



VII SEMINARIUM WARSZAWSKIE

OBYWATEL W RADZIE EUROPY I UNII EUROPEJSKIEJ

Nowe wyzwania po dwudziestu latach od przystąpienia
przez Polskę do Konwencji o Ochronie Praw
Człowieka i Podstawowych Wolności

Warszawa, 2014 r.

Wydawca / Publisher:

Ministerstwo Spraw Zagranicznych – Departament do spraw Postępowań
przed Międzynarodowymi Organami Ochrony Praw Człowieka

Korekta tekstów w języku polskim / Proofreading of Polish texts:

Dominika Dmochowska

Tłumaczenie / Translation:

Ministerstwo Spraw Zagranicznych – Biuro Archiwum
i Zarządzania Informacją

Projekt graficzny / Design:

Podpunkt

Fotografie / Photos:

Ministerstwo Spraw Zagranicznych

Druk / Printing:

Agencja Reklamowo-Wydawnicza A. Grzegorzcyk

*Opinie przedstawione w niniejszej publikacji są wyrazem poglądów jej autorów,
a nie oficjalnym stanowiskiem Ministerstwa Spraw Zagranicznych*

*Opinions presented in this publication shouldn't be perceived as an official statement
of the Ministry of Foreign Affairs, but as the expression of their authors' point of view*

ISBN 978-83-63743-21-5

**KONFERENCJA ZORGANIZOWANA
PRZEZ MINISTERSTWO SPRAW ZAGRANICZNYCH
WE WSPÓŁPRACY Z BIUREM
RZECZNIKA PRAW OBYWATELSKICH
WARSZAWA, 25 PAŹDZIERNIKA 2013 R.**

SPIS TREŚCI

WYSTĄPIENIA INAUGURUJĄCE

prof. Irena Lipowicz Rzecznik Praw Obywatelskich.....	17
Prof. Artur Nowak-Far Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Spraw Zagranicznych.....	21
Dean Spielmann Prezes Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.....	25
Ambasador Hanna Suchocka Prezes Rady Ministrów w latach 1992–1993	33

PANEL I:

20-LECIE ZWIĄZANIA SIĘ PRZEZ POLSKĘ KONWENCJĄ O OCHRONIE PRAW CZŁOWIEKA I PODSTAWOWYCH WOLNOŚCI ORAZ JURYSDYKCJĄ EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA

prof. Jerzy Makarczyk, pierwszy sędzia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wybrany z ramienia Polski <i>Niezawisłość sędziego międzynarodowego w świetle reformy systemu strasburskiego z 1998 r.</i>	45
Corinne Amat, Kierownik Sekcji Wykonywania Wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Radzie Europy <i>Wykonywanie wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przez Polskę jako warunek w pełni skutecznego systemu strasburskiego</i>	51

Adam Bodnar, Wiceprezes Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka,
adiunkt w Zakładzie Praw Człowieka Wydziału Prawa
i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego,
członek Rady Dyrektorów Funduszu ONZ na rzecz Ofiar Tortur

*Zapewnienie efektywności oddziaływania standardów
Rady Europy na krajowy system prawny i praktykę – uwagi
z perspektywy organizacji pozarządowej*..... 61

Dyskusja kończąca Panel I..... 69

PANEL II:

WSPÓLZALEŻNOŚCI MIĘDZY UNIJNYM A KONWENCYJNYM
SYSTEMEM OCHRONY PRAW CZŁOWIEKA

Maija Sakslin, Zastępca Rzecznika Praw Obywatelskich, Finlandia,
Rada Zarządzająca Agencji Praw Podstawowych

*Karta praw podstawowych a Konwencja o Ochronie Praw
Człowieka i Podstawowych Wolności*..... 81

prof. Nina Póltorak

*Przystąpienie do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka
i Podstawowych Wolności z perspektywy Unii Europejskiej* 89

Mirosław Wróblewski, Dyrektor Zespołu Prawa Konstytucyjnego
i Międzynarodowego w Biurze Rzecznika Praw Obywatelskich,
członek zarządu Agencji Praw Podstawowych UE, radca prawny

*Wykorzystanie Konwencji o Ochronie Praw Człowieka
i Podstawowych Wolności i orzecznictwa Europejskiego
Trybunału Praw Człowieka w sferze ustawodawczej oraz
w postępowaniu przed Trybunałem Konstytucyjnym*..... 99

prof. Justyna Maliszewska-Nienartowicz

*Zakaz dyskryminacji w prawie Unii Europejskiej
oraz Rady Europy* 117

Jakub Wołásiewicz, Ministerstwo Spraw Zagranicznych,
przewodniczący Grupy roboczej na rzecz Promocji Praw Osób
Starszych CDDH-AGE, Rada Europy

*Ochrona praw osób starszych – nowe wyzwania dla Rady
Europy i Unii Europejskiej* 147

Dyskusja kończąca Panel II 161

UCZESTNICY SEMINARIUM 167

WYSTAWA

„20 LAT POLSKI W STRASBURSKIM SYSTEMIE OCHRONY
PRAW CZŁOWIEKA”

*Wystąpienie Deana Spielmanna, Prezesa Europejskiego
Trybunału Praw Człowieka otwierające wystawę „20 lat Polski
w strasburskim systemie ochrony praw człowieka”* 174

FOTOGRAFIE Z VII SEMINARIUM WARSZAWSKIEGO 351

CONTENTS

EXHIBITION "20 YEARS OF POLAND IN THE STRASBOURG SYSTEM OF HUMAN RIGHTS PROTECTION"

*Welcome address by Dean Spielmann, President of the European
Court of Human Rights on the occasion of the opening
of the exhibition "20 years of Poland in the Strasbourg system
of human rights protection".....* 175

INTRODUCTORY SPEECHES

Professor Irena Lipowicz
Human Rights Defender of Poland..... 191

Professor Artur Nowak-Far
Undersecretary of State at the Ministry of Foreign Affairs
of Poland..... 195

Dean Spielmann
President of the European Court of Human Rights..... 199

Ambassador Hanna Suchocka
Prime Minister of Poland in years 1992–1993..... 207

PANEL I:
THE TWENTIETH ANNIVERSARY OF POLAND'S ACCESSION
TO THE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN
RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS AND ITS
SUBMISSION TO THE JURISDICTION OF THE EUROPEAN
COURT OF HUMAN RIGHTS

Professor Jerzy Makarczyk, the first judge with respect to Poland
in the European Court of Human Rights

*Independency of the international court's judge in the light
of the reform of Strasbourg system introduced in 1998* 219

Corinne Amat, Head of Division, Department for the Execution
of Judgments of the European Court of Human Rights, Council
of Europe

*Execution of the European Court of Human Rights
judgments by Poland as a condition of a fully effective
Strasbourg system*..... 227

Adam Bodnar, Deputy Chair of the Board of the Helsinki
Foundation for Human Rights, Associate Professor in Human
Rights Chair, Faculty of Law and Administration, Warsaw
University, the Member of the Board of Directors of the
UN Voluntary Fund for Victims of Torture

*Ensuring effective impact of the standards of the Council
of Europe on the national legal system and practice
in the context of non-governmental organisations* 237

Discussion: Panel I..... 247

PANEL II:
INTERDEPENDENCIES BETWEEN THE EU'S AND
THE CONVENTION'S SYSTEM FOR THE PROTECTION
OF HUMAN RIGHTS

Maija Sakslin, the second Deputy-Ombudsman of Finland,
Management Board of Agency for Fundamental Rights

*Charter of Fundamental Rights of the European Union
and the Convention for the Protection of Human Rights
and Fundamental Freedoms* 259

Professor Nina Póltorak

*Accession to the Convention for the Protection of Human Rights
and Fundamental Freedoms from the EU's perspective*..... 267

Mirosław Wróblewski, Director of the Constitutional and
International Law Department in the Office of the Human Rights
Defender, member of the Board of the EU, Fundamental Rights
Agency, legal counsel

*Application of the Convention for the Protection of Human
Rights and Fundamental Freedoms and the case-law
of the European Court of Human Rights in legislation
and proceedings before the Constitutional Court*..... 277

