

Michał Kowalski*

**POŚREDNIE NARUSZENIE ZOBOWIĄZANIA
Z EUROPEJSKIEJ KONWENCJI PRAW CZŁOWIEKA
– UWAGI NA TLE WYROKÓW W SPRAWACH
AL NASHIRI PRZECIWKO POLSCE
I HUSAYN (ABU ZUBAYDAH) PRZECIWKO POLSCE**

WSTĘP

Zapadłe w dniu 24 lipca 2014 r. dwa wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETiPC lub Trybunał) w sprawach *Al Nashiri przeciwko Polsce*¹ i *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce*², czyli wyroki w tzw. sprawach tajnych więzień CIA w Polsce, zasługują na uwagę i pogłębioną analizę nie tylko dlatego, że należą do tej grupy wyroków, która budzi szerokie zainteresowanie polskiej

* dr hab. Michał Kowalski, Zakład Prawa Międzynarodowego Publicznego, Wydział Prawa i Administracji UJ

¹ Wyrok izby ETiPC w sprawie *Al Nashiri przeciwko Polsce* z dnia 24 lipca 2014 r., skarga nr 28761/11; pełny tekst wyroku, jak również teksty innych niżej powoływanych orzeczeń Trybunału, dostępne są w zbiorze HUDOC pod adresem: www.cmiskp.echr.coe.int (stan z 1 maja 2015 r.).

² Wyrok izby ETiPC w sprawie *Husayn (Abu Zubaydah) przeciwko Polsce* z dnia 24 lipca 2014 r., skarga nr 7511/13. Oba powoływane wyroki są niemal literalnie zbieżne. Dla większej klarowności wyводу w dalszej części opracowania powoływany będzie jedynie wyrok w sprawie *Al Nashiri*.

i międzynarodowej opinii publicznej, ale przede wszystkim ze względu na ich doniosłość o charakterze prawnym. Stanowią one bowiem ważny głos w dyskusji o granicach wyznaczanych przez regulacje gwarantujące prawa człowieka w podejmowanych przez państwa działaniach mających na celu zwalczanie terroryzmu międzynarodowego. Równocześnie wyroki te, których uzasadnienia są – nawet jak na standardy strasburskie – bardzo obszerne, dotyczą wielu ważnych zagadnień z zakresu stosowania i interpretacji Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej: EKPC)³. Jako takie stanowić mogą – i ze wszech miar powinny – cenny punkt odniesienia dla szerszej dyskusji o prawie EKPC.

Zarzuty, na których oparto skargi, były bardzo szerokie i w konsekwencji Trybunał dopatrywał się naruszeń przez Polskę szeregu zobowiązań wynikających z EKPC. Najcięższy wymiar ma niewątpliwie stwierdzenie odpowiedzialności Polski za naruszenia w aspekcie materialnym art. 3 EKPC, czyli zakazu tortur, niehumanicznego lub poniżającego traktowania albo karania. Odpowiedzialność tę Trybunał wywiódł ze współpracy władz polskich z władzami amerykańskimi w prowadzonym przez te ostatnie poza terytorium USA programie zatrzymań i przesłuchań osób podejrzanych o terroryzm (program ten najczęściej, choć nie wyłącznie⁴, określany był jako program dotyczący zatrzymanych osób o wysokiej wartości; ang. *High-Value Detainees Program*; dalej: program HVD) w zakresie w jakim program ten miał miejsce na terytorium Polski. Trybunał uznał ponadto, że Polska naruszyła art. 3 EKPC w aspekcie proceduralnym przez brak przeprowadzenia skutecznego postępowania wyjaśniającego dotyczącego zarzucanego przez skarżących narażenia ich na zabronione w art. 3 EKPC traktowanie. Trybunał uznał również, że Polska przez wyżej wymienioną współpracę z władzami amerykańskimi ponosi także odpowiedzialność za naruszenia gwarancji wynikających z art. 5 EKPC przez umożliwienie pozbawienia wolności (w autonomicznym znaczeniu konwencyjnym) skarżących na terytorium Polski bez odpowiednich gwarancji prawnych. Polska naruszyła też w ocenie Trybunału gwarantowane w art. 8 EKPC prawo skarżących do poszanowania ich życia prywatnego i rodzinnego. Trybunał uznał ponadto, że w całym powyższym zakresie skarżący nie mieli zagwarantowanego skutecznego krajowego środka odwoławczego i uznał odpowiedzialność Polski za naruszenie art. 13 EKPC z związku z art. 3, 5 i 8 EKPC. Trybunał dopatrywał się też szeregu naruszeń wynikających z umożliwienia przez Polskę przekazania skarżących poza

³ Europejska konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Dz.U. 1993 Nr 61, poz. 284 z późn. zm.

⁴ Zob. np. *Al Nashiri...*, par. 48.

swoje terytorium, co skutkowało możliwością narażenia ich tam na naruszenia praw wynikających z EKPC, tj. pozbawienie ich prawa do rzetelnego procesu sądowego (art. 6 ust. 1 EKPC), jak również przez narażenie jednego ze skarżących (*Al Nashiri*) na karę śmierci (art. 2 i 3 EPKC w związku z art. 1 Protokołu dodatkowego nr 6 do EKPC). Ponadto Trybunał stwierdził naruszenie przez Polskę art. 38 EKPC przez niewywiązanie się z obowiązku współpracy z Trybunałem.

Powyższe wyliczenie wyraźnie wskazuje na jak szeroką materię prawną mamy do czynienia i w pełni tłumaczy wręcz książkowy format uzasadnień Trybunału. Wiele powyższych zagadnień ma bez wątpienia niezwykle doniosłość, ale też pozostaje – przynajmniej w pewnym zakresie – kontrowersyjna. Taki charakter ma niewątpliwie kwestia stwierdzenia naruszenia przez Polskę obowiązku współpracy z Trybunałem przy całkowitym pominięciu przez Trybunał poważnych zarzutów dotyczących braku procedury regulującej udostępnianie Trybunałowi i wykorzystywanie przez niego informacji o charakterze niejawnym na gruncie prawa krajowego, oraz przy nieuwzględnieniu propozycji ze strony władz polskich, co do form zapoznania się przez Trybunał ze szczegółami prowadzonego w Polsce postępowania przygotowawczego w zakresie w jakim obejmowało ono informacje niejawne. Nie sposób jednak nie zauważyć, że o ile brak takiej procedury, jak również nieuwzględnienie propozycji strony rządowej w tym zakresie, należy oceniać krytycznie, to kwestia ta nie dawała szans powodzenia na uwzględnienie opartego na niej przez stronę rządową wniosku o przekazanie spraw do ponownego rozpatrzenia przez wielką izbę Trybunału na podstawie art. 43 EKPC. Nieuwzględnienie wniosku przez panel pięciu sędziów Trybunału, które doprowadziło do tego, że wyroki izby z 24 lipca 2014 r. stały się z dniem 16 lutego 2015 r. ostateczne, nie może więc dziwić.

Inną kontrowersyjną kwestią jest też na przykład zasądzenie przez Trybunał wysokich kwot zadośćuczynienia opiewających na kwotę stu tysięcy euro dla każdego ze skarżących. O ile obiektywnie wysoka kwota zadośćuczynienia wpisuje się w średnią zasądzaną w sprawach o podobnym ciężarze gatunkowym, o tyle wykształcona linia orzecznicza, zgodnie z którą Trybunał abstrahuje od charakterystyki działalności skarżących, która ewidentnie zaprzecza wartościom leżącym u podstaw EKPC i jako taka zasługuje na potępienie, musi budzić poważne wątpliwości. W rozważanych sprawach jest to tym bardziej uderzające, że jeden ze skarżących był i jest w dalszym ciągu objęty sankcjami międzynarodowymi za wspieranie terroryzmu międzynarodowego, co uniemożliwiało bezpośrednie wypłacenie mu kwoty zadośćuczynienia i zmusiło polskie władze do wystąpienia o wskazania specjalnego rachunku depozytowego stworzonego w tym celu.

