 listopada 2016 r. przyjął poprawkę Senatu i skierował ustawę do Prezydenta RP, który podpisał ją 20 grudnia 2016 r. Ustawa niezawierająca już kontrowersyjnej propozycji Ministerstwa Sprawiedliwości weszła w życie 6 stycznia 2017 r.

Adam Klepczyński jest prawnikiem w Programie Antydyskryminacyjnym Artykuł 32 oraz Programie Interwencji Prawnej HFPC.

Marcin Wolny jest prawnikiem HFPC, zajmuje się problematyką nieletnich pozbawionych wolności, zjawiskiem niesłusznych skazań oraz monitoringiem procesu legislacyjnego, adwokat.

⁹ Uchwała Zarządu Stowarzyszenia Sędziów Polskich „Iustitia” w sprawie planowanych zmian w obszarze regulacji postępowania karnego, <http://www.iustitia.pl/uchwaly/1462-uchwala> (dostęp: 1 lutego 2017).



Media publiczne nieprzyjazne pracownikom

Dominika Bychawska-Siniarska

Media publiczne od lat poddane są naciskom politycznym. Jest to spowodowane upolitycznieniem organów kontroli, w tym Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji¹, oraz brakiem gwarancji prawnych chroniących dziennikarzy przed zmianami politycznymi w mediach. Powoduje to regularne naciski na dziennikarzy, a nawet ich zwolnienia, jeśli przestają pasować do światopoglądowej i politycznej wizji mediów publicznych. „Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce” Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka (dalej: HFPC) wielokrotnie występowało w obronie dziennikarzy poddanych wewnętrznym sankcjom². Ostatnio wsparcie „Obserwatorium” uzyskało dwóch dziennikarzy mediów publicznych, którzy ze względów politycznych stracili pracę w mediach publicznych.

Wpis na Facebooku powodem zwolnienia dyscyplinarnego

Pierwsza sprawa dotyczyła dyscyplinarnego zwolnienia Ewy Wanat z Polskiego Radia – Regionalnej Rozgłośni w Warszawie „Radio dla Ciebie” – ze stanowiska redaktora naczelnego. Pismem z 10 września 2015 r. rozwiązano z nią umowę o pracę bez zachowania okresu wypowiedzenia w trybie art. 52 § 1 Kodeksu pracy. Jako podstawę wskazano ciężkie naruszenie podstawowych obowiązków pracowniczych, polegające m.in. na publicznym wypowiadaniu się w sposób godzący w dobre imię spółki poprzez umieszczenie na swoim prywatnym profilu na Facebooku komentarza o następującej treści: „Dlaczego polskie sześciolatki są głupsze od rówieśników z Włoch, Francji i Niemiec?”

1 M. Wąsicka, *Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji jako przedmiot zainteresowania polityków*, „Przegląd Politologiczny” 2014, nr 4, s. 116.

2 Np. protest w sprawie nałożenia nagany na Jerzego Sosnowskiego przez władze Programu 3 Polskiego Radia w 2010 r., tekst prototypu dostępny na: http://www.sdpwarszawa.pl/upload/File/Stanowisko_Sosnowski.pdf, (dostęp: 11 stycznia 2017).



Ewa Wanat – w latach 2013–2015 redaktor naczelna i dyrektor programowa Polskiego Radia RDC

A może tylko państwu Elbanowskiemu rodzą się takie nierozgarnięte dzieci?”. Zarząd spółki w uzasadnieniu stwierdził, że z uwagi na fakt, iż powódka pełni w rozgłośni funkcję redaktora naczelnego, jej wpis był odbierany jako oficjalne stanowisko spółki. Jednocześnie warto przypomnieć, że konflikt między Ewą Wanat a organami statutowymi radia zaczął się na kilka miesięcy przed rozwiązaniem umowy o pracę. E. Wanat publicznie protestowała przeciwko zwolnieniu przez zarząd radia w marcu 2015 r. red. Elizy Michalik rzekomo za prezentowanie kontrowersyjnych poglądów. Ponadto Rada Programowa RDC w 2014 r. podjęła uchwałę,

w której wyraziła zaniepokojenie decyzją redaktor naczelnej o braku emisji kolęd w okresie Bożego Narodzenia. Dziennikarka wskazywała na konflikt między dziennikarzami rozgłośni a zarządem, który nie zgadzał się z ich liberalnymi poglądami.

HFPC wstąpiła do postępowania na podstawie art. 61 § 2 Kodeksu postępowania cywilnego³, wskazując, że rozwiązując umowę o pracę z dziennikarką, pracodawca nie uwzględnił w dostatecznym stopniu gwarancji wynikających z zakazu dyskryminacji oraz swobody wypowiedzi. Nie wzięto bowiem pod uwagę, że wypowiedź dziennikarki dotyczyła istotnego społecznie zagadnienia i została opublikowana w ramach toczącej się ówczesnie „gorącej” debaty publicznej w odniesieniu do tematu stanowiącego ważny punkt odbywającej się w tamtym okresie kampanii wyborczej. Zdaniem HFPC także charakter wypowiedzi, która choć mogła wzbudzać kontrowersje, ale nie była drastyczna (np. nie nawoływała do nienawiści czy przemocy) i została ponadto sformułowana na profilu portalu społecznościowego, który nie jest oficjalnie powiązany z rozgłośnią radiową, powinny być dokładnie rozważone w kontekście faktycznego wpływu tej wypowiedzi na reputację radia oraz proporcjonalności zastosowanych wobec powódki surowych sankcji przez pracodawcę (bez sięgania, w pierwszej kolejności, po mniej dotkliwe środki).

HFPC przywoływała też argumenty wynikające z orzecnictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC). Wypowiedź E. Wanat dotyczyła bieżących kwestii politycznych budzących publiczne zainteresowanie i szeroko dyskutowanych w mediach. Wpis dziennikarki dotyczył debaty wokół reformy szkolnictwa i obowiązku szkolnego dla sześciolatków. Debata polityczna jest zaś szczególnie chroniona przez ETPC (m.in. sprawa *Castells p. Hiszpanii*⁴). Strasburski trybunał swoją ochroną obejmuje wypowiedzi szokujące, obraźliwe i wywołujące niepokój (m.in. sprawa *Handyside p. Wielkiej Brytanii*⁵, sprawa *Steel Moris p. Wielkiej Brytanii*⁶). Dodatkowo HFPC wskazała, że wypowiedź miała charakter satyryczny. Ironia miała zwrócić uwagę na ważny problem, jakim była edukacja dzieci,

i porównania z systemem edukacji ich rówieśników w innych krajach. Satyra jest specjalnie chroniona w orzecznictwie ETPC jako przekaz dokonujący się „przymrużeniem oka” (m.in. sprawa *Kuliś p. Polsce*⁷).

HFPC w trakcie rozprawy wskazała na różne wewnętrzne standardy redakcyjne istniejące w mediach publicznych na świecie. W szczególności odwoaliśmy się do zasad BBC, które nie zabraniają dziennikarzom posiadania osobistych profili w portalach społecznościowych (w przeciwieństwie do niektórych amerykańskich mediów)⁸. Jeśli taki blog lub profil nie identyfikuje dziennikarza jako pracownika BBC i nie obejmuje treści odnoszących się do jego pracy w BBC, wytyczne w ogóle go nie obejmują. Jeżeli z treści profilu czy bloga wynika, że należy on do pracownika BBC, wytyczne zalecają dziennikarzowi umieszczenie pod wpisem adnotacji, iż pisze on w swoim własnym imieniu, nie reprezentując BBC. W sposób wyraźny BBC zakazuje jedynie ujawniania na prywatnych profilach informacji objętych tajemnicą i takich, które mogłyby naruszyć zakaz konkurencji (pkt 5). Jednocześnie wymaga się od wszystkich „menadżerów” poszczególnych mediów, aby wytyczne były znane i jasne dla wszystkich dziennikarzy (5.1). W RDC istniały ogólne wytyczne dla dziennikarzy, ale nie odnosiły się one do polityki informacyjnej w sieci. Należy zatem przyjąć, że dziennikarka musiała się kierować ogólnymi zaleceniami dbałości o dobre imię redakcji.

W wyroku z 18 lutego 2016 r. Sąd Rejonowy dla Warszawy-Śródmieścia uwzględnił pozew E. Wanat o odszkodowanie za jej dyscyplinarne zwolnienie z pracy w 2015 r.⁹ Sąd uznał, że nie dopuściła się ona „ciężkiego naruszenia obowiązków pracowniczych”, co było podstawą zwolnienia. Zdaniem sądu wpis powódki był „wysoce niestosowny”, bo dotyczył dzieci, wobec czego nie można uznać, że „nie oddziałł negatywnie na spółkę”. Zarazem jednak, według sądu, był to prywatny wpis i brak jest podstaw, by uznać go za „rażące niedbalstwo” powódki, odnoszące się do jej obowiązków zawodowych. Dlatego sąd nie uznał, by doszło do „ciężkiego naruszenia obowiązków pracowniczych”. Sąd nie

3 Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r., Dz.U. 1964 nr 43 poz. 296.

4 Wyrok z 23 kwietnia 1992 r., skarga nr 11798/85.

5 Wyrok z 7 grudnia 1976 r., skarga nr 5493/72.

6 Wyrok z 15 lutego 2005 r., skarga nr 68416/01.

7 Wyrok z 6 października 2009 r., skarga nr 27209/03.

8 BBC Editorial Guidelines, dostępne na: www.bbc.co.uk/editorial-guidelines/guidelines, (dostęp: 11 stycznia 2017).

9 Sygn. akt VIII P 761/15.

przyznał jednak dziennikarce całości odszkodowania. Domagała się ona trzymiesięcznego wynagrodzenia w związku z brakiem okresu wypowiedzenia w przypadku zwolnienia dyscyplinarnego. Sąd przyznał tylko jednomiesięczne wynagrodzenie. Żadna ze stron nie złożyła apelacji od wyroku.

Zwolnienia w mediach publicznych i akcja protestacyjna

30 grudnia 2016 r. została znowelizowana ustawa o radiofonii i telewizji¹⁰, oddając Ministrowi Skarbu Państwa możliwość powoływania i odwoływania ze stanowisk w zarządach mediów publicznych. Spowodowało to masowe zwolnienia w mediach publicznych¹¹. Jednym z pierwszych zwolnionych był Kamil Dąbrowa, dyrektor i redaktor naczelny Programu Pierwszego w pionie programowym Polskiego Radia S.A. Powodem wypowiedzenia było przeprowadzenia akcji polegającej na emitowaniu od 1 stycznia 2016 r. o każdej pełnej godzinie na przemian hymnów Polski i Unii Europejskiej. Akcja miała zwrócić uwagę słuchaczy na zmiany legislacyjne, które miały wpływ na media publiczne, w tym Program Pierwszy Polskiego Radia. Kamil Dąbrowa był od 24 października 2011 r. zatrudniony w Polskim Radiu. Pismem z 14 stycznia 2016 r. rozwiązano z nim umowę o pracę w trybie art. 52 § 1 Kodeksu pracy, bez zachowania okresu wypowiedzenia¹². Jako podstawę wskazano ciężkie naruszenie podstawowych obowiązków pracowniczych „wynikające z działania na szkodę Polskiego Radia S.A. poprzez sprzeniewierzenie się misji mediów publicznych, polegające na angażowaniu Programu Pierwszego PR S.A. w działania o charakterze politycznym”.

HFPC wstąpiła do postępowania w charakterze organizacji społecznej. Wskazała, że pracodawca, rozwiązując umowę o pracę z dziennikarzem, nie uwzględnił w dostatecznym stopniu gwarancji wynikających z zakazu dyskryminacji oraz swobody wypowiedzi. Nie wziął bowiem pod uwagę, że akcja dziennikarza

10 Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji, Dz.U. z 2015 r. poz. 1531, 978 i 1830 ze zm.

11 Na dzień 1 grudnia 2016 r. Towarzystwo Dziennikarskie wskazuje, że zwolnionych zostało 206 pracowników mediów publicznych. Lista dostępna jest na stronie: <http://towarzystwodziennikarskie.org/>, (dostęp: 11 stycznia 2017).

12 Ustawa z 26 czerwca 1974, Dz.U. z 1974 r. Nr 24 poz. 141 ze zm.

miała na celu wywołanie debaty publicznej poprzez zwrócenie uwagi na zagrożenia płynące z wejścia w życie tzw. małej ustawy medialnej; dlatego podjęte działanie powinno podlegać szczególnej ochronie. W tym kontekście warto przywołać wyrok ETPC w sprawie *Wojtas-Kaleta p. Polsce*¹³. Dotyczył on granic dopuszczalnej krytyki przez dziennikarza polityki programowej mediów publicznych. Skarżąca została ukarana naganą za naruszenie obowiązku troski o dobre imię pracodawcy poprzez podpisanie listu otwartego adresowanego do zarządu TVP, w którym kompozytorzy i dziennikarze muzycy protestowali przeciwko zdjęciu z anteny telewizji publicznej dwóch programów poświęconych muzyce klasycznej. ETPC w swoim wyroku podkreślił, że dziennikarze mają nie tylko prawo, ale i obowiązek komentowania spraw o istotnym znaczeniu publicznym.



Kamil Dąbrowa – dyrektor Programu IV (2005–2006) i Programu I (2011–2016) Polskiego Radia

Wskazał ponadto, że w takim przypadku dopuszczalne ograniczenia swobody wypowiedzi są mniejsze. Trybunał zaznaczył również, iż obowiązek lojalności pracownika wobec pracodawcy nie może mieć jednakowej mocy wiążącej w stosunku do dziennikarzy z uwagi na charakter pełnionego przez nich zawodu. W odniesieniu do tej ostatniej kwestii HFPC zwróciła uwagę,

13 Wyrok z 16 lipca 2009 r., skarga nr 20436/02.

że zachowanie K. Dąbrowy nie stanowiło działania na szkodę pracodawcy, ponieważ zamiar przeprowadzenia akcji protestacyjnej został skonsultowany z ówczesnymi członkami zarządu spółki i uzyskał ich zgodę. Nie bez znaczenia jest też fakt, że do rozwiązania umowy o pracę doszło tego samego dnia, w którym powołani zostali nowi członkowie zarządu. Co więcej, wobec K. Dąbrowy od razu zastosowano najcięższą z możliwych sankcji, bez sięgania w pierwszej kolejności po mniej dotkliwe środki.

Podczas rozprawy 24 czerwca 2016 r. Sąd Rejonowy dla Warszawy-Śródmieścia przesłuchał dziennikarza w sprawie sposobu i okoliczności odwołania¹⁴. Sąd nie dopuścił dowodu z przesłuchania pozostałych świadków. Po wysłuchaniu powoda i stanowiska HFPC przewod sądowy został zamknięty. Po naradzie sąd ogłosił wyrok, uznając, że zwolnienie dziennikarza było bezprawne. Sąd zasądził na rzecz powoda ponad 50 tys. zł odszkodowania. Wskazał, że stosunek pracy nie zaistniał na skutek powołania, a tym samym dziennikarz nie mógł zostać odwołany ze stanowiska. Odwołanie, które nastąpiło 8 stycznia 2016 r., pozostawiało K. Dąbrowę w niejasnej sytuacji (nie wiedział on, co miałby robić po tej dacie i jak długo ta sytuacja będzie trwała). Zarząd przekazał w tym dniu dziennikarzowi, aby więcej nie stawiał się do pracy. Niemniej jednak, jak podkreślił sąd, powodowi nie podano przyczyn, dla których podjęto wobec niego taką decyzję. Sąd uznał, że pismo doręczone K. Dąbrowie 8 stycznia 2016 r. i okoliczności temu towarzyszące świadczą o tym, że było to oświadczenie woli strony pozwanej o rozwiązaniu z powodem umowy o pracę bez okresu wypowiedzenia i bez wskazania przyczyn takiego zwolnienia. Wszelkie dokumenty przedstawiane dziennikarzowi po tej dacie sąd uznał za nieskuteczne.

Polskie Radio złożyło 4 października 2016 r. apelację, zarzucając w szczególności, że sąd niewłaściwie ocenił wolę wyrażoną przez spółkę w oświadczeniu ze stycznia 2016 r. Wskazano, że dopiero w połowie stycznia doszło do wyrażenia woli rozwiązania umowy o pracę z K. Dąbrową. W apelacji podniesiono też, że sąd nie rozważył istoty sporu – zasadności wypowiedzenia umowy o pracę. Rozprawa w sprawie apelacji nie została jeszcze wyznaczona.

Sprawy E. Wanat i K. Dąbrowy mogą stanowić wskazówkę dla dziennikarzy, którzy w ostatnim czasie zostali zwolnieni lub też zostaną zwolnieni w przyszłości. Wypowiedzenia w rozgłoszeni Programu Pierwszego i Drugiego Polskiego Radia nadal są ogólnikowe, nie wskazują się w nich szczegółowych powodów, dla których dziennikarz traci pracę. Ponadto zwolnienia dotyczą nawet ustawowo chronionych członków władz związków zawodowych. Warto podkreślić, że zgodnie ze standardami ETPC pluralizm mediów wymaga, by media publiczne szczegółowo uzasadniały decyzje kadrowe¹⁵.



„Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce” Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka oferuje wsparcie prawne dziennikarzom zwolnionym z mediów publicznych. Prosimy o kontakt pod numerem tel.: 22 556 44 46.

Dominika Bychawska-Siniarska jest dyrektorką merytoryczną Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce HFPC, koordynatorką Programu Europa Praw Człowieka, doktorantką INP PAN, członkinią zarządu HFPC.

¹⁴ Sygn. akt sprawy VII P 164/16.

¹⁵ M.in. wyrok z 17 września 2009 r. w sprawie *Manole i inni p. Mołdawii*, skarga nr 13936/02.



Prawo do pożegnania z osobą umierającą

Michał Kopczyński

Wyrok wydany 7 października 2016 r. przez Sąd Okręgowy we Wrocławiu (sygn. akt I C 1685/14) może przyczynić się do trwałego rozszerzenia katalogu dóbr osobistych o prawo do pożegnania z bliską osobą przed jej śmiercią. To (zdawałoby się oczywiste) prawo nie doczekało się do wydania wrocławskiego wyroku stanowczego jurydycznego potwierdzenia.

Artykuł składa się z trzech zasadniczych części. Na początku przedstawiona zostanie krótka specyfika instytucji dóbr osobistych w świetle Kodeksu cywilnego¹, doktryny i orzecznictwa. Następna część zawiera podsumowanie spostrzeżeń i przemyśleń zawartych w opinii przyjaciela sądu (*amicus curiae*), skierowanej przez Helsińską Fundację Praw Człowieka (dalej: HFPC, Fundacja) do Sądu Okręgowego we Wrocławiu. Wreszcie uwaga zostanie zwrócona na wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu wydany 7 października 2016 r. i jego potencjalne implikacje dla rozstrzygnięcia podobnych spraw.

Specyfika dóbr osobistych

W świetle art. 23 k.c. „dobra osobiste człowieka, jak w szczególności zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska, pozostają pod ochroną prawa cywilnego niezależnie od ochrony przewidzianej w innych przepisach”. Wyliczenie dokonane w przepisie jest oczywiście niewyczerpujące. Katalog podlegających ochronie dóbr osobistych ma charakter płynny. Jak wskazuje J. Ciszewski: „Z istoty zmienności katalogu dóbr osobistych wynika, że wraz ze zmianami stosunków społecznych

mogą pojawiać się i znikać pewne dobra osobiste podlegające ochronie prawnej”². W ocenie Sądu Najwyższego przy charakterystyce dóbr osobistych bezspornym jednak jest, że są to wartości o charakterze niemajątkowym, ściśle związane z człowiekiem, decydujące o jego byciu, pozycji w społeczeństwie, będące wyrazem odrębności fizycznej i psychicznej oraz możliwości twórczych, powszechnie uznane w społeczeństwie i akceptowane przez system prawny³.

W doktrynie wskazuje się też, że „przy ocenie, czy doszło do naruszenia dobra osobistego, decydujące znaczenie ma nie tyle subiektywne odczucie osoby żądającej ochrony prawnej, ile to, jaką reakcję wywołuje w społeczeństwie to naruszenie”⁴. Wielość dóbr osobistych podlegających ochronie sprawia, że niemożliwe jest wypracowanie uniwersalnych kryteriów badania, czy konkretne zdarzenia lub wypowiedzi stanowią naruszenie któregoś z nich. Ocena, czy doszło do naruszenia dobra osobistego, musi być dokonywana na tle konkretnego stanu faktycznego – należy przy tym brać pod uwagę całokształt okoliczności, a nie np. słowo wyrwane z pewnej wypowiedzi⁵.

W świetle powyższych rozważań powstało pytanie, czy prawo do pożegnania z osobą umierającą i prawo do obecności przy takiej osobie w jej ostatnich chwilach stanowi dobro osobiste bliskich takiej osoby, które podlega ochronie prawnej na podstawie art. 23 k.c.?

2 Piotr Nazaruk, *Artykuł 23*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 2014.

3 Wyrok Sądu Najwyższego z 6 maja 2010 r., sygn. akt. II CSK 640/09.

4 S. Dmowski, R. Trzaskowski, *Art. 23* [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część ogólna*, Warszawa, 2014.

5 Ibidem.

1 Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 380 ze zm.; dalej również: k.c.).

Opinia przyjaciela sądu złożona przez HFPC

Konieczność znalezienia odpowiedzi na zidentyfikowane powyżej pytanie powstała na kanwie postępowania, które toczyło się przed Sądem Okręgowym we Wrocławiu z powództwa P.O. (sygn. akt I C 1685/14)⁶. Powodowie skierowali przeciwko Skarbowi Państwa, Zakładowi Karnemu w W., pozew o ochronę dóbr osobistych, w którym domagali się wystosowania przez zakład karny przeprosin za brak zawiadomienia o krytycznym stanie zdrowia członka ich rodziny oraz o możliwości jego śmierci, co wykluczyło pożegnanie się z nim jako „mężem, ojcem, dziadkiem i teściem”. Powodowie wniesli także o zasądzenie przez Skarb Państwa, Zakład Karny w W., stosownego zadośćuczynienia.

P.O. w czasie odbywania kary pozbawienia wolności pozostawał w stałym kontakcie ze swoją rodziną. W maju 2013 r. zdiagnozowano u niego nowotwór. W następnym miesiącu został przeniesiony na salę intensywnej terapii Szpitala i Ambulatorium Więziennego znajdującego się w zakładzie karnym. Rodzina dzwoniła do P.O., jednak pracownik jednostki penitencjarnej odmówił umożliwienia rozmowy telefonicznej, wskazując, że P.O. przebywa na Oddziale Chirurgicznym. P.O. zmarł przed wizytą członków swojej rodziny. Powodowie podnosili, że głęboko przeżyli śmierć bliskiej osoby. Szczególnie dotkliwy był dla nich brak spotkania i pożegnania się z umierającym. W pozwie szczegółowo opisano odczucia każdego powodów w związku z brakiem możliwości pożegnania męża, ojca, teścia i dziadka, jak i negatywny wpływ takiej sytuacji na ich stan psychiczny⁷.

Państwo O. jako podstawę powództwa wskazali art. 417 k.c. w zw. z art. 448 k.c.; powołali się też bezpośrednio na art. 18 i 72 Konstytucji. Strona pozwana – Skarb Państwa – wniosła zaś o oddalenie powództwa w całości. Wskazywała na nieistnienie podstawy prawnej dla odpowiedzialności, tj. brak niezgodności z prawem działania pozwanego – Zakładu Karnego w W. Podnoszono w szczególności argument, że nie ma regulacji prawnych, które nakładałyby na Służbę Więzienną obowiązek



informowania z urzędu członków rodziny o stanie zdrowia bliskiej im osoby pozbawionej wolności.

W toku postępowania przed Sądem Okręgowym we Wrocławiu HFPC przedstawiła opinię przyjaciela sądu (*amicus curiae*)⁸. W opinii podkreślono, że szeroka ochrona prawa do życia prywatnego i rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym ma szczególne znaczenie w perspektywie aksjologii konstytucyjnej (art. 47 Konstytucji RP⁹). Więź łącząca członków rodziny powinna zasługiwać na wzmożoną ochronę w stosunku do innych dóbr osobistych, nawet tych bezpośrednio wymienionych w art. 23 k.c.¹⁰ Fundacja akcentowała też, że ochrona prawa do poszanowania życia rodzinnego stanowi przedmiot wielu regulacji międzynarodowych. Normy przewidujące taką ochronę zawarte są zarówno we wiążących dokumentach prawa międzynarodowego (np. art. 8 europejskiej konwencji

⁶ Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 7 października 2016 r., sygn. akt I C 1685/14.

⁷ Ibidem. Uzasadnienie, s. 2-3.

⁸ HFPC, Opinia przyjaciela sądu z dnia 14 stycznia 2016 r., dostępna na: <http://www.hfhr.pl/prawo-do-pozegnania-z-osoba-umierajaca-jest-dobrem-osobistym-podlegajacym-ochronie-prawnej/> (dostęp: 19 grudnia 2016).

⁹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78 poz. 483 ze zm.)

¹⁰ Por. np. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 3 lipca 2015 r., sygn. akt I ACa 250/15.

praw człowieka¹¹), jak i w instrumentach tzw. *soft law* (tzw. Reguły Nelsona Mandeli¹² oraz Europejskie Reguły Więzienne¹³).

W opinii prawnej znalazła się m.in. analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC) dotyczącego standardów ochrony życia rodzinnego na gruncie konwencyjnym¹⁴. Fundacja przypominała, że więźniowie korzystają ze wszystkich praw i wolności zagwarantowanych w Konwencji, w tym prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, a wyjątkiem jest prawo do wolności osobistej. Z samej natury kary pozbawienia wolności wynika odseparowanie od rodziny i świata zewnętrznego – na władzach krajowych ciąży jednak obowiązek zezwolenia pozbawionemu wolności na utrzymywanie kontaktu z bliską rodziną, a w razie potrzeby ułatwianie takiego kontaktu¹⁵.

W opinii przyjaciela sądu zaznaczono, że praktyka orzecznicza ETPC w sprawach przeciwko Polsce wskazuje, że nasze standardy w zakresie zapewnienia prawa do poszanowania życia rodzinnego osób pozbawionych wolności wymagają poprawy. ETPC stwierdzał naruszenia art. 8 Konwencji m.in. w sytuacji, gdy władze krajowe zbyt rzadko umożliwiały osobom osadzonym na kontakt z rodziną (wyrok sprawie *Bagiński p. Polsce*¹⁶) lub gdy więźniowi nie pozwolono na utrzymywanie kontaktu z członkami rodziny znajdującymi się w ciężkim stanie zdrowia. Jako przykład spraw należących do ostatniej kategorii można przywołać wyrok w sprawie *Giszczak p. Polsce*¹⁷ – ETPC dopatrzył się tu naruszenia prawa skarżącego do

poszanowania jego życia rodzinnego poprzez odmówienie skarżącemu zezwolenia na opuszczenie zakładu karnego, nawet pod konwojem, w celu odwiedzenia w szpitalu córki umierającej w wyniku następstw wypadku drogowego.

Na podstawie analizy orzecznictwa ETPC postawiono tezę, że „Trybunał uznaje konieczność zapewnienia osobom pozbawionym wolności utrzymywania kontaktu z rodziną, jednocześnie zwraca uwagę na konieczność szybkiego działania organów krajowych w sytuacjach nadzwyczajnych, takich jak śmierć, pogrzeb, ciężka choroba, które są istotne z punktu widzenia ochrony praw zagwarantowanych w art. 8 [Konwencji – przyp. M.K.]”¹⁸.

Jeżeli chodzi natomiast o możliwość zakwalifikowania prawa do pożegnania z osobą umierającą jako dobra osobistego, HFPC wskazała, że „prawu do pożegnania” można przypisać wszystkie cechy, jakie orzecznictwo przypisuje tym dobrom¹⁹. Fundacja zauważała też bardzo silny związek „prawa do pożegnania” z dobrem osobistym, jakim jest więź rodzinna, i podnosiła, w ślad za doktryną, że z uwagi na związek niektórych dóbr osobistych z rodziną można te dobra kwalifikować jako „wartości życia rodzinnego”²⁰.

Fundacja opisała m.in. mocno już utrwalone orzecznictwo Sądu Najwyższego i sądów powszechnych, z którego wynika, że „więź emocjonalna” łącząca osoby bliskie jest dobrem osobistym²¹. W szczególności istotna była tu uchwała Sądu Najwyższego z 13 lipca 2011 r., w której stwierdzono, że „[n]ie każdą więź rodzinną niejako automatycznie należy zaliczyć do katalogu dóbr osobistych, lecz jedynie taką, której zerwanie powoduje ból, cierpienie i rodzi poczucie krzywdy. Osoba dochodząca roszczenia na podstawie art. 448 k.c. powinna zatem wykazać istnienie tego rodzaju więzi, stanowiącej jej dobro osobiste podlegające ochronie”²².

11 Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz.U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284 ze zm).

12 „Wzorcowe reguły minimalne ONZ” dotyczące postępowania z więźniami (tzw. Reguły Nelsona Mandeli), przyjęte 7 października 2015 r. przez Zgromadzenie Ogólne ONZ.

13 Rada Europy, Rekomendacja Rec (2006)2 Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie Europejskich Reguł Więziennych, przyjęta przez Komitet Ministrów 11 stycznia 2006 r.

14 HFPC, Opinia przyjaciela sądu z 14 stycznia 2016 r., op. cit, s. 4-7.

15 Ibidem, s. 4.

16 Wyrok ETPC z 11 października 2005r. w sprawie *Bagiński p. Polsce*, skarga nr 37444/97.

17 Wyrok ETPC z 29 listopada 2011 r. w sprawie *Giszczak p. Polsce*, skarga nr 40195/08.

18 HFPC, Opinia przyjaciela sądu z 14 stycznia 2016 r., op. cit, s. 7.

19 Ibidem, s. 9-10.

20 Por. T. Sokołowski [w:] A. Kidyba, *Kodeks Cywilny. Komentarz. Tom 1. Część ogólna*, Warszawa 2009.

21 HFPC, Opinia przyjaciela sądu z 14 stycznia 2016 r., op. cit., s. 10.

22 Uchwała Sądu Najwyższego z 13 lipca 2011 r., sygn. akt III CZP 32/11.

Zdaniem HFPC, jeżeli więź rodzinna zasługuje na ochronę prawną przewidzianą dla dóbr osobistych, to należy uznać, że „również społecznie akceptowane, a wręcz pożądane uczestnictwo w zakończeniu takiej więzi (tj. obecność osoby bliskiej przy umieraniu oraz „ostatnie pożegnanie”) zasługuje na analogiczną ochronę”²³. Fundacja podnosiła, że brak obecności przy umieraniu osoby najbliższej sam w sobie może powodować u danej osoby ból, cierpienie i poczucie krzywdy – sama możliwość obecności przy śmierci nabiera więc rangi wartości własnej, immanentnie związanej z konkretną osobą.

Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu

Sąd Okręgowy zauważył na samym początku swoich rozważań prawnych, że spór w sprawie sprowadzał się do tego, czy istnieje dobro osobiste, jakim jest prawo do pożegnania osoby bliskiej przed jej śmiercią. W przypadku pozytywnej odpowiedzi na to pytanie Sąd musiałby także ustalić, z jakich przepisów należałoby wywieść obowiązek strony pozwanej do powiadomienia rodziny o stanie zdrowia osadzonego.

Sąd przytoczył na wstępie utrwalony pogląd, że więź łącząca członków rodziny zasługuje na ochronę prawną²⁴. Nie ulega wątpliwości, że więź rodzinna to dobro osobiste człowieka, które podlega ochronie na podstawie art. 23 i 24 k.c.: „Fakt ochrony tego dobra w podstawowych źródłach prawa takich jak akty międzynarodowe oraz Konstytucja RP świadczy o jego wysokiej wartości w życiu człowieka”²⁵. W orzeczeniu przywołano też międzynarodowe regulacje i dokumenty, w tym art. 12 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, art. 16 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych²⁶ oraz art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

Zdaniem Sądu właśnie z więzi rodzinnej należy wywieść prawo członka rodziny do pożegnania się z osobą umierającą. Sąd w sposób bardzo obrazowy zauważył:

[...] proces umierania jest niezwykle ważnym etapem w życiu człowieka, istotnym zarówno dla chorego, jak i dla jego bliskich. Możliwość pożegnania się z osobą umierającą jest niejednokrotnie ostatnią możliwością na wypowiedzenie ważnych i istotnych dla ludzi słów, w niektórych sytuacjach jest to moment na wyjaśnienie spraw, które nie były bezpośrednio między bliskimi poruszane. Jest to też moment, w którym sama obecność bliskich przy umierającym nabiera głębokiego znaczenia, co istotne i warte podkreślenia, nie tylko dla chorego, ale również dla jego bliskich. Niejednokrotnie bezpośredni kontakt z osobą, która jest w procesie umierania, pozwala rodzinie łatwiej pogodzić się z nadchodzącą śmiercią członka rodziny, pozwala na pożegnanie się, które ma istotne znaczenie w procesie przechodzenia przez żałobę. Takie pożegnanie się z osobą umierającą dla członków rodziny może niejednokrotnie prowadzić do przełamania wewnętrznego lęku przed umieraniem i prowadzić w przyszłości do stopniowego pogodzenia się ze śmiercią bliskiej osoby. Doświadczenia takie opisywane są w literaturze poświęconej tematyce umierania. W tym miejscu przytoczyć można autorkę wielu publikacji z tego zakresu dr Elizabeth Kübler-Ross (lekarza psychiatrę, współzałożycielkę ruchu na rzecz tworzenia hospicjów), autorkę m.in. pozycji *Rozmowy o śmierci i umieraniu* (1969) czy *Życiodajnej śmierci* (1996)²⁷.

Co istotne, prawo do pożegnania jako dobro osobiste przynależy każdemu człowiekowi, bez względu na to, czy osoba umierająca jest osadzona w zakładzie karnym, czy też nie.

Sąd dopatrzył się w sprawie państwa O. niezgodności z prawem działania zakładu karnego, pomimo iż strona pozwana twierdziła, że działała w ramach obowiązującego prawa – jej zdaniem

²⁷ Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 7 października 2016 r., sygn. akt I C 1685/14; uzasadnienie, s. 12.

²³ HFPC, Opinia przyjaciela sądu z 14 stycznia 2016 r., op. cit., s. 11.

²⁴ Ibidem, s. 11.

²⁵ Ibidem, s. 12.

²⁶ Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych przyjęty uchwałą Zgromadzenia Ogólnego ONZ z 16 grudnia 1966 r., otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19 grudnia 1966 r. (Dz.U. z 1977 r. Nr 38 poz. 167 – zał.).



żadna regulacja prawna nie nakładała obowiązku powiadomienia rodziny o pogarszającym się stanie zdrowia osadzonego. Sąd przywołał tu jednak m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 9 sierpnia 2012 r. (sygn. akt VCSK 153/11), w którym stwierdzono, że nie jest wykluczone w pewnych stanach faktycznych przyjęcie szerszego zakresu odpowiedzialności władzy publicznej za zaniechania, także w przypadku naruszenia powinności niemających wprost formy obowiązku nałożonego przepisem prawa materialnego publicznego²⁸.

Podsumowanie

Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu jest precedensowy. Podstawowym jego walorem jest to, że precyzuje istotne dobro osobiste – prawo do pożegnania z osobą umierającą. Dzięki temu jednostki (nie tylko więźniowie) uzyskują „orzeczniczy punkt zaczepienia” na potrzeby przyszłych sytuacji, gdy z różnych przyczyn (w tym z powodu działania organów władzy publicznej) prawo do pożegnania mogłoby ulegać naruszeniom. W przyszłości prawo to największego znaczenia nabierze wtedy, gdy osoba bliska śmierci znajdować się będzie w bezpośrednim stosunku podporządkowania państwu i nie będzie mogła sama w pełni decydować o swoim zachowaniu (np. jeśli będzie pozbawiona wolności).

Praktyka pokazuje, że dopóki pewien interes jednostki nie stanie się egzekwowalny (np. poprzez uznanie go za dobro osobiste), organy władzy publicznej mogą nie być skore do ułatwiania realizacji takiego interesu przez jednostkę.

Wyrok Sądu Okręgowego jest też istotny dlatego, że wielokrotnie odwołuje się do aktów prawa międzynarodowego ustanawiających standardy przestrzegania praw osób pozbawionych wolności. Wydanie innego wyroku, np. wskutek zaaprobowania przez Sąd argumentu strony pozwanej mówiącego o jej działaniu w ramach obowiązującego prawa oraz utrzymanie takiego wyroku w kolejnych instancjach krajowych, pozwoliłoby państwu O. na zwrócenie się ze skargą do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i uzyskanie w Strasburgu – co wydaje się niemal pewne – korzystnego dla siebie orzeczenia. Sąd Okręgowy pokazał więc, że sądy krajowe mogą, poprzez wykładnię odwołującą się do standardów prawa międzynarodowego, skutecznie zapewnić realizację tych standardów w porządku państwa.

Wyrok Sądu Okręgowego zawiera *expressis verbis* odwołanie do Europejskich Reguł Więziennych przyjętej przez Komitet Ministrów Rady Europy w 2006 r.²⁹ Sąd uznał, że te rekomendacje należy uwzględniać podczas wykładni prawa krajowego przez organy stosujące to prawo. Chociaż te rekomendacje nie mają mocy prawnie wiążącej, ich „aplikacja” w orzeczeniu sądowym może prowadzić do bezpośredniego i efektywniejszego używania w polskim systemie penitencjarnym.

Michał Kopczyński jest prawnikiem w Programie Spraw Precedensowych HFPC, absolwentem Wydziału Prawa i Administracji UW oraz Szkoły Prawa Niemieckiego i Europejskiego przy UW.

28 Ibidem, s. 13-14.

29 Ibidem, s. 16.

Prawo osób z niepełnosprawnością psychiczną lub intelektualną do zawarcia małżeństwa – uwagi na tle wyroku TK w sprawie o sygn. akt K 13/15

Marcin Szwed



Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r. zawiera bardzo bogaty katalog wolności i praw osobistych, politycznych oraz ekonomicznych, socjalnych i kulturalnych. Można wręcz się zastanawiać, czy aż tak szczegółowe wyliczenie owych wolności i praw jednostki było w ogóle potrzebne – zapewne, gdyby Konstytucja milczała o niektórych z nich, i tak można byłoby je wywieść z innych przepisów Konstytucji. Jest więc zastanawiające, że regulując konstytucyjny status prawny jednostki, ustrojodawca pominął jedno z – wydawałoby się – najbardziej podstawowych praw jednostki, jakim jest prawo do zawarcia małżeństwa. Właśnie tego nieobecnego, a przynajmniej nie *explicite*, w polskiej Konstytucji prawa dotyczył wyrok Trybunału Konstytucyjnego (dalej również: TK, Trybunał) z 22 listopada 2016 r. (sygn. akt K 13/15). Trybunał ocenił w nim konstytucyjność art. 12 § 1 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (dalej: k.r.o.)¹, który ustanawia tzw. względną przeszkodę małżeńską, w znaczący sposób ograniczającą prawo do zawarcia małżeństwa dotyczące osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną².