Professor Justyna Maliszewska-Nienartowicz

*Prohibition of discrimination in the EU and Council
of Europe legal order*..... 295

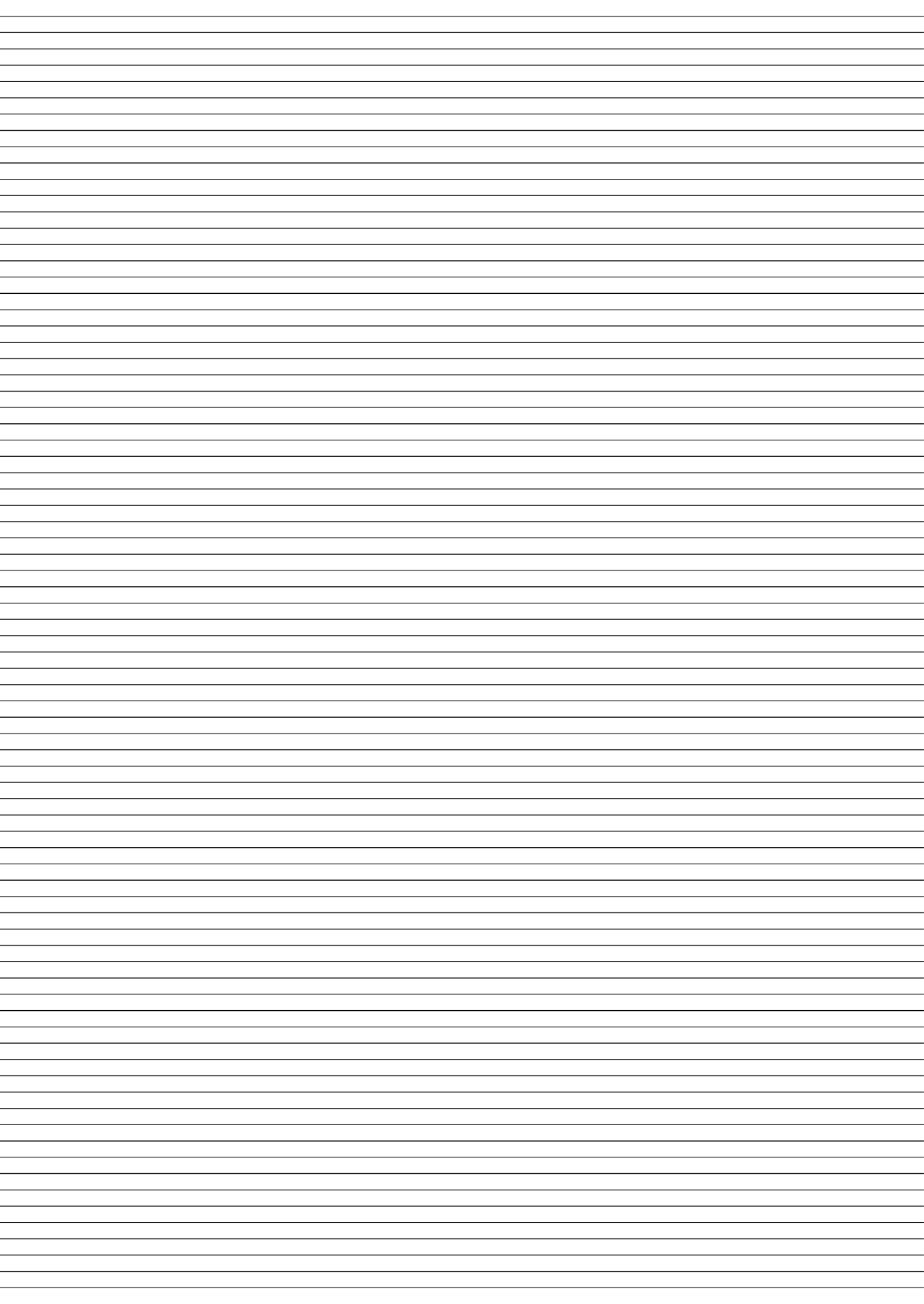
Jakub Wołosiewicz, Ministry of Foreign Affairs of Poland, Chair
of the Drafting Group on the Human Rights of Older Persons
(CDDH-AGE, Council of Europe)

*Protection of rights of elderly persons in the EU and Council
of Europe legal order*..... 323

Discussion: Panel II..... 337

LIST OF PARTICIPANTS OF VII WARSAW SEMINAR..... 345

PHOTOS FROM VII WARSAW SEMINAR..... 351





WYSTĄPIENIA
INAUGURUJĄCE

PROF. IRENA
LIPOWICZ

RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Polska droga do realizacji praw człowieka i standardów Rady Europy narodziła się wraz duchem wolności towarzyszącym ruchowi „Solidarność”. Przyjęcie Konwencji należy do najważniejszych etapów tej drogi, z pewnością nie jest jednak jej końcem. Po 20 latach wciąż widzimy przed sobą nowe wyzwania i cele. Dlatego cieszy mnie, że dzisiejsza rocznica przystąpienia do Konwencji stała się okazją nie tylko do podsumowań, ale i spojrzenia w przyszłość.

Ważne jest również to, że tematem konferencji jest obywatel – człowiek, którego prawa i wolności powinny pozostawać w centrum działań wszystkich organów publicznych, w tym przede wszystkim instytucji ombudsmana. Multicentryczny system prawa niewątpliwie gwarantuje liczne możliwości realizacji praw i wolności, lecz często jest na tyle skomplikowany, że wielu obywatelom wydaje się trudny do zastosowania. Stąd właśnie perspektywa człowieka, potencjalnej ofiary naruszeń prawa, wydaje się najwłaściwszą perspektywą do rozpatrywania problemów związanych z funkcjonowaniem w praktyce systemu ochrony praw i wolności.

Dwadzieścia lat obowiązywania Konwencji to również dobra okazja do dokonania podsumowań, w jakim stopniu przysłużyła się ona do poszerzenia naszego spojrzenia na standardy ochrony praw człowieka. Nie ulega wątpliwości, że Konwencja wpłynęła na utrwalenie podstawowych standardów w polskiej Konstytucji i polskim prawodawstwie. Warto jednak zauważyć, że czasami oddziaływanie pomiędzy Konwencją a nowo tworzoną Konstytucją RP miało charakter dwustronny.

W polskiej Konstytucji bardzo wcześnie zostały zagwarantowane prawa trzeciej generacji. Dotyczy to między innymi niezwykle aktualnego problemu ochrony prywatności i ochrony danych osobowych. Taki kształt Konstytucji wynikał po części ze standardów międzynarodowych, w tym Konwencji Rady Europy o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych, w dużym stopniu był jednak skutkiem głębokiego przekonania polskiego ustawodawcy konstytucyjnego, że ochrona praw człowieka w tym nowym obszarze, ze względu na rozwój nowych technologii i wynikające z tego zagrożenia, zasługuje na konstytucyjną ochronę. Polska zdawała sobie sprawę z tego problemu w czasach, w których nie był on jeszcze obecny w wielu konstytucjach i ustawach europejskich.

