

KWARTALNIK O PRAWACH CZŁOWIEKA

numer 1-2 (21-22), styczeń – czerwiec 2017 r.
ISSN 2300-2891

HR HELSIŃSKA FUNDACJA
PRAW CZŁOWIEKA



TEMATY NUMERU

- **Zmierzch liberalnego państwa prawa w Polsce**
Prof. Ewa Łętowska
- **Czy Warszawa ma realne szanse zostać drugim Budapesztem? O węgierskich nieoliberalnych inspiracjach ustrojowych w Polsce**
Marta Borucka
- **Izolacja postpenalna a Konstytucja RP**
Dr Barbara Grabowska-Moroz
- **Głosa do postanowienia ETPC w sprawie M.P. przeciwko Polsce**
Marcin Szwed

Słowo wstępne Redaktora Naczelnego

Protokół nr 14 do europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, upraszczający procedurę rozpoznawania skarg przez Europejski Trybunał Praw Człowieka (wszedł w życie 1 stycznia 2010 r.), pozwala jednemu sędziemu na uznanie skargi za niedopuszczalną. Wcześniej wymagało to co najmniej decyzji komitetu trzech sędziów, podejmowanej jednogłośnie.

Każda decyzja (postanowienie) w sprawie niedopuszczalności, także wydana przez pojedynczego sędziego, jest ostateczna. Nie przysługuje od niej środek odwoławczy. Takie są reguły strasburskiej procedury, z którymi trzeba się pogodzić. Zresztą czemuż miałyby być inaczej, skoro odnoszące się do meritum skargi wyroki izby Trybunału tylko wyjątkowo mogą trafić do Wielkiej Izby, a z takiego warunkowego dobrodziejstwa nie korzystają wyroki wydane przez komitet.

Dzięki możliwości odrzucenia przez pojedynczego sędziego skargi „w oczywisty sposób niedopuszczalnej” Trybunał uporał się z olbrzymimi zatorami i opóźnieniami. Na rozpoznanie czekało już przecież nawet 160 tys. spraw; w wyniku reformy liczba ta spadła do nieco ponad 60 tys. (obecnie ich liczba przekroczyła 90 tys.).

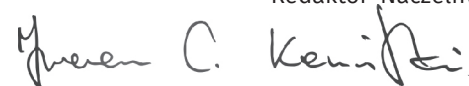
Z werdyktami Trybunału oraz z zastosowaną w nich argumentacją można się oczywiście nie zgadzać. Ale w przypadku decyzji o niedopuszczalności podejmowanej przez jednego sędziego skarżący nie poznaje, dlaczego zapadło niekorzystne rozstrzygnięcie. Z Trybunału przychodzi jednostronicowy dokument, który w kostyczny sposób przywołuje reguły procedury i przepis odnoszący się do niedopuszczalności. I bolesny werdykt. Nic więcej. Skarżący musi zgadywać, gdzie popełnił błąd lub co spowodowało, że skarga zakończyła tak szybko swój strasburski żywot. Zgadywać muszą też prawnicy, którzy są pełnomocnikami skarżących, nawet gdy są biegli w europejskiej Konwencji.

Zachowywanie przez sędziego (i Trybunał) tylko dla siebie przyczyn odrzucenia skargi poddawano ostrej krytyce. Czynili to akademicy zajmujący się Konwencją, eksperci prawni oraz krajowe stowarzyszenia. O zmianę praktyki Trybunału apelowała m.in. polska Naczelna Rada Adwokacka. W odpowiedzi ze Strasburga

słyszano: jesteśmy w trudnym dla Trybunału czasie i próbujemy doraźnie radzić sobie z kryzysem orzecznym, gdy nie ma dzisiaj szans na solidniejszą – a jeszcze kilka lat temu zapowiadaną jako oczywista – reformę Trybunału. Ale Trybunał dodawał, że jeśli tylko sytuacja orzecznicza się poprawi, strasburscy sędziowie zaczną zdradzać, dlatego uznali skargę za niedopuszczalną. Do zmiany praktyki wzywała też deklaracja przyjęta 27 marca 2015 r. w Brukseli przez międzyrządową konferencję dotyczącą skutecznego wcielania w życie Konwencji. Trybunał wprost „zachęcano”, by do zmiany doszło już 1 stycznia 2016 r.

Do zmiany doszło, ale niemal półtora roku później. I nie jest to zmiana pełna. Trybunał zapowiedział, że od 1 czerwca 2017 r. będzie „bardziej szczegółowo” uzasadniał decyzje o niedopuszczalności autorstwa pojedynczych sędziów. Musi jednak zadbać o zachowanie równowagi między oczekiwaniami skarżących a koniecznością skupienia swoich środków na potencjalnie zasadnych skargach. Oznacza to, że „w wielu sprawach” do decyzji zostanie dołączone jej uzasadnienie, sporządzone w danym języku narodowym. Ale z dobrodziejstwa zmiany nie skorzystają „liczne” skargi, które są „nieuzasadnione, źle pojęte lub dokuczliwe” (*ill-founded, misconceived or vexatious*). Rozwikłanie strasburskiej enigmy będzie więc tylko częściowe.

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



TEMATY NUMERU

- 5 **Zmierzch liberalnego państwa prawa w Polsce**
Prof. Ewa Łętowska
- 20 **Czy Warszawa ma realne szanse zostać drugim Budapesztem? O węgierskich nieoliberalnych inspiracjach ustrojowych w Polsce**
Marta Borucka
- 27 **Izolacja postpenalna a Konstytucja RP**
Dr Barbara Grabowska-Moroz
- 35 **Głosa do postanowienia ETPC w sprawie M.P. przeciwko Polsce**
Marcin Szwed

SPRAWY PRECEDENSOWE

- 42 **Podejrzany z niepełnosprawnością intelektualną**
Marcin Wolny
- 47 **Związek partnerski z Polakiem także może potwierdzać więzi z Polską – orzeczenie NSA w sprawie zezwolenia na nabycie nieruchomości przez cudzoziemca**
Jarosław Jagura, Dorota Pudzianowska

PRAWO UCHODŹCZE

- 55 **Ochrona cudzoziemców będących ofiarami tortur i innych form przemocy – standardy, praktyka i konsekwencje**
Marta Górczyńska
- 60 **Projektowane zmiany w polskim prawie uchodźczym**
Ewa Ostaszewska

DZIAŁALNOŚĆ

- 66 **XVI Międzynarodowy Festiwal Filmowy WATCH DOCS. Prawa Człowieka w Filmie**
Maciej Nowicki
- 69 **Prawa dzieci – nowe otwarcie**
Marcin Wolny

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 www.hfhr.pl
© Helsińska Fundacja Praw Człowieka

Zmierzch liberalnego państwa prawa w Polsce

Prof. Ewa Łętowska



1. Zmiana azymutów

1.1. „Zmiana azymutów” oznacza zmianę kierunku marszu. Początkowo droga nieznacznie odbiega od pierwotnej trasy. Z czasem dystans rośnie. Rok 2016 ujawnił zakres i głębokość zmian w Polsce, których początkiem były wybory parlamentarne w 2015 r. Wygrała je partia prawicowo-konserwatywna (Prawo i Sprawiedliwość¹). Głosowało na nią 18% ogółu wyborców i około 37% uczestników wyborów. Przy proporcjonalnej ordynacji wyborczej dało to w parlamencie (Sejm) 5-mandatową większość bezwzględna². Rok 2016 w Polsce przyniósł – jeżeli nie wyraźnie zapowiedzianą programowo, to jednak faktycznie realizowaną – rezygnację z demokracji liberalnej o typie znanym Zachodniej Europie. W tym kierunku rozpoczęto reformy legislacyjne, gospodarcze i ustrojowe. Zarazem jednak – co prawnika może szczególnie niepokoić – następuje to przy odejściu od dotychczas niekwestionowanych zasad państwa prawa.

1.2. Wygaszanie liberalnego państwa prawa doprowadziło w czasie 2016 r. do zmiany standardów demokracji.

Skutki polityczne, społeczne i prawne radykalnie wykraczają bowiem poza konsekwencje zwykłej zmiany wyborczej. To **teza główna** niniejszego artykułu. Wygaszanie państwa prawa nie wyczerpuje się jednak tylko w kwestii kontroli konstytucyjności. Nie objawia się też wyłącznie

w postępujących **zmianach ustaw**. Dlatego ograniczenie się do informacji o zmianach prawa nie obrazuje sytuacji. Zmiany zachodzące w 2016 r. charakteryzuje szybka zmiana stanu prawnego i błyskawicznie idąca za nimi zasadnicza **zmiana standardów funkcjonowania państwa**. Dalsze skutki tej „zmiany azymutów” wyznaczają zapowiedzi i działania na rzecz repolonizacji gospodarki i mediów, koncentracji władzy (osłabienie samorządów), oznaczają też wzmocnienie prawne ochrony własności państwowej³ oraz już dokonane przesunięcie na płaszczyznę pozakonstytucyjną głównego ośrodka dyspozycji politycznej (o czym mowa niżej, pkt 2.10.). To czyni czysto prawniczą relację niewystarczającą⁴ i zmusza do obserwacji codziennej, zmiennej praktyki i dyskursu nie tylko prawniczego. Analiz i syntez naukowych jeszcze brak. Dlatego też dokumentacja niniejszego artykułu z konieczności odwołuje się do źródeł publicystycznych.

1 Wedle K. Bachmanna (*Spalonym mostem trudno wracać*, „Przeгляд”, 12.02.2017), „takie treści, jakie głosi PiS, w Niemczech propaguje skrajna, neonazistowska prawica”; może właściwszy byłby przymiotnik „narodowo-konserwatywny”.

2 Por. E. Łętowska, A. Wiewiórowska-Domagalska, A „good” Change in the Polish Constitutional Tribunal?, „Osteuropa Recht” 2016, nr 1, s. 79-93.

3 Np. dzięki umożliwieniu pierwokupu działek rolnych należących do podmiotów prywatnych (z wyjątkiem nieruchomości należących do Kościoła). Dotyczy to nawet sytuacji, gdy spółka będąca właścicielem takiej działki sprzedaje swoje akcje: Ustawa z 5 sierpnia 2015 r. o kształtowaniu ustroju rolnego (Dz.U.2015 poz. 1433). W pakiecie ustaw z grudnia 2016 r.: z 16 grudnia 2016 r. o zmianie niektórych ustaw w celu poprawy otoczenia prawnego przedsiębiorców (Dz.U. 2016 poz. 2255); Ustawa z 15 grudnia 2016 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (Dz.U. 2016 poz. 2261), Ustawa z 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (Dz.U. 2016 poz. 2259), Ustawa z 30 grudnia 2016 r. Przepisy wprowadzające ustawę o zasadach zarządzania mieniem państwowym (Dz.U.2016 poz. 260), Ustawa z 14 kwietnia 2016 r. o wstrzymaniu sprzedaży nieruchomości Zasobu własności Rolnej Skarbu Państwa (Dz.U. 2015 poz. 585).

4 Z tego punktu widzenia lepszą perspektywę ukazują raporty NGO’s, zawsze zwracające uwagę na kształtowanie praktyki, nie tylko na zmiany prawa.



1.3. Zwrot ku autorytarianizmowi⁵ dokonuje się stopniowo. To proces, nie konkretne wydarzenie czy fakt. Utrudnia to prawnikowi ocenę stadium procesu „wygaszania” państwa prawa. Istotny jest jednak sam kierunek zmian i jego trwałość. Można się spierać⁶, czy „wygaszanie” doprowadziło już do „wygaśnięcia”? Jakie stadium ten proces osiągnął? Jakie zdarzenie ma tu znaczenie decydujące? Tendencja jest jednak wyraźna. W ciągu minionego roku można

5 Wedle klasyfikacji S. Levitsky, L.A. Way (*Competitive Authoritarianism. Hybrid Regimes After the Cold War*, Cambridge University Press 2010, s. 366) obserwowane zjawiska można kwalifikować jako początki *uneven electoral playing field*, będącego jednym z wyznaczników autorytarianizmu.

6 A. Hall, *Czy Polska jest jeszcze demokratycznym państwem prawa?*, „Rzeczpospolita”, 15.02.2017, s. A7.

7 M. Safjan (*Oskarżony: państwo prawa*, „Gazeta Wyborcza”, 22.02.2017) jako moment decydujący wskazuje umorzenie przez prokuraturę postępowania w sprawie odmowy publikacji wyroku TK (publikację nakazuje Konstytucja w art. 190 ust. 2) z uzasadnieniem, iż odmowa była działaniem „podyktowanym ochroną interesu publicznego, wyrażającym się w niedopuszczeniu do wprowadzenia do obrotu prawnego rozstrzygnięć sprzecznych z porządkiem prawnym”. Oznacza to zakwestionowanie autonomii orzeczniczej sądów.

było zaobserwować w Polsce zmianę ustrojową. Dokonywała się drogą pozakonstytucyjną, na raty: w ustawodawstwie zwykłym, ale przede wszystkim w praktyce organów państwa i aksjologii polityki oraz w języku „oficjalnym”.

Prowadzi to – tu druga teza artykułu – ku reglamentacji wolności. Niżej zatem o zjawiskach, które składają się na ten proces.

1.4. Aby proces zmian usprawiedliwić w warunkach niezmienionej Konstytucji, wykorzystano koncepcję woli „suwerena” (narodu). Pozornie odpowiada to art. 4 Konstytucji. Tyle że zarazem „suwerena” redukuje się tylko do aktualnego ucieleśnienia woli wyborców w postaci większości parlamentarnej. Tak ujęta wola suwerena ma być ważniejsza od prawa pisanego, w tym Konstytucji. Suweren tak rozumiany działa przede wszystkim poprzez organy władzy wykonawczej na szczeblu centralnym (rząd). Natomiast z nieufnością traktuje się organy i mechanizmy konstytucyjnie „niezależne” (zwłaszcza Trybunał Konstytucyjny i sądownictwo, a nawet publikacje na ten temat, co widać, jeśli prześledzi się choćby publikacje Wydawnictwa Sejmowego i ich dystrybucję). Polityczne **hasło⁸ „woli suwerena” uznaje się przy tym za wystarczające, aby legitymizować monopartyjną większość parlamentarną**, która – przy wsparciu prezydenta pochodzącego z tej samej opcji politycznej – przeprowadza reformy zmieniające konstytucyjny standard. Tym samym „wola suwerena” unieważnia się legitymizację prawa opartą na innych zasadach konstytucyjnych, np. konstytucyjnej zasadzie subsydiarności, *checks and balance*, niezależności pewnych ciał i organów od egzekutywy⁹ czy działaniach

8 Kierunek ten zainicjowała owacyjnie przyjęta wypowiedź pośta Kornela Morawieckiego na inauguracyjnym posiedzeniu Sejmu VIII kadencji w listopadzie 2015 r.: „Prawo jest ważną rzeczą, ale **prawo** to nie świętość – nad prawem jest dobro Narodu! Jeśli **prawo** to dobro zaburza, to nie wolno nam uważać to za coś, czego nie możemy naruszyć i zmienić. To mówię – **prawo** ma służyć nam! Prawo, które nie służy narodowi, to jest bezprawie”. Por. także wywiad wicepremiera Mateusza Morawieckiego dla „Deutsche Welle”, 16.02.2017, <http://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/kraj/1694538,1,mateusz-morawiecki-dla-deutsche-welle-kto-sie-nabierze-na-to-co-powiedzial.read> (dostęp: 03.04.2017).

9 Przybiera to formy cenzury lub autocenzury reagującej na sam przymiotnik. Np. Wydawnictwo Sejmowe (publikujące książki naukowe z zakresu prawa i politologii, w którym w 2015 r. wymieniono

w interesie wspólnym o bardziej pluralistycznym mianowniku. W rzeczywistości „suwerena” w obecnym dyskursie politycznym utożsamia się z aktualną większością parlamentarną, a nie z narodem, jak to nakazuje art. 4 Konstytucji, ani nie z mieszkańcami np. gminy (co nakazywałaby uwzględniać zasada subsydiarności). Demokratyczne ma być to tylko, co odpowiada woli suwerena zmaterializowanej w zwycięstwie w wyborach do parlamentu. Nie słychać przy tym, aby suweren tak rozumiany miał obowiązek chronienia mniejszości przed arbitralnością większości. Automatycznie jako niedemokratyczne jest też kwalifikowane to, co ową wolę ma powściągać. Na tej retoryce była zbudowana trwająca kilkanaście miesięcy kampania przeciw Trybunałowi Konstytucyjnemu. Obecnie identyczny *modus procedendi* powiela się, przygotowując reformę sądownictwa (niżej, pkt 4).

1.5. Spektakularnym i bodajże najlepiej znanym (także za granicą) epizodem tego procesu jest wyeliminowanie Trybunału Konstytucyjnego jako efektywnego kontrolera legislatywy i doprowadzenie w ciągu 14 miesięcy tego organu do trwałego paraliżu i destabilizacji. Początki tego kryzysu, przedstawione czytelnikom „Ostrecht”¹⁰, kończyło pesymistyczne pytanie: czy aby mamy do czynienia z nadciągającą zimą (co było aluzją do znanej powieści George’a R.R. Martina, *Gra o Tron*). Pesymizm okazał się uzasadniony. Spór o Trybunał Konstytucyjny w 2016 r. zakończył się pyrrusowym zwycięstwem polityki nad prawem (bliżej pkt 3).

2. Rekonkwista ustroju bez zmiany Konstytucji

Uzyskana większość sejmowa (pięć mandatów) to zbyt mało, aby zmienić Konstytucję (pochodzącą z 1997 r.). Program wyborczy zwycięskiej partii nie zapowiadał zresztą

całą redakcją wtrzymało dystrybucję już wydrukowanej książki prawniczej dotyczącej niezależnych organów konstytucyjnych.

¹⁰ Więcej informacji: E. Łętowska, A. Wiewiórowska-Domagalska, A „good” Change..., op. cit., por. także B. Banaszak, *The Changes to the Act on Constitutional Tribunal and the Changes in the Make-up of the Constitutional Tribunal in Poland*, „Ostrecht” 2016, nr 1, s. 94-102.

radykalnych zmian ustrojowych. Nawet pochodzący z 2010 r. projekt (autorstwa PiS) nowej Konstytucji, został w okresie wyborczym wycofany z internetu. Natychmiast po wyborach zwycięzcy zaczęli jednak właśnie od energicznych zmian ustrojowych. Skoncentrowały się one na zmianach instytucji charakterystycznych dla demokracji liberalnej, deliberatywnej: na kontroli konstytucyjności, kwestionowaniu niezależności judykatury i jej roli w podziale władz, wymianie kadr w służbie cywilnej¹¹, a także na zmianach statusu prawnego i kompetencji prokuratury¹² oraz zyskaniu wpływu na media¹³. Zwłaszcza te ostatnie dwie zmiany były znaczące jako kluczowe dla dalszego biegu wydarzeń. Przygotowały one bowiem „mechanizmy reprodukcyjne”, umożliwiające dalsze poszerzenie sfery wpływów przez wypieranie oponentów z przestrzeni publicznej dzięki wspieranej ofensywie medialnej. Prokurator Generalny uzyskał prawo wydawania zarządzeń, wytycznych i poleceń wszystkim prokuratorom, także prowadzącym konkretne sprawy. Oznacza to – z uwagi na połączenie rozdzielonych od 2007 r. stanowisk Prokuratora Generalnego i Ministra Sprawiedliwości – uzyskanie przez Ministra Sprawiedliwości (członka rządu) bezpośredniego wpływu (jako Prokuratora Generalnego) na toczące się procesy w pojedynczych sprawach¹⁴. Wpływ ten

¹¹ E. Łętowska, A. Wiewiórowska-Domagalska, A „good” Change..., op. cit., s. 79-81 i informacje zawarte w przypisach.

¹² Ustawa z 18 stycznia 2016 r., Dz.U. 2016 poz. 177. Z dniem wejścia ustawy w życie wygasty dotychczasowe kadencje prokuratorów funkcyjnych (kierujących jednostkami organizacyjnymi). Zlikwidowano Krajową Radę Prokuratury.

¹³ Dwie nowe ustawy z 2016 r. do ustawy o radiofonii i telewizji z 1992 r. (tekst jednolity Dz.U. 2016 poz. 639) miały umożliwić odpowiednie rozwiązanie rad nadzorczych, mających wpływ na media publiczne i zmienić ich skład. Wiązało się to ze zwolnieniem ponad 200 dziennikarzy (znanego komentatora sportowego zwolniono z powodu poglądów politycznych wyrażonych w wywiadzie z nim). W 2016 r. wedle raportu Reporterów bez Granic Polska przesunęła się do tyłu o 29 miejsc w rankingu wolności mediów.

¹⁴ Może np. budzić zastrzeżenia (kilkakrotnie już obserwowane) wszczynanie przez prokuraturę postępowania karnego wobec sędziów (zarzut przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków) w sytuacjach, gdy ów sędzia, prowadząc sprawę, podjął decyzję procesową inną, niż tego oczekiwała prokuratura, np. gdy prokuratura wniosowała o zastosowanie aresztu tymczasowego jako środka zabezpieczającego, zaś sąd zastosował kaucję pieniężną. W takim wypadku prokuratura wystąpiła przeciw sędziemu z zarzutem, iż uchybił swym obowiązkom. Toczy się postępowanie o nadużycie kompetencji (niedopełnienie obowiązków) przez

nie jest potencjalny czy iluzoryczny. Jako przykłady podać można działania prokuratury w zakresie reakcji na demonstracje i protesty przeciwników zmian (wzywianie na rozmowy prewencyjne, publikowanie fotografii uczestników protestów, wybiórcze traktowanie spraw będących w orbicie zainteresowania prokuratury – „ręczne sterowanie” postępowaniami, wdrażanie postępowań dyscyplinarnych wobec opozycji we własnych szeregach itp.). Z uprawnień tych minister sprawiedliwości i prokurator generalny w jednej osobie zresztą chętnie korzysta¹⁵, informując o tym publiczność i sądy, także przy pomocy mediów publicznych „odzyskanych” przez partię rządzącą oraz za pośrednictwem mediów elektronicznych i społecznościowych. Szeroko nagłaśniane preferencje i sugestie dotyczące zaostrzenia karania czy wyboru celów polityki wymiaru sprawiedliwości są świadomym instrumentem *chilling effect* wobec wymiaru sprawiedliwości.

2.1 Różnorodność mediów jest konstytucyjną gwarancją wolności (art. 14). Media publiczne (przede wszystkim telewizja i radio), ale także niektóre gazety głównego

Prezesa Trybunału Konstytucyjnego. *Legal harassment* (umożliwienie kontroli bilingów i korespondencji) zastosowano wobec sędziego – rzecznika prasowego Krajowej Rady Sądownictwa. *Chilling efekt* takiego działania wobec wszystkich sądów jest oczywisty. Prokuratura wszczyła także postępowania karne wobec protestujących obywateli (np. zarzut ograniczania swobody wykonywania obsługi dziennikarskiej, gdy demonstrujący podstawił pod kamerę plakat z niesionym hasłem).

15 Przykładowo: w procesie karnym dotyczącym odpowiedzialności lekarza za śmierć pacjenta zmarłego na zawał (pikanterii dodaje okoliczność, że chodzi o ojca ministra sprawiedliwości i prokuratora generalnego w jednej osobie) prokuratura wszczęła postępowanie „o podejrzenie dokonania przestępstwa przez sędziego”. Zarzucono mu, że zatwierdził koszty (rzekomo zbyt wysokie) ekspertyzy sądowej (niekorzystnej dla oskarżycieli posiłkowych, czyli rodziny zmarłego). Zarzut miał doprowadzić do przerwania procesu i zmiany sędziego. (Ostatecznie wydano wyrok uniewinniający, postępowanie w sprawie podejrzenia przestępstwa przez sędziego trwa). W innej sprawie wszczęto postępowanie prokuratorskie, ponieważ sędzia nie zastosował wnioskowanego przez prokuraturę aresztu tymczasowego, lecz tylko kaucję pieniężną. Przykłady te (nie jedyne) wzbudziły szerokie komentarze i protesty organizacji prawniczych. Oznaczają bowiem, że prokuratura, stosując zagrożenie represją karną sędziów, wywiera nacisk na ich niezawisłość i niezależność.

nurtu poddano reformie i zmianom kadrowym¹⁶. Wymieniono zarówno ich kierownictwo (skracać już biegnące kadencje rad nadzorczych¹⁷), jak i personel dziennikarski. Wprzęgnięcie w apologetyczny przekaz propagandowy wyeliminowało funkcję krytyczną tych mediów (niżej pkt 2.9, 2.19.4.). Przejęcie telewizji publicznej i radia poprzez obsadzenie jej nowymi ludźmi, zarówno na stanowiskach kierowniczych, jak i dziennikarskich, odbywało się w sposób przypominając „wrogie przejęcia” w spółkach. Ograniczono zarazem dostęp do informacji mediom niezależnym. Przykładowo (grudzień 2016): ograniczono dotychczasową swobodę poruszania się dziennikarzy po parlamencie, co utrudniło dostęp dziennikarzy do informacji. Po zmianie na stanowisku Prezesa Trybunału Konstytucyjnego (grudzień 2016) niektóre materiały informacyjne o Trybunale z internetu wycofano, inne zmieniono. Zlikwidowano także transmisje on-line z posiedzeń jawnych.

2.2 Aksjologia Konstytucji z 1997 r. (preambuła) wyraża aprobatę dla społeczeństwa otwartego: akceptującego różnorodność, także różnorodność religijną, i uznającego indywidualną wolność jednostki za fundamentalne założenie ustrojowe. Konstytucja bardzo często używa terminów „jednostka”, „każdy”, „nikt”. To bardzo charakterystyczne odwołanie do społeczeństwa otwartego, które nie różnicuje, jaki status ma człowiek – czy jest obywatelem, czy nie. Przeciwnieństwem tego jest wizja społeczeństwa zamkniętego, nieinkluzywnego – zarówno dosłownie, jak i kulturowo (niechęć do integracji przybyszów i obcych¹⁸, uznawanie uniwersalnych wartości humanistycznych za możliwe zagrożenie

16 Por. wspólny raport o sytuacji mediów publicznych w Polsce, wydany przez organizację Article 19 i Helsińską Fundację Praw Człowieka, z 8.02.2017 r., <http://www.hfhr.pl/article-19-i-hfhr-publickuja-wspolny-raport-o-mediach-publicznych-w-polsce/> (dostęp: 03.04.2017).

17 E. Łętowska, A. Wiewiórowska-Domagalska, A „good” Change..., op. cit., s. 80, notka 6.

18 Polityka względem cudzoziemców i ich integracji stała się bardziej restrykcyjna; ogranicza się poparcie dla NGO-sów zajmujących się tymi problemami: Helsińska Fundacja Praw Człowieka, *Krok wstecz w udzielaniu ochrony cudzoziemcom – uwagi HFPC do projektu nowelizacji ustawy*, hfhr.pl, <http://www.hfhr.pl/krok-wstecz-w-udzielaniu-ochrony-cudzoziemcom-uwagi-hfpc-do-projektu-nowelizacji-ustawy/> (dostęp: 03.04.2017 r.)

dla wyeksponowanej własnej tradycji historycznej jako spoiwa ideowego). W zakresie prawa społeczeństwo nieinkluzywne charakteryzuje się brakiem potrzeby otwarcia na mniejszości, rezygnację ze stosowania większego „wspólnego mianownika” dla prawa i polityk państwowych, umożliwiającego kształtowanie prawa i standardu w sposób pluralistyczny dla zróżnicowanego społeczeństwa. Jednostka i mniejszość powinna po prostu podporządkować się większości. Wiele świadczy o tym, że zmiana po 2015 r. oznacza zwrot od społeczeństwa otwartego ku społeczeństwu zamkniętemu, nieinkluzywnemu.

2.3 Preambuła konstytucyjna nakazuje większości parlamentarnej oszczędnie korzystać z matematycznej przewagi. Wedle wyrażonej przez nią zasady subsydiarności, centrala tylko o tyle powinna coś regulować, wydawać decyzję oraz skupiać władzę w swym ręku, o ile władza terenowa, samorząd czy jednostka same czegoś „na dole” nie mogą wykonać. Sądząc po nieufności w stosunku do samorządów (terenowych, profesjonalnych, „trzeciego sektora”) i zapowiadanych przez partię rządzącą dalszych reformach prawa ich dotyczących, zasada subsydiarności nie jest obecnie czynnikiem wysoko cenionym przez decydentów i realizatorów zmian. Tymczasem już zapowiedziano reformę prowadzącą do ograniczenia niezależności samorządu. Pierwszym krokiem ma być wymiana zasiedzia-tych elit lokalnych, polegająca na ograniczeniu do dwóch kadencji samorządu. Konsultacji z samorządami nie przeprowadzono. Zamierza się też dokonać zmiany podziału terytorialnego; wybory samorządowe odbędą się w 2018 r., a ograniczenia kadencyjności miały dotyczyć także tych, którzy mają za sobą dwie kadencje. Dodatkowo wprowadzono zabieg legislacyjny chętnie wykorzystywany w 2016 r., w generalny sposób zmniejszający demokratyzm i przejrzystość procedur legislacyjnych (por. niżej pkt 2.10.3.). Mianowicie najbardziej drastyczne projekty wprowadza się jako legislacyjne projekty poselskie (taką taktykę stosowano w czasie maratonu legislacyjnego w 2016 r. dotyczącego Trybunału Konstytucyjnego). W przeciwieństwie do projektów rządowych projekty poselskie nie wymagają sformalizowanych procedur konsultacyjnych. Słaby merytorycznie

poziom legislacyjnego przygotowania tych reform samorządowych, które przedstawiono (dotyczące metropolii warszawskiej), i skala sprzeciwu¹⁹ źle rokują w kontekście zamierzonej reformy samorządowej.

2.4 Podział władz w Konstytucji ujęto jako mechanizm *checks and balance* (art. 10). Odrzucono w ten sposób francuską koncepcję (dawniej obowiązującą w Polsce, w Konstytucji z 1952 r.) prymatu parlamentu nad innymi władzami. Jednak tak ujęty podział władz po wyborach 2015 r. został zakwestionowany. W sferze ideologii dokonano tego poprzez odwołanie do koncepcji „suwerena” (por. wyżej pkt 1.4.), którego wola zwyciężyła w wyborach i ukształtowała bezwzględna większość parlamentarną – nieskłoną (nawet na szczeblu parlamentu) nie tylko do kompromisu, ale wręcz do dyskusowania z opozycją. W ciągu 2016 r. zaznaczyła się nadto wyraźnie tendencja do ograniczania autonomii i niezależności poprzez kontrolowanie i uzależnianie – czy to samorządu terytorialnego, sądów, a nawet sektora pozarządowego, czy niezależnych mediów. Służą temu zarówno zmiany ustawowe, jak i nominacje kadrowe czy uzależnienia finansowe (rozdział grantów czy funduszy, tworzenie scentralizowanych form ich rozdziału, promocja niektórych organizacji). W zakresie sektora pozarządowego planuje się (inicjatywa rządowa, obecnie konsultowana) utworzenie scentralizowanego Narodowego Centrum Społeczeństwa Obywatelskiego służącego sterowaniu działaniami tego sektora)²⁰.

19 Miał on miejsce na Dolnym Śląsku, gdy do miasta Opole zaplanowano włączyć kilka otaczających je gmin. Sprawa nie jest pozbawiona elementu etnicznego: to włączenie utrudniałoby wyłanianie reprezentacji mniejszości niemieckiej. Trybunał Konstytucyjny odmówił rozpatrzenia wniosku złożonego w interesie gmin dolnośląskich (U 2/16, postanowienie z 8.02.2017 r.), aby tytułem zabezpieczenia wstrzymać realizację zamierzonej zmiany do czasu rozpatrzenia konstytucyjności samej reformy. Z kolei w styczniu 2017 r. skierowano do Sejmu (druk nr 1259) zmianę ustroju miasta Warszawy, polegającą na przyłączeniu 33 gmin do stolicy. Obie reformy mają cechy gerrymanderingu (wybory przewidziano na 2018 r.).

20 Por. M. Stańczyk, *PiS kontra trzeci sektor. Jak finansowane są organizacje pozarządowe w Polsce?*, Onet.pl, 22.11.2016, <http://biznes.onet.pl/wiadomosci/kraj/finansowanie-organizacji-pozarządowych-w-polsce-a-kontrola-rządu/hm6erb> (dostęp: 14.02.2017); J. Wygnański, *Pozarządowe tylko z nazwy? Dobra diagnoza, złe recepty*,

2.5 Konstytucja z 1997 r. mocno podkreśla niezależność sądów od władzy politycznej. Sędziom zaś nakazuje podległość nie tylko ustawom, ale i Konstytucji. Mogą więc oni – rozpatrując sprawy – odmówić zastosowania ustawy, która w ich przekonaniu jest niekonstytucyjna. (Inna sprawa, czy polskie sądy umieją i chcą z tej możliwości korzystać). Zaś w wypadku sędziów Trybunału Konstytucyjnego, który z założenia kontroluje konstytucyjność ustaw, do Konstytucji wpisano podległość ich tylko samej Konstytucji, a wyrokom Trybunału nadano moc powszechną: nikt nie ma prawa ich zakwestionować, zaś same wyroki podlegają natychmiastowej publikacji.

2.6 Przedstawione wyżej (pkt 2.1.-2.6.) zasady były do tej pory akceptowane i żaden z kolejnych rządów i parlamentów nie odważył się na bezpośrednie ich podważanie. W 2016 r. Konstytucji nie zmieniono, jednak modyfikując ustawodawstwo zwykłe i standardy postępowania władzy, doprowadzono do jej fasadyzacji. Zasady wyplukano z treści. Nie może temu przeciwdziałać kontrola konstytucyjności, z uwagi na praktyczne sparaliżowanie pracy Trybunału Konstytucyjnego (pkt 3). Jako legitymizacja tych zabiegów korekcyjnych i rekonstrukcji zasad konstytucyjnych służy odwołanie do woli „suwerena”, czyli aktualnej większości parlamentarnej. Zapomina się jednak, że nie wystarcza to przy zmianach wkraczających w materię konstytucyjną, zaś polska konstytucja została przyjęta w ogólnonarodowym referendum. Ponadto gładko jednocześnie zapomina się o woli „suwerena”, gdy np. chodzi o osłabienie pozycji samorządu terytorialnego poprzez koncentrację i centralizację władzy (podział terytorialny), pozostawianie samorządom zadań przy koncentracji decyzji o środkach na ten cel.

2.7 Centrum decyzji politycznej jest obecnie ulokowane poza strukturą organów państwowych. Ani program zwycięskiej partii, ani np. pochodzący z 2010 r. projekt Konstytucji lansowany przez Prawo i Sprawiedliwość (jak wspomniano – zdjęty po wyborach ze stron internetowych rządzącej partii)

nie są źródłem realizowanej strategii zmian²¹. Szukać ich należy natomiast w wypowiedziach programowych lidera rządzącej partii Jarosława Kaczyńskiego²². Jego wypowiedzi (wykłady, przemówienia, wywiady, nawet okazjonalne wypowiedzi publicystyczne²³) pełnią w dyskursie publicznym rolę programów polityczno-ideowych i dyrektyw wyznaczających konkretne w danym momencie cele reformatorskie. Lider nie pełni żadnej oficjalnej funkcji państwowej, jednak *de facto* decyduje o nawigacji nawy państwowej. W zewnętrznych kontaktach Polski jest to akceptowane przez gości zagranicznych. Wypowiedzi lidera²⁴ obiecują dalsze podążanie w kierunku repolonizacji gospodarki,

21 Jakkolwiek projekt Konstytucji PiS np. nie przewidywał podziału władz w formule *checks and balance*.

22 Por. rekonstrukcja jego poglądów J. Kaczyński, *Czy Polska jest państwem prawa*, „Pressje. Teka XXIV Klubu Jagiellońskiego” 2010, s. 222-229; K. Mazur, *Jarosław Kaczyński – ostatni rewolucjonista III RP*, Jagiellonski24.pl, 18.01.2016, <http://jagiellonski24.pl/2016/01/18/jaroslaw-kaczynski-ostatni-rewolucjonista-iii-rp/> (dostęp: 14.02.2017).

23 Zwłaszcza przemówienia w czasie organizowanych co miesiąc, 10 dnia każdego miesiąca, wieców upamiętniających katastrofę samolotu prezydenckiego w Smoleńsku. Powraca tu motyw konieczności walki „aż do zwycięstwa”, mimo że chodzi o przemówienia przywódcy rządzącej partii.

24 „Chcę jasno powiedzieć: nie złamię nas. Po naszej stronie jest wielka determinacja, silny mandat społeczny. Ale nie tylko. Mamy precyzyjne rozpoznanie, gdzie są nasze słabości, i ciężko pracujemy nad ich naprawianiem. Wiemy też, które punkty węzłowe w państwie należy pilnie zreformować, żeby jeszcze szybciej ruszyć do przodu. Nie zdołają nas zatrzymać w naprawie państwa”; Wsiecei.pl, 26.12.2016 r., <http://www.wsiecei.pl/o-tygodniku/kaczynski-we-wsiecei-to-byl-pucz-pnews-3075.html> (dostęp: 03.04.2017); „Sądy w Polsce są obciążone potężną patologią. Polskie sądownictwo, to jest jeden gigantyczny skandal i z tym skandalem trzeba skończyć Nie cofniemy się”, <http://wpolityce.pl/m/polityka/326340-kaczynski-o-reformie-wymiaru-sprawiedliwosci-sady-w-polsce-sa-obciazone-poteczna-patologia-nie-cofniemy-sie> (dostęp: 03.04.2017) – wywiad z 6.02.2017 r., por.: *Kaczyński: potrzebna jest reforma mediów*, Polsat News, <http://www.polsatnews.pl/wiadomosc/2017-01-21/kaczynski-planuje-wybory-w-2018-i-w-2019-r-ora-reforma-mediow/> wywiad z 21.01.2017 r., zapowiadający zmiany w statusie mediów niepublicznych; *Tak PiS zmieni samorządy. Jarosław Kaczyński: teraz to jest fikcja*, Wirtualna Polska, <http://wiadomosci.wp.pl/kat,1342,title,Tak-PiS-zmieni-samorzady-Jaroslaw-Kaczynski-teraz-to-jest-fikcja,wid,18704705,wiadomosc.html> – wywiad z 17.02.2017 r., dotyczący reform samorządu; <http://300polityka.pl/news/2017/01/21/kaczynski-o-mediach-kadencynosci-i-twarzach-specjalnej-troski-kluczowe-cytaty/> (dostęp 03.04.2017) – o karaniu opozycji za protesty na sali sejmowej.