Zgodnie z powołanym przepisem osoba „dotknięta chorobą psychiczną albo niedorozwojem umysłowym” nie może zawrzeć małżeństwa. Zakaz ten ma jednak charakter względny, gdyż sąd może zezwolić takiej jednostce na zawarcie małżeństwa, jeśli jej stan zdrowia lub umysłu nie zagraża małżeństwu ani zdrowiu przyszłego potomstwa. Bezwzględna przeszkoda małżeńska

1 Ustawa z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz.U. z 2015 r. poz. 2082.

2 Kontrolni poddany został także art. 12 § 2 k.r.o., zgodnie z którym „unieważnienia małżeństwa z powodu choroby psychicznej albo niedorozwoju umysłowego jednego z małżonków może żądać każdy z małżonków”. W niniejszym artykule skupię się jednak przede wszystkim na § 1 omawianego przepisu.

dotyczy wyłącznie osób całkowicie ubezwłasnowolnionych – nie mogą one wstąpić w związek małżeński nawet za zgodą sądu. Zawarcie małżeństwa przez osobę „chorą psychicznie” lub „niedorozwiniętą umysłowo” nie powoduje jego automatycznej nieważności, lecz umożliwia jego unieważnienie na wniosek każdego z małżonków lub prokuratora.

Takie ograniczenie wywołało poważne wątpliwości Rzecznika Praw Obywatelskich, który zwrócił się do TK o jego kontrolę³. Jako wzorce kontroli powołał art. 30 (godność) i 47 (prawo do prywatności) w związku z art. 31 ust. 3 (zasada proporcjonalności) Konstytucji. Zarzuty RPO można podzielić na dwie grupy. Pierwsza z nich dotyczyła archaicznej i niejasnej terminologii, którą wedle wnioskodawcy posługiwał się k.r.o. W tym zakresie Rzecznik wskazał, że współczesna medycyna nie posługuje się już zwrotami „choroba psychiczna” i „niedorozwój umysłowy”, uznając je za stygmatyzujące. Pojęcie zostało zastąpione terminem „upośledzenie umysłowe”. Dużo bardziej enigmatyczne jest natomiast znaczenie wyrażenia „choroba psychiczna”, które może oznaczać zarówno wszelkie zaburzenia psychiczne, jak i ograniczać się wyłącznie do tych o charakterze psychotycznym. Z uwagi na te niejasności terminologiczne zdaniem RPO należało uznać, że zakwestionowane regulacje nie spełniały konstytucyjnych standardów należytej precyzji – mogą bowiem prowadzić do sytuacji, w której nie da się jednoznacznie stwierdzić, czy dana osoba może zawrzeć małżeństwo. Druga grupa zarzutów RPO koncentrowała się na proporcjonalności wprowadzonego ograniczenia. Zdaniem Rzecznika przyjęte przez ustawodawcę założenie, że osoby z niepełnosprawnością psychiczną lub

3 Wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich z 12 maja 2015 r., znak: IV.501.7.2015.ST, dostępny na stronie: http://ipo.trybunal.gov.pl/ipo/dok?dok=F-1023083294%2FK_13_15_wns_2015_05_12_ADO.pdf (dostęp: 5 grudnia 2016).

intelektualną są niezdolne do funkcjonowania w małżeństwie i założenia rodziny, jest obecnie kwestionowane. Zgodnie z międzynarodowymi standardami ochrony praw człowieka (RPO oparł się przede wszystkim na Konwencji praw osób niepełnosprawnych) to nie sam fakt niepełnosprawności powinien wpływać na możliwość zawarcia małżeństwa, lecz istnienie po stronie nupturientów stanu świadomości i swobody wyrażenia woli wstąpienia w związek małżeński. Obecne rozwiązanie narusza godność osób z niepełnosprawnością i prowadzi do ich degradacji społecznej. Jest także niezgodne z art. 47 Konstytucji, gdyż w sposób arbitralny pozbawia osoby z niepełnosprawnością prawa do decydowania o swoim życiu osobistym. Jednocześnie, wprowadzone ograniczenie nie spełnia przesłanek określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji, gdyż nie jest niezbędne – cel, do którego dążył ustawodawca, mógł być przecież zrealizowany za pomocą mniej inwazyjnych środków prawnych, tj. uzależnienia prawa do zawarcia małżeństwa od istnienia stanu psychicznego umożliwiającego złożenie odpowiedniego oświadczenia woli.

Swoją opinię prawną w charakterze *amicus curiae* złożyła w omawianej sprawie Helsińska Fundacja Praw Człowieka⁴ (dalej: HFPC, Fundacja). Zwróciła ona w niej uwagę, że choć Konstytucja RP nie gwarantuje *explicite* wolności do zawarcia małżeństwa, to nie ulega wątpliwości, że wolność taka uznawana jest powszechnie za wolność podstawową jednostki. Najbogatsze orzecznictwo na tym tle rozwinął Sąd Najwyższy USA, który już w 1967 r., w wyroku w sprawie *Loving v. Virginia*⁵ dotyczącym zakazu zawierania małżeństw mieszanych rasowo, orzekł, że wolność zawarcia małżeństwa jest chroniona z mocy Konstytucji. Wolność ta zawarta jest także, i to *expressis verbis*, w art. 12 europejskiej konwencji praw człowieka (dalej: EKPC)⁶. HFPC przyznała jednak, że sam fakt uznania, iż wolność zawarcia małżeństw ma charakter wolności podstawowej, nie oznacza, że nie może ona być w żaden sposób ograniczona. Jest to oczywiście dopuszczalne pod warunkiem spełnienia wymogów płynących z zasady

proporcjonalności. W tym zakresie HFPC wskazała, że wiele państw europejskich⁷, jak i wiele stanów USA⁸ ogranicza wolność zawarcia małżeństwa wobec osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną. Z reguły ograniczenia takie dotyczą tylko osób ubezwłasnowolnionych, jednak restrykcje powiązane z samym faktem zaburzeń psychicznych lub niepełnosprawności intelektualnej nadal nie są niespotykane⁹. Jednocześnie Fundacja podkreśliła, że w ostatnich latach tego rodzaju ograniczenia są coraz częściej kwestionowane jako dyskryminujące. Oparte są bowiem na fałszywym przeświadczeniu, że osoby z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną nie są w stanie założyć szczęśliwej rodziny oraz że potrzebują paternalistycznej opieki państwa przed szkodami wynikłymi ze związania się z „niewłaściwym” małżonkiem. Co więcej, wiele podobnych zakazów małżeńskich było w istocie motywowane eugeniką, a więc chęcią zapobieżenia rozmnażania się osób z niepełnosprawnością po to, by nie dopuścić do przekazywania ich „chorych genów” na następne pokolenia. HFPC zwróciła też uwagę, że ograniczenie wolności zawarcia małżeństwa wobec osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną jest w oczywisty sposób niezgodne z Konwencją o prawach osób niepełnosprawnych¹⁰ (dalej: KPON), opartą na zasadach niedyskryminacji i poszanowania autonomii wszystkich osób z niepełnosprawnością. Może ono także być kwestionowane pod kątem zgodności z art. 12 EKPC – choć bowiem ETPC nigdy dotąd nie stwierdził naruszenia Konwencji w podobnej sprawie, to jednak w nowszym orzecznictwie coraz mocniej podkreśla konieczność zapewnienia ochrony prawa do życia rodzinnego osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną¹¹. HFPC wskazała zatem, że w świetle współczesnych standardów ochrony praw człowieka pożądana byłaby rezygnacja z rozwiązania przewidzianego w k.r.o.

7 Zob. np. art. 460 francuskiego Code Civil, art. 56 hiszpańskiego Código Civil, art. 1304 niemieckiego BGB, § 673 czeskiego Kodeksu cywilnego (Občanský zákoník).

8 Zob. np. § 1304 lit. c Pennsylvania Consolidated Statutes, § 36-3-109 Tennessee Code Annotated, Tytuł 15, § 512 The Vermont Statutes, § 7 New York Domestic Relations Law.

9 Zob. np. § 14 słowackiej Ustawy o rodzinie (Zákon o rodine), art. 276 rumuńskiego Codul civil.

10 Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych, sporządzona w Nowym Jorku 13 grudnia 2006 r., Dz.U. z 2012 r. poz. 1169.

11 Zob. np. wyrok ETPC z 29 marca 2016 r. w sprawie *Kocherov i Sergeyeva p. Rosji*, skarga nr 16899/13.

4 Opinia Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka z 30 maja 2016 r., znak: 1075/2016/PSP/MSZ, dostępna na stronie: http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/05/HFPC_amicus-TK30052016.pdf (dostęp: 5 grudnia 2016).

5 Wyrok Sądu Najwyższego USA z 12 czerwca 1967 r., 388 U.S. 1.

6 Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r., Dz.U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284.

i zastąpienie go zindywidualizowanym systemem badania zdolności psychicznych jednostki do świadomego i swobodnego wyrażenia woli zawarcia małżeństwa.

Trybunał Konstytucyjny nie podzielił jednak argumentów RPO i HFPC. Odnosząc się do zarzutów dotyczących braku precyzji zakwestionowanych przepisów, TK przyznał, że choć rzeczywiście posługują się one terminami uznawanymi we współczesnej medycynie za archaiczne i stygmatyzujące, to jednak okoliczność ta nie może świadczyć o ich niejasności. Pod pojęciem „choroby psychicznej” powszechnie rozumie się bowiem zaburzenia o charakterze psychotycznym, a więc takie „w których występuje wyraźne zaburzenie poczucia rzeczywistości” polegające na urojeniach czy halucynacjach. Z kolei „niedorozwój umysłowy” to synonim upośledzenia umysłowego, czyli obniżenia sprawności intelektualnej powstałego w okresie rozwojowym i powiązanego z obniżeniem zdolności społecznych.

Analizując z kolei kwestię proporcjonalności ograniczenia uregulowanego w art. 12 § 1 k.r.o., TK zwrócił uwagę, że choć Konstytucja nie gwarantuje „prawa do zawarcia małżeństwa”, to jednak wolność podjęcia decyzji co do sformalizowania lub nieformalizowania relacji uczuciowych z partnerem można wywieść z przewidzianego w art. 47 ustawy zasadniczej „prawa do decydowania o swoim życiu osobistym”. Prawo to nie ma jednak charakteru absolutnego i podlega ograniczeniom na zasadach określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Rozpatrując cele, którym służyć ma zakwestionowana regulacja, TK wskazał na jej konieczność dla ochrony małżeństwa i rodziny oraz dobra dziecka. Wartości te znajdują umocowanie w wymienionych w art. 31 ust. 3 przesłankach porządku publicznego oraz ochrony wolności i praw innych osób. Według TK, mimo że walka z dyskryminacją osób z niepełnosprawnością psychiczną lub intelektualną jest celem ze wszech miar uzasadnionym, to jednak w sferze prawa rodzinnego musi mieć ona swoje granice wynikłe z konieczności ochrony małżeństwa i dobra dziecka. Będzie się to niekiedy wiązało z koniecznością wprowadzenia ograniczeń w korzystaniu z wolności i praw konstytucyjnych: „[p]rawa i wolności jednostki nie istnieją w próżni i co do zasady ich granice wyznaczają prawa i wolności innych osób albo też wartości takie jak bezpieczeństwo i porządek publiczny”.

Badając proporcjonalność *sensu stricto* omawianego ograniczenia, Trybunał Konstytucyjny wziął pod uwagę, że nie ma ono charakteru blankietowego, obejmującego wszystkie osoby z niepełnosprawnością psychiczną i intelektualną wyłącznie ze względu na stan ich zdrowia. Wręcz przeciwnie – dotyczy wyłącznie osób cierpiących na zaburzenia psychotyczne lub upośledzenie umysłowe, i to tylko pod warunkiem, że ich zaburzenia psychiczne zagrażają małżeństwu albo zdrowiu przyszłego potomstwa. Co więcej, spełnienie tych wszystkich przesłanek musi zbadać sąd na podstawie opinii biegłego. Są to więc ograniczenia adekwatne do zagrożeń wynikających z poważnych zaburzeń psychotycznych lub upośledzenia umysłowego, które „pozbawiają szansy stworzenia poprawnego i zgodnego z interesem społecznym małżeństwa i opartej na nim rodziny, a przede wszystkim zagwarantowania bezpieczeństwa i dobra dzieci”. Trybunał nie podzielił także zarzutu naruszenia przez zakwestionowane przepisy godności osób z niepełnosprawnością. Zarzut taki może bowiem być skuteczny w zupełnie wyjątkowych przypadkach, gdy dochodzi do arbitralnej ingerencji w „prawo osobistości” jednostki.

Analizowane rozstrzygnięcie z pewnością może budzić kontrowersje. W mojej ocenie analiza proporcjonalności zaskarżonych przepisów nie została bowiem przeprowadzona przez TK wystarczająco wnikliwie.

Przed wszystkim TK właściwie zaniechał dokładniejszego badania przydatności ograniczenia do realizacji założonego przez ustawodawcę celu. O ile bowiem pół wieku temu, gdy analizowany przepis był uchwalany, niemożność zawarcia małżeństwa mogła stanowić jakąś przeszkodę dla dwojga kochających się ludzi chcących założyć rodzinę, o tyle dziś związki nieformalne nie są już właściwie uznawane za szczególny powód do wstydu. Ergo nierealistyczne wydaje się założenie, że brak możliwości zawarcia małżeństwa powstrzyma osoby z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną od rozmnażania się czy od tworzenia związków intymnych z osobami już posiadającymi potomstwo. Jeśli dana osoba nie będzie w stanie zawrzeć małżeństwa, to prawdopodobnie będzie żyła ze swoim partnerem w związku nieformalnym, w dalszym ciągu mogąc, posługując się argumentacją TK, zagrażać dobru dzieci. Z tej perspektywy

relacja między wprowadzaniem ograniczenia a deklarowanym celem staje się niejasna.

Niezrozumiałe jest także, co dokładnie TK miał na myśli, odwołując się do pojęcia „dobra małżeństwa”. Czy abstrakcyjne dobro małżeństwa może uzasadniać zakazanie przez państwo dwojgu dorosłych, świadomych ludzi sformalizowanie swojego związku? I kiedy właściwie takie dobro miałyby być naruszone? Czy wówczas, gdy jednostka wybierze sobie „niewłaściwego”, zdaniem państwa, partnera, czy też wtedy, gdy związek dwojga ludzi będzie w ocenie organów władzy „patologiczny”? Pierwsza możliwość oznaczałaby dopuszczenie podejmowania przez państwo działań paternalistycznych, co nie znajduje żadnego uzasadnienia w świetle Konstytucji RP. Druga z kolei wiąże się z ryzykiem arbitralnego decydowania przez organy, która osoba może zawrzeć małżeństwo, a która nie, wyłącznie na podstawie, dokonanego na podstawie niejasnych kryteriów, ustalenia, że dana relacja uczuciowa nie zasługuje na ochronę prawną.



Abstrahując jednak nawet od powyższych wątpliwości, należy wskazać, że omawiane przepisy są po prostu nieskuteczne w realizacji celów założonych przez ustawodawcę. Jak trafnie zauważa M. Domański¹², znaczna część osób dotkniętych zabu-

¹² M. Domański, *Względne zakazy małżeńskie*, Warszawa 2013, s. 321-324.

rzeńiami psychicznymi nie jest ich świadoma lub nie przyjmuje ich do wiadomości. Z kolei kierownicy urzędu stanu cywilnego nie są zazwyczaj w stanie samodzielnie ocenić, czy nupturienti są osobami w pełni sprawnymi intelektualnie lub psychicznie. Żeby tego rodzaju zakaz miał jakikolwiek sens praktyczny, należałoby zapewne wprowadzić obowiązkowe badania przedślubne, jednak w obecnym stanie prawnym osoby pragnące wstąpić w związek małżeński nie muszą nikomu przedkładać żadnych zaświadczeń lekarskich. Taka sytuacja skutkuje tym, że w praktyce osoby z zaburzeniami psychicznymi, nawet tymi najpoważniejszymi, i tak zawierają związki małżeńskie¹³.

Dyskusyjna wydaje się ponadto niezbędność omawianego przepisu. Istnieją przecież inne, mniej inwazyjne przepisy, które mogłyby realizować cele zakładane przez ustawodawcę. Jeżeli bowiem choćby jeden z nupturientów cierpiał na tak poważne zaburzenia psychiczne, że wyłączałyby one możliwość świadomego złożenia przez niego oświadczenia woli o wstąpieniu w związek małżeński, to takie małżeństwo mogłoby zostać unieważnione na wniosek tego małżonka lub prokuratora na podstawie art. 15¹ § 1 pkt 1 k.r.o. Jeśli natomiast osoba taka znajdowała się w stanie psychicznym umożliwiającym jej wyrażenie woli zawarcia małżeństwa, a dopiero później jej zaburzenia psychiczne okazałyby się niebezpieczne dla zdrowia współmałżonka czy dzieci, to byłaby to niewątpliwie podstawa do orzeczenia rozwodu, i to nawet z jej winy. Jak bowiem wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 5 stycznia 2001 r., „[c]horoba psychiczna małżonka nie wyklucza przypisania mu winy trwałego i zupełnego rozkładu pożycia małżeńskiego” (sygn. akt V CKN 915/00).

Omawiany przepis narusza także zasadę proporcjonalności *sensu stricto*. Nakłada bowiem na wszystkie osoby cierpiące na zaburzenia psychotyczne oraz niepełnosprawność intelektualną obowiązek ubiegania się o zgodę na zawarcie małżeństwa przed sądem. Co więcej, w toku postępowania sądowego muszą się one poddać badaniu przez biegłego. Nawet jeśli zatem ostatecznie konkretna osoba z niepełnosprawnością uzyska zgodę sądu na zawarcie małżeństwa, to i tak już sam obowiązek ubiegania się o nią i uczestniczenia w postępowaniu sądowym bardzo silnie ingeruje w jej wolność osobistą, prawo do prywatności

¹³ Ibidem.

i godność. Może ona wręcz czuć się upokorzona, gdyż prawo traktuje ją jako podejrzaną i potencjalnie niebezpieczną wyłącznie ze względu na stan jej zdrowia.

Nie sposób przy tym zgodzić się z Trybunałem Konstytucyjnym, że ograniczenie zakresu podmiotowego art. 12 § 1 k.r.o. do osób z zaburzeniami psychotycznymi lub upośledzeniem umysłowym jest na tyle wąsko zakrojone, że nie dochodzi do naruszenia zasady proporcjonalności. Istnieje przecież wiele osób z zaburzeniami psychotycznymi w fazie remisji lub które wskutek psychoterapii i zażywania leków przeciwpsychotycznych mogą normalnie funkcjonować w społeczeństwie. Mimo to formalnie w dalszym ciągu będą one „chore psychicznie”, a tym samym zmuszone do ubiegania się o zgodę na zawarcie małżeństwa¹⁴. Jest więc wysoce wątpliwe, czy takie rozwiązanie w ogóle służy jakiemuś legitymowanemu konstytucyjnie celowi.

W swoim wniosku RPO nie wskazał niestety jako wzorca kontroli art. 32 ust. 1 lub 2 Konstytucji, wyrażających zasadę równego traktowania i zakazu dyskryminacji. Mimo to warto pochylić się także nad tą kwestią – art. 12 § 1 k.r.o. prowadzi bowiem moim zdaniem niejako do „podwójnej dyskryminacji” osób nim objętych.

Po pierwsze, nierówno traktuje on dorosłe osoby w zakresie zdolności do zawarcia małżeństwa na podstawie przesłanki „choroby psychicznej” lub „niedorozwoju umysłowego”. Oczywiście nie każdy przypadek nierównego traktowania jest niezgodny z Konstytucją – zakazane jest wyłącznie nieuzasadnione różnicowanie podmiotów podobnych, a więc znajdujących się w podobnej sytuacji¹⁵. Należy zatem się zastanowić, czy istnieją jakiegokolwiek powody, które sprawiałby, że osoby „chore psychicznie” lub „niedorozwinięte umysłowo” traciłyby cechę podobieństwa do osób w pełni sprawnych psychicznie lub intelektualnie.

Powodem takim może być oczywiście występowanie u tych osób stanu zaburzeń świadomości uniemożliwiającego złożenie

14 Na temat wpływu stanu remisji na konieczność ubiegania się o zgodę na zawarcie małżeństwa zob. M. Domański, *Względne zakazy...*, op. cit., s. 223.

15 Zob. np. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 lipca 2012 r., sygn. akt P 24/10.

w pełni ważnego oświadczenia woli. Jak jednak wskazano powyżej, w takim przypadku znajdzie zastosowanie, sformułowany w sposób wolny od dyskryminacji (obejmuje on bowiem wszelkie stany wyłączenia świadomości, niezależnie od przyczyny), art. 15¹ § 1 pkt 1 k.r.o. i nie jest potrzebne tworzenie dodatkowego zakazu małżeńskiego.

Można także argumentować, jak zdaje się czynić to Trybunał, że tym, czym różnią się osoby z zaburzeniami psychotycznymi lub niepełnosprawnością intelektualną od osób w pełni zdrowych, jest zwiększone ryzyko niemożności stworzenia „poprawnego i zgodnego z interesem społecznym małżeństwa i opartej na nim rodziny, a przede wszystkim zagwarantowania bezpieczeństwa i dobra dziecka”. Taka konstatacja nie jest jednak w pełni zasadna – trudno bowiem uznać, że osoba dotknięta schizofrenią bardziej zagraża małżeństwu i dobru dziecka niż jednostka ze stwierdzoną pedofilią czy sadyzmem. Tymczasem w obecnym stanie prawnym ta pierwsza będzie musiała ubiegać się przed sądem o zgodę na zawarcie małżeństwa, choćby nawet znajdowała się w fazie remisji i nie dopuszczała się nigdy żadnych aktów przemocy, a druga i trzecia nie będą takim obowiązkiem objęte, nawet jeśli w przeszłości były skazane np. za zgwałcenie dziecka ze szczególnym okrucieństwem¹⁶.

Jeśli więc ustawodawca rzeczywiście chciałby chronić instytucję małżeństwa oraz dobro dziecka przed zagrożeniami, to powinien zmodyfikować zakres normowania art. 12 § 1 k.r.o., tak aby objął on wyłącznie te osoby z zaburzeniami psychotycznymi oraz niepełnosprawnością intelektualną, które stwarzają realne zagrożenie dla innych osób, a dodatkowo także te dotknięte

16 Znany jest choćby przypadek małżeństwa zawartego w 2015 r. przez Mariusza T., pedofila skazanego w 1989 r. za zabójstwo czterech chłopców na karę śmierci, zamienioną potem na mocy amnestii na 25 lat więzienia, przebywającym od 2014 r. w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dysocjalnym na podstawie przepisów ustawy z dnia 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób (Dz.U. z 2014 r. poz. 24) – zob. np. *Trynkiewicz wziął ślub w ośrodku w Gostyninie. Wybranka „szatana z Piotrkowa” ma 16-letnią córkę*, wprost.pl, 10 czerwca 2016 r., <https://www.wprost.pl/kraj/10009693/Trynkiewicz-wzial-slub-w-osrodku-w-gostyninie-Wybranka-szatana-z-Piotrkowa-ma-16-letnia-corke.html> (dostęp: 5 grudnia 2016).

niepsychotycznymi zaburzeniami osobowości lub parafiliami. W związku z tym, że tego jednak nie uczynił, zasadna jest konstatacja, że oparł się w istocie na arbitralnym założeniu, iż osoby cierpiące na niepełnosprawność intelektualną lub psychiczną to „groźni wariaci”¹⁷. Takiego fałszywego stereotypu prawo wzmacniać nie powinno. Jak bowiem wiadomo, na przestrzeni dziejów osoby z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną znacznie częściej niż sprawcami przemocy były jej ofiarami¹⁸, często także i za sprawą działań organów państwa.



Analizowany przepis prowadzi także do innej, mniej oczywistej formy dyskryminacji polegającej na nierównym traktowaniu samych podmiotów objętych jego zakresem. Jak bowiem wskazano, w związku z brakiem konieczności przedstawiania zaświadczeń lekarskich przez nupturientów, w praktyce kierownicy urzędów stanu cywilnego muszą oceniać, czy w danym przypadku znajdzie zastosowanie omawiany zakaz małżeński wyłącznie na podstawie swoich zewnętrznych obserwacji. Tym samym, spośród wszystkich podmiotów objętych art. 12 § 1 k.r.o., w rzeczywistości nieproporcjonalnie częściej znajdzie on zastosowanie względem jednostek z widoczną niepełnosprawnością intelektualną, np. dotkniętych zespołem Downa, niż tych z niewidocznymi zaburzeniami psychotycznymi. Takie nierówne

traktowanie nie znajduje żadnego uzasadnienia w świetle (i tak wątpliwego) *ratio legis* ustawy, które ograniczenie wolności zawarcia małżeństwa wiąże z zagrożeniem wywoływanym przez daną osobę dla małżeństwa i dobra dziecka, a nie stopniem „widoczności” jej schorzeń. Może ono prowadzić także do niezasadnego utrudniania możliwości zawarcia małżeństwa osobom, których niepełnosprawność jest wprawdzie widoczna, ale nie ma charakteru psychicznego ani intelektualnego. Warto w tym kontekście przypomnieć głośną swego czasu sprawę, w której kierownik urzędu stanu cywilnego „powziął wątpliwości co do możliwości zawarcia związku małżeńskiego przez kobietę dotkniętą konsekwencjami dziecięcego porażenia mózgowego i skierował w tej sprawie wnioski do sądu”¹⁹. Schorzenie to było widoczne – kobieta poruszała się na wózku inwalidzkim, miała niewładne dłonie i niewyraźnie mówiła. Niemniej, jej niepełnosprawność miała charakter wyłącznie fizyczny i nie była powiązana z żadnymi zaburzeniami psychicznymi. Ostatecznie sąd wyraził zgodę na zawarcie małżeństwa, ale nastąpiło to dopiero po blisko 10 miesiącach od złożenia przez narzeczoną wszystkich niezbędnych dokumentów w urzędzie stanu cywilnego²⁰.

Niewykluczone zatem, że gdyby RPO podniósł w swoim wniosku także zarzut naruszenia art. 32 Konstytucji, wyrok Trybunału Konstytucyjnego byłby inny. *Notabene*, wydaje się, że zalecane było także wskazanie jako wzorców kontroli również przepisów prawa międzynarodowego. O ile bowiem art. 23 ust. 1 lit. a KPON nie mógł znaleźć w niniejszej sprawie zastosowania ze względu na złożone przez Polskę zastrzeżenie interpretacyjne (na co zresztą RPO i TK trafnie zwrócili uwagę), o tyle podobnych przeszkód nie było w odniesieniu do art. 12 EKPC czy art. 23 ust. 2 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich

19 A. Błaszczak, *Zastrzeżenia i oświadczenie interpretacyjne Polski do Konwencji o prawach osób z niepełnosprawnościami* [w:] D. Pudzińska (red.), *Prawa osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną w świetle międzynarodowych instrumentów ochrony praw człowieka*, LEX/el. 2014.

20 Więcej na temat sprawy zob. notatka na stronie internetowej Programu „Artykuł 32” Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka: <http://www.hfhrpol.waw.pl/dyskryminacja/litygacja/dyskryminacja-ze-wzgledu-na-niepelnosprawnosc/sprawa-katarzyny-barszczewskiej> (dostęp: 15 stycznia 2017); W. Karpieszuk, *Szczęśliwy koniec rocznej batalii. Wreszcie biorą ślub!*, wyborcza.pl, 14 kwietnia 2012 r., http://wyborcza.pl/1,75248,11534645,Szczesliwy_koniec_rocznej_batalii__Wreszcie_biora.html (dostęp: 15 stycznia 2017).

17 Por. M. Domański, *Względne zakazy...*, op. cit. s. 229.

18 Por. H. Stuart, *Violence and mental illness: an overview*, „World Psychiatry” 2003, Vol. 2, No. 2, s. 123.

i Politycznych²¹. Oba te przepisy, w przeciwieństwie do Konstytucji RP, *expressis verbis* przyznają jednostce prawo do zawarcia małżeństwa. Ponadto w mojej ocenie RPO powinien był rozważyć także zakwestionowanie konstytucyjności bezwzględnego zakazu małżeńskiego wobec osób całkowicie ubezwłasnowolnionych. Szersza analiza tej kwestii wykracza poza ramy niniejszego opracowania (wymagałaby bowiem rozważenia konstytucyjności samej instytucji ubezwłasnowolnienia całkowitego w obecnym kształcie), niemniej warto zwrócić uwagę, że w wyroku z 8 października 2014 r. Sąd Konstytucyjny Gruzji uznał za niekonstytucyjny analogiczny przepis tamtejszego kodeksu cywilnego²².

Podsumowując, omawiany wyrok Trybunał Konstytucyjnego można uznać za dyskusyjny. Artykuł 12 § 1 k.r.o. jest w dzisiejszych czasach przepisem archaicznym, opartym na nieakceptowanych już poglądach na temat niepełnosprawności intelektualnej lub psychicznej oraz roli osób nią dotkniętych w społeczeństwie²³. Tym, co może uzasadniać wprowadzanie ograniczeń osób z tego rodzaju niepełnosprawnościami w zakresie korzystania przez nie z prawa do decydowania o życiu osobistym, nie powinien być stan ich zdrowia, lecz wyłącznie zdolność do świadomego powzięcia i wyrażenia woli oraz kierowania własnym postępowaniem. Jeśli bowiem jednostka znajduje się

w stanie wyłączającym możliwość autonomicznego działania, to konstytucyjnie legitymowanym celem będzie ochrona jej przez państwo przed różnego rodzaju nadużyciami ze strony osób trzecich. Jednak gdy, pomimo zaburzeń psychicznych, jest ona w stanie świadomie wyrazić wolę wstąpienia w związek małżeński, to powinna mieć do tego prawo. Tak samo zresztą jak prawo do zawarcia z nią związku małżeńskiego powinien mieć jej, w pełni sprawny intelektualnie lub psychicznie, partner. Nie jest zadaniem państwa ocenianie, czy dwoje dorosłych i świadomych ludzi chcących zawrzeć małżeństwo działa racjonalnie ani czy ich związek będzie „korzystny społecznie”, czy może „patologiczny”. Decyzja o zawarciu małżeństwa nie zawsze przecież musi być (i nie zawsze jest) w pełni racjonalna, obiektywnie korzystna dla obu nupturientów czy tym bardziej „zgodna z interesem społecznym”. Małżeństwo, z samej swojej istoty, opiera się bowiem przede wszystkim na zupełnie innej wartości, do której – co symptomatyczne – Trybunał Konstytucyjny ani razu się nie odwołał w uzasadnieniu swojego wyroku: na miłości między dwojgiem dorosłych ludzi.



21 Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., Dz.U. z 1977 r. Nr 38 poz. 167.

22 Wyrok Sądu Konstytucyjnego Gruzji z 8 października 2014 r. w sprawie *Citizens of Georgia Irakli Kemoklidze and David Kharadze v. the Parliament of Georgia*, sygn. akt N2/4/532,533, tłumaczenie wyroku na język angielski dostępne na stronie: <http://constcourt.ge/uploads/other/2/2508.pdf> (dostęp: 5 grudnia 2016).

23 Warto zwrócić uwagę, że wielu przedstawicieli nauk prawnych i medycznych podnosi konieczność rezygnacji z omawianego zakazu małżeńskiego, zob. np. M. Domański, *Względne zakazy...*, op. cit. s. 312-328; A. Zielonacki, *Komentarz do art. 12 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego* [w:] H. Dolecki, T. Sokołowski (red.), *Kodeks rodzinny opiekuńczy*, Warszawa 2013, s. 64-65; K. Pietrzykowski, *Komentarz do art. 12 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego* [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 162; Z.R. Kmieciak, *Zaburzenia psychiczne a małżeństwo w świetle prawa cywilnego i prawa kanonicznego*, „Przeгляд Sądowy” 2015, nr 7-8, s. 26; R. Rutkowski, E. Waszkiewicz, U. Ludwikowska, *Psychiatryczne aspekty nowej kodyfikacji prawa cywilnego w Polsce*, „Psychiatria Polska” 1989, t. XXIII, nr 3, 226 i n.; J. Przybysz, *Psychiatria sądowa. Cz. 2, Opiniowanie w postępowaniu cywilnym: podręcznik dla lekarzy i prawników*, Toruń 2007, s. 144.

Marcin Szwed jest prawnikiem w Programie Spraw Precedensowych HFPC, aplikantem radcowskim w Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Warszawie i doktorantem na WPIA UW.



(Niepełnosprawność v dyskalkulia) + matematyka + matura = x

Jarosław Jagura

Centralna Komisja Egzaminacyjna w 2016 r. wprowadziła szczególne dostosowania podczas egzaminu maturalnego z matematyki dla uczniów ze specyficznymi trudnościami w uczeniu się, w tym przede wszystkim z dyskalkulią. Prace abiturientów ze zdiagnozowaną dyskalkulią mają być oceniane przez specjalny zespół ekspertów, który został powołany podczas sesji egzaminacyjnej w 2016 r. Jest to odpowiedź na zgłaszane przez Helsińską Fundację Praw Człowieka (dalej: HFPC) trudności w realizacji prawa do nauki i dostępu do wykształcenia tych uczniów. Działania w tej sprawie podjął również Rzecznik Praw Obywatelskich (dalej: RPO), po tym jak HFPC skierowała w 2015 r. do RPO prośbę¹ o rozważenie wystąpienia do Trybunału Konstytucyjnego z wnioskiem o zbadanie zgodności przepisów ustawy o systemie oświaty² z Konstytucją RP³ i Konwencją o prawach osób z niepełnosprawnościami (dalej również: KPON)⁴.

Uwagi wstępne

W 2010 r. przywrócono na egzaminie maturalnym obowiązkowy egzamin z matematyki, którego zdanie warunkuje otrzymanie świadectwa dojrzałości, a w konsekwencji rozpoczęcie studiów wyższych. Szczególne trudności ze sprostaniem temu wymogowi mogą mieć osoby, które doświadczają zaburzeń funkcji

poznawczych w zakresie myślenia matematycznego, co może być spowodowane następstwami niepełnosprawności lub dyskalkulii. W ocenie HFPC ochrona praw tych osób wymaga stosowania racjonalnych i indywidualnie dopasowanych usprawnień podczas egzaminu maturalnego z matematyki, aby nie zamykać tym osobom możliwości zdobywania dalszego wykształcenia. Brak tego typu rozwiązań skłonił HFPC do skierowania interwencji do RPO.

Należy podkreślić, że HFPC w swoim wystąpieniu nie odnosiła się do konieczności nauczania matematyki i rozwijania umiejętności matematycznych uczniów, ale do formalnego wymogu stawianego przez prawo kandydatom na studia, jakim jest konieczność osiągnięcia 30% punktów podczas egzaminu maturalnego z matematyki. W swojej istocie podczas interwencji HFPC zwracała uwagę na **konieczność wprowadzenia racjonalnych usprawnień** dla wąskiego grona osób, które na skutek niepełnosprawności nie są w stanie zdać obowiązkowego egzaminu maturalnego z matematyki, przy czym osoby te z uwagi na swoje uzdolnienia i umiejętności (potwierdzone np. wysokimi wynikami z egzaminów maturalnych z innych przedmiotów) mogłyby podjąć kształcenie na kierunkach studiów, które nie są bezpośrednio związane z wykorzystywaniem umiejętności matematycznych, np. na kierunkach humanistycznych, filologicznych lub artystycznych.

Wśród osób, dla których zdanie egzaminu maturalnego z matematyki jest niemożliwe lub znacznie utrudnione, znalazł się klient HFPC z dziecięcym porażeniem mózgowym. Na skutek swojej niepełnosprawności ma on trudności z widzeniem przestrzennym, poprawnym zapisem formalnym działań i autokontrolą popełnianych błędów. Klientowi trudności nie sprawia co do zasady opanowanie algorytmów postępowania przy

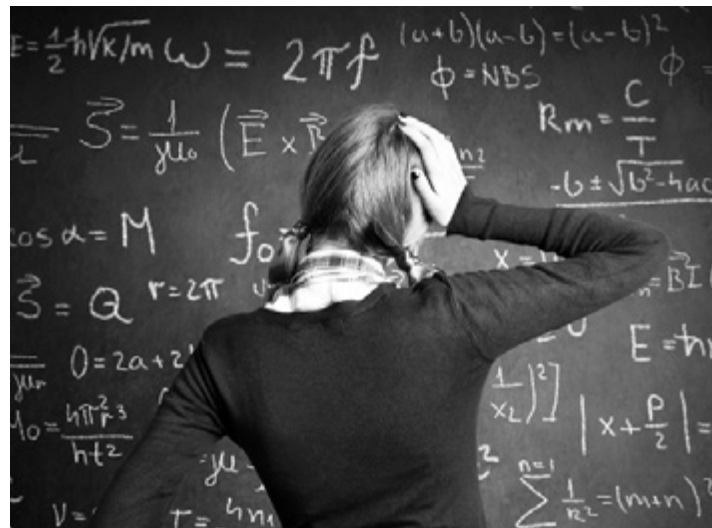
1 Pismo HFPC z dnia 7 sierpnia 2015 r. nr 1809/ART.32/AB/JJ, dostępne na stronie: <http://www.hfhrpol.waw.pl/dyskryminacja/images/matura%20RPO.pdf> (dostęp: 2 stycznia 2017).

2 Ustawa z dnia 7 września 1991 r., tekst jedn. Dz.U. z 2015 r. poz. 2156 ze zm.

3 Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. z 1997 r. Nr 78 poz. 483 ze zm.

4 Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych sporządzona w Nowym Jorku dnia 13 grudnia 2006 r., Dz.U. z 2012 r. poz. 1169.

rozwiązywaniu zadań i dobieranie właściwych metod ich rozwiązywania, ale bezbłędne zapisanie rozwiązań zadań. Klient z uwagi na niepełnosprawność ma zakłóconą wyobraźnię przestrzenną, co wyklucza prawidłowe rozwiązanie zadań np. z geometrii. Jeden z Wojewódzkich Ośrodków Metodycznych wskazał, że arkusze egzaminu z matematyki, które otrzymał klient, nie były właściwie dostosowane do jego potrzeb, ponieważ zawierały zadania, których klient nie był w stanie rozwiązać. Chodziło o zadania związane z analizą danych przedstawionych w formie graficznej (wykresy, tabele, rysunki figur), co uniemożliwia klientowi prawidłową ich interpretację, niezależnie od tego, czy zna algorytm rozwiązania. Ponadto, z uwagi na obniżoną zdolność autokorekty i dostrzegania popełnianych błędów, klient nie ma możliwości kontrolowania poprawności wykonanych zadań. Okoliczność ta ma istotne znaczenie w przypadku rozwiązywania zadań zamkniętych, gdzie punktowane jest wyłącznie zaznaczenie właściwego wyniku końcowego bez możliwości przyznania części punktów za posłużenie się poprawną metodą rozwiązania, jak czyni się to m.in. w przypadku sprawdzania zadań otwartych rozwiązywanych przez osoby, którym przyznano dostosowanie w postaci szczegółowych kryteriów oceniania. W konsekwencji klient wielokrotnie nie mógł uzyskać 30% punktów z egzaminu z matematyki, choć ostatecznie egzamin ten zdał. Mimo tego klient osiągnął pozytywne wyniki z innych egzaminów maturalnych, w tym wysoki wynik z egzaminu z języka angielskiego. Władze jednej z uczelni znajdującej się blisko jego miejsca zamieszkania zgodziły się na to, by klient uczestniczył w zajęciach jako wolny słuchacz. W doniesieniach medialnych opisano również inne przypadki osób, które z uwagi na niepełnosprawność mają trudności z uczeniem się matematyki, co nie wyklucza osiągnięcia sukcesów w innych dyscyplinach. Wskazać tu należy sytuację ucznia z dziecięcym porażeniem mózgowym, który z przedmiotów humanistycznych otrzymywał oceny dobre i dostał się do wojewódzkiego etapu olimpiady z zakresu wiedzy o społeczeństwie⁵. W tym samym artykule wspomniano również o sytuacji maturzystki z głęboką dyskalkulią, która była utalentowaną wiolonczelistką, absolwentką podstawowej i średniej szkoły



muzycznej. Maturzystka była również obdarzona absolutnym słuchem muzycznym⁶.