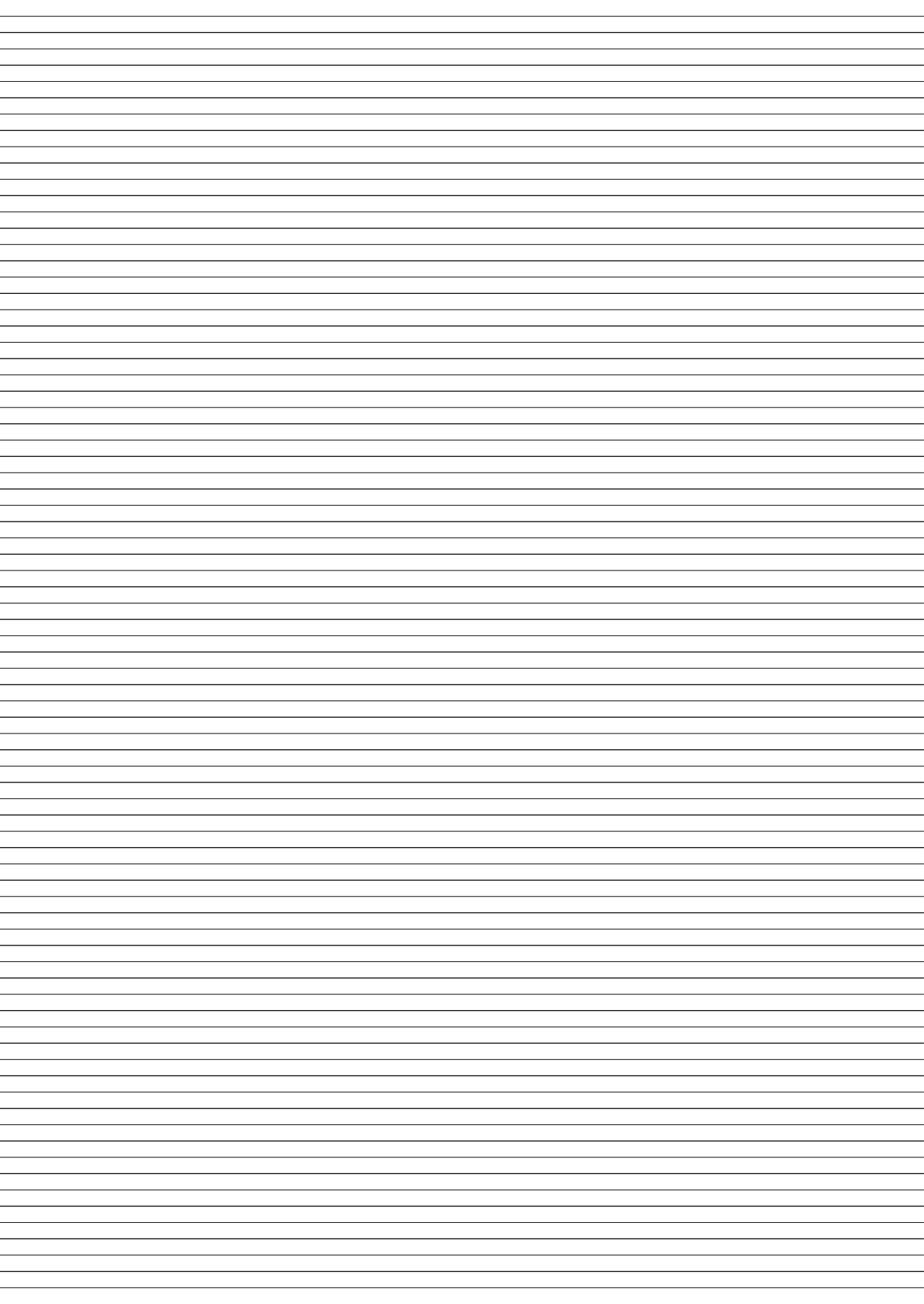
Z pewnością pomogło w tym wyczulenie Polaków na istotę wolności. Pragnienie wolności i dążenie do ochrony swoich praw wyrażone jest także w zaufaniu, jakim Polacy obdarzają Europejski Trybunał Praw Człowieka. Widać to wyraźnie w kierowanych do niego polskich skargach, ale także w uznaniu autorytetu, jakim cieszy się Trybunał. Wręcz europejskim fenomenem jest fakt, że zaufanie polskiego obywatela do Trybunału bywa większe niż zaufanie do sądów krajowych.

Postęp dokonany przez Polskę na drodze realizacji praw człowieka jest niezaprzeczalny, co oczywiście nie oznacza, że osiągnęliśmy stan zadowolenia w tym zakresie. Jednak takim sukcesem na świecie nie może się chyba poszczycić żaden kraj. Tym bardziej istotnego znaczenia nabiera postrzeganie przez nas nowych wyzwań. Jedną ze spraw, do których zarówno moi poprzednicy na stanowisku ombudsmana, jak i ja wielokrotnie wracaliśmy, jest kwestia realizacji międzynarodowych zobowiązań Polski. Wiele konwencji latami oczekuje na ratyfikację. Tymczasem właśnie spójna polityka traktatowa najlepiej służy umocnieniu autorytetu i wiarygodności państwa na arenie międzynarodowej. Z tego względu wielokrotnie przypominaliśmy władzom politycznym kraju, że zawsze za podpisaniem konwencji powinny iść sprawne działania mające na celu jej ratyfikację.

Przykładem, na który chciałabym się tu powołać, jest Konwencja ONZ o Prawach Osób Niepełnosprawnych. Nie była ona ratyfikowana przez

wiele lat po jej podpisaniu. W kolejne rocznice przypominaliśmy władzom o niespełnionym obowiązku, zwracaliśmy uwagę na konieczność podjęcia natychmiastowych działań. W końcu doczekaliśmy się ratyfikacji. Niestety, radość i satysfakcja zostały ograniczone przez sposób, w jaki zapewniono realizację postanowień Konwencji. Otóż parlament przydzielił Rzecznikowi Praw Obywatelskich funkcję organu monitorującego wykonywanie postanowień Konwencji, nie zapewnił jednak na ten cel wystarczających środków finansowych. Mimo to doceniam zaufanie, jakim parlament obdarzył urząd Rzecznika i – nie bacząc na piętrzące się trudności – staram się sprawić, by realizacja postanowień Konwencji nie była pozorowaniem działań, ale autentyczną pracą na rzecz poprawy sytuacji osób z niepełnosprawnością.

W mojej ocenie organizowanie rocznic i przypominanie w ten sposób o nieratyfikowanych konwencjach jest przedsięwzięciem wartym kontynuacji. Mam nadzieję, że dzięki temu lukę pomiędzy podpisaniem a ratyfikowaniem kolejnych konwencji uda się jak najszybciej ograniczyć, a może nawet zamknąć.



PROF. ARTUR
NOWAK-FAR

**PODSEKRETARZ STANU W MINISTERSTWIE
SPRAW ZAGRANICZNYCH**

Bardzo dziękuję Pani Rzecznik Praw Obywatelskich za tak miłe powitanie. Kieruję moje słowa również do Pana Prezesa ETPC Deana Spielmana, Pani Premier Hanny Suchockiej, Pani Kanclerz Françoise Elens-Passos i Pana sędziego Wojtyczka.

Dzisiejsze seminarium jest naszym siódmym tego typu spotkaniem. Takich liczb znaczących, które są w jakiś sposób związane z Seminarium Warszawskim, jest kilka. Jak już Pani Rzecznik wspomniała, mija 20-letnia rocznica przystąpienia Polski do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, 20. rocznica rozciągnięcia na Polskę jurysdykcji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, a także 60. rocznica wejścia w życie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Stało się to możliwe dzięki złożeniu dziesiątego dokumentu ratyfikacyjnego. Wiem, że Pan Prezes Spielmann jest szczególnie dumny z faktu, że to jego kraj, Luksemburg, był owym dziesiątym państwem, które, złożywszy dokument ratyfikacyjny, tchnęło życie w Konwencję.

Ostatnie 20 lat pozwoliło Polsce nabrać znacznego doświadczenia w stosowaniu praw człowieka w praktyce. Jest to o tyle ważne, że my, Polacy, mamy bardzo poważne obciążenie wynikające z naszej bolesnej przeszłości – wielokrotnie naruszano przecież nasze prawa. Ale mamy również pozytywne doświadczenie własnej transformacji ustrojowej, w której przywrócenie systemu właściwego stosowania i egzekwowania praw podstawowych było jednym z najważniejszych kierunków zmian.

Bardzo ważnym elementem tej transformacji było wbudowanie praw człowieka do systemu instytucjonalnego, czy wręcz społecznego, Polski.