Nie podejmując szerszej tego zagadnienia warto jednak przypomnieć wcześniejszą linię orzecznictwą, zgodnie z którą skarżącym zaangażowanym w działalność terrorystyczną lub inną zasługującą na potępienie zadośćuczynienia właśnie z tego powodu nie zasądano⁵.

Powyższe przykłady dobitnie wskazują na szeroki i zróżnicowany charakter kwestii prawnych podejmowanych w wyrokach z 24 lipca 2014 r. W niniejszym opracowaniu, ze względu na jego charakter, uwagi zostaną ograniczone tylko do jednej kwestii szczegółowej. Analizie poddana zostanie kwestia stwierdzenia przez Trybunał odpowiedzialności Polski za naruszenie art. 3 EKPC w jego materialnym aspekcie. Ma to kilkuaspektowe uzasadnienie.

Przede wszystkim stwierdzenie materialnego naruszenia przez państwo-stronę EKPC zakazu tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania – uwzględniając zwłaszcza peremptoryjny charakter tego zakazu – stanowi bez wątpienia jedno z najpoważniejszych możliwych naruszeń standardów EKPC⁶. W kontekście wyroku dotyczącego zwalczania terroryzmu międzynarodowego, który to wyrok budzi szerokie zainteresowanie międzynarodowej opinii publicznej, ma to dodatkowo szczególnie wymiar pozaprawny.

Po drugie, stwierdzenie odpowiedzialności Polski w tym zakresie i w związku z faktem, że bezpośrednich działań spełniających znamiona tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania w rozumieniu art. 3 EKPC dopuszczali się na terytorium Polski przedstawiciele państwa trzeciego, wiąże się z wnioskowaniem Trybunału dotyczącym styku problematyki odpowiedzialności państwa-strony EKPC i ogólnych zasad odpowiedzialności międzynarodowej państw za czyny bezprawne. W tym kontekście wyroki w sprawach *Al Nashiri* i *Abu Zubaydah* wpisują się w orzeczenia Trybunału, w których odnosi się on do reżimu odpowiedzialności międzynarodowej państw w sposób, który – w pewnych sytuacjach – budzi wątpliwości co do jego spójności.

Po trzecie wreszcie, stwierdzenie odpowiedzialności Polski za naruszenia art. 3 EKPC w jego materialnym aspekcie wpisuje się w zróżnicowane w swym

⁵ Tak na przykład w głośnej sprawie dotyczącej zamachu przygotowywanego przez członków Irlandzkiej Armii Republikańskiej, w której Trybunał uznał odpowiedzialność władz brytyjskich z art. 2 EKPC: wyrok wielkiej izby ETiPC w sprawie *McCann i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z dnia 27 września 1995 r., skarga nr 18984/91.

⁶ O koncepcji tzw. „poważnych naruszeń praw człowieka” w kontekście kwalifikacji naruszeń zobowiązań z EKPC zob. szeroko: M. Balcerzak, *Odpowiedzialność państwa-strony Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Studium prawnomiędzynarodowe*, Toruń 2013, s. 101–113.

charakterze założenia interpretacyjne Trybunału, które prowadzą do uznawania odpowiedzialności konwencyjnej państwa-strony w sytuacji, którą można określić jako pośrednie naruszenia zobowiązania konwencyjnego, czyli takiej, w której Trybunał uznaje odpowiedzialność danego państwa-strony EKPC, pomimo tego, że bezpośredniego naruszenia wartości gwarantowanej EKPC dopuszcza się inny podmiot. O szczegółowym rozumieniu pośredniego naruszenia zobowiązania konwencyjnego będzie mowa poniżej. W tym miejscu warto jednak podkreślić, że wyroki w sprawach *Al Nashiri* i *Abu Zubaydah* wyraźnie pokazują, że taka tendencja interpretacyjna wyraźnie zwiększa zakres zobowiązań państw-stron EKPC. W rozważanym kontekście dotyczy to nie tylko stwierdzenia materialnego naruszenia art. 3 EKPC, ale także jego naruszenia proceduralnego, jak również innych naruszeń zobowiązań konwencyjnych stwierdzonych przez Trybunał w omawianych wyrokach. Ten szerszy kontekst będzie uwzględniony w poniższej analizie.

1. POŚREDNIE NARUSZENIE ZOBOWIĄZANIA Z EKPC

EKPC jako wielostronna umowa międzynarodowa gwarantująca zawarte w niej prawa człowieka jest źródłem zróżnicowanych zobowiązań dla jej państw-stron, które to zobowiązania skutkują odpowiedzialnością międzynarodowoprawną państwa-strony w sytuacji ich naruszeń. Szerokiej analizy odpowiedzialności państwa-strony EKPC dokonał niedawno w polskiej literaturze przedmiotu Michał Balcerzak. Należy podzielić jego pogląd, że „*dla rozważań na temat odpowiedzialności decydujące jest nie tylko istnienie zobowiązania prawnomiędzynarodowego (odpowiedź na pytanie »za co« odpowiada państwo-strona), ale także ustalenie »czy i jak« doszło do naruszenia tego zobowiązania oraz jakie należy z tym wiązać skutki prawne. Zatem z punktu widzenia odpowiedzialności międzynarodowej adekwatne wydaje się spojrzenie nie tylko na typologię zobowiązań międzynarodowych per se, lecz także na typologię kategorii ich naruszeń*”⁷. W konsekwencji w powoływanej pracy proponowane są – z gruntownym osadzeniem ich w dorobku orzeczniczym Trybunału i w doktrynie przedmiotu – klasyfikacje naruszeń EKPC ze względu na treść oraz ze względu na rodzaj zobowiązania, oraz z uwzględnieniem aspektów temporalnych a także problematyki jurysdykcji państwa-strony, jak również kwestii przypisywania naruszenia państwu-stronie EKPC. Propozycje te nie uwzględniają

⁷ *Ibidem*, s. 62 (podkreślenia w oryginale).

koncepcji pośredniego naruszenia zobowiązania z EKPC. Uprawnia to do stwierdzenia, że ani sam Trybunał, ani też doktryna nie posługują się zasadniczo pojęciem pośredniego naruszenia EKPC⁸. Pomimo tego warto zastosowanie takiego pojęcia rozważyć.

Jak wspomniano wyżej, pośrednie naruszenie zobowiązania konwencyjnego rozumiem jako pojęcie oznaczające sytuację, w której Trybunał uznaje odpowiedzialność danego państwa-strony EKPC, pomimo tego, że bezpośredniego naruszenia wartości chronionej na mocy EKPC dopuszcza się inny podmiot. Nie ma przy tym znaczenia, czy odpowiedzialność państwa-strony EKPC wynika z niewypełnienia jego pozytywnego zobowiązania do powstrzymania innego podmiotu działającego pod jego jurysdykcją przed naruszeniem wartości konwencyjnej, czy też na przykład wynika z przypisania państwu-stronie EKPC działań innego podmiotu, które mają miejsce poza jego jurysdykcją terytorialną. W proponowanym rozumieniu kluczowe dla odróżnienia bezpośredniego i pośredniego naruszenia zobowiązania państwa-strony EKPC jest to, że w tej drugiej sytuacji, to nie jego działanie jest źródłem naruszenia wartości chronionej. To bardzo proste w swej istocie rozróżnienie pozwala dostrzec pewien wspólny mianownik we wspomnianych wyżej typologiach zobowiązań i wydaje się pomocne w analizie wyroków Trybunału, czego sprawy *Al Nashiri* i *Abu Zubaydah* wydają się dobrym potwierdzeniem. Poniżej przedstawiono cztery kategorie naruszenia zobowiązania z EKPC, które mogą być określone jako pośrednie i których ujęcie jako takie będzie pomocne w analizie omawianych wyroków we wskazanym zakresie.