Zaburzenia myślenia matematycznego i umiejętności arytmetycznych mogą dotyczyć osób znajdujących się w normie intelektualnej, które na skutek zmian o podłożu neurologicznym lub neurorozwojowym doświadczają zaburzenia funkcji poznawczych w obszarze związanym z umiejętnościami matematycznymi. Problemy dotyczące zaburzeń myślenia matematycznego w postaci dyskalkulii sklasyfikowane są w Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych ICD-10 jako specyficzne zaburzenia umiejętności arytmetycznych (kod F81.2). Zaburzenia te zostały zdefiniowane jako „specyficzne upośledzenie umiejętności arytmetycznych, którego nie da się wyjaśnić wyłącznie ogólnym upośledzeniem umysłowym lub nieadekwatnym procesem nauczania. Upośledzenie to dotyczy raczej podstawowych umiejętności rachunkowych: dodawania, odejmowania, mnożenia, dzielenia niż bardziej abstrakcyjnych umiejętności matematycznych potrzebnych do algebry, trygonometrii, geometrii, rachunku różniczkowego lub całkowego”⁷. Również w amerykańskiej klasyfikacji medycznej zaburzenia umiejętności arytmetycznych zostały ujęte jako „specyficzne zaburzenia uczenia się matematyki” (według klasyfikacji DSM-5 kod 315.1),

6 Ibidem.

7 Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych, dostępna na stronie <http://stat.gov.pl/Klasyfikacje/doc/icd10/pdf/ICD10TomI.pdf> (dostęp: 2 stycznia 2017).

5 J. Suhecka, K. Brzezińska, *Czy okulary są nieuczciwe?*, „Duży Format”, 3 czerwca 2015, s. 18-19.

a występowanie takich zaburzeń jest uznawane m.in. przez Amerykańskie Towarzystwo Psychiatryczne⁸. Na marginesie należy jedynie wyjaśnić, że zaburzenia funkcji poznawczych w zakresie myślenia matematycznego klienta HFPC mają inne podłoże niż dyskalkulia (są wynikiem mózgowego porażenia dziecięcego), lecz skutkiem niepełnosprawności są objawy co do zasady odpowiadające dyskalkulii.

Dostosowania warunków i form przeprowadzania egzaminu maturalnego

HFPC w swoim wystąpieniu zwróciła uwagę na niewystarczająco elastyczny system dostosowań form i warunków przeprowadzania egzaminów dla uczniów i absolwentów z niepełnosprawnościami, który nie gwarantuje należytej indywidualizacji podejścia do każdego ucznia z niepełnosprawnością, do czego zobowiązuje m.in. art. 1 pkt 5 i 5a ustawy o systemie oświaty. Wymogiem zdania egzaminu maturalnego jest osiągnięcie ze wszystkich egzaminów obowiązkowych co najmniej 30% punktów oraz przystąpienie do części pisemnej egzaminu maturalnego z co najmniej jednego przedmiotu dodatkowego⁹. Przepisy ustawy o systemie oświaty nie wprowadzają żadnych wyjątków, które mogłyby mieć zastosowanie w szczególnych sytuacjach, w których niepełnosprawność uniemożliwia uzyskanie pozytywnego wyniku ze wszystkich obowiązkowych egzaminów maturalnych. Nie ma zatem obecnie możliwości zwolnienia z egzaminu lub uznania egzaminu maturalnego za zdany, gdy absolwent nie zdał obowiązkowego egzaminu maturalnego z matematyki z powodu niepełnosprawności, stwierdzonej w odpowiednim orzeczeniu. Osoby nie mogą również wybrać innego egzaminu, który mógłby być zdawany zamiast egzaminu z matematyki, co np. sugeruje Polskie Towarzystwo Dysleksji¹⁰, które działa również na rzecz osób z dyskalkulią.

Warto podkreślić, że procedura zwalniania z obowiązku przystąpienia do egzaminów nie jest zupełnie nieznaną. Na wcześniejszych etapach nauczania istnieje możliwość uzyskania

8 Za pismem Polskiego Towarzystwa Dysleksji z dnia 27 stycznia 2015 r. skierowane do Minister Edukacji Narodowej.

9 Art. 44zzl ust. 1 ustawy o systemie oświaty.

10 Pismo Polskiego Towarzystwa Dysleksji z dnia 27 stycznia 2015 r. skierowane do minister edukacji narodowej.

w określonych okolicznościach zwolnienia z obowiązku przystępowania do sprawdzianu i egzaminu gimnazjalnego. Uczeń posiadający orzeczenie o potrzebie kształcenia specjalnego wydane ze względu na upośledzenie umysłowe w stopniu umiarkowanym lub znacznym lub niepełnosprawności sprzężone, gdy jedną z niepełnosprawności jest upośledzenie umysłowe w stopniu umiarkowanym lub znacznym, nie przystępuje do sprawdzianu i egzaminu gimnazjalnego¹¹. Ponadto dyrektor okręgowej komisji egzaminacyjnej po spełnieniu szczególnych warunków przez ucznia może zwolnić go z obowiązku przystąpienia do sprawdzianu lub jego części oraz z obowiązku przystąpienia do egzaminu gimnazjalnego lub jego części¹².

Zgodnie z ustawą o systemie oświaty dostosowania warunków przeprowadzania egzaminu mogą polegać na: zminimalizowaniu ograniczeń wynikających ze szczególnych potrzeb edukacyjnych, zapewnieniu dostosowanego miejsca pracy, wykorzystaniu odpowiedniego sprzętu i środków dydaktycznych, przedłużeniu czasu przeznaczanego na przeprowadzenie egzaminu, ustaleniu szczegółowych zasad oceniania egzaminów, zapewnieniu obecności nauczyciela wspomagającego lub specjalisty podczas egzaminu¹³. Natomiast inne przepisy ustawy o systemie oświaty precyzują, że dostosowanie form przeprowadzania egzaminów opiera się na przygotowaniu odrębnych arkuszy egzaminacyjnych dostosowanych do rodzaju niepełnosprawności¹⁴. Szczegółowe określenie sposobów dostosowania warunków i form przeprowadzania egzaminów ustawa powierza Centralnej Komisji Egzaminacyjnej (dalej: CKE), która corocznie wydaje Komunikaty, gdzie wskazuje sposoby dostosowania warunków i form przeprowadzania egzaminów (dalej: Komunikat).

Ostatecznie rolą rady pedagogicznej jest wskazanie sposobu dostosowania warunków lub formy przebiegu egzaminu spośród dostosowań przewidzianych w Komunikatach. W szczególnych przypadkach losowych lub zdrowotnych dyrektor szkoły na wniosek rady pedagogicznej może wystąpić do dyrektora okręgowej komisji egzaminacyjnej z wnioskiem o wyrażenie zgody

11 Art. 44zw ust. 1 ustawy o systemie oświaty.

12 Art. 44zw ust. 2 ustawy o systemie oświaty

13 Art. 44zrz ust. 10 ustawy o systemie oświaty.

14 Art. 44zrz ust. 8 i 9 ustawy o systemie oświaty.

na przystąpienie ucznia do egzaminu w warunkach, które będą dostosowane do jego potrzeb edukacyjnych oraz możliwości psychofizycznych, a których nie ujęto w Komunikacie¹⁵.

Natomiast dostosowania na egzaminie maturalnym, zarówno te, które są przewidziane w Komunikatach CKE, jak i te stosowane w szczególnych okolicznościach, nie mogą polegać na merytorycznym dostosowaniu zakresu treści stanowiących podstawę przeprowadzenia egzaminu. Egzamin maturalny w części pisemnej z przedmiotów obowiązkowych jest przeprowadzany na poziomie podstawowym i obejmuje wymagania określone w podstawie programowej kształcenia ogólnego dla zakresu podstawowego. Wymagania te zostały określone w Rozporządzeniu Ministra Edukacji Narodowej z 27 sierpnia 2012 r. w sprawie podstawy programowej wychowania przedszkolnego oraz kształcenia ogólnego w poszczególnych typach szkół¹⁶. W związku z powyższym niemożliwe jest przygotowanie arkusza egzaminacyjnego, który nie będzie zawierał zadań np. z zakresu geometrii.

Prawo do nauki (edukacji) osób z niepełnosprawnościami

Prawo do nauki jest gwarantowane przez szereg aktów prawa międzynarodowego. Warto wskazać m.in. na art. 26 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, art. 13 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych¹⁷, art. 2 Protokołu 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹⁸. Jest ono samoistnym prawem podmiotowym, które postrzegane jest również jako przesłanka i gwarancja realizacji znacznej grupy pozostałych praw i wolności człowieka¹⁹.

Konieczność zagwarantowania osobom z niepełnosprawnościami prawa do edukacji podkreślono w Konwencji o prawach osób z niepełnosprawnościami, ratyfikowanej przez Polskę w 2012 r. W tym kontekście szczególne znaczenie ma art. 24 KPON. Obowiązkiem stron KPON jest zapewnienie włączającego

systemu kształcenia umożliwiającego integrację na wszystkich poziomach edukacji. Realizując prawo osób z niepełnosprawnościami do edukacji, zgodnie z art. 24 ust. 2 KPON, państwa muszą zapewnić, że osoby z niepełnosprawnościami nie będą wykluczane z powszechnego systemu edukacji ze względu na niepełnosprawność (lit. a). Ponadto art. 24 ust. 2 lit. c KPON wskazuje na obowiązek wprowadzania racjonalnych usprawnień dla osób z niepełnosprawnościami, które będą dostosowane do indywidualnych potrzeb danej jednostki. Ponadto państwa zobowiązały się udzielać wsparcia osobom z niepełnosprawnościami, w ramach powszechnego systemu edukacji, co ma mieć na celu ułatwienie skutecznej edukacji tych osób.

Niezwykle ważne jest również to, że w art. 24 ust. 5 KPON państwa nałożyły na siebie obowiązek zapewnienia osobom z niepełnosprawnościami dostępu do powszechnego szkolnictwa wyższego na zasadzie równości z innymi osobami. Zapewnienie dostępu powinno odbyć się m.in. przez wprowadzenie racjonalnych usprawnień. KPON w art. 2 definiuje, że racjonalne usprawnienie jest koniecznym i odpowiednim dostosowaniem (zmianą), które ma na celu zapewnienie konkretnej osobie z niepełnosprawnościami możliwości korzystania z wszelkich praw człowieka i podstawowych wolności oraz ich wykonywania na zasadzie równości z innymi osobami. Dostosowanie to nie może nakładać nieproporcjonalnego lub nadmiernego obciążenia. Zapewnienie racjonalnych usprawnień, które mają zmierzać do zagwarantowania równego traktowania osób z niepełnosprawnościami, wynika również z zasady przeciwdziałania dyskryminacji osób z niepełnosprawnościami wyrażonej w art. 5 KPON. Warto podkreślić, że sama KPON precyzuje, iż odmowa zastosowania racjonalnego usprawnienia jest dyskryminacją.

Ponadto z art. 32 Konstytucji RP wynika obowiązek zapewnienia równego traktowania wszystkich obywateli. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Konstytucyjnego (dalej: TK) zasadę równości należy postrzegać jako obowiązek jednakowego traktowania podmiotów charakteryzujących się tą samą cechą istotną (relewantną), zaś drugim aspektem zasady równości jest odmienne traktowanie podmiotów, które nie mają wspólnych cech relewantnych, wobec czego dopuszczalne jest zróżnicowane traktowanie jednostek znajdujących się w różnych

15 Art. 44zr ust. 17 ustawy o systemie oświaty.

16 Dz.U. poz. 977 ze zm.

17 Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

18 Dz.U. z 1995 r. Nr 36 poz. 175. (jw.)

19 L. Garlicki, *Komentarz do art. 70 Konstytucji [w:] idem, Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 3, Warszawa 2003, s. 3.

sytuacjach prawnych i faktycznych²⁰. W związku z powyższym uzasadnione jest stanowienie prawa stwarzającego w przypadku osób z niepełnosprawnościami sytuacje, w których będą mogły one korzystać z praw i obowiązków z uwzględnieniem ich ograniczeń wynikających ze stanu zdrowia. Wyżej wskazaną konstytucyjną zasadę równości należy rozpatrywać także w odniesieniu do art. 70 ust. 1 i 4 Konstytucji RP. Artykuł 70 ust. 1 Konstytucji RP wskazuje, że każdy ma prawo do nauki, natomiast art. 70 ust. 4 Konstytucji RP precyzuje ogólną zasadę równości i statuuje obowiązek państwa do zapewniania obywatelom powszechnego i równego dostępu do wykształcenia.



W wyroku TK z dnia 16 stycznia 2007 r., sygn. akt U 5/06, Trybunał wskazał, że treść normatywna art. 70 Konstytucji RP składa się z dwóch elementów. Jeden z nich dotyczy zadań państwa, których wykonania nie można wyegzekwować w drodze roszczenia, jednak stanowią one gwarancję instytucjonalną dla podmiotowego prawa do nauki. TK wskazał, że jako podmiotowe prawo konstytucyjne należy traktować „powszechny i równy dostęp do wykształcenia”. Trybunał zaznaczył, że równość dostępu do wykształcenia oznacza konieczność zapewnienia każdemu jednakowej szansy podjęcia nauki na dowolnym poziomie i w dowolnym typie szkoły, a warunki określające możliwość podejmowania nauki w określonych szkołach muszą być wolne od dyskryminacyjnego

charakteru. W ocenie TK powszechność dostępu nie może być rozumiana jako obowiązek zapewnienia każdemu dostępu do każdego poziomu wykształcenia, niezależnie od umiejętności i posiadanej wiedzy. TK podkreśla, że „[d]ostęp do wykształcenia nie jest równoznaczny z obowiązkiem zapewnienia każdemu »zdania« matury”, z czym należy zgodzić się co do zasady. Jednocześnie TK wyraźnie akcentuje, że rolą państwa jest podejmowanie działań na rzecz zapewnienia równości szans przez stosowanie działań wyrównawczych, które powinny dotyczyć przede wszystkim znoszenia nierówności i faktycznych barier mogących utrudniać dostęp do wykształcenia. Trybunał zaznaczył, że celem i istotą prawa do powszechnego i równego dostępu do edukacji jest ciężący na państwie obowiązek stworzenia każdej osobie realnych szans kształcenia na różnych poziomach szkolnictwa, w tym także na poziomie szkolnictwa wyższego.

W związku z powyższym zasada powszechnego i równego dostępu do nauki powinna być rozumiana z jednej strony jako obowiązek zapewnienia każdej osobie faktycznej możliwości rozpoczęcia i kontynuowania nauki we wszystkich rodzajach szkół, natomiast z drugiej strony zasada ta uniemożliwia zamykanie dostępu do nauki na podstawie nieuzasadnionych i dyskryminacyjnych kryteriów. Rozpoczęcie nauki w danej szkole i na danym poziomie powinno być wyłącznie uzależnione od indywidualnych umiejętności, kwalifikacji, talentów i predyspozycji danej osoby, natomiast decydującym kryterium nie powinna być niepełnosprawność i wynikające z niej ograniczenia, jeśli mogą one zostać skompensowane w drodze racjonalnych usprawnień. W obecnym stanie prawnym wymóg zdania egzaminu maturalnego z matematyki przez osobę z niepełnosprawnością, której niepełnosprawność uniemożliwia zdanie tego egzaminu, w sytuacji gdy osoba ta jest w stanie zdać pozostałe obowiązkowe egzaminy maturalne, należy postrzegać jako nieuzasadnione i dyskryminujące ograniczenie możliwości korzystania z prawa do nauki z uwagi na niepełnosprawność. W szczególności chodzi o zagwarantowanie możliwości ubiegania się o przyjęcia na studia osób, które niezależnie od wysiłku wkładanego w przygotowanie do egzaminu maturalnego z matematyki oraz opanowanie teoretycznych podstaw i algorytmów rozwiązywania zadań matematycznych nie są w stanie uzyskać pozytywnego wyniku z tego egzaminu z uwagi na ograniczenia i deficyty funkcji

²⁰ Wyrok TK z dnia 3 lipca 2013 r., sygn. akt P 49/11, oraz powołane tam orzeczenia TK.

poznawczych spowodowanych niepełnosprawnością, a niezdanie tego egzaminu jest jedyną formalną barierą uniemożliwiającą dalsze kształcenie.

Z uwagi na to, że organizacją i przeprowadzeniem egzaminu maturalnego zajmuje się państwo i od wyników tego egzaminu zależy możliwość kontynuowania edukacji na poziomie studiów wyższych, to na państwie ciąży obowiązek uregulowania warunków przeprowadzania egzaminu maturalnego i wydawania świadectw dojrzałości z uwzględnieniem szczególnych potrzeb osób z niepełnosprawnościami. Wprowadzone w tym zakresie dostosowania powinny stanowić realny mechanizm wyrównania szans tych osób, by urzeczywistnić konstytucyjne prawo do powszechnego i równego dostępu do edukacji. Obowiązek wprowadzenia racjonalnych i indywidualnie dopasowanych dostosowań dla osób z niepełnosprawnościami, które mogłyby polegać również na zwolnieniu z obowiązku zdawania egzaminu maturalnego z matematyki, znajduje także umocowanie w konstytucyjnej wartości, jaką jest obowiązek udzielania pomocy osobom z niepełnosprawnościami w zabezpieczeniu egzystencji, przysposobieniu do pracy oraz komunikacji społecznej, o czym mówi art. 69 Konstytucji RP. W przypadku osób z niepełnosprawnościami zagwarantowanie równości szans przy realizowaniu prawa do edukacji oznacza stosowanie środków i usprawnień, które pozwolą przywrócić faktyczne równe traktowanie tych osób.

W tym kontekście istotne wydaje się również niedawne orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu (dalej: ETPC) w sprawie *Çam p. Turcji*²¹, w którym ETPC stwierdził, że **odmowa zastosowania racjonalnego usprawnienia umożliwiającego osobie z niepełnosprawnością dostęp do edukacji stanowi przejaw dyskryminacji**. ETPC uznał, że usprawnienie to miało zasadnicze znaczenie dla możliwości skorzystania z praw człowieka przysługujących skarżącej. W sprawie tej ETPC stwierdził naruszenie art. 14 europejskiej konwencji praw człowieka²² (zakaz dyskryminacji) w związku z art. 2 Protokołu 1 do tej Konwencji (prawo do edukacji). Podstawą rozstrzygnięcia była

sytuacja, w której nie przyjęto na akademię muzyczną skarżącą tylko z tego powodu, że była ona osobą niewidomą²³.



Reakcje środowiska matematycznego i akademickiego na interwencję HFPC

Interwencja HFPC spotkała się ze sprzeciwem ze strony środowisk akademickich i matematyków. Prezydium Konferencji Rektorów Akademickich Szkół Wyższych wystąpienie HFPC określiło jako „próbę podważenia znaczenia obowiązkowego egzaminu maturalnego z matematyki”²⁴, a w wywiadzie udzielonym przez Rektora Politechniki Warszawskiej czasopismu „Geodeta”²⁵ o interwencji HFPC mówi się w kontekście „zamachu na obowiązkowy egzamin maturalny z matematyki”. Należy wyjaśnić, że celem

23 Press Release issued by the Registrar of the Court, ECHR 068 (2016), dostępne na stronie: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-5307099-6607283> (dostęp: 2 stycznia 2017)

24 Stanowisko Prezydium Konferencji Rektorów Akademickich Szkół Polskich z dnia 15 października 2015 r. w sprawie wniosku do Rzecznika Praw Obywatelskich dotyczącego obowiązkowej matury z matematyki, Dokument nr 42/VI Konferencji Rektorów Akademickich Szkół Polskich, dostępne na stronie: <http://www.krasp.org.pl/pliki/23ca-42305a1e3003aac5613976b18509.pdf> (dostęp: 2 stycznia 2017).

25 *Kuźnia elit – rozmowa GEODETY z JM rektorem Politechniki Warszawskiej prof. Janem Szmidtem*, „Geodeta. Magazyn informacyjny” 2015, nr 11.

21 Wyrok ETPC z dnia 23 lutego 2016 r., skarga nr 51500/08.

22 Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. z 1995 r. Nr 36 poz. 175 ze zm.

działań HFPC nigdy nie było deprecjonowanie roli matematyki w procesie kształcenia ani działanie na rzecz usunięcia tego przedmiotu z programów nauczania i kanonu obowiązkowych egzaminów maturalnych. W pełni należy podzielić twierdzenie zawarte w stanowisku Prezydium Rady Głównej Nauki i Szkolnictwa Wyższego, że „umiejętności matematyczne, obok czytania ze zrozumieniem oraz wiedzy przyrodniczej, stanowią absolutnie niezbędny fundament sprawnego funkcjonowania nie tylko w życiu zawodowym, ale także w życiu indywidualnym i społecznym”²⁶. Tezę tę należy jednak skonfrontować z faktem, że niektóre osoby z przyczyn niezawinionych i niezależnych od siebie doświadczają zaburzeń myślenia matematycznego, co powoduje dla nich wiele negatywnych skutków, a trudności w zdaniu egzaminu maturalnego są tylko jednym z nich.



Należy również podkreślić, że HFPC analizowała kwestię konieczności zdania egzaminu maturalnego z matematyki z perspektywy formalnego wymogu stawianego przez prawo kandydatom na studia, a nie pod kątem konieczności nauczania matematyki i rozwoju umiejętności matematycznych uczniów.

Nie można również zgodzić się z interpretacją przyjętą przez Prezydium Rady Głównej Nauki i Szkolnictwa Wyższego²⁷, że zdaniem

26 Stanowisko Prezydium Konferencji Rektorów Akademickich Szkół Polskich z dnia 15 października 2015 r. w sprawie wniosku do Rzecznika Praw Obywatelskich dotyczącego obowiązkowej matury z matematyki. Dokument nr 42/VI Konferencji Rektorów Akademickich Szkół Polskich, dostępny na stronie: http://www.km.pan.pl/images/Stanowisko_Rady_G%C5%82%C3%B3wnej_Nauki_i_Szkolnictwa_Wy%C5%BCszego.pdf (dostęp: 2 stycznia 2017).

27 Stanowisko nr 15/2015 Prezydium Rady Głównej Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 9 września 2015 r.

HFPC to egzamin z matematyki narusza konstytucyjną zasadę powszechności dostępu do wykształcenia na poziomie wyższym. Istotą problemu jest natomiast brak wprowadzenia szczególnych rozwiązań i usprawnień mogących znaleźć zastosowanie w sytuacjach, w których dana osoba nie jest w stanie zdać egzaminu maturalnego z matematyki z przyczyn wynikających np. z niepełnosprawności. Ponadto nie można uznać, że konieczność zdania egzaminu maturalnego z matematyki (poza formalnym wymogiem uzyskania świadectwa dojrzałości) jest w rzeczywistości niezbędnym warunkiem podjęcia i ukończenia wszystkich kierunków studiów i jest decydującym wymogiem zawodowym, który należy stosować względem wszystkich profesji. Na marginesie należy jedynie zauważyć, że przed przywróceniem obowiązku zdawania egzaminu maturalnego z matematyki w 2010 r., egzamin ten miał charakter fakultatywny przez ponad 25 lat. Wobec tego w takiej sytuacji z zasady równego traktowania wynika powinność zastosowania racjonalnych usprawnień, gdyż ich brak stanowiłby nieuprawnioną dyskryminację.

Wprowadzone usprawnienia

Działania podjęte przez HFPC oraz RPO doprowadziły do wprowadzenia rozwiązań nakierowanych na poprawę sytuacji osób z zaburzeniami myślenia matematycznego. W związku ze sprawą klienta HFPC z mózgowym porażeniem dziecięcym Dyrektor CKE dokonał zmian w Komunikatach dotyczących dostosowań na egzaminach. Zgodnie z Komunikatem Dyrektora CKE z dnia 7 września 2015 r. w sprawie szczegółowych sposobów dostosowania warunków i form przeprowadzania egzaminu maturalnego w roku szkolnym 2015/2016²⁸ wprowadzono dostosowanie dla osób z mózgowym porażeniem dziecięcym. Polega ono z jednej strony na dostosowaniu arkuszy egzaminacyjnych do szczegółowych zapisów zawartych w orzeczeniu o potrzebie kształcenia specjalnego, a z drugiej – na stosowaniu szczególnych zasad oceniania rozwiązań zadań otwartych m.in. z matematyki, takich jak dla uczniów ze specyficznymi trudnościami w uczeniu się. Z tych usprawnień uczniowie mogli skorzystać po raz pierwszy podczas egzaminów w 2016 r.

28 Dostępny na stronie: http://cke.edu.pl/images/_KOMUNIKATY/20150907_Komunikat_o_dostosowaniach_Egzamin_maturalny.pdf (dostęp: 2 stycznia 2017).

Choć ostatecznie RPO nie zdecydował się na złożenie wniosku o kontrolę konstytucyjności przepisów dotyczących zdawania matury z matematyki, to podjął on działania zmierzające do zwrócenia uwagi na problem ochrony praw osób z dyskalkulią. W efekcie RPO został poinformowany przed Dyrektora CKE²⁹ o powołaniu podczas sesji egzaminacyjnej w 2016 r. specjalnego zespołu ekspertów, którego zadaniem miało być ocenianie prac maturalnych osób ze zdiagnozowaną dyskalkulią. W skład tego zespołu weszli m.in. przedstawiciele CKE, Okręgowej Komisji Egzaminacyjnej w Łodzi, eksperci matematycy oraz specjaliści zajmujący się tematyką dyskalkulii. Zadaniem zespołu było również opracowanie zasad oceniania arkuszy maturalnych osób z dyskalkulią. Przyjęte szczególne kryteria oceniania uwzględniały znajomość procedur liczenia, algorytmów działań oraz poprawność rozumowania. Ponadto prace miały być uważnie analizowane, w szczególności dokładnie badane miały być rozwiązania i jego zapisy, które wykazywały, że zdający opanował sprawdzaną umiejętność. Podczas przyznawania punktów za rozwiązanie zadania brano pod uwagę były zaburzenia percepcji wzrokowej, zaburzenia orientacji w przestrzeni oraz zaburzenia wynikające z utrudnionego rozwoju aspektu semantycznego języka (np. zmiany dotyczące kolejności cyfr w liczbie lub zapisanie cyfry podobnej). Zastosowanie szczególnych zasad oceniania uwzględniających specyficzne trudności w uczeniu się osób z dyskalkulią zostało uwzględnione jako jeden ze sposobów dostosowania zasad przeprowadzania egzaminu maturalnego, który został wymieniony w Komunikacie Dyrektora Centralnej Komisji Egzaminacyjnej z 9 września 2016 r. w sprawie szczegółowych sposobów dostosowania warunków i form przeprowadzania egzaminu maturalnego w roku szkolnym 2016/2017³⁰.

Jak wynika z przekazanych RPO przez Dyrektora CKE informacji, większość ocenianych w 2016 r. uczniów osiągnęłaby próg zdawalności egzaminu maturalnego z matematyki bez konieczności stosowania szczególnych zasad oceniania

rozwiązań zadań osób z dyskalkulią. Ponadto dzięki zastosowaniu szczególnych kryteriów oceniania część zdających osiągnęła pozytywny wynik z egzaminu. Jednocześnie zauważono, że mimo zastosowania szczególnego trybu oceniania prac część abiturientów nie uzyskała 30% punktów pozwalających na zdanie egzaminu maturalnego. Jednocześnie CKE zadeklarowała dalszą ścisłą współpracę ze specjalistami zajmującymi się tematyką dyskalkulii.

Podsumowanie

W przypadku braku racjonalnych dostosowań dla osób z niepełnosprawnościami lub specyficznymi trudnościami w uczeniu się wymóg osiągnięcia 30% punktów podczas wszystkich obowiązkowych egzaminów maturalnych może okazać się warunkiem niemożliwym do spełnienia dla tych osób. Konieczność stosowania racjonalnych usprawnień jest gwarancją respektowania wyrażonego w art. 24 KPiO i art. 70 Konstytucji RP prawa osób z niepełnosprawnościami do edukacji. Przykład klienta HFPC pokazuje, że zdarzają się sytuacje, w których osoby z niepełnosprawnościami nie mogą zdać z powodu niepełnosprawności obowiązkowego egzaminu maturalnego z jednego przedmiotu, w szczególności z matematyki, co uniemożliwia tym osobom zdanie całego egzaminu maturalnego i w konsekwencji stanowi barierę dla rozpoczęcia studiów wyższych. Skutki te są szczególnie dotkliwe dla osób, które w rzeczywistości są w stanie podjąć i ukończyć określone kierunki studiów, ale formalną barierą jest brak zdania egzaminu maturalnego z matematyki. Należy mieć nadzieję, że szczególny sposób oceniania prac maturalnych uczniów ze zdiagnozowaną dyskalkulią wprowadzony przez CKE będzie efektywnym środkiem ochrony praw tych osób, jednak jego skuteczność będzie wymagała monitorowania w przyszłości.

Jarosław Jagura jest prawnikiem w Programie Artykuł 32 HFPC aplikant adwokacki w Izbie Adwokackiej w Warszawie.

29 Pismo Dyrektora Centralnej Komisji Egzaminacyjnej z dnia 31 sierpnia 2016 r. nr WEM.410.185.2016.2.WK.

30 Dostępny na stronie: https://www.cke.edu.pl/images/_KOMUNIKATY/20160909%20Komunikat%20o%20dostosowaniach%20Egzamin%20maturalny.pdf (dostęp: 2 stycznia 2017 r.).



Jak chronić sygnalistów? Wnioski płynące z zaleceń organów Rady Europy i ONZ¹

Konrad Siemaszko

Francuska filozofka Simone Weil pracowała w latach 30. przez pewien czas w paryskich fabrykach jako robotnica. Opisując te doświadczenia, zwracała szczególną uwagę nie tyle na samą konieczność ciężkiej pracy, co na obowiązek milczącego podporządkowania się: „tak jakby ktoś, komu nie możesz nic odpowiedzieć, w każdej minucie szeptał ci do ucha: «Nic tu nie znaczysz. Nie liczysz się. Masz się dostosować, godzić się na wszystko i siedzieć cicho»”².

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie podstawowych założeń, na jakich powinna zostać oparta regulacja, która zapewniałaby kompleksową ochronę sygnalistom. Założenia te wynikają ze standardów prawnych wypracowanych w ramach systemu Rady Europy i ONZ, w szczególności z Rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie ochrony sygnalistów z 30 kwietnia 2014 r. (dalej: Rekomendacje Komitetu Ministrów Rady Europy),³ Raportu Specjalnego Sprawozdawcy ONZ ds. promocji oraz ochrony prawa do wolności wyrażania opinii oraz wolności wypowiedzi dotyczącego ochrony dziennikarskich źródeł

informacji i praw sygnalistów⁴ (dalej: Raport Specjalnego Sprawozdawcy ONZ) oraz z orzecnictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: Trybunał, ETPC). Rekomendacje Komitetu Ministrów Rady Europy i raporty Specjalnych Sprawozdawców ONZ stanowią instrumenty tzw. miękkiego prawa (*soft law*). Choć z formalnego punktu widzenia akty te są pozbawione mocy wiążącej, to nierzadko odgrywają istotną rolę przy określaniu i doprecyzowaniu międzynarodowych standardów ochrony praw człowieka⁵. Orzeczenia ETPC mają natomiast charakter prawnie wiążący wobec państw, ale tylko w tych sprawach, w których są stronami⁶. Nie oznacza to jednak, że orzeczenia dla pozostałych państw-stron Konwencji pozostają bez znaczenia. Chociaż Trybunał nie jest formalnie związany swoimi poprzednimi orzeczeniami, to zazwyczaj stosuje się do nich⁷. Oznacza to, że pozostałe państwa mogą się spodziewać analogicznych orzeczeń w sprawach bezpośrednio już ich dotyczących (i tym samym prawnie ich wiążących).

Systemy prawne Rady Europy i ONZ nie są jedynymi porządkami prawnymi oddziałującymi na sytuację prawną w Polsce,

1 Artykuł stanowi rozwinięcie opracowanych przez autora uwag HFPC do planowanych zmian legislacyjnych zmierzających do ochrony sygnalistów, które 26 sierpnia 2016 r. zostały przekazane ministrowi sprawiedliwości. Pragnę podziękować Adamowi Ploszce za cenne wskazówki co do literatury przedmiotu.

2 S. Weil, *Expérience de la vie d'usine. Lettre ouverte à Jules Romains* [w:] *Œuvres complètes, II, Ecrits historiques et politiques. Vol. 2*, Paryż 1991, s. 292, za: D. Voorhoof, P. Humblet, *Human Rights And The Employment Relation. The Right To Freedom Of Expression At Work*, http://europa-cnrs.unistra.fr/fileadmin/upload/DUN/europe_en_mutation/Documents/e-publi/E-publi_CEDH_et_la_relation_au_travail_-_D_Voorhoof_P_Humblet_v0-1.pdf (dostęp: 5 stycznia 2017).

3 Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy do państw członkowskich w sprawie ochrony sygnalistów CM/Rec (2014) z 30 kwietnia 2014.

4 Raport Specjalnego Sprawozdawcy ONZ ds. promocji oraz ochrony prawa do wolności wyrażania opinii oraz wolności wypowiedzi dotyczącego ochrony dziennikarskich źródeł informacji i praw sygnalistów (sygn. dokumentu A/70/361).

5 W odniesieniu do miękkiego prawa Rady Europy, por. C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010.

6 Art. 46 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności stanowi: „Wysokie Układające się Strony zobowiązują się do wykonania ostatecznego wyroku Trybunału we wszystkich sprawach, w których są stronami”.

7 Sam Trybunał *explicite* wyraził tę regułę po raz pierwszy w orzeczeniu z 27 października 1990 r. w sprawie *Cossey p. Wielkiej Brytanii*, skarga nr 10843/84, § 35; por. również M. Balcerzak, *Oddziaływanie wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sferze inter partes i erga omnes*, [w:] A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski (red.), *Precedens w polskim systemie prawa*, Warszawa 2010.

w których pojawiają się wątki dotyczące ochrony sygnalistów. Temat ten obecny jest również m.in. w dokumentach prawnych Organizacji Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (ang. *Organization for Economic Cooperation and Development*, dalej: OECD), a także w systemie Unii Europejskiej. W prawie unijnym normy odnoszące się do sygnalistów ograniczone są jednak do pewnych stosunkowo wąskich obszarów⁸. Natomiast dokumenty OECD odnoszące się do sygnalistów mają charakter zbioru dobrych praktyk legislacyjnych – w mniejszym stopniu zalecają konkretne rozwiązania, przedstawiając raczej szereg alternatywnych przykładów wartych naśladowania⁹. Dlatego choć inne systemy prawne również mogą stanowić źródło wartościowych informacji na temat pożądanego kształtu regulacji chroniącej sygnalistów, niniejszy artykuł będzie opierał się przede wszystkim na zaleceniach opracowanych w ramach Rady Europy i ONZ.

Jak obecnie prawo chroni sygnalistów?

Z orzecnictwa ETPC jednoznacznie wynika, że ochrona swobody wypowiedzi znajduje zastosowanie także w odniesieniu

8 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 596/2014 z 16 kwietnia 2014 r. w sprawie nadużyć na rynku (rozporządzenie w sprawie nadużyć na rynku) zobowiązuje państwa członkowskie do wprowadzenia „odpowiednich ustaleń, umożliwiających osobom informującym o nieprawidłowościach ostrzeganie właściwych organów o możliwych naruszeniach niniejszego rozporządzenia oraz chroniących te osoby przez odwetem” – ale ograniczone jest tylko do rynku usług finansowych. Ustawodawca polski wprowadził to rozwiązanie poprzez zobowiązanie banków do uwzględnienia w swoim systemie zarządzania procedur anonimowego zgłaszania naruszeń prawa oraz obowiązujących w banku procedur i standardów etycznych oraz ochrony osób je zgłaszających (art. 9 ust. 2a-2b Ustawy z 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe). Szerszy zakres ma Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/943 z 8 czerwca 2016 r. w sprawie ochrony niejawnego know-how i niejawnych informacji handlowych (tajemnic przedsiębiorstwa) przed ich bezprawnym pozyskiwaniem, wykorzystywaniem i ujawnianiem. Dyrektywa ta zwalnia z odpowiedzialności za naruszenie tajemnicy przedsiębiorstwa, jeżeli nastąpiło to dla ujawnienia nieprawidłowości, uchybienia lub działania z naruszeniem prawa, pod warunkiem że pozwany działał w celu ochrony interesu publicznego (art. 5 lit. b) Dyrektywy). Choć jest to istotny krok w stronę zwiększenia ochrony sygnalistów, to akt ten nie stanowi kompleksowego rozwiązania – ujawnienie tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu dyrektywy jest w praktyce tylko jednym z szeregu możliwych działań sygnalistów. Termin implementacji dyrektywy mija 9 czerwca 2018 r.

9 OECD, *Compendium of best practices and guiding principles for legislation on the protection of whistleblowers* (przygotowane na wniosek grupy G20).

do miejsca pracy, a państwo ma obowiązek chronić tę swobodę również w sferze relacji między pracownikiem a pracodawcą. Trybunał zauważa, że pracownicy są zobowiązani wobec swojego pracodawcy do lojalności, powściągliwości i dyskrecji, jednakże obowiązki te nie mogą prowadzić do nieproporcjonalnych ograniczeń wolności słowa¹⁰.

Szczególnym sposobem korzystania ze swobody wypowiedzi w kontekście zatrudnienia jest ujawnianie informacji o nieprawidłowościach zagrażających interesowi publicznemu. Sygnaliści (*whistleblowers*) kojarzeni są dziś w dużej mierze z Edwardem Swowdenem czy Chelsea Manning. W praktyce jednak większość przypadków jest nieco mniej spektakularna. Ich bohaterami są niekiedy analitycy i analityczki wywiadu, ale np. pielęgniarka¹¹, nauczycielka¹², strażak¹³ czy urzędniczka¹⁴. W wielu przypadkach na przeszkodzie ujawnieniu staje nie tyle tajemnica państwowa, co raczej nieformalny obowiązek milczącego podporządkowania się, o którym pisała Simone Weil.

W polskim porządku prawnym nie istnieją obecnie żadne szczególne przepisy regulujące status sygnalistów. W literaturze wskazuje się na możliwość korzystania w tym kontekście z pewnych ogólnych gwarancji prawa pracy, wielu autorów uważa jednak, że istniejące przepisy nie zapewniają wystarczającej ochrony¹⁵.