Przeszliśmy długą drogę – od tego, jak Polacy kierowali do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka bardzo dużo spraw o naruszenie podstawowych praw człowieka, aż do chwili obecnej, kiedy – mimo większej świadomości obywateli co do przysługujących im praw – takich spraw jest coraz mniej. W tym roku odnotowaliśmy szczególny spadek liczby spraw i również wszystkich innych wskaźników nieefektywności działania państwa w sferze praw podstawowych, co stawia Polskę w dobrym świetle.

Co więcej, z państwa, które było dotąd raczej konsumentem istniejących wzorców w zakresie praw człowieka, Polska stała się aktywnym uczestnikiem procesu ich tworzenia. Obecnie mój kraj stara się aktywnie wspierać ETPC poprzez wskazywanie obszarów, w których Trybunał może zwiększyć swoją efektywność. Podejmuje także inicjatywy służące bardziej efektywnemu egzekwowaniu praw człowieka w wymiarze wewnętrznym. Wczoraj miałem okazję rozmawiać o tym z Panem Prezesem Deanem Spielmannem. Podkreślił on szczególną rolę Polski w ustalaniu wzorca współpracy rządu z parlamentem w zakresie kontroli wykonywania orzeczeń praw człowieka. Bo właśnie w Polsce standard ten jest wysoki, a odpowiednie impulsy do tworzenia rozwiązań służących tej współpracy pochodziły w znacznym stopniu od rządu.

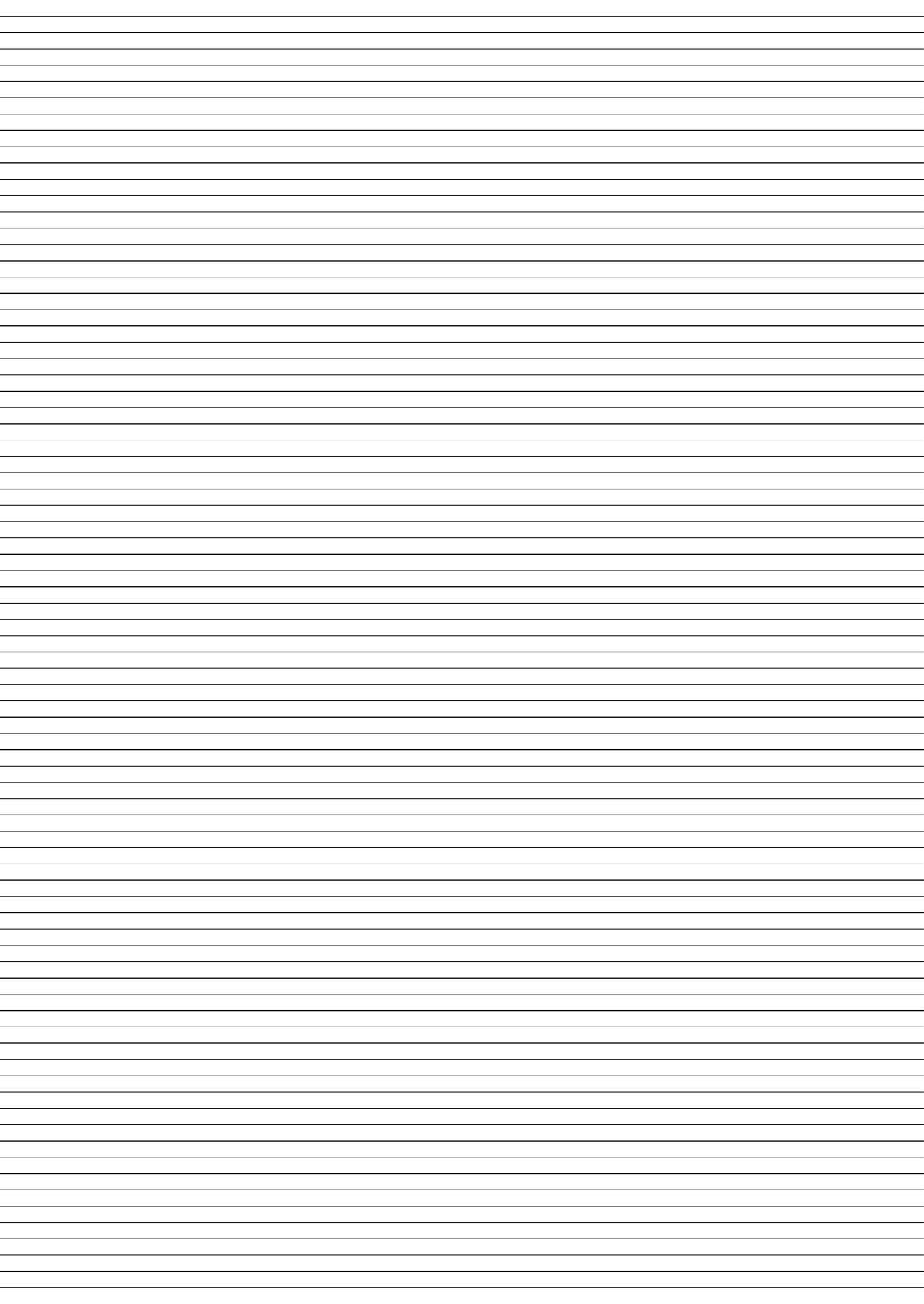
Polska całkowicie popiera stanowisko Trybunału Praw Człowieka, że nie ma obecnie konieczności wprowadzania jakichkolwiek szczególnych reform systemu EKPCz, zanim nie zostanie dokonana całościowa analiza zadań podjętych dotychczas w celu realizacji decyzji przyjętych na konferencjach wysokiego szczebla w Interlaken, Izmirze i Brighton. To stanowisko jest głęboko przemyślane i ilustruje, że faktycznie jesteśmy aktywnym uczestnikiem kształtowania nowego oblicza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Z uznaniem odnotowujemy ogromny wysiłek, który Trybunał podjął na rzecz usprawnienia rozpatrywania skarg. Uważamy, że to usprawnienie jest nam wszystkim, całej społeczności międzynarodowej uczestniczącej w systemie EKPCz, niezmiernie potrzebne.

Kluczem do skutecznego funkcjonowania strasburskiego modelu ochrony praw człowieka jest obecnie aktywne zaangażowanie państw

w wykonanie orzeczeń Trybunału. Jak wspomniałem, jesteśmy gotowi, sami u siebie, uczynić ten system jak najbardziej efektywny. Jesteśmy również gotowi do podzielenia się naszymi dobrymi doświadczeniami w tym zakresie ze wszystkimi innymi państwami-stronami Konwencji.

W Polsce stworzyliśmy zinstytucjonalizowany system wykonywania orzeczeń Trybunału. Istnieje międzyresortowy zespół do spraw wykonywania wyroków ETPC, powołany do życia z inicjatywy Ministra Spraw Zagranicznych. Konieczność wymiany doświadczeń państw członkowskich w zakresie wykonywania wyroków oraz upowszechniania orzecznictwa Trybunału stanowi oczywiste wyzwanie na przyszłość, któremu jesteśmy gotowi stawić czoło. Podejmiemy w tym zakresie stosowne inicjatywy.

Na koniec zostawiłem sobie najprzyjemniejszy punkt mojego wystąpienia. Zacząłem od podania kilku liczb: 7, 20, 60. Jest jeszcze jedna liczba, o której muszę wspomnieć: mija właśnie 25. rocznica powołania do życia instytucji Rzecznika Praw Obywatelskich. Z okazji tego pięknego jubileuszu składam na ręce Pani Rzecznik życzenia wszelkich sukcesów w tej odpowiedzialnej pracy na rzecz osób najsłabszych w społeczeństwie, co przecież stanowi realizację istoty prawa. Życzymy Pani Rzecznik wszelkich sukcesów w ochronie *the most vulnerable* na kolejne, jak najdalsze rocznice.



DEAN SPIELMANN

**PREZES EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU
PRAW CZŁOWIEKA**

Szanowni Państwo, z prawdziwą przyjemnością uczestniczę w niniejszym seminarium. Jestem wdzięczny organizatorom: Rzecznikowi Praw Obywatelskich dr Irenie Lipowicz oraz Ministerstwu Spraw Zagranicznych reprezentowanemu przez prof. Nowaka-Far, którzy zaprosili mnie jako jednego z głównych prelegentów. Jestem zaszczycony możliwością wystąpienia u boku Pani ambasador Hanny Suchockiej – premiera w momencie przystępowania Polski do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz powszechnie znanej i szanowanej damy stanu.