1.1. Po pierwsze, przez pryzmat pośredniego naruszenia zobowiązania z EKPC można postrzegać koncepcję zobowiązań pozytywnych. Tradycyjnie zobowiązania negatywne i pozytywne wyróżnia się ze względu na odmienny rodzaj zobowiąza-

⁸ Nie zidentyfikowano uzasadnienia wyroku, w którym Trybunał posługiwałby się wprost tym pojęciem. W doktrynie pojęcie to jest używane incydentalnie – tak np. w N. Burri, *Bravery or Bravado? The Protection of News Providers in Armed Conflict*, Leiden 2015, s. 213 (odnośnie do pośredniego naruszenia art. 10 EKPC stwierdzonego w wyroku izby EİPC w sprawie *Dink przeciwko Turcji* z 11 września 2010 r. skarga nr 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 i 7124/09). Natomiast o bezpośrednim naruszeniu zobowiązania z EKPC (w kontekście art. 4) i o tym, że na podstawie EKPC „państwa nie ponoszą bezpośredniej odpowiedzialności za działania (zaniechania) podmiotów prywatnych” pisze Leszek Garlicki: L. Garlicki, Art. 4, [w:] L. Garlicki (red.), *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1–18*, t. I, Warszawa 2010, s. 140.

nia⁹. W tradycyjnym ujęciu koncepcji praw człowieka, zwłaszcza tych określanych jako prawa człowieka pierwszej generacji, a więc praw osobistych (obywatelskich) i politycznych, dominuje po stronie państwa jako podmiotu zobowiązanego negatywny obowiązek nieingerencji w wartości, które muszą być pozostawione woli jednostki i stanowią właśnie sferę praw człowieka wolną od ingerencji władzy publicznej – mamy więc do czynienia przede wszystkim z negatywnym obowiązkiem państwa nakierowanym na relację pomiędzy władzą a jednostką. Oczywiście jest jednak, że ochrona gwarantowanych jednostce praw może – a nawet w pewnych okolicznościach musi – powodować po stronie władzy publicznej konieczność podjęcia określonych działań. W takiej sytuacji mamy do czynienia ze zobowiązaniem pozytywnym po stronie władzy publicznej¹⁰.

Można wyróżnić dwa główne rodzaje takiego zobowiązania pozytywnego¹¹. Po pierwsze, do realizacji danego prawa przez uprawnioną jednostkę konieczne może być podjęcie odpowiedniego działania przez państwo. Mamy wtedy do czynienia z relacją pomiędzy jednostką jako podmiotem uprawnionym z jednej strony a państwem jako podmiotem zobowiązanym do ochrony z drugiej strony. To jednak, co interesuje nas w kontekście pojęcia pośredniego naruszenia, to drugi rodzaj, w którym po stronie państwa istnieje pozytywny obowiązek podjęcia działania, które uniemożliwi naruszenie gwarantowanej wartości przez inny podmiot prywatny (aktora niepaństwowego). W tej sytuacji mamy do czynienia z relacją pomiędzy uprawnioną jednostką a innymi podmiotami prywatnymi, w którą państwo może być zobowiązane ingerować. Stąd tę drugą sytuację tradycyjnie określa się mianem horyzontalnego działania praw człowieka. To co pozwala w tej sytuacji mówić o pośrednim naruszeniu zobowiązania, to okoliczność, że bezpośrednie naruszenie wartości konwencyjnej nie wynika z działania zobowiązanego państwa, lecz innego podmiotu. Przy czym aktem międzynarodowo bezprawnym generującym odpowiedzialność międzynarodowoprawną państwa jest oczywiście zachowanie państwa polegające na zaniechaniu. W tym kontekście koncepcja zobowiązań pozytywnych państwa-strony EKPC wpisuje się w zasady odpowiedzialności międzynarodowoprawnej państw.

To jednak co może jawić się kontrowersyjne, to fakt, że niezwykle szeroko interpretowana przez Trybunał koncepcja zobowiązań pozytywnych skutkuje

⁹ M. Balcerzak, *op. cit.*, s. 92 i n. i tam cytowana literatura.

¹⁰ M. Kowalski, *Zobowiązania pozytywne*, [w:] M. Balcerzak, S. Sykuna, *Leksykon praw człowieka – 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2010, s. 556–561.

¹¹ *Ibidem* i tam cytowana literatura.

bardzo znaczącym rozszerzeniem zakresu odpowiedzialności państwa-strony. Jest to tym bardziej problematyczne, że Trybunał nie wypracował do tej pory spójnej koncepcji normatywnej zobowiązań pozytywnych, co czyni jego orzecznictwo w tym zakresie stosunkowo nieprzewidywalnym. Co więcej, uprawnionym wydaje się twierdzenie – czego przykłady znajdują się poniżej – że do pewnego stopnia koncepcja zobowiązań pozytywnych staje się dla Trybunału swoistym wytrychem i nakłada się na ustalenia (czy wręcz je zastępuje) dotyczące przypisania państwu działań innych podmiotów – tak aktorów niepaństwowych, jak i innych państw.

1.2. Druga sytuacja, w której uzasadnionym jest mówienie o pośrednim naruszeniu EKPC dotyczy jednego z aspektu tzw. eksterytorialnego stosowania EKPC¹² rozszerzającego w określonych sytuacjach zakres zobowiązania państwa-strony do zapewnienia praw i wolności konwencyjnych jednostce znajdującej się poza jego jurysdykcją w znaczeniu terytorialnym. Nie chodzi tu o sytuację, w której mamy do czynienia z aktami państwa-strony poza jego terytorium, lecz z sytuacją, w której eksterytorialna odpowiedzialność państwa-strony rozciąga się na działania i zaniechania innych podmiotów – przede wszystkim aktów przedstawicieli władz terytorialnych reżimów *de facto*, nad którymi państwo-strona EKPC rozciąga swoją faktyczną jurysdykcję. Linia orzecznicza Trybunału w tym zakresie zaczęła kształtować się w kontekście Cypru Północnego (tzw. Turecka Republika Cypru Północnego)¹³ i rozwinęła następnie, między innymi, w sprawach dotyczących Naddniestrza (tzw. Naddniestrzańska Republika Mołdawska)¹⁴, a ostatnio także Górskiego Karabachu¹⁵. I w takiej więc sytuacji bezpośrednie naruszenie wartości konwencyjnej nie wynika z bezpośredniego działania zobowiązanego państwa, co pozwala mówić o pośrednim naruszeniu.

¹² Świadomie używam pojęcia „eksterytorialnego” stosowania EKPC jako, w moim przekonaniu, najlepiej odpowiadającego przyjętej tradycji językowej w języku polskim.

¹³ Zob. zwłaszcza wyrok izby EİrPC w sprawie *Loizidou przeciwko Turcji (zarzuty wstępne)* z dnia 23 marca 1995 r., skarga nr 15318/89 i wyrok wielkiej izby w sprawie *Cypr przeciwko Turcji* z dnia 10 maja 2001 r., skarga nr 25781/94.

¹⁴ Zob. wyrok wielkiej izby EİrPC w sprawie *Ilaşcu i inni przeciwko Mołdowie i Rosji* z dnia 8 lipca 2004 r., skarga nr 48787/99; wyrok izby EİrPC w sprawie *Ivantoc i inni przeciwko Mołdowie i Rosji* z dnia 15 listopada 2011 r., skarga nr 23687/05; wyrok wielkiej izby EİrPC w sprawie *Catan i inni przeciwko Mołdowie i Rosji* z dnia 19 października 2012 r., skargi nr 43370/04, 8252/05 i 18454/06.