Jagielloński24.pl, 13.02.2017, <http://jagiellonski24.pl/2017/02/13/dobra-diagnoza-zle-recepty/> (dostęp: 03.04.2017).

mediów, i kultury, dowartościowania narodowej tradycji historycznej, koncentracji władzy, a także jej bazy gospodarczej w postaci własności państwowej. Zapowiadana jest reforma wymiaru sprawiedliwości²⁵, przewidziano ograniczenie prawa zgromadzeń²⁶. Gruntowna rekonstrukcja ustrojowa oddala Polskę od demokracji liberalnej – zarówno z uwagi na cel, przedmiot i zakres reform, jak i sposób ich dokonywania, z naruszeniem procedur *rule of law*. Ma to być kontynuowane, i to nawet – co zapowiedziano *expressis verbis* – gdyby miało prowadzić do zahamowania rozwoju gospodarczego²⁷.

2.8 Charakterystyczna jest tu także retoryka oficjalnych politycznych deklaracji. Rządzący mówią chętniej do „Polek i Polaków” niż do „obywateli”. Używany w samej Konstytucji język bardziej uniwersalny, odnoszący się „każdego” czy „jednostki” poddanej władzy państwa, w języku obecnego oficjalnego establishmentu w tej roli nie występuje.

2.9 Powtarzalny jest scenariusz zmian, wypróbowany w 2016 r. przy reformowaniu Trybunału Konstytucyjnego. Powtarza się tu charakterystyczna sekwencja wydarzeń. Przy reformie Trybunału Konstytucyjnego, sądownictwa w ogólności, samorządów oraz trzeciego sektora (instytucje

25 J. Kaczyński: „Sądy w Polsce są obciążone potężną patologią. Ci, którzy bronią *status quo*, twierdzą, że dla polskiej praworządności i demokracji potrzebna jest patologia w sądach. To pogląd absurdalny albo związany z jakimiś interesami”, wPolityce.pl, 6.02.2017, <http://wpolityce.pl/polityka/326340-kaczynski-o-reformie-wymiaru-sprawiedliwosci-sady-w-polsce-sa-obciazone-poteczna-patologia-nie-cofniemy-sie> (dostęp: 03.04.2017)

26 Wypowiedź J. Kaczyńskiego z 10.12.2016 r. w czasie tzw. miesięcznicy smoleńskiej: „Zmienimy prawo tak, by wszyscy mieli realne prawo do demonstracji, żeby nie można było ich zakłócać. Bo tylko oszuści mogą twierdzić, że to ma coś wspólnego z demokracją. Możecie sobie tutaj państwo krzyczeć, co chcecie, ale to tylko oszustwo. To my prezentujemy prawdę, demokrację i wolność. My jesteśmy partią wolności. Polska jest dzięki nam dzisiaj”.

27 „Pytany o polską gospodarkę, prezes PiS mówi, że byłby skłonny zaakceptować spowolnienie wzrostu ekonomicznego, jeżeli byłoby ono ceną przeforsowania jego wizji Polski”, za: *Mocny wywiad. Kaczyński jest gotów na spowolnienie gospodarki, jeśli to będzie cena realizacji jego wizji ideologicznej*, naTemat.pl, 23.12.2016, <http://natemat.pl/197539,mocny-wywiad-kaczynski-jest-gotow-na-spowolnienie-gospodarki-jesli-to-bedzie-cena-za-realizacje-jego-wizji-ideologicznej> (dostęp: 03.04.2017)

społeczeństwa obywatelskiego) scenariusz jest taki sam. Najpierw pojawia się kampania medialna, wykazująca różnego rodzaju nieprawidłowości i dysfunkcje. Są to informacje często prawdziwe, ale pochodzące z różnych okresów, wyselekcjonowane i zestawione z sobą, nierzadko są przesadnie przerysowane. Jednocześnie formułuje się zarzuty żądy władzy, korupcji, prywaty, kastowości i deficytu demokracji w działaniu. Jest to rodzaj „zinstytucjonalizowanego hejterstwa”, w którym uczestniczą, niestety, także piastuni władzy.

2.9.1 Uwypukla się blokowanie awansów młodym kadrom przez godne potępienia stare elity, o niewłaściwej proweniencji (stygmatyzacja; taktyka rozbudzania ambicji i zjednywania poparcia „młodych Turków”: młodych, którym obiecuje się awans po pozbyciu się dawnych elit). Planowa wymiana elit jest jednym z uniwersalnie stosowanych środków reform. Odbywa się przy zastosowaniu wielu instrumentów – skracanie biegnących kadencji, wymiana kadr kierowniczych (służba cywilna, prokuratura, wojsko²⁸).

2.9.2 Przy trafnej w wielu wypadkach diagnozie społecznej towarzyszącej reformom (niżej, pkt 5.1.), wybór środków naprawczych i sposób ich stosowania budzą sprzeciw, szczególnie wśród prawników. Dotyczy to zwłaszcza ostentacyjnego odrzucenia demokratycznego ducha prawa i standardów konstytucyjnych. W miejsce metod demokracji deliberatywnej – dyskutuj i przekonuj – stosuje się bowiem metodę dziel i rządź, wykluczaj i różnicuj, insynuuj, strasz wrogiem i pokazuj niezbędną jego zniszczenia dla dobra ogółu, zarządzaj zwątpieniem i efektami mrożącymi²⁹, zapewniającymi brak sprzeciwu i protestów³⁰. Reform doko-

28 Skalę zmian obrazować może wymiana elit w armii: z 80 generałów ustąpiło – lub zwolniono – 29, z 1500 pułkowników – 260 osób.

29 Por. doroczny raport Amnesty International o zarządzaniu przez podziały i strach, 22.02.2017, <https://amnesty.org.pl/polityka-demonizowania-mnozy-podzialy-i-strach/> (dostęp: 03.04.2017).

30 Wśród zastrzeżeń co do obniżania standardu wolności zgromadzeń można wskazać: opublikowanie przez policję wizerunków osób protestujących pod Sejmem 16.12.2016 r.; nowelizację ustawy o zgromadzeniach publicznych wprowadzającą ich hierarchię, m.in. powołując instytucję zgromadzeń cyklicznych, mających pierwszeństwo w organizacji protestu; uruchomienie

nuje się zawsze w imię obrony demokracji przed zawłaszczaniem elit lub aby chronić reformy przed zemstą elit odsuniętych od władzy.

2.9.3 Znacząco obniżono standard prac parlamentarnych. W 2016 r. doszło do „zawału polskiego prawa”, ponieważ „konstytucyjna ścieżka ustawodawcza odchodzi do lamusa”³¹. To, co miało być wyjątkiem, staje się regułą (uproszczone postępowania sejmowe z rezygnacją z zasady trzech czytań, praca w komisjach zamiast na posiedzeniu plenarnym, z naruszaniem terminów, nagłym wprowadzaniem zmian w obradach, z okrojonymi konsultacjami, uzgodnieniami, brak efektywnej dyskusji nad projektami w Senacie). Legislacja przypomina „strzał w ciemno”, którego celność musi być ustawicznie korygowana nowelizacjami. Projekty zgłasza się jako projekty formalnie poselskie. Umożliwia to zaniechanie uzgodnień i zbierania opinii wymaganych przy projektach rządowych. Istnienie krytycznych ekspertyz się przemilcza. Uczestnictwo przez opozycję w dyskusji jest ograniczane (czas wypowiedzi, wykluczanie pytań, blokowanie dyskusji i głosowań nad poprawkami opozycji). Obrady parlamentu zwoływanie są nagle, porządek obrad uzupełnia się bez uprzedzenia, obrady toczą się często non stop, co oznacza pracę parlamentu w nocy, aby natychmiast móc przekazać akt drugiej izbie parlamentu. Brak więc czasu na efektywne zapoznanie się z projektami. Dyskusję się ogranicza i skraca, odbiera się głos oponentom w trakcie debaty parlamentarnej³². Pojawiają się wypadki wykluczania posłów opozycji z obrad. Stosowane są proceduralne kruczki parlamentarne. Kilka ważnych ustaw, w tym ustawę budżetową na rok 2017, uchwalono w takich właśnie

komisji dyscyplinarnej przeciwko nauczycielkom biorącym udział w czarnym proteście przeciw zaostreniu prawa aborcyjnego (protest polegał na przyjeździe do pracy w czarnych ubiorach i umieszczeniu na Facebooku zdjęcia grupowego tak ubranych nauczycielek).

31 M. Kryszkiewicz, *Zawał polskiego prawa*, „Dziennik Gazeta Prawna”, 23.02.2016, s. A-1; P. Słowik, *Co raz więcej fikcji w legislacji: konstytucyjna ścieżka ustawodawcza odchodzi do lamusa*, „Dziennik Gazeta Prawna”, 23.02.2016, s. B 6.

32 Wykluczenie z obrad posła opozycji z powodu błędnego pretekstu (połączone z protestem przeciw ograniczeniom dostępu do obrad dla dziennikarzy) spowodowało w grudniu 2016 r. dwutygodniową blokadę sali sejmowej przez opozycję.

warunkach, bez obecności posłów opozycji. Ustawy kieruje się do podpisu prezydentowi, który także rezygnuje z opiniowania oraz ekspertyz i natychmiast ustawy podpisuje, jeśli istnieje taka potrzeba – nawet w nocy. Ustawy zawierają minimalną (dwa tygodnie) *vacatio legis* bądź wchodzi w życie z dnia na dzień. To postępujące obniżanie standardu prac, krytykowane od lat³³, obecnie nabiera niebezpiecznej dynamiki.

2.9.4 Język debaty jest bardzo zbrutalizowany i spersonalizowany. Opozycja (parlamentarna i obywatele korzystający z prawa do protestu³⁴) jest kwalifikowana przez polityków rządzących jako inspirowany złymi intencjami, „gorszy sort obywateli”, „komuniści i złodzieje”, „ludzie specjalnej troski”³⁵, „ludzie mający krew na rękach”. Sąd Najwyższy został

33 S. Piotrowicz (poseł PiS, członek Komisji Ustawodawczej w Sejmie i poseł sprawozdawca ustaw reformujących Trybunał Konstytucyjny) w „Dzienniku Gazecie Prawnej” z 2.11.2015 r. (a więc w czasie własnego pobytu w opozycji) krytykował identyczne zjawiska, które towarzyszyły uchwalaniu pięciu ustaw w 2016 r., odnoszących się do Trybunału Konstytucyjnego.

34 Przemówienie Prezydenta RP 31.01.2017 r. „Chcemy prowadzić i prowadzimy taką politykę, która jest ukierunkowana na zwykłego człowieka. Oczywiście, i państwo to wiecie, rozwiązania, które wprowadzamy, są wprowadzane ku niezadowoleniu wielu elit, może niejasno artykułowanych, ale za to jesteśmy atakowani”. [Użycie „my” oznacza pełną identyfikację z rządzącą partią]. „Chcę powiedzieć jedno: ten program będzie zrealizowany z żelazną konsekwencją. Nie zostanie zatrzymany przez **żaden jazgot, żadne demonstracje** [podkr. – E.Ł]. A jeżeli trzeba, mam nadzieję, że państwo przyjedziecie, albo zbierzecie i pokażecie, że takiej polityki chcecie”, dostępne: <http://www.prezydent.pl/aktualnosci/wypowiedzi-prezydenta-rp/wystapienia/art,155,wystapienie-prezydenta-podczas-spotkania-z-mieszkancami-zagania.html> (dostęp: 03.04.2017).

35 Radiowa wypowiedź J. Kaczyńskiego o opozycji parlamentarnej: „Jest przepis, który mówi o uniemożliwianiu funkcjonariuszowi publicznemu wykonywania jego funkcji. Blokowanie stołu prezydenckiego Sejmowi ewidentnie jest tego rodzaju sytuacją. Chodzi o uniemożliwianie przemocą. To swego rodzaju przemoc. W moim przeświadczeniu, ale decyzja najpierw należy do prokuratury, a później sądu. W przekonaniu tak [powinna być kara], ale nie ja o tym decyduję. Nie będę mówił o karach. Jeżeli się drastycznie łamie Kodeks karny, to należy wyciągać obowiązki. Nie do mnie należy orzekanie, czy nawet suflowanie, jakie mogą być kary. Jeżeli następuje łamanie Kodeksu karnego, to jest automatyzm”, <http://300polityka.pl/news/2017/01/21/kaczynski-o-mediach-kadencyjnosci-i-twarzach-specjalnej-troski-kluczowe-cytaty/> (dostęp: 03.04.2017).

określany przez rzecznika prasowego klubu parlamentarnego rządzącej partii jako „zespół kolesi, którzy bronią *status quo* poprzedniej władzy”³⁶. Także adwokaci wykonujący swe funkcje obrończe wobec podejrzanych (chodzi o wypadek samochodu rządowego) są brutalnie pomawiani przez członków rządu o złe intencje i służbę złej sprawie, co wzbudziło protest Naczelnej Rady Adwokackiej³⁷.

3. Paraliż Trybunału Konstytucyjnego

3.1. Kryzys konstytucyjny lat 2015-2016 jest przykładem ostrego sporu o władzę. W tej postaci jest to rzeczywistość *par excellence* polityczny. Skoro Trybunał, wykonując kontrolę konstytucyjności, działa jako ustawodawca negatywny, z natury rzeczy będzie postrzegany przez partię rządzącą jako zagrożenie dla władzy parlamentu realizowanej poprzez ustawy zwykłe. W tle tego politycznego sporu było ustalenie prymatu w relacji siła – prawo. Ze sporu ostatecznie zwycięsko wyszła siła. Aby ukryć deficyt braku większości konstytucyjnej, a zarazem przeprowadzić w drodze ustawowej to, co wymagałoby zmiany Konstytucji, niezbędne było wyeliminowanie kontroli konstytucyjności. Tym należy tłumaczyć uporczywość (cały 2016 r.) i powtarzalność działań³⁸ mających na celu ubezwłasnowolnienie Trybunału Konstytucyjnego i zniechęcenie go do odgrywania roli samodzielnego czynnika w mechanizmie *checks and balance*. Przyczyn tego zabiegu nie usiłowano nawet ukrywać. Lider PiS Jarosław Kaczyński uznał Trybunał za organ broniący interesów „starych elit” i zajmujący „pozycję ryglową”, zagrażającą planowanym reformom poprzez kontrolę ich konstytucyjności³⁹.

36 Beata Mazurek, 26.04.2016 r., wypowiedź w czasie konferencji prasowej w Sejmie.

37 NRA apeluje o umiar w ocenie obrońcy kierowcy seicento, rp.pl, <http://www.rp.pl/Adwokaci/302159886-NRA-apeluje-o-umiar-w-ocenie-obroncy-kierowcy-seicento.html> (dostęp: 03.04.2017).

38 Omówienie tych zmian w okresie listopad 2015 – marzec 2016 por. E. Łętowska, A. Wiewiórowska-Domagalska, A „good” Change..., op. cit. Por. także kalendarium z odesłaniem do źródeł Kryzys Konstytucyjny w Polsce, Fundacja Helsińska, stan na 11 sierpnia 2016 r. <http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2016/09/HFPC-Kryzys-konstytucyjny-w-Polsce-2015-2016.pdf> (dostęp: 03.04.2017).

39 „Ci, którzy w czasie tzw. transformacji przenieśli się z komunizmu, zmienili władzę na własność – mają się dalej tuczyć. Ci,

3.2. Początkiem „wojny o Trybunał” były okoliczności zapewnienia wakatów sędziowskich w Trybunale w 2015 r. Ustępujący Parlament wybrał – zamiast trzech, jak należało – pięciu sędziów, blokując wybór nowemu składowi parlamentu. Wybór trzech prawidłowo wybranych sędziów Trybunału⁴⁰, dokonany w 2015 r. przez poprzedni parlament, został zakwestionowany. Prezydent odmówił ich zaprzysiężenia. Natomiast Sejm obecnej kadencji reasumował uchwały poprzedniego parlamentu dotyczące wyboru sędziów TK. Taki środek nie występuje w polskim systemie prawnym. Wybór nowych sędziów w miejsce destytuowanych tymi uchwałami jest obciążony nieusuwalną wadą konstytucyjną. Prezydent mimo to zaprzysięgł wybranych. Przez bez mała rok decyzją prezesa TK sędziowie „dublerzy” byli odsunięci od orzekania. Natomiast wobec prezesa TK wszczęto postępowanie karne, związane z niedopuszczeniem do orzekania sędziów wybranych na zajęte miejsca⁴¹. Ostatecznie status sędziów orzekających został sędziom dublerom nadany w drodze ustawowej w grudniu 2016 r.

3.3. Ograniczenie znaczenia Trybunału realizowano w 2016 r. przy pomocy wielu instrumentów zarówno legislacyjnych, jak i poprzez wykorzystanie *chilling effect* zmian prawa zapowiadanych, lecz niezrealizowanych lub zrealizowanych w łagodniejszej postaci. Nadto media publiczne

którzy zostali do tej grupy dokooptowani – także. Nawet wtedy, jeżeli dopuszczają się przestępstw. I o to proszę Państwa chodzi – nie dać zwykłym Polakom i pozwolić Polsce dalej rabować. To jest sens tego sporu, o to tutaj chodzi. Ten Trybunał ma być redutą, ma być, jak to się mówi w języku wojskowym, pozycją ryglową broniącą tego układu” – wypowiedź z 13.12.2015 r.

<http://www.tvp.info/23145531/kaczyński-trybunał-ma-być-redukta-ma-być-pozycja-ryglowa-broniaca-tego-układu> (dostęp: 03.04.2017).

40 Tak wyrok TK z 3.12.2015 r. (K 34/12), który za niekonstytucyjną uznał ustawową podstawę wyboru dwóch sędziów „nadmiarowych”. Por. także: *Konstytucyjny spór o granice zmian organizacji i zasad działania Trybunału Konstytucyjnego. Czerwiec 2015 – marzec 2016, z materiałami źródłowymi dostępnymi on line*, red. P. Radziejewicz, P. Tuleja, Warszawa 2017.

41 Prokuratura zarzuciła Prezesowi TK przekroczenie kompetencji. PAP, *Sledztwo w sprawie prezesa TK. „Buta kroczy przed upadkiem”*, polskieradio.pl, 19.08.2016; <http://www.polskieradio.pl/5/3/Artykul/1657140,Sledztwo-w-sprawie-prezesa-TK-Buta-kroczy-przed-upadkiem> (dostęp: 03.04.2017 r.)

prowadziły kampanię dyskredytacji samego Trybunału i sędziów. Wszystko to doprowadziło do dezinformacji i chaosu⁴² w zakresie kontroli konstytucyjności i zaowocowało pozbawieniem Trybunału niezbędnej do orzekania powagi. Działania tego typu wobec Trybunału były pierwszą (lecz później powtarzającą się) strategią reformatorską, polegającą na energicznej akcji publicystycznej operującej czarnym PR-em, zarówno wobec instytucji, jak i jednostek (zwłaszcza prezes TK), pomawianych o nieetyczne czyny oraz intencje. Po Trybunale Konstytucyjnym strategię *legal harassment* stosowano w 2016 r. wobec trzeciego sektora, samorządów, a w 2017 r. dotyczy to sądów powszechnych i Sądu Najwyższego.

3.4. Zmian w prawnej pozycji TK dokonywano poprzez zmianę procedur kontroli konstytucyjności, tak aby zapewnić władzy wykonawczej wpływ na pracę Trybunału, co do tego kiedy, w jakim składzie oraz kolejności będzie on działał i co badał; ukształtowania jego składu osobowego, także przez zachęcenie obecnych sędziów do przejścia w stan spoczynku (żaden z nich z tej oferty nie skorzystał); utrudnienia kontroli już zaskarżonych ustaw ustrojowych, wprowadzonych przez większość parlamentarną po wyborach w 2015 r.; nacisk na sędziów (zmiana przepisów o postępowaniu dyscyplinarnym, próby ograniczenia swobody wypowiedzi); sugestie co do treści oczekiwanych rozstrzygnięć; zapowiedź ograniczenia pensji i emerytur sędziów Trybunału, zmniejszenie finansowania Trybunału, pogorszenie warunków pracy, np. pozbawienie asystentów, próbę zastraszenia poprzez powołanie w prokuraturze specjalnego wydziału, który ma się zajmować ewentualną przestępczością wśród sędziów i prokuratorów); likwidacji biura Trybunału.

3.5. Od listopada 2015 r. do grudnia 2016 r., uchwalono pięć ustaw o Trybunale⁴³ (nie licząc publikowanych

projektów, wywierających mrożący skutek swym rygoryzmem, od którego później odstępowano). Już sam ten fakt spowodował blokadę Trybunału, który ustawicznie musiał się zajmować ustawami dotyczącymi jego samego. Rząd natomiast odmawiał publikacji wyroków Trybunału, do czego jest konstytucyjnie zobowiązany (art. 190 ust. 2 Konstytucji). Wyroki te rząd i kierownictwo polityczne uznawało za „nieformalne opinie wydawane przy kawie i ciasteczkach”, przyznając sobie – po raz pierwszy w historii polskiego konstytucjonalizmu – prawo oceny tego, co jest wyrokiem Trybunału, a co nim nie jest. Ostatecznie wyroki te opublikowano – w kilku transzach, jednakże bez dwóch, bardzo istotnych (K 47/15 z 9.3.2016 r. i K 39/16 z 11.08.2016 r.). Wątpić należy, czy kiedykolwiek do publikacji w ogóle dojdzie; informację o tych wyrokach nawet usunięto ze strony internetowej Trybunału Konstytucyjnego. Wyroki te podają w wątpliwość konstytucyjność standardów stosowanych przy kolejnych zmianach ustaw dotyczących Trybunału. Brak publikacji tych wyroków jest sprzeczny z wyraźnym brzmieniem art. 190 ust. 2 Konstytucji. Prokuratura brak publikacji ulegitymizowała uzasadnieniem, że chodziło o ochronę interesu prawnego, wyrażającego się w niedopuszczeniu do wprowadzenia do obrotu prawnego rozstrzygnięć sprzecznych z obowiązującym porządkiem prawnym⁴⁴. Albo więc prokuratura uważa, że Konstytucja nie należy do „obowiązującego porządku prawnego”, albo że egzekutywa (rząd) może decydować, co jest, a co nie jest wyrokiem TK.

niekonstytucyjną wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego K 35/15. Druga – wyrokiem z 9 marca 2016 r. (K 47/15), uznającym niekonstytucyjność całości ustawy. Kolejną całościową ustawą o TK była Ustawa z 22 lipca 2016 r., Dz.U. 2016 poz. 1157, uznana za częściowo niekonstytucyjną przez wyrok TK z 11 sierpnia 2016 r. (K 39/16). Obecnie obowiązują trzy ustawy: Ustawa z 30 listopada 2016 r. o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym, Dz.U. 2016 r. poz. 2072; Ustawa z 30 listopada 2016 r. o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego, Dz.U. 2016 poz. 2073; Ustawa z 13 grudnia 2016 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o organizacji i trybie postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym oraz Ustawę o statusie sędziów Trybunału Konstytucyjnego, Dz.U. 2016 poz. 2074. Ustawy nie były przedmiotem kontroli konstytucyjności.

44 M. Safjan, *Oskarżony: państwo prawa*, „Gazeta Wyborcza”, 22.02.2017; tę wypowiedź prokuratury uważa za datę graniczną likwidacji państwa prawa.

42 Spór o Trybunał Konstytucyjny stał się dla mediów rodzajem *soap opery* i przedmiotem *infotainmentu*.

43 Ustawa z 19 listopada 2015 r., Dz.U. poz. 1928; Ustawa z 24 grudnia 2015 r. (tzw. ustawa naprawcza), Dz.U. 2015, poz. 2217), obie nowelizujące Ustawę o Trybunale Konstytucyjnym z 25 czerwca 2015 r., Dz.U. poz. 1064. Pierwsza nowela została uznana za częściowo

3.6. Działania te doprowadziły do wdrożenia przeciw Polsce w styczniu 2016 r. postępowania Komisji Europejskiej w sprawie kontroli praworządności, zakończonej wydaniem opinii z 1 czerwca 2016 r.⁴⁵ W lipcu 2016 r. Komisja Europejska sformułowała zalecenia w sprawie systemowego zagrożenia dla państwa prawa w Polsce. Negatywnie oceniono brak zaprzysiężenia trzech prawidłowo wybranych w październiku 2015 r. sędziów Trybunału, uporczywe zabiegi paraliżujące normalne działanie Trybunału, w tym sterowanie kolejnością rozpatrywania spraw, kwestionowanie (z braku publikacji) prawomocności wyroków. Inicjatywy ciał europejskich są jednak kontestowane przez polskie władze jako bezpodstawne proceduralnie i oparte na błędnych przesłankach merytorycznych⁴⁶. We wrześniu 2016 r. Parlament Europejski przyjął kolejną rezolucję w sprawie Polski, w której m.in. wyraził ubolewanie i zaniepokojenie sytuacją wokół TK. Po jałowej wymianie poglądów gruntujących dotychczasowe stanowiska⁴⁷ udzielono odpowiedzi ze strony polskiego rządu, podkreślającej brak podstaw do formułowania zagrożeń dla demokracji i funkcjonowania Trybunału Konstytucyjnego⁴⁸.

3.7. Wszystko to wprowadza chaos i niepewność. Legitymacja Trybunału (zarówno normatywna, jak i społeczna), jego spokój i powaga zostały podważone. Sytuację

45 <http://eulawanalysis.blogspot.com>, 17.08.2016.

46 Raport Zespołu Ekspertów do spraw Problematyki Trybunału Konstytucyjnego z 15 lipca 2016 r. Zespół Ekspertów obejmował: 12 profesorów – A. Adamczyk, B. Banaszak, A. Bryk, P. Czubik, A. Dziadzio, J. Jabłońska-Bonca, A. Łabno, J. Majchrowski, M. Marszał, B. Szlachta, B. Szmulik, J. Szymanek; dr W. Arndt (poseł), sędzia SN w st. spocz. B. Nizieński.

47 Co odnotowano w czasie Monachijskiej Konferencji Bezpieczeństwa, postaci polemiki między polskim ministrem spraw zagranicznych i F. Timmermansem. Amnesty International, Human Rights Watch, Open Society European Policy Institute, FIDH i Reporters without Borders wraz z ponad 20 organizacjami pozarządowymi zwróciły się do Komisji Europejskiej z apelem o aktywność, <http://www.hfhr.pl/apel-do-komisji-europejskiej-o-uruchomienie-art-7-tue-wzgle-dem-polski/>

48 *Polska odpowiedź na zalecenia KE. Jest w niej krytyka słów Timmermansa: pogwałcenie reguł*, tvn24.pl, 20.02.2017, <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/rzecznik-rzadu-odpowiedz-na-zalecenia-ke-w-poniedzialek-wieczorem,717003.html> (dostęp: 27.05.2017).

pogorszyło zakończenie w grudniu 2016 r. kadencji dotychczasowego prezesa Trybunału, Andrzeja Rzeplińskiego. Obecny status prawny Trybunału Konstytucyjnego wyznaczają trzy ustawy: ustawa o TK, ustawa o statusie sędziów TK oraz tzw. ustawa przejściowa. Ta ostatnia weszła w życie natychmiast po podpisaniu przez prezydenta, czyli 20 grudnia 2016 r., natomiast dwie pozostałe – 2 tygodnie później.

3.8. Gdyby dokonać *résumé* problemów prawnych TK, to wyglądałoby ono jak następuje:

- Skomplikowany stan prawny dotyczący Trybunału doprowadził do nieprawidłowości proceduralnych przy wyborze nowego prezesa. Została nim Julia Przyłębska. W dacie wyboru kandydatki w celu przedstawienia jej prezydentowi zastosowano przepisy, które jeszcze nie weszły w życie. To spowodowało usterki procedury wyborczej: brak przegłosowania przez większość Zgromadzenia Sędziów wniosku o przedstawienie kandydatki prezydentowi, co zresztą podniesiono w *separatum* sędziego wybranego w 2015 r. głosami obecnej większości parlamentarnej⁴⁹.
- Ustawa przejściowa z 13 grudnia 2016 r. włączyła do orzekania trzech sędziów dublerów, wybranych w 2015 r. przez Sejm VIII kadencji na miejsca już zajęte przez sędziów, wybranych prawidłowo przez Sejm VII kadencji, lecz niezaprzyśiężonych przez prezydenta. Nie doprowadziło to do wyeliminowania wątpliwości, czy mogli być oni wybrani na miejsca już zajęte.
- Włączenie do orzekania przez ustawę trzech sędziów, których wybór jest obarczony nieusuwalną skazą (wybór na miejsca zajęte), powoduje, że wyroki obecnie zapadające z ich udziałem (choć korzystają z konstytucyjnego domniemania ostateczności i nie są zaskarżalne) w dyskursie prawniczym i politycznym są narażone na kontestowanie.
- Nowe ustawy zachęcały sędziów TK do wcześniejszego przejścia w stan spoczynku, pod warunkiem

49 Zastrzeżenia co do wyboru zostały podniesione w uzasadnieniu pytania prawnego, jakie Sąd Apelacyjny w Warszawie (I Acz 52/17 z 8.02.2017) przedstawił do rozstrzygnięcia SN w związku z cofnięciem przez nową prezes wniosku procesowego w sprawie cywilnej skierowanej przez prezesa TK A. Rzeplińskiego.

skorzystania z tej możliwości w styczniu 2017 r. Nikt się jednak nie zgłosił. Natomiast w grudniu jeden z sędziów (Andrzej Wróbel) zrezygnował z orzekania i powrócił na swoje dawne stanowisko w SN, motywując to złą atmosferą wokół Trybunału. Na jego miejsce wybrano nowego sędziego, rekomendowanego przez większość parlamentarną.

- Wybór trzech innych sędziów, dokonany w 2010 r., prokurator generalny zaskarżył do Trybunału Konstytucyjnego (U 1/17, sprawa zawista). Zarzucił, że powinni być wybierani indywidualnie, czego nie dotrzymano, ponieważ nazwiska wszystkich kandydatów umieszczono na jednej karcie. Zarzut nie jest jednak uzasadniony. Głosowano na trzy osoby spośród pięciu kandydatów, umieszczonych na jednej kartce; wybrano trzech, którzy uzyskali największą liczbę głosów (zakreślano krzyżyk przy wybranym nazwisku). Nie występowało tu zatem zarzucane głosowanie „na listę *en bloc*”.

- Zaskarżenie wniesione przez prokuratora generalnego pogłębia chaos wokół Trybunału. Jednak w tym zabiegu można upatrywać głębszy sens. W styczniu zeszłego roku TK w sprawie U 8/15 umorzył postępowanie w sprawie uchwał sejmowych, na drodze których PiS powołał swoją trójkę sędziów dublerów. Uzasadnienie głosiło, że akty powołania sędziów są aktami indywidualnymi, a nie normatywnymi, a Trybunał orzeka tylko w sprawie aktów normatywnych. Politycy komentowali to rozstrzygnięcie, jakoby TK w ogóle nie kontrolował aktów suwerena, tzn. uchwał sejmowych. Wniosek Prokuratora Generalnego w sprawie rzekomo blokowego wybierania sędziów będzie zapewne umorzony, zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem TK, jako akt indywidualny (niepodlegający kontroli), a nie normatywny (kontrolujący). W dyskursie politycznym i eksploatowanym politycznie będzie to pretekstem, że sam Trybunał odrzuca kontrolę uchwał Sejmu, oczywiście z przemilczeniem, iż dotyczy to tylko uchwał indywidualnych. To stwarza pokusę do umieszczenia w uchwałach Sejmu tego, co powinno się znaleźć w ustawach, aby w ten sposób uniknąć kontroli konstytucyjności. (Szczegółne pokusy dotyczą np. procedury zgłaszania sędziów TK i prawa wyborczego w ogólności). Należy zatem oczekiwać renesansu samoistnych uchwał, objętych immunitetem kontroli konstytucyjności. Dostrzec tu można część

planu zamiany Trybunału w organ fasadowy, legitymizujący działania aktualnej większości parlamentarnej.

3.9. Profesor Leszek Garlicki (dawny sędzia Trybunału) kilka lat temu zauważył⁵⁰: „To, że Trybunałowi udało się przez całe ćwierćwiecze zachować przyzwoitość konstytucyjną, było niewątpliwie wielką zasługą kolejnych generacji jego sędziów, lecz także różnych – korzystnych dla Trybunału – splotów okoliczności. Trzeba jednak zadawać pytanie, co stanie się w sytuacji, gdy owego elementu szczęścia zabraknie”. Pytanie było profetyczne. Po 30 latach, niemalże w okrągłą rocznicę wydania w 1987 r. pierwszego wyroku przez polski Trybunał Konstytucyjny, Trybunałowi zabrakło szczęścia.

4. **Reforma sądownictwa: mniej niezależności.**

4.1. Od ponad roku zapowiada się w Polsce przeprowadzenie głębokiej reorganizacji sądów. Ma to być połączone z likwidacją jednego ze szczebli sądownictwa (brak decyzji, o jaki szczebel chodzi) oraz z odwołaniem prezesów sądów, których kadencja ma być skrócona. Zapowiedziano także zmiany w postępowaniu dyscyplinarnym wobec sędziów przez zwiększenie roli oskarżyciela. W prokuraturze utworzono wyspecjalizowaną komórkę zajmującą się naruszeniami prawa przez sędziów. W SN miałyby powstać Izba Dyscyplinarna dla sędziów, gdzie orzekano by z udziałem czynnika społecznego. Konkretnych projektów jeszcze nie ogłoszono. Uchwalono natomiast nowelę do ustawy o ustroju sądów powszechnych⁵¹, czyniącą Ministra Sprawiedliwości zwierzchnikiem dyrektorów sądów, a więc osób odpowiedzialnych za finanse sądów i warunki organizacyjne ich pracy. Zrezygnowano zatem z poprzedniego ich powiązania służbowego z prezesami sądów i jednocześnie z ich wyboru w konkursach, umacniając więź z Ministrem Sprawiedliwości.

50 L. Garlicki, *Ewolucja funkcji i zadań Trybunału Konstytucyjnego (dwadzieścia pięć lat na dwudziestopięciolecie)*, (w): *Ewolucja funkcji i zadań Trybunału Konstytucyjnego – założenia a ich praktyczna realizacja*, red. K. Budziło, Warszawa 2010, s. 9.

51 Nowela z 24 lutego 2017 r. do prawa o ustroju sądów powszechnych, tj. z 2 lipca 2001 r.

4.2. Przewiduje się zmiany w rekrutacji i szkoleniu sędziów oraz reformę Krajowej Rady Sądownictwa⁵². Rada ta, zgodnie z art. 186 Konstytucji, stoi ona straży niezależności sądów i niezawisłości sędziów. Tworzą ją (art. 187) Pierwszy Prezes SN, Prezes Naczelnego Sądu Administracyjnego, Minister Sprawiedliwości i reprezentant Prezydenta, czterech posłów, dwóch senatorów oraz 15 sędziów wybranych spośród sędziów wszystkich szczebli. Od niej zależą wszelkie nominacje i awanse sędziowskie (KRS przedstawia kandydatów Prezydentowi). Reforma przewiduje wygaśnięcie kadencji dotychczasowych członków Rady i wybranie nowych. Nowy ma też być sposób ich wyłaniania. Do tej pory sędziów-członków Rady wybierały zgromadzenia sędziowskie. Wedle projektu wybierać ich ma Sejm spośród kandydatów wskazanych przez Marszałka Sejmu. Selekcja kandydatów początkowo miała odbywać się bez udziału środowisk sędziowskich. W toku prac parlamentarnych (niezakończone w czerwcu 2017 r.) wprowadzono jednak możliwość zgłaszania kandydatów Marszałkowi Sejmu – przez grupy sędziów. Ponadto projekt przewiduje podział KRS na izbę sędziowską i izbę polityczną (członkowie Rady niesędziowie). Decyzje musiałyby zapadać poprzez zgodne uchwały obu izb, przy czym każda może wetować uchwałę drugiej. Przedstawiony system głosowania oraz sposób konstruowania KRS zapewniają przewagę czynnikowi politycznemu i ta kwestia stała się przedmiotem krytyki wielu środowisk prawniczych.

4.3. Do sądów ma wrócić instytucja asesora jako „sędziego na próbę”. Jeżeli po czterech latach pracy na próbę **będzie on dobrze oceniony (przez Ministra Sprawiedliwości)**, może awansować na sędziego⁵³. Reforma ta odpowiada zamierzeniom odnowienia i odmłodzenia kadr sędziowskich. Sprzyja także aspiracjom młodszej i niżej ulokowanej części korpusu sędziowskiego. Nie jest

52 Projekt oznaczony jako UD 73 z 25 stycznia 2017 r., <http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12284955/katalog/12350817#12350817> (dostęp: 04.03.2017).

53 Uzależnienie awansu i oceny od Ministra Sprawiedliwości może być problemem dla niezawisłości asesora. To spowodowało zakwestionowanie konstytucyjności tej instytucji w 2007 r. – TK z 24 października 2007 r. (SK 7/06), OTK ZU 9A, poz. 108.



tajemnicą, że takie napięcia realnie istnieją i że bywają one instrumentalizowane politycznie⁵⁴.

4.4. W tym samym kierunku zmierza projekt większego zastrzeżenia pierwszeństwa w dostępie do urzędu sędziego dla absolwentów Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury. Zahamuje to (i dziś mizerny) dopływ do sądownictwa kadr z innych zawodów prawniczych. Ponadto Krajowa Szkoła ma w znacznie większym niż dziś stopniu podlegać Ministrowi Sprawiedliwości. Monopol szkoły na kształcenie kadr dla sądów oznacza więc poddanie formacji zawodowej sędziego kontroli tego ministra. On bowiem będzie kontrolował dobór wykładowców i treści nauczania.

54 E. Siedlecka, *Sądy: być albo nie być. Demokracja w państwie PiS to przemoc większości wobec mniejszości. I wobec prawa*, „Polityka”, 14.02.2017, nr. 82, s. 15.

4.5. Reformy są motywowane troską o pogłębienie demokracji w obrębie judykatury. Temu ma służyć powierzenie wyboru sędziów w KRS posłom, którzy sami pochodzą z wyborów⁵⁵. Argument ten jednak niezbyt przekonuje. Rzeczywiście, sądy z natury rzeczy nie są demokratyczne, a dotychczasowy wybór członków KRS przez zgromadzenia sędziowskie faktycznie upośledzał sędziów niższych instancji. Pytanie jednak, czy rzeczywiście demokratyzmowi wyborów Krajowej Rady Sądownictwa sprzyja oddanie wyborów posłom, a więc środowiskom realizującym z konieczności politykę partyjną.