Seminarium Warszawskie jest wydarzeniem dobrze znanym Europejskiemu Trybunałowi Praw Człowieka. Każdorazowo gromadzi szerokie międzynarodowe grono specjalistów zajmujących się prawami człowieka, jak również przedstawicieli władz i ekspertów z Polski, w celu omówienia aktualnych zagadnień z dziedziny europejskiego prawodawstwa i polityki dotyczących praw człowieka. Jest to forum sprzyjające swobodnej dyskusji oraz powstawaniu i kształtowaniu nowych koncepcji w zakresie praw człowieka.

Program tegorocznego seminarium jest naprawdę bogaty. Spojrzymy na 20 lat, które minęły od ratyfikacji Konwencji przez Polskę w 1993 r. Wydarzenie to było przełomowym i historycznym krokiem dla odrodzonego systemu demokratycznego. Przystudiujemy aktualną tematykę i wyzwania stojące przed systemem Konwencji. Wybiegniemy też w przyszłość, przyglądając się przystąpieniu Unii Europejskiej do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Zagadnieniem, które wybrałem jako temat mojego dzisiejszego przemówienia, jest godność ludzka. Wybór ten został podyktowany refleksjami nad koncepcją obywatela i obywatelstwa, którą przywołuje tytuł seminarium.

Od czasów starożytnych bycie obywatelem oznaczało posiadanie określonego statusu we wspólnocie politycznej oraz możliwość korzystania z cennego dziedzictwa prawnego składającego się z praw i obowiązków. Przychodzi na myśl przykład św. Pawła stojącego przed namiestnikiem Festusem w Cezarei i domagającego się prawa do bycia osądzonym w Rzymie jako obywatel cesarstwa.

W czasach współczesnych nasza koncepcja obywatelstwa obejmuje wartości proklamowane na kontynencie europejskim w konstytucjach, kartach i deklaracjach będących tekstami założycielskimi naszych wspólnot politycznych. Mam tu na myśli demokrację, prawa człowieka, sprawiedliwość, wolność osobistą, równy status i uczestnictwo w społeczeństwie, odpowiedzialność i solidarność.

Podstawą tych wszystkich wartości jest godność ludzka. Godność ludzka zajmuje najważniejsze miejsce w systemie wartości, według którego zostało uporządkowane współczesne państwo. Jest ona wartością nadrzędną w systemie praw człowieka powołanym do życia w Europie na mocy Konwencji. To wartość absolutna, uniwersalna i stała. Fundament współczesnej koncepcji obywatelstwa, a jednocześnie wznosi się ponad nią.

Termin „godność” wyraźnie rozbrzmiewa w wielkim tekście o prawach człowieka naszych czasów – Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r. W preambule Deklaracji mówi się o „przyrodzonej godności” wszystkich członków wspólnoty ludzkiej, zaś w art. 1 stwierdza się uroczyście, że „wszyscy ludzie rodzą się wolni i równi pod względem swej godności i swych praw”.

Kolejnym, uwzględniając chronologię, tekstem międzynarodowym jest, jak wiadomo, Europejska Konwencja Praw Człowieka. Prace nad nią rozpoczęły się w roku następnym – 1949. Słowo „godność” w gruncie rzeczy nie pojawia się nigdzie w tekście Konwencji, co może trochę dziwić. Ale Konwencja jest wyraźnie dzieckiem Deklaracji, na którą autorzy

powołują się w preambule. Celem Konwencji było – i pozostaje – „podjąć pierwsze kroki w celu zbiorowego zagwarantowania niektórych praw wymienionych w Powszechnej Deklaracji”.

Dodatkowo dziwić może, że termin „godność” właściwie pojawia się tylko raz w pięciu „normatywnych” protokołach do Konwencji. Ma to miejsce w Protokole nr 13, znoszącym karę śmierci we wszystkich okolicznościach. Rozpoczyna się on od potwierdzenia, że prawo do życia jest podstawową wartością w społeczeństwie demokratycznym i że „zniesienie kary śmierci jest niezbędne dla ochrony tego prawa i pełnego uznania wrodzonej godności każdej istoty ludzkiej”.

Nie ulega jednak wątpliwości, że Konwencję przenika pojęcie godności ludzkiej. Wyraźnie stwierdził to Trybunał, który w wielu swoich wyrokach powtórzył, że „istotą Konwencji jest poszanowanie ludzkiej godności i wolności”. Jest to zasadnicza myśl towarzysząca sprawom związanym z różnymi aspektami praw człowieka.

Przychodzi na myśl najbardziej absolutna norma wyrażona w art. 3 zakazującym tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania. Wyrażona jest w niej bezwzględna ochrona integralności osoby ludzkiej, zarówno jej ciała, jak i umysłu. Trybunał interpretuje tę normę pod względem godności ludzkiej, którą należy respektować w każdych okolicznościach. Podkreślam, że ochronie podlega godność każdego człowieka, w każdych okolicznościach.

Pozwolą Państwo, że przywołam tutaj ważny wyrok wydany w tym roku i dotyczący kary dożywotniego pozbawienia wolności za najcięższe przestępstwa. W sprawie *Vinter* Trybunał w Strasburgu znalazł potwierdzenie swojego rozumienia godności ludzkiej w orzecznictwie precedensowym na podstawie Konstytucji Republiki Federalnej Niemiec. Według opinii Federalnego Trybunału Konstytucyjnego „rehabilitacja jest wymagana na mocy konstytucji w każdej społeczności, która godność ludzką stawia na pierwszym miejscu”. W tych słowach – „godność ludzka na pierwszym miejscu” – widzę idealne podsumowanie europejskiego systemu praw człowieka.

Dlatego też godność każdego człowieka podlegającego jurysdykcji państw sygnatariuszy Konwencji jest gwarantowana przez Konwencję

i chroniona przez Trybunał. Mieliśmy wiele takich spraw w ostatnich latach – dotyczyły one rozmaitych sytuacji, ale łączyła je potrzeba ochrony i zadośćuczynienia. Przedmiotem uwagi Trybunału było zapewnienie możliwie najpełniejszego poszanowania godności skarżących – od więźnia cierpiącego na chorobę psychiczną, przez Romkę poddaną sterylizacji bez jej zgody, do ofiar dyskryminacji rasowej i azylanta zagrożonego prześladowaniami.

Istnieje jeszcze inny typ sytuacji, niestety coraz częstszy, o którym mówi się w kontekście art. 3. Dotyczy on ubóstwa czy wręcz nędzy. Trybunał w swojej decyzji w sprawie *Larioshina* z 2002 r. uznał możliwość naruszenia art. 3, polegającą na niemożności skarżącego do zaspokajania podstawowych potrzeb życiowych z powodu ubóstwa. Trybunał powrócił do tego problemu w sprawie *Budina* w 2009 r., w której skarżąca zarzucała, że kwota emerytury była zbyt niska, by zapewnić jej godne życie. Trybunał orzekł, że nie wyklucza możliwości odpowiedzialności państwa z tytułu art. 3, jeśli osoba całkowicie zależna od pomocy społecznej spotyka się z urzędową obojętnością wobec sytuacji poważnego ubóstwa lub niedostatku naruszającego godnością ludzką. Trybunał nie stwierdził jednak, że okoliczności sprawy potwierdzały taką trudną sytuację materialną.

Z takim ubóstwem mieliśmy jednak do czynienia w sprawie *MSS przeciwko Belgii i Grecji*, w której wyrok wydano w 2011 r. Trybunał orzekł, że postawienie skarżącego – azylanta z Afganistanu – w sytuacji ubóstwa w Grecji było tak poniżającym brakiem poszanowania jego godności, że naruszało art. 3.