¹⁵ Wyrok wielkiej izby EİrPC w sprawie *Chiragov i inni przeciwko Armenii* z dnia 16 czerwca 2015 r., skarga nr 13216/05.

Sprawy tego typu dotyczą zarówno kwestii jurysdykcji państwa-strony, jak i zasad przypisania jako elementu odpowiedzialności międzynarodowej państwa. Są to kwestie odrębne, ale trudne do jednoznacznego rozdzielenia. Na problemy Trybunału w tym względzie najdobitniej wskazuje uzasadnienie powoływanego wyżej wyroku w sprawie *Catan*. W sprawie tej chodziło przede wszystkim o zarzut naruszenia gwarantowanego w art. 2 pierwszego protokołu dodatkowego do EKPC prawa do nauki przez zamykanie przez władze Naddniestrza szkół z wykładowym językiem mołdawskim. Trybunał rozpatrując skargę wyraźnie podkreślił konieczność rozgraniczenia pomiędzy ustaleniem jurysdykcji państwa-strony a ustaleniem jego odpowiedzialności międzynarodowej przez przypisanie działań lub zaniechań skutkujących naruszeniem zobowiązań konwencyjnych. Stwierdził w tym kontekście, że *„Jurisdiction» under Article 1 is a threshold criterion. The exercise of jurisdiction is a necessary condition for a Contracting State to be able to be held responsible for acts or omissions imputable to it which give rise to an allegation of the infringement of rights and freedoms set forth in the Convention»¹⁶ i dalej – odnosząc się do swojego wcześniejszego dorobku orzeczniczego – że *„the test for establishing the existence of »jurisdiction« under Article 1 of the Convention has never been equated with the test for establishing a State’s responsibility for an internationally wrongful act under international law»¹⁷.**

Równocześnie jednak kiedy Trybunał po ustaleniu jurysdykcji rosyjskiej w rozumieniu art. 1 EKPC ze względu na stopień wojskowego, gospodarczego i politycznego wsparcia Rosji dla Naddniestrza (ale także ze względu na, jak się wyraził Trybunał, efektywną kontrolę sprawowaną przez Rosję nad władzami Naddniestrza – co może zaskakiwać, bo mamy tu nawiązanie, aczkolwiek jedynie hasłowe, do kryterium efektywnej kontroli wypracowanego przez Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości w kontekście przypisywania państwu aktów aktorów niepaństwowych), przeszedł do kwestii przypisania Rosji działań władz Naddniestrza w zakresie zarzucanego naruszenia, to – pomimo tego, że stwierdził brak dowodu na jakiegokolwiek bezpośrednie zaangażowanie przedstawicieli Rosji w działania podejmowane przeciwko skarżącym (a nawet stwierdził pewne zaangażowanie po ich stronie o charakterze mediacyjnym) – uznał, ponownie powołując wykonywanie efektywnej kontroli przez Rosję nad Naddniestrzem, że *„by virtue of its continued military, economic and political support for the »MRT«, which could not*

¹⁶ *Catan...*, par. 103.

¹⁷ *Ibidem*, par. 115.

otherwise survive, Russia incurs responsibility under the Convention for the violation of the applicants' rights to education"¹⁸. Trudno doprawdy nie dostrzec w tym – wbrew deklarowanemu przez Trybunał założeniu – bezzasadnego przemieszania kwestii ustalania jurysdykcji i odpowiedzialności międzynarodowej państwa-strony.

Trafne wątpliwości podniósł w tym zakresie Marko Milanović¹⁹, który zauważył, że interpretacja prowadząca do uznania, że Rosja miałaby być odpowiedzialna za wszelkie działania władz Naddniestrza jest nie do pogodzenia z zasadami przypisywania państwu działań aktora niepaństwowego na gruncie obowiązujących zasad odpowiedzialności międzynarodowej państw, które oddają Artykuły Komisji Prawa Międzynarodowego o odpowiedzialności państw za akty międzynarodowo bezprawne z 2001 roku (dalej: AOP)²⁰. Trudno też uznać, że mamy tu do czynienia ze szczególnym standardem przypisania, gdyż Trybunał milczy w tej kwestii. Marko Milanović trafnie wskazuje też na inną możliwą i narzucającą się interpretację – choć również nie wyartykułowaną wprost przez Trybunał – zgodnie z którą Rosja ponosiłaby odpowiedzialność za niewypełnienie pozytywnego obowiązku powstrzymania władz Naddniestrza od naruszenia standardów EKPC²¹. Taka interpretacja – która faktycznie w sposób dorozumiany wynika z uzasadnienia Trybunału w sprawie *Catan* – sugerowałaby, że powoływanie się na zobowiązania pozytywne może zastępować ustalenia w zakresie przypisania państwu-stronie EKPC aktów aktora niepaństwowego znajdującego się pod jego (eksterytorialną) jurysdykcją.

1.3. Kolejny przykład, na który można patrzeć przez pryzmat pośredniego naruszenia zobowiązania z EKPC dotyczy specyficznej sytuacji, gdy pod jurysdykcją danego państwa-strony bezpośredniego aktu skutkującego naruszeniem wartości konwencyjnej dopuszcza się inne państwo. Chodzi więc tu o szczególną sytuację, w której do aktu międzynarodowo bezprawnego dochodzi na skutek wspólnego (na różne sposoby) działania (zaniechania) co najmniej dwóch państw. W AOP sytuacja taka regulowana jest w artykułach od 16 do 18. W omawianym kontekście nie chodzi więc o przypisanie działań państwu, lecz o analogiczny problem,

¹⁸ *Ibidem*, par. 150.

¹⁹ M. Milanović, *Grand Chamber Judgment in Catan and Others*, *EJIL:Talk!*, 21 October 2012, tekst dostępny pod adresem: <http://www.ejiltalk.org/grand-chamber-judgment-in-catan-and-others/> (stan z dnia 1 maja 2015 r.).

²⁰ Polskie tłumaczenie AOP zob. M. Balcerzak, *op. cit.*, s. 289 i n.

²¹ M. Milanović, *loc. cit.*

który – jak wyraziła się Komisja Prawa Międzynarodowego w swoim komentarzu do AOP – polega na „*implication of one State in the conduct of another*”²².

Kluczowe znaczenie w kontekście analizowanych wyroków ma art. 16 AOP, który – w tłumaczeniu Michała Balcerzaka na język polski²³ – stanowi:

Artykuł 16

Pomoc i współdziałanie w dokonaniu aktu międzynarodowo bezprawnego

Państwo, które pomaga lub współdziała z innym państwem w dokonaniu aktu międzynarodowo bezprawnego ponosi z tego tytułu odpowiedzialność międzynarodową, jeżeli:

- (a) działa mając wiedzę o okolicznościach aktu międzynarodowo bezprawnego oraz
- (b) akt miałby charakter międzynarodowo bezprawny, gdyby został dokonany przez to państwo.

W języku angielskim mowa jest o państwie, które „*aids or assists another State*”, co można byłoby także przetłumaczyć jako „pomaga i wspiera”, ale niezależnie od tego bez wątpienia można to uznać za najbliższe pomocnictwu. Dane państwo ponosi więc w takiej sytuacji odpowiedzialność międzynarodową nie za sam akt międzynarodowo bezprawny, lecz właśnie za pomocnictwo w popełnieniu takiego aktu.