4.6. Sądy mają szczególne władztwo nad prawem. Od nich bowiem zależy, jakie znaczenie nadadzą tekstowi ustawy. Ta właściwość jest zresztą przyczyną stałych zakusów polityków i egzekutywy na niezależność sądów. Właściwa sędziom umiejętność nadawania literze prawa znaczenia, przekazywanie tekstu w wymierzenie sprawiedliwości wymaga wiedzy, nie zawsze zgodnej ze „zdroworozsądkowym” poczuciem sprawiedliwości. W sądownictwie problemem jest przede wszystkim brak umiejętności prawniczych i cech takich jak wrażliwość i odwaga. I na pozyskiwanie kadr o takich cechach należy kierować reformy. Sam wybór elektorów (KRS) przez polityków nie zapewni niezbędnej w sądach merytokracji. Posłowie nie wybiorą sędziów ze względu na ich wiedzę, ale głosując na „swoich”. Propozycja, aby wybór judykatury przez demokratycznie wybranych polityków miał być dla demokratyzmu judykatury zbawienny, jest naiwny i doktrynerski. Judykaturę należy uczyć, aby była bardziej fachowa i umiejętna, oraz wychowywać w odpowiedzialności i uważności, aby była obywatelsko zaangażowana. To są realne problemy polskiego sądownictwa. Żadnego z tych celów się nie osiągnie, wybierając sędziów spośród ludu czy nominując fachowców przez polityków.

55 Tak wiceminister sprawiedliwości, za: *Warchoł o zmianach w KRS: Konieczny jest absolutny reset*, *Gazetaprawna.pl*, 16.02.2017, <http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/1020313,warchol-o-zmianach-w-krs-konieczny-jest-absolutny-reset.html> (dostęp: 04.03.2017).

4.7. Reformie towarzyszy presja propagandowa w mediach publicznych wywierana na sędziów i sądownictwo w ogóle. Ta presja to jeden z wielu elementów *chilling effect*. Ma to zaszczerpić autocenzurę orzecznictwa u sędziów i zniechęcić ich do aktywności w ramach konstytucyjnej *judicial review*. Judykatura jest przedmiotem działań mających na celu odebranie w oczach opinii publicznej wiary w sądownictwo. Ludźmi bez tej wiary łatwo kierować; będą wierzyli, że to „władza” polityków jest gwarantem sprawiedliwości, skoro nie są nim sądy odarte z godności. Ofensywa medialna, jaką ostatnio można obserwować⁵⁶, umiejętnie wykorzystuje fakt, że polskie sądownictwo – niezależnie od zarzucanych mu powolności i nieefektywności – nie bardzo sobie radzi z czytelnym przedstawianiem swoich racji społeczeństwu. Ponadto niezbyt szybko i konsekwentnie reaguje nawet na trafną krytykę. Inaczej mówiąc: szwankuje u sądów responsywność. Sądy o to nie dbają i – z racji nadmiernie formalistycznej formacji⁵⁷ – nie bardzo umieją o to zadbać. To przede wszystkim powinno być przedmiotem troski reformatorów.

56 Polega to nie tylko na informacji o kontrowersyjnie rozstrzygniętych wypadkach, ale i na szerokim kolportażu (czas i miejsce przekazu) wypowiedzi, zawierającej inwektywy („Sędziowie to banda kretynów i złodziei. W wymiarze sprawiedliwości jest potowa sędziów do wywalenia na zbity pysk. To nie są ludzie, to są bestie. (...) Powinni tę bandę rozwalić w cholerę. To jest banda przestępców, mafia, która przebrała się w czarne togi, <https://wiadomosci.tvp.pl/28926867/24022017-1930>, *Tvp.pl*, 25.02.2017, główne wydanie wiadomości wieczornych; (dostęp: 3.04.2017). Por. też M. Laskowska, *Sita złego na sędziego*, „*Rzeczpospolita*”, 25.04.2017.

57 Jest to zresztą charakterystyczna cecha sędziów w dawnych państwach socjalistycznych. Z. Kühn, *The Judiciary in Central and Eastern Europe: Mechanical Jurisprudence in Transformation?*, „*Law in Eastern Europe*”, no. 61, Leiden 2011. Zdaniem Kühna najistotniejszym rysem kultury prawnej epoki realnego socjalizmu był sędziowski formalizm, polegający na nadmiernym przywiązaniu do litery prawa i wykładni literalnej kosztem wykładni systemowej i celowościowej. Kühn stawia w tym względzie ciekawą hipotezę, wedle której ten „ultraformalizm”, jak go określa, wynikał z traumatycznych doświadczeń epoki stalinowskiej, kiedy to odformalizowane i upolitycznione metody wykładni doprowadziły do wypaczenia sądowego stosowania prawa. Zdaniem Kühna po odwilży prawnicy mieliby zwrócić się w stronę formalizmu jako „bezpiecznej przystani”, chroniącej ich pozycję w stosunku do czynników władzy politycznej, pozwalając na wygospodarowanie minimum zawodowej autonomii w posttotalitarnym państwie autorytarnym.

5. Ku oktrojowanej demokracji?

Przedstawiony wyżej szkicowy obraz zmian zachodzących w Polsce, a objętych procesem, który nazwaliśmy „wygaszaniem państwa prawa”, mógłby być uzupełniony. Dotyczy to wielu sfer ograniczania wolności jednostki. W 2016 r. wprowadzono bowiem zmiany w ustawodawstwie antyterrorystycznym, ograniczenia wolności zgromadzeń, prawa do informacji i prywatności. Istniejący, nie najbardziej wygórowany poziom ochrony reprodukcyjnych praw kobiet i ich ochrony przed przemocą domową, także jest kwestionowany⁵⁸.

Można zadać pytanie, dlaczego w Polsce nie udało się w trwalszy sposób zaszczerpić państwa prawa i jego standardów? Mają chyba niestety rację ci, którzy podkreślają, że wprowadzanie przepisów i procedur nie oznaczało automatycznej internalizacji standardów postępowania władzy⁵⁹. Państwo prawa niestety nie stało się czytelnym projektem społecznym, i to nie tylko dla szerokich mas, ale i dla prawniczych elit, które powinny ten projekt upowszechniać i popierać. Nie udało się przekonać żadnej znaczącej siły społecznej, że nie wystarczy pozmienić ileś tam ustaw, ale że konieczna jest praca nad kulturą prawną, kształtowaną na przykładach, rzeźbioną w umysłach i sercach elit politycznych i zwykłych ludzi.

Artykuł 2 polskiej Konstytucji, mówiący o „państwie prawa” jako o fundamencie ustrojowym Polski, dodaje zarazem, że chodzi o państwo prawa „urzeczywistniające zasady sprawiedliwości społecznej”. Niestety, zabrakło umiejętności powiązania tych dwóch elementów. Dlatego obecne demonowanie państwa prawa nie znajduje szerokiego sprzeciwu w społeczeństwie. Poparcie (utrzymujące się) rządzącej partii zapewniło wprowadzenie powszechnego, odczuwalnego



dotatku 500 plus⁶⁰, a także werbalna krytyka dotychczasowych liberalnych elit politycznych i beneficjentów transformacji jako winnych ekonomicznego i symbolicznego wykluczenia mas⁶¹. Szerokie społeczne masy nie widzą pożytku z państwa prawa i nie rozumieją jego zasad. W konsekwencji wygaszanie państwa prawa nie natrafia na dostatecznie silny opór. Dalsze wygaszanie państwa prawa może prowadzić do uśpienia społeczeństwa i zahamowania społecznej kontroli nad wprowadzanymi zmianami. Jeżeli pogwałci się reguły uczciwej gry, to otwiera się prosta droga do **demokracji oktrojowanej**, czyli takiej, gdzie w systemie prawa przestają się liczyć dotychczasowe zasady, a o prawach obywatela decyduje w indywidualnym wypadku nie prawo i jego zastosowanie przez sąd, ale poglądy i decyzja osoby, która aktualnie sprawuje władzę na danym szczeblu.

Profesor Ewa Łętowska – członek rzeczywisty PAN, sędzia TK w stanie spoczynku, członek Komitetu Helsińskiego w Polsce.

58 Informacje o tych zjawiskach odnaleźć można w raportach Fundacji Helsińskiej, www.hfhr.pl

59 S. Hanley, J. Dawson, *Poland Was Never as Democratic as It Looked. The EU's membership conditions only dressed up illiberal societies in democrats' clothing. Now we're seeing the fallout*, „Foreign Policy”, 3.01.2017.

60 Świadczenie w wysokości około 125 euro na każde drugie dziecko.

61 W. Osiatyński, *Gdy demokracja przegrywa z symbolami*, „Gazeta Wyborcza”, 25-26.02.2017. „Liberalne elity zrezygnowały z tworzenia wspólnoty i zapomniały o ludzkiej potrzebie godności, rozumianej inaczej niż wzrost gospodarczy czy udział w wyborach”.

Czy Warszawa ma realne szanse zostać drugim Budapesztem? O węgierskich nieliberalnych inspiracjach ustrojowych w Polsce¹

Marta Borucka

„Jestem głęboko przekonany, że przyjdzie taki dzień, kiedy będziemy mieli w Warszawie Budapeszt”¹ – mówił Jarosław Kaczyński po ogłoszeniu sondażowych wyników wyborów w 2011 r. Prezes Prawa i Sprawiedliwości zaczął realizować swoją obietnicę pięć lat później, po zwyciężkach dla jego partii wyborach parlamentarnych. Przy porównaniu sytuacji po zmianach, które zaszły na Węgrzech, i obecnych realiów w Polsce można wręcz stwierdzić, że słowa lidera PiS straciły metaforyczny charakter.



Nie ma nic dziwnego w tym, że państwa jednego regionu współpracują ze sobą w różnych obszarach działalności, wspierają się na forum międzynarodowym i zawierają sojusze *ad hoc*, żeby osiągać wspólne cele. Tak od lat wyglądała współpraca Polski i Węgier. Wraz z pozostałymi państwami regionu oba kraje współpracowały (lub to robią) m.in.

w ramach Grupy Wyszehradzkiej, Partnerstwa dla Pokoju czy Środkowoeuropejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (CEFTA). Można zatem powiedzieć, że od początku lat 90. Polska i Węgry wspólnie dążyły ku strukturom zachodnim – Radzie Europy, NATO i Unii Europejskiej.

Obecnie wydaje się jednak, że ta współpraca przybiera niepokojącą formę – wspierania się w odchodzeniu od standardów demokracji i przestrzegania praw człowieka. To, co kiedyś było wspólnym marzeniem, dziś zdaje się wspólnym brzemieniem, a sen o nieliberalnych rządach staje się rzeczywistością. Jak bardzo z tej drogi postępu cofnęły się Węgry, a jak Polska? Czy po spojrzeniu na kierunek zmian na Węgrzech można przewidzieć, jakie jeszcze zmiany legislacyjne (na gorsze) czekają nas w Polsce?

Ku państwu nieliberalnemu

Victor Orbán dość jasno wyraził swoje cele – dąży do zmiany Węgier w państwo nieliberalne. Węgierski scenariusz do złudzenia przypomina to, co obecnie dzieje się w Polsce. Większość ustaw, które budziły największe wątpliwości co do zgodności z Konstytucją i prawem międzynarodowym, przyjmowano w ekspresowym tempie, przy wykorzystaniu szybkiej ścieżki legislacyjnej, która pomijała konsultacje społeczne. Ci, którzy odważyli się skrytykować takie rozwiązania – w tym m.in. organizacje pozarządowe – musieli się liczyć z tym, że dotkną ich konsekwencje nieposłuszeństwa. Doszło do zmiany Konstytucji, a sądownictwo – z Trybunałem Konstytucyjnym na czele – zostało pozbawione najważniejszych dla niego przymiotów, czyli niezależności i niezawisłości. Zadbano o wykreowanie nowego wroga, którym stała się Unia Europejska, społeczność międzynarodowa

¹ nsz/ ola, iga/k, *Przyjdzie dzień, że w Warszawie będzie Budapeszt*, <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/przyjdzie-dzienze-w-warszawie-będzie-budapeszt,186922.html> (dostęp: 18.03.2017).

oraz uchodźcy. Aby przekaz ideowy nowych władz nie został zakłócony, przejęto media publiczne, by dokładnie wiedziały, co należy mówić. A gdy już zbudowano podwaliny państwa neoliberalnego, nie można było dopuścić do zmiany obranego kierunku – dlatego doszło do reformy ordynacji wyborczej, która (rzecz jasna) sprzyja obecnej większości parlamentarnej.

Konstytucja

Do zmiany konstytucji na Węgrzech doszło po zaledwie dziewięciu dniach debaty parlamentarnej, a ostatecznie została przegłosowana 31 grudnia 2011 r. – po ponad półtora roku rządów. Zgodnie z brzmieniem nowej Ustawy Zasadniczej (Fundamental Act) jej treść można modyfikować nie tylko przez procedurę zmiany konstytucji, ale także przez ustawy kardynalne, czyli takie, dla których wymagana większość w Zgromadzeniu Narodowym (tj. jednoizbowym parlamencie węgierskim) wynosi 2/3.

Komisja Wenecka zwróciła uwagę, że nowa konstytucja powołuje się na ustawy kardynalne aż 50 razy i to do nich odsyła w kwestii uregulowania szczegółów dotyczących wolności prasy, polityki rodzinnej, spraw uchodźców i polityki migracyjnej oraz prawa wyborczego. Tym samym przepisy konstytucji zawierają wiele luk w sferach, które powinny tworzyć gwarancje praworządności i wymiaru sprawiedliwości.

Nowa konstytucja, a raczej szereg zmian konstytucyjnych przyjętych od 2011 r. doprowadził do zdecydowanego osłabienia Trybunału Konstytucyjnego i mocy jego orzecznictwa.

Trybunał uznał za niekonstytucyjne m.in.: tryb uchwalenia przepisów przejściowych do Ustawy Zasadniczej, a także niektóre jej postanowienia, np. dotyczące definicji rodziny (jako zbyt wąskie), czy też przyznające wyłącznie parlamentowi prawo do decyzji, jakie związki wyznaniowe mogą uzyskać oficjalny status kościoła. Te wyroki Trybunału nie zostały jednak zrealizowane; stało się wręcz przeciwnie.

Parlament uchwalił czwartą poprawkę do Ustawy Zasadniczej, która wszystkie te prawa włączyła do nowej Ustawy Zasadniczej. Poprawka zawierała też przepisy mówiące o tym, że wszystkie wyroki Trybunału Konstytucyjnego wydane przed wejściem w życie nowej Ustawy Zasadniczej zostały uchylone, bez uszczerbku jednak dla ich dotychczasowej skuteczności prawnej. Zmiana miała doprowadzić do utraty ciągłości orzecznictwa Trybunału, gdyż stracił on możliwość powoływania się na swoje wcześniejsze decyzje.

Czwarta poprawka została bardzo krytycznie oceniona przez Komisję Wenecką – uznano ją za systemowe ograniczenie pozycji Trybunału Konstytucyjnego i jego możliwości kontrolowania pozostałych władz państwowych.

Kolejne zmiany dotyczące Trybunału jeszcze bardziej osłabiły nie tylko jego pozycję, ale i możliwość obrony przez obywateli ich praw podstawowych. Ograniczono w znaczny sposób możliwość składania skarg konstytucyjnych. Ponadto Trybunał – w razie jakichkolwiek poprawek do Ustawy Zasadniczej – może je oceniać tylko pod kątem zgodności proceduralnej z Ustawą. Tym samym Trybunał utracił możliwość uznania poprawek za niekonstytucyjne z innych przyczyn, a więc nawet wtedy, gdy naruszają fundamentalne postanowienia Konstytucji, takie jak np. zasada praworządności.

O ile w Polsce skład Trybunału Konstytucyjnego i legalność powołania jego członków stały się zarzewiem kryzysu konstytucyjnego, o tyle na Węgrzech kwestię tę rozwiązano odgórnie. Zmieniony został skład komisji sejmowej powołującej sędziów Trybunału. Do tej pory zasiadało w niej po jednym reprezentancie każdego klubu parlamentarnego. Jednak wkrótce po wyborach parlamentarnych w 2010 r. skład komisji zaczął proporcjonalnie odzwierciedlać układ sił politycznych w parlamencie. Dlatego koalicja Fideszu i Chryścijańsko-Demokratycznej Partii Ludowej – mająca większość kwalifikowaną w Zgromadzeniu Narodowym – mogła bez konieczności zdobycia poparcia opozycji zadecydować o wyborze 8 z 15 sędziów konstytucyjnych.

Dla zapewnienia sobie pełnej kontroli nad składem orzekającym liczba sędziów konstytucyjnych została zwiększona z 11 do 15, a od 2012 r. kadencje urzędujących sędziów wydłużono z 9 do 12 lat. Ponadto zniesiono maksymalny wiek emerytalny dla nowo wybranych sędziów Sądu Konstytucyjnego, przez co mogą oni pełnić swoje funkcje także do 70. roku życia.

Po nakreśleniu ogólnej sytuacji sądownictwa konstytucyjnego na Węgrzech trudno oprzeć się wrażeniu, że dekonstrukcja ładu konstytucyjnego w Polsce jest podobna, choć wykorzystano do niej nieco inne narzędzia. Analiza pozostałych zmian wdrożonych na Węgrzech i porównanie ich z obecną sytuacją w Polsce tylko wzmacnia to wrażenie.

Reforma sądownictwa

Zmiany na Węgrzech nie ominęły również sędziów sądów powszechnych. Reforma została wprowadzona na mocy nowej Ustawy Zasadniczej i wsparta dwoma ustawami kardynalnymi. Sędziów zmuszono do odejścia na emeryturę – wcześniej mogli oni odejść na nią po ukończeniu 62. roku życia, ale mieli prawo pozostać na stanowiskach, jeśli tego chcieli, do osiągnięcia wieku 70 lat. Reforma spowodowała natychmiastowe przejście na emeryturę wszystkich sędziów, którzy po przekroczeniu 62 lat wciąż pełnili urzędy, a więc łącznie 10% węgierskich sędziów. Co ciekawe, reforma nie objęła jednak innych prawników – notariuszy, prokuratorów czy wykładawców prawa.

Zmianami w sądownictwie zajęła się Komisja Europejska, która stwierdziła, że wprowadzone przepisy były dyskryminujące ze względu na wiek. Dlatego Węgry były zmuszone do zmiany regulacji, które zezwalały na powrót sędziów do zawodu, choć często na dużo niższe stanowiska. W obliczu tego, w jaki sposób traktowano sędziów, większość zrezygnowała z prawa do powrotu do sądownictwa, a ponad 100 z nich złożyło skargę do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Zmiany w sądownictwie dotknęły też prezesa Sądu Najwyższego Andrása Bakę, wcześniej wieloletniego sędziego Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Był on jednocześnie przewodniczącym Krajowej Rady Sądownictwa i miał obowiązek opiniowania projektów ustaw, które wywierają wpływ na wymiar sprawiedliwości. W związku z pełnieniem tej funkcji sędziego wielokrotnie krytykował działania rządu, w tym zmianę wieku emerytalnego sędziów. W reakcji na te działania w nowej Ustawie Zasadniczej wskazano, że Sąd Najwyższy zostanie zastąpiony przez Kurię, co oznaczało wcześniejsze zakończenie kadencji prezesa Sądu Najwyższego. András Baka nie mógł także zostać wybrany na prezesa Kurii, ponieważ nowa konstytucja ustalała, że staż pracy kandydata na to stanowisko w sądach międzynarodowych nie jest brany pod uwagę. András Baka uważał, że wprowadzenie tych przepisów i odwołanie go z funkcji prezesa Sądu Najwyższego było rezultatem publicznie wyrażanej przez niego krytyki polityki rządu dotyczącej reformy sądownictwa. Europejski Trybunał Praw Człowieka dwukrotnie wydał orzeczenie w tej sprawie (jako Izba, a następnie – na wniosek rządu – jako Wielka Izba) i za każdym razem przyznał słuszność jego argumentom.

Odzwierciedleniem sprawy Andrása Baki na polskim gruncie może się stać złożenie w marcu 2017 r. przez postów PiS wniosku do Trybunału Konstytucyjnego o zbadanie legalności wyboru prezesa Sądu Najwyższego Małgorzaty Gersdorf. Mimo że sprawuje ona urząd już od 2014 r., postowie nabrali wątpliwości co do jej wyboru dopiero po tym, gdy na zjeździe sędziów sądów apelacyjnych i okręgowych otwarcie krytykowała działania rządu i mówiła, że „obecna władza przez fakty dokonane zmienia konstytucyjny ustrój państwa. [...] O prawo, o sposób jego interpretacji, o jego przestrzeganie, o każdy cal sprawiedliwości należy teraz walczyć. Ten obowiązek spoczywa na sędziach”².

2 M. Orłowski, *PiS: Prezes Sądu Najwyższego Małgorzata Gersdorf nielegalna*, „Gazeta Wyborcza”, 2.03.2017, <http://wyborcza.pl/7,75398,21441441,pis-prezes-sadu-najwyzszego-nielegalna.html> (dostęp: 3.04.2017).

Reforma sądownictwa dotknęła też węgierską Krajową Radę Sądownictwa, przekształconą obecnie w Krajowe Biuro Sądownictwa. Z jednej strony doszło do poszerzenia kompetencji przewodniczącego organu, a jednocześnie dokonano upolitycznienia procesu jego wyboru. Wcześniej radą kierował prezes Sądu Najwyższego, obecnie zaś kandydat na przewodniczącego biura musi uzyskać poparcie 2/3 członków Zgromadzenia Narodowego. Przewodniczący Krajowego Biura Sądownictwa uzyskał także możliwość decydowania o zmianie sądu, który rozstrzyga w danej sprawie, z pominięciem jego właściwości miejscowej, tak aby zrównoważyć liczbę spraw i odciążyc najmniej sprawnie działające sądy. Takie rozwiązanie, w połączeniu z upolitycznieniem procesu wyboru przewodniczącego Krajowego Biura Sądownictwa, rodzi poważne wątpliwości w kwestii bezstronności i niezależności sądów. W tej sprawie ponownie interweniowała Komisja Wenecka i wyraziła liczne wątpliwości wobec nowych przepisów. W konsekwencji tej krytyki władze wycofały się z rozwiązania pozwalającego na zmianę właściwości sądów, co zostało ostatecznie potwierdzone w piątej poprawce do Ustawy Zasadniczej. Ponownie wzmocniono też funkcję zreformowanej Krajowej Rady Sądownictwa.

W Polsce trwa obecnie spór o kształt nowelizacji ustawy o Krajowej Radzie Sądownictwa. Jak dotąd zaproponowane zmiany zmierzają w podobnym kierunku jdo tych na Węgrzech – do upolitycznienia KRS i oddania politykom prawa do decydowaniu o składzie tego organu. Te działania zostały skrytykowane m.in. przez Biuro Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka (ODIHR) OBWE oraz Komisarza Praw Człowieka Rady Europy. Różnica między Polską a Węgrami polega jednak na tym, że polskie władze dotychczas nie wycofały się pod naporem opinii międzynarodowej z żadnej reformy osłabiającej podstawowe gwarancje praw obywatelskich.

Prawo wyborcze i inne ograniczenia władzy ustawodawczej

Charakterystyczne dla rządów, które dążą ku władzy nie-liberalnej, jest to, że wcześniej czy później pod nóż musi pójść prawo wyborcze. To określenie nie jest zresztą aż

tak metaforyczne, jakby się mogło zdawać: Węgry zostały poszatkowane na nowe okręgi wyborcze, bez żadnych konsultacji z ekspertami od prawa wyborczego czy społeczeństwem. W efekcie nowa mapa wyborcza została tak ukształtowana, by wszystkie okręgi, w których tradycyjnie wygrywały partie lewicowe, miały około 5-6 tys. wyborców więcej niż okręgi, gdzie wyborcy częściej wspierali koalicję Fideszu i KDNP. Więcej wyborców w okręgu to mniejsza siła pojedynczego głosu, tak więc ustalenie nowych granic okręgów wyborczych miało zagwarantować kolejny sukces wyborczy w nowym rozdaniu politycznym, nawet kosztem naruszenia zasady równości wyborów. Takie rozwiązanie uzasadnia ocenę, że wybory na Węgrzech są wolne, ale nie sprawiedliwe³. Pokazują to zresztą wyniki wyborów: w 2010 r. Koalicja Fidesz-KDNP zyskała 68% miejsc w parlamencie przy poparciu 53% wyborców. Natomiast w 2014 r. na koalicję głos oddało 45% wyborców, a mimo to podział sił politycznych w Zgromadzeniu Narodowym niewiele się zmienił, bo stronnicy Victora Orbána przede wszystkim powinno być na zyskali tylko 1% mniej miejsc w parlamencie.

Zmiany ordynacji wyborczej zakładały zmniejszenie liczby deputowanych z 386 do 199, dwie rundy zastąpiono jedną i nieco uproszczono system wyborów, choć wciąż pozostał on mieszany (głosy oddawane są zarówno na kandydatów w jednomandatowych okręgach, jak i w głosowaniu proporcjonalnym w okręgach wielomandatowych). Te rozwiązania co do zasady nie wzbudzały kontrowersji; kwestią dyskusyjną były natomiast zasady prowadzenia kampanii wyborczej. Pierwotnie wprowadzony został zakaz prowadzenia kampanii w mediach prywatnych i w internecie, a ponadto spoty nie mogły być emitowane odpłatnie. Udało się jednak zakwestionować konstytucyjność tych rozwiązań, więc przed wyborami, na mocy piątej poprawki do Ustawy Zasadniczej, zniesiony został zakaz prowadzenia agitacji wyborczej w mediach prywatnych, choć nadal

³ Political Capital Policy Research and Consulting Institute, *The winner takes it all analysis on the impact and the risks of the new electoral system*, Budapeszt, 14.02.2014, s. 1, http://www.riskandforecast.com/useruploads/files/pc_flash_report_20140218_thewinnertakesitall.pdf (dostęp: 20.03.2017).

w mocy pozostała reguła zabraniająca pobierania opłat za nadawanie ogłoszeń partyjnych. Dlatego też ta zmiana była kosmetyczna i w istocie doprowadziła do tego, że kampania wyborcza toczyła się w praktyce wyłącznie w mediach publicznych. To zaś w połączeniu z zawłaszczeniem mediów państwowych przez władzę kształtowało nieobiektywny, upolityczniony przekaz. Dlatego OBWE, monitorująca wybory parlamentarne, oceniła, że Fidesz uzyskał bezprawną przewagę nad innymi partiami z powodu wprowadzenia restrykcyjnych przepisów dotyczących prowadzenia kampanii⁴.

W Polsce kolejne wybory parlamentarne odbędą się dopiero w 2019 r. Na razie nie ma żadnych informacji o tym, że władze pracują nad zmianą przepisów wyborczych. Taka reforma wydaje się jednak możliwa, o ile tylko będzie w stanie ugruntować pozycję polityczną obecnej większości. Przebudowa systemu wyborczego jest zawsze kusząca dla każdej władzy, ale szczególnie dla takiej, która obrata nieoliberalny kurs. Zmiany w systemie wyborczym lub wyznaczenie nowych okręgów wyborczych zdaje się w Polsce tym bardziej możliwe, że obecnie trwają przymiarki do powiększenia Warszawy o kilkanaście okolicznych gmin, gdzie elektorat Prawa i Sprawiedliwości jest liczniejszy niż w stolicy. Byłby to pierwszy krok do małego sukcesu, czyli zwycięstwa w wyborach samorządowych w Warszawie w 2018 r. Stanowi to jednocześnie podręcznikowy przykład *gerrymanderingu* metodą „pękania”, czyli takiej manipulacji kształtem okręgów wyborczych, aby rozbić okręgi, w których dotychczas zwyciężali oponenti, i połączyć je z przedmieściami, by rozproszyć elektorat przeciwników między kilka różnych okręgów, a tym samym zapewnić sobie zwycięstwo⁵.

⁴ OBWE, *Hungary Parliamentary Elections, 6 April 2014 OSCE/ODIHR Limited Election Observation Mission Final Report*, Warszawa, 11.07.2014, s. 1, <http://www.osce.org/odihr/elections/hungary/121098?download=true> (dostęp: 20.03.2017).

⁵ Zob. więcej na temat *gerrymanderingu* w: M. Chmaj, W. Skrzydło, *System wyborczy Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2011, s. 47.

Media

Uproszczone, szybkie procedury wprowadzania zmian ustawodawczych, z pominięciem konsultacji społecznych czy zainteresowanych podmiotów, stały się od 2010 r. normą na Węgrzech. Ponadto wiele kwestii regulowanych jest ustawami kardynalnymi (czyli tymi, które potrzebują większości kwalifikowanej 2/3 głosów), choć z powodzeniem mogłyby zostać określone w ustawach zwykłych. Te dwa czynniki, negatywnie wpływające na jakość stanowionego prawa i przestrzeganie podstawowych gwarancji konstytucyjnych, odegrały ważną rolę również podczas kształtowania nowej architektury węgierskiego systemu medialnego.

Media zostały objęte zmianami w pierwszym rządzie, tuż po przejściu władzy przez pierwszy rząd Viktora Orbána w 2010 r. Przegłosowane zostały dwie ustawy medialne i powołane nowe ciało – Narodowy Urząd ds. Mediów i Komunikacji pełniący rolę nadzorczą. Przyznaje on m.in. częstotliwości nadawcom. W ramach Urzędu działa samodzielny organ, Rada ds. Mediów, którego członków wybiera na 9-letnią kadencję parlament.

Jednym z najbardziej kontrowersyjnych przepisów wprowadzonych w pakiecie ustaw medialnych był obowiązek zapewnienia wyważonego przekazu we wszystkich rodzajach mediów, łącznie z blogami i mediami z płatnym dostępem. Inne niejasne kryteria, na podstawie których Rada może oceniać przekaz, to np. obraza moralności publicznej czy mniejszości religijnych lub etnicznych. Tak zakreślone granice, jak również szerokie pole interpretacji pozostawione organowi kontrolowanemu przez władze, stoją w jawnej sprzeczności ze standardami europejskimi, w szczególności z Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

Krytyka przepisów płynęła zarówno z Węgier, jak i od społeczności międzynarodowej. Choć ostatecznie restrykcje zostały ograniczone tylko do dużych podmiotów nadawczych (jak radio i telewizja), sedno problemu pozostało niezmiennie – to ograniczenie swobody wypowiedzi, w tym

prawa do krytyki. Na efekty takiej regulacji nie trzeba było długo czekać – media zaczęły wprowadzać autocenzurę, a przepisy wywołały efekt mrożący i nadawcy zaczęli obawiać się informowania o kontrowersyjnych kwestiach. Nic w tym dziwnego, skoro Rada ds. Mediów w ramach nowych przepisów nałożyła karę np. za nazwanie partii Jobbik „skrajnie prawicową” w serwisie informacyjnym (gdzie obowiązuje ustawowy zakaz wyrażania opinii, a wolno przekazywać jedynie fakty). Innym przykładem jest wszczęcie przez Radę dochodzenia w sprawie nadania w radiu piosenki amerykańskiego rapera Ice-T przed godziną 21, ponieważ „może ona wywierać negatywny wpływ na młodych słuchaczy”⁶.

Upolityczniony Trybunał Konstytucyjny również miał swój udział w ograniczaniu swobody wypowiedzi mediów na Węgrzech. W 2014 r. wydał on wyrok, w którym obarcza nadawców odpowiedzialnością za umieszczone na ich stronach komentarze niezgodne z ustawami medialnymi, nawet jeżeli są one moderowane, a nieodpowiednie wpisy usuwane.

Sytuacja wydaje się tym poważniejsza, gdy weźmie się pod uwagę restrykcyjne prawo dotyczące penalizacji zniesławienia. Za takie przestępstwo grozi nawet do trzech lat pozbawienia wolności.

W Polsce porządki w mediach również zaczęto wkrótce po wyborach. Doszło do uchwalenia pakietu ustaw medialnych i powołania nowego organu, jakim jest Rada Mediów Narodowych, która w pewnym zakresie powiela i przejmuje kompetencje konstytucyjnie umocowanej Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji. Te regulacje – choć wielokrotnie krytykowane przez różne podmioty, w tym HFPC⁷ – nie odegrały jednak najważniejszej roli w zawłaszczaniu mediów publicz-

nych przez nowe władze. Tu postawiono przede wszystkim na masową wymianę kadr i zagwarantowanie, że przekaz płynący z mediów publicznych będzie jednoznacznie korzystny dla rządzących. Media są także wykorzystywane do prowadzenia kampanii wymierzonych przeciwko różnym podmiotom, które krytykują działania rządu, począwszy od organizacji pozarządowych, przez sądownictwo czy adwokatów, a kończąc na organach międzynarodowych takich jak Komisja Wenecka czy Komisja Europejska. Jednocześnie trwają prace nad przepisami, które mogłyby zwiększyć wpływ władzy także na media prywatne (np. ustawa o re-polonizacji mediów).

Organizacje pozarządowe

Organizacje społeczne na Węgrzech zostały oskarżone o słuzenie politycznym, w szczególności obcym interesom, co pociągnęło za sobą serię dochodzeń administracyjnych i karnych w sprawie domniemanych nadużyć w ich finansowaniu. Na celowniku władz znalazły się zwłaszcza organizacje, które korzystają ze wsparcia Open Society Foundation oraz Funduszy Norweskich. Część z organizacji otrzymujących środki z tych źródeł poddano drobiazgowemu audytowi, który wykazał szereg nieprawidłowości. Doszło też do licznych przeszukań biur organizacji pozarządowych, a nawet prywatnych mieszkań ich pracowników.

Władze Norwegii wielokrotnie protestowały przeciwko audytowi rozpoczętemu przez węgierskie organy i podkreślały, że jego prowadzenie nie tylko narusza umowę dwustronną między państwami dotyczącą udzielania wsparcia, ale także może być interpretowane jako ograniczanie swobody wypowiedzi na Węgrzech. Władze norweskie nie zaakceptowały węgierskiego audytu i przeprowadziły własne, niezależne badanie, które nie potwierdziło istnienia żadnych nieprawidłowości w wykorzystywaniu środków z Funduszy Norweskich. Nie powstrzymało to jednak węgierskich władz przed podjęciem kolejnych kroków wymierzonych w organizacje pozarządowe – tym razem w postaci postępowań karnych. Ostatecznie śledztwo prowadzone przez prokuratora generalnego ujawniło tylko

6 A.J. Dudek, *Ustawa medialna Orbana zaczyna działać. „Wolność mediów na Węgrzech się skończyła”*, „Polska The Times”, <http://www.polskatimes.pl/artukul/352900,ustawa-medialna-orbana-zaczyna-dzialac-wolnosc-mediow-na-wegrzech-sie-skonczylo,id,t.html> (dostęp: 13.03.2017).

7 Por. *Zmiany w mediach publicznych – ustawa pomostowa: opinia HFPC*, <http://www.hfpc.pl/zmiany-w-mediach-publicznych-ustawa-pomostowa-opinia-hfpc/> (dostęp: 4.04.2017).

kilka nieprawidłowości administracyjnych, zaś zakończone w 2015 r. postępowanie karne nie wykazało, by organizacje korzystające z zagranicznego wsparcia działały w sprzeczności z prawem.

Funkcjonowanie niektórych organizacji społecznych na Węgrzech jest zagrożone również w ujęciu systemowym. Narodowy Fundusz Społeczny, który był odpowiedzialny za dystrybucję środków unijnych wśród organizacji pozarządowych, został poddany reformie. Zastąpiono go Narodowym Funduszem Współpracy, w którym nadzór objęli reprezentanci władz państwowych w miejsce osób wskazywanych dotychczas przez organizacje pozarządowe. Dlatego podział środków przybrał znacznie bardziej selektywny charakter i na przyznanie funduszy mogą liczyć przede wszystkim organizacje związane z Kościołem i przychylnie Fideszowi.

Pozycja organizacji społecznych została też zachwiana w procesie legislacyjnym. Wykorzystanie szybkich ścieżek ustawodawczych, które pomijają obowiązek przeprowadzenia konsultacji społecznych, powoduje, że głosy płynące ze społeczeństwa obywatelskiego są pomijane w dyskusji.

Los trzeciego sektora w Polsce nie jest znany. Nie ma jednak wątpliwości, że organizacje społeczne są postrzegane przez obecne władze jako wróg, co ilustruje m.in. kikutygodniowa kampania prowadzona przez Wiadomości TVP zwrócona przeciwko niektórym organizacjom pozarządowym⁸. O niechęci wobec takiej działalności świadczyć może również wstrzymanie wielu konkursów, w wyniku których ministerstwa przyznają fundacjom i stowarzyszeniom środki na pomoc cudzoziemcom⁹. Rząd zapowiadał również utworzenie organu zbliżonego kompetencjami do węgierskiego Narodowego Funduszu Społecznego, jednak na razie ta reforma pozostała w fazie deklaracji.

⁸ Skarga do KRRiT na Wiadomości TVP, <http://www.hfhr.pl/skarga-do-krrit-na-wiadomosci-tvp/> (dostęp: 4.04.2017).

⁹ N. Mazur, MSWiA ma miliony na integrację cudzoziemców, ale w 2016 r. nie wydało na to ani złotówki, „Gazeta Wyborcza”, 09.01.2017, <http://wyborcza.pl/7,75398,21216958,mswia-ma-miliony-na-integracje-cudzoziemcow-ale-w-2016-r.html> (dostęp: 4.04.2017).

Procedura kontroli praworządności

W obliczu zagrożeń dla praworządności w państwie, które jeszcze niedawno mocno deklarowało przywiązanie do praw człowieka i czyniło starania o włączenie w krąg państw członkowskich Unii Europejskiej, nie dziwi fakt, że w ramach wspólnoty rozpoczęto dyskusję o wprowadzeniu procedur mogących zdyscyplinować Węgry. Takie możliwości otwiera art. 7 Traktatu o Unii Europejskiej. Dotychczas jednak UE nie zmierzyła się z sytuacją, w której powstało tak realne zagrożenie dla wartości wspieranych przez tę organizację. Na kanwie zmian zachodzących na Węgrzech doszło więc do opracowania procedury kontroli praworządności, która składa się z trzech etapów i przewiduje konkretne działania poprzedzające ewentualnie nałożenie sankcji na państwo członkowskie łamiące podstawowe wartości unijne. Wobec Węgier nie zdecydowano się jednak na jej rozpoczęcie. Inaczej stało się w przypadku Polski, gdzie reakcja wspólnoty była znacznie szybsza i wyraźniejsza. Można wręcz powiedzieć, że reakcja ta była współmierna do tempa i powagi wprowadzanych zmian w Polsce (zwłaszcza sytuacji w Trybunale Konstytucyjnym). Ale polskie władze nauczyły się również na przykładzie Węgier, jak nie respektować głosów organów międzynarodowych. Dotychczas Polska nie zrealizowała żadnego z zaleceń przedstawionych jej przez Komisję Europejską. Wydaje się więc, że kurs polskich władz jest jasny – ma „przyjść taki dzień, kiedy będziemy mieli w Warszawie Budapeszt”.