W pracach Trybunału nadajemy tego typu sprawom najwyższy priorytet, zgodnie z ich poważnym charakterem.

Europejska Konwencja Praw Człowieka jest jak wiadomo żywym aktem – zasada ta ma już długą tradycję w europejskim prawie humanitarnym. Pozwala ona Trybunałowi na gwarantowanie ciągłego spełniania podstawowego celu Konwencji, jakim jest ochrona człowieka. Takie dynamiczne podejście dotyczy koncepcji godności ludzkiej wyznawanej przez Trybunał. W wyroku w sprawie *Selmouni* z 1999 r. Wielka Izba stwierdziła, że „potrzeba stałego podnoszenia standardów ochrony praw człowieka i podstawowych wolności nieuchronnie pociąga za sobą wymóg większej

stanowczości w ocenie naruszeń fundamentalnych wartości demokratycznych społeczeństw”.

Nie trzeba mówić, jak wielką wagę ma to brzemiennie w skutki stwierdzenie Trybunału.

Ci z Państwa, którym nieobce są metody Trybunału, wiedzą, że przykłada on dużą wagę do wszystkich źródeł dokumentujących rodzenie się w Europie nowego poglądu lub konsensusu w dowolnej sprawie związanej z prawami człowieka. To duża zaleta Rady Europy. Jej nieustrudzona praca w ustanawianiu nowych standardów, zarówno „twardych”, jak i „miękkich”, stanowi cenny punkt odniesienia dla Trybunału przy interpretowaniu gwarancji ustanowionych w Konwencji w świetle „aktualnych warunków”.

W związku z tym odnotowuję z dużym zainteresowaniem toczące się obecnie dyskusje o prawach osób starszych w Europie, które to zagadnienie będzie ostatnim tematem dzisiejszego seminarium. To bardzo cenna inicjatywa na rzecz dużej i stale rosnącej grupy ludzi w naszych społeczeństwach. Grupy doświadczającej bezbronności i zależności, nieuniknionego zanikania autonomii osobistej i samostanowienia. Grupy, dla której tym cenniejsza jest gwarancja ludzkiej godności wynikająca z Konwencji. Koncepcja godności jest rzeczywiście jednym z głównych akcentów w projekcie zalecenia. Pragnę w tym miejscu zauważyć, że zgodnie z zasadami działania Europejskiego Trybunału Praw Człowieka sprawom wnoszonym przez osoby starsze jest nadawany wysoki priorytet, moim zdaniem z oczywistych przyczyn.

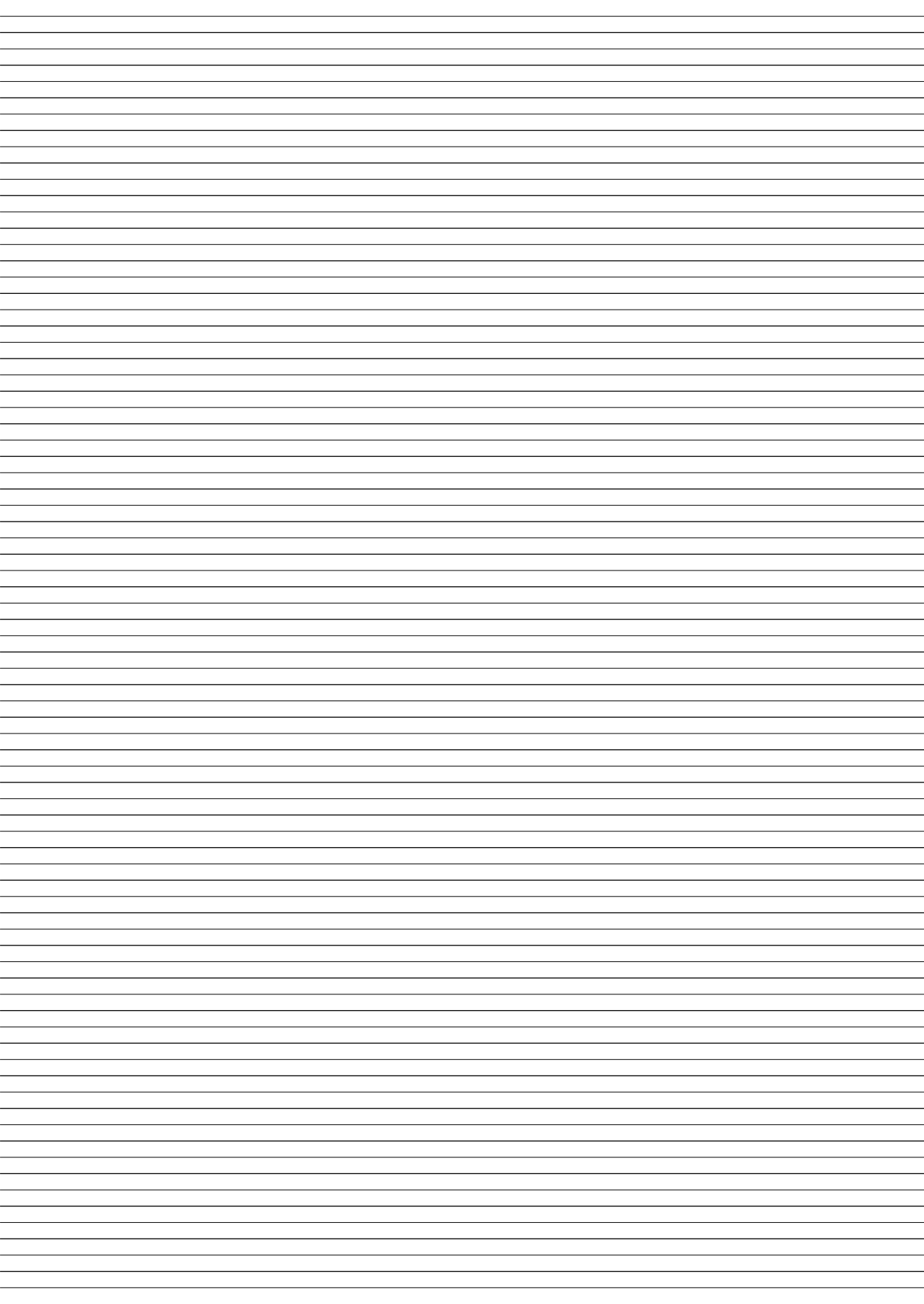
Refleksje te przenoszą mnie do punktu wyjścia, czyli koncepcji obywatelstwa. W państwie demokratycznym obywatel jest posiadaczem wszystkich praw. Jest pełnoprawnym członkiem danej wspólnoty politycznej. We współczesnej Europie proces integracji UE wzmocnił status obywateli 28 państw członkowskich. Jest to opoka legitymizacji Unii, gwarantująca uczestnictwo i przedstawicielstwo obywateli oraz odpowiedzialność unijnych instytucji i przywódców wobec obywateli.