10 Wyrok ETPC z 29 lutego 2000 r. w sprawie *Fuentes Bobo p. Hiszpanii*, skarga nr 39293/98, § 38; wyrok ETPC z 21 lipca 2011 r. w sprawie *Heinisch p. Niemcom*, skarga nr 28274/08, § 44; por. również I.C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010, oraz Aleksandra Rutkowska, *Granice wolności słowa w miejscu pracy – standardy w orzecnictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Monitor Prawniczy” 2014, nr 8.

11 Por. *Heinisch p. Niemcom*, § 6.

12 Por. wyrok ETPC z 19 lutego 2009 r. w sprawie *Marchenko p. Ukrainie*, skarga nr 4063/04, § 6.

13 Jeden z sygnalistów opisany przez Fundację Batorego na stronie Sygnalista.pl, <http://www.sygnalista.pl>, (dostęp: 5 stycznia 2017).

14 Ibidem.

15 A.M. Świątkowski, *Sygnalizacja (whistleblowing) a prawo pracy*, „Przegląd Sądowy” 2015, nr 5; M. Wujczyk, *Podstawy whistleblowingu w polskim prawie pracy*, „Przegląd Sądowy” 2014, nr 6; A. Wojciechowska-Nowak, *Ochrona sygnalistów w Polsce. Stan obecny i rekomendacje zmian*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2012; A. Wojciechowska-Nowak, *Ochrona prawna sygnalistów w doświadczeniu sędziów sądów pracy. Raport z badań*, Fundacja im. Stefana Batorego, Warszawa 2011; M. Raczkowski, *Ekspertyza w sprawie ochrony osób zatrudnionych sygnalizujących nieprawidłowości przed nadużyciami ze strony podmiotu zatrudniającego*, <http://www.sygnalista.pl>

Przykładowo, pewną ochronę przed działaniem odwetowym w postaci zwolnienia gwarantuje możliwość odwołania się od wypowiedzenia do sądu pracy. Sąd Najwyższy wskazywał, że krytyka przełożonego czy stosunków panujących w zakładzie pracy, podjęta w interesie publicznym i nacechowana dobrą wiarą ze strony krytykującego, nie może stanowić uzasadnienia wypowiedzenia umowy o pracę¹⁶. Jednakże pracodawca może stosunkowo łatwo obejść taką ochronę, uzasadniając wypowiedzenie innym faktem (pretekstem w postaci np. zbyt częstych absencji chorobowych pracownika lub likwidacji stanowiska)¹⁷. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ocena zasadności wypowiedzenia umowy o pracę dokonywana jest przez sąd w granicach przyczyn podanych pracownikowi przez pracodawcę, a zatem sąd pracy zasadniczo nie bada, czy prawdziwy powód rozwiązania stosunku pracy był inny, o ile podane uzasadnienie okaże się rzeczywiste i konkretne¹⁸. Należy też zauważyć, że obowiązek uzasadniania wypowiedzenia dotyczy tylko umów zawieranych na czas nieokreślony – osoba ujawniająca nieprawidłowości, która wykonuje pracę na podstawie umów terminowych, jest zatem pozbawiona tej ochrony.

Sygnalista może obecnie również w pewnym zakresie bronić się przed działaniami odwetowymi, korzystając z przepisów zakazujących mobbingu (art. 94³ Kodeksu pracy – dalej: k.p.¹⁹) oraz dyskryminacji (art. 18^{3a}-18^{3e} k.p.). Wskazuje się jednak, że w praktyce zakres korzystania z tych środków może być ograniczony

www.batory.org.pl/doc/Sygnalisci_eks_20091214.pdf (dostęp: 5 stycznia 2017). Prawie wszyscy wymienieni autorzy wskazywali, że obecna regulacja nie zapewni wystarczającej ochrony. Wyjątek stanowi A.M. Świątkowski, który w cytowanym tekście uznał, że odpowiednie gwarancje przewidują już przepisy antydyskryminacyjne, co jest nieco zaskakujące, ponieważ w tym samym artykule autor zauważył, że Rada Europy zaleca, by ochroną objęci byli wszyscy aktywni zawodowo, bez względu na formę zatrudnienia. Jednocześnie Świątkowski zadeklarował, że nie jest przeciwny „kompleksowej, odrębnej od systemu prawa pracy regulacji prawnej sygnalizacji”, cyt. za: A.M. Świątkowski, *Sygnalizacja...*, op. cit., s. 25.

16 Por. wyrok Sądu Najwyższego z 28 sierpnia 2013 r., sygn. akt I PK 45/13 i przytoczone tam orzecznictwo.

17 A. Wojciechowska-Nowak, *Ochrona prawna sygnalistów w doświadczeniu...*, op. cit.; A. Wojciechowska-Nowak, *Ochrona sygnalistów w Polsce. Stan obecny...*, op. cit., s. 21.

18 Np. wyroki Sądu Najwyższego z 10 listopada 1998 r., sygn. akt I PK 434/98, i z 21 listopada 2000 r., sygn. akt I PKN 99/00; zob. także A. Wojciechowska-Nowak, *ibidem*.

19 Ustawa z 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (tekst jedn. Dz.U. z 2014 r., poz. 1502 ze zm.).

z uwagi na trudności dowodowe²⁰. Niektórzy komentatorzy zgłaszają też wątpliwości co do adekwatności przepisów antydyskryminacyjnych z uwagi na problemy ze wskazaniem grupy odniesienia²¹. Ponadto wszystkie te środki nie chronią w żaden sposób osób zatrudnionych na innej podstawie niż stosunek pracy.

Zakres podmiotowy. Kto powinien podlegać ochronie?

W świetle standardów międzynarodowych ochronie powinna podlegać osoba ujawniająca informacje, która w momencie ujawnienia miała uzasadnione podstawy, by uważać, że informacje te są prawdziwe oraz że dotyczą działań lub zaniechań zagrażających lub szkodzących interesowi publicznemu²².

W niektórych międzynarodowych zaleceniach zwraca się uwagę, że osobista motywacja osoby nie ma znaczenia²³. Prześlanka interesu publicznego powinna odnosić się więc nie tyle do psychicznej motywacji sygnalisty, co do ujawnianych zdarzeń, które zagrażają lub szkodzą interesowi publicznemu. Perspektywa ta różni się od testu ETPC przedstawionego po raz pierwszy w orzeczeniu w sprawie *Guja p. Mołdawii*²⁴. Trybunał badając, czy ingerencja w swobodę wypowiedzi osoby ujawniającej nieprawidłowości była proporcjonalna, zwraca uwagę na osobiste pobudki – uznaje, że „czyn motywowany osobistym żalem lub osobistym sporem albo oczekiwaniem własnych korzyści, w tym zysku pieniężnego, nie uzasadniałby

20 M. Raczkowski, *Ekspertyza w sprawie...*, op. cit.

21 A. Wojciechowska-Nowak, *Ochrona prawna sygnalistów w doświadczeniu...*, op. cit., s. 93.

22 Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy, § a; Raport Specjalnego Sprawozdawcy ONZ, pkt 29.

23 *Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy*, pkt 37 memorandum wyjaśniającego; *Raport Specjalnego Sprawozdawcy ONZ*, pkt 31; *Globalne zasady dotyczące bezpieczeństwa narodowego i prawa do informacji (Zasady z Tshwane)*, zasada 38.

24 Wyrok ETPC z 12 lutego 2008 w sprawie *Guja p. Mołdawii*, skarga nr 14277/04. Więcej na temat standardu ochrony sygnalistów wypracowanego przez ETPC, zob. A. Płoszka, *Ochrona demaskatorów (whistleblowers) w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014, nr 4; por. również: M. Krzyżanowska-Mierzewska, A. Rutkowska, *Zagadnienia prawne związane z ochroną whistleblowerów w warunkach zatrudnienia w ujęciu orzecznictwa ETPC*, „Przegląd Sądowy” 2015, nr 4.

szczególnie wysokiego poziomu ochrony²⁵. Należy jednak zauważyć, że zgodnie art. 53 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności²⁶ państwa-strony mogą stosować wyższy standard ochrony niż ten przewidziany przez Konwencję²⁷. Wydaje się, że w tym przypadku szerszy zakres ochrony byłby uzasadniony. Argument mówiący o rzekomo niskich pobudkach (np. wynikających z osobistego konfliktu z przełożonymi) jest stosunkowo często wykorzystywany przez pracodawców lub organy nadzorcze jako uzasadnienie dla zignorowania zgłaszanych nieprawidłowości²⁸. Wprowadzenie niejasnej przesłanki motywacji do katalogu ustawowych okoliczności warunkujących udzielenie ochrony mogłoby w znacznym stopniu zniechęcać potencjalnego sygnalistę do działania. Mógłby się on bowiem obawiać, że mimo zgłoszenia informacji o nieprawidłowościach jego zachowanie zostanie potraktowane jako np. prywatna zemsta (w sytuacji wrogiej relacji osobistej ze sprawcą szkody) lub chęć zdobycia sławy.

Należy jednocześnie zauważyć, że orzecznictwo ETPC w kwestii osobistego tła ujawnienia zagrożenia dla interesu publicznego nie jest jednolite. W wyroku w sprawie *Sosinowska p. Polsce*²⁹ ETPC posłużył się nieco inną perspektywą. Przedmiotem skargi była kara nagany nałożona przez sąd lekarski za dyskredytowanie innego lekarza (ordynatorki oddziału, przełożonej Bożeny Sosinowskiej). W postępowaniu przed Trybunałem polski rząd podnosił, że długotrwały konflikt między skarżącą a przełożoną pozbawiał twierdzenia skarżącej na temat ordynatorki obiektywności i zasadności. Trybunał nie zgodził się z tą argumentacją.

25 *Guja p. Mołdawii*, § 77; *Heinisch p. Niemcom* § 68.

26 Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993 r. Nr 61 poz. 284 ze zm.).

27 Artykuł 53 stanowi: „Żadne z postanowień niniejszej Konwencji nie będzie interpretowane, jako ograniczające lub wyłączające jakiegokolwiek prawa człowieka lub podstawowe wolności, które mogą być zagwarantowane przez ustawę każdej Wysokiej Układającej się Strony lub jakąkolwiek inną umowę, której Państwo to jest stroną”.

28 Również w przypadku *Chelsea Manning* niektórzy komentatorzy argumentowali, że żołnierka nie jest sygnalistką, ponieważ ujawnienie przez nią informacji miało rzekomo stanowić akt osobistej zemsty na amerykańskiej armii za mobbing, którego była ofiarą (zob. L. Maxwell, *Chelsea Manning's Integrity*, „Jacobin Magazine”, 10 marca 2016 r.).

29 Wyrok ETPC z 18 października 2011 r. w sprawie *Sosinowska p. Polsce*, skarga nr 10247/09.

Przyjął do wiadomości fakt poważnego sporu, ale zwrócił uwagę, że krytyka miała charakter zawodowy, a nie osobisty – odnosiła się do nieprawidłowości w leczeniu pacjentów³⁰. Innymi słowami, dla Trybunału istotne znaczenie miało nie tyle ewentualne emocjonalne podłoże wypowiedzi skarżącej, co ich treść (fakt, że odnosiły się do kwestii merytorycznych – jakości opieki medycznej). Taka perspektywa wydaje się zapewniać lepszą ochronę sygnalistom w kontekście wyżej wskazanych praktycznych trudności, jakie mogą oni napotykać.

O udzieleniu ochrony powinno przesądzać nie to, czy zgłoszone zdarzenie rzeczywiście zagrażało lub szkodziło interesowi publicznemu, ale to, czy zgłaszający miał uzasadnione podstawy, by tak uważać³¹. Stwierdzenie to odnosi się też do warunku prawdziwości informacji – sygnalista nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji zgłoszenia także w sytuacji, gdy później się okaże, że informacja nie była zgodna z prawdą, o ile miał uzasadnione podstawy, by w momencie zgłoszenia myśleć inaczej³². Innymi słowami, okolicznością przesądzającą w tym zakresie jest dobra wiara zgłaszającej lub zgłaszającego. Osoba dostrzegająca nieprawidłowości często nie ma właściwych środków lub kompetencji do ich bliższego zbadania, a tym bardziej do uzyskania pewności co do ich prawdziwości czy skutków (związku z interesem publicznym). Jest tak szczególnie w sytuacjach, gdy sygnalista informuje o zachowaniu, które jeszcze nie wyrządziło szkody, a tylko zagraża interesowi publicznemu. Badania pokazują, że większość zgłoszeń ma taki właśnie charakter³³.

Za sygnalistów uważa się osoby, które ujawniają informacje uzyskane w związku z wykonywaną przez nich pracą. Ochrona powinna być udzielona zarówno zatrudnionym w sektorze publicznym, jak i prywatnym, a także niezależnie od prawnego charakteru stosunku zatrudnienia oraz bez względu na to,

30 *Sosinowska p. Polsce*, § 61 i 79. Zob. też M. Górski, *Glosa do wyroku ETPC z 18 października 2011 r.*, 10247/09, LEX 2011.

31 Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy, pkt 22; Raport Specjalnego Sprawozdawcy ONZ, pkt 29.

32 Ibidem.

33 Zob. np. wyniki badania z Wielkiej Brytanii oparte na ponad tysięcznej próbie sygnalistów: F. West, C. Bottomley, V. Vandekerckhove, *Whistleblowing. The inside story*, dostępne na: <http://www.pcaw.org.uk/whistleblowing-the-inside-story> (dostęp: 5 stycznia 2017).

czy praca jest odpłatna³⁴. Istotna jest tu nie formalnoprawna podstawa wykonywania pracy, ale ekonomiczna zależność od osób, które decydują o zatrudnieniu³⁵. Dlatego też niecelowe byłoby ograniczenie ochrony tylko do pracowników w rozumieniu Kodeksu pracy, szczególnie w kontekście rozpowszechnienia w ostatnich latach tzw. zatrudnienia niepracowniczego. Według szacunków Głównego Urzędu Statystycznego, w 2014 r. aż 1,1 mln ludzi w Polsce pracowało jako tzw. samozatrudnieni (osoby fizyczne prowadzące pozarolniczą działalność gospodarczą, które nie zatrudniają żadnych pracowników), a 1,3 mln wykonywało pracę wyłącznie na podstawie umowy zlecenia lub umowy o dzieło³⁶.

Warto odnotować, że zdaniem Specjalnego Sprawozdawcy ONZ pojęcia „sygnalista” nie należy ograniczać do osoby świadczącej pracę. Ochroną powinny zostać objęte także inne osoby, które narażone są na negatywne konsekwencje z powodu ujawnienia informacji w interesie publicznym, np. pacjenci zgłaszający nieprawidłowości zaobserwowane w szpitalu czy studenci, a także uczniowie lub ich rodzice raportujący o nadużyciach w placówkach edukacyjnych³⁷. Tym, co łączy wymienione kategorie podmiotów, jest to, że znajdują się w pozycji sprzyjającej dostrzeganiu zagrożeń dla interesu publicznego, a jednocześnie są bardziej niż inni narażeni na dotkliwe działania odwetowe z uwagi na podporządkowanie w ramach tzw. władztwa zakładowego³⁸. Pod względem istotnych cech sygnalistów podmioty te są w sytuacji zbliżonej do osób zatrudnionych. Wydaje się zatem, że warto rozważyć, przynajmniej w dłuższej perspektywie, objęcie zakresem ochrony także użytkowników podporządkowanych w ramach zależności zakładowej.

34 Ibidem, pkt 3; Raport Specjalnego Sprawozdawcy ONZ, pkt 29.

35 Ibidem, pkt 45 memorandum wyjaśniającego.

36 Główny Urząd Statystyczny, *Wybrane zagadnienia rynku pracy. Dane za rok 2014*.

37 Raport Specjalnego Sprawozdawcy, pkt 29.

38 Co do pojęcia „władztwa administracyjnego” w doktrynie prawa administracyjnego zob. A. Bednarczyk, *Zależność zakładowa* [w:] *Prawo administracyjne w mechanizmie prawa*, J. Filipek (red.), Kraków 2012, s. 33-69, a także M. Wierzbowski (red.), *Prawo administracyjne*, Warszawa 2013, s. 113.

Zakres przedmiotowy. Ujawnienie jakich informacji powinno podlegać ochronie?

Zakres zjawisk, których ujawnienie podlega ochronie, powinien dotyczyć szerokiej kategorii działań i zaniechań zagrażających lub szkodzących interesowi publicznemu. Niecelowe byłoby ograniczenie ochrony wyłącznie do zdarzeń mających znamiona przestępstwa³⁹. Komitet Ministrów Rady Europy wskazuje, że zakres ochrony powinien obejmować co najmniej również „naruszenia praw człowieka, a także zagrożenie dla zdrowia publicznego, bezpieczeństwa i środowiska”⁴⁰. Podkreśla jednocześnie, że zakres przedmiotowy powinien być zrozumiały dla potencjalnych sygnalistów, tak by wiedzieli, jakie ujawnienia podlegają ochronie, i mogli podejmować świadome decyzje co do zgłoszeń⁴¹. Zalecane jest w związku z tym zamieszczenie katalogu precyzującego pojęcie zdarzeń zagrażających lub szkodzących interesowi publicznemu⁴². Poza wskazanym wyżej minimalnym obszarem Komitet Ministrów Rady Europy przytacza (niewyczerpującą) listę kategorii najczęściej występujących w istniejących regulacjach obejmującą: korupcję i działalność przestępczą; naruszenia prawa i regulacji administracyjnych; nadużycia władzy lub pełnionej funkcji publicznej; zagrożenia dla zdrowia publicznego, bezpieczeństwa żywności; zagrożenia dla środowiska; znaczącą niegospodarność podmiotów publicznych (w tym organizacji charytatywnych); znaczące marnotrawstwo funduszy publicznych; a także zatajanie któregokolwiek z wcześniej wymienionych⁴³.

Ważny interes państwa może uzasadniać szczególną regulację ujawniania niektórych informacji⁴⁴. Zgodnie z zasadą proporcjonalności odstępstwa te nie mogą jednak przekraczać granic koniecznych dla ochrony tego interesu, w szczególności niedopuszczalne byłoby ogólne wyłączenie spod ochrony pewnych kategorii podmiotów (np. żołnierzy czy funkcjonariuszy służb)

39 Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy, pkt 2; Raport Specjalnego Sprawozdawcy, pkt 32.

40 Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy, pkt 2.

41 Ibidem, pkt 44 memorandum wyjaśniającego.

42 Ibidem.

43 Ibidem, pkt 43 memorandum wyjaśniającego.

44 Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy, pkt 5; Raport Specjalnego Sprawozdawcy, pkt 43.

czy określonych informacji (np. wobec których nadano klauzulę „tajne” lub „ściśle tajne”)⁴⁵.

Podstawowe znaczenie dla określenia międzynarodowych standardów w tym obszarze mają tzw. Zasady z Tshwane, czyli „Globalne zasady dotyczące bezpieczeństwa narodowego i prawa do informacji” (dalej również: Zasady), opracowane przez 22 organizacje i ośrodki akademickie w porozumieniu z ponad 500 ekspertami z ponad 70 krajów. Zgodnie z tymi Zasadami, osoba ujawniająca opinii publicznej informacje utajnione ze względu na ważny interes bezpieczeństwa narodowego nie powinna ponieść kary, jeżeli: 1) informacje dotyczą nieprawidłowości dokonanych przez państwo; 2) osoba ta próbowała wcześniej zgłosić nieprawidłowości do właściwych organów, chyba że podjęcie skutecznego śledztwa nie było prawdopodobne lub zgłoszenie stwarzałoby poważne ryzyko zniszczenia dowodu lub podjęcia działań odwetowych wobec sygnalisty lub jakiegokolwiek innej osoby; 3) zakres ujawnionych informacji nie wykroczył poza to, co rozsądnie konieczne, by pokazać daną nieprawidłowość; 4) osoba ta żywiła uzasadnione przekonanie, że ujawnienie przyniesie więcej korzyści dla interesu publicznego niż zachowanie informacji w tajemnicy. Jednocześnie sygnalista nie powinien ponieść kary, nawet gdy ujawnienie nie spełnia wyżej wskazanych przesłanek, jeżeli korzyści dla interesu publicznego wynikające z ujawnienia przewyższają korzyści dla interesu publicznego płynące z zachowania tajemnicy⁴⁶.

Przed jakimi działaniami i jakimi środkami chronić sygnalistów?

Komitet Ministrów Rady Europy zaleca, by sygnaliści byli chronieni przed wszelkimi „środkami odwetowymi, niezależnie od formy, jakie przyjmują”⁴⁷, wymieniając przykładowo „zwolnienia, zawieszenia, degradacje, stratę możliwości awansu, karne przeniesienie na inne stanowisko, zmniejszanie wynagrodzenia lub potrącenie z wynagrodzenia, molestowanie czy wszelkie inne

karne lub dyscyplinarne sankcje”⁴⁸. Do wskazanej listy dołączyć można także ściganie na podstawie przepisów o zniesławieniu czy bezprawnym wyjawieniu tajemnicy⁴⁹, w tym tajemnicy państwowej⁵⁰.

Jako wzorzec w zakresie zakazu stosowania środków odwetowych może posłużyć instytucja ochrony członków zakładowej organizacji związkowej, przewidziana w art. 3 ustawy o związkach zawodowych. Zgodnie z tym przepisem nikt nie może ponosić ujemnych następstw z powodu przynależności do związku zawodowego (odpowiednio: z powodu kwalifikowanego ujawniania informacji). Przydatne mogłoby być również zamieszczenie listy przykładowych zakazanych środków odwetowych (ujemnych następstw), wzorowanej na otwartym katalogu naruszeń zasady równego traktowania zamieszczonym w art. 18^{3b} § 1 k.p., przez wskazanie następujących działań: odmowa nawiązania lub rozwiązanie stosunku pracy, niekorzystne ukształtowanie wynagrodzenia za pracę lub innych warunków zatrudnienia albo pominięcie przy awansowaniu lub przyznawaniu innych świadczeń związanych z pracą, pominięcie przy typowaniu do udziału w szkoleniach podnoszących kwalifikacje zawodowe. Za działanie odwetowe należałoby także uznać molestowanie w rozumieniu art. 18^{3a} § 5 pkt 2 k.p.⁵¹

Skuteczna ochrona powinna obejmować też gwarancje odnoszące się do pośrednich środków odwetowych⁵². Za takie może być uznane nie tylko zachęcanie innych osób do szykanowania jednostek zgłaszających nieprawidłowości (analogicznie do zakazu działań polegających na zachęcaniu innej osoby do naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu lub nakazaniu naruszenia tej zasady z art. 18^{3a} § 5 pkt. 1 k.p.), ale także zachowanie wymierzone w rodzinę sygnalisty⁵³. W tym

48 Ibidem.

49 Raport Specjalnego Sprawozdawcy, pkt 41.

50 Wyrok ETPC z 8 stycznia 2013 r. w sprawie *Bucur i Toma p. Rumunii*, skarga nr 40238/02.

51 Def. niepożądane zachowanie, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika i stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery.

52 Raport Specjalnego Sprawozdawcy, pkt 41.

53 Ibidem. Ochrona przed działaniami odwetowymi wymierzonymi w rodzinę sygnalisty opierałaby się na podobnej konstrukcji prawnej co ochrona przed dyskryminacją przez asocjacje (zob. wyrok Trybunału

45 Raport Specjalnego Sprawozdawcy, pkt 45. Podkreśliło to również Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy w rezolucji nr 2060 z 23 czerwca 2015 r. w sprawie wzmocnienia ochrony sygnalistów.

46 Zasady z Tshwane, *passim*; Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy, pkt 47.

47 Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy, pkt 21.

zakresie celowe byłoby także wprowadzenie odpowiedzialności pracodawcy za działania odwetowe dokonane przez jego pracowników na zasadach podobnych do przewidzianych przez przepisy antymobbingowe (tj. art. 94³ k.p.). Oznaczałoby to, że na pracodawcy ciążyłby obowiązek przeciwdziałania zachowaniom odwetowym za ujawnianie nieprawidłowości. W przypadku gdyby sygnalista doznał ujemnych następstw ze strony współpracowników, mógłby dochodzić zadośćuczynienia od pracodawcy, chyba że ten wykazałby, że podjął wcześniej realne kroki mające na celu przeciwdziałanie działaniom odwetowym, i oceniając te kroki z obiektywnego punktu widzenia, da się potwierdzić ich potencjalną pełną skuteczność⁵⁴. Rozwiązanie tego typu jest wskazywane w Rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy jako jeden ze sposobów zachęcania pracodawców do wprowadzania wewnętrznych mechanizmów raportowania⁵⁵.

Komitet Ministrów Rady Europy podkreśla, że szybka reakcja organów państwa na działania odwetowe ma kluczowe znaczenie dla zapewnienia rzeczywistej ochrony sygnalistom⁵⁶. Realizacji tego celu mogłoby posłużyć zastosowanie przynajmniej niektórych instytucji przewidzianych dla postępowania sądowego w sprawach z zakresu prawa pracy. Szczególnie przydatna mogłaby być zasada szybkości postępowania zawarta m.in. w 467 § 1 oraz art. 471 Kodeksu postępowania cywilnego (dalej: k.p.c.), zgodnie z którymi przewodniczący ma obowiązek niezwłocznie zbadać sprawę po jej wniesieniu, a termin rozprawy powinien być wyznaczony tak, aby od daty zakończenia czynności wyjaśniających – a jeżeli nie podjęto tych czynności, od daty wniesienia pozwu lub odwołania – do rozprawy nie upłynęło więcej niż dwa tygodnie, chyba że zachodzą niedające się usunąć przeszkody. Odpowiednio krótki czas reakcji organów państwa mógłby gwarantować również obowiązek nadania

wyrokowi udzielającemu ochrony sygnaliście rygoru natychmiastowej wykonalności już w I instancji, przynajmniej w pewnym zakresie, tak jak ma to miejsce w przypadku wyroków zasądających należność pracownika w sprawach z zakresu prawa pracy (art. 477² k.p.c., zob. też art. 477⁶ § 1 KPC i art. 477⁶ § 3 k.p.c.).

W Rekomendacji Komitetu Ministrów Rady Europy zwraca się uwagę na możliwości skorzystania ze środków tymczasowych (*interim measures*), które pozwoliłyby zapewnić ochronę sygnalistom jeszcze przed prawomocnym zakończeniem postępowania sądowego⁵⁷. W pewnym zakresie pomocne mogłoby być tu odpowiednie zastosowanie art. 477² § 2 k.p.c., zgodnie z którym uznając wypowiedzenie umowy o pracę za bezskuteczne, sąd na wniosek pracownika może w wyroku nałożyć na zakład pracy obowiązek dalszego zatrudnienia pracownika do czasu prawomocnego rozpoznania sprawy. Wydaje się, że odpowiedni środek przewiduje też instytucja zabezpieczenia roszczenia z art. 755 k.p.c., na którego podstawie sąd mógłby przed zakończeniem postępowania nałożyć obowiązek dalszego zatrudnienia zwolnionego sygnalisty (o ile ten uprawdopodobniłby swoje roszczenie). Należy jednak zauważyć, że w dotychczasowej praktyce sądów pracy przepis ten był stosowany w bardzo ograniczonym zakresie; w szczególności sądy nie wykorzystywały go do zabezpieczenia roszczeń zwolnionych członków zakładowych organizacji związkowych⁵⁸.

Ponadto istotnym środkiem ochrony wydaje się możliwość uzyskania odszkodowania w przypadku naruszenia zakazu stosowania środków odwetowych za ujawnianie informacji. Rozwiązanie to mogłoby być wzorowane na prawie do odszkodowania w razie naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu, przewidzianym w art. 18^{3d}. Prawo to w przeciwieństwie do prawa do odszkodowania za nieuzasadnione wypowiedzenie umowy o pracę nie ma sztywnej górnej granicy i zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego powinno być skuteczne, proporcjonalne i odstrasające⁵⁹.

Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 17 lipca 2008 r. w sprawie C-303/06, *Sharon Coleman p. kancelarii prawnej Attridge Law*). W przypadku sygnalistów dotyczyłoby to np. sytuacji, gdy w związku z ujawnieniem nieprawidłowości przez pracownika urzędu gminy nastąpiłoby pogorszenie warunków pracy jego żony zatrudnionej w szkole prowadzonej przez daną gminę.

54 Zob. *mutatis mutandis* wyrok Sądu Najwyższego z 3 sierpnia 2011 r., sygn. akt I PK 35/11.

55 Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy, pkt 64 memorandum wyjaśniającego

56 Ibidem, pkt 89.

57 Ibidem, pkt 25

58 E. Podgórska-Rakiel, *Nakazanie zatrudniania związkowca do czasu uzyskania wyroku*, „Tygodnik Solidarność”, 5 lipca 2014, dostępny na: <http://solid.org.pl/nakazanie-zatrudniania-zwiazkowca-do-czasu-uzyskania-wyroku> (dostęp: 5 stycznia 2017).

59 Wyrok Sądu Najwyższego z 17 stycznia 2009 r., sygn. akt III PL 43/08.

Ważnym proceduralnym aspektem zapewnienia skuteczności ochrony jest rozkład ciężaru dowodu w sprawach dotyczących represji wobec sygnalistów. Komitet Ministrów Rady Europy zaleca, by w sytuacji, gdy sygnalista uprawdopodobni, że doświadcza działań odwetowych z powodu ujawnienia informacji w dobrej wierze, na sprawcy powinien spoczywać obowiązek udowodnienia, że działania te nie miały miejsca lub nie były związane z ujawnieniem⁶⁰. Takie rozwiązanie jest już stosowane w polskim systemie prawnym w sprawach dotyczących równego traktowania w zatrudnieniu (art. 18^{3b} k.p.).

Formę ochrony daje także zasada poufności, z której wynika prawo sygnalisty do zachowania jego danych osobowych do wyłącznej wiadomości podmiotu przyjmującego zgłoszenie⁶¹. Jest to podstawowy środek ochrony prewencyjnej, która ma nie tyle stanowić reakcję na działanie odwetowe, co zapobiegać ich wystąpieniu. Specjalny Sprawozdawca zaleca przy tym, by bezprawne ujawnienie danych sygnalisty bez jego zgody było kwalifikowane jako forma działania odwetowego, za które sprawca powinien ponieść odpowiedzialność⁶².

Procedura zgłaszania nieprawidłowości

Dla skutecznej ochrony kluczowe jest odpowiednie unormowanie zdarzenia definiującego sytuację prawną sygnalisty, czyli czynności zgłoszenia nieprawidłowości. Zasadniczo można wyróżnić trzy podstawowe cechy, jakie powinien spełniać system przyjmowania zgłoszeń odpowiadający międzynarodowym standardom: 1) przejrzystość (jednostka powinna wiedzieć, komu może zgłosić nieprawidłowości); 2) skuteczność (system powinien sprzyjać zapobieganiu, minimalizowaniu lub naprawianiu zdarzeń szkodzących interesowi publicznemu, a także pociąganiu do odpowiedzialności ich sprawców); 3) bezpieczeństwo (system powinien zapobiegać działaniom odwetowym, a w razie ich wystąpienia zapewniać, że sprawcy poniosą odpowiedzialność). Ogólny cel polega zatem na stworzeniu warunków, które będą zachęcać do swobodnego informowania o dostrzeganych

nieprawidłowościach godzących w interes publiczny i jednocześnie sprzyjać rozwiązywaniu ujawnionych problemów.

Konkretne okoliczności spraw sygnalistów mogą się znacznie różnić i wymagać odmiennych mechanizmów, istnieje zatem potrzeba stworzenia różnych dróg zgłaszania informacji⁶³. Powszechnie wyróżnia się trzy zasadnicze kanały, które mogą posłużyć do ujawnienia zagrożeń dla interesu publicznego: 1) zgłoszenie w ramach organizacji, w której zatrudniony jest sygnalista i ma miejsce dostrzeżona przez niego nieprawidłowość; 2) zgłoszenie do organów publicznych (w szczególności organów regulacyjnych i nadzorczych, organów ścigania czy organów kontroli państwowej i ochrony prawa) oraz 3) ujawnienie opinii publicznej, np. za pośrednictwem mediów lub parlamentarzystów⁶⁴. Komitet Ministrów zaleca wprowadzenie rozwiązań zachęcających do korzystania co do zasady z dwóch pierwszych dróg (zgłoszenia wewnętrzne i do organów publicznych)⁶⁵. Dopuszcza także, że w sytuacji gdy pracodawca wprowadził wewnętrzny system raportowania, a sygnalista przekazał informacje opinii publicznej, nie korzystając w tego wewnętrznego mechanizmu, okoliczność ta może wpływać na przyznany zakres ochrony⁶⁶. W Rekomendacji Komitetu Ministrów podkreśla się jednak, że ochroną powinny być objęte zgłoszenia dokonane przy pomocy każdego ze wskazanych trzech kanałów⁶⁷. Trzy drogi ujawniania nieprawidłowości nie stanowią kolejnych stopni o sztywno ustalonym priorytecie – o tym, który kanał jest właściwy, decydują okoliczności konkretnej sprawy⁶⁸. Zachęcanie do korzystania z dwóch pierwszych dróg ma przede wszystkim uzasadnienie praktyczne – podmioty te są „bliżej” problemu i dlatego często mogą sprawnie zbadać zgłaszane nieprawidłowości i skutecznie zapobiec ich dalszemu rozwojowi już na wczesnym etapie⁶⁹. Celem takiej quasi-hierarchii powinno być zatem

63 Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy, pkt 67 memorandum wyjaśniającego.

64 Zob. np. Raport Specjalnego Sprawozdawcy, pkt 35; *G20 Anti-Corruption Action Plan Protection of Whistleblowers Study*, pkt 29; Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy, pkt 14.

65 Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy, pkt 17.

66 Ibidem, pkt 24.

67 Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy, pkt 67 memorandum wyjaśniającego.

68 Ibidem, pkt 61 memorandum wyjaśniającego.

69 Ibidem, pkt 67 memorandum wyjaśniającego.

60 Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy, pkt 26 i pkt 88 memorandum wyjaśniającego.

61 Ibidem, pkt 69 memorandum wyjaśniającego.

62 Raport Specjalnego Sprawozdawcy, pkt 39.

skuteczne reagowanie na zgłaszane nieprawidłowości, a nie utrudnianie ujawniania informacji⁷⁰.

W tym zakresie można odnieść wrażenie, że istnieje pewna różnica między zaleceniami Komitetu Ministrów Rady Europy i linią orzeczniczą ETPC. Trybunał konsekwentnie podkreśla, że z uwagi na ciężący na zatrudnionych obowiązek dyskrecji informacje o nieprawidłowościach powinny być w pierwszej kolejności przekazane przełożonemu lub innemu właściwemu organowi. Dopiero jeżeli taka droga byłaby w oczywisty sposób niepraktyczna, informacja może zostać ujawniona opinii publicznej⁷¹. Innymi słowy, wydaje się, że Trybunał zasadniczo uzależnia udzielenie ochrony sygnaliście od faktu skorzystania przez niego najpierw z procedur wewnętrznych, dopuszczając jednak w pewnych sytuacjach objęcie ochroną osoby, która od razu ujawniła nieprawidłowości szerszej publiczności. Tymczasem Komitet Ministrów Rady Europy zasadniczo zaleca objęcie ochroną każdego sygnalizowania zagrożeń dla interesu publicznego, dopuszczając jednak, że fakt ujawnienia informacji na zewnątrz, z pominięciem procedur wewnętrznych ustanowionych przez pracodawcę, może wpływać na poziom ochrony przyznany sygnaliście⁷². Dotychczasowa praktyka ETPC wskazuje jednak na dość szeroką interpretację przesłanki „oczywistej niepraktyczności” skorzystania w pierwszej kolejności z procedur wewnętrznych. Trybunał uznawał bowiem, że ujawnienie informacji opinii publicznej było uzasadnione, kiedy przełożony pozostawał bezczynny mimo wiedzy o nieprawidłowościach⁷³ lub gdy wcześniejsze zgłoszenia skierowane do przełożonego dotyczące podobnych zagrożeń nie prowadziły do podjęcia odpowiednich działań⁷⁴, a także gdy dostrzeżone nieprawidłowości dotyczyły bezpośrednio działań przełożonych⁷⁵. W praktyce podejścia Trybunału i Komitetu Ministrów są zatem zbliżone. Pewne różnice w stawianiu akcentów wynikają być może z tego, że Komitet Ministrów wydaje się bardziej obawiać, że nazbyt sztywne określenie kolejności sygnalizowania stwarzałyby pole do nadużyć dla pracodawców.

70 Ibidem, pkt 61 memorandum wyjaśniającego.

71 *Guja p. Mołdawii*, § 73.

72 Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy, pkt 24.

73 *Guja p. Mołdawii*, § 82.

74 *Heinisch p. Niemcom*, § 74.

75 *Bucur i Toma p. Rumunii*, § 97.

Międzynarodowe standardy nie przesądzają jednoznacznie o modelu przyjmowania zgłoszeń przez organy publiczne, tj. o tym, czy państwo powinno wyznaczyć jeden podmiot o takich kompetencjach, czy też nałożyć obowiązek przyjmowania informacji od sygnalistów na większą liczbę organów. Choć za pierwszym rozwiązaniem mogłyby przemawiać do pewnego stopnia względy przejrzystości konstrukcji, wydaje się, że lepszym rozwiązaniem jest drugi model. Charakter zgłaszanych nieprawidłowości może się wszak znacząco różnić: mogą one dotyczyć np. zagrożeń dla środowiska naturalnego, zdrowia publicznego, praw pracowniczych czy szerzej – praw człowieka. Wydaje się zatem, że z uwagi na skuteczność systemu bardziej racjonalnym rozwiązaniem byłoby dopuszczenie do przyjmowania zgłoszeń przez szereg podmiotów dysponujących wiedzą i kompetencjami do zbadania i ewentualnie naprawienia ujawnionych nieprawidłowości (np. Państwowa Inspekcja Pracy, Rzecznik Praw Obywatelskich, Inspekcja Ochrony Środowiska czy NIK). Klarowność systemu przy mnogości organów publicznych właściwych do przyjmowania zgłoszeń można zapewnić przez wprowadzenie jednolitej procedury postępowania ze zgłoszeniami i reguły, że w sytuacji gdy jednostka przekaze informacje do niewłaściwego podmiotu, ten poinformuje ją o odpowiednim odbiorcy. Należy przy tym pamiętać, że zwiększeniu liczby obowiązków organów, które potencjalnie najczęściej będą przyjmowały zgłoszenia od sygnalistów (jak np. wyżej wskazane), powinno towarzyszyć przydzielenie odpowiednio większych środków z budżetu, inaczej system nie będzie skuteczny⁷⁶.

Badania empiryczne wskazują, że główną przyczyną niepodjęcia działań przez potencjalnych sygnalistów jest przekonanie, że zabranie przez nich głosu niczego nie zmieni. Dopiero na drugim miejscu wymieniane są obawy przed działaniami odwetowymi⁷⁷. Dlatego procedura przyjmowania informacji od sygnalistów przez organy publiczne powinna przewidywać odpowiedni termin na rozpatrzenie zgłoszenia przez organ i nakładać obowiązek każdorazowego poinformowania

76 Ibidem, pkt 75 memorandum wyjaśniającego.

77 T. Devine, *Whistleblowing in the United States: The gap between vision and lessons learned* [w:] *Whistleblowing Around the World: Law, Culture and Practice*, G. Dehn R. Calland (red.), Londyn 2004.

ujawniającego o sposobie załatwienia zgłoszonego problemu, a także co do zasady zweryfikowania informacji⁷⁸.