Marta Borucka – politolożka, pracownik działu PR HFPC.

Izolacja postpenalna a Konstytucja RP

Dr Barbara Grabowska-Moroz



Trybunał Konstytucyjny w listopadzie 2016 r. – w jednym z ostatnich wyroków wydanym przed zmianą kierownictwa Trybunału – rozstrzygnął sprawę dotyczącą ustawy określonej jako *Lex Trynkiewicz*. Trybunał w 5-osobowym składzie orzekł, że ustawa jest zgodna z Konstytucją.

Geneza ustawy

Ustawa z 22 listopada 2013 r. o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób, będąca przedmiotem kontroli ze strony Trybunału, była reakcją na medialne doniesienia z drugiej połowy 2012 r. Wskazywano wówczas, że na podstawie amnestii z 1989 r.¹ w najbliższym czasie na wolność wyjdą osoby skazane przed 1989 r. na karę śmierci, którą ustawodawca zmienił na karę 25 lat pozbawienia wolności². Spowodowały one, że Ministerstwo Sprawiedliwości rozpoczęło prace nad stworzeniem podstaw prawnych dla dalszego izolowania tych osób.

Prace nad stworzeniem takiej podstawy początkowo przybrały formę projektu nowelizacji m.in. Kodeksu karnego (dalej również: k.k.), wprowadzającego zmiany w zakresie stosowania środków zabezpieczających³. Wątpliwości wo-

bec projektu w takim kształcie wyraziła m.in. Rada Legislacyjna przy Prezesie Rady Ministrów, która oceniła, iż „można odnieść wrażenie, że w analizowanych przepisach dąży się do stworzenia możliwości nieokreślonej czasowo izolacji – noszącej znamiona ukarania – w oparciu o potencjalne jedynie przypuszczenie stworzenia niebezpieczeństwa dla praw i wolności innych osób”⁴.

W wyniku opinii przedstawionych w procesie konsultacji prace nad projektem zostały przerwane, a następnie kontynuowane w formie nowelizacji ustawy z 19 sierpnia 1994 r. o ochronie zdrowia psychicznego⁵. W świetle projektu dyrektor zakładu karnego mógł wystąpić do sądu opiekuńczego o przeprowadzenie badań skazanego, jeśli obawa popełnienia w przyszłości czynu zabronionego „jest uzasadniona z uwagi na charakter czynu uprzednio popełnionego przez skazanego”. Takie osoby miały być kierowane do „ośrodka terapii osobowości”. Projekt ustawy spotkał się z bardzo wyraźną krytyką lekarzy psychiatrów, którzy wskazali, że przedmiotowe traktowanie psychiatrii stanowi zaprzeczenie jej dotychczasowych osiągnięć oraz zorientowania na zdrowie pacjenta⁶.

1 Ustawa z dnia 7 grudnia 1989 r. o amnestii, Dz.U. 1989 nr 64 poz. 390.

2 A. Szulc, *Bestie wracają: Mordercy na wolności*, „Newsweek”, 19.09.2012, <http://www.newsweek.pl/polska/bestie-wracaja--mordercy-na-wolnosc,96083,1,1.html> (dostęp: 2.06.2017).

3 Projekt założeń nr ZC25: <http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/63711>, oraz projekt ustawy nr UC72: <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/78321/78325/170587/78326/dokument54953.pdf> (dostęp: 2.06.2017).

4 Opinia Rady Legislacyjnej z 30 stycznia 2013 r. o projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (wersja projektu z dnia 2 listopada 2012 r.), RL-0303-27/12, <http://radalegislacyjna.gov.pl/dokumenty/opinia-z-30-stycznia-2013-r-o-projekcie-ustawy-o-zmianie-ustawy-kodeks-karny-oraz> (dostęp: 2.06.2017).

5 <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/128528/128531/128532/dokument68096.pdf> (dostęp: 2.06.2017).

6 Prezydium Naczelnej Rady Lekarskiej w stanowisku nr 10/13/P-VI z 25 stycznia 2013 r. oceniło, że zaprojektowane rozwiązanie jest sprzeczne z ideą ochrony zdrowia psychicznego i zasadami funkcjonowania placówek psychiatrycznej opieki zdrowotnej. Wskazano, że „możliwości terapeutyczne wobec osób z zaburzeniami osobowości są bardzo ograniczone i opierają

Ostatecznie projekt ustawy przybrał formę odrębnej ustawy opartej jednak na analogicznych zasadach zastosowanych w poprzednim projekcie, tj. możliwości przymusowego umieszczenia osoby w zamkniętym ośrodku na wniosek dyrektora zakładu karnego po odbyciu przez nią kary pozbawienia wolności⁷. Jak wskazał projektodawca, ustawa bazowała na analogicznej regulacji niemieckiej z 2010 r.⁸

W ramach uzgodnień międzyresortowych negatywne stanowisko wobec projektu wyraziło Ministerstwo Spraw Zagranicznych, które oceniło, że projekt będzie niezgodny z europejską Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, w szczególności ze względu na nieproporcjonalne ograniczenie wolności osobistej. Ponadto regulacja będzie naruszała zasady prawa karnego, w szczególności zasadę *lex retro non agit*⁹.

Ustawa została skierowana do Sejmu, który uchwalił ustawę w dniu 23 października 2013 r.¹⁰ Następnie ustawę skierowano do Senatu, który wprowadził poprawki, przyjęte następnie przez Sejm. Prezydent RP zdecydował się podpisać uchwaloną ustawę, a następnie skierował wniosek do Trybunału Konstytucyjnego w sprawie zgodności podpisanej ustawy z Konstytucją.

się głównie na oddziaływaniach psychoterapeutycznych, których warunkiem powodzenia jest motywacja danej osoby do udziału w takich zajęciach. Farmakoterapia jest wobec zaburzeń osobowości nieskuteczna”, <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/128528/128531/128534/dokument65490.pdf> (dostęp: 2.06.2017). Opinia HFPC w sprawie projektu zmiany Kodeksu karnego oraz ustawy o ochronie zdrowia psychicznego: <http://programy.hfhr.pl/monitoringprocesulegislacyjnego/opinia-hfpc-w-sprawie-projektu-zmiany-kodeksu-karnego-oraz-ustawy-o-ochronie-zdrowia-psychicznego/> (dostęp: 2.06.2017).

7 Projekt z 11 kwietnia 2013 r. dostępny na stronie: <http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/128528/128531/128532/dokument71343.pdf> (dostęp: 2.06.2017).

8 Niemiecka ustawa z 22 grudnia 2010 r. o stosowaniu terapii i umieszczaniu w zakładach terapeutycznych cierpiących na zaburzenia psychiczne sprawców czynów popełnionych z użyciem przemocy (tzw. *Therapieunterbringungsgesetz*).

9 Pismo (DPOPC.433.18.2013/2) z 7 czerwca 2013 r.

10 Wynik: 408 za, 3 przeciw, 30 wstrzymało się od głosu.

Zakres regulacji

Ustawa z 22 listopada 2013 r. wprowadziła kategorię „osób stwarzających zagrożenie”. Decyzję w przedmiocie uznania osoby za stwarzającą zagrożenie podejmuje sąd okręgowy. Niezbędne jest przy tym spełnienie łącznie trzech przesłanek:

1. osoba odbywa prawomocnie orzeczoną karę pozbawienia wolności lub karę 25 lat pozbawienia wolności, wykonywaną w systemie terapeutycznym¹¹;
2. w trakcie postępowania wykonawczego występowały u niej zaburzenia psychiczne w postaci upośledzenia umysłowego, zaburzenia osobowości lub zaburzenia preferencji seksualnych;
3. stwierdzone zaburzenia psychiczne mają taki charakter lub takie nasilenie, że zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej, zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat.

Postępowanie przed sądem okręgowym inicjuje dyrektor zakładu karnego, w którym przebywa osoba mogąca potencjalnie spełniać powyższe kryteria¹². Zakończenie odbywania kary pozbawienia wolności po złożeniu wniosku nie stanowi przeszkody do wydania orzeczenia przez właściwy sąd okręgowy. W trakcie postępowania sąd powołuje biegłych¹³ mających ocenić, czy spełnione są przesłanki uznania za „osobę stwarzającą zagrożenie”. Badanie psychiatryczne może być połączone z obserwacją w zakładzie psychiatrycznym. Sąd ustanawia z urzędu pełnomocnika dla osoby, której dotyczy postępowanie.

11 W trakcie prac w Senacie wprowadzono zmiany polegające na wykreśleniu z tego katalogu osób odbywających karę pozbawienia wolności „w zakładzie karnym typu zamkniętego w wyznaczonym oddziale lub celi, w warunkach zapewniających wzmożoną ochronę społeczeństwa i bezpieczeństwo zakładu”.

12 Musi to wynikać z opinii psychiatrycznej i psychologicznej wydanej w trakcie postępowania wykonawczego.

13 Sąd powołuje dwóch biegłych lekarzy psychiatrów oraz biegłego psychologa albo biegłego lekarza seksuologa lub certyfikowanego psychologa seksuologa.

Orzeczenie przez sąd, że spełnione są przesłanki uznania osoby za „stwarzającą zagrożenie”, skutkuje obowiązkiem zastosowania jednego ze środków przewidzianych przez ustawę – nadzoru prewencyjnego albo umieszczenia w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dys socjalnym. Sąd orzeka o zastosowaniu pierwszego ze środków, m.in. jeżeli zachodzi wysokie prawdopodobieństwo popełnienia przez tę osobę czynu zabronionego określonego w ustawie. Natomiast umieszczenie w Krajowym Ośrodku następuje wówczas, gdy występuje „bardzo wysokie prawdopodobieństwo” popełnienia takiego czynu zabronionego.

Postępowanie przed Trybunałem Konstytucyjnym

Wniosek prezydenta RP zawierał pytania wyrażające wątpliwości, m.in. czy umieszczenie w Krajowym Ośrodku Zapobiegania Zachowaniom Dys socjalnym jest proporcjonalnym ograniczeniem wolności osobistej. Prezydent sformułował zarzut, że umieszczenie w Ośrodku ma charakter karny, m.in. z uwagi na realną obawę dożywotniej izolacji. Prezydent podał w wątpliwość, czy rzeczywistym celem ustawodawcy jest terapeutyczny charakter tego umieszczenia. „Istnieje wątpliwość, czy ustalenie takich zaburzeń w oderwaniu od charakteru uprzedniej działalności przestępczej sprawcy jest w ogóle możliwe [...] i czy wskazanie postępowania wykonawczego jako okresu, w którym występować mają zaburzenia psychiczne, nie ma jedynie charakteru postulatywnego”. Prezydent argumentował również, że ustawa zawiera normy niewykonalne. Przedmiot opinii biegłych psychiatrów obejmujący m.in. obowiązek sporządzenia prognozy co do przyszłego postępowania osoby objętej przepisami zaskarżonej ustawy może naruszać zasadę prawidłowej legislacji oraz konstytucyjnie chronioną wolność osobistą. Prezydent wskazał również na wątpliwości co do realnej roli sądu w podejmowaniu decyzji o umieszczeniu w Ośrodku oraz wyraził obawę, że sąd może zostać sprowadzony do „roli notarialnej”.

Wniosek do Trybunału Konstytucyjnego skierował również Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO). Zdaniem Rzecznika zaskarżona ustawa – wbrew zamierzeniom ustawodawcy

– nie stosuje się jedynie do najgroźniejszych sprawców. Zdaniem RPO szeroki i różnorodny krąg adresatów ustawy obejmuje osoby, które wcale nie popełniły najcięższych przestępstw. Podkreślił on przy tym, że znalezienie się wśród adresatów ustawy ma charakter stygmatyzujący.

Drugi argument RPO koncentrował się wokół art. 9 ustawy, który nie wskazuje terminu wydania opinii psychiatrycznej będącej podstawą skierowania wniosku do sądu. Trzeci zarzut odnosił się do art. 14 ustawy, który używa pojęć „wysokiego” i „bardzo wysokiego” prawdopodobieństwa popełnienia w przyszłości określonych czynów zabronionych. Ustawa – zdaniem RPO – nie daje narzędzi umożliwiających wytyczenie granicy między tymi dwiema kategoriami.

Kolejny zarzut odnosi się do sposobu uregulowania czynności operacyjno-rozpoznawczych prowadzonych przez policję w ramach nadzoru prewencyjnego. W ocenie RPO przesłanki prowadzenia kontroli operacyjnej zostały ukształtowane odmiennie niż w ustawie o Policji, zaś zróżnicowanie tych przesłanek w zależności od osoby, która stanowi zagrożenie dla chronionych wartości, jest nieuzasadnione. Piąty zarzut RPO dotyczył art. 25 ustawy, który nie określa zasad postępowania terapeutycznego. Zdaniem RPO trudno ustalić, na czym polegać ma terapia prowadzona w Krajowym Ośrodku. Z kolei zarzuty skierowane pod adresem art. 46 i 47 ustawy odnosiły się do tego, że przy procedurze przedłużania pobytu w Ośrodku art. 46 nie wymaga sporządzenia opinii analogicznych do tych, które są niezbędne w procedurze skierowania do Ośrodka.

Do Trybunału Konstytucyjnego skierowane zostały również pytania prawne Sądu Okręgowego w Lublinie¹⁴ oraz Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu¹⁵. Sąd Okręgowy w Lublinie zarzucił ustawie z 2013 r. obejście przez ustawodawcę zakazu *ne bis in idem*: „Nie sposób, nie zauważyć, że nakazanie rozstrzygnięcia o tych kwestiach w oparciu o przepisy postępowania cywilnego, w połączeniu ze świadomym zerwaniem orzeczenia ze związkiem przyczynowym

14 Pytanie prawne z 24 kwietnia 2014 r., sygn. akt P 20/14.

15 Sygn. akt P 51/14.

pomiędzy przestępstwem stanowiącym podstawę prawnego skazania a zastosowaniem instytucji prawnych z art. 3 ustawy, służy w istocie próbie obejścia zakazu naruszenia zasady *ne bis in idem*". Z kolei Sąd Apelacyjny we Wrocławiu argumentował, że „ustawa nakłada na sąd obowiązek wystawiania swego rodzaju świadectw charakterologicznych, nie wyjaśniając, jak sąd ma to zrobić, by orzekać w sposób odpowiadający konstytucyjnemu pojęciu sprawowania wymiaru sprawiedliwości, a nie sprowadzać orzekanie do akceptacji lub nie opinii biegłych stanowiących rodzaj prognozy i niemożliwych do weryfikacji, co do których to opinii nie dano sądowi nawet możliwości zarządzenia sporządzenia ich po obserwacji w zakładzie psychiatrycznym (art. 13 ust. 1 ustawy)". W konsekwencji sąd wskazał, że orzeczenie wydane na podstawie ustawy z 2013 r. „jest orzeczeniem o prognozie, co najwyżej o fakcie, zresztą trudno sprawdzalnym na etapie orzekania, a nie sprawowaniem wymiaru sprawiedliwości”.

Pierwotnie sprawa zgodności ustawy z 2013 r. z Konstytucją miała być rozpoznana przez Trybunał w pełnym składzie. Jednak z uwagi na odmowę orzekania przez sędziów wybranych przez Sejm VIII kadencji w listopadzie 2016 r. sprawa została przekazana do rozpatrzenia przez skład 5-osobowy.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego

Trybunał w pierwszej kolejności odrzucił argumenty dotyczące naruszenia art. 42 Konstytucji, oparte na penalnym charakterze środków przewidzianych przez ustawę z 2013 r. W ocenie TK art. 25 ustawy oraz rozporządzenie wykonawcze do ustawy potwierdzają tezę ustawodawcy o terapeutycznym celu umieszczenia w Ośrodku osoby stwarzającej zagrożenie. Jednak, zdaniem Trybunału, „celem terapii pacjentów Ośrodka nie zawsze będzie pełne wyeliminowanie zaburzenia ich osobowości”. Trybunał w dalszej części opisuje specyficzny charakter terapii prowadzonej w Ośrodku. „Podstawowym celem terapii pacjenta zaburzonego psychicznie ma być wyeliminowanie bądź też w maksymalnym możliwym stopniu zmniejszenie zagrożenia z jego strony

dla potencjalnych ofiar jego czynów wymierzonych w dobra chronione ustawą, tj. życie, zdrowie, wolność seksualną; a tym samym uchronienie samego pacjenta przed konsekwencjami przestępstw, do których jest – w opinii obserwujących i badających go psychiatrów oraz psychologów – nadal zdolny”. Zatem wbrew słownikowemu znaczeniu słowa „terapia” Trybunał dopuścił możliwość, że podstawowym celem terapii wcale nie będzie leczenie.

W ocenie Trybunału umieszczenie w Ośrodku albo poddanie nadzorowi prewencyjnemu ma charakter hybrydalny. Wynika to m.in. z faktu, że umieszczenie w Ośrodku stanowi „formę pozbawienia wolności osobistej, łączącej w sobie elementy przymusowej detencji psychiatrycznej [...] oraz kilku środków zabezpieczających przewidzianych w k.k., określonych w nauce prawa jako postpenalne środki zabezpieczające”. Pomimo podobieństw z karą pozbawienia wolności pobyt w Ośrodku nie został przez Trybunał zaklasyfikowany jako kara kryminalna. Trybunał określił go jako „środek czysto prewencyjny, zabezpieczający”.

W konsekwencji uznania, że art. 2 i art. 42 są nieadekwatnymi wzorcami kontroli, Trybunał uznał, iż brakuje również znamion *ne bis in idem*. Wskazał również, że ustawa z 2013 r. stanowi regulację retrospektywną, nie retroaktywną¹⁶.

¹⁶ Podczas posiedzenia senackiej Komisji Zdrowia oraz Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji swoje stanowisko w przedmiocie ustawy wyraził prof. Witold Kulesza: „W drodze wykładni jednoznacznie wynika, że [ustawa – przyp. autora] nie znajdzie zastosowania do osób odbywających karę pozbawienia wolności orzeczoną w wyroku, który zapadł przed wejściem w życie tej ustawy. Umieszczenie osoby stwarzającej zagrożenie w krajowym ośrodku zapobiegania zachowaniom dyssocjalnym [...] jest faktycznym pozbawieniem wolności, którego czasu trwania nie określa się z góry, i nie traci tej cechy tylko dlatego, że ustawodawca okrył owo pozbawienie wolności szatą słowną, mającą zakryć jego normatywną naturę. Jeżeli w stanie prawnym obowiązującym w czasie, gdy zapadł wyrok skazujący na karę pozbawienia wolności, nie istniała instytucja prawna osadzenia osoby po odbyciu przez nią kary w zamkniętym zakładzie z tego powodu, że w trakcie odbywania kary osoba zostanie uznana za stwarzającą zagrożenie, to nowa ustawa tworząca taką instytucję nie może działać wstecz. *Lex retro non agit*” – Posiedzenie Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji (131) 7 listopada 2013 r.

Trybunał nie podzielił również argumentów przywołanych przez Rzecznika Praw Obywatelskich, które wynikały z interpretacji art. 9 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych. Komitet Praw Człowieka ONZ w komentarzu ogólnym (*general comments*) do art. 9 Paktu wskazał, że „jeżeli więzień w pełni odbył karę wymierzoną, artykuły 9 i 15 MPPOiP zabraniają wstecznego zwiększenia wymiaru kary, a państwo nie może obejść tego zakazu poprzez zastosowanie izolacji, która jest ekwiwalentna do pozbawienia wolności w więzieniu pod przykrywką cywilnej izolacji”¹⁷.

Trybunał uznał, że krajowa regulacja nie jest niezgodna z art. 9 Paktu, jak również nie narusza art. 7 EKPC. Odwołując się do sprawy *Fardon p. Australii*, zawistej w 2007 r. przed Komitetem Praw Człowieka, Trybunał uznał, że polskie przepisy różnią się od australijskich, przez co wskazane wzorce kontroli są nieadekwatne.

Najwięcej wątpliwości w analizie Trybunału budzą jednak rozważania odnosząca się do art. 3a ustawy. Przepis ten został dodany ustawą z 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw¹⁸. Zgodnie z tym przepisem ustawa z 2013 r. ma zastosowanie do osób skazanych za czyn popełniony przed dniem wejścia w życie ustawy z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. W ocenie RPO, jak również HFPC, świadczy to o tożsamości środków przewidzianych w ustawie z 2013 r. i środków zabezpieczających.

Trybunał nie przeprowadził analizy skutków wynikających z art. 3a ustawy z 2013 r. w połączeniu z innymi argumentami odnoszącymi się do ich penalnego charakteru. Zamiast tego Trybunał odwołał się do wcześniejszych ustaleń, w których odrzucił argument o penalnym charakterze środków polegających na umieszczeniu w Ośrodku. Ograniczył tym samym swoją analizę jedynie do kwestii epizodyczności ustawy wynikającej z art. 3a ustawy, mimo że zagadnienie epizodyczności nie stanowi odrębnego za-

gadnienia konstytucyjnego. W ocenie Trybunału przepisy o charakterze przejściowym nie mogą zmieniać treści przepisów merytorycznych. Ponadto, w ocenie Trybunału, przesłanki orzekania środków zabezpieczających, zakres podmiotowy i katalog środków istotnie się różnią od tych dotyczących umieszczenia w Ośrodku. Trybunał doszedł do takiej konkluzji, mimo że wcześniej w uzasadnieniu wyroku uznał umieszczenie w Ośrodku za środek „prewencyjny, zabezpieczający”.

Trybunał nie podzielił również zarzutów odnoszących się do nieprecyzyjnych przesłanek zawartych w art. 14 ust. 2 i 3 ustawy z 2013 r. Przepis ten posługuje się pojęciami „wysokiego” i „bardzo wysokiego” prawdopodobieństwa popełnienia poważnych przestępstw, od których to przesłanek zależy umieszczenie w Ośrodku lub też zastosowanie nadzoru prewencyjnego. Trybunał na podstawie analizy prawnoporównawczej analogicznych rozwiązań w innych państwach, jak również z uwagi na fakt, że podobne nieprecyzyjne przepisy występują również w polskim prawie (np. art. 93g k.k.), uznał, że przepis ten nie narusza art. 2 Konstytucji.

Trybunał orzekł również, że przepis ten nie narusza art. 41 ust. 1 Konstytucji (wyrażający wolność osobistą) w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Trybunał już na początku prowadzenia testu proporcjonalności – bez sprawdzenia wszystkich przesłanek – ocenił, że zaskarżona regulacja nie narusza istoty wolności osobistej. Również w tym zakresie Trybunał, po przeprowadzeniu analizy prawnoporównawczej częściowo wspartej odniesieniem do standardu wynikającego z art. 5 EKPC, uznał, że umieszczenie w Ośrodku stanowi środek *ultima ratio*, w związku z czym jest zgodny z art. 41 ust. 1 Konstytucji.

Trybunał podzielił jedynie zarzut dotyczący art. 46 i art. 47 ustawy z 2013 r., tj. liczby opinii, jakie należy sporządzić w postępowaniu dotyczącym dalszego przebywania w ośrodku. Trybunał orzekł, że art. 46 ustawy narusza art. 41 ust. 1 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji w zakresie, w jakim przewiduje sporządzenie opinii w sprawie niezbędności

17 CCPR/C/GC/35 (16 grudnia 2014 r.)

18 Dz.U. poz. 396.

dalszego pobytu w Ośrodku tylko przez jednego lekarza psychiatrę.

Do wyroku zdanie odrębne złożył sędzia TK Andrzej Wróbel. W jego ocenie „wyniki badań dotyczących postępowania wobec szczególnie groźnych przestępców dowodzą, że skuteczność społeczna nadzoru prewencyjnego połączonego z obowiązkową terapią jest większa niż różnego rodzaju tzw. postpenalne środki izolacyjne”. W ocenie sędziego A. Wróbla „procedura przyjmowania tego aktu prawnego następowała w warunkach, które cechują populizm penalny”. Jego zdaniem „mechanizm umieszczania w Ośrodku nie był konieczny dla realizacji podstawowych celów ustawy, tj. terapii i resocjalizacji groźnych przestępców, ponieważ cele te mogą być z lepszym skutkiem realizowane poprzez udoskonalony mechanizm nadzoru prewencyjnego przewidzianego w ustawie oraz przez przepisy ustawy o ochronie zdrowia psychicznego”.

Standard ETPC

Niezależnie od ustaleń poczynionych przez polski Trybunał Konstytucyjny zagadnienie detencji postpenalnej osób mogących stanowić zagrożenie dla bezpieczeństwa innych było wielokrotnie analizowane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka przede wszystkim w sprawach dotyczących skarg przeciwko Niemcom. Orzecznictwo to jest istotne z dwóch powodów. Po pierwsze, Trybunał Konstytucyjny nie analizował zgodności ustawy z 2013 r. z art. 5 EKPC (wolność osobista) z uwagi na fakt, że skarżący wśród wzorców kontroli wskazali na art. 41 Konstytucji również wyrażający prawo do nietykalności i wolności osobistej. Po drugie, bardzo prawdopodobnym jest, że po wyroku polskiego TK osoby objęte skutkami ustawy z 2013 r. będą kierować skargi do Trybunału w Strasburgu.

Art. 5 ust. 1 Konwencji w odróżnieniu od art. 41 Konstytucji RP zawiera zamknięty katalog sytuacji, w których dopuszczalne jest pozbawienie wolności osobistej „w trybie ustalonym przez prawo” m.in. w przypadku:

c) zgodnego z prawem zatrzymania lub aresztowania w celu

postawienia przed właściwym organem, jeżeli istnieje uzasadnione podejrzenie popełnienia czynu zagrożonego karą lub jeśli jest to konieczne w celu zapobieżenia popełnienia takiego czynu lub uniemożliwienia ucieczki po jego dokonaniu;

e) zgodnego z prawem pozbawienia wolności osoby w celu zapobieżenia szerszeniu przez nią choroby zakaźnej, osoby umyślowo chorej, alkoholika, narkomana lub włóczęgi.

Instytucja środków postpenalnych (*Sicherungsverwahrung, secured custody*) została wprowadzona do prawa niemieckiego w 1933 r., mimo że była dyskutowana przez przedstawicieli doktryny prawa niemieckiego już od XIX w. Była ona rozumiana jako nieokreślona w czasie detencja mająca zastosowanie po odbyciu kary przez „notorycznych” przestępców¹⁹. Celem takiego środka postpenalnego nie było odpokutowanie za popełnione czyny zabronione, lecz ochrona społeczeństwa przed przyszłymi krzywdami. Decyzję o zastosowaniu środka postpenalnego podejmował sąd w wyroku skazującym na karę pozbawienia wolności za popełniony czyn zabroniony.

Do 1998 r. maksymalny okres pobytu w takim areszcie prewencyjnym wynosił 10 lat. Jednak w 1998 r. na skutek nowelizacji Kodeksu karnego ten maksymalny limit czasowy został zniesiony, co umożliwiałoby pobyt w takim areszcie przez nieokreślony z góry czas. Przy jednoczesnym obniżeniu warunków zastosowania aresztu prewencyjnego istotnie wzrosła liczba osób, w stosunku do których stosowano ten rodzaj środka zabezpieczającego²⁰. Zmienione przepisy pozwoliły na wydłużenie okresu, na który pierwotnie orzeczono środek zabezpieczający na czas dłuższy niż 10 lat. Federalny Trybunał Konstytucyjny orzekł w 2004 r., że przedłużenie aresztu prewencyjnego powyżej 10 lat było zgodne z niemiecką Ustawą Zasadniczą²¹.

19 G. Merkel, *Incompatible Contrasts? – Preventive Detention in Germany and the European Convention on Human Rights*, „German Law Journal” 2010, Vol. 11, No. 9, s. 1047.

20 Ibidem, s. 1049.

21 Wyrok z 5 lutego 2004 r., 2 BvR 2029/01.

Na gruncie sprawy *M. p. Niemcom* materialny aspekt zarzutu o naruszenie art. 5 ust. 1 Konwencji analizowano pod kątem zgodności przede wszystkim z przesłanką wyrażoną w art. 5 ust. 1 lit. e, tj. wymogu zgodnego z prawem pozbawienia wolności [...] osoby umysłowo chorej”. Trybunał wypracował trójelementowy test, wedle którego oceniane jest kryterium z art. 5 ust. 1 lit. e Konwencji. Pierwszym warunkiem jest wiarygodne ukazanie choroby umysłowej (*true mental disorder*) przez kompetentny do tego organ na podstawie wiedzy medycznej. Po drugie, stopień lub rodzaj zaburzenia psychicznego uzasadniać musi przymusowe izolowanie. Po trzecie zaś, izolowanie pozostaje w mocy jedynie w przypadku utrzymywania się tego stanu²².

Drugim aspektem analizowanym w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach dotyczących izolacji postpenalnej jest kwestia zgodności z art. 7 ust. 1 Konwencji, zgodnie z którym nikt nie może być uznany za winnego popełnienia czynu polegającego na działaniu lub zaniechaniu działania, niestanowiącego według prawa wewnętrznego lub międzynarodowego nie czynu zagrożonego karą w czasie jego popełnienia. Nie będzie również wymierzona kara surowsza od tej, którą można było wymierzyć w czasie, gdy czyn zagrożony karą został popełniony. Oprócz podstawowych zasad prawa karnego (m.in. *nullum crimen, nulla poena sine lege*) przepis ten wyraża ogólny zakaz retrospektywnego stosowania prawa karnego na niekorzyść oskarżonego.

W wyroku *M. p. Niemcom* Trybunał przeanalizował szereg czynników, które mogą zadecydować o tym, czy funkcjonujący na gruncie prawa niemieckiego *preventive detention* może być zakwalifikowany jako kara w rozumieniu art. 7 Konwencji, takich jak m.in.: faktyczne pozbawienie wolności, umieszczenie w więzieniu; różnica w wykonywaniu kary i środka zabezpieczającego; związek z popełnionym przestępstwem, cel pozbawienia wolności, fakt orzeczenia środka zabezpieczającego przez sąd karny.

Na podstawie wyroku w sprawie *M. p. Niemcom* niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny (FTK), bezpośrednio nawiązując do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w wyroku z 4 maja 2011 r. uznał, że środek zapobiegawczy w postaci aresztu (*preventive detention*) musi ściśle spełniać wymogi testu proporcjonalności. Jako jeden z warunków minimum FTK wskazał „wymóg dystansu” (*Abstandsgebot; distance requirement*), który przejawia się w **istnieniu zasadniczych różnic między wykonywaniem kary pozbawienia wolności a stosowaniem środka zabezpieczającego w postaci *preventive detention***. Jedną z takich różnic jest nastawienie *preventive detention* na metody wolnościowe (*liberty-oriented execution*), których celem jest przeprowadzenie skutecznej terapii. Może być on zastosowany jedynie jako środek *ultima ratio*. Trybunał wskazał jednak, że intensywne terapię skazanego musi się odbywać już w trakcie wykonywania kary pozbawienia wolności. Sam zaś *preventive detention* powinien być nastawiony na przygotowanie skazanego do życia na wolności. Z uwagi na brak tych elementów w regulacji niemieckiej oraz niedostateczny „dystans” między karą pozbawienia wolności a aresztem zapobiegawczym Trybunał uznał, że skarżone przepisy muszą być w pełni objęte zakazem retroaktywnego stosowania, który odnosi się do orzekania kar w prawie karnym.

„FTK przyjął, że dotychczas obowiązujące w tym zakresie unormowania Kodeksu karnego stanowią naruszenie zasady zaufania do obowiązywania konstytucyjnie gwarantowanych praw nabytych, przysługujących osobom objętym stosowaniem tego środka. Przy czym zaufanie to powstaje z chwilą uprawomocnienia się wyroku skazującego i obejmuje zarówno gwarancję nieorzekania postpenalnej izolacji retroaktywnie, jak również gwarancję zwolnienia z zakładu zamkniętego po upływie maksymalnego okresu 10 lat”²³. FTK sformułował także zasadę, zgodnie z którą im dłużej

22 Por. Wyrok w sprawie *Winterwerp*, § 39; wyrok w sprawie *Varbanov*, § 45 i 47, wyrok w sprawie *Hutchison Reid*, § 48.

23 E. Weigend, J. Długosz, *Nowa postać postpenalnego środka zabezpieczającego o charakterze izolacyjnym w niemieckim prawie karnym* (w:) *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), Warszawa, s. 677.



trwa izolacja po odbyciu kary, tym bardziej zaawansowana powinna być sądowa kontrola nad umieszczeniem takiej osoby w Ośrodku. Ponadto wraz z upływem czasu warunki pozbawienia wolności powinny ulegać stopniowemu ograniczeniu.

Uchwalona w wyniku orzeczeń Trybunału w Strasburgu oraz FTK specjalna ustawa o terapii była przedmiotem analizy ze strony Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, który wyrokiem z dnia 11 lipca 2013 r. uznał, że możliwa jest prokonstytucyjna wykładnia ustawy, odpowiadająca również standardom wynikającym z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka²⁴. Federalny Trybunał Konstytucyjny ocenił w szczególności, że umieszczenie w ośrodku terapii spełnia kryterium „dystansu”, tj. odróżnia się istotnie od kary pozbawienia wolności.

Konkluzje

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego kończy jeden z etapów debaty publicznej dotyczącej dopuszczalności pozbawienia wolności osób, które odbyły karę za popełnione przestępstwa, jednak w dalszym ciągu – ze względu na stan zdrowia psychicznego – mogą zagrażać innym osobom.

²⁴ Wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego 2 BvR 2302/11 z 11 lipca 2013 r.

Trybunał Konstytucyjny, analizując polską ustawę z 2013 r. uznał że spełnia ona powyższe standardy dotyczące możliwości postpenalnego pozbawienia wolności w celu prowadzenia terapii zaburzeń osobowości.

W dalszym ciągu w każdej indywidualnej sprawie zainicjowanej na podstawie ustawy z 2013 r. koniecznym będzie zagwarantowanie przez sąd, że stosowane środki – w szczególności umieszczenie w Ośrodku – spełniają wymóg proporcjonalności, tzn. istnieje adekwatna relacja między ingerencją a celem. Wyważenie tej relacji jest o tyle utrudnione, że Trybunał dopuścił możliwość, iż terapia nie musi przynosić żadnych rezultatów, co potwierdza obecny stan wiedzy medycznej, który nie dysponuje skutecznymi środkami leczenia zaburzeń psychicznych.

Chcąc uniknąć zarzutu naruszenia art. 7 EKPC, polski ustawodawca oddalił, na ile to było możliwe, postępowanie w sprawie zastosowania środka postpenalnego od procedury karnej, nakazując odpowiednie stosowanie przepisów cywilnego postępowania nieprocesowego²⁵. Naczelna Rada Adwokacka w opinii przyjaciela sądu złożonej podczas postępowania przed Trybunałem Konstytucyjnym wyraziła stanowisko, że „służy to wyłącznie obejściu ograniczeń wynikających z orzecznictwa strasburskiego i zamaskowaniu faktycznego zastosowania prawa karnego z mocą wsteczną”²⁶. Trybunał nie uznał jednak takiego obejścia Konstytucji za jej naruszenie.

Dr Barbara Grabowska-Moroz – prawniczka HFPC, koordynatorka Programu HFPC Monitoring Procesu Legislacyjnego w Obszarze Wymiaru Sprawiedliwości, doktor prawa.

²⁵ Procedurę karną stosuje się jednak w sprawach dotyczących orzekania postpenalnych środków zabezpieczających na podstawie ustawy z 2015 r.

²⁶ Opinia *amicus curiae* Naczelnej Rady Adwokackiej z 9 października 2014 r. w sprawie połączonych wniosków: Prezydenta Rzeczypospolitej oraz Rzecznika Praw Obywatelskich o zbadanie zgodności z Konstytucją ustawy o postępowaniu względem osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzającymi zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób.

Glosa do postanowienia ETPC w sprawie *M.P. przeciwko Polsce*

Marcin Szwed



Dnia 6 grudnia 2016 r. Europejski Trybunał Praw Człowieka (ETPC) wydał postanowienie w sprawie *M.P. przeciwko Polsce* (skarga nr 20416/13), w którym orzekł o zaakceptowaniu jednostronnej deklaracji rządu, a tym samym skreśleniu skargi z listy prowadzonych spraw i zakończeniu postępowania. Postanowienie to musi budzić poważne wątpliwości, gdyż problemy prawne, których dotyczyła skarga, nie zostały jeszcze jednoznacznie rozstrzygnięte w orzecznictwie ETPC. Tym samym merytoryczne rozpoznanie sprawy mogłoby się przyczynić do podwyższenia standardów ochrony praw człowieka. Jednocześnie taki sposób zakończenia postępowania skłania do refleksji, czy aby instytucja jednostronnych deklaracji, przewidziana jako sposób na uwolnienie ETPC od obowiązku zajmowania się sprawami prostymi i powtarzalnymi, nie jest niekiedy stosowana z uszczerbkiem zarówno dla skarżących, jak i pozycji samego Trybunału.

Stan faktyczny sprawy

Syn skarżącej jest osobą z poważną niepełnosprawnością intelektualną. Pewnego dnia, po powrocie syna z centrum terapeutycznego, skarżąca zauważyła na jego ciele i ubraniu ślady krwi. Zapytany o to, co się stało, poinformował, że został zgwałcony w łazience przez swojego terapeutę. Skarżąca niezwłocznie skontaktowała się z dyrektorem centrum terapeutycznego, który następnie złożył do prokuratury zawiadomienie o możliwości popełnienia przez terapeutę przestępstwa zgwałcenia.

W toku postępowania przygotowawczego pokrzywdzony został przesłuchany przez asesora prokuratury w obecności psychologa. Z uwagi na niepełnosprawność intelektualną

mężczyzny asesor miał bardzo poważne problemy ze zrozumieniem treści jego zeznań. Zezwolił więc na obecność skarżącej podczas przesłuchania. Pokrzywdzony zeznał, że został trzykrotnie zgwałcony przez terapeutę – ostatnim razem w łazience. Terapeuta miał go również uderzać pasem od spodni. Do podobnego zdarzenia miało także dojść kilka miesięcy wcześniej, podczas wyjazdu organizowanego przez centrum.