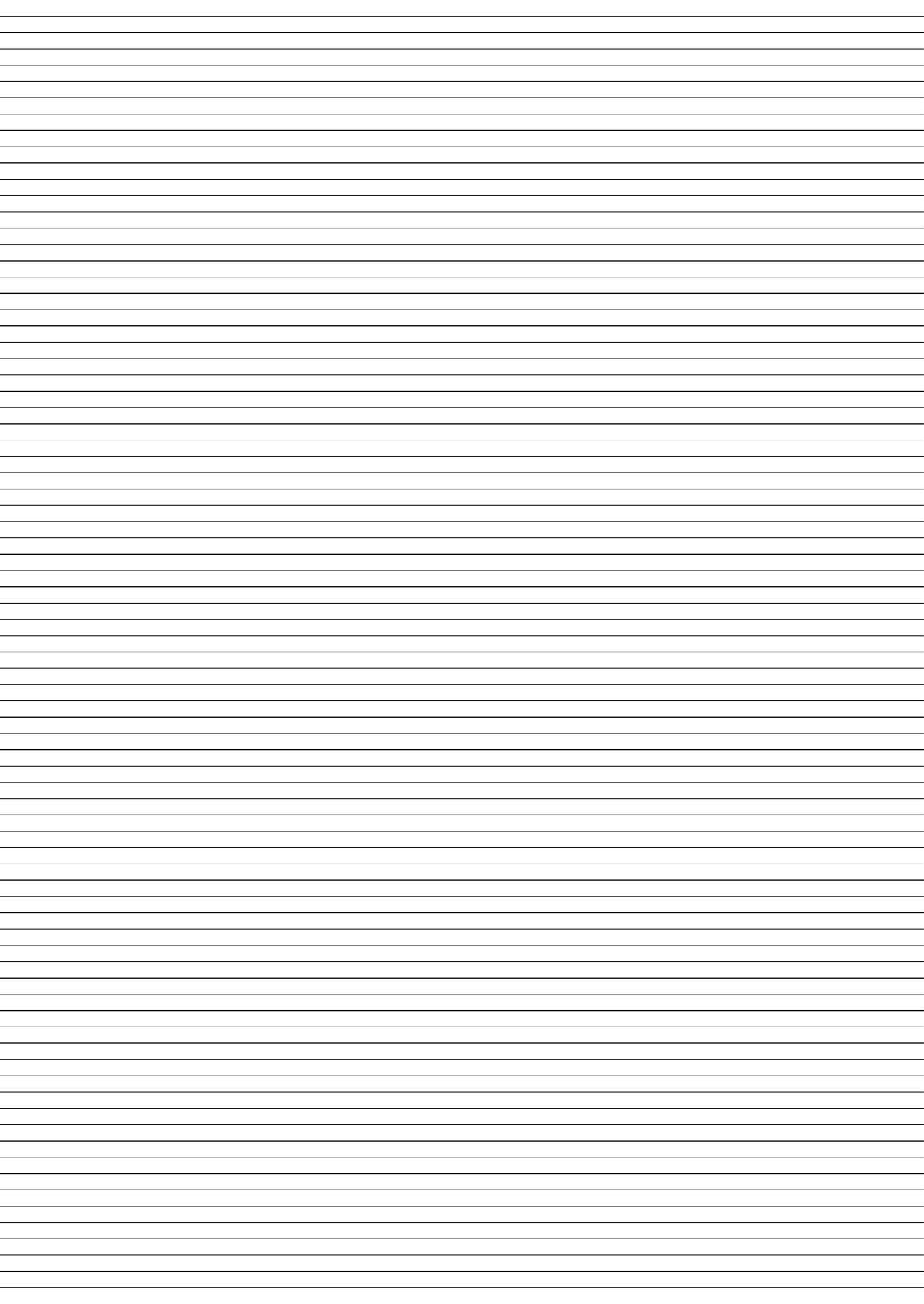
Użyłem wcześniej terminu „dziedzictwo prawne” do opisanie cech obywatelstwa. Główna myśl mojego wystąpienia dotyczyła jednak czegoś bardziej uniwersalnego, czegoś przyrodzonego istocie ludzkiej z powodu

jej istnienia. Tym czymś jest godność, która jest niezbywalnym prawem każdego człowieka. Prawem, którego nie może odebrać żadna władza.

Godność tworzy kompleksowy kontekst obywatelstwa, zarówno na szczeblu państw, jak i Unii Europejskiej. Pozwólcie, że wyrażę w tym miejscu moje uznanie dla fundamentalnych tekstów normatywnych Unii – Traktatu o Unii Europejskiej i Karty praw podstawowych – za wyniesienie godności ludzkiej na należny jej poziom jako naczelnej wartości w sposobie postrzegania Europy przez samą siebie. Nie ma szlachetniejszego celu naszego prawa i godniejszego zadania dla nas, którzy prawu temu służymy.

Na tej myśli zakończę. Dziękuję Państwu za uwagę.





AMBASADOR HANNA SUCHOCKA

PREZES RADY MINISTRÓW W LATACH 1992–1993

Dzisiejsza konferencja to okazja dla swoistego bilansu z 20 lat uczestnictwa Polski w systemie ochrony jednostki zbudowanym na podstawie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Jednym z jego oczywistych aspektów jest porównanie oczekiwań z uzyskanymi efektami. Taki też charakter chciałabym nadać mojemu wystąpieniu. Sięgnięcie do historii i doświadczeń ma jednak w tym wypadku służyć nie tyle refleksji o przebytej drodze, co sformułowaniu wniosków na przyszłość. Sądzę bowiem, że użytek z obchodzenia rocznic publicznych zdarzeń, poza efektami edukacyjnymi, polega przede wszystkim na tym, że dają one okazję do podjęcia dyskusji nad obecnymi dylematami i nadchodzącymi wyzwaniem.

Dwadzieścia kilka lat temu naturalnym dążeniem Polski oraz innych państw wchodzących na drogę transformacji ustrojowej było uzyskanie członkostwa w Radzie Europy. Członkostwo to bowiem było wyraźnym znakiem, swoistym dowodem miejsca w rodzinie demokratycznych państw europejskich, które organizowały się po II wojnie światowej, tworzyły coraz silniejsze więzi i wypracowywały wspólne standardy postępowania. Nam przez te kilkadziesiąt lat przypadła tylko rola obserwatorów tego procesu. Jako społeczeństwa Środkowej i Wschodniej Europy mieliśmy zarazem silne poczucie łączności z tradycją i kulturą europejską. Wejście do Rady Europy było deklaracją i uznaniem tej łączności, a jednocześnie dawało nam poczucie uczestnictwa w europejskich sprawach z punktu widzenia politycznego.

Przewycięzanie podziałów europejskich miało jednak nie tylko wymiar polityczny. Było także procesem brzemennym w skutki prawne i to oddziałujące na wiele podmiotów¹. Skutki te dotyczyły nie tylko państw przystępujących do Rady Europy, ale także samą Radę.

Logiczną konsekwencją członkostwa w Radzie było przystąpienie do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Można powiedzieć, że był to swoisty aspekt prawny likwidowania podzielonej Europy. Była to naturalna droga i nasz ważny cel.

Jednym z zasadniczych problemów, z jakim wówczas się zmagaliśmy, była relacja pomiędzy dziedzictwem prawnym państw przechodzących transformację w zakresie ochrony praw człowieka a koncepcją wynikająca z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Zasadniczym celem przystąpienia do Konwencji miało być między innymi zerwanie z podwójnym standardem praw człowieka, jaki zaistniał w wyniku podzielonej Europy.

Myślę, że w początkowym okresie nie uświadamialiśmy sobie nawet, jak bardzo złożony był to proces, jak bardzo nasze myślenie było zdominowane wizją praw obywatela anizeli praw człowieka. Jak bardzo trzeba było przeorientować nasze myślenie aksjologiczne i w tym kontekście przejść ze sfery ogólników do konkretów. Pojawiały się pytania, co do zakresu tzw. standardów europejskich. Sądzę, że te pytania pojawiają się nadal, także w państwach będących od wielu lat członkiem Rady Europy i EKPCz. O doniosłości problemu świadczą między innymi prace Komisji Weneckiej w tym obszarze. Dwadzieścia lat jej istnienia nie zmniejsza zakresu jej prac.

Niewątpliwie miniony okres odpowiedział na wiele stawianych wówczas pytań. Ale też postawił nas przed nowymi wyzwaniem i dylematami.

Przystąpienie do systemu ochrony praw człowieka Rady Europy wymagało zasadniczych zmian w prawie wewnętrznym. Obejmowały one

1 Pisałam o tym zarówno w raporcie przygotowanym na VIII Międzynarodowe Kolokwium poświęcone Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, odbywające się w Budapeszcie we wrześniu 1995 r. (H/Coll(95)4), jak i w publikacji: *Europejska Konwencja Praw Człowieka a prawo wewnętrzne państw-członków Rady Europy – wzajemne zależności*, [w:] *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania. Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej*, Warszawa 1996, s. 443–458.

zarówno zmiany w prawie materialnym, jak i procesowym poszczególnych państw. Nie ulegało wątpliwości, czego może tak silnie wówczas nie akcentowano, że poszerzenie Rady Europy, zderzenie ze sobą dwóch porządków prawnych, niejednokrotnie osadzonych na różnych tradycjach prawnych, wywoła określone konsekwencje także dla samego systemu prawa Rady Europy.