Odnosnie do procedur wewnętrznych Komitet Ministrów Rady Europy zaleca wprowadzanie mechanizmów zachęcających pracodawców do przyjęcia procedur, nie przesądzając przy tym o ich formie, a jedynie wskazując na dobre praktyki w tym zakresie⁷⁹. Zalicza do nich: wdrożenie skutecznego mechanizmu raportowania w celu zmniejszenia wymiaru kary lub wysokości odszkodowania za szkodę wyrządzoną interesowi publicznemu; określenie dobrych praktyk, których wdrożenie nie będzie obowiązkowe przez podmioty prywatne pod warunkiem publicznego wyjaśnienia ich niezastosowania (instytucja „zastosuj się lub wyjaśnij” – *comply or explain*); a także nałożenie na pracodawcę odpowiedzialności odszkodowawczej za działania odwetowe podjęte wobec sygnalisty przez współpracowników⁸⁰.

Forma regulacji. Odrębna ustawa czy nowelizacja wielu aktów?

Zarówno Komitet Ministrów Rady Europy, jak i Specjalny Sprawozdawca ONZ pozostawiają poszczególnym państwom decyzję co do miejsca regulacji i techniki legislacyjnej. Instytucje te jednocześnie akcentują funkcjonalność projektowanych przepisów: niezależnie od wybranej formy, ochrona powinna stanowić „kompleksową i spójną całość”⁸¹. Z racji tego, że zalecany zakres podmiotowy wykracza poza kategorię pracownika w rozumieniu polskiego prawa pracy, nie wydaje się, by uzasadnione było wprowadzenie tej instytucji do k.p. Dla adresatów bardziej zrozumiałe byłoby uregulowanie ochrony sygnalistów w odrębnej ustawie.

Czy powstanie ustawa o ochronie sygnalistów?

Debata nad wzmocnieniem ochrony sygnalistów toczy się w Polsce od wielu lat – Fundacja Batorego prowadzi szeroko zakrojoną działalność rzeczniczą w tym obszarze już od 2008 r.⁸²; Rzecznik

Praw Obywatelskich skierował pierwsze pismo w tej sprawie już w roku 2009⁸³. Dotychczas decydenci stali na stanowisku, że nie ma potrzeby wprowadzenia dodatkowej ochrony dla osób zgłaszających nieprawidłowości⁸⁴. Pewna zmiana nastąpiła w sierpniu 2016 r., gdy Ministerstwo Sprawiedliwości ogłosiło, że rozważy podjęcie prac legislacyjnych zmierzających do wzmocnienia ochrony sygnalistów. Ministerstwo zwróciło się z prośbą o zajęcie stanowiska w sprawie kształtu przyszłej regulacji do szerokiego grona interesariuszy: związków zawodowych, organizacji pracodawców, a także do organizacji pozarządowych, w tym HFPC⁸⁵. Na uwagę zasługuje fakt, że nadesłane pismo zawiera szczegółowy kwestionariusz obszernie odwołujący się do ustawodawstw zagranicznych oraz zaleceń Rady Europy.

Ministerstwo Sprawiedliwości nie informowało o dalszych działaniach legislacyjnych ani o wynikach konsultacji. W rozmowie z „Dziennikiem Gazetą Prawną” wiceminister sprawiedliwości Łukasz Piebiak tłumaczył, że ochrona sygnalistów ma charakter interdyscyplinarny i dlatego decyzja, który resort będzie pilotował prace legislacyjne, musi zapaść na poziomie rządu⁸⁶. Na razie nic nie wskazuje, by decyzja taka już zapadła.

Konrad Siemaszko jest prawnikiem Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce HFPC.

83 Wystąpienia Rzecznika Praw Obywatelskich z 30 marca 2009 r. do Ministra Pracy i Polityki Społecznej (sygn. RPO-606960-III/09/RP/AF)

84 Zob. np. Odpowiedź Ministerstwa Pracy i Polityki Społecznej z 29 kwietnia 2009 r. na wystąpienie RPO z 30 marca 2009 r. czy Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Pracy i Polityki Społecznej na interpelację nr 4572 w sprawie problemu tzw. Sygnalistów.

85 W odpowiedzi na pismo Ministerstwa Sprawiedliwości, swoje stanowisko przedstawiła także Fundacja Batorego we wspólnym stanowisku z Forum Związków Zawodowych: http://fzz.org.pl/upload/files/6025975Odpowiedz%20Fundacji%20i%20FZZ%20na%20pismo%20MS_v29.08.2016.pdf (dostęp: 5 stycznia 2017); por. również A. Wojciechowska-Nowak, *Założenia do ustawy o ochronie osób sygnalizujących nieprawidłowości w środowisku zawodowym. Jak polski ustawodawca może czerpać z doświadczeń państw obcych*, Warszawa 2012.

86 E. Ivanova, *Rząd zdecyduje, który resort zajmie się sygnalistami*, „Dziennik Gazeta Prawna”, 5 września 2016 r.

78 Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy, pkt 19-20.

79 Ibidem, pkt 15.

80 Rekomendacja Komitetu Ministrów Rady Europy, pkt 75 memorandum wyjaśniającego.

81 Ibidem, pkt 29 memorandum wyjaśniającego.

82 Zob. www.sygnalista.pl (dostęp: 5 stycznia 2017).



Dostęp do nowoczesnej edukacji dla osób osadzonych w zakładach karnych

Oliwia Sentysz

Prawo do nauki jest jednym z podstawowych praw przysługujących jednostce. Możliwość jego realizacji zawarta jest w ramach krajowego porządku prawnego w art. 70 Konstytucji RP. W wymiarze międzynarodowym pojawia się w art. 26 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. Prawo to powinno być realizowane bez względu na sytuację życiową jednostki, a w szczególności bez względu na fakt odbywania kary pozbawienia wolności. Na podstawie spraw rozpatrywanych przez Program Interwencji Prawnej Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka (dalej: HFPC) można wysnuć wniosek, że o ile dostęp do podstawowych form edukacji w polskich zakładach karnych nie jest ograniczony, o tyle możliwość korzystania z interaktywnych metod nauki jest prawie niedostępna dla indywidualnych osadzonych. W dalszej części artykułu opisano jedną ze spraw, w których Fundacja brała udział – ilustruje ona problemy osadzonych z dostępem m.in. do komputerów używanych w celach edukacyjnych.

Prośby osadzonego o dostęp do komputera

W ramach monitorowania realizacji podstawowych praw przysługujących osobom osadzonym HFPC podejmowała kilkukrotnie interwencje w sprawie R.A. osadzonego w zakładzie karnym. W przeszłości Fundacja również zajmowała się podobnymi sprawami związanymi z brakiem dostępu do różnych form edukacji, ta jednak w sposób szczególny wzbudziła zainteresowanie. Mężczyzna w listach do Fundacji opisał problem związany z uzyskaniem zgody na posiadanie komputera w celi. HFPC skierowała pismo do dyrektora zakładu karnego, w którym poparła prośbę osadzonego. Na powyższą interwencję otrzymała odpowiedź odmowną, w której powołano się przede wszystkim na fakultatywność wyrażenia wspomnianej zgody. Dodatkowo szczególną

uwagę HFPC zwróciły argumenty powołane przez dyrekcję zakładu karnego zarówno w pierwszej, jak i drugiej odmowie udzielenia zezwolenia na posiadanie komputera w celi. Wskazywały one bowiem na potencjalne naruszenie standardów wykonywania kary pozbawienia wolności w kontekście prawa do edukacji osób osadzonych.

Pan R.A. w dniu 29 czerwca 2015 r. złożył prośbę do dyrektora zakładu karnego o wydanie zezwolenia na posiadanie w celi mieszkalnej komputera. Swój wniosek argumentował tym, że po zakończeniu odbywania kary chciałby podjąć działalność gospodarczą polegającą na świadczeniu usług z zakresu transportu i spedycji. Do prowadzenia tego typu przedsiębiorstwa potrzebna będzie mu wiedza specjalistyczna, którą chce zdobywać podczas pobytu w jednostce. Ze względu na postęp technologiczny i rozwój nauki w tych dziedzinach jedyną możliwością pogłębiania wiedzy jest w tym wypadku korzystanie z komputera z odpowiednim oprogramowaniem. Na powyższy wniosek otrzymał odpowiedź odmowną. Dyrektor wskazał, że posiadanie w celi przez osadzonego komputera będzie zagrożeniem dla „bezpieczeństwa ochronnego jednostki”. Należy zauważyć, że R.A. we wniosku o udzielenie zgody zaznaczył, iż wszelki dostarczony mu sprzęt będzie pozbawiony funkcji pozwalających na jakąkolwiek łączność czy dystrybucję informacji. We wskazanej powyżej odpowiedzi dyrektora powołano się również na fakt, że sprzęt komputerowy nie został wymieniony jako dozwolony w Regulaminie.

W wyniku analizy sprawy R.A. HFPC skierowała do dyrektora pismo, w którym poparła wniosek osadzonego oraz podkreśliła, że postawy związane z kształceniem powinny być jednoznacznie promowane. Dodatkowo wskazano także, odwołując się m. in. do regulacji z art. 110a § 2 Kodeksu karnego wykonawczego

(dalej: k.k.w.), że regulamin funkcjonowania zakładu musi być zgodny z przepisami rangi ustawowej i nie powinien zabraniać więcej niż te przepisy. Dyrekcja odniosła się do interwencji HFPC. W odpowiedzi dyrektor stwierdził, że zgodnie z obowiązującym stanem prawnym decyzja o zezwoleniu na posiadanie komputera w celi ma charakter wyłącznie fakultatywny. Ogólna przesłanka zachowania bezpieczeństwa jednostki penitencjarnej została wytłumaczona faktem, iż „zgoda na użytkowanie przez osadzonego w celi mieszkalnej sprzętu komputerowego oznaczałaby, że taki sprzęt musiałby być poddawany szczególnym procedurom kontrolnym, i to takim samym, jakim poddawany jest sprzęt RTV będący w posiadaniu skazanych”. Mimo że R.A. zapewniał, że sprzęt będzie w pełni dostosowany do wymogów zakładu karnego i zostanie każdorazowo udostępniony do kontroli, nadal nie ma on możliwości posiadania w celi prywatnego komputera. Szczególną uwagę HFPC zwróciła argumentacja, że skoro osadzony nie posłużył się żadnymi dokumentami potwierdzającymi chęć założenia działalności gospodarczej, to nie wykazał dostatecznie woli podjęcia tego typu pracy po wyjściu z zakładu karnego. Co więcej, poradzono R.A. rozważenie podjęcia edukacji w wymaganym kierunku, pomimo że był to główny powód złożenia wspomnianego wniosku przez osadzonego.

Regulacje prawne dotyczące nowoczesnej edukacji osadzonych

Rozważając problematykę dostępu do sprzętu komputerowego w warunkach zakładów karnych, należy zwrócić szczególną uwagę na fakt, że zgodnie z art. 110a § 2 k.k.w. „dyrektor zakładu karnego może zezwolić skazanemu na posiadanie w celi sprzętu audiowizualnego, komputerowego oraz innych przedmiotów, w tym także podnoszących estetykę pomieszczenia lub będących wyrazem kulturalnych zainteresowań skazanego, jeżeli posiadanie tych przedmiotów nie narusza zasad porządku i bezpieczeństwa obowiązujących w zakładzie karnym”. Decyzja o wydaniu zgody mieści się oczywiście w kompetencjach dyrektora zakładu karnego, jednak nie może być ona wydawana na podstawie regulaminu wewnętrznego zawężającego krąg przedmiotów, które mogą znaleźć się w celi. Każdy wniosek o posiadanie tego typu sprzętu powinien być rozpatrywany

indywidualnie, po wnikliwej analizie danego przypadku. Regulamin wewnętrzny ma jedynie doprecyzować warunki, zwracając szczególną uwagę na bezpieczeństwo; nie może on jednak zabraniać posiadania większej liczby przedmiotów niż te wymienione wprost w Kodeksie karnym wykonawczym. Należy także zauważyć, że istnienie w zakładzie karnym ogólnodostępnego pomieszczenia wyposażonego w taki sprzęt nie wpływa na uprawnienie przyznane skazanemu przez art. 110a § 2 k.k.w. Co więcej, jeśli sprzęt elektroniczny pozbawiony możliwości łączności jest ogólnodostępny, szczególnie istotne jest uzasadnienie decyzji dyrektora zakładu karnego o braku możliwości posiadania sprzętu komputerowego w konkretnej celi.



Nie można także pominąć tego, że możliwość realizacji prawa do nauki jest uznana za podstawowe prawo jednostki, m.in. przez art. 70 Konstytucji RP oraz art. 26 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. Prawa te powinny być interpretowane jako stwarzanie obywatelom możliwości kształtowania własnego rozwoju w każdych warunkach – także w przypadku izolacji więziennej. Ponadto zaznacza się również w aktach *soft law*, że: „każde pozbawienie wolności jest prowadzone tak, by ułatwić osobom pozbawionym wolności reintegrację w wolnym społeczeństwie” (art. 6 Europejskich Reguł Więziennych). Niewątpliwie więc elementem reintegracji jest umożliwienie uzupełniania kwalifikacji i edukacji.



W sposób szczególny należy zwrócić uwagę na argumentację osadzonego w przytoczonej sprawie – dotyczyła ona chęci podjęcia działalności gospodarczej po opuszczeniu jednostki. Należy zgodzić się z poglądem, że chęć pracy i kształcenia się jest elementem pozytywnie wpływającym na resocjalizację skazanego. Nie sposób nie zauważyć, iż kodeks karny wykonawczy w art. 67 wskazuje wprost, że „wykonywanie kary pozbawienia wolności ma na celu wzbudzenie w skazanym woli współdziałania w kształtowaniu jego społecznie pożądanых postaw, w szczególności poczucia odpowiedzialności oraz potrzeby przestrzegania porządku prawnego i tym samym powstrzymywania się od powrotu do przestępstwa”. Warunki, w których przebywa osadzony, powinny stwarzać mu możliwość wypełniania przesłanek zawartych w powołanym przepisie. Chęć pogłębiania wiedzy mającej być podstawą do kreowania swojej przyszłości poza zakładem karnym powinna być zatem promowana i nagradzana. W związku z tym minimum wymaganym przy decyzji odmownej dotyczącej dostępu do komputera jest należyte umotywowanie rozstrzygnięcia. Nie jest w tym wypadku wystarczające zacytowanie brzmienia art. 110a § 2 k.k.w., jak miało to miejsce w sprawie R.A.

Należy podkreślić, że dostęp do sprzętu komputerowego osób osadzonych w zakładach karnych jest przedmiotem bieżącej analizy Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W wyroku

w sprawie *Kalda p. Estonii*¹ Trybunał stwierdził, że osoby osadzone nie mogą napotykać ograniczeń związanych z korzystaniem ze stron internetowych zawierających porady prawne. Tym samym ukazał w linii orzeczniczej, że łączność internetowa (nawet w ograniczonym zakresie) powinna być dostępna osobom odbywającym karę pozbawienia wolności. Skoro więc Trybunał przyznaje osadzonym prawo dostępu do internetu, to tym bardziej należy rozważyć możliwość korzystania z komputera pozbawionego możliwości łączności internetowej. Warto więc zauważyć, że w obecnym stanie prawnym ETPC rozpatruje problem dostępu osadzonych do internetu przy założeniu posiadania odpowiedniego sprzętu. Skoro bowiem Trybunał stwierdza, że tego typu łączność ma być standardem, to tym bardziej nie powinno stanowić problemu uzyskanie dostępu do sprzętu komputerowego niepodłączonego do sieci. Należy jednak zaznaczyć, że w sprawie estońskiej dostęp ten był badany pod kątem prawa do informacji, nie zaś prawa do edukacji.

W związku z przedstawionymi standardami prawnymi zawartymi zarówno w ustawodawstwie krajowym, jak i w orzecnictwie Trybunału warto rozważyć, w jakim zakresie osadzeni w zakładach karnych korzystają w sposób rzeczywisty ze swojego prawa do edukacji. Należy bowiem pamiętać, że realizacja tego prawa powinna mieć charakter realny, który w przypadku edukacji jest związany z rozszerzaniem zakresu korzystania z nowych, dostępnych pomocy naukowych. Na przykładzie sprawy R.A. można natomiast stwierdzić, że realia polskich jednostek penitencjarnych w zakresie dostępu do sprzętu informatycznego nie są na poziomie pozwalającym na powszechne korzystanie z nowych form edukacji.

Oliwia Sentysz jest prawniczką w Programie Interwencji Prawnej, gdzie zajmuje się sprawami karnymi i skargami osób osadzonych, aplikantka adwokacka.

¹ Wyrok ETPC z dnia 19 stycznia 2016 r. w sprawie *Kalda p. Estonii*, skarga nr 17429/10.

Problem cyberprzemocy i nękania kobiet w internecie

Zuzanna Warso



Atakowanie kobiet w internecie nie jest zjawiskiem nowym, jednak nawet pobieżna obserwacja internetowej rzeczywistości pozwala stwierdzić, że na przestrzeni ostatnich kilku miesięcy przybrało ono na sile¹. W Polsce było to związane z tzw. kryzysem uchodźczym – aktywistki i obrończynie praw człowieka, które zabierały głos w debacie publicznej, były ofiarami licznych internetowych ataków – a także z protestami i dyskusją publiczną na temat zakazu aborcji.

Cyberprzemoc i nękanie kobiet w internecie przyjmuje różne formy: seksistowskich komentarzy, gróźb, pochwalania przemocy czy też publikowania intymnych materiałów bez zgody osoby, której dotyczą. Celem tych zachowań jest ośmieszenie, poniżenie lub zastraszenie kobiet.

Między 2000 a 2012 r. 72,5% przypadków nękania udokumentowanych przez amerykańską organizację Working to Halt Online Abuse dotyczyło kobiet. Z kolei badacze z Uniwersytetu Maryland jeszcze w 2006 r. przeprowadzili eksperyment, z którego wynika, że na zakładane na internetowych czatach konta, które mają „kobiecy” nazwy, dziennie wpływało 100 wiadomości o charakterze seksualnym lub zawierających pogroźki. Na konta o niejednoznacznych nazwach przychodziło średnio 25 takich wiadomości, a o nazwach „męskich” – 3,7².

W Polsce wciąż brakuje kompleksowych badań dotyczących różnych form przemocy i nękania kobiet w internecie, jednak



według danych zebranych w 2014 r. przez Fundację Feminoteka cyberprzemocy doświadczyło 37% uczennic i 25% uczniów gimnazjów i liceów. Najczęstszymi formami było upokarzanie, nękanie niechcianą komunikacją i zastraszanie³. Z kolei z badania Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej wynika, że ofiarami napastowania seksualnego dokonanego za pomocą nowych technologii (ang. *cyberharassment*)⁴ padło 7% respondentek z Polski⁵. Wyniki badania Agencji Praw Podstawowych wskazują ponadto, że problem cyberprzemocy częściej występuje wśród osób młodszych.

3 Fundacja Feminoteka, *Bądź bezpieczna w sieci*, Warszawa 2014, <http://feminoteka.pl/wp-content/uploads/2014/10/Poradnik-antycyberprzemocowy-dla-os%C3%B3b-pracuj%C4%85cych-z-m%C5%82o-dzie%C5%BC%C4%85.pdf> (dostęp: 2 stycznia 2017).

4 Pod pojęciem „nękania seksualnego dokonanego za pomocą nowych technologii” rozumiano otrzymywanie niechcianych e-maili lub SMS-ów o treści erotycznej oraz niestosowne/niechciane zainteresowanie w mediach społecznościowych (ang. ‘*unwanted sexually explicit emails or SMS messages*’ and ‘*inappropriate advances on social networking websites*’).

5 European Union Agency for Fundamental Rights, *Violence against women: an EU-wide survey*, 2014, http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-main-results-apr14_en.pdf (dostęp: 2 stycznia 2017).

1 Na temat niedawnych incydentów zob. Z. Warso, *Ludzie, którzy nienawidzą kobiet*, <http://pokojadwokacki.pl/ludzie-ktorzy-nienawidza-kobiet-apl-adw-zuzanna-warso/> (dostęp: 2 stycznia 2017).

2 Por. UNESCO, *Building Digital Safety for Journalism*, 2015 <http://unesdoc.unesco.org/images/0023/002323/232358e.pdf> (dostęp: 2 stycznia 2017).

Nękanie kobiet w internecie jest trywializowane⁶. Na bagatelizowanie tego zjawiska zwracają uwagę m.in. przedstawiciele organizacji międzynarodowych zajmujących się prawami człowieka. Thorbjørn Jagland, sekretarz generalny Rady Europy, mówi: „seksistowska mowa nienawiści ma druzgocące skutki dla dziewcząt i kobiet, ale nie jest traktowana poważnie, uważa się ją za mniej dotkliwą niż inne rodzaje mowy nienawiści”⁷. Podobnie Snežana Samardžić-Marković, dyrektorka generalna ds. demokracji Rady Europy, zwraca uwagę, że mowa nienawiści skierowana wobec mniejszości etnicznych lub grup religijnych słusznie wywołuje oburzenie i może podlegać sankcjom karnym; jednocześnie seksistowska mowa nienawiści często traktowana jest albo jako coś normalnego, albo w kategoriach żartu⁸.



Celem niniejszego tekstu jest analiza zjawiska cyberprzemocy wobec kobiet przez pryzmat przepisów prawa karnego, które mogą służyć pociągnięciu sprawców do odpowiedzialności. W związku z przyjętą perspektywą wyróżnione zostaną następujące formy przyjmowane przez opisywane zjawisko: groźby, stalking, seksistowska mowa nienawiści (w tym przede wszystkim pochwalanie i nawoływanie do stosowania przemocy wobec kobiet) oraz tzw. pornozemsta.

6 D. Citron, *Law's Expressive Value in Combating Cyber Gender Harrassment*, „Michigan Law Review” 2009, Vol. 108, Iss. 3, http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1687&context=fac_pubs. (dostęp: 2 stycznia 2017).

7 <http://www.humanrightseurope.org/2016/03/jagland-targets-sexist-hate-speech-in-celebration-of-international-womens-day/> (dostęp: 20 grudnia 2016).

8 <http://blog.nohatespeechmovement.org/assessing-the-impact-of-sexist-hate-speech-and-what-to-do-about-it/> (dostęp: 20 grudnia 2016).

Groźby gwałtu lub śmierci

Jedną z form cyberprzemocy są groźby, w tym groźby gwałtu lub śmierci, kierowane pod adresem kobiet i ich rodzin. Z raportu opublikowanego w październiku 2016 r. przez Unię Międzyparlamentarną, międzynarodową organizację skupiającą parlamentarzystów i parlamentarzystki z całego świata, wynika, że 44,4% posłanek, które wzięły udział w badaniu, otrzymało w trakcie kadencji groźby śmierci, gwałtu, pobicia lub porwania⁹.

Tego typu wypowiedzi mogą wyczerpywać znamiona przestępstwa określonego w art. 190 Kodeksu karnego (dalej: k.k.), tj. stanowić groźbę karalną¹⁰. Zachowanie sprawcy polega w tym wypadku na groźeniu popełnieniem przestępstwa na szkodę adresatki groźby lub osoby jej najbliższej i podlega karze grzywny, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat dwóch.

Dobrem chronionym przez art. 190 k.k. jest wolność od strachu¹¹ lub zagrożenia powodującego dyskomfort psychiczny i obniżającego standard życia psychicznego¹². Do zaistnienia przestępstwa z art. 190 § 1 k.k. nie jest konieczne, żeby pokrzywdzona była pewna, że groźba zostanie spełniona. Wystarczające jest wystąpienie obawy¹³. Ponadto sprawca nie musi mieć zamiaru spełnienia groźby, musi mu jednak towarzyszyć zamiar wywołania obawy jej spełnienia¹⁴.

Groźenie innej osobie jest przestępstwem, jeśli groźba wzbudza *uzasadnioną* obawę, że zostanie spełniona. Ocena uwzględnia

9 Unia Międzyparlamentarna, *Sexism, harrasment and violence against women parliamentarians*, 2016 <http://www.ipu.org/pdf/publications/issuesbrief-e.pdf> (dostęp: 20 grudnia 2016).

10 Art. 190. § 1. Kto grozi innej osobie popełnieniem przestępstwa na jej szkodę lub szkodę osoby najbliższej, jeżeli groźba wzbudza w zagrożonym uzasadnioną obawę, że będzie spełniona, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. § 2. Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego.

11 J. Lachowski, *Część szczególna. szczególne. Rozdział XXIII* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.

12 M. Filar, M. Berent, *Art. 190* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. V, Warszawa 2016.

13 Zob. wyrok SA w Warszawie z dnia 25 czerwca 2014 r., sygn. akt II AKa 162/14.

14 J. Lachowski, *Art. 190* [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, op. cit.

zatem kryteria obiektywne i subiektywne. Innymi słowy, przy ustalaniu, czy doszło do popełnienia przestępstwa określonego w art. 190 k.k., należy z jednej strony badać subiektywny odbiór groźby u pokrzywdzonej, tj. to, czy faktycznie wzbudziła ona u niej obawę spełnienia, jak również to, czy obawa była obiektywnie „uzasadniona”, tj. czy inna osoba o podobnych cechach i w analogicznych warunkach mogłaby ją podzielać.

Należy podkreślić, że ściganie przestępstwa groźby karalnej następuje na wniosek pokrzywdzonej. Z chwilą złożenia wniosku postępowanie toczy się z urzędu. Wniosek może zostać złożony zarówno ustnie do protokołu przesłuchania, jak i pisemnie, musi jednak w sposób jednoznaczny wyrażać wolę ścigania¹⁵.

Stalking

Kolejną formą prześladowania kobiet w sieci jest stalking. Przestępstwo stalkingu (art. 190a § 1 k.k.)¹⁶, wprowadzone do Kodeksu karnego w 2011 r.¹⁷, polega na uporczywym nękanii innej osoby (lub osoby jej najbliższej), które wzbudza u niej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia lub istotnie narusza jej prywatność. Przestępstwo stalkingu zagrożone jest karą pozbawienia wolności do trzech lat¹⁸.

Nękanie może przybierać formę niepokojenia, zakłócania spokoju lub dokuczania¹⁹. Ściganie, podobnie jak w przypadku groźby karalnej, uzależnione jest od wniosku pokrzywdzonego. Kolejne podobieństwo związane jest z tym, że dobrem chronionym



w przypadku stalkingu również jest wolność od strachu. Przepis art. 190a chroni także prawo do prywatności.

Zgodnie z orzecznictwem sądów „o uporczywym zachowaniu się sprawcy świadczyć będzie z jednej strony jego szczególnie nastawienie psychiczne, wyrażające się w nieustępliwości nękania, tj. trwaniu w swego rodzaju uporze, mimo prób i upomnień pochodzących od pokrzywdzonego lub innych osób o zaprzestanie przedmiotowych zachowań, z drugiej natomiast strony – dłuższy okres, podczas którego sprawca je podejmuje. Skutkiem zachowania się sprawcy musi być wytworzenie u pokrzywdzonego uzasadnionego poczucia zagrożenia lub poczucia istotnego naruszenia jego prywatności”²⁰.

Należy podkreślić, że ustawodawca nie wymaga, aby zachowanie stalkera niosło ze sobą element agresji. Ponadto prawnie irrelevantne jest, czy czyn sprawcy powodowany jest żywionym do pokrzywdzonej uczuciem miłości, nienawiści, chęcią dokuczania jej, złośliwością czy chęcią zemsty. W opinii Sądu Najwyższego decydujące jest odczucie zagrożonej, które musi być jednak oceniane w sposób zobiektywizowany²¹.

15 D. Świecki, B. Augustyniak, K.Z. Eichstaedt, M. Kurowski, *Art. 12 [w:] Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. I, wyd. II, Warszawa 2015.

16 „Art. 190a § 1. Kto przez uporczywe nękanie innej osoby lub osoby jej najbliższej wzbudza u niej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia lub istotnie narusza jej prywatność, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”.

17 Ustawa z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny (Dz.U. Nr 72 poz. 381).

18 Okolicznością kwalifikującą czyn z art. 190a § 1 i 2 k.k. jest targnięcie się pokrzywdzonego (w tym również osoby najbliższej, która była nękana) na własne życie. Zamach nie musi być skuteczny, śmierć człowieka nie należy do znamion tego typu kwalifikowanego. Z przedmiotowego punktu widzenia istotny jest związek pomiędzy zachowaniem opisanym w § 1 lub § 2 z targnięciem się na własne życie.

19 J. Lachowski, *Art. 190(a) [w:] Kodeks karny. Komentarz*, op. cit.

20 Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 19 lutego 2014 r., sygn. akt II AKa 18/14.

21 Postanowienie SN z dnia 12 grudnia 2013 r., sygn. akt III KK 417/13.

„Seksistowska mowa nienawiści”

Pojęcie „mowy nienawiści” obejmuje wszelkie formy wypowiedzi, które szerzą, propagują czy usprawiedliwiają nienawiść bazującą na nietolerancji²². Choć polski Kodeks karny nie posługuje się sformułowaniem „mowa nienawiści”, przewiduje karanie zachowań, które mieszczą się w jej definicji. Przepis art. 256 kryminalizuje nawoływanie do nienawiści²³ na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość, z kolei art. 257 – publiczne znieważanie²⁴ grupy ludności albo poszczególnej osoby z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu jej bezwyznaniowości.

Zarówno art. 256, jak i art. 257 posługują się zamkniętym katalogiem przesłanek. Artykuł 256 nie dotyczy zatem wypowiedzi seksistowskich, które wzbudzają uczucia silnej niechęci lub wrogości wobec kobiet bądź też z uwagi na formę wypowiedzi podtrzymują i nasilają takie negatywne nastawienia i podkreślają tym samym niższość kobiet. Z kolei art. 257 nie kryminalizuje znieważania kobiet, tj. okazywania pogardy, ublizania lub innych obraźliwych zachowań.

Ściganie na drodze karnej autorów seksistowskich wypowiedzi, które wzywają lub zachęcają do aktów przemocy wobec kobiet, aprobują czy też uznają je za słuszne, jest możliwe, jeśli zostaną

22 Rada Europy, Rekomendacja R (97) 20 Komitetu Ministrów Rady Europy nt. mowy nienawiści, [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dh-lgbt_docs/CM_Rec\(97\)20_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/other_committees/dh-lgbt_docs/CM_Rec(97)20_en.pdf). (dostęp: 2 stycznia 2017).

23 Pod pojęciem nawoływania do nienawiści należy rozumieć „tego typu wypowiedzi, które wzbudzają uczucia silnej niechęci, złości, braku akceptacji, wręcz wrogości do poszczególnych osób lub całych grup społecznych czy wyznaniowych bądź też z uwagi na formę wypowiedzi podtrzymują i nasilają takie negatywne nastawienia i podkreślają tym samym uprzywilejowanie, wyższość określonego narodu, grupy etnicznej, rasy lub wyznania” (postanowienie SN z dnia 5 lutego 2007 r., sygn. akt IV KK 406/06).

24 Znieważenie polega na okazaniu innej osobie pogardy, uwłaczaniu czci, ublizaniu jej lub innym zachowaniu obraźliwym (por. P. Hofmański, J. Satko, *Przestępstwa przeciwko czci i nietykalności osobistej*, Zakamycze 2002, s. 44). O tym, czy konkretne zachowanie ma charakter znieważający, decyduje przeważający w społeczeństwie odbiór (zob. np. postanowienie SN z dnia 7 maja 2008 r., III KK 234/07). Dokonane przez sprawcę znieważenie lub naruszenie nietykalności musi się ściśle wiązać z przynależnością narodową, etniczną, rasową czy wyznaniem pokrzywdzonego.

wypełnione przesłanki innych przestępstw, np. przepisu art. 255 kryminalizującego pochwalanie lub nawoływanie do popełnienia przestępstwa.

Użyte w przepisie pojęcie „pochwalania” oznacza wyrażanie w jakikolwiek sposób pozytywnej oceny przestępstwa zarówno takiego, które zostało już popełnione, jak i takiego, które może być popełnione, przy czym chodzi nie tylko o przestępstwo konkretne, lecz również w ujęciu abstrakcyjnym²⁵. Działanie sprawcy musi być publiczne, tj. skierowane do nieokreślonej liczby osób, i może przybierać np. formę publicznego wpisu opublikowanego w internecie. Warto podkreślić, że przestępstwo określone w art. 255 k.k. ma charakter formalny, nie jest zatem wymagane, żeby odbiorca lub odbiorcy wypowiedzi podjęli jakiegokolwiek działanie w kierunku wcielenia ich w życie²⁶.

Ściganie seksistowskiej mowy nienawiści kierowanej pod adresem konkretnych kobiet lub dziewcząt jest możliwe na podstawie art. 212 k.k. (zniesławienie) lub art. 216 k.k. (zniewaga). Z uwagi na postulat wykreślenia z treści Kodeksu karnego art. 212 w niniejszym tekście kwestia stosowania art. 212 w celu ochrony przed seksistowską mową nienawiści nie będzie jednak rozwijana. Należy przy tym podkreślić, że zagadnienie ochrony dobrego imienia jest regulowane także przez inne akty prawne, przede wszystkim przez Kodeks cywilny, a część zaliczana jest wprost do kategorii dóbr osobistych.

Pornozemsta (ang. *revenge porn*)

Prześladowanie kobiet przy użyciu internetu może przybierać również formę tzw. pornozemsty (ang. *revenge porn*²⁷), czyli publikacji intymnych materiałów bez zgody osoby, której dotyczą. Przepisy prawa karnego przewidują penalizację naruszenia intymności seksualnej poprzez rozpowszechnianie bez zgody wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej w art. 191a k.k. § 1²⁸, który został wprowadzony do

25 M. Kalitowski, *Art. 255 [w:] Kodeks karny. Komentarz*, wyd. V, op. cit.

26 A. Lach, *Art. 255 [w:] Kodeks karny. Komentarz*, op. cit.

27 Do opisanego tego zjawiska używane jest też pojęcie „pornografia bez zgody” (ang. *non-consensual pornography*).

28 „Art. 191a. § 1. Kto utrwała wizerunek nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, używając w tym celu wobec niej przemocy,

Kodeksu karnego nowelą z 2009 r. Przed wprowadzeniem art. 191a w zasadzie nie było możliwości prawnokarnej ingerencji w przypadkach, których dotyczy przepis, a osoba poszkodowana mogła skorzystać jedynie z ochrony cywilnoprawnej²⁹. Należy podkreślić, że przestępstwem jest rozpowszechnianie wizerunku (nagrania, zdjęć) utrwalonego za zgodą, bez użycia przemocy, groźby bezprawnej, lub podstępem, jeśli osoba nie wyraziła zgody na rozpowszechnianie, przy czym zgoda powinna być wyraźna. Pod pojęciem „rozpowszechniania wizerunku” rozumie się udostępnienie go bliżej nieokreślonemu kręgowi odbiorców, np. poprzez umieszczenie na portalu społecznościowym, albo stronie internetowej³⁰.

Artykuł 191a k.k. § 1 chroni intymność i prywatność człowieka, jak również wolność w zakresie dysponowania swoim wizerunkiem w związku z intymną sferą swojego życia oraz wolność od obawy przed ujawnieniem faktów z życia intymnego. Przestępstwo określone w art. 191a § 1 k.k. zagrożone jest karą pozbawienia wolności od trzech miesięcy do lat pięciu, a ścigane na wniosek pokrzywdzonego.

Z dostępnych badań empirycznych³¹ wynika, że w 2012 r. były prowadzone 252 sprawy z art. 191a § 1 k.k., przy czym w 173 przypadkach w grę wchodziło rozpowszechnianie, w 36 utrwalanie i rozpowszechnianie wizerunku. Rozpowszechnianie najczęściej miało miejsce przy użyciu internetu (144 przypadki). O przestępstwie zazwyczaj zawiadamiały osoby pokrzywdzone. W 38 sprawach, w których skierowano akt oskarżenia, wystąpiło 40 pokrzywdzonych – 38 kobiet i dwóch mężczyzn. Jak widać, pokrzywdzonymi przestępstwem z art. 191a z reguły są kobiety (w 95% przypadków). Niemal zawsze sprawca i osoba pokrzywdzona znajdują się wcześniej (95%).

groźby bezprawnej lub podstępem, albo wizerunek nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej bez jej zgody rozpowszechnia, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. § 2. Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego”.

29 M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *Utrwalanie lub rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby – art. 191a k.k. (analiza prawnokarowa i praktyka ścigania)*, „Prawo w Działaniu” 2014, nr 19.

30 L. Lachowski, *Art. 191(a) [w:] Kodeks karny. Komentarz*, op. cit.

31 Ibidem.

Wyzwania

Skuteczne ściganie sprawców cyberprzemocy i nękania kobiet w internecie natrafia na szereg przeszkód. Po pierwsze, zjawisko to wciąż jest bagatelizowane, o czym była mowa na początku tekstu. Dodatkowym wyzwaniem jest kwestia anonimowości. Z związku z trudnościami w ustalaniu tożsamości sprawców przestępstw w internecie od organów prowadzących postępowanie przygotowawcze należałoby oczekiwać, że podejmą wszystkie czynności, które mogą doprowadzić do ich przewyciężenia. W związku z tym w 2014 r. Prokurator Generalny opublikował metodykę zawierającą wytyczne odnośnie do prowadzenia spraw dotyczących przestępstw z nienawiści popełnianych z wykorzystaniem internetu³². Zgodnie z treścią wytycznych „w przypadku wątpliwości związanych z identyfikacją sprzętu i jego użytkownika niezbędne jest podjęcie czynności zmierzających do ustalenia, czy z tego samego IP w zbliżonym czasie były dokonywane inne czynności – przykładowo: logowanie do portali społecznościowych, banków itp. stron, z których korzystanie umożliwia indywidualna nazwa użytkownika (login)



32 Pismo Prokuratora Generalnego, 27 października 2014 r., <http://pk.gov.pl/aktualnosci-prokuratury-krajowej/przestepstwa-z-nienawisci-metodyka-prowadzenia-postepowan.html#.V-zcByTiPvo> (dostęp: 2 stycznia 2017).

i hasło, a także czy na innych stronach, w zbliżonym czasie, występowała osoba posługująca się tym samym pseudonimem (nickiem)”. Podobnego podejścia od organów ścigania oczekiwał Sąd Rejonowy w Otwocku (sygn. akt II Kp 366/10), w którego opinii prokuratura nie powinna poprzestawać na twierdzeniu podejrzanego i uznawać, że skoro do komputera miało dostęp kilka osób, to ustalenie tożsamości sprawcy nie jest możliwe, lecz przeprowadzić dodatkowe czynności dowodowe.