Na podstawie tych zeznań prokurator zdecydował się na wniesienie aktu oskarżenia przeciwko terapeutce. Wkrótce potem pokrzywdzony został przesłuchany przez sąd, jednak wobec braku asysty psychologa i swojego ojca nie był w stanie odnieść się do zeznań złożonych w postępowaniu przygotowawczym i nie rozumiał zadawanych mu pytań. Sąd zwrócił się więc do dwóch biegłych z zakresu psychologii z prośbą o ocenę wiarygodności zeznań pokrzywdzonego złożonych przed asesorem prokuratury. Pierwsza z biegłych (uczestnicząca w przesłuchaniu w toku postępowania przygotowawczego) oceniła, że mężczyzna jest zdolny do odtwarzania prostych wydarzeń z przeszłości, które go dotyczyły, i że w tym zakresie jego zeznania mogą być uznane za wiarygodne: opisał bowiem zarówno sam fakt gwałtu, jak i wskazał sprawcę. Drugi biegły przedstawił jednak odmienną opinię: percepcja pokrzywdzonego i jego zdolność do odtwarzania wydarzeń z przeszłości były poważnie ograniczone wskutek jego niepełnosprawności intelektualnej oraz trudności w komunikacji. Ponadto miał on tendencję do fantazjowania i był podatny na wpływy. Jego zeznania nie były zatem wiarygodne. Podczas przesłuchania na rozprawie biegły doprecyzował, że wprawdzie zeznania pokrzywdzonego w zakresie samego faktu zgwałcenia można uznać za wiarygodne, to już w odniesieniu do sprawcy – nie.

Wobec tych rozbieżności sąd zdecydował o powołaniu kolejnego zespołu biegłych, złożonego z dwóch psychologów (w tym kobiety, która sporządziła korzystną dla pokrzywdzonego opinię) i eksperta w zakresie edukacji specjalnej. Po przeprowadzeniu badania pokrzywdzonego wskazali oni, że jego zeznania były niezależne i odzwierciedlały jego własne doświadczenia. Mężczyzna w dalszym ciągu bał się swojego terapeuty, a trauma związana ze zgwałceniem miała wpływ na występowanie u niego także pewnych zaburzeń fizjologicznych. Biegli stanęli na stanowisku, że pomimo poważnej niepełnosprawności intelektualnej pokrzywdzony nie był skłonny do konfabulacji i opisywania sytuacji, których sam nie doświadczył. Jego zeznania były dość proste i lakoniczne, jednak psychologicznie wiarygodne.

Po zapoznaniu się z tą opinią sąd raz jeszcze przesłuchał biegłego, który sporządził opinię niekorzystną dla pokrzywdzonego. Tym razem wycofał się on z poprzednich ustaleń, wskazując, że ostatnia opinia jest bardziej wiarygodna, gdyż została oparta na badaniu przeprowadzonym w środowisku bezpiecznym dla pokrzywdzonego.

Opierając się przede wszystkim na opinii zespołu biegłych oraz zeznaniach pokrzywdzonego z postępowania przygotowawczego, sąd uznał terapeutę winnym popełnienia przestępstwa zgwałcenia i skazał go na karę 5 lat pozbawienia wolności. Warto podkreślić, że pozostałe dowody wcale nie przesądzały jednoznacznie winy oskarżonego. Biegły seksuolog nie zidentyfikował u niego orientacji homoseksualnej, nie znaleziono także jego materiału genetycznego na ubraniu pokrzywdzonego.

Oskarżony skutecznie odwołał się jednak od wyroku skazującego – sąd II instancji uchylił zaskarżone orzeczenie i zwrócił sprawę do ponownego rozpatrzenia. W uzasadnieniu wskazał, że zachodziły poważne wątpliwości co do wiarygodności zeznań pokrzywdzonego, co wpłynęło na decyzję sądu I instancji o powołaniu zespołu biegłych. Jednakże błędem procesowym było włączenie do zespołu biegłych autorki opinii korzystnej dla pokrzywdzonego, gdyż stwarzało to wrażenie, że sąd faworyzuje tę właśnie opinię.

Uchylając wyrok, sąd odwoławczy zalecił sądowi I instancji powołanie nowych biegłych, którzy oceniliby zdolności intelektualne syna skarżącej, jego zdolność do postrzegania i odtwarzania zdarzeń, jak też jego skłonność do konfabulacji i podatność na wpływy.

Stosując się do instrukcji sądu odwoławczego, sąd I instancji powołał biegłych z zakresu psychiatrii i psychologii. Ich opinie nie były w pełni jednoznaczne, niemniej wynikało z nich, że pokrzywdzony nie jest w stanie precyzyjnie odtwarzać zdarzeń z przeszłości oraz że w jego percepcji fikcja miesza się z rzeczywistością. Według jednego z biegłych pokrzywdzony mógł doświadczyć jakichś traumatycznych zdarzeń, ale jego stan intelektualny uniemożliwiał ich ustalenie. Sąd ponownie przesłuchał też pokrzywdzonego. Jego zeznania były jednak nielogiczne i polegały głównie na powtarzaniu zadawanych mu pytań. Nie był również w stanie wyjaśnić sądowi, co rozumie pod słowem „gwałt”.

Opierając się na tym materiale dowodowym, sąd uniewinnił terapeutę. W uzasadnieniu wskazał, że zeznania pokrzywdzonego, poddane analizie ze strony biegłych, nie dają odpowiedzi na to, czy mężczyzna rzeczywiście został zgwałcony, czy też na jego psychice odbiło się jakieś inne negatywne doświadczenie (np. kara wymierzona przez terapeutę). Ponadto, zdaniem sądu, nie można wykluczyć, że zeznania pokrzywdzonego wynikają nie tyle z jego własnych przeżyć, co sugestii jego rodziny. Sąd zwrócił również uwagę na znaczące różnice między logicznymi zeznaniami złożonymi przez pokrzywdzonego w postępowaniu przygotowawczym a jego zachowaniem na rozprawie. Z tych względów zeznania te nie mogły zostać uznane za wiarygodne.

Od powyższego wyroku odwołała się matka pokrzywdzonego, zarzucając m.in., że sąd niesłusznie uznał, iż stan intelektualny jej syna uniemożliwia złożenie wiarygodnych zeznań. Mężczyzna mógł bowiem takie zeznania złożyć, jednak należało w tym celu posłużyć się odpowiednimi środkami, np. przeprowadzić przesłuchanie w odpowiednio dostosowanych warunkach. Sąd odwoławczy utrzymał jednak w mocy zaskarżony wyrok uniewinniający. W uzasadnieniu

wskazał na błędy popełnione w postępowaniu przygotowawczym (m.in. brak nagrania zeznań pokrzywdzonego), które negatywnie wpłynęły na jakość zgromadzonego materiału dowodowego. Odnosząc się natomiast do zarzutu nieprzesłuchania pokrzywdzonego w odpowiednich warunkach, sąd stwierdził, że było to zbędne, gdyż mężczyzna miał krótką pamięć.

Wobec odmowy sporządzenia kasacji przez pełnomocnika wyznaczonego z urzędu matka pokrzywdzonego złożyła skargę do ETPC.

Skarga do ETPC

Skarżąca, reprezentowana przez dr M. Zimę-Parjaszewską z Polskiego Stowarzyszenia na Rzecz Osób z Upośledzeniem Umysłowym, zarzuciła władzom polskim naruszenie art. 6 ust. 1 w związku z art. 14 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka (dalej: EKPC, Konwencja). Wskazała, że sądy krajowe uznały zeznania złożone przez jej syna za niewiarogodne wyłącznie ze względu na jego niepełnosprawność intelektualną. Ponadto organy nie stworzyły adekwatnych warunków, w których pokrzywdzony mógłby zostać przesłuchany w sposób odpowiedni do jego zdolności. Przesłuchanie powinno być przeprowadzone przez osobę, której ufa i która zna jego sposób komunikowania się. Skarżąca przywołała w tym zakresie również art. 13 Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych, który nakazuje zapewnić osobom z niepełnosprawnością dostęp do wymiaru sprawiedliwości, także w charakterze świadków, na zasadzie równości z innymi osobami, m.in. poprzez wprowadzenie dostosowań proceduralnych.

Postanowienie ETPC

Ostatecznie nie doszło jednak do merytorycznego rozpoznania sprawy, gdyż postanowieniem z dnia 6 grudnia 2016 r. ETPC skreślił skargę z listy z uwagi na złożenie przez polski rząd jednostronnej deklaracji. W deklaracji tej rząd przyznał, że doszło do naruszenia art. 3 EKPC z uwagi na nieprzeprowadzenie efektywnego śledztwa w sprawie oraz niewzięcie

przez organy krajowe w odpowiednim zakresie pod uwagę faktu niepełnosprawności intelektualnej pokrzywdzonego. Jednocześnie rząd zobowiązał się do wypłacenia na rzecz skarżącej kwoty 40 tys. zł.

Skarżąca wezwała ETPC do odrzucenia jednostronnej deklaracji i przystąpienia do merytorycznego rozpoznania sprawy. Argumentowała m.in., że stwierdzenia deklaracji są ogólnikowe i nie wskazują konkretnych nieprawidłowości, do których doszło w toku postępowania krajowego, a ponadto rząd przyznał się jedynie do naruszenia art. 3 w jego wymiarze proceduralnym, całkowicie ignorując zarzut naruszenia art. 6 Konwencji. Wskazała również, że rząd nie przedstawił, jakie działania naprawcze zamierza podjąć, ograniczając się wyłącznie do zobowiązania wypłaty sumy pieniężnej na rzecz skarżącej.

Pomimo takiego jednoznacznego stanowiska skarżącej ETPC zdecydował się na zamknięcie postępowania. Swoją decyzję uzasadnił tym, że w przeszłości w wielu sprawach, także tych przeciwko Polsce, odnosił się do obowiązku przeprowadzenia efektywnego dochodzenia w przypadkach prawdopodobnych naruszeń art. 3 Konwencji. Sprawa miała więc charakter powtarzalny i nie było konieczne wydawanie w niej wyroku. Ponadto, zdaniem ETPC, zaproponowane przez rząd zadośćuczynienie było dostatecznie wysokie.

Ocena postanowienia ETPC

Postanowienie należy ocenić jednoznacznie negatywnie, gdyż wbrew stanowisku ETPC sprawa nie miała charakteru powtarzalnego, lecz dotyczyła nowych, nierozstrzygniętych dotąd w orzecznictwie problemów prawnych. Tym samym skarga powinna zostać przyjęta do merytorycznego rozpoznania na podstawie art. 62a ust. 3 Regulaminu Trybunału.

Zgodnie z tym przepisem ETPC może skreślić skargę z listy spraw na podstawie jednostronnej deklaracji rządu, nawet pomimo sprzeciwu skarżącego, jeśli względ na poszanowanie praw człowieka wyrażonych w EKPC i protokołach dodatkowych nie wymaga rozpoznania merytorycznego.

Przesłanki zakończenia postępowania na podstawie jednostronnej deklaracji zostały doprecyzowane w orzecznictwie Trybunału, m.in. w wyroku w sprawie *Jeronovičs p. Łotwie*¹. ETPC wskazał w nim, że decydując o przyjęciu jednostronnej deklaracji rządu, bierze pod uwagę m.in. takie okoliczności jak: przedmiot skargi, rodzaj i zakres działań podjętych przez rząd w celu wykonania wyroków w podobnych sprawach w przeszłości oraz wpływ tych działań na rozważaną sprawę, rodzaj działań zaproponowanych w deklaracji, w szczególności przyznanie, że doszło do naruszenia Konwencji, oraz zobowiązanie do wypłaty zadośćuczynienia na rzecz skarżącego, czy sposób, w jaki rząd zamierza naprawić krzywdy skarżącego i czy środki takie będą w stanie usunąć skutki naruszeń praw człowieka. Z perspektywy omawianej sprawy istotna jest jednak przesłanka w postaci istnienia jednoznacznego i obszernego orzecznictwa na tle problemu prawnego, którego dotyczy skarga. Innymi słowy, sprawy niemające charakteru „powtarzalnego” nie powinny być rozstrzygane na drodze jednostronnej deklaracji. Jak bowiem ETPC trafnie wskazał w wyroku w sprawie *Przymyk p. Polsce*², orzecznictwo Trybunału służy nie tylko rozstrzygnięciu indywidualnych spraw zawisłych przed nim, ale też i do wyjaśniania, wzmacniania i rozwijania gwarancji ochrony praw człowieka wyrażonych w Konwencji. Wyroki mają więc nie tylko wymiar jednostkowy, ale i bardziej generalny poprzez podnoszenie standardów ochrony praw człowieka oraz upowszechnianie ich pośród państw.

W omawianej sprawie ETPC uznał, że skarga dotyczy problemów powtarzalnych, a konkretnie – proceduralnych obowiązków państwa wynikających z art. 3 EKPC. W tym zakresie Trybunał odwołał się do wyroków takich sprawach, jak *Mocanu i inni p. Rumunii*³, *Bouyid p. Belgii*⁴ czy *M.C. p. Polsce*⁵, które, w jego ocenie, w dostateczny sposób wyjaśniają wyżej wspomnianą kwestię.

1 Wyrok ETPC z 5 lipca 2016 r., skarga nr 44898/10.

2 Wyrok ETPC z 17 września 2013 r., skarga nr 22426/11.

3 Wyrok Wielkiej Izby ETPC z 17 września 2014 r., skargi nr 10865/09, 45886/07 i 32431/08.

4 Wyrok Wielkiej Izby ETPC z 28 września 2015 r., skarga nr 23380/09.

5 Wyrok ETPC z 3 marca 2015 r., skarga nr 23692/09.

Niestety żadne z przywołanych przez ETPC orzeczeń nie dotyczyło sytuacji procesowej osób z niepełnosprawnością intelektualną, która to kwestia leżała przecież u podstaw sprawy *M.P.* Problemem prawnym występującym w tej sprawie nie była bowiem interpretacja abstrakcyjnie ujętych pozytywnych obowiązków państwa w zakresie przeprowadzenia efektywnego dochodzenia w sprawie domniemych przypadków niehumanitarnego lub poniżającego traktowania, lecz pytanie o to, czy i jakie racjonalne udogodnienia procesowe należy zastosować, aby umożliwić osobom z niepełnosprawnością intelektualną efektywne uczestnictwo w postępowaniach przed organami państwa. Nie sposób uznać, że tak sformułowane zagadnienie prawne ma charakter powtarzalny, gdyż orzecznictwo ETPC na tym tle jest wyjątkowo skąpe.

Jak wiadomo, EKPC nie zawiera żadnych regulacji, które odnosiłyby się do praw osób z niepełnosprawnością, a w szczególności do konieczności zapewnienia im tzw. racjonalnych udogodnień. W nowszym orzecznictwie, pod wpływem rozwoju międzynarodowych standardów ochrony praw człowieka związanego przede wszystkim z wejściem w życie Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych (KPON; zob. dalej), ETPC dostrzegł jednak niezbędność wprowadzania tego rodzaju rozwiązań w celu likwidacji faktycznej dyskryminacji osób z niepełnosprawnością. Warto tu w szczególności zwrócić uwagę na wyrok w sprawie *Çam p. Turcji*⁶, dotyczący kobiety nieprzyjętej do szkoły muzycznej z uwagi na jej niewidomość. Trybunał stwierdził w nim, że dyskryminacja ze względu na niepełnosprawność, zakazana w świetle art. 14 EKPC, obejmuje także odmowę zapewnienia racjonalnych udogodnień rozumianych, podobnie jak w KPON, jako „konieczne i odpowiednie zmiany i dostosowania, nienakładające nieproporcjonalnego lub nadmiernego obciążenia, jeśli jest to potrzebne w konkretnym przypadku, w celu zapewnienia osobom niepełnosprawnym możliwości korzystania z wszelkich praw człowieka i podstawowych wolności oraz ich wykonywania na zasadzie równości z innymi osobami”.

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

Racjonalne udogodnienia mogą znaleźć zastosowanie w wielu dziedzinach życia i przybierać różne formy. W grę mogą wchodzić zarówno rozwiązania techniczne, jak np. specjalne podjazdy czy windy dla osób z niepełnosprawnością ruchu, jak i rozwiązania prawne, np. dostosowujące kształt urzędowych procedur do zdolności poznawczych osób z niepełnosprawnością intelektualną. Te ostatnie można umownie nazwać racjonalnymi udogodnieniami procesowymi.

W orzecznictwie ETPC można odnaleźć wyroki wskazujące na zasadność dostosowania procedur sądowych do możliwości osób z niepełnosprawnością intelektualną. Dotyczą one przede wszystkim art. 5 ust. 1 lit. e EKPC, a więc pozbawiania wolności osób „chorych umysłowo”. Trybunał uznaje bowiem, że „w przypadku pozbawiania wolności ze względu na zaburzenia umysłowe, wymagane może być zastosowanie szczególnych zabezpieczeń proceduralnych chroniących interesy osób, które ze względu na swoją niepełnosprawność nie są w stanie działać w pełni samodzielnie”⁷. Warto jednak zwrócić uwagę, że w niektórych wyrokach ETPC podkreślał, że tego rodzaju specyficzne wymogi proceduralne wynikające z art. 5 można również odnosić do sytuacji procesowej osób z niepełnosprawnością na gruncie art. 6 EKPC⁸.

Niestety poza ogólnikowymi tezami o konieczności wprowadzenia „szczególnych zabezpieczeń proceduralnych” dla osób z niepełnosprawnością ETPC prawie nigdy nie wskazuje, jakie konkretne rozwiązania byłyby rekomendowane. Właściwie jedynym orzeczeniem, w którym Trybunał nieco precyzyjniej odniósł się do omawianego tu zagadnienia, był wyrok w sprawie *Z.H. p. Węgrom*⁹. W sprawie tej skarżący, mężczyzna niesłyszący, niemy oraz dotknięty niepełnosprawnością intelektualną, został zatrzymany i przesłuchany przez policję w obecności tłumacza języka migowego,

⁷ Zob. np. wyrok ETPC z 17 stycznia 2012 r. w sprawie *Stanev p. Bułgarii*, skarga nr 36760/06.

⁸ Zob. np. wyrok ETPC z 31 maja 2016 r. w sprawie *A.N. p. Litwie*, skarga nr 17280/08; wyrok ETPC z 14 lutego 2012 r. w sprawie *D.D. p. Litwie*, skarga nr 13469/06.

⁹ Wyrok ETPC z 8 listopada 2012 r., skarga nr 28973/11.



którym mężczyzna się jednak nie posługiwał. Funkcjonariusze nie zadbali o to, by mężczyzna rzeczywiście zrozumiał przyczyny zatrzymania i tuż po przesłuchaniu dali mu do podpisania protokół. ETPC uznał, że takie działanie nie stanowiło prawidłowej realizacji obowiązku informacyjnego wynikającego z art. 5 ust. 2 EKPC. Organy powinny były bowiem zastosować racjonalne udogodnienia, zapewniające, że skarżący rzeczywiście zrozumiałby powody aresztowania. W kontekście sprawy *M.P. p. Polsce* tego rodzaju udogodnienie mogłoby przede wszystkim polegać na przesłuchaniu skarżącego w obecności jego matki, a więc osoby, która znała jego formy komunikacji. W większości innych spraw ETPC ograniczał się jednak do przytoczenia wspomnianego wcześniej lakonicznego stwierdzenia o zasadności wprowadzenia „szczególnych zabezpieczeń proceduralnych”. Stoi on bowiem na stanowisku, że „nie jest jego zadaniem dyktowanie państwowi, jakie formy powinny przybierać tego rodzaju zabezpieczenia proceduralne, jednak powinny one sprawiać, że dostęp osób pozbawionych wolności ze względu na chorobę umysłową do środków odwoławczych, o których mowa w art. 5 ust. 4 EKPC, jest równie efektywny, co w przypadku innych osadzonych”¹⁰. Wszystko to sprawia,

¹⁰ Zob. np. wyrok ETPC z 22 października 2013 r. w sprawie *M.H. p. Wielkiej Brytanii*, skarga nr 11577/06.

że ustalenie na podstawie dotychczasowego orzecznictwa, choćby w przybliżeniu, form racjonalnych udogodnień procesowych dla osób z niepełnosprawnością intelektualną jest bardzo trudne, o ile nie niemożliwe.



Sprawa *M.P. p. Polsce* mogła zatem posłużyć Trybunałowi do doprecyzowania treści pozytywnych obowiązków państwa w zakresie zapewnienia osobom z niepełnosprawnością dostępu do racjonalnych udogodnień umożliwiających im efektywną partycypację w postępowaniach krajowców w różnych rolach procesowych. O potencjalnym znaczeniu omawianej skargi dla rozwoju orzecznictwa ETPC świadczy m.in. to, że aż cztery organizacje pozarządowe (polskie: Helsińska Fundacja Praw Człowieka oraz Polskie Stowarzyszenie na Rzecz Osób z Upośledzeniem Umysłowym, i zagraniczne: Mental Disability Advocacy Centre oraz Forum for Human Rights) przedstawiły Trybunałowi swoje opinie prawne. Warto zwrócić uwagę w szczególności na opinię Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka¹¹, w której przedstawiono analizę polskich procedur sądowych pod kątem dostosowania do szczególnych potrzeb osób z niepełno-

11 Opinia HFPC z 27 października 2015 r., <http://www.hfhr-pol.waw.pl/precedens/images/stories/Pdfy/amicus%20mp.pdf> (dostęp: 10.03 2017).

sprawnością intelektualną i psychiczną oraz opracowanie *Mental Disability Advocacy Centre*¹² omawiające zagadnienie racjonalnych udogodnień w kontekście zasad przestępczości osób z niepełnosprawnością.

Merytoryczne rozpoznanie skargi pozwoliłoby również na zbliżenie standardów wynikających z EKPC i KPON. Warto zwrócić uwagę w szczególności na art. 13 tej ostatniej konwencji, zgodnie z którym „Państwa Strony zapewnią osobom niepełnosprawnym, na zasadzie równości z innymi osobami, skuteczny dostęp do wymiaru sprawiedliwości, w tym poprzez wprowadzenie dostosowań proceduralnych i dostosowań odpowiednich do ich wieku, w celu ułatwienia skutecznego udziału, bezpośrednio lub pośrednio, zwłaszcza jako świadków, we wszelkich postępowaniach prawnych, w tym na etapie śledztwa i innych form postępowania przygotowawczego”. Ust. 2 tego przepisu precyzuje, że „aby wesprzeć gwarancje skutecznego dostępu osób niepełnosprawnych do wymiaru sprawiedliwości, na zasadzie równości z innymi osobami, Państwa Strony będą popierać odpowiednie szkolenia osób pracujących w wymiarze sprawiedliwości, w tym w policji i więziennictwie”. Przepis ten nakłada zatem na organy krajowe obowiązek traktowania osób z niepełnosprawnością na równi z pełnosprawnymi oraz uwzględniania ich szczególnych potrzeb, które będą niekiedy wymagały zastosowania specjalnych usprawnień i środków w celu umożliwienia osobom z niepełnosprawnością efektywnego uczestnictwa w postępowaniach przed organami państwa. Niestety, podobnie jak w przypadku ETPC, Komitet Praw Osób Niepełnosprawnych nie doprecyzował do tej pory w dostatecznym zakresie, wprowadzenie jakiego rodzaju „usprawnień procesowych” byłoby wskazane. W takiej sytuacji ewentualny wyrok ETPC mógłby mieć znaczenie nie tylko dla interpretacji EKPC, ale i art. 13 KPON.

Nie sposób przy tym nie odnieść wrażenia, że postanowienie w sprawie *M.P.* jest częścią znacznie szerszego proble-

12 Opinia MDAC z 27 listopada 2015 r., http://www.mdac.org/sites/mdac.info/files/mp_v_poland_intervention.pdf (dostęp: 10.03 2017).

mu, jakim jest zbyt łatwe akceptowanie przez ETPC jednostronnych deklaracji składanych przez rządy. Oczywiście w wielu przypadkach instytucja jednostronnej deklaracji może być przydatna, gdyż umożliwia Trybunałowi odstąpienie od zajmowania się sprawami powtarzalnymi, a tym samym pozwala na skupienie się na rozwoju orzecznictwa w innych sferach, przy jednoczesnym zapewnieniu, że ofiary naruszeń praw człowieka otrzymają stosowne zadośćuczynienie. Dążenie do odciążenia Trybunału nie powinno jednak negatywnie wpływać na wypełnianie przez niego jednej z jego podstawowych funkcji, tj. na wzmacnianie standardów ochrony praw człowieka w państwach europejskich.

Na problem nadużywania instytucji jednostronnych deklaracji Helsińska Fundacja Praw Człowieka zwróciła uwagę m.in. w opinii *amicus curiae* do przywoływanej już sprawy *Jeronovičs p. Łotwie*¹³. Zauważyła w niej, że brak jednoznacznych reguł dotyczących dopuszczalności zakończenia sprawy na podstawie jednostronnej deklaracji skłania rządy do prób zamykania w ten sposób postępowań dotyczących bardzo istotnych problemów z zakresu praw człowieka. Fundacja z niepokojem odnotowała ciągły wzrost liczby postanowień ETPC o zamknięciu postępowania na podstawie jednostronnej deklaracji w latach 2010-2014. Przywołała przy tym przykłady licznych postanowień tego rodzaju, które zostały wydane w sprawach niemogących zostać uznane za powtarzalne. Co więcej, HFPC zwróciła uwagę, że niekiedy ETPC zbyt mechanicznie klasyfikuje sprawy jako „powtarzalne”, uznając przykładowo, że skoro skarga dotyczy warunków istniejących w zakładzie karnym, to nie ma w niej elementu nowości, podczas gdy w rzeczywistości w grę mogą wchodzić także inne istotne problemy prawne wymagające merytorycznego rozpoznania. Fundacja podkreśliła ponadto konieczność wzmocnienia przez Komitet Ministrów nadzoru nad wywiązywaniem się przez rządy z jednostronnych deklaracji.

13 Opinia HFPC z 11 maja 2015 r., http://beta.hfhr.pl/wp-content/uploads/2015/05/hfhr_opinia_wielka_izba_11052015.pdf (dostęp: 10.03.2017).

Podsumowanie

W świetle powyższych rozważań postanowienie ETPC w sprawie *M.P. p. Polsce* należy uznać za błędne. Trybunał potraktował omawianą sprawę jako powtarzalną, nie dostrzegając wagi problemów, jakich ona dotyczyła. Tym samym nie skorzystano z okazji do rozwinięcia standardów w zakresie ochrony prawa osób z niepełnosprawnością do dostępu do wymiaru sprawiedliwości, a przecież wyjaśnienie zakresu obowiązków państwa w odniesieniu do zapewnienia takim osobom racjonalnych udogodnień procesowych z pewnością byłoby wskazane. Pozostaje jedynie mieć nadzieję, że w przyszłości zrozumiałe dążenie ETPC do redukcji – poprzez akceptację jednostronnych deklaracji rządu – liczby spraw przyjmowanych do rozpoznania nie będzie przesłaniało podstawowych celów, dla jakich Trybunał został powołany.

Marcin Szwed – prawnik w Programie Spraw Precedensowych HFPC, aplikant radcowski w Okręgowej Izbie Radców Prawnych w Warszawie, doktorant na WPiA UW.





Podejrzany z niepełnosprawnością intelektualną

Marcin Wolny

Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych (dalej: Konwencja) wymaga, aby państwa-strony Konwencji zapewniły osobom niepełnosprawnym skuteczny dostęp do wymiaru sprawiedliwości. Oznacza to konieczność nie tylko likwidacji wszelkiego rodzaju barier architektonicznych, ale również odpowiedniego dostosowania procedur sądowych do szczególnych wymagań takich osób. Dotyczy to również procedury karnej.



Analizując poszczególne zapisy Kodeksu postępowania karnego (dalej również: k.p.k.), można mieć wątpliwości, czy ten akt prawny dostosowany jest do potrzeb osób z niepełnosprawnością intelektualną. Nie chroni on ich bowiem nie tylko przed lekceważącym traktowaniem ze strony wymiaru sprawiedliwości, lecz również nie gwarantuje należytego standardu proceduralnego, który pozwoliłby we właściwy sposób realizować ich prawa. Doskonale obrazuje to jedna ze spraw, w których Helsińska Fundacja Praw Człowieka zabierała ostatnio głos.

Dotyczyła ona P.M., 21-letniego mężczyzny z niepełnosprawnością intelektualną, który został skazany na 25 lat pozbawienia wolności za zabójstwo dwóch kobiet. Jedynym dowodem jego sprawstwa było, budzące wątpliwości, przyznanie się do winy.

Organy ścigania zainteresowały się P.M. przypadkiem. Za-trzymany w trakcie nieformalnej rozmowy przyznał się policjantom do popełnienia zabójstwa. Mimo to został następnie przesłuchany w charakterze świadka, a dopiero potem – podejrzanego. W trakcie obu przesłuchań przyznał się do winy.

Analiza zeznań i wyjaśnień, które tamtego dnia złożył, rodzi poważne pytanie na temat tego, czy treść protokołu faktycznie odzwierciedlała słowa P. Nie zawierały one różniczek na treść pytań organów ścigania i odpowiedzi oskarżonego. Również ich warstwa treściowa budziła wątpliwości. Składały się bowiem ze zdań wielokrotnie złożonych, zawierających wyszukane słownictwo i metafory.

Tymczasem lektura ekspertyz biegłych opiniujących P. w toku postępowania budzi wątpliwość, czy mężczyzna ten mógł złożyć takie wyjaśnienia. Zgodnie z jej treścią P. posługuje się ubogą mową i prostym słownictwem. Ma trudności z rozumieniem metafor oraz poruszaniem się w świecie pojęć abstrakcyjnych.

Problem ten dostrzegł zresztą sam sąd rozpoznający sprawę P.M. Zaobserwował on w trakcie rozprawy, że P.M. wypowiada się krótkimi, pojedynczymi zdaniami i konieczne jest zadawanie mu dodatkowych pytań. „Oczywistym jest dla sądu, że taka sama sytuacja musiała mieć

miejsce podczas składania wyjaśnień przez oskarżonego w postępowaniu przygotowawczym, jak i podczas rozmowy z policjantami z Wydziału Kryminalnego”. Dalej sąd wskazuje jednak, że „żaden przepis procedury karnej nie nakłada na osoby sporządzające protokoły przesłuchań obowiązku zapisywania wszystkich zadawanych pytań, a w procedurze karnej wykształciła się praktyka zapisywania w protokołach przede wszystkim treści odpowiedzi osób przesłuchiowanych, a nie treści zadawanych im pytań. W przypadku takich osób jak oskarżony, to znaczy takich, których przesłuchanie wymaga zadawania dodatkowych pytań, oznacza to, że zapisane w protokole zdanie to suma odpowiedzi na kilka pytań, zredagowanych przez osobę sporządzającą protokół”. Innymi słowy, sąd sam przyznaje, że treść protokołów nie tylko nie odpowiada ich faktycznemu przebiegowi, ale wręcz, że nie ma takiego prawnego obowiązku.

Dodatkowe wątpliwości budzą w tym aspekcie zeznania funkcjonariuszy policji, którzy przesłuchiwali P.M. Zgodnie z nimi poinformowali oni P. – wbrew prawdzie – o tym, że mają w jego sprawie „zabezpieczonych bardzo wiele dowodów” oraz posiadają „informacje, na podstawie których mogą domniemywać, iż jest on sprawcą tego zabójstwa”. Zdaniem funkcjonariuszy „po przedstawieniu mu prawdopodobnego przebiegu zdarzenia P. potwierdził w nim swój udział”.

W sprawie P.M. jak w soczewce skupiają się także problemy braku szczególnych gwarancji proceduralnych dla osób z niepełnosprawnością intelektualną. P. przesłuchano bowiem w charakterze świadka, informując go jednocześnie o obowiązku mówienia prawdy pod groźbą odpowiedzialności karnej, jak i prawie do odmowy odpowiedzi na pytanie. Nie zapewniono mu dostępu do obrońcy na pierwszych etapach postępowania. Do ich pierwszego kontaktu doszło dopiero w trzy miesiące po zatrzymaniu P.M. Wreszcie pouczenia, jakie otrzymywał P., w swojej formie bardziej przypominały tekst aktu normatywnego niż informację czytelną dla osoby o obniżonej sprawności intelektualnej.

Wszystkie te elementy są niezwykle ważne z punktu widzenia praw osób z niepełnosprawnością intelektualną. To one przesądzają o tym, czy postępowanie w danej sprawie można uznać za rzetelne, czy też nie. Bez wątplenia to one, obok nieletnich, należą do grup najsilniej narażonych na stanie się ofiarą fałszywego przyznania się do winy¹. Potwierdza to również praktyka HFPC².

Sprawa to, że ustawodawca powinien poczynić konkretne kroki w celu dostosowania standardu proceduralnego do szczególnych potrzeb osób niepełnosprawnych, tak aby chronić je przed stanieniem się ofiarą zjawiska fałszywego przyznania się do winy. Takie postępowanie zgodne byłoby z wymogami, które wprowadza Trybunał na gruncie Konwencji. Wskazał on bowiem na obowiązek wzięcia pod uwagę w postępowaniu faktu, że jednostka korzystająca z uprawnień konwencyjnych jest osobą z niepełnosprawnością intelektualną³. Skutkować to powinno dostosowaniem postępowania do szczególnych potrzeb takiej osoby⁴. Za jedną z metod takiego dostosowania Trybunał uznał zaś dostęp do profesjonalnej pomocy prawnej⁵.

W innym orzeczeniu Trybunał zwrócił uwagę na to, że osoby chore psychicznie wymagają wsparcia w korzystaniu z ich konwencyjnych praw. Władze muszą zaś wykazać się starannością, tak aby nie stawiać ich w gorszej sytuacji, niż ma to miejsce w przypadku innych podejrzanych⁶. Wydaje się, że

1 Podobnie też: R. Jaworski, *Przyznanie się niewinnego do zabójstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 10.

2 Najlepiej obrazuje to przypadek Tomasza Kułaczewskiego, który wskutek przyznania się do winy został skazany na 15 lat pozbawienia wolności za gwałt i zabójstwo 12-latką. Trzy lata po wydaniu orzeczenia w jego sprawie do zbrodni, za którą został skazany Tomasz Kułaczewski, przyznał się Piotr T. Więcej informacji o sprawie można znaleźć na stronie: <http://www.hfhrpol.waw.pl/niewinnosc/sprawy/sprawa-tomasza-k-falszywe-pryzyznanie-sie-do-winy.html> (dostęp: 19.02.2017).

3 Wyrok Trybunału z 8 listopada 2012 r. w sprawie *Z.H. p. Węgrom*, skarga nr 28973/11, § 41.

4 Wyrok Trybunału z 1 października 2008 r. w sprawie *R.P. i inni p. Wielkiej Brytanii*, skarga nr 38245/08, § 65.

5 Wyrok Trybunału z 8 listopada 2012 r. w sprawie *Z.H. p. Węgrom*, skarga nr 28973/11, § 43.

6 Wyrok Trybunału z 7 lutego 2012 r. w sprawie *Proshkin p. Rosji*, skarga nr 28869/03, § 102.

standard ten z powodzeniem można również rozciągnąć na osoby z niepełnosprawnością intelektualną.

Odnosząc się do tej kwestii, nie można także tracić z oczu treści art. 13 Konwencji. Zgodnie z jej treścią państwa-strony zapewnią osobom niepełnosprawnym, na zasadzie równości z innymi osobami, skuteczny dostęp do wymiaru sprawiedliwości, w tym poprzez wprowadzenie dostosowań proceduralnych i dostosowań odpowiednich do ich wieku, w celu ułatwienia skutecznego udziału, bezpośrednio lub pośrednio, zwłaszcza jako świadków, we wszelkich postępowaniach prawnych, w tym na etapie śledztwa i innych form postępowania przygotowawczego. Warto rozważyć, jak takie dostosowanie powinno *de lege ferenda* wyglądać.

Pierwszym z obszarów, który niewątpliwie wymaga zmian, jest kwestia pouczeń. Organy ochrony prawa, w tym rzecznik praw obywatelskich oraz organizacje pozarządowe od wielu lat zwracają uwagę na nieprzejrzyste i niezrozumiałe dla szerszego grona odbiorców wzory pouczeń w postępowaniu karnym. Trafnie ujął to Mikołaj Pietrzak, wskazując, **że zapis pouczeń „jest tak skomplikowany, że prosty człowiek nie bardzo wie, co podpisuje”**⁷. Od dnia wygłoszenia tych słów niewiele się w Polsce zmieniło. Wprost przeciwnie, kolejne wersje pouczeń wydawane przez Ministerstwo Sprawiedliwości wciąż prezentują się bardziej jak wyciąg z Dziennika Ustaw. Trafnie zauważyli Michał Kopczyński i Katarzyna Wiśniewska, że próżno jest szukać szczególnych wzorów pouczeń dla osób w podeszłym wieku lub z niepełnosprawnością⁸.

Osoby z niepełnosprawnością intelektualną pozostawione są więc same sobie i muszą liczyć na to, że znajdzie się ktoś, kto wytłumaczy im, jak rozumieć dany przepis Kodeksu po-

7 Wystąpienie adw. Mikołaja Pietrzaka w trakcie konferencji „Pomoc prawna z urzędu a prawo do sądu”, relacja z konferencji dostępna na stronie: <http://www.adwokatura.pl/z-zycia-nra/przepisy-i-dobra-praktyka-gwarancja-wlasciwej-pomocy-prawnej-z-urzedu/> (dostęp: 25.02.2017).

8 M. Kopczyński, K. Wiśniewska, *Jak informować w postępowaniu karnym. Polskie prawo i praktyka a standardy europejskie*, http://www.hfhr.pl/wpcontent/uploads/2016/04/dyrektywa_ca%C5%82o%C5%9B%C4%871.pdf (dostęp: 25.02.2017).

stępowania karnego. Dlatego też postulować należałoby uproszczenie języka, jakim posługują się wzory pouczeń, i zadbanie o to, aby prezentowane były one w sposób zrozumiały dla ich odbiorców. W rezultacie dokumenty te powinny przybrać taki kształt, aby jednostka zapoznająca się z nimi w przystępny sposób otrzymywała informacje o swoich proceduralnych uprawnieniach. Niewątpliwie należy się również zastanowić nad wypracowaniem, wraz ze specjalistami z zakresu psychologii oraz oligofrenopedagogiki, specjalnych wzorów pouczeń dla osób z niepełnosprawnością intelektualną.

Kolejną z istotnych kwestii wymagających poprawy są szeroko pojęte zagadnienia związane z prawem do obrony. Na wstępie krytycznej analizy wymaga ocena instytucji obrony obligatoryjnej. O ile wprowadzony w 2015 r. przepis art. 79 § 1 pkt 4 k.p.k. stanowi, że obrona ma charakter obligatoryjny, gdy zachodzi uzasadniona wątpliwość, czy stan zdrowia psychicznego (choć można mieć wątpliwości, czy określenie to jest najtrafniejsze) podejrzanego pozwala na udział w postępowaniu lub prowadzenie obrony w sposób samodzielny oraz rozsądny, to należy rozważyć zmianę konsekwencji braku takiej obrony. Zgodnie bowiem z treścią art. 439 k.p.k. bezwzględną przyczynę odwoławczą stanowi tylko sytuacja, gdy oskarżony pomimo zaistnienia przesłanek z art. 79 § 1 i 2 oraz art. 80 k.p.k. nie miał obrońcy w postępowaniu sądowym.