Z sytuacją tego typu mieliśmy do czynienia właśnie w sprawach *Al Nashiri* i *Abu Zubaydah* i będą one poniżej przedmiotem szczegółowej analizy w tym zakresie. Antycypując te rozważania wskazać można, że również w rozważanym kontekście kontrowersyjne przeniesienie akcentu ze stosowania zasad odpowiedzialności międzynarodowej państw na koncepcję zobowiązań pozytywnych jest możliwe. W takiej sytuacji spełnienie przez dane państwo przesłanek o których mowa w literach (a) i (b) art. 16 AOP zastąpić może ustalenie, że państwo to nie wywiązało się z pozytywnego obowiązku powstrzymania przedstawicieli innego państw przed naruszeniem standardów EKPC.

²² Yearbook of the International Law Commission 2001, Vol. II, Part II, s. 65. Por. też szeroko: H.Ph. Aust, *Complicity and the Law of State Responsibility*, Cambridge 2011, s. 192–268.

²³ M. Balcerzak, *op. cit.*, s. 295.

1.4. Mówiąc o pośrednim naruszeniu zobowiązania z EKPC nie sposób nie odnieść się do jeszcze jednej sytuacji, w której niedopuszczalne na podstawie EKPC jest przekazanie, bez względu na formę prawną²⁴, jednostki (najczęściej cudzoziemca) z terytorium państwa-strony EKPC na terytorium innego państwa, na którym narażony byłby on na traktowanie sprzeczne z daną gwarancją EKPC. I w tym więc przypadku bezpośredniego naruszenia wartości chronionej w EKPC nie dopuszcza się – w zdecydowanej większości tego typu sytuacji – dane państwo-strona EKPC, lecz państwo, do którego jednostka została przekazana (niezależnie czy jest ono, czy też nie jest stroną EKPC). Linia orzecznicza Trybunału w tym zakresie została zapoczątkowana powszechnie znanym wyrokiem w sprawie *Soering*²⁵ z 1989 r. i uległa od tego czasu bardzo intensywnemu rozwojowi. O ile początkowo dotyczyła głównie spraw ekstradycyjnych i wydaleniwych w kontekście narażenia jednostki na pozbawienie życia (art. 2 EKPC) lub – najczęściej – na zróżnicowane formy tortur, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania (art. 3 EKPC), to w przeciągu lat rozciągnęła się na gwarancje związane z prawem do poszanowania życia prywatnego lub – a w zasadzie przede wszystkim w tym kontekście – rodzinnego (art. 8 EKPC), a nawet innych gwarancji, jak na przykład prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego (art. 5 EKPC) i prawo do rzetelnego procesu sądowego (art. 6 EKPC). W tych dwóch ostatnich przypadkach linia orzecznicza Trybunału dopiero się kształtuje i może być postrzegana jako kontrowersyjna. Po raz pierwszy Trybunał uznał, że wydalenie jest niedopuszczalne ze względu na możliwość naruszenia art. 6 EKPC w wyroku w sprawie *Othman (Abu Qatada)* z 2012 roku²⁶. Uznał też, że w takiej sytuacji musi występować ryzyko naruszenia tej gwarancji w stopniu, który kwalifikuje się jako rażące pozbawienie sprawiedliwości (ang. „*flagrant denial of justice*”). W sprawie tej Trybunał nie dopatrył się natomiast naruszenia art. 5 EKPC ze względu na

²⁴ Najczęściej będzie chodzić o wydalenie i o przekazanie ekstradycyjne, ale także o inne formy prawne, jak na przykład tzw. przekazanie dublińskie odnoszące się do przekazywania do państwa członkowskiego Unii Europejskiej właściwego do rozpatrzenia wniosku cudzoziemca ubiegającego się o nadanie statusu uchodźcy, albo wydanie dziecka w ramach mechanizmu przewidzianego w konwencji haskiej dotyczącej cywilnych aspektów uprowadzenia dziecka za granicę z 1980 r. (Dz.U. 1995 Nr 108, poz. 528).

²⁵ Wyrok ETPC w sprawie *Soering przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z dnia 7 lipca 1989 r., skarga nr 14038/88.

²⁶ Wyrok izby ETPC w sprawie *Othman (Abu Qatada) przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z dnia 17 stycznia 2012 r., skarga nr 8139/09.

brak ryzyka rażącego naruszenia tej gwarancji w razie wydalenia. Zmienił jednak w tym zakresie swoją linię orzeczniczą przez uznanie, że „*a Contracting State would be in violation of Article 5 if it removed an applicant to a State where he or she was at real risk of a flagrant breach of that Article*”²⁷, czego wcześniej nie dopuszczał. Naruszenia art. 5 EKPC w omawianym zakresie Trybunał dopatrył się natomiast w wyroku w sprawie *El Masri*²⁸, która to sprawa również dotyczyła aspektów współpracy państwa-strony EKPC (Macedonii) z władzami amerykańskimi w zakresie programu HVD.

Warto też zwrócić uwagę, że w kontekście narażenia na przekazanie jednostki do państwa, w którym będzie ona narażona na pozbawienie gwarancji prawa do rzetelnego procesu sądowego w grę wchodzi ustalenie ryzyka naruszenia pozytywnego zobowiązania państwa do którego jednostka ma być przekazana, co niewątpliwie sprawę wysoce komplikuje. Z drugiej strony w sprawach, w których naruszenie pociąga za sobą ryzyko naruszenia art. 2 lub 3 EKPC też może chodzić o pozytywne obowiązki państwa, do którego ma nastąpić przekazanie (na przykład w sytuacji narażenia na ryzyko braku dostępu do podstawowej opieki medycznej²⁹, albo zagrożenia ze strony aktorów niepaństwowych³⁰).

Dla ścisłości trzeba też zauważyć, że w sytuacji narażenia jednostki na naruszenie prawa do życia prywatnego lub rodzinnego przez jej przekazanie do innego państwa nie będziemy mieli do czynienia z pośrednim naruszeniem zobowiązania z EKPC, gdyż naruszenie prawa do życia prywatnego lub rodzinnego polegać będzie na samym rozstrzygnięciu przez odpowiednie władze publiczne danego państwa-strony EKPC o przekazaniu jednostki do innego państwa (lub na wykonaniu takiego rozstrzygnięcia) i tym samym na unicestwieniu możliwości korzystania przez jednostkę z życia prywatnego lub rodzinnego, a nie na narażeniu jednostki na traktowanie niedopuszczalne na podstawie EKPC ze strony władz innego państwa (lub podmiotów niepaństwowych).

²⁷ *Ibidem*, par. 233.

²⁸ Wyrok wielkiej izby ETiPC w sprawie *El Masri przeciwko byłej Jugosłowiańskiej Republice Macedonii* z dnia 13 grudnia 2012 r., skarga nr 39630/09, zob. zwłaszcza par. 238–239.

²⁹ Zob. np. wyrok izby ETiPC w sprawie *D. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z dnia 2 maja 1997 r., skarga nr 30240/96 i wyrok wielkiej izby ETiPC w sprawie *N. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z dnia 27 maja 2008 r., skarga nr 26565/05.

³⁰ Zob. np. wyrok izby ETiPC w sprawie *Sufi i Elmi przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* z dnia 28 czerwca 2011 r., skargi nr 8319/07 i 11449/07.

ANALIZA WYROKÓW AL-NASHIRI I ABU-ZUBAYDAH PRZECIWKO POLSCE W ZAKRESIE ODPOWIEDZIALNOŚCI ZA MATERIALNE NARUSZENIE ART. 3 EKPC

Ustalenia Trybunału w zakresie odnoszącym się do odpowiedzialności Polski za materialne naruszenie art. 3 EKPC w bardzo istotnym zakresie bazują na dokonanej ocenie faktów i dowodów. W tym kontekście Trybunał rozważał domniemaną wiedzę polskich władz o programie HVD i wprost posługiwał się pojęciem współudziału (współsprawstwa; ang. *complicity*) Polski w tym programie³¹. Doprowadziło go to następnie do rozważań w zakresie konwencyjnej odpowiedzialności Polski za ten współudział (śródtytuł obejmujący paragrafy 444–459 uzasadnienia wyroku w sprawie *Al-Nashiri* jest *expressis verbis* zatytułowany „Odpowiedzialność konwencyjna za współudział w programie HVD”) i w konsekwencji do stwierdzenia w tym zakresie w punkcie 5 sentencji wyroku odpowiedzialności Polski za naruszenie art. 3 EKPC w aspekcie materialnym. Wnioskowanie Trybunału w tym zakresie wymaga analizy.