Kolejna kategoria przeszkód dotyczy przestępstw, które nie są wymierzone w konkretne kobiety, lecz w kobiety jako grupę, jak np. w przypadku przestępstwa nawoływania i pochwalania przemocy wobec kobiet. W tym wypadku ściganie jest utrudnione, po pierwsze, ze względu na ograniczony krąg podmiotów, którym przysługuje prawo wniesienia zażalenia na postanowienie prokuratora o umorzeniu śledztwa – zażalenie nie przysługuje bowiem instytucji społecznej, która złożyła zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa³³; po drugie, w związku z wątpliwościami dotyczącymi definicji „pokrzywdzonego”. Zgodnie z art. 49 §1 Kodeksu postępowania karnego dla uzyskania statusu pokrzywdzonego konieczny jest bezpośredni związek pomiędzy przestępstwem a naruszeniem lub zagrożeniem dobra konkretnej osoby fizycznej lub prawnej. Powstaje wobec tego pytanie, czy dopuszczalne byłoby uznanie za pokrzywdzoną przestępstwem pochwalania i nawoływania do stosowania różnych form przemocy ze względu na płeć każdej kobiety, przy wzięciu pod uwagę, że przestępstwo z art. 255 k.k. należy do kategorii przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu. Przyjęcie wąskiej

definicji „pokrzywdzonej” uniemożliwia w praktyce wniesienie zażalenia na postanowienie o umorzeniu śledztwa, a w efekcie weryfikację, czy faktycznie podjęto wszystkie niezbędne działania, zgodne z wytycznymi Prokuratora Generalnego z dnia 27 października 2014 r. dotyczącymi spraw związanych z przestępstwami z nienawiści dokonywanymi z wykorzystaniem internetu³⁴. Brak możliwości kontroli działań prokuratury bez wątplenia negatywnie wpływa na skuteczność ścigania przestępstw³⁵.

Podsumowanie

Celem niniejszego tekstu było przyjrzenie się zjawisku cyberprzemocy i nękania kobiet w internecie przez pryzmat przepisów prawa karnego, które mogą służyć pociągnięciu sprawców do odpowiedzialności. Jak wykazano, w polskim systemie prawa nie brakuje narzędzi do pociągania sprawców do odpowiedzialności. Do podstawowych wyzwań, oprócz bagatelizowania problemu, należy zaliczyć przede wszystkim trudności wynikające z anonimowości sprawców przestępstw w internecie, jak również, w niektórych przypadkach, z ograniczonego kręgu podmiotów, którym przysługuje prawo wniesienia zażalenia na postanowienie o umorzeniu postępowania przygotowawczego.

Zuzanna Warso jest prawniczką HFPC, zajmuje się tematyką praw kobiet oraz wpływem postępu technicznego i naukowego na prawa człowieka.

33 W sytuacji, gdy zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa zostanie złożone przez instytucję społeczną, to na podstawie art. 306 § 1 pkt 2 k.p.k. instytucji tej przysługuje zażalenie w przypadku wydania przez organy ścigania postanowienia o odmowie wszczęcia śledztwa. Zażalenie nie przysługuje jej jednak na postanowienie o umorzeniu śledztwa, instytucje społeczne nie zostały bowiem wymienione wśród podmiotów, które mogą w takiej sytuacji wnosić zażalenie (art. 306 § 1a). Na kanwie tego problemu w październiku 2014 r. Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego skierowało skargę do CEDAW, postulując m.in. uznanie za pokrzywdzonego organizacji występującej w słusznym interesie społecznym w przypadku przestępstw przeciwko porządkowi publicznemu. Tekst skargi dostępny na stronie: <http://www.ptpa.org.pl/aktualnosci/2014-10-17-podrecznik-promujacy-gwalt-skarga-do-cedaw&nid=479> (dostęp: 20 grudnia 2016).

34 Szerzej na ten temat wąskiej definicji „pokrzywdzonego” zob. Z. Warso, *Ekspertyza prawna dotycząca pochwalania i nawoływania do przemocy wobec kobiet*, Otwarta Rzeczpospolita, 2016, <http://www.zglosnienawisc.otwarta.org/incydent/305> (dostęp: 20 grudnia 2016).

35 P. Kładoczny, *Opinia prawna na temat zmiany przepisów kodeksu postępowania karnego w kierunku rozszerzenia katalogu podmiotów uprawnionych do złożenia zażalenia na postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania przygotowawczego oraz jego umorzeniu*, http://www.batory.org.pl/doc/Opinia_prawna_sygnalisci.pdf (dostęp: 20 grudnia 2016).

Internetowe archiwa mediów – źródło wiedzy o przeszłości czy zagrożenie dla prywatności? Podsumowanie wyników projektu badawczego

Dorota Głowacka



Rewolucja cyfrowa odmieniła archiwa prasowe, tworząc alternatywę dla papierowych zbiorów o ograniczonej dostępności, które pokrywały się kurzem na bibliotecznych regałach, w postaci znacznie łatwiej i szerzej dostępnych zasobów w internecie. Dla prasy stwarza to nowe możliwości dotarcia do czytelnika nie tylko z bieżącymi wiadomościami, ale także z archiwalnymi publikacjami, bez ograniczeń czasowych i geograficznych. Korzyści odnoszą także odbiorcy mediów, którzy pozyskali szerszą niż wcześniej możliwość otrzymywania informacji. Dzięki cyfrowym narzędziom organizacji archiwów internetowych, a także ogólnym wyszukiwarkom internetowym czytelnicy mogą szybko odnaleźć potrzebny materiał prasowy z przeszłości, porównać go z innymi źródłami, a nawet „wskrzesić” w wirtualnym świecie, udostępniając go innym użytkownikom sieci np. za pośrednictwem mediów społecznościowych.

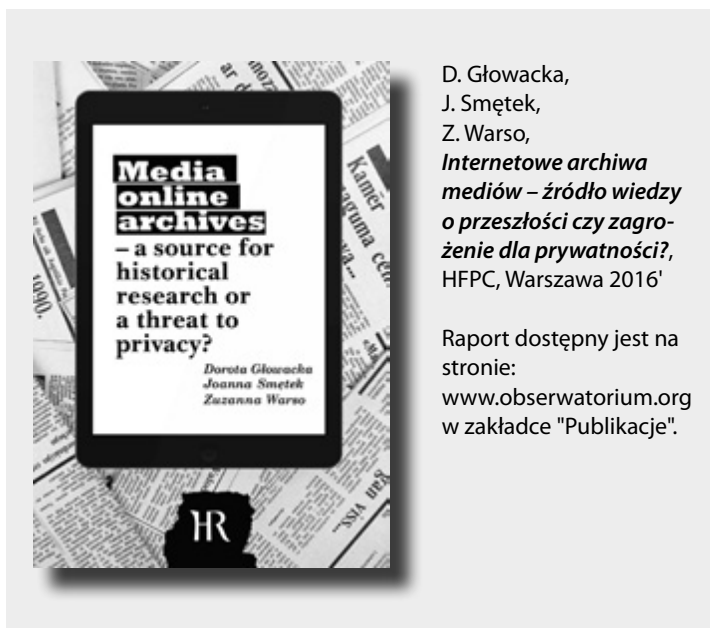
Z funkcjonowaniem internetowych archiwów prasy wiążą się jednak pewne nowe wyzwania i zagrożenia dla mediów. W ramach programu Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce HFPC od pewnego czasu obserwowaliśmy rosnącą presję na wydawców, aby blokowali archiwalne materiały dostępne w sieci, które z punktu widzenia niektórych odbiorców zawierały niewygodne, zawstydzające bądź nieaktualne informacje na ich temat. Jednocześnie często materiały te dotyczyły kwestii budzących uzasadnione zainteresowanie społeczeństwa, a interes publiczny przemawiał za tym, aby były one nadal szeroko dostępne. Tytułem przykładu można wskazać sprawę tygodnika P. Tygodnik ten opublikował w 2003 r. artykuł na temat lokalnego konfliktu wokół przetargu na obsługę Ośrodka Pomocy Społecznej w T. Tekst był dostępny w archiwum na stronie internetowej gazety. Jesienią 2014 r. do redakcji zwróciła się osoba podpisana

„mecenas X.Y.” z firmy zajmującej się marketingiem internetowym i ochroną reputacji w sieci, wzywając do zablokowania artykułu w serwisie tygodnika. Autor pisma argumentował, że artykuł stawia w negatywnym świetle reprezentowaną przez niego firmę, która była jedną ze stron opisywanego sporu, oraz zawiera nieaktualne informacje, ponieważ konflikt został ostatecznie rozwiązany. W przypadku braku odpowiedniej reakcji ze strony gazety zapowiedziano, że firma będzie „dochodzić zadośćuczynienia od autorów postów, w co najmniej wysokości 100 000 zł oraz kary ograniczenia wolności bądź kary pozbawienia wolności” (pisownia oryginalna). Pismo skierowano do redakcji trzykrotnie w krótkich odstępach czasu. Redakcja nie zgodziła się na zablokowanie artykułu, powołując się na jego rzetelny charakter i publiczne znaczenie poruszonych w nim zagadnień. Zwracając się ze sprawą do HFPC, zaznaczyła, że traktuje otrzymane pisma jako próbę wymuszenia „ocenzurowania” przeszłości.

Choć w tym przypadku skończyło się jedynie na pismach „groźących” poniesieniem surowych sankcji, sprawa była ilustracją niepokojącej praktyki z punktu widzenia wolności słowa. Chcąc dowiedzieć się m.in., czy praktyka ta jest elementem szerszego zjawiska, zrealizowaliśmy w 2015 i 2016 r. projekt badawczy „Internetowe archiwa mediów – źródło wiedzy o przeszłości czy zagrożenie dla prywatności?”, który był poświęcony zarządzaniu treścią przechowywaną w internetowych archiwach prasy i innych środkach masowego przekazu. Projekt został sfinansowany ze środków przyznanych przez Organizację Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie – Misja w Serbii. Badanie obejmowało przeprowadzenie internetowej ankiety wśród ogólnopolskich i lokalnych mediów w Polsce oraz analizę istniejących regulacji prawnych i etycznych oraz orzecznictwa sądów w Polsce, Czechach i na Węgrzech, a także standardów międzynarodowych w tym zakresie. Zbadano ponadto sposoby przedstawiania

i organizacji archiwalnych publikacji na stronach internetowych popularnych gazet w każdym z trzech krajów. Dane do analizy zgromadzono między czerwcem a listopadem 2015 r. Celem projektu było zbadanie, jakie są główne praktyczne problemy i wyzwania stojące przed mediami w związku z prowadzeniem internetowych archiwów i zarządzaniem nimi oraz w jakim stopniu na wyzwania te odpowiada obecnie prawo, praktyka sądów i etyka dziennikarska. Podjęto ponadto próbę określenia, jak powinna wyglądać wyważona reakcja redakcji na żądanie zablokowania publikacji dostępnej w internetowym archiwum internetowym oraz według jakich kryteriów powinno się oceniać takie żądania, a także jakie alternatywne, bardziej proporcjonalne środki mogłyby znaleźć zastosowanie w takich sytuacjach.

Wyniki projektu zostały opisane w raporcie autorstwa Doroty Głowackiej, Joanny Smętek i Zuzanny Warso, który jest dostępny na stronie internetowej Obserwatorium (w języku angielskim)¹. W niniejszym artykule nie sposób szczegółowo je przedstawić. Artykuł stanowi więc skrótowe podsumowanie najważniejszych wniosków z badania.



D. Głowacka,
J. Smętek,
Z. Warso,
*Internetowe archiwa
mediów – źródło wiedzy
o przeszłości czy zagrożenie
dla prywatności?*,
HFPC, Warszawa 2016'

Raport dostępny jest na
stronie:
www.obserwatorium.org
w zakładce "Publikacje".

Internetowe archiwa mediów – zakres pojęcia

Na wstępie warto wyjaśnić, jak pojęcie „internetowe archiwa mediów” zostało definiowane na potrzeby badania. Autorki raportu określiły w ten sposób repozytorium wszystkich treści opublikowanych na stronach internetowych będących prasą w rozumieniu art. 7 ust. 2 pkt 1 ustawy – Prawo prasowe, które zostały opublikowane pod kontrolą redakcji. W szczególności pojęcie to obejmuje zatem materiały dziennikarskie, ale także zamieszczane na tych stronach reklamy i ogłoszenia pochodzące od podmiotów zewnętrznych czy komunikaty urzędowe publikowane na żądanie organów publicznych. Z zakresu badania wyłączono natomiast tzw. media społecznościowe oraz wszelkie treści dodawane przez użytkowników poza kontrolą redakcyjną (ang. *user-generated content*), tj. np. komentarze czytelników zamieszczane pod artykułami. Co ważne, pierwotna data publikacji informacji nie była czynnikiem decydującym o kwalifikacji danej treści jako elementu internetowych archiwów mediów. Biorąc pod uwagę dynamikę publikacji internetowych, która powoduje, że każdy „news” zostaje błyskawicznie przykryty następną „warstwą” informacji, granica między aktualnymi informacjami a tymi, które mają walor „historyczny”, dokumentujący przeszłe wydarzenia, jest trudna do uchwycenia. Dlatego też określenie „cezury wieku” informacji nie było zasadne. Do archiwów internetowych mediów mogą należeć zatem zarówno publikacje, które pierwotnie ukazały się 10 lat temu, wczoraj, jak i te zamieszczane na bieżąco na stronie internetowej, które dopiero z czasem staną się źródłem wiedzy o minionych wydarzeniach.

Na potrzeby badania uznano, że o tym, czy dana publikacja należy do internetowych archiwów mediów, nie przesądza sposób jej udostępnienia w ramach strony internetowej. Analiza poszczególnych portali pokazała, że redakcje w bardzo różny sposób przechowują swoje archiwalne treści online. Niektóre z nich mają w swoim serwisie specjalne zakładki „Archiwum” lub wręcz odrębne strony internetowe, na których oferują wysoce zaawansowane metody przeszukiwania archiwalnych materiałów, przypominających narzędzia, jakie znajdziemy w bazach bibliotecznych².

¹ D. Glowacka, J. Smętek, Z. Warso, *Media online archives – a source for historical research or a threat to privacy?*, Helińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2015, http://www.obserwatorium.org/images/media%20online%20archives_2016%20report.pdf (dostęp: 30 grudnia 2016).

² Zob. np. Internetowe Archiwum „Gazety Wyborczej”: <http://www.archiwum.wyborcza.pl/Archiwum/0,0.html> (dostęp: 30 grudnia 2016).

Inne udostępniają swoje zasoby jedynie w ramach struktury strony głównej, a o ich archiwalnym charakterze świadczy przede wszystkim data pierwotnej publikacji, którą zostały opatrzone. Dodatkowo część wydawców prasowych oferuje archiwalne publikacje w ramach tzw. e-wydań w specjalnym formacie (np. PDF, MOBI, EPUB), które można pobrać na komputer lub urządzenia mobilne. Każda z tych form z perspektywy autorek raportu mieści się w pojęciu internetowych archiwów mediów, które było przedmiotem analizy.

Zarządzanie archiwalnymi publikacjami w praktyce. Wyniki badania ankietowego

Problematyka związana z organizacją i zarządzaniem treścią w internetowych archiwach mediów to stosunkowo nowe wyzwanie dla redakcji, które nie było dotychczas objęte kompleksowymi badaniami. Przeprowadzone w ramach projektu badanie ankietowe wśród redakcji miało na celu poznanie bieżącej praktyki oraz doświadczeń mediów w tym zakresie, zwłaszcza w odniesieniu do żądania blokowania archiwalnych materiałów online. Pytano m.in., jak często redakcje otrzymują takie wnioski, jak są one uzasadniane, w jaki sposób media z nimi postępują, jakimi kryteriami się kierują, gdy podejmują decyzje, czy poniosły kiedykolwiek konsekwencje prawne w związku z tym obszarem funkcjonowania oraz jakie inne – poza blokowaniem – stosują środki ingerencji w archiwa internetowe.

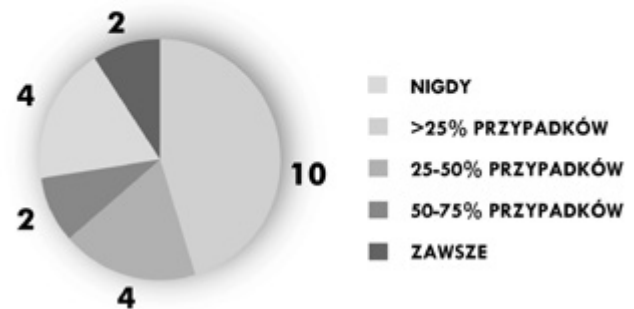
Ankieta internetową przeprowadzono wśród 23 redakcji medialnych w Polsce, obejmując 11 redakcji „o zasięgu” ogólnokrajowym (10 redakcji prasowych oraz jedną redakcję informacyjnego serwisu internetowego prowadzonego przez radiostację) oraz 12 redakcji prasowych, które adresowały swój przekaz do danej społeczności lokalnej, najczęściej pokrywającej obszar jednej lub kilku gmin. Większość redakcji (19 respondentów), oprócz prowadzenia strony internetowej, wydawała też drukowaną gazetę. W 13 przypadkach serwis internetowy został zarejestrowany jako odrębny tytuł prasowy w sądowym rejestrze dzienników i czasopism. Treści publikowane na stronie internetowej jedynie do pewnego stopnia pokrywały się z materiałami zamieszczanymi w druku. Niezależnie od częstotliwości ukazywania się gazety w wersji papierowej respondenci wskazali,

że nowe informacje są w większości zamieszczane w serwisach internetowych codziennie. Znacząca część respondentów publikuje informacje online od co najmniej 10 lat.

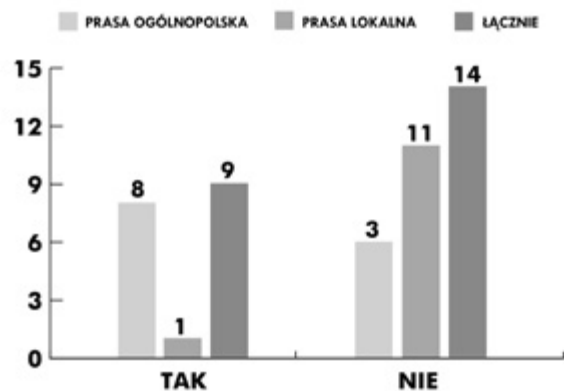
Czy Państwa redakcja otrzymała kiedykolwiek żądanie zablokowania materiału (lub jego fragmentu) znajdującego się na stronie internetowej Państwa gazety?



W ilu procentach przypadków (w przybliżeniu) zdecydowali się Państwo na usunięcie publikacji z portalu po otrzymaniu żądania jej zablokowania?



Czy w Państwa redakcji istnieją jakiegokolwiek wytyczne/procedury/zwyczaje dotyczące zarządzania archiwalnymi publikacjami w portalu internetowym?



Jak wynika z badania, **wszystkie redakcje** otrzymały w ciągu ostatnich pięciu lat żądania zablokowania treści znajdujących się w internetowych archiwach. Świadczy to o tym, że próby

ingerencji w archiwalne materiały online stały się obecnie zjawiskiem dość powszechnym, choć nadal nie tak częstym. Liczba wniosków otrzymywanych przez poszczególne redakcje była zróżnicowana i zależała przede wszystkim od zasięgu danego tytułu prasowego – jedynie dwie redakcje o ogólnopolskim charakterze dostały ponad 50 takich wniosków, podczas gdy znacząca większość mediów lokalnych otrzymała ich w sumie 10 lub mniej.

Wnioski o zablokowanie treści dotyczyły głównie materiałów dziennikarskich (w większości tekstu lub jego fragmentów, ale niekiedy także np. zdjęć). W kilku przypadkach odnosiły się one do ogłoszeń czy komunikatów urzędowych, np. zdezaktualizowanego listu gończego opublikowanego na stronie internetowej gazety na żądanie policji. Co ciekawe, w jednym przypadku wniosek dotyczył automatycznie wygenerowanego tagu, którym oznaczono materiał prasowy. Przykład ten pokazuje, że treści tworzone przez algorytmy, z których coraz częściej korzystają redakcje, mogą być nowym źródłem odpowiedzialności prawnej.

Żądania zablokowania treści pochodziły najczęściej od podmiotów prywatnych, zarówno osób fizycznych (niepełniących funkcji publicznych), jak i przedstawicieli osób prawnych, których dotyczył dany materiał prasowy. Rzadziej z takim żądaniem zgłaszały się osoby pełniące funkcje publiczne, np. politycy (mniej niż połowa respondentów otrzymała od nich takie wnioski) czy organy publiczne, takie jak policja, prokuratura czy sądy (z tego rodzaju wnioskami zetknęła się jedynie około 1/4 redakcji). Z badania wynika ponadto, że w większości przypadków wnioski o zablokowanie archiwalnej treści były zgłaszane bezpośrednio przez zainteresowane podmioty. Ale zdarzało się również, że wezwanie zostało przygotowane przez profesjonalnego prawnika bądź firmę specjalizującą się w public relations lub ochronie reputacji w sieci.

W badaniu pytano też, jak osoby zgłaszające żądania dotyczące blokowania treści uzasadniały swoje wnioski. Według respondentów, najczęściej osoby te twierdziły, że wskazane treści były obraźliwe lub zniesławiające (zawierały nieprawdziwe informacje, negatywnie rzutujące na reputację). Inni argumentowali, że dana publikacja straciła swoją aktualność (stosunkowo często

argument ten pojawiał się w kontekście przeszłości kryminalnej wnioskodawcy, który np. zakończył już odbywanie kary lub gdy nastąpiło zatarcie skazania).

Jeśli chodzi o nastawienie redakcji do tego rodzaju żądań, co do zasady respondenci byli przeciwni praktyce blokowania publikacji zawartych w swoich internetowych archiwach. Na pytanie, czy istnieją jakiegokolwiek okoliczności uzasadniające zablokowanie takich treści, nieznaczna większość respondentów (13) odpowiedziała, że w ich opinii środek ten nie jest nigdy uzasadniony (dziewięciu respondentów wskazało, że istnieją takie okoliczności, jeden nie miał zdania). Mimo tego w praktyce większości redakcji zdarzało się zablokować archiwalne materiały na żądanie. Tylko czterech respondentów odpowiedziało, że nigdy nie uwzględniło takiego wniosku. Największa grupa redakcji (10) odpowiedziała, że dotychczas uwzględniła nie więcej niż 25% takich żądań. Dwie lokalne redakcje wskazały natomiast, że zawsze blokowały archiwalne treści zgodnie z otrzymanym wezwaniem. Kryteria, którymi kierują się redakcje przy podejmowaniu decyzji o zablokowaniu treści, są bardzo różne – najczęściej decyduje jakość samej publikacji (czy istotnie zawiera nieprawdziwe informacje, czy została przygotowana z zachowaniem zasad etyki dziennikarskiej etc.). Dla innych respondentów kluczowy jest poziom ryzyka poniesienia konsekwencji prawnych, które mogą wiązać się odmową uwzględnienia żądania, jeszcze inni kierowali się głównie kryteriami pozaprawnymi – np. empatią (jak chociażby w przypadku archiwalnego materiału na temat zaginionej kobiety, która ostatecznie szczęśliwie się odnalazła, a informacje na ten temat na stronie internetowej gazety były ciężarem dla kobiety i jej rodziny). Znaczącej większości respondentów zdarzało się stosować także inne niż blokowanie środki modyfikacji internetowych archiwów. Obejmowały one aktualizację treści, dodawanie sprostowań czy nowych informacji obok pierwotnej publikacji lub aktualizację niedziałających linków do innych stron internetowych.

Co ciekawe, choć wszyscy respondenci otrzymywali żądania zablokowania treści, mniej niż połowa (dziewięć redakcji) ma jakiegokolwiek wewnętrzne wytyczne, procedury czy zwyczaje określające reguły postępowania redakcji w takich przypadkach

(określające np. sposób reakcji na wnioski, kryteria ułatwiające podejmowanie decyzji czy osoby odpowiedzialne za proces decyzyjny). Takie wewnętrzne „polityki” istnieją głównie w ogólnopolskich redakcjach (tylko w jednej redakcji lokalnej), przy czym najczęściej mają charakter ogólny i nieformalny (oparty np. na ustnych wytycznych wydawcy czy redaktora naczelnego). Jedynie dwie ogólnopolskie redakcje przyznały, że mają w tym zakresie bardziej sformalizowane (pisemne) procedury. Tylko w jednym przypadku są one publicznie dostępne. Oznacza to, że w zdecydowanej większości przypadków czytelnicy, którzy chcieliby się zwrócić do redakcji z żądaniem zablokowania/modyfikacji archiwalnego materiału, nie mają możliwości uprzedniego zapoznania się z jej polityką w tym zakresie. Niezależnie od istnienia wewnętrznych procedur z badania wynika, że ostateczną decyzję o rozpatrzeniu żądania zablokowania treści podejmuje najczęściej redaktor naczelny. W mediach o zasięgu ogólnopolskim decyzja ta zapada z reguły po konsultacji z prawnikiem, podczas gdy w mediach lokalnych po profesjonalną poradę prawną sięga w takich sytuacjach tylko połowa redakcji.

Ochrona przed wymazywaniem przeszłości – standardy prawne

Pozostałe części raportu zostały poświęcone analizie istniejących standardów prawnych i etycznych dotyczących zarządzania internetowymi archiwami mediów. Analiza została oparta na zbadaniu instrumentów prawnych i etycznych, a także orzecznictwa na poziomie międzynarodowym oraz krajowym w Polsce, na Węgrzech i w Czechach.

Badanie wykazało, że kwestia zarządzania treścią w internetowych archiwach mediów nie została do tej pory uregulowana w sposób szczegółowy ani w prawie (krajowym, międzynarodowym), ani w ramach etyki dziennikarskiej. Należy jednocześnie zauważyć, że niektóre ogólne gwarancje wynikające z dokumentów międzynarodowych oraz Konstytucji (np. chroniące wolność słowa i prawo do prywatności), a także wybrane regulacje prawne służące np. ochronie czci i dobrego imienia (takie jak chociażby przepisy o ochronie dóbr osobistych) znajdują zastosowanie w problematyce blokowania archiwalnych materiałów online.

Podobnie utrwalone standardy etyki dziennikarskiej, takie jak obowiązek dbałości o dokładność, rzetelność, przejrzystość publikacji czy obowiązek respektowania prawa do prywatności, można odnieść odpowiednio do zarządzania internetowymi archiwami mediów. Ogólne regulacje i zasady etyczne mogą być więc np. podstawą do wystąpienia z roszczeniem dokonania aktualizacji czy uzupełnienia pewnych archiwalnych treści na stronie internetowej w taki sposób, aby czytelnik, który po czasie dotrze do danej publikacji, otrzymał pełniejszą i dokładniejszą informację o sprawie. Może to dotyczyć np. dodania adnotacji na temat uniewinnienia przez sąd osoby oskarżonej o popełnienie przestępstwa, o której serwis informacyjny pisał na etapie toczącego się postępowania. Tego rodzaju modyfikacja służyć będzie nie tylko ochronie interesów bohatera materiału, ale będzie sprzyjać także realizacji prawa do otrzymywania rzetelnej informacji przez czytelników danego tytułu. Warto dodać, że w odniesieniu do pewnych aspektów zarządzania materiałami archiwalnymi przez media regulacje etyczne są nieco bardziej szczegółowe niż przepisy prawa. Niektóre analizowane kodeksy etyczne zawierają bezpośrednio wskazówki dotyczące oznaczania archiwalnych treści w bieżących materiałach prasowych i zakaz używania ich w stroniczy lub zmanipulowany sposób. Wytyczne te wydają się adekwatne także w kontekście zarządzania internetowymi archiwami mediów.

Przeprowadzone badanie wykazało jednocześnie, że najbardziej rozwinięte standardy w omawianym obszarze zostały dotychczas sformułowane w orzecznictwie sądów, zarówno międzynarodowych, jak i krajowych. W raporcie szczegółowo przeanalizowano praktykę sądową w tym zakresie. Wyroki, które są istotne dla badanej problematyki, wydał zarówno Europejski Trybunał Praw Człowieka (w szczególności sprawa *Times Newspapers Ltd. p. Zjednoczonemu Królestwu*³ oraz *Węgrzynowski i Smolczewski p. Polsce*⁴), jak i Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej (sprawa tzw. *Google Spain*⁵ dotycząca dostępności

3 Wyrok ETPC z 10 marca 2009 r. w sprawie *Times Newspapers p. Zjednoczonemu Królestwu*, skargi nr 3002/03 i 23676/03.

4 Wyrok ETPC z 16 lipca 2013 r. w sprawie *Węgrzynowski i Smolczewski p. Polsce*, skarga nr 33846/07.

5 Wyrok TSUE z 13 maja 2014 r. w sprawie. *Google Spain SL, Google Inc. v. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González*, sygn. akt C- 131/12.

materiałów z internetowych archiwów mediów za pośrednictwem wyszukiwarek internetowych). Ważne orzeczenia w tym obszarze zapadły także przed sądami krajowymi. W ramach badania zidentyfikowano w sumie 19 wyroków sądów krajowych, w tym 15 z Polski i cztery z Węgier (w Czechach nie znaleziono odpowiednich spraw). Wszystkie te rozstrzygnięcia wydano w sprawach cywilnych o ochronę dóbr osobistych.

Szczegółowe omówienie wyników przeprowadzonej analizy orzecznictwa przekracza ramy niniejszego opracowania. Warto zaznaczyć jednak, że zarówno trybunały międzynarodowe, jak i sądy krajowe w większości uwzględniały istotne znaczenie internetowych archiwów mediów dla swobody wypowiedzi. W wielu orzeczeniach zwrócono uwagę, że utrzymywanie archiwów w internecie stało się nową, ważną funkcją współczesnych mediów, a integralność tych zasobów stanowi wartość podlegającą ochronie. Jako źródło wiedzy o wydarzeniach z przeszłości archiwa internetowe mediów są dziś istotnym narzędziem edukacji, ale też narzędziem kontroli społecznej w związku z zagadnieniami budzącymi uzasadnione zainteresowanie opinii publicznej. Z drugiej strony dostrzeżono, że szeroka dostępność archiwalnych materiałów online wiąże się ze zwiększonym ryzykiem ingerencji w prawo do prywatności, niż ma to miejsce w przypadku publikacji papierowych, co niekiedy może wymagać odpowiedniej reakcji ze strony redakcji, dostosowanej do współczesnych realiów cyfrowych (analogia do archiwów analogowych, które nie podlegały modyfikacji, nie jest więc całkowicie trafna ze względu na zmiany, jakie zaszły w obrocie informacyjnym). Ingerencja w treści zgromadzone w internetowych archiwach mediów może być więc czasami uzasadniona, jednak tylko pod warunkiem użycia proporcjonalnych środków.

Analiza orzecznictwa poddanego badaniu prowadzi do wniosku, że w większości przypadków sądy nie godziły się na blokowanie treści dostępnych w internetowych archiwach mediów. Środek ten został potraktowany przez większość sądów jako co do zasady nadmierny i nieuzasadniony, nawet gdy prawa powoda istotnie zostały naruszone przez publikację (np. doszło do zniesławienia). Dla zapewnienia powodowi odpowiedniej ochrony w większości przypadków wystarczające było – zdaniem sądów – dodanie w takiej sytuacji odpowiedniej adnotacji

informującej opinię publiczną o bezprawnym czy nieaktualnym charakterze danego materiału (w zależności od konkretnych okoliczności: w formie przeprosin, sprostowania czy dodatkowej informacji aktualizującej bieżący stan rzeczy).

Jednocześnie w wyjątkowych przypadkach zablokowanie archiwalnego materiału czy jego fragmentów, jako środek najbardziej radykalny, może być zasadne, ale tylko w niezbędnym zakresie. Jako przykład można wskazać sprawę kobiety, która stała się mimowolną bohaterką artykułu na temat nieprawidłowości w korzystaniu przez mieszkańców pewnej gminy z pomocy społecznej. W artykule kobietę przedstawiono jako ofiarę słusznie skrytykowanych nadużyć, podając jej imię i nazwisko (redakcja nie kontaktowała się z nią przed publikacją). Materiał więc ujawniał, że kobieta jest beneficjentką tego rodzaju wsparcia, co jej zdaniem stygmatyzowało ją w oczach społeczności lokalnej. Domagała się przed sądem zablokowania całego artykułu. Sąd uwzględnił to żądanie, argumentując, że tego rodzaju ingerencja była niezbędna dla odpowiedniej ochrony życia prywatnego powódki i zminimalizowania negatywnych skutków publikacji⁶.

Z takim rozumowaniem sądu można się zgodzić jedynie do pewnego stopnia. Rzeczywiście dodanie adnotacji na stronie internetowej gazety z przeprosinami za samowolne ujawnienie wrażliwych informacji na temat powódki nie byłoby z jej punktu widzenia efektywnym środkiem ochrony. Wydaje się jednak, że wystarczyło w tym przypadku nakazać usunięcie z tekstu danych kobiety oraz ewentualnie innych jego fragmentów, które mogły identyfikować jej tożsamość. Należy zaznaczyć, że sam artykuł był rzetelny w pozostałym zakresie i poruszał istotny temat z punktu widzenia interesu społecznego. Nie było więc zasadne całkowite pozbawienie opinii publicznej możliwości dostępu do niego w internetowym archiwum. Sąd powinien poddać bardziej wnikliwej kontroli żądanie powódki i ograniczyć zakres zasądzonego środka do nakazu anonimizacji publikacji. Warto przypomnieć, że zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego sądy mają nie tylko prawo, ale i obowiązek poddać weryfikacji zakres dochodzonych roszczeń w sprawach

⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 16 października 2014 r., sygn. akt I ACa 945/14.

o ochronę dóbr osobistych. W szczególności muszą rozważyć, czy żądany przez powoda sposób usunięcia skutków naruszenia jest właściwy w okolicznościach danej sprawy, nawet jeśli sam pozwany w trakcie postępowania nie podnosi zarzutów co do adekwatności tego środka⁷. Jest to szczególnie ważne w sprawach dotyczących archiwów internetowych mediów, ponieważ przeprowadzone badanie wykazało, że powodowie w swoich żądaniach domagają się najczęściej najbardziej radykalnych rozwiązań (tj. zablokowania całej publikacji), rzadko wybierając bardziej wyważone środki, takie jak dodanie przeprosin, sprostowania, adnotacji aktualizującej stan faktyczny czy usunięcie jedynie niezbędnych fragmentów materiału prasowego.

Pożądana i spełniająca kryterium proporcjonalności odpowiedź redakcji na żądania zablokowania treści internetowego archiwum jest zawsze uzależniona od szczegółowych okoliczności danej sprawy. Analiza spraw sądowych pozwoliła jednak na zidentyfikowanie pięciu głównych czynników, które mogą pomóc w ocenie zasadności wniosków dotyczących blokowania lub innego rodzaju modyfikacji archiwalnych treści oraz w wyborze odpowiednich środków reakcji. Pierwszym z nich jest **rodzaj publikacji i jej cel**, tj. czy cel ten był „długoterminowy” – jak w przypadku większości materiałów dziennikarskich, czy też „krótkoterminowy” i ściśle określony – jak w przypadku np. większości ogłoszeń urzędowych (list gończy służy zatrzymaniu sprawcy, gdy to się stanie, traci swoje pierwotne znaczenie). Drugim czynnikiem jest charakter i forma informacji (tj. czy jest to obraźliwa opinia, fałszywy zarzut czy też informacja prawdziwa, ale ujawniająca np. intymne fakty z życia prywatnego). Istotne jest także, czy chodzi o tekst, zdjęcie czy nagranie wideo. Trzecim czynnikiem jest **aktualność informacji** (przy czym nie sam upływ czasu ma znaczenie, ale to, czy zaszła związana z nim zmiana okoliczności). Czwartym czynnikiem jest **kwestia wypełnienia określonych obowiązków** przez redakcje w odniesieniu do ich internetowych archiwów (ważne jest np., czy treść została w widoczny sposób oznaczona na stronie datą publikacji lub jako materiał archiwalny). Piątym czynnikiem,

który należy wziąć pod uwagę, jest **status powoda** (np. jako osoby publicznej bądź prywatnej). Po przeanalizowaniu każdej sprawy według tych kryteriów wydawca może dobrać odpowiednio mocny i adekwatny środek reakcji, który – gdyby został zakwestionowany – miałby dużą szansę obronić się w sądzie w świetle ukształtowanej dotychczas linii orzeczniczej. Szczegółowo zależności te omówiono w raporcie z badania.

Wnioski i rekomendacje

Na podstawie zebranych danych w raporcie przygotowano szereg rekomendacji dotyczących zarządzania internetowymi archiwami mediów. W większości sformułowano je, opierając się na analizie krajowego i międzynarodowego orzecznictwa. Najistotniejsze rekomendacje to:

- Co do zasady internetowe archiwa mediów nie powinny być modyfikowane. Archiwalne publikacje internetowe stanowią zasoby o istotnym znaczeniu publicznym i jako takie powinny pozostać kompletne, spójne i stale dostępne na stronie internetowej.
- Zasadniczo nie jest uzasadnione blokowanie archiwalnych materiałów. Tam, gdzie wymaga tego ochrona istotnych interesów, preferuje się modyfikację archiwów polegającą na odpowiednim uzupełnieniu oryginalnych treści o nowe informacje.
- Żądania zablokowania publikacji w archiwum powinny być uwzględniane jedynie w wyjątkowych przypadkach, gdy mniej „inwazyjne” sposoby modyfikacji oryginalnej publikacji nie byłyby skuteczne. Blokowanie musi być zawsze ograniczone do niezbędnego minimum. Redakcje powinny rozważyć w pierwszej kolejności anonimizację publikacji bądź zablokowanie tylko spornych jej elementów, zamiast usuwania całości bądź obszernych fragmentów danego materiału. Pomocne w dobraniu odpowiedniego środka może być przeanalizowanie każdego przypadku pod kątem wskazanych wyżej pięciu czynników.

⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z 22 grudnia 1997 r., sygn. akt II CKN 546/97, oraz z 14 maja 2003 r., sygn. akt I CKN 463/01; zob. też: K. Wiśniewska, *Zasada współmierności jako dyrektywa przy orzekaniu o skutkach naruszenia dóbr osobistych*, „Kwartalnik o prawach człowieka” 2011, nr 1.

- Internetowe archiwa mediów muszą być prowadzone z zachowaniem zasady przejrzystości i rzetelności. Archiwalny charakter publikacji online musi być wyraźnie zaznaczony na stronie internetowej, a wszelkie późniejsze modyfikacje powinny być komunikowane czytelnikom w jasny sposób. Redakcje powinny też w transparentny sposób poprawiać błędy i nieścisłości zidentyfikowane w internetowych archiwach, jeśli pozyskają wiedzę (np. otrzymując w tej sprawie wiarygodną wiadomość od zainteresowanej strony), że zaistniały okoliczności uzasadniające wprowadzenie takich modyfikacji.
- Jednocześnie nie można oczekiwać od mediów, aby nieustannie, z własnej inicjatywy monitorowały aktualność i rzetelność wszystkich archiwalnych treści. Nie istnieje prawny ani etyczny generalny obowiązek aktualizacji informacji udostępnianych w archiwach internetowych. Media nie mogą ponosić odpowiedzialności tylko z tego powodu, że publikacja w internetowym archiwum straciła aktualność w związku z upływem czasu.
- Pożądane byłoby wprowadzenie szczegółowych regulacji dotyczących funkcjonowania internetowych archiwów mediów do aktów prawnych regulujących działalność środków masowego przekazu.
- Pożądane byłoby też wprowadzenie bardziej szczegółowych regulacji do kodeksów etycznych, odnoszących się do funkcjonowania sektora medialnego.
- Organizacje medialne powinny stworzyć ponadto wewnętrzne polityki redakcyjne dotyczące prowadzenia internetowych archiwów mediów i zarządzania zgromadzoną w nich treścią. Powinny być one publicznie dostępne dla odbiorców i zawierać kryteria oceny wniosków o zablokowanie archiwalnych treści, jak również wskazywać przejrzyste i rzetelne procedury badania takich wniosków (jako przykładowe rozwiązanie w tym zakresie można wskazać wytyczne dostępne na stronie

BBC⁸). Tworząc wewnętrzne regulacje oraz podejmując decyzje dotyczące modyfikacji internetowych archiwów mediów, redakcje powinny uwzględniać zasady etyki oraz rozważyć podjęcie konsultacji z prawnikiem.