Z jednej strony mamy więc deklarację ustawodawcy, że każdy, kto nie jest w stanie prowadzić swojej obrony w sposób samodzielny i rozsądny, powinien mieć obrońcę. Z drugiej – ustawodawca dopuszcza sytuację, w których brak ten będzie akceptowany przez sąd rozpoznający sprawę jako niewpływający w istotny sposób na rzetelność postępowania sądowego.

Tymczasem, gdy sięgamy do orzecznictwa Trybunału wyrosłego na gruncie wyroku *Salduz p. Turcji*, każdorazowo odnajdujemy klauzulę o szczególnym znaczeniu pierwszych etapów postępowania dla losów jednostki. „Materiał dowodowy zgromadzony na tym etapie determinuje

ogólne ramy rozpoznawania zarzucanych czynów podczas procesu”⁹. Zdaniem Trybunału „na tym etapie postępowania oskarżony często znajduje się w szczególnie trudnej sytuacji, którą dodatkowo pogarsza fakt, że ustawodawstwo w zakresie postępowania karnego staje się coraz bardziej złożone, szczególnie w odniesieniu do zasad dotyczących gromadzenia i wykorzystywania dowodów. W większości przypadków taką szczególnie trudną sytuację można odpowiednio zrekompensować poprzez pomoc adwokata, do którego zadań należy m.in. pomoc w zakresie zapewnienia poszanowania wolności oskarżonego od samooskarżenia”¹⁰.

Perspektywy tej nie dostrzeżono w sprawie P.M. Uznano, że skoro P. otrzymał druk pouczenia i go podpisał, to znaczy, że miał dostęp do adwokata na etapie przesłuchania przez prokuratora, ale z niego nie skorzystał. W rzeczywistości zlekceważono fakt, że zrzeczenie się uprawnienia do korzystania z pomocy musi mieć charakter wyraźny. Nie wystarczy więc podpisanie pouczenia. Osoba, która korzysta z takiego prawa, musi mieć realną możliwość oceny sytuacji, w której się znalazła. Tymczasem trudno oczekiwać od osób z niepełnosprawnością intelektualną, aby zawsze mogły one w sposób w pełni świadomy i rozsądny, uwzględniając cały kontekst normatywny sytuacji, w której się znajdują, podjąć decyzję co do tego, że potrzebują obrońcy.

Warto w tej mierze przypomnieć wyrok Trybunału w sprawie *Talant Tunç p.Turcji*, w którym zwrócił on uwagę na fakt, że osoba wywodząca się ze skromnego środowiska i posiadająca jedynie wykształcenie zawodowe nie ma zdolności, aby racjonalnie ocenić konsekwencje nieskorzystania z pomocy adwokata w postępowaniu karnym, w którym oskarżona jest o czyn podlegający karze śmierci¹¹. Retoryczne jest pytanie, czy takiej oceny może dokonać podejrzany

z niepełnosprawnością intelektualną, któremu zarzuca się popełnienie zbrodni zabójstwa? Dlatego też należałoby postulować, aby każdorazowo decyzja o niekorzystaniu z profesjonalnej pomocy prawnej była podejmowana w obecności adwokata albo radcy prawnego. Tylko taki standard postępowania pozwoli zapewnić, że decyzja o nieskorzystaniu z ich pomocy ma charakter w pełni świadomy.

Jednocześnie wszystko przemawia też za tym, aby stworzyć realny mechanizm dostępu osób zatrzymanych do pomocy adwokata lub radcy prawnego. Tylko takie rozwiązanie pozwoli urealnić konstytucyjne i konwencyjne prawo do obrony. W zupełności wypełni także zapisy dyrektywy 2013/48/UE 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.

Oprócz tego wprowadzić należałoby, w przypadku braku obrońcy, wymóg rejestrowania czynności z udziałem podejrzanego za pomocą urządzeń audio-wideo. Mógłby mieć on przy tym charakter warunkowy i dotyczyć jedynie najpoważniejszych przestępstw.

Tylko taki stan prawny pozwoliłby uniknąć wątpliwości takich jak w sprawie P.M., czy protokół rzeczywiście zawiera informacje pochodzące od podejrzanego, czy też zostały mu one zaprezentowane przez organy ścigania¹². Jednocześnie stanowiłby kolejną barierę w ochronie podejrzanych przed torturami, nieludzkim lub poniżającym traktowaniem. Równocześnie byłyby to także mechanizm ochrony funkcjonariuszy policji przed takimi zarzutami. Częściowo ukróciłoby

⁹ Wyrok Trybunału z dnia 27 listopada 2008 r. w sprawie *Salduz p. Turcji*, skarga nr 36391/02, § 54.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Wyrok Trybunału z 27 marca 2007 r. w sprawie *Talant Tunç p. Turcji*, skarga nr 32432/96, § 60.

¹² Badający zjawisko fałszywego zinternalizowanego przyznania się do winy Richard A. Leo i Richard J. Ofshe wskazują, że wymóg rejestrowania czynności dowodowych z udziałem podejrzanego stanowi podstawową barierę przed samooskarżeniem, zob. R.A. Leo, R. Ofshe, *Consequences of False Confessions: Deprivations of Liberty and Miscarriages of Justice in the Age of Psychological Interrogation*, <http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6951&context=jclc> (dostęp: 25.02.2017).

to praktykę formułowania takich oskarżeń jako podstawowej linii obrony wszystkich osób, które złożyły obciążające siebie samego wyjaśnienia w toku postępowania przygotowawczego bez obecności obrońcy. Ułatwiłoby także realizację zasady bezpośredniości, dając sądowi materiał do pogłębionej, nie tylko treściowej, analizy kluczowych czynności z postępowania przygotowawczego.

Wydaje się też, że w stosunku do osób z niepełnosprawnością intelektualną powinno się niezwykle uważnie stosować szczególne techniki przesłuchań. Polegają one, jak trafnie wskazują Jan Mydłowski i Michał Zacharski, „na manipulowaniu emocjami przesłuchiwanego poprzez wzbudzanie u niego m.in. przekonania o istniejących dowodach jego sprawstwa, zmniejszeniu u podejrzanego poczucia winy i poprawieniu jego samooceny, a jeśli te techniki nie przyniosą jeszcze skutku, na zastosowaniu prowokacji, aby pod wpływem irytacji i poczucia niesprawiedliwości przesłuchiwany otworzył się przed przesłuchującym”¹³. Niewątpliwie tego rodzaju techniki mogą stanowić powód do wystąpienia u osoby przesłuchiwanej zjawiska fałszywego zinternalizowanego przyznania się do winy, a więc sytuacji, w której przesłuchiwany, wbrew faktom, „zaczyna wierzyć, że popełnił przestępstwo”¹⁴.

Poprawy wymaga także praktyka sądów. Niezwykle uważnie powinny one podchodzić do dowodu z wyjaśnień osoby z niepełnosprawnością intelektualną, zwłaszcza gdy brak jest innych dowodów winy takiej osoby. Orzecznictwo powinno wymóc na sądach I instancji to, aby w takich wypadkach zasięgały opinii biegłych nie tylko pod kątem poczytalności podejrzanego, ale również w kierunku tego, czy nie padł on ofiarą fałszywego zinternalizowanego przyznania się do winy. Takie rozwiązania postulują też J. Mydłowski i M. Zacharski¹⁵.

Istotne uwagi *de lege ferenda* do tej kwestii poczynił Sąd Najwyższy w toku rozpoznania sprawy P.M. Wskazał on, że „w sytuacji, gdy podstawą ustalenia sprawstwa podejrzanego jest samooskarżenie w postępowaniu przygotowawczym, które nie zostało następnie podtrzymane w postępowaniu rozpoznawczym przed sądem, należy zachować szczególnie, podwyższony standard oceny takiego dowodu, zwłaszcza gdy zarzucenym przestępstwem jest zbrodnia zabójstwa i brak jest innych dowodów wskazujących bezpośrednio na sprawstwo podejrzanego, a dodatkowo wykazuje on cechy upośledzenia umysłowego (choćby miało charakter nieznaczny), zaś w czynnościach procesowych przeprowadzonych w postępowaniu przygotowawczym nie brał udziału profesjonalny obrońca”¹⁶.

Dalej zauważył on, że „choć obowiązujący Kodeks postępowania karnego nie wyklucza możliwości dokonywania ustaleń faktycznych w oparciu o wyjaśnienia zawierające samooskarżenie złożone w wyżej opisanych warunkach, mogą wówczas powstać wątpliwości, co do dochowania standardów wynikających z zasady *nemo se ipsum accusare tenetur*, które powinny być szczegółowo rozważone przez sąd”¹⁷.

Tylko taki standard postępowania zapewni osobom z niepełnosprawnością intelektualną faktyczne prawo do rzetelnego procesu. Sprawi również, że nie będą one padały ofiarą pomyłek sądowych.

Marcin Wolny – prawnik HFPC; zajmuje się problematyką nieletnich pozbawionych wolności, zjawiskiem niestusznych skazań oraz monitoringiem procesu legislacyjnego; adwokat.

¹³ J. Mydłowski, M. Zacharski, *Prawnicy o dowodach w postępowaniu karnym: Przyzna się i kropka*, „Rzeczpospolita”, 12.02.2017, <http://www.rp.pl/Prawo-karne/303129987-Prawnicy-o-dowodach-w-prawie-karnym-Przyzna-sie-i-kropka.html> (dostęp: 25.02.2017).

¹⁴ Ibidem.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Postanowienie Sądu Najwyższego z 23 czerwca 2016 r., sygn. akt II KK 39/16, LEX.

¹⁷ Ibidem.

Związek partnerski z Polakiem także może potwierdzać więzi z Polską – orzeczenie NSA w sprawie zezwolenia na nabycie nieruchomości przez cudzoziemca

Jarosław Jagura, Dorota Pudzianowska



Nie tylko małżeństwo z obywatelem polskim, ale także pozostawanie cudzoziemca w jednoosobowym związku partnerskim zawartym z Polakiem poza granicami Polski może być okolicznością, która może doprowadzić do powstania związków z Polską, niezbędnych do udzielenia zezwolenia temu cudzoziemcowi na nabycie nieruchomości – tak wynika z orzeczenia Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 września 2016 r. (sygn. akt II OSK 2982/14). Helsińska Fundacja Praw Człowieka przystąpiła do sprawy jeszcze na etapie rozpoznawania jej przez Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, a skargę kasacyjną od niekorzystnego dla cudzoziemca rozstrzygnięcia sądu I instancji wniósł Rzecznik Praw Obywatelskich.

Stan faktyczny sprawy

Fernando G., obywatel jednego z państw Ameryki Południowej, zawarł w 2011 r. związek partnerski z obywatelem polskim zgodnie z prawem brytyjskim. Na początku 2012 r. Fernando G. otrzymał w Wielkiej Brytanii prawo pobytu na okres pięciu lat jako członek rodziny migrującego obywatela UE. Fernando F. dla zaspokojenia potrzeb mieszkaniowych swoich i partnera chciał nabyć lokal mieszkalny w Polsce, w Gdańsku.

Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców nabycie nieruchomości przez cudzoziemca wymaga zezwolenia wydanego przez ministra właściwego do spraw wewnętrznych. Zezwolenie wydawane jest na wniosek cudzoziemca, jeżeli nabycie nieruchomości nie spowoduje zagrożenia obronności, bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego, a także nie sprzeciwiają się temu względy polityki społecznej i zdrowia. Ponad-

to cudzoziemiec musi wykazać, że zachodzą okoliczności potwierdzające jego więzi z Rzeczpospolitą Polską (art. 1a ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców). Przykładowy katalog (katalog otwarty) okoliczności potwierdzających więzi z Rzeczpospolitą Polską zawiera art. 1a ust. 2 ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców (dalej: ustawa o nabywaniu nieruchomości). Są to:

- a) posiadanie polskiej narodowości lub obywatelstwa;
- b) zawarcie związku małżeńskiego z obywatelem Rzeczypospolitej Polskiej;
- c) posiadanie zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony z wyłączeniem zezwolenia udzielonego na podstawie art. 53a ust. 2 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach (Dz.U. z 2006 r. Nr 234 poz. 1694 ze zm.), zezwolenia na osiedlenie się lub zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego Wspólnot Europejskich;
- d) członkostwo w organie zarządzającym osoby prawnej lub spółki handlowej mającej siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, kontrolowanej przez cudzoziemca;
- e) wykonywanie na terytorium RP działalności gospodarczej lub rolniczej, zgodnie z przepisami prawa polskiego.

Istotne dla sprawy jest również położenie nieruchomości. Fernando G. chciał bowiem nabyć nieruchomość lokalową położoną w Gdańsku, która, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 29 sierpnia 2005 r. w sprawie wykazu gmin i innych jednostek zasadniczego podziału terytorialnego państwa położonych

w strefie nadgranicznej oraz tablicy określającej zasięg tej strefy (Dz.U. Nr 188 poz. 1580), jest położona w strefie nadgranicznej. Dlatego nie mógł mieć tu zastosowania art. 8 ust. 1 pkt 1 i 1a ustawy o nabywaniu nieruchomości, który zwalnia z obowiązku uzyskiwania stosownego zezwolenia. W 2013 r. Fernando G. ubiegał się więc o wydanie przez ministra spraw wewnętrznych zezwolenia na nabycie udziału (wynoszącego 9/10 części) odrębnej własności lokalu mieszkalnego wraz z udziałem w częściach wspólnych budynku oraz udziałem w nieruchomości gruntowej, na której posadowiony został budynek. W uzasadnieniu wniosku cudzoziemiec jako okoliczności potwierdzające istnienie więzi z Polską wskazał fakt zawarcia związku partnerskiego z obywatelem polskim i zamiar przeprowadzenia się w ciągu najbliższych lat wraz ze swoim partnerem z Londynu do Gdańska. Ponadto Fernando G. zaznaczył, że jest związany z Polską przez liczne kontakty towarzyskie i wielokrotnie przebywał w naszym kraju.

Decyzją z 26 lipca 2013 r. (nr 298/13) minister spraw wewnętrznych odmówił Fernando G., wydania zezwolenia na nabycie nieruchomości. W uzasadnieniu stwierdzono, że okoliczności przedstawione przez wnioskodawcę nie potwierdzają w sposób dostateczny więzi z Rzeczpospolitą Polską, co stanowi przesłankę wydania zezwolenia zgodnie z art. 1a ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy o nabywaniu nieruchomości. Organ zaznaczył, iż mimo tego, że katalog okoliczności potwierdzających więź z Rzeczpospolitą Polską zawarty w ustawie jest przykładowy, to jednak inne okoliczności niewymienione w ustawie muszą charakteryzować się odpowiednim ciężarem gatunkowym, podobnym do okoliczności wskazanych w tekście ustawy. W ocenie organu fakt zawarcia związku partnerskiego za granicą nie potwierdza relacji z Polską, gdyż prawo polskie nie zna takiej instytucji, przez co związek wnioskodawcy należy postrzegać w kategorii związków nieformalnych, niemających doniosłości prawnej na gruncie ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców. Odwołano się też do art. 18 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, który definiuje małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, co zdaniem organu oznacza, że tylko taki związek jest prawnie uznawany przez

państwo polskie. Przytoczono również fragment orzeczenia Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 12 marca 2013 r. (sygn. akt. IV SA/Wa 2672/12), gdzie wskazano, że „przyjęcie kryterium związku małżeńskiego z obywatelem polskim jako przesłanki wydania zezwolenia ma swoje uzasadnienie w przepisach Konstytucji RP, wyrażonymi w jej art. 18 i art. 71 ust. 1, zgodnie z którymi Rzeczpospolita Polska otacza opieką małżeństwo i uwzględnia w swojej polityce społecznej i gospodarczej dobro rodziny”.

Po ponownym rozpatrzeniu sprawy minister spraw wewnętrznych decyzją nr 337/13 z 5 września 2013 r. także odmówił wydania zezwolenia na nabycie nieruchomości. W uzasadnieniu decyzji organ przywołał te same argumenty. Dodatkowo zaznaczył, że art. 1a ust. 2 pkt 2 ustawy o nabywaniu nieruchomości, odnoszący się do okoliczności zawarcia małżeństwa z obywatelem polskim, wyczerpująco określa okoliczności o charakterze więzi osobistej z obywatelem polskim jako przesłanki uzasadniającej istnienie więzi z Rzeczpospolitą Polską. Innymi słowy, organ stwierdził, że w kategorii „związki osobiste z obywatelem Rzeczypospolitej Polskiej” relewantną okolicznością może być tylko fakt zawarcia małżeństwa. Pełnomocnik Fernanda G. zaskarżył tę decyzję do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego.

Stanowisko HFPC

HFPC przystąpiła do postępowania przed WSA w Warszawie i przedstawiła opinię, w której zwróciła uwagę na konieczność wzięcia pod uwagę wynikających z międzynarodowego orzecznictwa standardów dotyczących traktowania osób żyjących w związkach jednościowych podczas interpretacji tego, czy fakt pozostawania w związku partnerskim jest okolicznością mogącą uzasadniać istnienie więzi z Rzeczpospolitą Polską na gruncie ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców.

W świetle literalnego brzmienia art. 1a ust. 2 ustawy o nabywaniu nieruchomości należy podkreślić, że przepis ten statuuje otwarty katalog okoliczności, które mogą potwierdzać istnienie więzi z RP, niezbędnej do wydania

zezwoleń na nabycie nieruchomości. Dlatego treść normatywna przepisu nie powinna stanowić bariery dla uznania, że więzi cudzoziemca z RP mogą również potwierdzać inne okoliczności, w tym inne okoliczności o charakterze osobistym, niż zawarcie związku małżeńskiego. Takie stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z 3 kwietnia 2008 r. (sygn. akt V SA/Wa 949/08) stwierdził: „Wskazanie [okoliczności potwierdzających więzi z Rzeczpospolitą Polską] jest przykładowe, przez co nie można wykluczyć, że mogą istnieć trwałe związki osobiste cudzoziemca z obywatelem RP niezalegalizowane małżeństwem, oparte nie tylko na więzach uczuciowych, ale na wspólnym prowadzeniu gospodarstwa domowego, wspólnym bytowaniu podobnym do związku małżeńskiego. Nie można wykluczyć, że taka trwała wspólnota prowadzona przez określony, niekrótki czas, może prowadzić do akceptacji, identyfikacji z kulturą, tradycją narodowościową współpartnera, a więc do więzi z krajem pochodzenia tegoż życiowego partnera”.

Powyższe orzeczenie dotyczyło sytuacji, gdy skarżący od wielu lat pozostawał z obywatelką polską w stałym związku, wspólnie z nią zamieszkiwał i miał zamiar zawrzeć z nią związek małżeński, a oboje spodziewali się wspólnego dziecka. Ostatecznie Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie z uwagi na naruszenie przez organ obowiązku dokładnego wyjaśnienia stanu faktycznego oraz wyczerpującego rozpatrzenia materiału dowodowego uchylił odmowną decyzję organu i wskazał, że podczas ustalania stanu faktycznego zabrakło dokładnego ustalenia charakteru związku osobistego oraz odniesienia się do jego podobieństw bądź odmienności do przesłanki istnienia związku małżeńskiego.

Wskazane orzeczenie pokazuje, że pozostawanie w faktycznym pożyciu nie może być z założenia traktowane jako okoliczność nieistotna na gruncie ustawy o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców, a fakt pozostawania w faktycznym, trwałym pożyciu z obywatelem polskim może w równym stopniu co małżeństwo potwierdzać więzi cudzoziemca z Rzeczpospolitą Polską.

W swoim stanowisku HFPC wskazała, że skoro zawarty w ustawie katalog okoliczności potwierdzających więzi z RP jest otwarty, a w orzecznictwie za relewantne dla oceny istnienia tej więzi uznano pozostawanie w faktycznym i trwałym związku, to należy przyjąć, że osoby żyjące w trwałych związkach o charakterze homoseksualnym powinny być traktowane podobnie. Jednocześnie, ze względu na brak prawnej instytucjonalizacji związków osób tej samej płci w polskim porządku prawnym (czy to w formie małżeństwa, czy związku partnerskiego), lecz uwzględniając otwarty katalog okoliczności potwierdzających więzi z RP, ocenie z perspektywy relewantności powinny podlegać także formy instytucjonalizacji pożycia osób tej samej płci występujące w innych krajach. Istotne znaczenie w tym kontekście mają wnioski wypływające z orzeczenia TSUE w sprawie C-267/12 *Hay p. Credit Agricole*, gdzie Trybunał zaznaczył, że uwarunkowanie określonej korzyści uprzednim zawarciem małżeństwa, w realiach braku dostępności tej instytucji dla osób tej samej płci, jest dyskryminacją bezpośrednią ze względu na orientację seksualną, gdyż stanowi wymóg niemożliwy do spełnienia dla określonej grupy osób.

Jak zaznaczyła HFPC, za jednakowym traktowaniem trwałych związków faktycznych hetero- i homoseksualnych przemawia norma wynikająca z art. 32 Konstytucji RP. Przepis ten stanowi, że „wszyscy są wobec prawa równi. Wszyscy mają prawo do równego traktowania przez władze publiczne (ust. 1). Nikt nie może być dyskryminowany w życiu politycznym, społecznym lub gospodarczym z jakiegokolwiek przyczyny (ust. 2)”. Z uwagi na otwarty katalog przyczyn, dla których osoba nie może być dyskryminowana, należy uznać, że ochrona gwarantowana tą normą konstytucyjną dotyczy również zakazu dyskryminacji ze względu na orientację seksualną. Tak jak podkreśla się w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego, konstytucyjną zasadę równości należy rozumieć w ten sposób, że „wszystkie podmioty prawa charakteryzujące się daną cechą istotną w równym stopniu, powinny być traktowane równo, tj. bez różnicowań zarówno faworyzujących, jak i dyskryminujących. Jednocześnie zasada równości zakłada odmienne traktowanie tych podmiotów prawa, które nie posiadają wspólnej cechy

istotnej. Badając zgodność regulacji prawnej z konstytucyjną zasadą równości, należy ustalić, czy zachodzi podobieństwo określonych podmiotów, a więc czy możliwe jest wskazanie wspólnej cechy istotnej lub faktycznej uzasadniającej równe traktowanie tych podmiotów. Ustalenie to wymaga analizy celu i treści aktu normatywnego, w którym zawarta została kontrolowana norma prawna. Jeżeli prawodawca różnicuje podmioty prawa, które charakteryzują się wspólną cechą istotną, to wprowadza on odstępstwo od zasady równości¹. Na kanwie niniejszej sprawy za cechę relewantną, która powinna być brana pod uwagę przy określaniu, czy powstały więzi z Rzeczpospolitą, jest fakt pozostawania w trwałym, zinstytucjonalizowanym pożyciu (czy to w formie małżeństwa czy zarejestrowanego związku partnerskiego).

Zdaniem HFPC przy ustalaniu tego, jakie więzi o charakterze osobistym powinny mieć znaczenie dla oceny wytworzenia związków z Rzeczpospolitą, należy mieć na względzie orzecznictwo ETPC odnoszące się do praw osób żyjących w związkach jedno płciowych. Podkreślenia wymaga, że ETPC stwierdził, że osoby tej samej płci mogą tworzyć stabilne związki w takim samym stopniu co pary heteroseksualne, a relacje wynikające ze związków jedno płciowych objęte są pojęciem „życia rodzinnego” chronionego na gruncie art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (dalej: EKPC)².

Według ETPC odmienne traktowanie osób heteroseksualnych i homoseksualnych powinno być uzasadnione obiektywnymi, racjonalnymi względami i argumentami, ponieważ w przeciwnym razie prowadzi ono do bezprawnego różnicowania sytuacji prawnej niektórych jednostek. Ponadto Trybunał zaznaczał w swoim orzecznictwie, że różne traktowanie osób znajdujących się w podobnej sytuacji tylko z uwagi na orientację seksualną jest co do zasady niedopuszczalną dyskryminacją³.

W tym kontekście istotne znaczenie ma także wyrok ETPC wydany w sprawie *Kozak p. Polsce*. Sprawa dotyczyła interpretacji pojęcia „pozostawania w faktycznym wspólnym pożyciu małżeńskim”, będącego jedną z przesłanek możliwości wstąpienia w stosunek najmu po śmierci najemcy przez osobę wspólnie z nim zamieszkującą. Polskie sądy przyjęły, że określenie to może dotyczyć jedynie związków osób różnych płci i wykluczyły możliwość wstąpienia w stosunek najmu partnera zmarłego najemcy. Trybunał zaznaczył, że „jeżeli dane zróżnicowanie odnosi się do tej intymnej i wrażliwej sfery życia prywatnego jednostki, szczególnie ważne powody muszą być podniesione przed Trybunałem dla uzasadnienia zaskarżonych środków. Jeżeli różnica traktowania opiera się o względy takie jak płeć czy orientacja seksualna, margines swobody oceny zapewniony państwu jest wąski i w sytuacjach takich zasada proporcjonalności nie wymaga jedynie, by wybrany środek był generalnie odpowiedni do realizacji danego celu, ale trzeba również wykazać, że był on konieczny w danych okolicznościach. Jeżeli zatem powody przedstawione jako uzasadnienie różnicy w traktowaniu były oparte wyłącznie na orientacji seksualnej skarżącego, oznacza to dyskryminację w świetle Konwencji” (§ 92 wyroku). ETPC wskazał, że „blankietowe wyłączenie osób pozostających w związku homoseksualnym z możliwości wstępowania w stosunek najmu nie może być uznane przez Trybunał za konieczne dla ochrony rodziny postrzeganej w sposób tradycyjny” (§ 99 wyroku). Ostatecznie ETPC uznał, że doszło do naruszenia art. 14 w zw. z art. 8 EKPC, ponieważ władze polskie negatywnie rozpatrując sprawę skarżącego z uwagi na powody związane z homoseksualnym charakterem jego relacji z najemcą, naruszyły zasadę proporcjonalności przy ograniczaniu praw skarżącego.

Warte odnotowania są także tezy wynikające z uchwały SN z 28 listopada 2012 r. (sygn. akt III CZP 65/12), w których SN opowiedział się za możliwością wstąpienia na gruncie

1 K 22/01.

2 Wyrok ETPC z 22 listopada 2010 r. w sprawie *Schalk i Kopff p. Austrii*, skarga nr 30131/04

3 Tak wyrok ETPC z 7 listopada 2013 r. w sprawie *Vallianatos i inni*

p. Grecji, skarga nr 29381/09 i 32684/09; wyrok z 21 grudnia 1999 r. w sprawie *Salgueiro da Silva Mouta p. Portugalii*, skarga nr 33290/96; wyrok z 22 stycznia 2008 r. w sprawie *E.B. p. Francji*, skarga nr 43546/02.

art. 691 § 1 Kodeksu cywilnego w stosunek najmu po zmarłym najemcy także przez partnerów homoseksualnych. Sąd Najwyższy w uzasadnieniu uchwały zaznaczył, że „[n]ie ma przekonujących racji jurydycznych, a także argumentów socjologicznych lub psychologicznych, przemawiających za różnicowaniem – na płaszczyźnie prawnej – skutków wynikających ze wspólnego pożycia hetero- i homoseksualnego; przeciwnie, więzi emocjonalne, fizyczne i gospodarcze powstające w ramach takiego pożycia są w obu przypadkach tożsame i mogą tworzyć równie mocną spójnię”.

Biorąc pod uwagę wyżej wskazane argumenty, w ocenie HFPC brak było podstaw do pominięcia relacji łączącej Fernando G. i obywatela polskiego przy ustalaniu istnienia więzi z Rzeczpospolitą Polską. Względem na orzecznictwo sądów międzynarodowych, a także normy wynikające z Konstytucji RP powinny przemawiać za wzięciem pod uwagę tej okoliczności podczas wydawania przez ministra spraw wewnętrznych zezwolenia na nabycie nieruchomości.

WSA oddala skargę Fernando G.

WSA w Warszawie nie podzielił zarzutów skarżącego Fernanda G., a także wniosków wynikających z opinii HFPC, i wyrokiem z 29 stycznia 2014 r. (sygn. akt IV SA/Wa 2457/13) oddalił skargę klienta HFPC na decyzję ministra spraw wewnętrznych. Uznano, że odmowna decyzja ministra nie naruszyła ani przepisów ustawy o nabywaniu nieruchomości wskazujących na okoliczności, które mogą uzasadniać istnienie więzi z Rzeczpospolitą, ani art. 32 Konstytucji, a także art. 14 EKPC.

Sąd podkreślił, że na gruncie polskiego porządku prawnego nie ma możliwości interpretacyjnego zrównania pojęć „związek małżeński” i „związek partnerski” z uwagi na brak uregulowania tej drugiej instytucji w prawie polskim. Dlatego też nie jest możliwe objęcie zakresem przestanki odnoszącej się do pozostawania w związku małżeńskim z obywatelem polskim sytuacji, gdy cudzoziemiec pozostaje w związku partnerskim zarejestrowanym za granicą, którego polskie prawo nie rozpoznaje. W ocenie WSA te

same względy przemawiają za wnioskiem, że w sprawie nie doszło do dyskryminacji skarżącego ze względu na orientację seksualną, ponieważ nie znajduje się on w podobnej sytuacji do małżonka, skoro na gruncie prawa polskiego nie dochodzi do zrównania instytucji związku partnerskiego i małżeństwa. W tym miejscu Sąd przypomniał, że państwowemu członkowskemu UE, a także stronom EKPC przysługuje swoboda w kształtowaniu pozycji prawnej małżeństwa i pozamałżeńskich form instytucjonalizacji pożycia.

Sąd uznał też, że okoliczności przedstawione przez skarżącego nie mogą być uznane za takie, które potwierdzają więź cudzoziemca z Polską. Zauważono wprawdzie, że katalog przestanki, które mogą uzasadniać istnienie takiej więzi jest otwarty, ale takie stwierdzenie nie może doprowadzać do tak szerokiego rozumienia tego katalogu, że obejmowałby on każdą okoliczność, jaka w ocenie strony miałaby stanowić o powstaniu więzi z RP. Według Sądu, przestanki te muszą charakteryzować się określonym ciężarem gatunkowym, co oznacza, że jedynie przestanki o takiej samej wadze, jak wymienione wprost przez ustawodawcę mogą zostać uznane za relewantne dla oceny wytworzenia się więzów z RP. Dlatego też fakt pozostawania we wspólnym pożyciu, czy to zinstytucjonalizowanym, czy też nie, takiej doniosłości nie przejawia. Wobec tego sprzeczne z wolą ustawodawcy byłoby uznanie, że pozamałżeńskie formy współżycia mogą stanowić okoliczność uzasadniającą wytworzenie się więzi z RP; prawodawca wyraźnie wskazał, że formą współżycia istotną z perspektywy ustawy jest małżeństwo. Ponadto w ocenie WSA przeciw wykładni katalogu okoliczności uzasadniających powstanie więzi z RP uwzględniającej również fakt prowadzenia pożycia w ramach jednoopcjowego związku partnerskiego przemawia brzmienie art. 18 Konstytucji, który wyraźnie definiuje małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny. Nie można więc znaleźć uzasadnienia dla przyznania jednakowych uprawnień małżeństwu i związkowi partnerskiemu, skoro z przepisów ustawy i Konstytucji wynika, że określony zasób praw może przysługiwać wyłącznie kobiecie i mężczyźnie, którzy zawarli związek małżeński. Ostatecznie Sąd zaznaczył, że przyczyną odmownego

rozpatrzenia wniosku Fernando G. nie był fakt pozostawiania przez niego w homoseksualnym związku partnerskim, ale to, że nie wykazał on więzi z RP.

Skarga kasacyjna RPO

Wyrok WSA w Warszawie został zaskarżony przez Fernando G., a także przez Rzecznika Praw Obywatelskich. Zarzuty podniesione w skardze przez RPO zasługują na szersze omówienie.



W ocenie Rzecznika sąd I instancji niewłaściwie zastosował art. 1a ust. 2 ustawy o nabywaniu nieruchomości, niezasadnie uznając, że przepis ten zawiera zamknięty katalog okoliczności o charakterze osobistym, które mogą potwierdzać więzi cudzoziemca z Polską. Rzecznik przyznał, że co prawda nie jest możliwe interpretacyjne zrównanie pojęcie związku partnerskiego zawartego za granicą i związku małżeńskiego na gruncie ustawy o nabywaniu nieruchomości, jednak nie oznacza to, że brzmienie przepisu wskazuje na zamiar prawodawcy, by tylko związek małżeński uznać na jedyną formę pożycia dwóch osób, która może uzasadniać wytworzenie więzi z RP. Brak jest normatywnych podstaw do uznania, że w obszarze okoliczności o charakterze osobistym jedynie zawarcie małżeństwa miało relewantny charakter. W ocenie Rzecznika trwałe i stabilny związek dwóch osób może prowadzić do akceptacji, identyfikacji z kulturą i narodowością partnera, a brak jest przeszkód do uznania, że tego typu związek może być udziałem również osób tej

samej płci. Przeciwne rozumowanie prowadziłyby do dyskryminacji osób homoseksualnych, które nie mogą prowadzić wspólnego pożycia z osobami płci przeciwnej.

Zdaniem Rzecznika istotne w sprawie jest wzięcie pod uwagę prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego Fernando G, gwarantowanego przez art. 8 EKPC i 47 Konstytucji RP. Wskazując na orzecznictwo ETPC, RPO podniósł, że obecnie w zakresie realizacji przez jednostki prawa do życia prywatnego i rodzinnego nie ma jednej drogi lub jedynego wyboru, a poszczególne osoby mogą tworzyć rodziny w różny sposób⁴ i równie silne relacje mogą się wytworzyć w związkach hetero- i homoseksualnych⁵. W skardze kasacyjnej Rzecznika podkreślono, że ETPC dopuszcza ograniczanie praw osób żyjących w związkach jedнопłciowych, ale ograniczenie to musi podlegać testowi proporcjonalności i nie może znajdować usprawiedliwienia w sytuacjach, w których płeć i rodzaj związku nie są w danych okolicznościach relewantne, jak np. w przypadku regulacji wzajemnych interesów majątkowych, alimentacyjnych czy spadkowych⁶. Podobnie na gruncie Konstytucji RP, ograniczenie prawa do prywatności musi podlegać reżimowi z art. 31 ust. 3 Konstytucji i może być podyktowane ochroną innych doniosłych wartości, wymienionych w Konstytucji RP.

W ocenie RPO brak jest podstaw do uznania, że nabycie własności lokalu mieszkalnego przez cudzoziemca, będącego małżonkiem obywatela polskiego, jest inną sytuacją niż nabycie takiej własności przez cudzoziemca będącego z obywatelem polskim we wspólnym pożyciu. Odmienne traktowanie takiego cudzoziemca z tego względu, że realizuje swoje życie rodzinne w innej formie niż małżeństwo, byłoby dyskryminacją w kontekście prawa do prywatności (art. 47 w zw. z art. 32 ust. 2 Konstytucji RP). Dlatego też Rzecznik ocenił jako niedopuszczalną wykładnię art. 1a ust. 1 pkt 2 ustawy o nabywaniu nieruchomości, dokonaną przez WSA, zgodnie z którą tylko małżeństwo może być przesłanką osobistą relewantną z punktu widzenia tego przepisu; takie

⁴ Vallianatos, p. 84.

⁵ Schalk i Kopf, p.78.

⁶ Vallianatos, p. 86.

podejście pozbawia ochrony prawa do prywatności i życia rodzinnego osoby, które prowadzą życie rodzinne w innych formach niż małżeństwo.

Rzecznik zarzucił także sądowi I instancji obrazę przepisów postępowania (art. 145 § 1 pkt 1 lit. a i c oraz art. 151 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi w zw. z art. 7 oraz 77 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego) przez to, że sąd oddalił skargę cudzoziemca w sytuacji, gdy została ona wydana z naruszeniem przepisów postępowania, a naruszenie to polegało na wydaniu decyzji bez należytego wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy.

RPO podkreślił, że minister, rozpatrując sprawę, zbagatelizował twierdzenia cudzoziemca wskazujące na długoletnie pożycie z obywatelem polskim w ramach związku partnerskiego. W tym zakresie organ nie przeprowadził żadnego postępowania dowodowego i nie rozważył, czy związek ten ma w rzeczywistości charakter życia rodzinnego, które podlega ochronie na mocy art. 8 EKPC i art. 47 Konstytucji RP. Minister zaniechał ustalenia, czy wobec tego doszło do wytworzenia identyfikacji i więzi z RP. Zdaniem Rzecznika organ w chwili ustalenia, że cudzoziemca z Polakiem łączy związek partnerski, a nie uznawalne na terytorium RP małżeństwo, zaniechał zgromadzenia wszechstronnego materiału dowodowego pozwalającego na rzeczywistą ocenę, czy doszło do wytworzenia się takich więzi osobistych między partnerami, które uzasadniałyby powstanie więzi z Polską.

Wyrok NSA

Naczelny Sąd Administracyjny wyrokiem z 14 września 2016 r. uchylił wyrok WSA w Warszawie, a także samą decyzję ministra, zobowiązując go jednocześnie do ponownego zbadania sprawy.

NSA co do zasady podzielił zarzuty odnoszące się do naruszenia przepisów postępowania, których dopuścił się organ podczas rozpatrywania sprawy. Minister, wydając decyzję, nie przeprowadził właściwego postępowania dowodowe-

go i nie wyjaśnił istotnych okoliczności sprawy. Zdaniem Sądu w sprawie nie ustalono, czy długotrwałe wspólne pożycie partnerów może doprowadzić do wytworzenia się takiej więzi, która finalnie spowoduje powstanie związków cudzoziemca z RP. Sąd stwierdził: „Należy zgodzić się, że sam fakt pozostawania cudzoziemca we wspólnym pożyciu z obywatelem polskim nie jest wystarczający do uznania, że istnieją więzi tego cudzoziemca z Polską. Istotne jest przy tym to, że nie ma znaczenia, czy wskazana więź dotyczy partnerów odmiennej, czy – jak w rozpoznawanej sprawie – tej samej płci. Pozostawanie we wspólnym pożyciu przez wiele lat, istnienie więzi uczuciowej, fizycznej oraz gospodarczej, niezalegalizowanej małżeństwem może prowadzić do powstania związków z krajem pochodzenia partnera. Wiąż ta nie ma charakteru prawnego, ale tworzy pewną sytuację faktyczną, która może mieć znaczenie dla oceny związków z Polską”. NSA podkreślił, że „wspólne pożycie” może mieć charakter życia rodzinnego i być chronione przez art. 47 Konstytucji i 8 EKPC, dlatego też organ powinien dążyć do wyjaśnienia tych okoliczności sprawy. Ponadto Sąd podkreślił, że organ, wydając odmowną decyzję, nie dokonał wszechstronnej oceny interesu ogólnego i indywidualnego w takim wyjaśnieniu sprawy i nie wskazał, dlaczego w sytuacji, gdy w sprawie chodziło o nabycie lokalu mieszkalnego, który miał służyć zaspokajaniu potrzeb mieszkaniowych partnerów (a nie chodziło o wielkopowierzchniowe gospodarstwo rolne), interes ogólny wymagał negatywnego rozpatrzenia wniosku cudzoziemca.