Ocena faktów i dowodów dokonana przez Trybunał oparta została na materiale dowodowym przedstawionym przez skarżących, gdyż strona rządowa konsekwentnie opierała swoją strategię procesową na uznaniu skarg za przedwczesne i w konsekwencji za niedopuszczalne. Dlatego też polskie władze nie odniosły się do faktów powoływanych przez skarżących i do wniesionych przez nich dowodów. Strategia taka okazała się jednak nieskuteczna i Trybunał – po odrzuceniu zarzutu wstępnego strony rządowej – uznał, że wobec bierności strony rządowej między stronami nie ma co do zasady sporu w zakresie oceny materiału dowodowego³². W konsekwencji Trybunał uznał, że tajne więzienie na terytorium Polski istniało i że istnieją wystarczająco przekonujące dowody, aby przyjąć, że skarżący byli w nim przetrzymywani³³. Trybunał uznał także, że skarżący byli tam poddawani tzw. wzmocnionym („nieautoryzowanym”) technikom przesłuchań, które naruszały ich integralność psychofizyczną³⁴.

³¹ *Al-Nashiri...*, par. par. 429, 440, 442, 490, 492 (gdzie mowa o „*Poland’s denial of any complicity*”), 517, 589.

³² *Ibidem*, par. 391.

³³ *Ibidem*, par. 415.

³⁴ *Ibidem*, par. 416.

Nie wchodząc w szczegółową analizę ustaleń Trybunału w powyższym zakresie³⁵, nie sposób nie zauważyć, że oceniany materiał dowodowy był – także w kontekście informacji dotyczących programu więzień CIA, które, niezależnie od postępowania strasburskiego, zostały ujawnione do tego czasu przez władze amerykańskie – na tyle jednoznaczny, że nawet zakładając aktywny udział władz polskich w postępowaniu przed Trybunałem, trudno założyć, aby możliwe było przyjęcie innych ustaleń dowodowych przez Trybunał, niż te które zostały ustalone. Jedynym co mogło być ewentualnie skutecznie kwestionowane, to ustalenie, że sami skarżący przebywali w tajnym więzieniu na terytorium Polski. Aspekt ten wymagałby jednak odrębnej analizy, która przekraczałaby ramy niniejszego opracowania.

W dalszej kolejności Trybunał uznał także, że zebrany materiał dowodowy jednoznacznie wskazuje, że zaangażowanie władz polskich we współpracę ze stroną amerykańską (przede wszystkim ułatwienia w organizacji lotów do i z lotniska w Szymanach, czy też udostępnienie pomieszczeń w bazie polskiego wywiadu w Starych Kiejkutach) pozwala mówić o współudziale Polski w programie HVD na swoim terytorium. Natomiast – co bardzo istotne – Trybunał ustalił także, że polskie władze nie znały szczegółów dotyczących traktowania przez stronę amerykańską osób zatrzymanych i nie były świadkiem takich działań. Jest to niezwykle istotna okoliczność, która zasadniczo odróżnia sprawy *Al Nashiri* i *Abu Zubaydah* od wcześniejszej sprawy *El Masri*, która była pierwszą rozstrzygniętą sprawą dotyczącą współpracy władz państwa-strony EKPC z władzami amerykańskimi w zakresie dotyczącym programu HVD. W sprawie *El Masri* przedstawiciele władz państwa przeciwko któremu została złożona skarga, tj. Macedonii, bądź to brali bezpośredni udział w działaniach przeciwko skarżącym, które Trybunał zakwalifikował jako samoistnie sprzeczne z art. 3 EKPC, bądź też zabronione działania podejmowane przez przedstawicieli władz amerykańskich miały miejsce w ich obecności³⁶.

Tymczasem w sprawach *Al Nashiri* i *Abu Zubaydah* po stronie władz polskich mieliśmy do czynienia z brakiem bezpośredniej wiedzy (ang. „*the lack of direct knowledge*”)³⁷ odnoszącej się do szczegółów dotyczących traktowania przez stronę amerykańską skarżących i nie były one świadkiem takich działań. Trybunał podkreślił jednak, że już na przełomie 2002 i 2003 r. „*numerous public sources were consistently reporting ill-treatment and abuse to which captured terrorist sus-*

³⁵ Szerzej na temat standardów dowodowych przed ETiPC zob. np.: M. Balcerzak, *Standardy dowodowe w postępowaniu przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka*, w niniejszym tomie.

³⁶ *El Masri...*, par. 200–211.

³⁷ *Al-Nashiri...*, par. 441.

pects were subjected in US custody in different places” i w konsekwencji istniały już wtedy odpowiednie powody (ang. „good reasons”), aby przyjąć, że osoby objęte przez władze amerykańskie programem HVD mogły być narażone na traktowanie sprzeczne ze standardami EKPC³⁸.

Trybunał konkludował więc w powyższym zakresie, że po pierwsze, władze polskie współdziałały³⁹ z władzami amerykańskimi w realizacji programu HVD na swoim terytorium i, po drugie, że władze polskie powinny były wiedzieć (ang. „ought to have known”), że umożliwiając CIA przetrzymywanie zatrzymanych osób na swoim terytorium narażały je na poważne ryzyko traktowania sprzecznego ze standardami EKPC⁴⁰.

Powyższe ustalenie doprowadziły Trybunał do rozważenia odpowiedzialności konwencyjnej Polski za współdziałanie w programie HVD. Zaskakiwać może, że odnosząc się do ogólnych zasad wynikających z ugruntowanego orzecznictwa Trybunału i mających zastosowanie do odpowiedzialności państwa-strony EKPC za traktowanie skarżącego na terytorium tego państwa przez funkcjonariuszy innego państwa, Trybunał ograniczył się do jednego zdania, w którym stwierdził, że w takiej sytuacji państwo-strona EKPC ponosi odpowiedzialność konwencyjną, gdy jego władze wyrażają zgodę lub tolerują (ang. „acquiescence or connivance”) akty dokonane przez funkcjonariuszy innego państwa⁴¹. Uderza, że Trybunał w żaden sposób nie odniósł się w tym zakresie do zasad odpowiedzialności międzynarodowej państw w ogólności, a do art. 16 AOP w szczególności i do relacji pomiędzy regulacją wynikającą z EKPC a reżimem ogólnym. To zaskakujące tym bardziej, że w uzasadnieniu wyroku w sprawie *Al-Nashiri* powołano argumentację w tym zakresie, która została przedstawiona we wspólnym stanowisku przez działające jako *amicus curiae* dwie organizacje pozarządowe, tj. *Amnesty International* (dalej: AI) i *International Commission of Jurists* (dalej: ICJ)⁴². Co jeszcze ważniejsze, stanowisko to zostało wprost podzielone przez skarżącego⁴³.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Obok terminu współdziałanie (ang. „complicity”), Trybunał mówi też w tym zakresie o współpracy władz polskich („Poland cooperated in the preparation and execution of the CIA rendition, secret detention and interrogation operations on its territory”, par. 442) i ich zaangażowaniu w program HVD („the Polish State being informed of and involved in the preparation and execution of the HVD Programme on its territory”, par. 441).

⁴⁰ *Al-Nashiri...*, par. 442.

⁴¹ *Ibidem*, par. 452.

⁴² *Ibidem*, par. 447–450.

⁴³ *Ibidem*, par. 446.