- Media muszą być świadome nowych wyzwań związanych z internetowymi archiwami mediów, takich jak ograniczanie dostępności archiwalnych publikacji nie tylko przez blokowanie ich w serwisie redakcji, ale też przez eliminację odniesień do nich w wyszukiwarkach internetowych. Innym nowym zagadnieniem jest także kwestia odpowiedzialności redakcji za treści generowane na stronie internetowej automatycznie przez tzw. boty. Media muszą mieć ponadto świadomość, że próby blokowania archiwalnych publikacji na stronach internetowych mogą się nasilać jako coraz powszechniejszy element działań firm z zakresu public relations, zajmujących się kreowaniem wizerunku i dbałością o reputację w sieci. Może się to wiązać ze wzrostem liczby nieuzasadnionych wniosków o zablokowanie archiwalnych treści.

Autorki raportu wyraziły nadzieję, że wyniki przeprowadzonego badania okażą się przydatne w pracy redakcji, które stykają się z wnioskami o blokowanie archiwalnych treści. Mogą pomóc w dobieraniu proporcjonalnych i adekwatnych środków reakcji na takie żądania, a także w przygotowaniu wewnętrznych polityk, ułatwiających podejmowanie decyzji oraz ochronę przed bezpodstawnymi naciskami na usuwanie treści. Zebrane w raporcie informacje mogą być również pomocne prawnikom, w tym sądom, w budowaniu argumentacji w postępowaniach sądowych dotyczących internetowych archiwów mediów, opartej na dotychczasowej praktyce sądów w podobnych sprawach.

Dorota Głowacka jest prawniczką i koordynatorką Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce HFPC, doktorantką w Katedrze Prawa Międzynarodowego i Stosunków Międzynarodowych na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego.

8 Zob. <http://www.bbc.co.uk/editorialguidelines/guidance/removal-online-content> (dostęp: 30 grudnia 2016).

Polityka zamkniętych drzwi wobec cudzoziemców ubiegających się o ochronę międzynarodową na wschodniej granicy Polski

Marta Górczyńska, Marta Szczepanik



Od połowy 2016 r. organizacje pozarządowe i lokalne media obserwują nasilenie problemu niewpuszczania na terytorium Polski osób deklarujących chęć ubiegania się o ochronę międzynarodową na przejściu granicznym Brześć–Terespol. Ponad tysiąc osób, przede wszystkim obywateli Federacji Rosyjskiej, od których nie przyjęto wniosków, przebywa obecnie na terenie Brześcia, licząc na zmianę polityki stosowanej wobec nich przez polskie władze.

Droga donikąd¹

O przypadkach odmowy przyjęcia wniosków o ochronę międzynarodową na polsko-białoruskiej granicy przez polską Straż Graniczną (dalej: SG) cudzoziemcy informowali organizacje pozarządowe, w tym Helsińską Fundację Praw Człowieka (dalej: HFPC), w latach poprzednich, jednak sytuacje te dotyczyły zazwyczaj pojedynczych rodzin lub osób. W połowie 2016 r. pojawiły się niepokojące doniesienia o niemal całkowitym zablokowaniu możliwości złożenia wniosku o ochronę i wjazdu na terytorium Polski. Cudzoziemcy, którzy „utknęli” na granicy, podawali, że pomimo wielokrotnie powtarzanych, wyraźnych prośb o udzielenie ochrony i powoływanie się na obawy przed prześladowaniem w kraju pochodzenia, funkcjonariusze SG odmawiają im przyjęcia wniosku i nie pozwalają na wjazd do Polski. Cudzoziemcy obserwowali również, że jedynie 2-3 rodziny dziennie są przepuszczane przez granicę, ale kryteria, na podstawie których

funkcjonariusze podejmują decyzję o przyjęciu wniosków od tych osób, są niejasne. Tymczasem dopiero przyjęcie wniosku przez funkcjonariusza na określonym formularzu rozpoczyna formalnie procedurę o objęcie ochroną międzynarodową; osoby, od których SG nie przyjmuje wniosków, są odsyłane z powrotem na białoruską stronę z decyzją o odmowie wjazdu z powodu braku wizy lub innego tytułu pobytowego, jaką wydaje się osobom niespełniającym warunków do wjazdu na terytorium RP. Kierownictwo Placówki Straży Granicznej w Terespolu konsekwentnie do tej pory odmawia organizacjom pozarządowym i międzynarodowym (w tym przedstawicielom UNHCR – Biura Wysokiego Komisarza ONZ ds. Uchodźców) dostępu do odprawy paszportowej, podczas której cudzoziemcy zgłaszają funkcjonariuszom, że chcą ubiegać się o ochronę.

Nowe zjawisko na starym szlaku

Uciekinierzy z Czeczenii podróżujący przez Białoruś w kierunku Polski i wschodniej granicy Unii Europejskiej w celu ubiegania się o ochronę międzynarodową nie są nowym zjawiskiem. Od wielu lat od kilku do kilkunastu tysięcy obywateli rosyjskich rocznie składa na przejściu granicznym Brześć–Terespol wniosek o nadanie im statusu uchodźcy². Stanowią oni niezmiennie również najliczniejszą grupę wnioskodawców; do 2013 r. osoby o tym obywatelstwie stanowiły nawet 80-85% wszystkich wnioskodawców. W kolejnych latach ta proporcja uległa zmianie w związku z pojawieniem się licznej grupy obywateli ukraińskich wnioskujących o objęcie ochroną. Znaczącą większość wśród

¹ W artykule wykorzystano informacje pochodzące z relacji z monitoringu HFPC pod tym samym tytułem: M. Górczyńska, M. Szczepanik, *Droga donikąd. Relacja z wizyty monitoringowej na białorusko-polskim przejściu granicznym Brześć–Terespol*, Październik 2016, tekst dostępny na stronie: http://www.hfpc.pl/wp-content/uploads/2016/10/HFPC_relacja-z-przejscia-granicznego-Brzesc-Terespol.pdf (dostęp: 30 listopada 2016).

² W 2016 r. (do 24 listopada) wnioski o objęcie ochroną międzynarodową złożyło 8445 obywateli Federacji Rosyjskiej, w 2015 r. były to 7922 osoby, w 2014 r. – 2772. Urząd do Spraw Cudzoziemców, *Statystyki – Zestawienia roczne*, <http://udsc.gov.pl/statystyki> (dostęp: 30 listopada 2016).

wnioskodawców o obywatelstwie rosyjskim stanowią osoby pochodzące z republik kaukaskich, przede wszystkim z Czeczenii, ale również Dagestanu i Inguszetii.



Jednym z najistotniejszych czynników wpływających na tak liczną obecność migrantów przymusowych z Kaukazu w Polsce jest położenie geograficzne Polski, która jest pierwszym bezpiecznym krajem na drodze ze Wschodu na Zachód. Ponadto obywatele Federacji Rosyjskiej mogą przebywać na terenie Białorusi bez wiz i obowiązku rejestracji przez okres do 90 dni, co jest dla nich dużym ułatwieniem w podróży³. Kolejnym istotnym czynnikiem jest także fakt, że Polska przyznała ochronę międzynarodową pewnej liczbie uchodźców czeczeńskich w przeszłości, tj. w czasie pierwszej i drugiej wojny czeczeńskiej oraz bezpośrednio po nich (odpowiednio w latach 1994-1996 oraz 1999-2009). Wreszcie, w Polsce, a także w Niemczech i Austrii, dokąd z Polski kieruje się wielu Czeczenów, żyje liczna czeczeńska diaspora i członkowie rodzin uciekinierów.

Dzisiaj, według doniesień organizacji międzynarodowych, pomimo oficjalnego zakończenia działań wojennych Czeczenia pod rządami podporządkowanego Kremlowi Ramzana Kadyrowa pozostaje miejscem niespokojnym, w którym wciąż dochodzi do powszechnego łamania praw człowieka i gdzie

³ Informacja ze strony Ministerstwa Spraw Wewnętrznych Białorusi: <http://mvd.gov.by/main.aspx?guid=3131> (dostęp: 30 listopada 2016).

stosowana jest przemoc wobec ludności cywilnej. Opisywane przez cudzoziemców z Brześcia historie osobiste i okoliczności prześladowań są spójne z informacjami o sytuacji w Republice Czeczenii, przedstawianymi w raportach organizacji zajmujących się monitoringiem sytuacji w tym regionie (m.in. rosyjskiego Centrum Praw Człowieka Memorial⁴, Human Rights Watch⁵ oraz Amnesty International⁶), które potwierdzają pogarszającą się sytuację praw człowieka i często stosowaną odpowiedzialność zbiorową, zwłaszcza wobec członków rodzin osób podejrzewanych o udział w podziemiu zbrojnym.

Wiele wskazuje zatem na to, że nie ustały podstawowe przyczyny, z powodu których strumień migrantów przymusowych z Kaukazu poszukujących ochrony płynie do Europy; to, co się zmieniło, to polityka recepcyjna państw Unii Europejskiej, w tym Polski, wobec uciekinierów. Poza licznymi skargami cudzoziemców również dostępne dane dotyczące wydanych odmów wjazdu mogą wskazywać na celowe blokowanie możliwości wejścia w procedury azylowe osobom poszukującym ochrony na wschodniej granicy przez polskie władze: w okresie od stycznia do września 2015 r. na białorusko-polskiej granicy wydano 17 376 decyzji o odmowie wjazdu, podczas gdy w analogicznym okresie roku 2016 liczba ta była niemal czterokrotnie wyższa (72 528)⁷. Znaczącą większość tych decyzji wydano wobec obywateli Federacji Rosyjskiej (61 267). W liczbie tej zawierają się wszystkie przypadki, w których cudzoziemcy nie spełnili warunków niezbędnych do wjazdu na terytorium Polski. Zatem nie jest możliwe podanie dokładnej liczby osób, które bezskutecznie próbowały złożyć wniosek o ochronę międzynarodową, ponieważ wydane wobec nich decyzje nie różnią się od tych, jakie otrzymali np. cudzoziemcy, którzy nie posiadali ważnej wizy bądź którzy deklarowali, że chcą wjechać do

⁴ Memorial Human Rights Centre, *Counter-terrorism in the North Caucasus: a human rights perspective 2014 – first half of 2016*, 2016, <http://goo.gl/22qvjk> (dostęp: 30 listopada 2016).

⁵ Human Rights Watch, *Like Walking a Minefield*, 2016, <https://www.hrw.org/report/2016/08/30/walking-minefield/vicious-crackdown-critics-russias-chechen-republic> (dostęp: 30 listopada 2016).

⁶ Amnesty International, *Report on Russian Federation 2015/2016*, <https://www.amnesty.org/en/countries/europe-and-central-asia/russian-federation/report-russian-federation/> (dostęp: 30 listopada 2016).

⁷ Dane statystyczne Komendy Głównej Straży Granicznej: <http://goo.gl/YqQv6u> (dostęp: 30 listopada 2016).

Polski z przyczyn ekonomicznych. Jednakże znaczny wzrost liczby odmów wjazdu może wiązać się z polityką „odpychania” uchodźców od granic RP.

Dostęp do procedury o objęcie ochroną międzynarodową

Artykuł 28 ust. 2 pkt 2 lit. b ustawy o cudzoziemcach⁸ wyklucza możliwość wydania decyzji o odmowie wjazdu z powodu braku ważnej wizy cudzoziemcom, którzy wyrażają wprost chęć ubiegania się w Polsce o udzielenie im ochrony międzynarodowej. Przepisy polskie są tutaj spójne ze standardami europejskimi i międzynarodowymi. Uniemożliwianie dostępu do procedury uchodźczej osobom deklaruującym obawę przed prześladowaniami w kraju pochodzenia naruszałoby art. 33 ust. 1 Konwencji dotyczącej statusu uchodźców⁹ – wprowadzający zasadę *non-refoulement*, mówiącą o zakazie zwracania uchodźców do granicy terytoriów, gdzie ich życiu lub wolności zagrażałoby niebezpieczeństwo – oraz art. 6 ust. 2 Dyrektywy Proceduralnej¹⁰.

Zgodnie z przepisami ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony¹¹ Straż Graniczna jest zobowiązana do przyjęcia i rejestracji wniosku o objęcie ochroną międzynarodową, a następnie do przekazania go w ciągu 48 godzin Szefowi Urzędu do spraw Cudzoziemców (dalej: UdsC)¹². Szef UdsC jest organem administracyjnym odpowiedzialnym za merytoryczne rozpatrzenie wniosku i wydanie decyzji o przyznaniu bądź odmowie przyznania cudzoziemcowi ochrony międzynarodowej. Rola Straży Granicznej jest zatem ograniczona do przyjęcia i przekazania wniosku.

8 Ustawa z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (Dz.U. 2013 poz. 1650 za zm., dalej: ustawa o cudzoziemcach), <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20130001650> (dostęp: 30 listopada 2016).

9 Konwencja dotycząca statusu uchodźców, sporządzona w Genewie dnia 28 lipca 1951 r. (Dz.U. 1991 Nr 119 poz. 515), <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19911190515> (dostęp: 30 listopada 2016).

10 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/32/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A32013L0032> (dostęp: 30 listopada 2016).

11 Ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. 2003 Nr 128 poz. 1176 ze zm., dalej: ustawa o ochronie), <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU20031281176> (dostęp: 30 listopada 2016).

12 Art. 30 ust. 1 ustawy o ochronie.

Kontrole RPO i organizacji pozarządowych

11 września 2016 r. przedstawiciele Biura Rzecznika Praw Obywatelskich (dalej: RPO) przeprowadzili niezapowiedzianą wizytę monitorującą na przejściu granicznym Brześć–Terespol. Zgodnie z mandatem RPO przedstawicielom Biura zapewniono dostęp do miejsca, gdzie ma miejsce początkowy wywiad z cudzoziemcem stawiającym się do odprawy granicznej. Wyniki monitoringu potwierdziły, że w istocie dochodzi do przypadków, w których funkcjonariusze SG odmawiają przyjęcia wniosku od osób deklarujących chęć ubiegania się o ochronę międzynarodową i wskazujących na doświadczenia prześladowań w kraju pochodzenia w czasie wstępnej rozmowy na granicy¹³. W komunikacie wydanym po wizycie na przejściu granicznym RPO podkreślił ponadto, że przepisy ustawy o ochronie nie uwzględniają możliwości przeprowadzania jakiegokolwiek wstępnej weryfikacji informacji przedstawianych przez cudzoziemca wyrażającego chęć ubiegania się o ochronę międzynarodową.

Wizyty monitoringowe na przejściu granicznym Brześć–Terespol przeprowadziły w ostatnich miesiącach również polskie i białoruskie organizacje pozarządowe, w tym: Stowarzyszenie Interwencji Prawnej¹⁴, HFPC¹⁵ oraz Human Constanta¹⁶. Wnioski z opublikowanych raportów są spójne i wskazują na praktykę SG polegającą na zadawaniu cudzoziemcom deklaruującym chęć ubiegania się o ochronę międzynarodową w czasie wstępnego wywiadu pytań, które niekoniecznie związane są z wyrażaną przez nich obawą przed prześladowaniami w kraju pochodzenia. Według tych relacji, pytania zadawane przez funkcjonariuszy odnoszą się często do statusu zawodowego cudzoziemców, członków rodziny mieszkających na terenie państw Unii

13 Rzecznik Praw Obywatelskich, *Komunikat dotyczący wizytacji kolejowego przejścia granicznego w Terespolu*, 21 września 2016, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/komunikat-o-wizytacji-kolejowego-przejscia-granicznego-w-terespolu> (dostęp: 30 listopada 2016).

14 Stowarzyszenie Interwencji Prawnej, *NA GRANICY: Raport z monitoringu dostępu do postępowania o udzielenie ochrony międzynarodowej na przejściach granicznych w Terespolu, Medyce i na lotnisku Warszawa Okęcie*, 2016, <http://goo.gl/OsVpxe> (dostęp: 30 listopada 2016).

15 Górczyńska, M., Szczepanik, M., *Droga donikąd...*, op. cit.

16 Human Constanta, *Invisible Refugees on Belarus Poland border*, wrzesień 2016, <http://www.osce.org/odihr/273021?download=true> (dostęp: 30 listopada 2016).



Europejskiej oraz ich zamiaru podjęcia pracy w Polsce. Taki sposób prowadzenia rozmów zdaje się próbą wykazania, że motywacje stojące za chęcią wjazdu tych cudzoziemców do Polski mają charakter ekonomiczny i nie są związane z obawą przed prześladowaniami. W związku z tymi ustaleniami istnieją poważne przesłanki do stwierdzenia, że postępowanie funkcjonariuszy SG w Terespolu, polegające na uniemożliwianiu rozpoczęcia procedury o udzielenie ochrony międzynarodowej w stosunku do osób, które poszukują ochrony, narusza polskie, unijne i międzynarodowe prawo.

Decyzja polityczna

W lipcu 2016 r. HFPC opublikowała list otwarty¹⁷ do krajowych i międzynarodowych organów zajmujących się prawami człowieka, starając się zwrócić uwagę opinii publicznej na problem odmowy dostępu do procedury azylowej na polskiej granicy wschodniej. List został wysłany m.in do Biura Wysokiego Komisarza Praw Człowieka ONZ, organizacji Human Rights Watch, agencji FRONTEX i Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Jednak sytuacja nie uległa poprawie. W sierpniu media białoruskie i polskie relacjonowały demonstrację w Brześciu, podczas której około 150 Czechenów protestowało przeciwko

polskiej polityce „zamkniętych drzwi”¹⁸. Zapytany o te protesty przez dziennikarza podczas wywiadu telewizyjnego, Minister Spraw Wewnętrznych i Administracji oznajmił, że polski rząd nie pozwoli na tworzenie „nowego szlaku migracyjnego” biegnącego przez terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i nie narazi Polski na zagrożenie terroryzmem. Dodał, że ponieważ aktualnie w Czeczenii nie toczy się wojna, osoby pochodzące z tego terytorium nie są uchodźcami¹⁹.

Należy zauważyć, że uwaga ministra zawiera błędne informacje zarówno w odniesieniu do „nowości” zjawiska, jak i definicji pojęcia uchodźstwa. Definicja ta została zawarta w Konwencji genewskiej dotyczącej statusu uchodźców z 1951 r.²⁰ – podstawowym dokumencie, na którym opiera się prawodawstwo międzynarodowe, europejskie oraz polskie w odniesieniu do statusu uchodźcy. Konwencja definiuje, że uchodźcą jest osoba, która na skutek uzasadnionej obawy przed prześladowaniem w kraju swojego pochodzenia ze względu na rasę, religię, narodowość, poglądy polityczne lub przynależność do określonej grupy społecznej nie może lub nie chce korzystać z ochrony tego kraju. Konflikty zbrojne mogą, ale nie muszą być okolicznościami, w których dochodzi do prześladowań; w rzeczywistości prześladowania (na przykład mniejszości religijnych czy obrońców praw człowieka) często dokonywane są przez władze państw pozostających w stanie pokoju.

Według informacji zawartych we wskazanych wcześniej raportach organizacji międzynarodowych zajmujących się sytuacją praw człowieka, w Czeczenii mamy do czynienia z systemowymi naruszeniami praw człowieka i faktycznym brakiem możliwości uzyskania ochrony ze strony władz państwa. Wszystkie osoby,

18 M. Chołodowski, *Obóz uchodźców przy granicy z Polską. Niewpuszczeni Czeczeni protestują*, „Gazeta Wyborcza” 30 sierpnia 2016 r., <http://bialystok.wyborcza.pl/bialystok/1,35241,20620777,oboz-uchodzcow-przy-granicy-z-polska-nie-wpuszczeni-czeczenicy.html>; oraz T. Мельничук, Т., *Полторы сотни чеченцев разбили лагерь у белорусско-польской границы*, *ВВС Русская служба*, 29 августа 2016, <http://www.bbc.com/russian/features-37215670> (dostęp: 30 listopada 2016).

19 Wywiad z ministrem spraw wewnętrznym Mariuszem Błaszczakiem w TVN24: <http://goo.gl/XLE8zx> (dostęp: 30 listopada 2016).

20 Konwencja dotycząca statusu uchodźców z 28 lipca 1951 r. (Dz.U. z 1991 r. Nr 119 poz. 515).

17 Apel HFPC: <http://goo.gl/jjGo2L>, (dostęp: 30 listopada 2016).

z którymi rozmawiały przedstawicielki HFPC podczas wizyty monitorującej na przejściu granicznym, wskazywały na przymusowy charakter swojego wyjazdu, spowodowanego obawami o życie i zdrowie własne lub członków rodziny. Tylko jeden rozmówca wspomniał o trudnej sytuacji ekonomicznej, jednak i wtedy była ona wynikiem doznanых prześladowań, które doprowadziły do śmierci członka rodziny będącego jej głównym żywicielem. Cudzoziemcy najczęściej relacjonowali, że padli w Czeczenii ofiarami prześladowań przez struktury bezpieczeństwa reżimu Kadyrowa i w obawie przed ich kontynuacją opuścili kraj. Prześladowania miały często związek z udziałem męskich członków rodziny w obydwu wojnach czeczeńskich i wznowieniem w ostatnich latach przez aparat bezpieczeństwa śledztw w sprawach tych osób. Konieczność udokumentowania „rezultatów” przez funkcjonariuszy aparatu bezpieczeństwa, nawet jeżeli dawni bojownicy opuścili Czeczenię lub nie mieli żadnego kontaktu z rodziną, oraz powszechne stosowanie odpowiedzialności zbiorowej prowadziło do nękania członków rodzin. Prześladowania najczęściej przybierały postać nocnych wizyt umundurowanych i zamaskowanych osób w domach, przeszukiwań, gróźb utraty życia i zdrowia oraz przemocy seksualnej, porwań z domu, wymuszonych zaginięć (w czasie których osoba zniknęła na okres od kilku do kilkunastu dni, a potem odnajdywała się ciężko pobita), pobic oraz tortur (bicia ciężkimi przedmiotami, przetrzymania w ciemnościach) stosowanych w celu uzyskania informacji oraz wymuszenia przyznania się do winy. Większość rozmówców twierdziła, że doznała fizycznej lub psychicznej przemocy co najmniej jednokrotnie. Część z tych osób wskazywała, że przed opuszczeniem kraju pochodzenia próbowali szukać ochrony przed prześladowaniami na policji, w prokuraturze lub na drodze sądowej. Zazwyczaj nie przynosiło to jednak rezultatów ze względu na silne obsadzenie powyższych organów ludźmi Kadyrowa, a w niektórych przypadkach próby wniesienia skargi powodowały wręcz nasilenie prześladowań.

Konieczna transparentność procedur granicznych

Wobec wysokiego prawdopodobieństwa faktu, że naruszenia prawa wobec cudzoziemców ubiegających się o ochronę międzynarodową na wschodniej granicy nie są proceduralnymi nieprawidłowościami w postępowaniu poszczególnych

funkcjonariuszy, ale mają charakter systemowego łamania prawa, działania podejmowane przez organizacje pozarządowe stojące na straży przestrzegania praw człowieka powinny polegać na dokumentacji nadużyć i udzielaniu pomocy prawnej osobom, którym odmówiono możliwości ubiegania się o ochronę w Polsce (np. pomagając w przygotowaniu odwołań od decyzji o odmowie wjazdu). Kolejnym konkretnym krokiem, który mógłby zostać podjęty w celu poprawy sytuacji, jest zapewnienie przejrzystości działań SG, przynajmniej poprzez przyznanie organizacjom pozarządowym i międzynarodowym dostępu do wstępnego wywiadu prowadzonego przez funkcjonariuszy SG z cudzoziemcami przybywającymi na polskim przejściu granicznym w celu upewnienia się, że wnioski o ochronę międzynarodową jest prawidłowo przyjmowany od osób proszących polskie władze o udzielenie im ochrony.

Marta Górczyńska jest prawniczką w Programie Pomocy Prawnej dla Uchodźców i Migrantów HFPC.

Marta Szczepanik jest socjolożką, koordynatorką projektów i badaczką w Programie Pomocy Prawnej dla Uchodźców i Migrantów HFPC, doktorantką Szkoły Nauk Społecznych IFiS PAN.





Co dalej po przekazaniu? Praktyka stosowania europejskiego nakazu aresztowania

Joanna Smętek, adw. Marcin Wolny

„**P**roblemem jest to, że europejski nakaz aresztowania nie jest postrzegany przez pryzmat praw i wolności człowieka” – to słowa jednego z uczestników seminarium pt. „Europejski nakaz aresztowania w praktyce”, które najlepiej obrazują funkcjonowanie ENA na poziomie Unii Europejskiej. Seminarium zorganizowane przez Helsińską Fundację Praw Człowieka (dalej: HFPC) na początku września 2016 r. było częścią projektu dotyczącego praktyki stosowania nakazu „Beyond Surrender”, w którym uczestnicy HFPC.

Źródła europejskiego nakazu aresztowania¹

Swoboda przepływu osób w jej obowiązującej formie stanowi jeden z filarów Unii Europejskiej. Ale oprócz wielu dobrych aspektów swoboda ta niesie też pewne zagrożenia dla stabilności społeczeństw Europy. Jednym z nich jest m.in. niekontrolowane przemieszczanie się osób ukrywających się przed wymiarem sprawiedliwości, co znacznie utrudnia walkę z przestępczością.

Na potrzebę znalezienia rozwiązania tego problemu zwróciła uwagę Rada Europejska obradująca w 1999 r. w fińskim Tampere. Wskazano wtedy na konieczność zniesienia procedur ekstradycyjnych między państwami członkowskimi i wprowadzenia prostego mechanizmu wydawania osób uchylających się od wykonania kary. W ocenie Rady tradycyjne procedury powinny zostać zastąpione procedurą przyspieszonej ekstradycji, zawierającej jednak gwarancje zabezpieczające przed jakimkolwiek uszczerbkiem dla rzetelności procesu karnego.

¹ Część poświęcona źródłom ENA z niewielkimi zmianami została zaczerpnięta z tekstu pt. *Europejski nakaz aresztowania* przygotowanego na potrzeby seminarium przez Joannę Smętek i adw. Marcina Wolnego przy wsparciu merytorycznym adw. Katarzyny Wiśniewskiej.



Nowa instytucja rodziła się powoli. Jej powstanie przyspieszyły jednak zamachy terrorystyczne z 11 września 2001 r. Dwa miesiące po zamachu Rada Europejska obradująca w Laeken podjęła decyzję o przyjęciu ENA. Miał to być kamień milowy na drodze do pełniejszej współpracy karnej państw członkowskich i wzajemnego uznawania orzeczeń. Decyzja Ramowa Rady w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi (dalej: Decyzja ramowa 2002/584) została wydana 13 czerwca 2002 r.² Państwa członkowskie zostały zobligowane do wprowadzenia należytych środków prawnych w tym zakresie do 31 grudnia 2003 r.

Wdrożenie zasady wzajemnego uznawania orzeczeń w sprawach karnych, której jednym z przykładów stała się Decyzja

² Decyzja Ramowa Rady w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi, https://bip.ms.gov.pl/Data/Files/_public/bip/prawo_eu/ue2/32002f0584pl.pdf (dostęp: 24 listopada 2016)

ramowa 2002/584, od samego początku zakładało, że państwa członkowskie mają wzajemne zaufanie do swoich systemów wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych. Zakres wzajemnego uznawania orzeczeń w znacznym stopniu zależał jednak od szeregu czynników, w tym mechanizmów mających na celu zagwarantowanie praw podejrzanych lub oskarżonych oraz wspólnych minimalnych norm niezbędnych dla ułatwienia stosowania zasady wzajemnego uznawania.

Pierwszym krokiem ku zagwarantowaniu praw podejrzanych i oskarżonych w ramach procedur ENA było przyjęcie Decyzji ramowej Rady 2009/299/WSiSW z 26 lutego 2009 r.³ Kolejnym krokiem zapewniającym odpowiedni poziom przestrzegania praw procesowych w postępowaniu karnym były dyrektywy wydawane przez Unię Europejską w ramach współpracy sądowej w sprawach karnych, które ustanawiały minimalne normy w zakresie tłumaczenia⁴, prawa do informacji⁵, dostępu do adwokata⁶ oraz pomocy prawnej⁷.

3 Rada Unii Europejskiej, Decyzja ramowa Rady 2009/299/WSiSW z dnia 26 lutego 2009 r. zmieniająca decyzje ramowe 2002/584/WSiSW, 2005/214/WSiSW, 2006/783/WSiSW, 2008/909/WSiSW oraz 2008/947/WSiSW i tym samym wzmacniająca prawa procesowe osób oraz ułatwiająca stosowanie zasady wzajemnego uznawania do orzeczeń wydanych pod nieobecność danej osoby na rozprawie, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=uriserv:OJ.L_.2009.081.01.0024.01.POL (dostęp: 9 listopada 2016).

4 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/64/UE z dnia 20 października 2010 r. w sprawie prawa do tłumaczenia ustnego i tłumaczenia pisemnego w postępowaniu karnym, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=celex:32010L0064> (dostęp: 9 listopada 2016 r.)

5 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2012/13/UE z dnia 22 maja 2012 r. w sprawie prawa do informacji w postępowaniu karnym, http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=uriserv%3A-OJ.L_.2012.142.01.0001.01.POL (dostęp: 9 listopada 2016)

6 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/48/UE z dnia 22 października 2013 r. w sprawie prawa dostępu do adwokata w postępowaniu karnym i w postępowaniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania oraz w sprawie prawa do poinformowania osoby trzeciej o pozbawieniu wolności i prawa do porozumiewania się z osobami trzecimi i organami konsularnymi w czasie pozbawienia wolności, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=CELEX:32013L0048&from=EN> (dostęp: 9 listopada 2016).

7 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie tymczasowej pomocy prawnej dla podejrzanych lub oskarżonych, którzy zostali pozbawieni wolności, oraz w sprawie pomocy prawnej w ramach postępowania dotyczącego europejskiego nakazu aresztowania, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=CELEX%3A52013PC0824> (dostęp: 9 listopada 2016)

Jednak pomimo przyjęcia norm minimalnych nie umilkły krytyczne głosy postulujące wprowadzenie zmian w praktyce stosowania nakazu. W głównej mierze pochodziły one z krajów tzw. starej Unii, które zostały zasypane dużą liczbą ENA pochodzących z nowych państw członkowskich. Kontrowersje te doprowadziły do sporządzenia w 2014 r. przez Parlament Europejski raportu wzywającego do reformy procedury stosowania ENA⁸.

Ten raport, a w szczególności wyrażone w nim wątpliwości i krytyka, jak też orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej⁹, stanowiły punkt wyjścia dla seminarium przeprowadzonego przez HFPC w ramach projektu „Beyond Surrender”. Celem seminarium było zdiagnozowanie, które elementy procedury stosowania ENA niosą największe zagrożenie dla praw i wolności jednostek. Obecni na spotkaniu prawnicy zajmujący się tą problematyką zastanawiali się nad możliwymi zmianami w funkcjonowaniu ENA.

Główne problemy polskiej praktyki

Zebrani na seminarium prawnicy wskazywali te same lub podobne problemy do tych wymienionych w raporcie Parlamentu Europejskiego. Jednym z głównych problemów w praktyce stosowania ENA jest brak podwójnej reprezentacji. Z perspektywy profesjonalnego pełnomocnika niezwykle ważne jest to, by ścigany miał zapewnioną pomoc prawnika w chwili wydawania ENA. Tylko na tym etapie można skutecznie podawać w wątpliwość zasadność wydania nakazu. W większości przypadków osoba ścigana nie wie jednak, że toczy się w jej sprawie postępowanie o wydanie ENA. Natomiast po wydaniu

8 Parlament Europejski, Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 27 lutego 2014 r. zawierająca zalecenia dla Komisji w sprawie przeglądu europejskiego nakazu aresztowania (2013/2109(INL)), www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2014-0174&language=PL&ring=A7-2014-0039 (dostęp: 9 listopada 2016).

9 Patrz np. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 28 lipca 2016 r. w sprawie *J.Z. p. Prokuraturze Rejonowej Łódź-Śródmieście*, C-294/16; wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 24 maja 2016 r. w sprawie *Pawła Dworzeckiego*, C-108/16 PPU; Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 5 kwietnia 2016 r. w sprawach *Aranyosi i Căldăraru*, C-404/15, C 659/15 PPU; Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 29 stycznia 2013 r. w sprawie *Cipriana Vasile Radu*, C-396/11.

ENA możliwości jego kwestionowania w państwie wykonania są już mocno ograniczone. Ma to przede wszystkim związek z charakterem tej instytucji, a nie wadą prawa na poziomie krajowym.



Kolejnym z problemów podnoszonych przez uczestników seminarium było nieprzestrzeganie przez państwa członkowskie zasady proporcjonalności. Wyrażano obawę, że ta zasada nie jest w praktyce stosowana, co powoduje, że europejskie nakazy aresztowania są wydawane w sprawach „błahych”. Jako przykład podawano m.in. nieopłacone faktury. Jeden z uczestników seminarium szacował wręcz, że błahe sprawy stanowią 80-90% postępowań, w których wydano ENA.

Źródeł zasady proporcjonalności w polskich przepisach należy szukać w Kodeksie postępowania karnego (dalej: k.p.k.). W myśl art. 607b k.p.k. wydanie ENA jest niedopuszczalne, jeśli nie wymaga tego interes wymiaru sprawiedliwości. Jednocześnie ustawa przewiduje, że wydanie ENA jest dopuszczalne, o ile sankcja karna grożąca osobie poszukiwanej przekracza jeden rok pozbawienia wolności lub orzeczona wobec danej jednostki kara pozbawienia wolności jest dłuższa niż cztery miesiące. Obecni na spotkaniu prawnicy wskazywali w tym kontekście na dwa problemy. Przede wszystkim nie jest jasne, co oznacza

sformułowanie „interes wymiaru sprawiedliwości”. Ponadto druga z przesłanek niedopuszczalności wydania ENA ustanawia tak niski próg, że nakaz można wydać w odniesieniu do niemal każdego przestępstwa.

Z drugiej strony, jak zauważył jeden z uczestników, zasada proporcjonalności pozostaje do pewnego stopnia w konflikcie z zasadą legalizmu, która stanowi podstawę polskiego postępowania karnego (art. 10 k.p.k.). Zatem organ powołany do ścigania przestępstw jest obowiązany do wszczęcia i przeprowadzenia postępowania przygotowawczego, a oskarżyciel publiczny także do wniesienia i popierania oskarżenia, w przypadku każdego, nawet drobnego czynu, który jest ścigany z urzędu. Co więcej, zaniechanie wydania ENA w konkretnych sprawach mogłoby stawać w sprzeczności z zasadą, że nikt, poza przypadkami przewidzianymi w prawie krajowym lub międzynarodowym, nie może zostać zwolniony z odpowiedzialności za popełnione przestępstwo.

Uczestnicy wskazywali ponadto na brak poszanowania zasady specjalności, która zakazuje ścigania osób przekazanych w ramach ENA za inne przestępstwa nieobjęte treścią samego nakazu. Problem z przestrzeganiem tej zasady w kontekście polskiej praktyki jest na tyle poważny, że jeden z uczestników seminarium nazwał go „fikcją”. Jednocześnie część z zebranych podnosiła, że samo sformułowanie tej zasady w Decyzji ramowej 2002/584 nie jest czytelne.

Statystyki uzyskane przez HFPC z Ministerstwa Sprawiedliwości w trybie dostępu do informacji publicznej wskazują, że w Polsce większość ENA jest wydawana w celu wykonania zawieszonych kar pozbawienia wolności. Jak wskazali zebrani adwokaci i radcowie prawni, taka sytuacja ma często miejsce, gdy sprawca nie naprawił szkody albo nie wypełnił obowiązku kontaktu z kuratorem. Niektórzy z uczestników seminarium zauważali w tym kontekście, że to zjawisko ma związek z niską świadomością prawną społeczeństwa oraz pewnym rodzajem lekko-myślności lub wręcz lenistwa po stronie osób, wobec których orzeczono zawieszenie kary. Nie są one np. świadome, że kontakty z wyznaczonym przez sąd kuratorem mogą utrzymywać za pomocą środków komunikowania się na odległość.

Podczas seminarium wskazywano wreszcie na problem praktyki polskich sądów, zgodnie z którą dozór elektroniczny odbyty zagranicą nie jest zaliczany na poczet kar wykonywanych w Polsce. Zgodnie z obecnym brzmieniem k.p.k. wysokość kary pozbawienia wolności jest redukowana o okres, w którym osoba była faktycznie pozbawiona wolności przed przekazaniem do Polski. Ale jak wynika z orzecznictwa polskich sądów, termin „pozbawienie wolności” nie uwzględnia okresu dozoru elektronicznego powiązanego z ENA. W opinii prawników obecnych na seminarium taka interpretacja powoduje nierówne traktowanie osób, tym bardziej że dozór elektroniczny jest w Polsce sposobem wykonywania kary pozbawienia wolności. Przypomniano jednak, że kwestia ta była ostatnio przedmiotem orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C 294/16, wydanego w trybie odpowiedzi na pytanie prejudycjalne zgłoszone przez polski sąd¹⁰, i zakończyła się jasnym sformułowaniem, iż dozór taki nie podlega zaliczeniu na poczet kary.

Bariery związane z nastawieniem i przygotowaniem profesjonalistów

Zdaniem uczestników seminarium wymienione wyżej problemy wydają się nie wynikać bezpośrednio z wadliwej legislacji na poziomie krajowym, lecz są raczej rezultatem wadliwej praktyki. Ta ostatnia jest z kolei kształtowana m.in. przez bariery związanych z nastawieniem lub brakiem wiedzy wśród podmiotów uczestniczących w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości. Prawnicy zebrani na seminarium wskazywali, że pewne dostępne instytucje prawne, które mogłyby ograniczyć nadużywanie ENA, nie są wykorzystywane lub są stosowane niechętnie. Należą do nich m.in. przesłuchanie przez konsula, list żelazny lub przekazanie wyroku do wykonania w innym państwie. Jeden z uczestników przyznał, że stosowanie alternatywy dla ENA jest w praktyce czasochłonne oraz trudniejsze, podczas gdy użycie ENA wymaga o wiele mniej pracy po stronie organów wymiaru sprawiedliwości.