NSA potwierdził także, że wykładnia art. 1a ust. 1 pkt. 2 i art. 1a ust. 2 ustawy o nabywaniu nieruchomości dokonana przez organ oraz przez WSA była błędna, gdyż brak jest podstaw do uznania, że katalog przesłanek o charakterze osobistym potwierdzającym więzi z RP ma charakter zamknięty. Zdaniem NSA ustawodawca dokonał jedynie przykładowego wyliczenia takich okoliczności, o czym świadczy użycie sformułowania „w szczególności”. Oznacza to, że więzi cudzoziemca z Polską mogą być wykazane i mogą być wynikiem relacji rodzinnej innej niż małżeństwo. Przyjęcie przeciwnego poglądu, zdaniem NSA, prowadziłoby przykładowo do automatycznego pozbawienia

możliwości nabycia nieruchomości przez cudzoziemca będącego rodzicem dziecka mającego obywatelstwo polskie. Wobec tego NSA wskazał, że organ w toku postępowania powinien zbadać i wyjaśnić, czy więź, która wytworzyła się między cudzoziemcem a jego partnerem, doprowadziła do wytworzenia się więzi cudzoziemca z Polską. Wobec braku przeprowadzenia postępowania w tym kierunku minister przedwcześnie przyjął, że cudzoziemiec nie spełnił przesłanek do otrzymania zezwolenia na nabycie nieruchomości.

Jednocześnie NSA uznał, że w sprawie nie doszło do naruszenia zasady równego traktowania (art. 32 Konstytucji, art. 14 EKPC), ani też do nieproporcjonalnej i dyskryminującej ingerencji w prawo do poszanowania życia prywatnego skarżącego (art. 47 w zw. art. 31 ust. 3 oraz art. 32 ust. 2 Konstytucji; art. 8 EKPC w zw. z art. 14 EKPC). Uzasadniając to stwierdzenie, wskazano, że o naruszeniu powyższych zasad można mówić tylko wtedy, gdy dochodzi do odmiennego traktowania podmiotów podobnych, a sytuacja osób żyjących w związku partnerskim (bez znaczenia czy hetero- czy homoseksualnym) nie jest podobna do sytuacji małżeństwa. O konieczności równego traktowania związków partnerskich i małżeństw należałoby mówić tylko wtedy, gdyby prawo krajowe kształtowało w sposób porównywalny sytuację prawną tych form wspólnego pożycia. Wobec tego NSA stwierdził, że odmienne traktowanie osób tej samej płci żyjących w związku partnerskim nie jest wynikiem ich

orientacji seksualnej, ale wynika z tego, jaki status prawny temu związkowi nadało państwo (przy czym państwo ma uprawnienie do odmiennego traktowania takich związków w porównaniu do małżeństw, co wynika m.in. z orzecznictwa ETPC).

NSA zaznaczył także, że wobec niewyjaśnienia przez organ, czy więź łącząca cudzoziemca z Polakiem nabrała charakteru życia rodzinnego, zbyt wcześnie jest na ocenę, czy w sprawie doszło do naruszenia prawa do życia prywatnego i rodzinnego, chronionego art. 8 EKPC i 47 Konstytucji. Jednocześnie raz jeszcze Sąd podkreślił, że pożycie osób w związku jedнопłciowym może być uznane za więź o charakterze rodzinnym.

Podsumowanie

Mimo tego, że NSA ostatecznie nie stwierdził naruszenia zasady równego traktowania oraz naruszenia prawa do poszanowania życia rodzinnego i prywatnego, dokonał jednak wykładni przepisów ustawy o nabywaniu nieruchomości w duchu tych wartości. Przełożyło się to na stwierdzenie, że fakt pozostawania w homoseksualnym związku partnerskim nie może być okolicznością, którą można bagatelizować podczas oceny, czy doszło do wytworzenia się więzi cudzoziemca z RP. Komentowane orzeczenie ma istotne znaczenie dla par żyjących w związkach jedнопłciowych w kontekście tego, że szanse na prawną instytucjonalizację pożycia tych osób w najbliższych latach są obecnie nikłe. Omawiany wyrok NSA podkreśla także, że tam, gdzie pewne uprawnienie lub prawo jest możliwe do zrealizowania przez konkubinat o charakterze heteroseksualnym, nie ma podstaw, aby odmawiać analogicznego traktowania par jedнопłciowych.

Jarosław Jagura – prawnik w Programie Artykuł 32 HFPC i aplikant adwokacki w Izbie Adwokackiej w Warszawie.

Dorota Pudzianowska – kieruje Programem Antydyskryminacyjnym Artykuł 32^o HFPC, jest adiunktem na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.



Ochrona cudzoziemców będących ofiarami tortur i innych form przemocy – standardy, praktyka i konsekwencje

Marta Górczyńska



Zakaz tortur, stanowiących najbardziej dolegliwy akt przemocy wobec drugiego człowieka i dokonywanych zazwyczaj przez osoby działające w imieniu organów władzy publicznej lub za ich milczącym przyzwoleniem, jest zakazem absolutnym. W obszarze praw cudzoziemców zakaz ten przekłada się także na konieczność zapewnienia szczególnych gwarancji proceduralnych tym osobom, co do których w toku prowadzonego postępowania zaistnieje domniemanie, że padły ofiarą tortur w swoim kraju pochodzenia. W niniejszym artykule zostały opisane standardy krajowe oraz międzynarodowe w zakresie ochrony tych cudzoziemców, praktyka organów krajowych oraz konsekwencje, jakie mogą wynikać z niezapewnienia tej szczególnie chronionej prawem grupie odpowiednich gwarancji proceduralnych.

Standardy

Według Organizacji Narodów Zjednoczonych każdy akt tortur albo innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania lub karania jest obrazą godności ludzkiej i powinien być potępiony jako zaprzeczenie celów Karty Narodów Zjednoczonych oraz praw człowieka i podstawowych wolności proklamowanych w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. W myśl europejskiej konwencji praw człowieka¹ zakaz tortur jest zakazem absolutnym i nie może być derogowany przez żadne nadzwyczajne okoliczności². Konsekwencją tego zakazu jest nie tylko obowiązek powstrzymania się od zadawania tortur przez państwa będące

sygnatariuszami Konwencji, ale także zakaz wydalania kogokolwiek do państwa, gdzie takie tortury mogłyby tej osobie grozić.

Zagrożenie torturami w kraju pochodzenia jest w konsekwencji jedną z przesłanek udzielenia cudzoziemcowi tzw. ochrony uzupełniającej, będącej komplementarną formą ochrony międzynarodowej w stosunku do statusu uchodźcy, ustanowionej przez prawodawstwo unijne³. Zgodnie z art. 15 pkt 2 ustawy o udzielaniu ochrony⁴ cudzoziemcowi, który nie spełnia warunków do nadania statusu uchodźcy, udziela się ochrony uzupełniającej, w przypadku gdy powrót do kraju pochodzenia może narazić go na rzeczywiste ryzyko doznania poważnej krzywdy przez tortury, niehumanitarnie lub poniżające traktowanie albo karanie. Co więcej, cudzoziemcowi będącemu ofiarą tortur należy zapewnić w trakcie procedury odpowiednią opiekę zdrowotną⁵, rehabilitację i wsparcie⁶.

Ustawa o udzielaniu ochrony przyznaje ponadto osobom będącym ofiarami tortur szereg gwarancji proceduralnych

1 Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 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 z późn. zm.), dalej: Konwencja.

2 M.A. Nowicki, Art. 3 [w:] *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, wyd. VII.

3 Art. 15 lit. b Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/95/UE dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie norm dotyczących kwalifikowania obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako beneficjentów ochrony międzynarodowej, jednolitego statusu uchodźców lub osób kwalifikujących się do otrzymania ochrony uzupełniającej (wersja przekształcona), dalej: Dyrektywa kwalifikacyjna.

4 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 udzielaniu ochrony.

5 Art. 30 ust. 2 Dyrektywy kwalifikacyjnej.

6 Art. 25 ust. 1 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/33/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. sprawie ustanowienia norm dotyczących przyjmowania wnioskodawców ubiegających się o ochronę międzynarodową (wersja przekształcona), dalej: Dyrektywa recepcyjna.

związanych z ich szczególnych statusem. Osoby te należą do uregulowanej ustawowo kategorii osób wymagających szczególnie traktowania⁷. Z tego względu wszelkie czynności w postępowaniu o udzielenie ochrony międzynarodowej wykonuje się w warunkach, terminie i miejscu dostosowanym do stanu psychofizycznego takiego cudzoziemca⁸. W razie potrzeby w czynnościach tych uczestniczy psycholog, lekarz lub tłumacz⁹, a na wniosek cudzoziemca czynności te mogą być dokonywane przez osobę tej samej płci¹⁰. Ta ostatnia konieczność może wynikać np. z niechęci niektórych kobiet, zwłaszcza pochodzących z niektórych kręgów kulturowych, do rozmawiania z mężczyzną o sprawach intymnych, w tym zwłaszcza o doświadczonej przemocy seksualnej.

W celu dokonania oceny, czy dana osoba należy do grupy wrażliwej i powinna zostać objęta szczególnymi gwarancjami proceduralnymi, organ prowadzący postępowanie w przedmiocie udzielenia ochrony międzynarodowej, tj. Szef Urzędu do spraw Cudzoziemców, może zlecić przeprowadzenie badań lekarskich lub psychologicznych¹¹. Cudzoziemiec może także poddać się takim badaniom z własnej inicjatywy i na własny koszt¹². Dyrektywa recepcyjna nie precyzuje sposobu prowadzenia postępowania w celu dokonania powyższej kwalifikacji, wskazując jedynie, że powinna być ona dokonana w rozsądnym terminie, po złożeniu wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej. Kwalifikacja ta musi także podlegać weryfikacji w sytuacji, gdyby szczególne potrzeby danego cudzoziemca ujawniły się dopiero na późniejszym etapie postępowania¹³.

Przepisy ustawy o udzielaniu ochrony zakazują ponadto umieszczania osób, których stan psychofizyczny może uzasadniać domniemanie, że byli poddani przemocy,

w strzeżonych ośrodkach dla cudzoziemców¹⁴. Do osób tych zalicza się ofiary przemocy fizycznej, psychicznej, seksualnej oraz ofiary tortur. Zakaz ten dotyczy nie tylko osób ubiegających się o udzielenie ochrony międzynarodowej, ale także wszystkich pozostałych grup cudzoziemców, w tym także migrantów o nieuregulowanym statusie prawnym. Badania psychologiczne pokazują, że wśród osób ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy częstość występowania traumy jest większa niż średnia¹⁵. Zwłaszcza w przypadku cudzoziemców pochodzących z państw o reżimach niedemokratycznych lub z terenów objętych działaniami zbrojnymi, gdzie podstawowe prawa człowieka łamane są przez służby państwowe, a tortury dokonywane są w majestacie prawa, umieszczenie w placówce o rygorze quasi-więziennym może negatywnie oddać się na stanie ich zdrowia psychicznego i doprowadzić do powtórnej traumatyzacji. Tym bardziej że wśród osób ubiegających się o udzielenie ochrony międzynarodowej i poddawanych detencji znajdują się również ci cudzoziemcy, którzy w kraju swojego pochodzenia, np. w wyniku prowadzonej działalności opozycyjnej, byli aresztowani i poddawani w więzieniu przemocy ze strony funkcjonariuszy państwowych. Pobyt w ośrodku zamkniętym może być więc dla nich katalizatorem objawów traumy i stresu pourazowego.

W tym względzie polskie ustawodawstwo poszło o krok dalej niż ustawodawstwo unijne, które nie zawiera bezwzględnego zakazu detencji ofiar tortur. Postulat taki znajduje się natomiast w szeregu dokumentów i zaleceń organizacji międzynarodowych, m.in. Rady Europy, Komitetu Przeciwko Torturom czy też Urzędu Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców (UNHCR).

7 Art. 68 ust. 1 pkt 9 ustawy o udzielaniu ochrony.

8 Art. 69 ust. 1 pkt 1-3 ustawy o udzielaniu ochrony.

9 Art. 69 ust. 1 pkt 4 ustawy o udzielaniu ochrony.

10 Art. 69 ust. 2 pkt 1 ustawy o udzielaniu ochrony.

11 Art. 68 ust. 3 ustawy o udzielaniu ochrony.

12 Art. 68 ust. 4 ustawy o udzielaniu ochrony.

13 Art. 22 ust. 1 Dyrektywy recepcyjnej.

14 Art. 88a ust. 3 pkt 2 ustawy o udzielaniu ochrony.

15 Cordelia Foundation, *From torture to detention. Access of torture survivors and Traumatized Asylum-Seekers to Rights and Care in Detention, Hungary and Bulgaria 2015*, <http://www.helsinki.hu/wp-content/uploads/From-Torture-to-Detention-angol-WEB.pdf> (dostęp: 16.02.2017).

Praktyka krajowa

W Polsce ofiarami tortur są najczęściej cudzoziemcy pochodzący z niespokojnych republik rosyjskich, takich jak Czeczenia, Dagestan czy Inguszetia, a także z Tadżykistanu oraz, choć w zdecydowanie mniejszej liczbie, z niektórych państw afrykańskich, takich jak Demokratyczna Republika Konga, oraz państw Bliskiego Wschodu, jak Irak czy Afganistan. U większości cudzoziemców tortury nie są udokumentowane, często z uwagi na konieczność nagłego opuszczenia kraju lub brak odpowiedniej infrastruktury medycznej w państwie pochodzenia. W przypadku tortur polegających na przemocy fizycznej, po których ślady na ciele zostają przez dłuższy czas, istnieje możliwość udokumentowania ich po przybyciu do bezpiecznego kraju. Z różnych względów nie zawsze jest to jednak możliwe, np. w przypadku gdy tortury były stosowane w sposób niepozostawiający śladów na ciele, gdy od tortur minął długi czas, pozwalający na wygojenie się ran lub gdy tortury polegały wyłącznie na stosowaniu przemocy psychicznej. W takich przypadkach niezbędna może się okazać diagnoza psychologiczna cudzoziemca, zmierzająca do ustalenia, czy na podstawie oceny jego obecnego stanu psychicznego można stwierdzić, że istnieje prawdopodobieństwo, iż był on w przeszłości poddany torturom.

Na problem braku systemu skutecznej identyfikacji osób wymagających szczególnego traktowania, w tym ofiar tortur i innych form przemocy, organizacje pozarządowe zwracają uwagę już od wielu lat¹⁶. Także Komitet Przeciwko Torturom, przyjmując 27 listopada 2013 r. dokument zawierający ocenę realizacji przez Polskę Konwencji ONZ w sprawie zakazu stosowania tortur, wyraził troskę z powodu istnienia niewystarczających metod identyfikacji osób wrażliwych ubiega-

16 D. Witko K. Rusiłowicz, *Brak identyfikacji, gwarancji proceduralnych i odpowiednich warunków recepcyjnych dla osób wymagających szczególnej opieki* (w:) J. Białas i in., *W poszukiwaniu ochrony. Wybrane problemy dotyczące realizacji praw cudzoziemców ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy i objętych ochroną międzynarodową w latach 2012-2014. Obserwacje Programu Pomocy Prawnej dla Uchodźców i Migrantów Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2014, dostępne na: <http://goo.gl/5tCxXj> (dostęp: 20.02.2017).

jących się o nadanie statusu uchodźcy i będących ofiarami tortur oraz uwzględniania ich specjalnych potrzeb w trakcie procesu udzielenia im ochrony. Komitet zalecił Polsce podjęcie działań w celu zapewnienia takiej identyfikacji i przyznania cudzoziemcom będącym ofiarami tortur koniecznego wsparcia, w tym leczenia i doradztwa. Ponadto, zdaniem Komitetu, właściwy personel powinien przechodzić specjalne szkolenia dotyczące sposobów identyfikacji oznak tortur i niewłaściwego traktowania¹⁷.

W 2015 r. ruszył pilotażowy program w zakresie kompleksowej identyfikacji grup wrażliwych wśród osób poszukujących ochrony na terytorium Polski realizowany przez Fundację Różnosfera w partnerstwie z Urzędem do spraw Cudzoziemców i Strażą Graniczną. Działania w ramach projektu polegają na prowadzeniu diagnostyki i wsparcia psychologicznego dla osób wnioskujących w Polsce o ochronę międzynarodową, w szczególności dla ofiar tortur, przemocy i traumy¹⁸. Działania te, choć zdecydowanie potrzebne, ze względu na swój pilotażowy charakter obejmują swoim zasięgiem jedynie pewien wycinek spraw, którymi zajmuje się Urząd do spraw Cudzoziemców. Nie do końca jest także jasne, jakie są faktyczne konsekwencje proceduralne uznania danego wnioskodawcy za osobę poddaną w przeszłości torturom.

Jak wynika z praktyki Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka (HFPC), deklaracja doświadczenia tortur w kraju pochodzenia złożona przez cudzoziemca ubiegającego się w Polsce o objęcie go ochroną międzynarodową nie prowadzi automatycznie do poddania go odpowiedniej diagnozie w ramach prowadzonego postępowania. Organom administracji brakuje często inicjatywy dowodowej, która zmierzałaby do dokonania oceny, czy dany wnioskodawca jest ofiarą tortur i czy w związku z tym powinien zostać zaliczony do grupy osób szczególnego traktowania.

17 Komitet Przeciwko Torturom, *Zalecenia końcowe dotyczące połączonego V i VI sprawozdania okresowego Polski*, dostępne na stronie Ministerstwa Sprawiedliwości: <http://goo.gl/CwK0zH> (dostęp: 20.02.2017).

18 Informacja o projekcie na stronie Fundacji Różnosfera: <http://www.roznosfera.org> (dostęp: 20.02.2017).

W rezultacie dochodzi do sytuacji, w których cudzoziemcom tym nie są zapewniane specjalne gwarancje proceduralne przewidziane w przepisach ustawy o udzielaniu ochrony. Tymczasem brak odpowiedniego wsparcia psychologicznego na etapie prowadzonego wywiadu statusowego może prowadzić nawet do sytuacji, w której cudzoziemiec nie będzie w stanie opowiedzieć o traumatycznych doświadczeniach, lub z uwagi na konsekwencje psychologiczne takiego zdarzenia, jak m.in. zaburzenia pamięci czy brak koncentracji, nie będzie umiał tego zrobić w sposób wiarygodny dla organów administracji. W rezultacie takie osoby mogą nie otrzymać w Polsce należytej im ochrony i zostać wydalone do kraju, w którym grożą im ponowne tortury, co stanowić będzie naruszenie art. 3 Konwencji.

Problem w tym zakresie stanowi także detencja osób będących ofiarami tortur i przemocy. Cudzoziemcy należący do tej szczególnie chronionej grupy nie tylko wbrew prawu bywają umieszczani w strzeżonych ośrodkach, ale w dodatku nie jest im tam zapewniana odpowiednia opieka psychologiczna i psychiatryczna. Większość ośrodków nie prowadzi nawet systemowego rozpoznania osób cierpiących na zespół stresu pourazowego (PTSD), który może wskazywać na doznane w przeszłości przez cudzoziemca przemoc czy tortury. Na problem ten organizacje pozarządowe zwracają uwagę już od lat¹⁹. Brak skutecznego systemu identyfikacji ofiar przemocy i tortur sprawia, że cudzoziemcy tacy są bezpodstawnie pozbawiani wolności i często dopiero inicjatywa oraz pomoc organizacji pozarządowych prowadzi do ich zwolnienia. Problemem bywa także brak współpracy różnych organów zaangażowanych w procedurę udzielenia cudzoziemcowi ochrony międzynarodowej. Zdarzają się przypadki odpowiedniego zakwalifikowania cudzoziemca jako potencjalnej ofiary przemocy przez Urząd do spraw Cudzoziemców i zapewnienia mu w związku z tym odpowiednich gwarancji w postaci

19 Na brak odpowiedniej pomocy psychologicznej w ośrodkach strzeżonych dla cudzoziemców wskazują m.in. raporty Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka i Stowarzyszenia Interwencji Prawnej *Migracja to nie zbrodnia* (2012) dostępny pod adresem: <http://goo.gl/r8Adht>, oraz *Wciąż za kratami* (2014), dostępny pod adresem: <http://goo.gl/UwDLwb> (dostęp: 20.02.2017).

udziału psychologa w trakcie przesłuchania, co jednak nie skutkuje zwolnieniem cudzoziemca z ośrodka strzeżonego przez Straż Graniczną.

Przyczyną tego stanu rzeczy mogą być wytyczne Straży Granicznej dotyczące postępowania z cudzoziemcami, którzy padli ofiarą przemocy. Wedle tych wytycznych, w sytuacji, gdy dany cudzoziemiec został zidentyfikowany jako ofiara przemocy, wówczas nie zwalnia się go z ośrodka strzeżonego, jeśli może być w nim poddany odpowiedniemu leczeniu. Wytyczne te niezgodne są z przepisami ustawy, które wyraźnie zakazują detencji takich cudzoziemców. W jednej ze spraw prowadzonych przez prawników HFPC Sąd Rejonowy zaakceptował takie rozwiązanie i przedłużył pobyt w strzeżonym ośrodku cudzoziemca będącego zidentyfikowaną ofiarą tortur w kraju pochodzenia. Dopiero postępowanie zażaleniowe i postanowienie Sądu Okręgowego doprowadziły do zwolnienia cudzoziemca z detencji i zapewnienia mu odpowiedniego wsparcia psychologicznego.

Konsekwencje

W ostatnim czasie Naczelny Sąd Administracyjny oddalił dwie skargi kasacyjne dotyczące cudzoziemców będących ofiarami tortur, którym organy administracji odmówiły udzielenia ochrony międzynarodowej na terytorium Polski. W pierwszej sprawie²⁰ przyznano co prawda, że cudzoziemiec był torturowany przez służby bezpieczeństwa Czechenii, jednak odmówiono mu ochrony ze względu na to, że – zdaniem organów administracji – cudzoziemiec mógł skutecznie poszukiwać ochrony na terytorium Rosji. Druga sprawa²¹ dotyczyła z kolei cudzoziemki, również pochodzącej z Czechenii, która padła ofiarą przemocy ze strony swojego męża. W kraju pochodzenia nie mogła liczyć na realną ochronę ze strony władz, które uważają przemoc domową za wyłączną sprawę małżonków. Okoliczność tę cudzoziemka ujawniła dopiero po zakończeniu postępowania uchodźczego, w którym wnioskodawcą był jej mąż. W czasie postępowania cudzoziemka wraz z dziećmi prze-

20 Wyrok NSA z 15 lutego 2017 r., sygn. akt II OSK 1453/15.

21 Wyrok NSA z 17 lutego 2017 r., sygn. akt II OSK 1660/15.

bywała w strzeżonym ośrodku, natomiast niedługo po jego zakończeniu została wydalona, pomimo apelu HFPC do Straży Granicznej o pozostawienie jej w Polsce do czasu rozpatrzenia sprawy przez sąd. Sprawą pobytu cudzoziemki w strzeżonym ośrodku obecnie zajmuje się Europejski Trybunał Praw Człowieka²².

Oba opisane wyroki należy uznać za niepokojące, gdyż dotyczą osób, które najprawdopodobniej padły ofiarą poważnej przemocy w kraju pochodzenia i zgodnie z ogólnodostępnymi raportami na temat sytuacji w Czeczenii nie mogły tam liczyć na realną ochronę ze strony władz państwowych. Niepokojące jest także to, że w obu sprawach cudzoziemcy nie zostali odpowiednio zidentyfikowani i zakwalifikowani do grupy osób wymagających szczególnego traktowania.

Brak odpowiedniej identyfikacji ofiar tortur i niezgodne z prawem umieszczanie tych osób w ośrodkach strzeżonych – to uchybienia, które zostały kilkakrotnie wytknięte w raportach Krajowego Mechanizmu Prewencji Tortur. Zarówno podczas wizyty monitoringowej w ośrodku w Lesznowoli²³, jak i w Kętrzynie²⁴ przedstawiciele Mechanizmu zidentyfikowali przypadki bezprawnej detencji tych cudzoziemców. Niektóre z tych osób, w wyniku przeprowadzonej interwencji, zostały z ośrodków zwolnione.

Warto pamiętać, że umieszczenie w ośrodku strzeżonym cudzoziemca będącego ofiarą tortur uzasadnia wystąpienie przez niego z wnioskiem o zadośćuczynienie za niesłuszne pozbawienie wolności. I tak, 22 czerwca 2016 r. Sąd Apelacyjny w Warszawie rozpoznał apelację w sprawie niesłusznej detencji uchodźczyni i dwójki jej dzieci, którzy doświadczyli w kraju pochodzenia poważnej przemocy.

22 *Bilalova v. Poland*, sprawa nr 23685/14, zakomunikowana polskiemu rządowi 13 października 2014 r.

23 Raport Krajowego Mechanizmu Prewencji Tortur z wizytacji Strzeżonego Ośrodka dla Cudzoziemców w Lesznowoli z dnia 8 czerwca 2016 r. dostępny na: <http://goo.gl/ZQoBEF> (dostęp: 20.02.2017).

24 Raport Krajowego Mechanizmu Prewencji Tortur z wizytacji Strzeżonego Ośrodka dla Cudzoziemców w Kętrzynie z dnia 30 stycznia 2017 r. dostępny na: <http://goo.gl/H3DwZ2> (dostęp: 20.02.2017).

Zgodnie z przepisami polskiego prawa cudzoziemka nie powinna być zatem umieszczona w ośrodku strzeżonym, a pomimo to przebywała tam wraz z dwójką małych dzieci przez 63 dni od dnia zadeklarowania doznanej przemocy. Ze względu na ważny interes społeczny HFPC przyłączyła się do sprawy i przedstawiła swoje stanowisko, wskazując, że sprawa cudzoziemki wpisuje się w kontekst szerszej problematyki związanej z ochroną praw cudzoziemców będących ofiarami tortur i innych form poważnej przemocy. W wydanym wyroku²⁵ Sąd Apelacyjny uznał, że pozbawienie cudzoziemki wolności było niesłuszne i kilkakrotnie podniósł kwotę zadośćuczynienia zasądzoną przez Sąd Okręgowy. Z uwagi na niewzięcie pod uwagę przy obliczaniu kwoty zadośćuczynienia szczególnej sytuacji cudzoziemki, będącej zarówno ofiarą przemocy, jak i samotną matką dwójki dzieci, w sprawie została wniesiona skarga kasacyjna do Sądu Najwyższego, która 2 marca 2017 r. została uwzględniona przez Sąd²⁶.

Z uwagi na zauważone w tym obszarze problemy HFPC od stycznia 2017 r. realizuje projekt, współfinansowany przez Dobrowolny Fundusz ONZ na rzecz Ofiar Tortur, polegający na zapewnianiu cudzoziemcom ubiegającym się o ochronę międzynarodową oraz nieudokumentowanym migrantom będącym ofiarami tortur specjalistycznej pomocy prawnej. W ramach projektu prawnicy HFPC prowadzą litygację strategiczną mającą na celu wdrożenie do praktyki polskich organów międzynarodowych standardów w zakresie ochrony tej szczególnej grupy osób, do której należą ofiary tortur i innych form poważnej przemocy.

Marta Górczyńska – prawniczka w Programie Pomocy Prawnej dla Uchodźców i Migrantów Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka

25 Wyrok SA w Warszawie z 22 czerwca 2016 r., sygn. akt II AKa59/16.

26 Wyrok SN z 2 marca 2017 r., sygn. akt SN II KK 358/16.



Projektowane zmiany w polskim prawie uchodźczym

Ewa Ostaszewska

30 stycznia 2017 r. minister Mariusz Błaszczak zaprezentował zmiany do ustawy o udzielaniu ochrony cudzoziemcom na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz o niektórych innych ustawach (dalej: projekt zmian)¹. W czasie konferencji prasowej minister mówił m.in. o zapewnieniu bezpieczeństwa i zapobieżeniu powstania nowego szlaku migracyjnego na wschodniej granicy Polski. W uzasadnieniu zaś do projektu wskazano, że planowane zmiany mają na celu ochronę porządku publicznego i bezpieczeństwa wewnętrznego oraz są odpowiedzią na nasilający się ruch migracyjny.

W projekcie zmian zaproponowano:

1. Wprowadzenie procedur granicznych, list bezpiecznych krajów trzecich oraz bezpiecznych krajów pochodzenia, niemającego skutku zawieszającego środka odwoławczego od decyzji o odmowie udzielenia ochrony, a także stosowanie automatycznej detencji – czyli umieszczenia w strzeżonych ośrodkach² niemal wszystkich cudzoziemców ubiegających się w Polsce o udzielenie ochrony międzynarodowej, bez możliwości zastosowania środków alternatywnych dla detencji w stosunku do cudzoziemca, który – nie spełniając warunków wjazdu do Polski – złożył wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej na przejściu granicznym.

¹ <https://bip.mswia.gov.pl/bip/projekty-aktow-prawnyc/2017/24478,Projekt-ustawy-o-zmianie-ustawy-o-udzielaniu-cudzoziemcom-ochrony-na-terytorium-.html>, (dostęp: 1.05.2017).

² Obecnie istnieje sześć ośrodków strzeżonych (w Kętrzynie, Białej Podlaskiej, Białymstoku, Przemyślu, Krośnie Odrzańskim, Lesznowoli) oraz jeden areszt dla cudzoziemców. Łączna liczba miejsc to 557. Obecnie cudzoziemcy ubiegający się o udzielenie ochrony mogą przebywać w strzeżonych ośrodkach przez sześć miesięcy, zaś migranci o nieregulowanym pobycie – 12 miesięcy.

2. Zawężenie grupy cudzoziemców, którzy nie mogą być umieszczeni w strzeżonym ośrodku.
3. Wprowadzenie nowych przesłanek przedłużenia okresu pobytu cudzoziemca w strzeżonym ośrodku dla cudzoziemców oraz możliwości wydłużenia do 12 miesięcy detencji cudzoziemca, który złożył kolejny wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej.
4. Utworzenie nowego organu – Rady do spraw Cudzoziemców (RdsC).
5. Ograniczenie przesłanek, na podstawie których RdsC i sąd administracyjny będą mogły wstrzymać wykonanie decyzji RdsC.

Wymienione powyżej nowe regulacje będą prowadzić do systemowego naruszania praw cudzoziemców zawartych w konwencji genewskiej z 1951 r. i prawie międzynarodowym oraz będą skutkować zwiększoną liczbą skarg składanych do Europejskiego Trybunału Spraw Człowieka (ETPC) oraz wniosków do sądów o zadośćuczynienie za niesłuszne umieszczenie w strzeżonym ośrodku lub areszcie dla cudzoziemców.

Projekt ustawy został przedstawiony do konsultacji społecznych, w których udział wzięła Helsińska Fundacja Praw Człowieka. Uwagi przesłano MSWiA w dniu 14 lutego 2017 r.³ Przed zaprezentowaniem tej opinii prawnej należy wyjaśnić sytuację migracyjną Polski w 2016 r.

Sytuacja migracyjna w Polsce

Liczba cudzoziemców ubiegających się o udzielenie międzynarodowej ochrony w Polsce od 3 lat nie rośnie, lecz

³ <http://www.hfhr.pl/krok-wstecz-w-udzielaniu-ochrony-cudzoziemcom-uwagi-hfpc-do-projektu-nowelizacji-ustawy/>

utrzymuje się na tym samym poziomie⁴. Cudzoziemcy przybywają do Polski od lat. 90 i nie stanowią zagrożenia dla bezpieczeństwa⁵. W 2016 r. około 9833 wniosków o udzielenie ochrony zostało złożonych po raz pierwszy, a 1517 wniosków złożono po raz kolejny⁶. Dla porównania: w 2015 r. było to 12 325 wniosków, w 2014 r. – 8193, zaś w 2013 r. – 15 253. Ponad 80% wniosków cudzoziemskich jest umarzana z powodu niestawienia się cudzoziemca w ośrodku recepcyjnym w związku z wyjazdem do kolejnych państw członkowskich UE. Poziom uznawalności wniosków, czyli uznania wniosków cudzoziemców za zasadne, utrzymuje się na poziomie 3%, czyli w 2016 r. tylko 108 osób otrzymało decyzję o nadaniu statusu uchodźcy, a 150 otrzymało ochronę uzupełniającą. W tym samym czasie, tj. w 2016 r., Straż Graniczna wydała 20 046 decyzji o odmowie wjazdu cudzoziemcom.

Najwięcej wniosków o udzielenie międzynarodowej ochrony jest składanych na przejściu granicznym w Terespolu. Jednak począwszy od 2012 r. Helsińska Fundacja Praw Człowieka (HFPC) otrzymuje sygnały od cudzoziemców o coraz częstszych odmowach przyjęcia przez Straż Graniczną wniosków o udzielenie międzynarodowej ochrony. W wielu sprawach kierowano pisma do Straży Granicznej z prośbą o wyjaśnienie. W 2013 r. przeprowadzono razem ze Stowarzyszeniem Interwencji Prawnej spotkanie monitorujące sytuację na przejściu granicznym. Sytuacja ta uległa znacznemu pogorszeniu na początku 2016 r. Cudzoziemcom masowo zaczęto odmawiać przyjmowania wniosków o udzielenie międzynarodowej ochrony oraz wydawać decyzje o odmowie wjazdu do Polski. Ci natomiast, którym

4 Niezgodne ze stanem faktycznym są wypowiedzi m.in. ministra finansów, że Polska przyjmuje 1,3 mln Ukraińców ubiegających się o udzielenie międzynarodowej ochrony; liczba aplikujących o udzielenie ochrony Ukraińców spada, zaś wzrasta liczba wniosków składanych o udzielenie zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony. W sumie w 2016 r. wszystkich ważnych kart pobytu było ok. 234 tys., a wniosków o pobyt czasowy złożono 141,7 tysięcy. Dane pochodzą z Informacji o pracy rocznej UdsC ze stycznia 2017 r.

5 <http://www.hfhr.pl/uchodzcy-nie-stanowia-zagrozenia-dla-bezpieczenstwa-polski/>

6 Kolejne wnioski to te złożone przez osoby, których wnioski o udzielenie ochrony zostały już rozpatrzone i została wydana już decyzja ostateczna.

udało się złożyć wniosek o ochronę, byli często umieszczani w ośrodkach strzeżonych. Sytuacja stała się tak krytyczna, że Rzecznik Praw Obywatelskich zdecydował się na monitoring na przejściu granicznym w Terespolu oraz w Medyce⁷. W październiku 2016 r. pracownicy HFPC przeprowadzili wizytę na przejściu granicznym⁸. Sytuację na przejściu granicznym opisano również w artykule Marty Szczepanik i Marty Górczyńskiej w *Kwartalniku* nr 3-4/2016⁹.

Bezpieczny kraj trzeci oraz bezpieczny kraj pochodzenia

Projekt zmian wprowadza pojęcie bezpiecznego kraju trzeciego, czyli takiego, który nie jest państwem pochodzenia wnioskodawcy, a powrót cudzoziemca do tego państwa byłby uzasadniony z jego punktu widzenia, oraz gdy w tym państwie: życie i wolność cudzoziemca nie są zagrożone z powodu rasy, religii, narodowości, przekonań politycznych lub przynależności do określonej grupy społecznej; nie zachodzi rzeczywiste ryzyko doznania przez niego poważnej krzywdy; jest przestrzegana zasada non-refoulement; jest przestrzegany zakaz wydalania, gdyby mogło dojść do naruszenia zakazu tortur oraz okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania; istnieje możliwość ubiegania się o nadanie statusu uchodźcy i uzyskania ochrony zgodnie z konwencją genewską.

Wprowadzenie pojęcia bezpiecznego kraju spowoduje, w ocenie HFPC, automatyczne uznawanie za niedopuszczalne wniosków cudzoziemców, którzy przybyli do Polski z państwa znajdującego się na liście bezpiecznych krajów trzecich. W tej sytuacji ciężar dowodu zostaje niemal całkowicie przerzucony na cudzoziemca, który powinien wykazać brak możliwości powrotu do kraju znajdującego się na

7 <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/komunikat-o-wizytacji-kolejowego-przejscia-granicznego-w-terespolu>, <https://www.rpo.gov.pl/pl/content/wizytacja-przejscia-granicznego-pomiedzy-polski-i-ukraina-w-medyce> (dostęp: 1.05.2017).

8 <http://www.hfhr.pl/droga-donikad-relacja-z-przejscia-granicznego-brzesc-terespol/> (dostęp: 1.05.2017).

9 M. Górczyńska, M. Szczepanik, *Polityka zamkniętych drzwi wobec cudzoziemców ubiegających się o ochronę międzynarodową na wschodniej granicy Polski*, „Kwartalnik o prawach człowieka” 2016, nr 3-4 (18-19), s. 87-91.

liście bezpiecznych krajów trzecich. Takie rozwiązanie jest niezgodne z art. 4 ust. 1 tzw. dyrektywy kwalifikacyjnej¹⁰, nakładającym na państwa członkowskie UE obowiązek współpracy w zakresie oceny odpowiednich elementów wniosku. Obowiązek ten został podkreślony w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE)¹¹. Należy też wskazać, że konwencja genewska z 1951 r. nie zawiera obowiązku cudzoziemca do ubiegania się o udzielenie ochrony w pierwszym bezpiecznym kraju, do którego dotarł po opuszczeniu swojego kraju pochodzenia.

Ponadto już sam fakt uznania za niedopuszczalny wniosku złożonego przez cudzoziemca, który przybył do Polski poprzez kraj znajdujący się na liście bezpiecznych państw trzecich, stanowi naruszenie obowiązku przeprowadzenia zindywidualizowanej i szczegółowej oceny sytuacji danego cudzoziemca. Obowiązek taki wynika z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka¹².

Proponowane rozwiązanie budzi niepokój również dlatego, że nie ma skutecznego systemu pomocy prawnej dla cudzoziemców ubiegających się w Polsce o ochronę międzynarodową.