W konsekwencji, ustalenia Trybunału w zakresie odpowiedzialności Polski za naruszenie art. 3 EKPC w aspekcie materialnym są zaskakująco lakoniczne. Nie budzi zastrzeżeń ustalenie Trybunału, że – biorąc pod uwagę poczynione przez Trybunał ustalenia faktyczne – traktowanie, któremu poddawani byli skarżący przez funkcjonariuszy amerykańskich spełnia przesłanki tortur w rozumieniu art. 3 EKPC. Pozostawała więc do rozstrzygnięcia kluczowa sprawa, czy Polska ponosi odpowiedzialność za akty dokonane na jej terytorium przez funkcjonariuszy amerykańskich, które – jak wyraził się sam Trybunał – były „*the exclusive responsibility of the CIA and that it is unlikely that the Polish officials witnessed or knew exactly what happened inside the facility*”⁴⁴. Trybunał podkreślił jednak, że Polska na podstawie art. 1 EKPC w związku z art. 3 EKPC była zobowiązana do podjęcia działań zapewniających, że jednostki podległe jej jurysdykcji nie były poddawane torturom, nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu, także ze strony podmiotów niepaństwowych. Pomimo tego zobowiązania polskie władze ułatwiały władzom amerykańskim podejmowanie działań na swoim terytorium w ramach programu HVD i chociaż władze polskie nie były świadkami i nie uczestniczyły w zabronionych działaniach, to musiały być świadome działań naruszających art. 3 EKPC popełnionych na terytorium Polski. W konsekwencji Trybunał konkluduje, że „*the Polish State, on account of its »acquiescence and connivance« in the HVD Programme must be regarded as responsible for the violation of the applicant’s rights under Article 3 of the Convention committed on its territory*”⁴⁵.

Trudno powyższego wniosku nie oceniać krytycznie. Wynika bowiem z niego, że Trybunał uznał, że Polska jest odpowiedzialna za naruszenia art. 3 EKPC ze względu na wyrażenie zgody i tolerowanie programu HVD na swoim terytorium. Tym samym – odnosząc to ustalenie do ogólnych zasad odpowiedzialności międzynarodowej państw – Trybunał zrównał wyrażenie zgody i tolerowanie programu HVD na swoim terytorium przez Polskę z ułatwieniem lub wspieraniem popełnienia aktu międzynarodowo bezprawnego, o którym mówi art. 16 AOP. Tymczasem to nie program HVD jako taki stanowił akt międzynarodowo bezprawny, lecz podejmowane w jego ramach, wyłącznie przez funkcjonariuszy amerykańskich i poza wiedzą władz polskich, działania, które naruszały standard art. 3 EKPC. Jak już była mowa powyżej, zgodnie z art. 16 AOP państwo ułatwiające lub wspierające inne państwo w dokonaniu deliktu międzynarodowego

⁴⁴ *Ibidem*, par. 517.

⁴⁵ *Ibidem*.

musi działać mając wiedzę o okolicznościach danego aktu. W okolicznościach analizowanych spraw dla ustalenia odpowiedzialności międzynarodowoprawnej Polski za naruszenie art. 3 w aspekcie materialnym konieczne było więc wykazanie, że władze polskie miały wiedzę o torturach, których dopuszczały się na polskim terytorium władze amerykańskie. Tymczasem jak wyraźnie wynika z ustaleń samego Trybunału, władze polskie takiej wiedzy nie posiadały.

W świetle powyższego tym bardziej zaskakuje, że Trybunał w ogóle nie odniósł się do wspomnianego wyżej wspólnego stanowiska AI i ICJ w rozważanym zakresie. Zgodnie z tym stanowiskiem odpowiedzialność Polski powinna być wykazana w oparciu o zasady odpowiedzialności międzynarodowej państw, a w szczególności o zasadę wyrażoną w art. 16 AOP. W konsekwencji wykazania wymaga, że państwa, które współpracowały z władzami amerykańskimi w zakresie programu HVD, czyli – w sprawach skarżących – Polska, miały rzeczywistą (ang. „*actual*”) lub dającą się wywieść (ang. „*constructive*”) wiedzę o naruszeniach praw człowieka, które były właściwe (ang. „*inherent*”) temu programowi⁴⁶. Przy założeniu, że taką wiedzę można wykazać, odpowiedzialność po stronie państwa, które pomaga lub wspiera inne państwo w dokonaniu aktu międzynarodowo bezprawnego może wynikać tak z działania, jak i zaniechania. W kontekście odpowiedzialności na gruncie EKPC stanowisko AI i ICJ wpisuje te zasady w koncepcję zobowiązań pozytywnych państw-stron EKPC, które ponoszą odpowiedzialność za zaniechanie podjęcia działań nakierowanych na zapobieżenie podejmowania przez inne podmioty działań skutkujących naruszeniami EKPC. Państwo-strona EKPC narusza więc swój pozytywny obowiązek, gdy „*»knew or ought to have known« that the individual in question was at real and immediate risk of violation of his or her Convention rights, and failed to take reasonable measures of protection*”⁴⁷.

Wnioskowaniu przedstawionemu w stanowisku AI i ICJ trudno odmówić zasadności. W spójny sposób wpisuje ono koncepcję zobowiązań pozytywnych wynikających dla państw-stron z EKPC w ogólny międzynarodowoprawny reżim odpowiedzialności państw. Jednakże zastosowanie powyższego wnioskovania w analizowanych sprawach prowadziłoby, w mojej ocenie, to stwierdzenia braku odpowiedzialności Polski za naruszenie art. 3 EKPC w jego aspekcie materialnym. Trybunał – jak była mowa powyżej – jednoznacznie ustalił bowiem, że władze polskie na żadnym etapie nie miały wiedzy o tym, że władze amerykańskie po-

⁴⁶ *Ibidem*, par. 447.

⁴⁷ *Ibidem*, par. 448.

dejmują na polskim terytorium działania wobec zatrzymanych jednostek (w tym skarżących), które to działania spełniają znamiona tortur w rozumieniu art. 3 EKPC i konkludował, że odpowiedzialność Polski wynika z wyrażenia zgody i tolerowania na swoim terytorium programu HVD. Nawet jeśli przyjąć, że Trybunał zrównał program HVD z naruszeniami praw człowieka zabronionymi w art. 3 EKPC (o co do prawdy trudno, bo zgoda danego państwa na współpracę z władzami innego państwa w zakresie transportu osób podejrzanych o terroryzm, które to państwo jest demokratycznym państwem prawa zapewniającym szerokie gwarancje ochrony praw człowieka, nie pozostaje w żadnym wymiarze tożsama ze zgodą lub tolerancją na dokonywanie przez władze tego państwa naruszeń praw człowieka zabronionych w art. 3 EKPC), to sprowadzenie kluczowego w tym kontekście ustalenia, że władze polskie powinny były wiedzieć o naruszeniach praw człowieka, w tym tych zabronionych w art. 3 EKPC, dokonywanych przez władze amerykańskie w ramach programu HVD, niemalże do jednego zdania, które wskazuje, że na takie ustalenie pozwały dostępne już w latach 2002 i 2003 liczne źródła publiczne donoszące o naruszeniach praw osób zatrzymanych przez władze amerykańskie i podejrzewanych o terroryzm, jest rażąco niewystarczające i arbitralne *par excellence*.