W dyskusji wyraźnie ujawniło się też przekonanie prawników, że sędziowie są niechętni, a być może także pozbawieni

¹⁰ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 28 lipca 2016 r. w sprawie J.Z. p. Prokuraturze Rejonowej Łódź-Śródmieście, C-294/16.

odpowiednich narzędzi, by twórczo interpretować prawo, szczególnie gdy w sprawie pojawia się element międzynarodowy. Wyrażono przy tym obawę, że wśród sędziów brakuje systemowego podejścia do stosowania ENA, a w szczególności interpretacji związanych z nim zagadnień przez pryzmat przepisów Konstytucji RP, w tym art. 55, oraz międzynarodowych standardów praw człowieka.



Istniejące problemy są pogłębiane przez takie bariery instytucjonalne, jak brak odpowiedniej specjalizacji wśród sędziów i prokuratorów. Co gorsza, jak wskazał jeden z uczestników, przepisy, które dotyczą ENA, są zawarte w końcowej części k.p.k. i nie poświęca się im wiele uwagi zarówno w programie studiów prawniczych, jak i aplikacji przygotowujących do wykonywania zawodu.

Bariery prawne oraz potencjalne rozwiązania

Mimo że prawo krajowe nie stanowi głównego źródła problemu, niektórzy z uczestników seminarium wskazywali, iż można próbować wprowadzić pozytywne zmiany lub uzupełnić obecne przepisy o nowe elementy. Jako jeden z głównych braków w ramach regulacji dotyczących ENA przywołano nieobecność instrumentu umożliwiającego podważenie ENA po jego wydaniu, takiego jak np. zażalenie czy skarga na wydanie, które dostępne byłoby w państwie wykonania nakazu.

Uczestnicy seminarium zastanawiali się też nad modyfikacją przesłanek niedopuszczalności wydania ENA, a w szczególności ideą podniesienia minimalnego zagrożenia karą lub wymiaru kary do odbycia. W trakcie dyskusji nie udało się jednak osiągnąć zgody co do tego, że takie rozwiązanie byłoby rzeczywiście użyteczne. Niektórzy z zebranych wskazywali, że w istocie problem leży w nieumiejętnej praktyce stosowania prawa. Uczestnicy zadawali też pytania o uzasadnienie dla przyjęcia takiego, a nie innego poziomu minimalnego zagrożenia karą lub wysokości kary pozostałej do odbycia.

Pojawiła się także propozycja ustanowienia w porządku krajowym katalogu przestępstw, w odniesieniu do których dopuszczalne byłoby wydanie ENA. Propozycja ta została jednak poddana krytyce jako nadmiernie kazuistyczna i niemożliwa w praktyce do zrealizowania w sposób pełny i trwały. Wśród rozwiązań pozalegislacyjnych prawnicy wskazywali zaś na potrzebę szkolenia i odpowiedniej edukacji prawników w zakresie prawa Unii Europejskiej.

Seminarium „Europejski nakaz aresztowania w praktyce” jest jednym z pierwszych działań podjętych przez HFPC w ramach europejskiego projektu „Beyond Surrender”. Koordynatorem przedsięwzięcia jest organizacja Fair Trials Europe, prowadząca działania na rzecz ochrony prawa do rzetelnego procesu. Oprócz HFPC projekt realizują także partnerzy z Litwy, Rumunii i Hiszpanii. Finansowanie zostało pozyskane ze środków Unii Europejskiej.

Projekt „Beyond Surrender” zakłada kompleksowy monitoring 20 spraw, w których osoba ścigana została przekazana do Polski na podstawie ENA. W ramach monitoringu HFPC przeprowadzi badania aktowe, obserwacje posiedzeń sądowych, wywiady z osobami ściganymi, ich rodzinami i obrońcami. Monitoring będzie sprawdzał, czy prawa osób przekazanych były przestrzegane, czy zastosowanie ENA było proporcjonalne oraz czy zastosowano tymczasowe aresztowanie lub inny środek zapobiegawczy. HFPC będzie

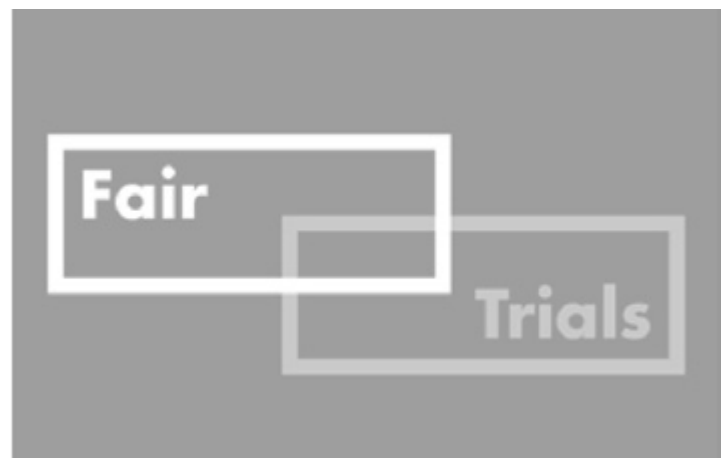
także prowadziła konsultacje z przedstawicielami instytucji państwowych oraz niezależnymi ekspertami, by stworzyć pełny obraz praktyki dotyczącej ENA.

Podstawowym celem projektu jest zebranie historii i doświadczeń osób ściganych przekazanych do Polski na podstawie ENA, żeby pokazać, jaki wpływ na ich życie wywarło zastosowanie ENA. Podczas monitoringu HFPC chce również zidentyfikować dobre i złe praktyki w zakresie traktowania osób ściganych po przekazaniu, podnosić świadomość prawników dotyczącą praktycznych powiązań między dyrektywami UE ustanawiającymi gwarancje procesowe w postępowaniu karnym a ENA oraz sformułować rekomendacje co do przyszłych regulacji i polityk UE w tym zakresie.

Końcowym rezultatem projektu w Polsce będzie raport krajowy oraz wideo ilustrujące trzy przypadki przekazania. Na poziomie europejskim powstanie raport regionalny oraz dłuższy film przedstawiający wybrane sprawy ze wszystkich krajów uczestniczących.

Joanna Smętek jest prawnikiem HFPC i koordynatorem projektu „Beyond Surrender”.

Adw. Marcin Wolny jest prawnikiem HFPC i badaczem w projekcie „Beyond Surrender”.



Cudzoziemcy, jesteśmy z wami! O kampanii #onidlanas

Marta Borucka



Od kilku miesięcy dochodzi w Polsce do aktów agresji wobec cudzoziemców i Polaków o cudzoziemskim pochodzeniu. Polskie władze nie podejmują żadnych kroków, żeby tę falę nienawiści zahamować. Jednocześnie stanowczo zareagowały na ataki na Polaków w Wielkiej Brytanii. Polski minister spraw zagranicznych podczas wizyty, która nastąpiła po takich incydentach, zasugerował przeprowadzenie długofalowej kampanii edukacyjnej, mającej uświadomić społeczeństwu brytyjskiemu wkład Polaków w jego rozwój społeczny, gospodarczy i kulturalny.

Idąc za pomysłem ministra, Helsińska Fundacja Praw Człowieka zorganizowała w połowie września 2016 r. kampanię internetową #onidlanas, w której pokazała, jak cudzoziemcy współtworzą polskie społeczeństwo. Celem akcji było uświadomienie Polakom zaangażowania, osiągnięć i sukcesów cudzoziemców w naszym kraju. Do akcji jako partnerzy przyłączyli się: Stowarzyszenie Młodych Dziennikarzy POLIS, Kampania „Bez nienawiści”, Stowarzyszenie Interwencji Prawnej, Polskie Forum Migracyjne i Migrant Info Point.

W trakcie dwutygodniowej akcji powstała galeria zdjęć cudzoziemców, którzy przybyli ze wszystkich stron świata – od Japonii i Wietnamu po Senegal i Nigerię – i postanowili zamieszkać na stałe w Polsce. W kampanii wzięli udział muzycy, lekarze, sportowcy, przedsiębiorcy, wykładowcy, tłumacze, dziennikarze i – oczywiście – szerokie grono działaczy społecznych.

Wizja cudzoziemca w czasach kryzysu

Rosnącą niechęć wobec cudzoziemców można w Europie obserwować już od kilku lat, i to zarówno wobec uchodźców, jak i imigrantów przyjeżdżających z innych powodów. To zjawisko

dotarło też do Polski, ale wydaje się, że przełomowym punktem, po którym doszło do wzrostu nastrojów i zachowań rasistowskich oraz ksenofobicznych, były wybory parlamentarne w 2015 r.



Przy tak gorących emocjach, jakie wywołuje kwestia migracji, trudno walczyć merytorycznymi argumentami. Dlatego wachlarz rozwiązań przeciwdziałających tendencjom ksenofobicznym musi się poszerzać, by w świadomości współobywateli, ale również władz, utrwalił rzeczywisty obraz cudzoziemców mieszkających w Polsce. Helsińska Fundacja Praw Człowieka zorganizowała we wrześniu akcję #onidlanas, która wpisywała się w ten cel.

Nie ulega wątpliwości, że od około 2014 r., kiedy rozpoczął się kryzys migracyjny w Europie, a państwa europejskie przez miesiące zwlekały z wprowadzeniem choćby przejściowych rozwiązań, nasiliły się nastroje antyimigracyjne. Stało się tak przede wszystkim w państwach, do których napłynęły największe fale cudzoziemców. W Polsce debata o migracjach zaogniła się wraz

z powracającymi planami Unii Europejskiej, by wprowadzić tzw. kwoty uchodźców, którzy mieliby być sukcesywnie relokowani do wszystkich państw członkowskich. Jednak wzrost niechęci wobec cudzoziemców w Polsce nastąpił jesienią 2015 r.



Nastroje antyimigracyjne były podsycane już podczas kampanii wyborczej. Prezes Prawa i Sprawiedliwości Jarosław Kaczyński wypowiadał się z niechęcią o przyjmowaniu uchodźców, strasząc wizją „stref szariatu”, jakie rzekomo istnieją już w „multikulturowej Szwecji”. „Najpierw liczba cudzoziemców gwałtownie się zwiększa, później deklarują oni, że nie będą przestrzegać naszego prawa, naszych obyczajów. [...] 54 strefy, gdzie obowiązuje szariat i nie ma żadnej kontroli państwa” – mówił we wrześniu 2015 r. Jarosław Kaczyński¹. Miesiąc później sugerował, że obecność cudzoziemców jest zagrożeniem dla zdrowia Europejczyków: „Są już przecież objawy pojawienia się chorób bardzo niebezpiecznych i dawno niewidzianych w Europie: cholera na wyspach greckich, dezynteria w Wiedniu, różnego rodzaju pasożyty, pierwotniaki, które [...] nie są groźne w organizmach tych ludzi, ale mogą tutaj być groźne. [...] To nie oznacza, żeby kogoś dyskryminować, ale sprawdzić trzeba”².

1 adso//gak, *Strefy szariatu w Szwecji? Jest reakcja na słowa prezesa PiS*, dostępne na: <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/jaroslaw-kaczynski-o-prawie-szariatu-w-szwecji-reakcja-szwecji,578242.html> (dostęp: 14 listopada 2016).

2 ts/ja, *„Cholera na wyspach greckich, dezynteria w Wiedniu”. Kaczyński pyta o uchodźców*, dostępne na: <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/kaczynski-zastanawia-sie-czy-imigranci-sprowadza-do-europy-zarazy,585502.html> (dostęp: 15 listopada 2016).

W tym tonie wypowiadają się przedstawiciele nowych władz także po wyborach. Polityka odcinania się od unijnych rozwiązań w sprawie relokacji uchodźców i prób wspólnego rozwiązania problemu, a nawet powstrzymywanie osób poszukujących ochrony międzynarodowej w Polsce stały się faktem.

Polski przepis na rozwiązanie kryzysu migracyjnego: udawać, że go nie ma

Już w pierwotnych założeniach dotyczących relokacji uchodźców, które zostały podjęte we wrześniu 2015 r., Polska zobowiązała się do przyjęcia niewielkiej liczby migrantów. Ostatecznie rząd zgodził się na przyjęcie 6182 osób. Wkrótce po wyborach parlamentarnych, w styczniu 2016 r., nowe władze przygotowały projekt rozporządzenia, zgodnie z którym w 2016 r. do Polski miało zostać relokowanych tylko 400 osób³. Jednak już w maju stało się oczywiste, że do tego nie dojdzie, ponieważ Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji poinformowało, że „proces relokacji z terytorium Włoch został anulowany, w dużej mierze na prośbę strony włoskiej”, a po stronie greckiej wystąpiły problemy, które „uniemożliwiły efektywną weryfikację” osób mających dotrzeć co Polski.

Próba zrzucenia winy na karb włoskich i greckich służb nie ma jednak uzasadnienia, gdyż Polska do tej pory nie przyjęła w ramach mechanizmów relokacyjnych ani jednego uchodźcy⁴, choć od unijnego porozumienia minął już ponad rok. Ale tu też znajdzie się dobre usprawiedliwienie – przecież do września 2016 r. udało się ulokować w innych państwach UE zaledwie 5 tys. ludzi przyjeżdżających z Włoch i Grecji. To niespełna 3% osób objętych programem i sama Komisja Europejska przyznała, że nie planuje ani nakładania kar na kraje, które nie wywiązały się ze zobowiązań, ani odnawiania programu relokacyjnego. Stało się tak mimo faktu, że same Niemcy przyjęły w 2016 r. ponad

3 HFPC, *Polska nie przyczynia się wystarczająco do rozwiązania kryzysu migracyjnego*, dostępne na: <http://www.hfhr.pl/polska-nie-przyczynia-sie-wystarczajaco-do-rozwiazania-kryzysu-migracyjnego/> (dostęp: 15 listopada 2016).

4 Jędrzej Bielecki, *Jak wygląda relokacja uchodźców w rok po decyzji Komisji Europejskiej*, dostępne na: <http://www.rp.pl/Uchodzcy/160909142-Jak-wyglada-relokacja-uchodzcow-w-rok-po-decyzji-Komisji-Europejskiej.html> (dostęp: 15 listopada 2016).

470 tys. uchodźców i nadal brakuje rozwiązań, które w sposób systemowy pomogłyby rozwiązać problem napływu migrantów do Europy.

Nierozwiązana kwestia relokacji to niejedyny problem, jaki można zauważyć w Polsce w związku z migracją. HFPC już w lipcu 2016 r. informowała o pogarszającej się sytuacji cudzoziemców poszukujących ochrony międzynarodowej na wschodnich granicach Polski⁵. Fundacja alarmowała, że jeśli uciekinierom z Tadżykistanu i Czeczenii odmówiono wjazdu na terytorium Polski, są oni odsyłani do kraju pochodzenia, gdzie mogą paść ofiarami tortur. Mimo że w świetle przepisów Konwencji genewskiej o statusie uchodźców zakazane jest przed rozpatrzeniem sprawy zawracanie i wydalanie osób deklarujących obawę przed prześladowaniami, dochodzi do tego na przejściu granicznym w Terespolu.

Dramatyczną sytuację wielu rodzin z Czeczenii potwierdził monitoring przeprowadzony na początku października 2016 r. przez ekspertki HFPC zajmujące się prawami cudzoziemców i uchodźców. Pełna relacja z tej wizyty pt. *Droga donikąd* dostępna jest na stronie internetowej HFPC⁶.

Polska się radykalizuje

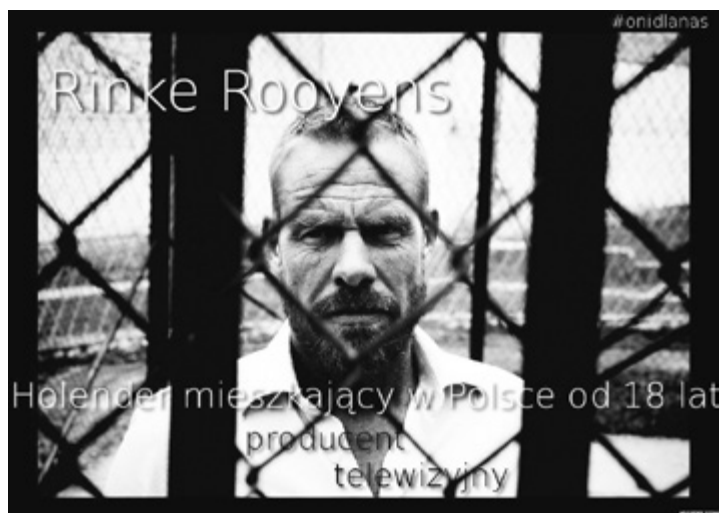
Choć Polska nie przyjęła ani jednego uchodźcy w ramach procedury relokacyjnej, temat relokacji wzbudza duże i często bardzo negatywne emocje. Wystarczy spojrzeć np. na hasła, jakie towarzyszyły w ostatnich latach warszawskiemu Marszowi Niepodległości: w 2015 r. motto brzmiało: „Polska dla Polaków, Polacy dla Polski”, a w 2016 r. przez megafony liderzy marszu skandowali m.in. „My nie chcemy tu islamu, terrorystów, muzułmanów!” i „Płaczą Niemcy, płacze Francja – tak się kończy tolerancja!”

Podejście do cudzoziemców w Polsce nie zawsze było tak negatywne jak dzisiaj. W tegorocznym raporcie *Uprzedzenia, strach czy niewiedza? Młodzi Polacy o powodach niechęci do przyjmowania*

5 HFPC, *Apel HFPC w sprawie sytuacji na wschodnich przejściach granicznych*, dostępne na: <http://www.hfhr.pl/apel-hfpc-w-sprawie-sytuacji-na-wschodnich-przejsciach-granicznych/> (dostęp: 15 listopada 2016).

6 Publikacja dostępna na: <http://www.hfhr.pl/publication/droga-donikad/> (dostęp: 15 listopada 2016).

uchodźców możemy przeczytać: „W połowie lat 90. XX wieku niechęć do przyjmowania osób poszukujących ochrony ze względu na wojnę i prześladowania była bardzo duża. Następnie stosunek do uchodźców poprawił się i w końcu ustabilizował na bardzo wysokim poziomie akceptacji. Trend ten zmienił dopiero tak zwany kryzys migracyjny, a właściwie rozpoczęcie debaty o przyjmowaniu i relokowaniu uchodźców przez kraje Unii Europejskiej”⁷.



Co ciekawe, największą niechęć wobec przyjmowania uchodźców deklarują obecnie osoby młode. Jak wskazuje wspomniany raport, „jeszcze w maju 2015 roku największą niechęć do przyjmowania przymusowych migrantów deklarowały osoby starsze, słabiej wykształcone i gorzej oceniające swoje warunki materialne. W późniejszych badaniach postawy niechętnie uchodźcom stały się domeną ludzi młodych między 18. a 34. rokiem życia”⁸. Można więc pokusić się o stwierdzenie, że to młodzi ludzie się radykalizują; działania zapobiegające postawom ksenofobicznym i rasistowskim powinny więc być prowadzone przez nowoczesne kanały przekazu informacji. Tak jak miało to miejsce podczas kampanii #onidlanas.

7 D. Hall, A. Mikulska-Jolles, *Uprzedzenia, strach czy niewiedza? Młodzi Polacy o powodach niechęci do przyjmowania uchodźców*, Warszawa 2016, s. 4

8 Ibidem, s. 7



Oni dla nas są ważni

Agnieszka Mikulska-Jolles, która była jedną z koordynatorek akcji #onidlanas ze strony HFPC, w programie „Sterniczki w Krytyce Politycznej” tak tłumaczyła ideę kampanii: „Hashtag akcji #onidlanas ma podwójne znaczenie. Pierwsze było takie, że oni dla nas coś robią, że mają wkład w nasze społeczeństwo, że rozwijają jakieś dziedziny nauki, kultury. Drugie znaczenie jest takie, że oni dla nas są ważni, że my się nie zgadzamy na rasizm, który się w tej chwili panoszy, nie zgadzamy się na ksenofobię, nie zgadzamy się na ferowane przez środowiska narodowe hasła »Polski dla Polaków«, którym – niestety – ten rząd przyklaskuje⁹. Trudno zresztą nie zgodzić się z tezą ekspertki HFPC, kiedy posłanka partii rządzącej, Beata Matusiak-Pielucha, w swoim felietonie opublikowanym na stronie internetowej jednej z gazet pisze: „Jak dotąd nie czytałam i nie słyszałam w polskich mediach pytania: kim są ci ludzie z Ukrainy, których w Polsce pracuje już ponad milion? Potomkami morderców? A jeśli tak, to czy uważają ludobójstwo, jakiego dopuścili się ich krewni na Polakach, za zło, które ich dzisiaj boli? A może są tymi, którzy za zarobione u nas pieniądze fundują na Ukrainie pomniki Bandery?¹⁰”.

9 Agnieszka Mikulska-Jolles w programie Roberta Kowalskiego „Sterniczki w Krytyce Politycznej”, opublikowane 6.10.2016, dostępne na: <http://www.krytykapolityczna.pl/artykuly/sterniczki/20161005/nie-zgadamy-sie-uchodzy-hfpc> (dostęp: 16 listopada 2016).

10 B. Matusiak-Pielucha, *Wydarzenia wokół Wołynia utwierdzają mnie w przekonaniu, że nie uciekniemy od problemu współczesnej oceny ludobójstwa sprzed lat*, „wPolityce.pl”, 15.11.2016, dostępne na: <http://wpolityce.pl/historia/315441-wydarzenia-wokol-wolynia-utwierdzaja-mnie-w-przekonaniu-ze-nie-uciekniemy-od-problemu-wspolczesnej-oceny-ludobojstwa-sprzed-lat> (dostęp: 16 listopada 2016).

Do tych słów posłanka dodaje też receptę – deportację „nieprawomyślnych”: „Wolni w swoim myśleniu i działaniu powinniśmy żądać od mieszkających i pracujących w Polsce cudzoziemców legalizowania pobytu i stworzyć skuteczniejszy mechanizm bezwzględnego egzekwowania tego obowiązku przez państwowe służby. Ale także powinniśmy wymagać od ateistów, prawosławnych czy muzułmanów oświadczeń, że znają i zobowiązują się w pełni respektować polską Konstytucję i wartości uznawane w Polsce za ważne. Niespełnianie tych wymogów powinno być jednoznacznym powodem do deportacji”.

W ten oto sposób polityk partii sprawującej władzę dzieli ludzi na gorszych i lepszych w zależności od wyznawanej wiary czy państwa pochodzenia. Jednocześnie wzywa do łamania Konstytucji oraz międzynarodowych zobowiązań Polski. A przecież jako reprezentantka władzy w Polsce powinna dbać o to, by prawo były przestrzegane, zarówno wobec obywateli, jak i tych, którzy przebywają w Polsce i znajdują się pod ochroną polskiego ustawodawstwa. Dowodzi to, że kampanie takie jak #onidlanas powinny być kontynuowane.

Marta Borucka jest politologiem, pracownikiem działu PR HFPC.



wpolityce.pl/historia/315441-wydarzenia-wokol-wolynia-utwierdzaja-mnie-w-przekonaniu-ze-nie-uciekniemy-od-problemu-wspolczesnej-oceny-ludobojstwa-sprzed-lat (dostęp: 16 listopada 2016).

Forum Prawników Pro Bono Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka

Joanna Smętek, adw. Katarzyna Wiśniewska



Pod koniec lipca 2016 r. odbyło się pierwsze Forum Prawników Pro Bono Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka (dalej: HFPC). Celem Forum jest stworzenie stałej platformy dialogu i współpracy między HFPC a przedstawicielami środowisk adwokatów i radców prawnych, którzy angażują się w działalność pro bono na rzecz wzmocnienia ochrony praw człowieka w Polsce.

Obecni na Forum adwokaci i radcy prawni wskazali wiele obszarów, które powinny stanowić pole zainteresowania dla obrońców praw człowieka. Wśród podnoszonych zagadnień szczególnie rozbudowane uwagi sformułowano w odniesieniu do postępowań dyscyplinarnych i postępowania karnego. Inne ważne kwestie to problemy w postępowaniach cywilnych, umieszczanie w zakładach psychiatrycznych i inne zagadnienia z zakresu prawa medycznego.

Postępowanie dyscyplinarne

Uczestnicy Forum zauważyli potrzebę kontynuowania dotychczasowych i podejmowania nowych działań w zakresie postępowań dyscyplinarnych w zawodach nieprawniczych, w tym w zawodzie nauczyciela i policjanta. W szczególności wskazali na kilka problemów: brak jednolitych źródeł prawa skutkujący dużą uznaniowością w prowadzeniu postępowań; opieranie się na środowiskowych tradycjach i zwyczajach; trudności w udzielaniu pomocy osobom obwinionym. Pojawiły się także sugestie dotyczące konieczności zmiany przepisów.

Poczynione w trakcie Forum obserwacje pokazują potrzebę kontynuowania działań HFPC zapoczątkowanych projektem

¹ Sprawozdanie zostało opracowane na podstawie dokumentu przygotowanego przez prawników HFPC po Forum Prawników Pro Bono.

„Standardy rzetelnego procesu w postępowaniach dyscyplinarnych”. Zwieńczeniem tego projektu, w trakcie którego udzielono m.in. 250 porad prawnych, była konferencja „Postępowania dyscyplinarne w wolnych zawodach prawniczych – model ustrojowy i praktyka”².

Zarówno w kontekście opisanego wyżej projektu, jak i postępowań dyscyplinarnych innych niż prawnicze jako obszaru zainteresowania HFPC, warto wspomnieć o wyroku Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 21/11 dotyczącej postępowań dyscyplinarnych w Polskim Związku Łowieckim. HFPC przedstawiła Trybunałowi opinię przyjaciela sądu, w której wskazała na niezgodność z Konstytucją przepisów ustawy w zakresie, w jakim wyłącza ona prawo członka zrzeszenia – ukaranego karą inną niż utrata członkostwa – do wniesienia odwołania do sądu³.

HFPC była również zaangażowana w sprawę SK 18/14, która dotyczyła art. 135r ust. 5 ustawy o Policji, ograniczającego możliwość wznawiania postępowań do pięciu lat od dnia wydania orzeczenia dyscyplinarnego. Wskazany wyrok może być okazją do zainicjowania pogłębionej dyskusji na temat standardów postępowań dyscyplinarnych w służbach mundurowych, dlatego już w październiku 2016 r. HFPC zwróciła się do Rzecznika Praw Obywatelskich z apelem o zaskarżenie do Trybunału Konstytucyjnego przepisów uniemożliwiających wznawianie postępowań dyscyplinarnych policjantów i funkcjonariuszy niektórych służb

² Wystąpienia z tej konferencji zostały zebrane w A. Bodnar, P. Kubaszewski (red.), *Postępowania dyscyplinarne w wolnych zawodach prawniczych – model ustrojowy i praktyka. Materiały z konferencji z dnia 5 marca 2012 r.*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2013, dostępne na stronie: <http://bit.ly/2gCnSLi> (dostęp: 13 grudnia 2016).

³ Informacja dostępna na www.hfhr.pl/tk-kwestionowane-przepisy-prawa-lowieckiego-dotyczace-postepowan-dyscyplinarnych-sa-niezgodne-z-konstytucja/ (dostęp: 13 grudnia 2016).

mundurowych po upływie określonego terminu od dnia wydania orzeczenia dyscyplinarnego⁴.

Postępowanie karne

W odniesieniu do postępowania karnego wśród istotnych problemów podnoszono praktykę dostępu do akt postępowania związanego ze stosowaniem tymczasowego aresztowania oraz funkcjonowanie art. 168a Kodeksu postępowania karnego

Zdaniem uczestników Forum praktyka dotycząca dostępu do akt postępowania budzi obawy. obrońcom udostępnia się jedynie wycinki dokumentów, które bezpośrednio dotyczą podejrzanego, a prokuratura często powołuje się w toku postępowania związanego ze stosowaniem tymczasowego aresztowania na inne dowody niż te, które były udostępnione stronie. W rezultacie uzasadnienia postanowień o zastosowaniu tymczasowego aresztowania są oparte na dowodach, do których obrońca nie miał wcześniej dostępu.

Kwestię dostępu do akt postępowania jako elementu realizacji prawa do informacji w postępowaniu karnym HFPC analizowała w raporcie *Jak informować w postępowaniu karnym? Polskie prawo i praktyka a standardy europejskie*⁵. Analiza zaprezentowana w raporcie odnosiła się do stanu prawnego po reformie Kodeksu postępowania karnego (dalej: k.p.k.), która weszła w życie 1 lipca 2015 r. HFPC oceniała wówczas, że w zakresie dostępu do akt Polska implementowała Dyrektywę 2012/13/UE o prawie do informacji w postępowaniu karnym. Po raz kolejny w kwestii dostępu do akt HFPC zabrała głos przy okazji kolejnej nowelizacji k.p.k. wiosną 2016 r. Zaprezentowane w trakcie Forum wątpliwości niestety pokazują, że obawy formułowane przez HFPC w opinii dotyczącej tej nowelizacji okazały się słuszne⁶.

4 Wystąpienie dostępne jest na stronie: <http://www.hfhrpol.waw.pl/precedens/postepowania-dyscyplinarne-funkcjonariuszy.html> (dostęp: 13 grudnia 2016).

5 K. Wiśniewska, M. Kopczyński, *Jak informować w postępowaniu karnym? Polskie prawo i praktyka a standardy europejskie*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2016, www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/04/dyrektywa_calośc1.pdf (dostęp: 13 grudnia 2016).

6 Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Uwagi Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw

Wśród innych kwestii związanych z tymczasowym aresztowaniem uczestnicy wymieniali rutynowe stosowanie tego środka w postępowaniach ekstradycyjnych oraz używanie go w zbiegu z przymusowym leczeniem psychiatrycznym. Warto wskazać, że HFPC badała w ostatnim czasie ogólną praktykę stosowania tymczasowego aresztowania w Polsce. Z badań tych wynika, że choć praktyka ta ulega poprawie, a samych aresztów jest znacznie mniej, to nadal pozostaje daleka od ideału⁷.

Drugim istotnym obszarem postępowania karnego wskazywanym przez uczestników było funkcjonowanie art. 168a k.p.k. W obecnym brzemieniu przepis ten mówi, że „dowodu nie można uznać za niedopuszczalny wyłącznie na tej podstawie, że został uzyskany z naruszeniem przepisów postępowania lub za pomocą czynu zabronionego, [...] chyba że dowód został uzyskany w związku z pełnieniem przez funkcjonariusza publicznego obowiązków służbowych, w wyniku: zabójstwa, umyślnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub pozbawienia wolności”.

W opinii przedstawionej do kolejnej nowelizacji k.p.k. na wiosnę 2016 r.⁸ HFPC krytykowała projekt całkowitego uchylenia art. 168a k.p.k. Art. 168a k.p.k. został wprowadzony na mocy nowelizacji, która weszła w życie w lipcu 2015 r. Kolejna nowelizacja miała go całkowicie uchylić. Formułując swoje zastrzeżenia do tych planów, HFPC wskazywała, że obniży to poziom ochrony przed nadużyciami ze strony organów prowadzących postępowanie karne na etapie przedprocesowym oraz może rodzić naruszenia art. 6 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Część formułowanych wtedy wątpliwości pozostaje aktualna przy obecnym stanie prawnym, w którym artykuł ten istotnie zmodyfikowano.

(druk sejmowy dr 207), 23 lutego 2016 r., s. 18-21, www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/02/HFPC_opinia_kpk_fnl_23022016.pdf (dostęp: 13 grudnia 2016).

7 Helsińska Fundacja Praw Człowieka, *Praktyka stosowania tymczasowego aresztowania w Polsce. Raport z badań*, Warszawa 2016, www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/07/HFPC_raport_tymczasowe-aresztowanie_2016.pdf (dostęp: 13 grudnia 2016).

8 Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Uwagi Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy dr 207), 23 lutego 2016 r.

Inne zagadnienia

W trakcie Forum uczestnicy zauważali też konieczność monitorowania postępowania cywilnego, w szczególności zbadania takich zagadnień jak długość trwania postępowań czy prekluzja dowodowa. Wątpliwości prawników budziło również niezrozumienie instytucji *iudex suspectus* i stosowanie przez sędziów wątpliwych praktyk, chociażby zadawania pytań z wyraźną tezą. Zwrócono ponadto uwagę HFPC na brak możliwości złożenia skargi kasacyjnej w sprawach rodzinnych. W tym kontekście warto wspomnieć, że HFPC zajmowała się ostatnio w pewnym zakresie prawem do sądu w postępowaniu cywilnym, m.in. w sprawie *K.S. p. Polsce*⁹, w której prawnicy HFPC sporządzili w imieniu klienta skargę do ETPC, oraz *Orłowski p. Polsce*, gdzie HFPC złożyła do ETPC opinię przyjaciela sądu¹⁰.

Innym ważnym tematem podjętym w trakcie dyskusji było przymusowe umieszczanie w szpitalach psychiatrycznych, które według uczestników Forum jest nadużywane. Zauważono przy tym, że w takich postępowaniach udział pełnomocnika jest jedynie fakultatywny. Tematyka umieszczania w zakładach psychiatrycznych była przedmiotem zainteresowania HFPC. Fundacja skierowała m.in. do ETPC opinię przyjaciela sądu w sprawie *R. p. Polsce* (skarga nr 20206/11). W sprawie tej pokrzywdzona zarzuciła, że nie może uzyskać rekompensaty za przymusowe umieszczenie jej w szpitalu psychiatrycznym oraz że postępowanie w tej sprawie było przewlekłe¹¹.

Wśród innych kwestii związanych z ochroną zdrowia wskazywano na dostęp do świadczeń medycznych i medycznej marihuany oraz prawa pacjenta. W odniesieniu do medycznej marihuany prawnicy mówili np. o konieczności wykonania postanowienia sygnalizacyjnego Trybunału Konstytucyjnego z 17 marca 2015 r. (sygn. akt S 3/15). Trybunał przedstawił w nim Sejmowi

uwagi dotyczące celowości podjęcia działań ustawodawczych, zmierzających do uregulowania tej kwestii. HFPC zwróciła uwagę na ten temat w opublikowanej w 2015 r. analizie¹².

W kontekście ochrony zdrowia warto wspomnieć o tym, że HFPC złożyła niedawno opinię prawną do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o refundacji leków¹³. Projekt przewiduje możliwość powoływania przez Prezesa NFZ specjalnych zespołów koordynacyjnych, które będą m.in. kwalifikowały pacjentów do programów lekowych z wykorzystaniem leków refundowanych oraz podejmowały decyzje o wyłączeniu pacjenta z programu. Zdaniem HFPC przepis ten nie spełnia standardów konstytucyjnych. Poza zakresem jego regulacji są np. takie zagadnienia jak skład zespołów, podstawowe zasady ich działania, możliwość odwołania się od decyzji czy sposób ustalania kryteriów kwalifikacji do programu lekowego i wyłączania z niego.

W swojej praktyce Fundacja zetknęła się z problemem wyłączenia pacjenta z programu leczenia refundowanego decyzją zespołu koordynacyjnego. Do HFPC trafiła sprawa młodego mężczyzny, który cierpiał na bardzo rzadką chorobę. Przez lata korzystał on z terapii w ramach programu lekowego, ale ostatecznie został z niego wyłączony decyzją wspomnianego zespołu. Z decyzją nie zgadzali się zarówno rodzice, jak i lekarze. Niestety prawo nie przewiduje obecnie możliwości odwołania się od decyzji zespołu. Ostatecznie pacjent pozbawiony dostępu do leku zmarł¹⁴.

Joanna Smętek jest prawnikiem HFPC i koordynatorem projektów badawczych.

Adw. Katarzyna Wiśniewska jest prawnikiem HFPC i koordynatorem Programu Spraw Precedensowych HFPC.

9 Opis sprawy dostępny na stronie: www.hfhr.pl/korespondencja-zasadem-a-nieprecyzyjne-pouczenia/ (dostęp: 13 grudnia 2016).

10 Opinia w języku angielskim jest dostępna na stronie: www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/07/HFPC-amicus_Orlowski_przeciwko-Polsce.pdf (dostęp 13 grudnia 2016).

11 Opinia jest dostępna na stronie: www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/04/R_przeciwko_Polsce_amicus.pdf (dostęp 13 grudnia 2016).

12 P. Kubaszewski, Z. Warso, *Medyczna marihuana – czas na reakcję ustawodawcy. Problem nieskutecznego leczenia bólu w kontekście konieczności uregulowania w polskim prawie medycznego wykorzystania marihuany*, „Analizy i rekomendacje HFPC” 2015, nr 8.

13 Helsińska Fundacja Praw Człowieka, *Opinia HFPC do projektu ustawy o zmianie ustawy o refundacji leków, środków spożywczych specjalnego przeznaczenia żywieniowego oraz wyrobów medycznych oraz niektórych innych ustawy*, 29 listopada 2016 r., www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/12/HFPC-opinia-projekt-ustawy-o-zm-ustawy-refundacyjnej.pdf (dostęp: 13 grudnia 2016).

14 www.hfhr.pl/opinia-hfpc-w-sprawie-zasad-refundacji-lekow-na-choroby-bardzo-rzadkie/ (dostęp: 13 grudnia 2016).

Helsińska Fundacja Praw Człowieka (HFPC) wydaje „Kwartalnik o Prawach Człowieka” od 2011 r. Publikowane w „Kwartalniku” teksty dotyczą istotnych problemów z zakresu praw człowieka w Polsce i zagranicą.

„Kwartalnik” publikuje zarówno artykuły pracowników HFPC jak też osób niezwiązanych bezpośrednio z HFPC. Wszystkie teksty publikowane w „Kwartalniku” poddawane są merytorycznej recenzji i korekcie językowej. Wynik recenzji warunkuje decyzję o publikacji danego artykułu w „Kwartalniku”.

Teksty nadsyłane przez autorów niezwiązanych bezpośrednio z HFPC są publikowane w trzech działach: Tematy numeru (ok. 8-12 stron, strona = 1800 znaków), Sprawy precedensowe (ok. 5-7 stron) oraz Prawo uchodźcze i migrancie (ok. 5-7 stron). Do tekstów publikowanych w dziale Tematy numeru autorzy są proszeni o przygotowanie streszczeń (ok. 150 słów). Decyzja o publikacji tekstu w konkretnym dziale należy do Redakcji.

Zapraszamy osoby zainteresowane opublikowaniem artykułu w „Kwartalniku” do nadsyłania propozycji tematów lub gotowych tekstów do redakcji na adres: redakcja@hfhr.org.pl. Nadesłanie tekstu z zamiarem opublikowania go w „Kwartalniku” jest równoznaczne z wyrażeniem zgody na publikację tekstu w internecie.





Helsińska Fundacja Praw Człowieka

ul. Zgoda 11, 00-018 Warszawa

tel.: (48) 22 828 10 08

22 828 69 96

22 556 44 40

fax: (48) 22 556 44 50

e-mail: sekretariat@hfhr.org.pl

www.hfhr.pl



Wydawanie **KWARTALNIKA O PRAWACH CZŁOWIEKA** wspierają:



SIGRID RAUSING TRUST



Partnerzy główni:

Partnerzy wspierający:

CLIFFORD
CHANCE

e|n|w|c
Attorneys at Law

Weil



Leśnodorski Ślusarek
i spółka

KKG
Kubas
Kos
Gaertner

WAR WSP
DYŃ ÓLN
SKI+ ICY.