Koncepcja bezpiecznego kraju pochodzenia jest niezgodna z prawem międzynarodowym oraz z art. 3 konwencji genewskiej z 1951 r., który zakazuje dyskryminowania uchodźców i nakazuje stosowanie jej postanowień bez względu na m.in. państwo pochodzenia cudzoziemca. Proponowane rozwiązanie spowoduje, że od kraju pochodzenia wnioskodawcy uzależniony będzie tryb rozpatrywania złożonego wniosku. Jeśli cudzoziemiec będzie pochodził z państwa znajdującego

się na liście bezpiecznych krajów trzecich, postępowanie w jego sprawie będzie prowadzone w trybie przyspieszonym, a zatem z możliwością użycia procedury granicznej i automatycznego umieszczenia w strzeżonym ośrodku.

Projektowane rozwiązanie jest też niezgodne z art. 4 ust. 1 tzw. dyrektywy kwalifikacyjnej, nakładającym na państwa członkowskie obowiązek współpracy w ocenie odpowiednich elementów wniosku. Tymczasem projekt przerzuca na wnioskodawcę ciężar dowodu w kwestii nieuznawania danego państwa za bezpieczny kraj pochodzenia. Stanowi to naruszenie obowiązku zindywidualizowanego i szczegółowego zbadania sytuacji danego cudzoziemca i opiera się przede wszystkim na ocenie sytuacji w kraju pochodzenia cudzoziemca.

Obie listy krajów będą publikowane na okres dwóch lat, co rodzi wątpliwości w tego powodu, że w realiach współczesnego świata nie pozwala na szybkie reagowanie na sytuacje konfliktów zbrojnych.

Wprowadzenie trybu granicznego

Tryb graniczny znajdzie zastosowanie wtedy, gdy cudzoziemiec złoży wniosek na przejściu granicznym, nie spełniając warunków wjazdu i pobytu na terytorium Polski, oraz m.in.: poda inne przyczyny złożenia wniosku niż obawa przed prześladowaniem z powodów określonych w konwencji genewskiej; wprowadzi organ w błąd przez zatajenie informacji lub dokumentów albo przedstawienie fałszywych informacji lub dokumentów dotyczących jego tożsamości lub obywatelstwa, mających istotne znaczenie dla objęcia międzynarodową ochroną; przedstawi niespójne, sprzeczne lub niewiarygodne wyjaśnienia w celu potwierdzenia faktu prześladowania lub ryzyka doznania poważnej krzywdy; pochodzi z bezpiecznego kraju pochodzenia lub państwo jest uważane za bezpieczny kraj trzeci; złoży kolejny wniosek i nie istnieją nowe dowody czy okoliczności faktyczne w sprawie o udzielenie ochrony międzynarodowej; stanowi zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa lub porządku publicznego; prawdopodobnie w złej wierze zniszczył lub

¹⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/95/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie norm dotyczących kwalifikowania obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako beneficjentów ochrony międzynarodowej, jednolitego statusu uchodźców lub osób kwalifikujących się do otrzymania ochrony uzupełniającej oraz zakresu udzielanej ochrony (wersja przekształcona), dalej: dyrektywa kwalifikacyjna.

¹¹ Wyrok w sprawie C-277 M. p. *Minister for Justice, Equality and Law Reform, Ireland, Attorney General*, § § 65, 66.

¹² M.in. wyrok Wielkiej Izby w sprawie *MSS p. Belgii i Grecji* z 21 stycznia 2011, skarga nr 30696/09, § § 358, 359.

pozbył się dokumentu tożsamości lub dokumentu podróży; gdy odmawia poddania się obowiązкови pobrania odcisków linii papilarnych¹³.

Zgodnie z projektem cudzoziemiec, którego wniosek będzie rozpatrywany w trybie granicznym, zostanie umieszczony na czas postępowania w strzeżonym ośrodku znajdującym się na terytorium RP¹⁴. Tym samym cudzoziemiec będzie miał ograniczony dostęp do pomocy prawnej i tłumacza, a także ograniczoną możliwość aktywnego działania w swojej sprawie. Postępowania będą ponadto prowadzone w trybie przyspieszonym, co oznacza, że termin na wniesienie odwołania wraz z wnioskiem o wstrzymanie wykonania decyzji będzie wynosił 7 dni¹⁵, a zakończenie postępowania będzie musiało nastąpić w ciągu 30 dni od dnia złożenia wniosku. W takich warunkach utrudniona też będzie identyfikacja tzw. osób wrażliwych (m.in. ofiar przemocy, tortur). Zdaniem HFPC postępowania nie będą prowadzone w sposób pozwalający na wszechstronne i dokładne rozpatrzenie wniosku i projektowane rozwiązanie może powodować, że ochrony nie uzyskają osoby spełniające przesłanki pozytywnej decyzji.

Projektowane rozwiązanie jest również niezgodne z motywem 21 dyrektywy proceduralnej, który wskazuje, że jeśli wnioskodawca jest w stanie przedstawić ważną przyczynę, wówczas brak dokumentów lub użycie fałszywych dokumentów nie powinny same w sobie powodować automatycznego wszczęcia procedury granicznej lub przyspieszonej.

Wątpliwości rodzi zgodność z art. 43 ust. 1 dyrektywy proceduralnej, zgodnie z którym procedury graniczne pozwalają na podjęcie decyzji **wyłącznie na granicach lub w strefach tranzytowych**¹⁶. Stosowanie procedur granicznych

13 Art. 39 b Ustawy o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP oraz niektórych innych ustaw.

14 Wniosek taki wynika z projektowanych artykułów 87 ust. 1 pkt 6 oraz art. 39b ust. 4 pkt 1, z oceny skutków regulacji wynika, że cudzoziemcy będą umieszczani w strzeżonych ośrodkach w Białej Podlaskiej i w Lesznowoli.

15 Decyzja będzie zawierała m.in. zobowiązanie do opuszczenia Polski.

16 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2013/32/UE

poza granicą lub strefą tranzytową jest dopuszczalne tylko w sytuacjach wyjątkowych, tj. w razie przyjazdu dużej liczby wnioskodawców, co praktycznie uniemożliwia stosowanie procedury granicznej na granicy lub w strefie tranzytovej, oraz pod warunkiem, że wnioskodawcy są normalnie zakwaterowani w miejscach znajdujących się w pobliżu granicy oraz przez okres takiego zakwaterowania¹⁷. W kontekście tego wyjątku należy zwrócić uwagę, że automatycznego umieszczania wszystkich wnioskodawców objętych procedurą graniczną w strzeżonym ośrodku nie można uznać za normalne zakwaterowanie.

Zdaniem HFPC projektowane rozwiązanie przewiduje wprowadzenie nieznaney przepisom dyrektywy proceduralnej fikcji prawnej: cudzoziemiec faktycznie przekroczy granicę państwową RP i jednocześnie nie będzie dopuszczony do terytorium RP. Sytuacja taka rodzi niejasność statusu pobytowego cudzoziemca i bezpodstawnie pozbawia wnioskodawców ich praw zawartych w dyrektywie recepcyjnej. Ponadto **wpisanie przesłanki bezpiecznego kraju trzeciego jako podstawy do rozpatrzenia wniosku cudzoziemca w trybie granicznym** jest niezgodne z przepisami dyrektywy proceduralnej – nie przewiduje ona możliwości zastosowania trybu granicznego (tym bardziej poprzez umieszczenie w detencji na terytorium państwa członkowskiego) wobec cudzoziemców, gdy dane państwo jest uważane za bezpieczny kraj trzeci (art. 31 ust. 8 lit. b dyrektywy proceduralnej odnosi się jedynie do wnioskodawców pochodzących z bezpiecznego kraju pochodzenia).

Projekt zakłada skrócone **terminy rozpatrzenia wniosku w postępowaniu prowadzonym w trybie granicznym**. Również i w tym przypadku projektowane przepisy są niezgodne z dyrektywą proceduralną, a dokładnie z art. 43 ust. 2: w przypadku wprowadzenia procedur granicznych termin ostatecznego załatwienia sprawy powinien wynosić cztery tygodnie (28 dni). Tym samym przewidziane projektem terminy wynoszące 20 dni (projektowany art. 39b ust. 2 pkt

z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej (wersja przekształcona).

17 Art. 43 ust. 3 dyrektywy proceduralnej.

1 ustawy) na załatwienie sprawy w pierwszej instancji wraz z dodatkowym terminem siedmiu dni na wniesienie odwołania od decyzji kończącej postępowanie (przewidziany w art. 39b ust. 2 pkt 4 ustawy) nie spełnia tego wymogu. Prawidłowe wprowadzenie trybu granicznego wymaga od ustawodawcy określenia terminu 28 dni na wydanie decyzji ostatecznej w rozumieniu przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego, czyli ostatecznej decyzji wydanej przez Radę do spraw Cudzoziemców (jeżeli w sprawie zostało w terminie złożone odwołanie) lub też ostatecznej decyzji Szefa Urzędu do spraw Cudzoziemców (o ile w sprawie nie wniesiono odwołania), a nie wyłącznie decyzji Szefa Urzędu do spraw Cudzoziemców.

Należy przy tym wskazać, że projektowanego 7-dniowego terminu na złożenie odwołania (art. 39b ust. 2 pkt 4) nie można uznać za rozsądny w rozumieniu art. 46 ust. 4 dyrektywy proceduralnej, gdyż cudzoziemcy przebywający w strzeżonym ośrodku, a zatem w warunkach utrudnionego dostępu do pomocy prawnej, braku odpowiedniego tłumaczenia i utrudnionej możliwości zebrania dowodów w sprawie, mogą nie być w stanie w tak krótkim czasie przygotować odwołania. Oznacza to, że projektowane rozwiązania nie spełniają również wymogów skutecznego środka odwoławczego w rozumieniu art. 13 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz standardu wynikającego z orzecznictwa ETPC (m.in. wyrok w sprawie *I.M. p. Francji*, skarga nr 9152/09, §§ 144-154).

Projekt zakłada natychmiastową wykonalność decyzji w sprawie udzielenia ochrony międzynarodowej oraz możliwość złożenia do Rady do spraw Cudzoziemców wniosku o wstrzymanie wykonania decyzji podjętej w trybie granicznym. Oznacza to, że cudzoziemiec może zostać wydany z Polski jeszcze przed upływem terminu do wniesienia odwołania wraz z wnioskiem o wstrzymanie wykonania decyzji. Należy zauważyć, że w postępowaniach prowadzonych w trybie zwykłym wnioskodawcy mają prawo do pozostania na terytorium państwa członkowskiego do czasu rozpatrzenia środka zaskarżenia (na podstawie art. 46 ust. 5 dyrektywy proceduralnej). Art. 46

ust. 6 dyrektywy proceduralnej przewiduje wyjątek od tej zasady i stanowi, że w pewnych szczególnych sytuacjach (m.in. w ramach postępowań granicznych) prawo krajowe może nie przewidywać prawa do pozostania w kraju do czasu rozpatrzenia środka zaskarżenia. W takiej sytuacji sąd rozpatrujący odwołanie ma możliwość rozstrzygnięcia, czy wnioskodawca może pozostać na terytorium państwa. Zgodnie z art. 46 ust. 7 dyrektywy proceduralnej wspomniany wyjątek ma zastosowanie do procedur granicznych tylko wówczas, gdy wnioskodawca ma zapewnione niezbędne tłumaczenie i pomoc prawną. Obecnie wnioskodawcy nie mają możliwości skorzystania z niezbędnych tłumaczeń i skutecznej pomocy prawnej. Istniejący system nie spełnia wymogów dyrektywy, natomiast ani projekt, ani ocena skutków regulacji nie zawierają żadnych rozwiązań, które mogłyby zmienić tę sytuację (np. przez przyznanie dodatkowych środków na tłumaczenia). Natomiast art. 46 ust. 8 dyrektywy proceduralnej stanowi wprost, że w opisanej wyżej sytuacji państwa członkowskie zezwalają wnioskodawcy na pozostawanie na terytorium do czasu zakończenia postępowania mającego na celu rozstrzygnięcie, czy może on pozostać na terytorium.

Biorąc pod uwagę fakt, że w decyzji o odmowie udzielenia ochrony będzie się jednocześnie orzekać o zobowiązaniu do powrotu, projektowane rozwiązanie przewiduje możliwość wykonania decyzji o zobowiązaniu do powrotu, zanim wnioskodawca zdoła złożyć odwołanie do Rady do spraw Cudzoziemców. Jest to niezgodne z powołanym wyżej przepisem dyrektywy proceduralnej, bowiem organ ten nie posiada cech sądu i nie może za taki zostać uznany, a tym samym przepisy krajowe w tym zakresie powinny odpowiadać ogólnym regułom postępowania administracyjnego, także tym dotyczącym ostateczności wykonalności decyzji.

Proponowane rozwiązanie narusza też prawo do skutecznego środka odwoławczego w rozumieniu art. 46 ust. 1 dyrektywy proceduralnej oraz art. 47 Karty praw podstawowych. W wyroku TSUE C-199/11 Europejskie stwierdzono, że na zasadę skutecznej ochrony sądowej składa się m.in.

prawo dostępu do sądu (§ 48 wyroku). Tymczasem możliwość szybkiego wydalenia cudzoziemca powoduje brak sposobności złożenia odwołania i uczestnictwa w postępowaniu odwoławczym (nawet jeśli projektowane przepisy zezwalają na złożenie do Rady do Spraw Cudzoziemców wniosku o wstrzymanie wykonania zaskarżonej decyzji).

Rozwiązanie to stanowi ponadto naruszenie art. 3 i art. 13 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Zgodnie z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka pojęcie skutecznego środka odwoławczego w rozumieniu art. 13 wymaga, by istniała możliwość doprowadzenia do zawieszenia wykonania nakazu wydalenia. Środek odwoławczy pozbawiony automatycznego skutku zawieszającego nie spełnia warunków art. 13 Konwencji¹⁸.

Podsumowując: proponowane w komentowanej ustawie zmiany znacząco rozszerzają katalog sytuacji, w których cudzoziemiec umieszczany jest w ośrodku strzeżonym na czas procedury o udzielenie mu ochrony międzynarodowej. Jednocześnie przepisy wprowadzają niemalże automatyczne orzekanie detencji w stosunku do najliczniejszej grupy cudzoziemców, jaką stanowią osoby składające wniosek na polskim przejściu granicznym i niepełniające ogólnych warunków wjazdu na terytorium RP. Zdaniem HFPC ten automatyzm umożliwi przyspieszone wydawanie decyzji o odmowie udzielenia ochrony w ramach postępowania granicznego, zobowiązujących cudzoziemców do powrotu, a następnie spowoduje wykonanie tych decyzji poprzez wydalanie cudzoziemców do kraju pochodzenia, nawet przed upływem terminu na złożenie odwołania. Takie przepisy są sprzeczne z podstawowymi standardami międzynarodowymi i unijnymi w zakresie ochrony praw osób poszukujących ochrony przed prześladowaniami.

Należy podkreślić, że dyrektywy azylowe nie stawiają znaku równości między procedurą graniczną a detencją. Zgodnie z przepisami dyrektywy proceduralnej postępowanie w trybie granicznym może być prowadzone wobec cudzoziemców niedopuszczonych do terytorium danego państwa członkowskiego (pozostających w strefach granicznych lub tranzytowych), ale przepisy te nie nakazują pozbawienia cudzoziemca wolności. Pozbawienie wolności, jako najbardziej dolegliwy środek z wachlarza metod służących zabezpieczeniu postępowania, powinno być stosowane w ostateczności, a procedura graniczna nie może automatycznie uzasadniać użycia tego środka. Zgodnie bowiem z prawem UE żadna osoba nie powinna być pozbawiona wolności tylko dlatego, że ubiega się o ochronę międzynarodową. Zatrzymanie wnioskodawcy powinno być możliwe jedynie w wyjątkowych okolicznościach, przy czym sposób i cel zatrzymania muszą być zgodne z wymogami konieczności i proporcjonalności (art. 8 ust. 1 oraz motyw 15 dyrektywy recepcyjnej). Połączenie procedury granicznej z detencją jest nieuzasadnione i sprzeczne ze standardami prawa UE.

Ponadto zgodnie z art. 31 ust. 2 konwencji genewskiej państwa nie mogą nakładać ograniczeń na poruszanie się po ich terytorium uchodźców, którzy nielegalnie wjechali do kraju celem ubiegania się o ochronę, chyba że te ograniczenia są niezbędne. Biorąc pod uwagę cel, jaki został wskazany w uzasadnieniu zmian ustawy (zapewnienie efektywności rozwiązań odnoszących się do rozpatrywania wniosków o udzielenie ochrony międzynarodowej w trybie granicznym), nie można uznać, aby automatyczna detencja osób ubiegających się w Polsce o ochronę międzynarodową była do tego niezbędna. Ten efekt można zapewnić za pomocą mniej dolegliwych środków alternatywnych.

Ewa Ostaszewska – prawniczka z Programu Pomoc dla Cudzoziemców i Uchodźców, adwokatka.

18 Wyroki w sprawach *AC i inni p. Hiszpanii*, skarga nr 6528/11, § 88, *Sultani p. Francji*, skarga nr 45223/05, § 50, *Hirsi Jamaa i inni p. Włochom* [Wielka Izba], skarga nr 27765/09, § 200, *M.S.S. p. Belgii i Grecji* [Wielka Izba], skarga nr 30696/09, §§ 290-293.



XVI Międzynarodowy Festiwal Filmowy WATCH DOCS. Prawa Człowieka w Filmie

Maciej Nowicki

Od 9 do 15 grudnia 2016 r. w Warszawie trwał Międzynarodowy Festiwal Filmowy WATCH DOCS. Prawa Człowieka w Filmie¹. Obył się już po raz 16. Kiedy zaczynaliśmy w 2001 r. – pod nazwą Prawa Człowieka w Filmie – takich festiwali było na świecie zaledwie kilka, a społeczny film dokumentalny, z jakim pracujemy, pozostawał zjawiskiem niszowym, słabo obecnym w kinie, telewizji i na festiwalach. Dziś Human Rights Film Network² – światowa sieć współpracy festiwali filmów o prawach człowieka, którą współzakładaliśmy w 2004 r. – zrzesza 41 aktywnych członków na sześciu kontynentach. Można wręcz mówić o światowym ruchu takich festiwali, przy czym organizatorzy tych starszych, bardziej doświadczeni, pomagają nowym inicjatywom. A zaangażowany społecznie dokument obok innych form sztuki spod znaku non-fiction od ponad dekady przeżywa prawdziwy renesans.

Jaka jest więc obecnie kondycja i rola WATCH DOCS?

Od wielu już lat jako jeden z największych na świecie festiwali filmów o prawach człowieka wspieramy nowo powstające „siostrzane” festiwale zagraniczne, zwłaszcza w państwach poradzieckich, a coroczny międzynarodowy festiwal w Warszawie traktujemy jako platformę programową, fundraisingową, organizacyjną i promocyjną dla różnorodnych działań z wysokiej klasy filmem dokumentalnym, skierowanych do szerokiej publiczności, do branży filmowej i do obrońców praw człowieka. Wraz z naszym festiwalem objazdowym, który w 2016 r. odwiedził 40 polskich miejscowości, i festiwalem on-line WATCH DOCS w zeszłym roku zgromadził ponad 100 tys. widzów.

1 <http://www.watchdocs.pl>

2 <http://www.humanrightsfilmnetwork.org/>

Około 60 filmom zaprezentowanym na 16. MFF WATCH DOCS w dziewięciu sekcjach programowych towarzyszyły dyskusje panelowe, prezentacje, spotkania z twórcami i ekspertami, wykład mistrzowski Baraka Heymanna, wystawa fotografii kolektynu Sputnik Photos *Stracone terytoria: Osad* w CSW Zamek Ujazdowski, a 16 grudnia 2016 r. jeszcze konferencja o równości płci w europejskim przemyśle filmowym. Filmowe programy tematyczne poświęcone były prawnicowemu populizmowi, zagrożonym dziennikarzom, przestrzeni porażającej i manipulowaniu pamięcią historyczną. Nagrodę im. Marka Nowickiego odebrał wybitny szwedzki dokumentalista irańskiego pochodzenia Nima Sarvestani, a gościem honorowym festiwalu był znakomity pisarz Jonathan Littell, debiutujący w roli dokumentalisty obrazem *Szkodliwe jednostki*. Projekcje odbywały się w ośmiu salach – w kinie Muranów, CSW Zamek Ujazdowski, Kinie Antropos w Państwowym Muzeum Etnograficznym i w Muzeum Historii Żydów Polskich POLIN. W przygotowaniu i realizacji festiwalu wzięło udział ponad 100 wolontariuszy. Organizacja MFF WATCH DOCS w 2016 r. była możliwa dzięki wsparciu Biura Kultury m.st. Warszawy, Open Society Foundations, Polskiego Instytutu Sztuki Filmowej, a także licznych innych mecenasów i partnerów, w tym wielu zagranicznych placówek dyplomatycznych oraz instytucji kulturalnych.

15 grudnia, gdy zamykaliśmy festiwal w Warszawie, w Mińsku nasi koledzy z białoruskiej pozarządowej organizacji Zvyano otwierali 2. edycję WATCH DOCS Belarus. Tym razem zorganizowali ją nie tylko w Mińsku, ale i w Grodnie – bez zagranicznych grantów, przy ogromnym zaangażowaniu wolontariuszy, w tym profesjonalnych tłumaczy, i z obywatelskich składek. Imponują nam odwagą, zdolnością do samoorganizacji i naprawdę autentycznym poczuciem wolności.

A w planach na ten rok mają dotarcie z festiwalem do kolejnych miejscowości.

To zresztą niejako naturalna droga rozwoju. Przygotowanie międzynarodowego festiwalu pochłania tyle energii i czasu, a sam „produkt” jest tak ulotny, że organicznie niemal prowadzi do decyzji, żeby z wybranymi filmami, wiedzą i siecią kontaktów zrobić coś więcej. Tak jak wcześniej litewski festiwal filmów o prawach człowieka Inconvenient Films, który powstał w ramach naszego festiwalu objazdowego, a dziś jest w pełni niezależnym i jednym z największych festiwali filmowych na Litwie, wyszedł z Wilna także do innych miast, a DocuDays.UA – kijowski festiwal, przy którego powstaniu także pomagaliśmy – organizuje rekordową wręcz liczbę festiwali i pokazów we wszystkich regionach Ukrainy. Przy czym nie opuścił bynajmniej ani Krymu, ani Donbasu, a haśle o kinie, które dociera tam, gdzie słowo jest już bezsilnie, okazało się wstrząsająco prawdziwe.

Nasz festiwal objazdowy od lat daje nam największą chyba motywację do działania. To autentyczny grassroots. Nigdy nie był inicjowany z Warszawy. Powstał – w 2003 r. – i rozwija się wyłącznie w wyniku inicjatyw oddolnych, z którymi zwracają się do nas instytucje i grupy pragnące zorganizować swój własny WATCH DOCS. Obecnie festiwal objazdowy odbywa się w około 40 polskich miejscowościach, dużych, małych i bardzo małych, przy współpracy ponad 70 partnerów instytucjonalnych z różnych sektorów. Są wśród nich kina studyjne, teatry i inne placówki kulturalne, szkoły wyższe, samorządy, organizacje pozarządowe, a nawet osoby prywatne. Poszczególne festiwale różnią się między sobą formułą, skalą, grupami adresatów. Poza projekcjami kinowymi niektóre intensywnie pracują ze szkołami (np. Rzeszów), inne organizują też m.in. pokazy w aresztach śledczych czy więzieniach (np. Częstochowa). Nie wszystko zawsze się udaje – oprócz spektakularnych sukcesów frekwencyjnych zdarzają się i pustawe sale. I tak musi być – festiwal pracuje „na energii” lokalnych koordynatorów, którzy mają więcej lub mniej czasu, zasobów czy zapału. Bywa, że stoją za nimi prężne instytucje w dużych miejskich ośrodkach, ale zdarza się i tak, że działają prawie w pojedynkę. Warszawski

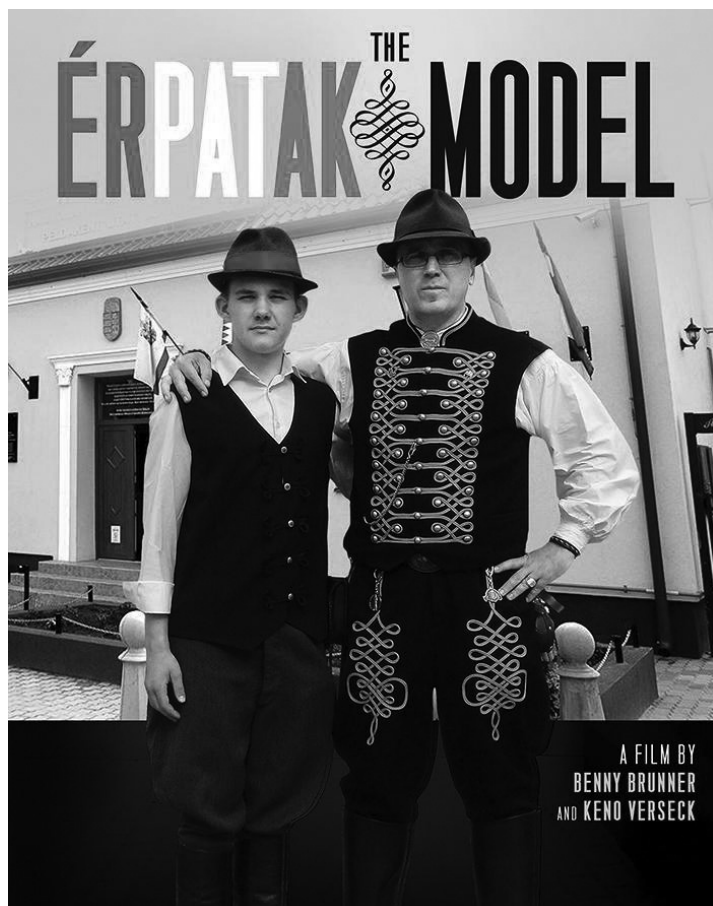


Kadr z filmu *Szkodliwe jednostki* w reż. Jonathana Littela

zespół festiwalowy zapewnia wybór filmów z repertuaru festiwalu w Warszawie – prawa i nośniki, wzór materiałów graficznych i opiekę merytoryczną – ale niemal cały ciężar fundraisingowy, organizacyjny i promocyjny spoczywa na lokalnych koordynatorach. To oni ostatecznie wybierają filmy i przygotowują program imprez towarzyszących projekcji – mogą więc mieć i mają w odniesieniu do swoich festiwali poczucie współautorstwa. My staramy się wzmocnić edukacyjny aspekt festiwalu objazdowego, korzystając z szerokiego zaplecza eksperckiego HFPC – w 2016 r. warsztaty, wykłady i spotkania z ekspertami znacznie wzbogaciły ofertę festiwalową, odpowiadając na zgłaszane nam często przez lokalnych współorganizatorów zapotrzebowanie.

Nową formą społeczną, niekomercyjnej dystrybucji wartościowego artystycznie filmu dokumentalnego podejmującego tematy ważne dla praw człowieka był zrealizowany z sukcesem w 2016 r. pilotażowy projekt „WATCH DOCS. Zrób to sam”. Siedem wybitnych dokumentów udostępniano wszystkim osobom i instytucjom w Polsce chętnym zorganizować publiczny lub prywatny, nieodpłatny pokaz, połączony z debatą lub rozmową. Filmy zostały zaopatrzone przez fundacyjnych ekspertów w materiały edukacyjne. Pokazy organizowano w najróżniejszych środowiskach i miejscach,

od mieszkań prywatnych, wiejskich świetlic i bibliotek, przez domy i ośrodki kultury, kawiarnie, kluby, przestrzeń publiczną (np. rynek w Lubartowie), szkoły wszystkich szczebli, zakłady karne i organizacje pozarządowe, po duże instytucje kultury. Innowacyjny na gruncie polskim format „WATCH DOCS. Zrób to sam” otwiera spore możliwości przyciągania osób rzadko uczestniczących w kulturze i nieinteresujących się na co dzień prawami człowieka. Jest wzorowany na innowacyjnym projekcie naszego czeskiego partnera – praskiego festiwalu One World. W Czechach okazało się, że np. w niektórych pubach, gdzie zwykle ogląda się mecze, ludzie chcieli też oglądać film o Annie Politkowskiej i rozmawiać o sytuacji niezależnych dziennikarzy w Rosji.



Do jeszcze szerszego kręgu odbiorców niż festiwal objazdowy i „WATCH DOCS. Zrób to sam” dociera festiwal w internecie. Dzięki współpracy z Onet.pl i radiem TOK FM w ciągu dwóch grudniowych tygodni kilkadziesiąt tysięcy widzów

obejrzało osiem filmów udostępnionych bezpłatnie wszystkim użytkownikom komputerów z polskimi adresami IP. Przebojem (27 711 odsłon) okazał się *Model Erpatak* – dokumentalna groteska o ultraprawicowym węgierskim sołtysie.

Docieranie do jak najszerszej publiczności to więc jeden, oczywisty zresztą kierunek rozwoju festiwalu. Drugim jest zbliżanie dwóch szczególnych grup odbiorców naszych działań – europejskich dokumentalistów i obrońców praw człowieka. Środowiska te wciąż zbyt rzadko ze sobą współpracują, znacznie rzadziej, niż dzieje się to choćby w Ameryce. Stąd pomysł FUTURE DOCS – projektu, którego pierwsza, pilotażowa edycja dobiegła końca w czerwcu 2016 r. FUTURE DOCS to platforma kreatywnych spotkań poszukujących inspiracji dokumentalistów z obrońcami praw człowieka, znajdującymi nie tylko ważne, a często słabo reprezentowane w dyskursie publicznym społeczno-polityczne problemy, ale i poruszające ludzkie historie, które się za nimi kryją. Warsztaty w Warszawie i w Pradze zaowocowały ośmioma zaawansowanymi projektami filmów dokumentalnych na ważne, ale rzadko poruszane tematy z dziedziny praw człowieka, a nasz projekt zainspirował też inne festiwale do podjęcia podobnych inicjatyw na skalę lokalną – przy współpracy z zespołem festiwalowym wzorowane na FUTURE DOCS fora powstały w Rumunii i w Gruzji. Najbardziej obiecujący projekt filmowy – „The Winning Generation” – o armeńskich więźniach politycznych, przygotowywany we współpracy włosko-holenderskiego dokumentalisty i działaczki z Armenii otrzymał nagrodę FUTURE DOCS – 7 tys. euro na dalszy rozwój.

Nabór filmów na grudniowy 17. MFF WATCH DOCS jest już otwarty, a od maja trwa nabór na kolejną, ulepszoną edycję FUTURE DOCS. Zapraszamy!

Maciej Nowicki – Dyrektor Międzynarodowego Festiwalu WATCH DOC's "Prawa człowieka w Filmie", wiceprezes Zarządu Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka.

Prawa dzieci – nowe otwarcie

Marcin Wolny



Przetom lat 2016/2017 to dla Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka początek dwóch projektów poświęconych prawom dzieci. Oba nastawione są na przyjrzenie się sytuacji tych dzieci, które mają kontakt z wymiarem sprawiedliwości i placówkami dla nieletnich. Wspólnym mianownikiem projektów jest też sponsor – Komisja Europejska – oraz organizacja koordynująca – DCI Belgium.

Zaangażowanie Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka (HFPC) w te projekty stanowi naturalną konsekwencję naszych dotychczasowych inicjatyw zarówno w zakresie praw dzieci, jak i działań na rzecz zwiększania gwarancji procesowych w ramach postępowań prowadzących do pozbawienia wolności jednostki.

Pierwszym z nowych wyzwań HFPC jest projekt „My lawyer, my rights – enhancing children’s rights in criminal proceedings in the EU”, koordynowany przez adv. Katarzynę Wiśniewską. Oprócz Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka w projekcie tym uczestniczą: Defence for Children International, Child Law Clinic, Bulgarian Helsinki Committee, Child Circle, DLA Piper oraz European Criminal Bar Association.

Projekt skupia się na formalnych i praktycznych aspektach prawa dzieci do obrony w postępowaniu karnym. Jego głównym celem jest wsparcie państw członkowskich Unii Europejskiej w poprawnym wdrożeniu do krajowych porządków prawnych dwóch dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady. Pierwszą jest Dyrektywa 2013/48/EU 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. Drugą zaś Dyrektywa 2016/800 w sprawie gwarancji procesowych dla dzieci będących podejrzanymi lub oskarżonymi w postępowaniu karnym.

Środkiem realizacji projektu będzie stworzenie przez organizację uczestniczącą 15 raportów ukazujących, jak w danym państwie prezentuje się przysługujące dzieciom prawo do obrony w postępowaniu karnym, a także postępowaniu w sprawach nieletnich. Raporty pozwolą na porównanie krajowych porządków prawnych z tekstem dyrektyw. Z jednej strony umożliwi to ocenę jakości transpozycji dyrektywy 2013/48/EU do systemów prawnych państw członkowskich, z drugiej zaś wskaże potencjalne obszary, które nie są zgodne z treścią dyrektywy 2016/800. Termin implementacji tej ostatniej dyrektywy mija bowiem dopiero w 2019 r.

Jednocześnie oparcie części ustaleń na wywiadach z prawnikami reprezentującymi dzieci w postępowaniach karnych oraz postępowaniu w sprawach nieletnich, a także z ekspertami z zakresu resocjalizacji pozwoli na ukazanie praktycznych aspektów funkcjonowania prawa do obrony.

Ponadto w ramach projektu opracowane zostaną dwa podręczniki. Pierwszy będzie miał za zadanie ułatwienie prawnikom pracującym z dziećmi samokształcenia się na temat praw dzieci i standardów pracy z nimi. Drugi będzie adresowany do wszystkich instytucji, które uczestniczą w kreowaniu systemu odpowiedzialności nieletnich. W założeniu ma on pokazać, jak budować taki system w zgodzie z międzynarodowymi standardami ochrony praw dzieci oraz dyrektywami 2013/48 i 2016/800.

Oba podręczniki zostaną przedstawione Radzie Doradczej składającej się m.in. z przedstawicieli ministerstw sprawiedliwości poszczególnych państw uczestniczących w projekcie. W rezultacie uzyskają opinie podmiotów najbardziej zaangażowanych w implementację dyrektyw.

Elementem praktycznym projektu będzie przeprowadzenie kilkunastu szkoleń dla adwokatów i radców prawnych reprezentujących dzieci. W ich trakcie prawnicy zapoznają się ze standardami reprezentowania dzieci, co pozwoli im w przyszłości lepiej realizować rolę „prawnika dziecka”.

Drugi z projektów, „CRBB 2.0 A participatory path toward reintegration”, stanowi kontynuację wcześniejszej aktywności HFPC i DCI. W ramach pierwszej edycji tego projektu opracowany został podręcznik do monitorowania placówek dla nieletnich¹. Jego polska wersja ukaże się wkrótce jako wspólna publikacja Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka oraz Rzecznika Praw Dziecka.

W drugiej odsłonie projektu uczestniczą, obok Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, takie organizacje jak: DCI – Belgium, The Howard League, DCI – Italy oraz Ministerstwo Sprawiedliwości Włoch. Koordynatorem projektu ze strony HFPC będzie adw. Marcin Wolny.

Projekt skupi się na promocji podręcznika wśród wszystkich uczestniczących w systemie placówek dla nieletnich. Trafi więc do dyrektorów placówek, nadzorujących ich organów państwa, także do organizacji pozarządowych. Z jednej strony zaprezentuje obszary, na które zwracają uwagę podmioty monitorujące placówki dla nieletnich. Z drugiej zaś wskaże szczególne metody i wymagania takiego monitoringu. Oprócz tego podręcznik zostanie zaprezentowany przedstawicielom Krajowych Mechanizmów Prewencji z całej Europy. Przyczyni się tym samym do promocji i ujednolicenia standardów monitorowania jednostek, w których dzieci zostały pozbawione wolności.

¹ Wersja angielska podręcznika dostępna jest pod adresem: http://www.childrensrightsbehindbars.eu/images/Guide/Practical_Guide.pdf (dostęp: 26.02.2017).

Drugim elementem projektu będzie przeprowadzenie warsztatów dla pracowników dwóch placówek dla nieletnich. Celem będzie wspólne wypracowanie narzędzia do samooceny placówek dla nieletnich. Stanowić to będzie naturalne uzupełnienie podręcznika do monitorowania jednostek resocjalizacyjnych. Ułatwi więc zapoznanie się z międzynarodowymi standardami pracy z nieletnimi, jak i ich stosowanie w praktyce.

Ponadto w ramach projektu zostaną przeprowadzone precedensowe warsztaty dla nieletnich przebywających w jednostkach resocjalizacyjnych. Celem będzie zapoznanie dzieci – za pomocą takich form, jak teatr, film, prace artystyczne i ćwiczenia praktyczne – ze zjawiskiem monitorowania przestrzegania ich praw.

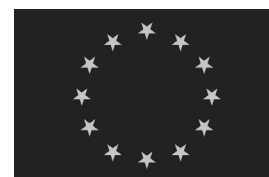
Projekt zakłada też zorganizowanie warsztatów dla różnych podmiotów występujących w procesie reintegracji wychowanków placówek dla nieletnich, a więc sędziów, pracowników socjalnych, kuratorów oraz przedstawicieli organizacji społecznych.

Podsumowaniem projektu będzie raport krajowy opisujący rezultaty wspomnianych działań oraz opracowanych narzędzi. Ponadto powstanie podręcznik na temat tego, jak poprawiać warunki przebywania nieletnich w placówkach resocjalizacyjnych, oraz prezentujący perspektywy ich reintegracji.

HFPC zakłada, że ostatnim, wymiernym efektem obu projektów będzie poprawa przestrzegania praw dziecka w Polsce.

Marcin Wolny – prawnik HFPC. Zajmuje się problematyką nieletnich pozbawionych wolności, zjawiskiem niestusznych skazań oraz monitoringiem procesu legislacyjnego; adwokat.

Projekty „My lawyer, my rights – enhancing children’s rights in criminal proceedings in the EU” oraz „CRBB 2.0 A participatory path toward reintegration” są finansowane ze środków Komisji Europejskiej, odpowiednio z programów „Criminal Justice” oraz „Rights, Equality and Citizenship”.





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 wspierający:

CLIFFORD
CHANCE

e|n|w|c
Attorneys at Law

— (S) —
Leśnodorski Ślusarek
i asystenci

Partnerzy główni:

Weil

(m) MAGNUSSON

WAR WSP
DYŃ ÓLN
SKI+ ICY.

GDS
Chajec
Don-Siemion
& Zyto