Istotnie, w części uzasadnienia obejmującego kwestie faktyczne, w tym powoływany materiał źródłowy, znajduje się wyciąg ze zróżnicowanych materiałów dotyczących naruszania praw człowieka przez władze amerykańskie w procesie intensywnego zwalczania terroryzmu międzynarodowego po wydarzeniach z 11 września 2001 r.⁴⁸ Są to jednak źródła, głównie oświadczenia organizacji pozarządowych zajmujących się ochroną praw człowieka, tylko w części pochodzące z lat 2002 i 2003 i w swym charakterze pozostają one niezwykle ogólne. Część z nich formułuje zastrzeżenia odnośnie do traktowania przez władze amerykańskie osób zatrzymanych w bazie Guantánamo Bay. Pozostaje wysoce dyskusyjne, czy są to materiały wystarczające do tego, aby uznać, że można było z nich wywieść wiedzę o działaniach władz amerykańskich, które spełniały znamiona tortur w rozumieniu art. 3 EKPC. Ocena Trybunału jest wyraźnie dokonana w oparciu o wiedzę dostępną w momencie wydawania wyroków, tj. w 2014 r., kiedy zakres informacji dotyczących wydarzeń z lat 2002 i 2003, jak również późniejszych, jest niewspółmiernie szerszy. Należy też zwrócić uwagę, że powoływane materiały źródłowe powinny były być poddane odrębnej analizie w kontekście podnoszonych przez skarżących poszczególnych praw gwarantowanych w EKPC.

⁴⁸ *Ibidem*, par. 213–240.

WNIOSKI

Przeprowadzona wyżej analiza sugeruje, że stosowanie przez Trybunał ogólnych zasad odpowiedzialności międzynarodowej za akty bezprawne, w tym z odniesieniem do AOP z 2001 r., pozostaje wysoce niejasne i niekonsekwentne. Widać to wyraźnie na przykładzie orzeczeń, w których dochodzi do styku problematyki dotyczącej jurysdykcji państwa-strony EKPC i tej dotyczącej zasad przypisania jako elementu odpowiedzialności międzynarodowej państwa. W niniejszym opracowaniu starano się to wykazać na przykładzie orzeczenia w sprawie *Catan*. Innym aktualnym przykładem orzeczenia, gdzie zawarte w uzasadnieniu wnioskowanie Trybunału w zakresie odnoszącym się do przypisywania państwu odpowiedzialności może budzić poważne wątpliwości jest wyrok w sprawie *Jaloud*⁴⁹ z 2014 r. Ten brak precyzji widoczny jest wyraźnie także w analizowanych wyrokach w sprawach *Al Nashiri* i *Abu Zubaydah* w zakresie w jakim Trybunał pomija w ich uzasadnieniach odniesienia do art. 16 AOP i to pomimo tego, że powołuje tę regulację w części uzasadnienia, w którym wskazano mające mieć zastosowanie normy prawne.

Przeprowadzona analiza wskazuje także na to, że uprawnionym jest mówienie o tym, że szeroko stosowana koncepcja zobowiązań pozytywnych państwa-strony EKPC nakłada się, czy wręcz w pewnych okolicznościach może zastępować ustalenia, które powinny być dokonane na podstawie ogólnych zasad odpowiedzialności międzynarodowej państw. Stwarza to realne niebezpieczeństwo pójścia przez Trybunał na skróty i dopasowywania swoich ustaleń do z góry założonych celów. Taką tendencję należałoby oceniać bardzo krytycznie. Koncepcja zobowiązań pozytywnych państwa-strony EKPC jest niewątpliwie nieodzownym czynnikiem uczynienia z EKPC efektywnego i żyjącego instrumentu ochrony praw człowieka. Ma i powinna ona mieć jednak swoje ograniczenia. W omawianym zakresie wynikają one z wiążących ogólnych zasad odpowiedzialności międzynarodowej państw, które jako *leges generales* Trybunał – jako sąd prawa międzynarodowego – zobowiązany jest stosować. Natomiast ewentualne odstępstwa od nich z powołaniem na *leges speciales* odpowiednio i szeroko uzasadnić.

⁴⁹ Wyrok wielkiej izby ETrPC w sprawie *Jaloud przeciwko Holandii* z dnia 20 listopada 2014 r., skarga nr 47708/08. Zob. zwłaszcza par. 140–155 i *Concurring opinion of Judge Spielmann joined by Judge Raimondi*.

W niniejszym opracowaniu posłużono się pojęciem pośredniego naruszenia zobowiązania z EKPC, które ułatwić miało dostrzeżenie, że Trybunał stosuje i interpretuje EKPC na różne sposoby prowadzące do rozszerzenia zakresu odpowiedzialności konwencyjnej państwa-strony na działania innych podmiotów. I w tym kontekście koncepcja zobowiązań pozytywnych państwa-strony EKPC (w omówionym powyżej zakresie) jawi się jako pierwszoplanowa. W wyrokach w sprawach *Al Nashiri* i *Abu Zubaydah* znalazła ona zastosowanie odnośnie do stwierdzenia naruszenia przez Polskę nie tylko art. 3 w aspekcie materialnym, ale także art. 3 w aspekcie proceduralnym i art. 5 i 8 EKPC. Jeśli uwzględnimy ponadto uznanie odpowiedzialności Polski za szereg naruszeń wynikających z umożliwienia przez Polskę przekazania skarżących poza swoje terytorium, co skutkowało możliwością narażenia ich tam na naruszenia praw gwarantowanych w EKPC, tj. pozbawienie ich prawa do rzetelnego procesu sądowego (art. 6 ust. 1 EKPC), jak również przez narażenie jednego ze skarżących (*Al Nashiri*) na karę śmierci (art. 2 i 3 EKPC w związku z art. 1 Protokołu dodatkowego nr 6 do EKPC), to dopełni to obrazu ogromnej „siły rażenia” jaka wynika z pojęcia pośredniego naruszenia zobowiązania z EKPC.

Nie sposób też nie zauważyć, że również odnośnie do intensywnego rozwoju orzecznictwa Trybunału w zakresie obowiązku nieprzekazywania jednostki z terytorium danego państwa-strony EKPC na terytorium innego państwa, na którym narażona byłaby ona na traktowanie sprzeczne z EKPC, można zgłaszać pewne zastrzeżenia dotyczące jego konsekwentnie rozszerzającego się zakresu. W kontekście wyroków w sprawach *Al Nashiri* i *Abu Zubaydah* widać to na przykładzie ustaleń dotyczących naruszenia art. 5 EKPC w zakresie odnoszącym się do umożliwienia przedstawicielom władz amerykańskich transferu skarżących poza terytorium Polski do miejsc, w których istniało zagrożenie naruszenia art. 5 EKPC. Jak wspomniano powyżej, taka interpretacja art. 5 EKPC w orzecznictwie Trybunału dopiero się kształtuje a w cytowanych uzasadnieniach potraktowana została niezwykle lakonicznie⁵⁰ i z pełnym pominięciem okoliczności, że odpowiednie ustalenie w zakresie naruszenia art. 3 EKPC czyniły ustalenia w zakresie art. 5 EKPC zasadniczo zbędnymi.

W nieodległej przyszłości Trybunał będzie miał ponownie okazję wypowiedzieć się w rozważanym kontekście ze względu na dwa kolejne postępowania ze

⁵⁰ *Al Nashiri*..., par. 531 z odniesieniem do wyroku w sprawie *El Masri*... (par. 238–239), gdzie jednak kwestia ta została rozważona znacząco szerzej.

skarg tych samych skarżących, które są w toku i zostały już zakomunikowane stronom rządowym⁵¹. Pozostaje mieć nadzieję, że uzasadnienia tych wyroków będą odznaczały się satysfakcjonującą precyzją.

⁵¹ Sprawa *Al Nashiri przeciwko Rumunii*, skarga nr 33234/12 i sprawa *Abu Zubaydah przeciwko Litwie*, skarga nr 46454/11. Por. też sprawę *Nasr i Ghali przeciwko Włochom*, skarga nr 44883/09, która również dotyczy współpracy władz państwa-strony EKPC z władzami amerykańskimi w zakresie zwalczania terroryzmu międzynarodowego.