Przystąpienie do EKPCz było wyraźnym wskazaniem na potrzebę stworzenia jednolitych standardów praw człowieka dla obu części Europy. Dążenie to motywowano 40-letnim doświadczeniem państw socjalistycznych, ograniczonych podwójnymi standardami prawa i zawężoną, poprzez oficjalną linię państwa, interpretacją praw wolnościowych, zwłaszcza takich jak prawo do wolności słowa, zrzeszania się, tworzenia wolnych związków zawodowych, zgromadzeń czy niezawisłego sądu.

U podstaw dążeń do przystąpienia do Konwencji leżało głębokie przekonanie o odwróceniu punktów ciężkości w procesie ochrony praw człowieka. Uczynienie człowieka i jego godności punktem odniesienia, a nie państwa z jego „wszechmocną” wolą. Zmiany wymagało postrzeganie przedmiotu ochrony. W systemie Rady Europy była to jednostka ludzka, w systemie socjalistycznym – zbiorowość, kolektyw. Jak pisał Wiktor Osiatyński: „Socjalistyczny konstytucjonalizm odrzucił zasadę przyrodzonych (*innate*) praw człowieka i traktował prawa indywidualne jako rodzaj dobra gwarantowanego przez państwo w zamian za wypełnienie obowiązków obywatelskich. Chociaż konstytucje państw socjalistycznych przewidywały wolności osobiste i prawa polityczne, to przepisy te miały bardziej charakter deklaracji, nie zawierały natomiast mechanizmów pozwalających na ich urzeczywistnienie”². Z tego też względu zakres takich klasycznych wolności, jak wolność osobista, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, wolność zgromadzeń, interpretowano z perspektywy ich zgodności z interesem państwa. Wynikające stąd ograniczenia wolności szły często tak daleko, że przekreślały samą jej istotę. Istota wolności w swojej skrajnej postaci sprowadzona została do prawa

2 W. Osiatyński *Rights in New Constitutions of East Central Europe*, „Columbia Human Rights Law Review” 1994, vol. 26, s. 112.

o uzyskanie pozwolenia³. System miał w założeniu omnipotencję państwa i restrykcyjny stosunek do jednostki, uzależniający w konkretnej sytuacji skorzystanie z takiej czy innej wolności od woli władzy administracyjnej lub politycznej.⁴

Zmiany wymagały stworzenia mechanizmów pozwalających na urzeczywistnienie tych wolności. Wśród nich kluczowym jest prawo do sądu i gwarancje niezawisłego sądownictwa.

Wyraźną wolą polityczną nowych państw Rady Europy było, aby poprzez przystąpienie do Konwencji „wkomponować” tworzone nowe rozwiązania prawne we wspólny europejski system ochrony. Cel ten przyświecał zarówno tym państwom, które znajdowały się na historycznym terytorium geograficznym Europy, jak i tym, które znajdowały się na terytorium pozaeuropejskim (państwa powstałe z rozpadu Związku Radzieckiego, które także przystąpiły do Rady Europy).

Państwa przechodzące transformację zgadzały się na poszukiwanie takich rozwiązań w prawie wewnętrznym, które byłyby w zgodzie z istniejącymi standardami europejskimi, opartymi na innym niż dotychczas systemie wartości. Celem było dążenie do homogeniczności systemu wewnętrznego państwa z systemem europejskim, także dzięki możliwości zwracania się do ETPC, który swoim orzecznictwem tworzył wzorzec rozwiązań. Równocześnie chodziło o zachowanie homogeniczności systemu europejskiego w warunkach rozszerzania RE.

Podsumowując te 20 lat, można powiedzieć, że wymienione cele zostały osiągnięte:

- dokonano zasadniczych zmian w prawie wewnętrznym państw zgodnie ze standardami europejskimi;
- zapewniono ochronę praw człowieka, zwłaszcza prawo do sądu, włączając w to prawo skierowania skargi do ETPC;

3 Por. R. Wieruszewski, *Human Rights and current Constitutional Debates in Central and Eastern European Countries*, [w:] *The Strength of Diversity: Human Rights and Pluralist Democracy*, pod red. A. Rosas, J. Helgesen, Dordrecht 1993, s. 194.

4 Szerzej: Z. Kędzia, *An East-European Perspective on an All-European System of Human Rights Protection*, [w:] *Perspectives of an All European System of Human Rights Protection, Proceedings and Recommendations of an International Conference*, N.P. Engel, Poznań 1990, s. 190.

– prawo to jest szeroko wykorzystywane przez obywateli poszczególnych państw.

Nie ulega wątpliwości, że udało się przewyciężyć swoisty „dualizm” (*double standard*) w podejściu do ochrony praw człowieka w dwóch częściach Europy i dostosować ochronę praw człowieka w Europie Środkowej i Wschodniej do zasad przyjętych w Radzie Europy.

Od początku procesu transformacji można było obserwować pewne obawy w różnych państwach przed zbyt daleko idącą „uniformizacją” prawa. Myślę, że w dużym stopniu tamte obawy zostały rozproszone. Można jednak odnieść wrażenie, że niektóre z nich, w innej formie, powróciły. Pojawiły się bowiem nowe problemy, które zmuszają do szukania dziś odpowiedzi. Pytanie zasadnicze dotyczy tego, czy w ramach obecnego jednolitego systemu ochrony istnieje miejsce na zróżnicowanie w niektórych obszarach. Można odnieść wrażenie, że to pytanie powraca echem. W istocie bowiem w procesie tworzenia europejskiego systemu ochrony praw człowieka występują dwie tendencje. Pierwsza, która wydaje się dominująca, zmierza do ochrony wspólnych standardów w przestrzeni europejskiej. Druga tendencja wyraża się w próbach zachowania pewnych odrębności krajowych. Mogłoby się wydawać, że obie te tendencje są sprzeczne, ale tak rzecz się ma tylko z pozoru. W istocie bowiem są to procesy wzajemnie się uzupełniające.

Spróbujmy uzasadnić tę ocenę. Wydaje się oczywiste, że system Rady Europy dopuszcza współistnienie wspólnych standardów podstawowych i krajowych swoistości. Europejski system ochrony jest przecież subsydiarny w stosunku do systemów ochronnych państw, systemów zakorzenionych w różnych tradycjach kulturowych i prawnych. Daje temu wyraz wielokrotnie w swoich opiniach Komisja Wenecka, rozpatrująca przygotowywane projekty ustaw i zmian w konstytucjach z punktu widzenia standardów europejskich.

Proces rozszerzania Rady Europy spowodował, że zwiększeniu uległa jej heterogeniczność prawna i kulturowa. Zrozumiałe, że proces ten nie mógł prowadzić do podważenia jednolitego rozumienia i poszanowania europejskich standardów ochrony praw człowieka. Z innej strony, nawet dość powszechnie uznawana homogeniczność kulturowa Rady Europy

sprzed jej poszerzenia w latach 90. nie miała charakteru absolutnego. I to właśnie w tamtym okresie, sprzed poszerzenia, wykształciła się stosowana w orzecznictwie ETPC zasada znana jako koncepcja „marginesu oceny” (*margin of appreciation*). Sądzę, że warto jej poświęcić kilka uwag. Jest ona jednym z ważnych instrumentów Trybunału. Odwołać się można do różnorodnych opracowań tej kwestii. Poświęcił jej wiele uwagi także obecny Prezes Trybunału Dean Spielmann.

Koncepcja ta nie była wyraźnie akcentowana w dyskusjach prowadzonych w państwach przygotowujących się do wejścia do Rady Europy ze zrozumiałych względów. Chodziło o osiągnięcie pewnego standardu jednolitości rozwiązań w zakresie ochrony praw człowieka, a nie zasklepiania się w odrębnościach. Jednak proces realizowania *uniform standard* praw człowieka musiał być procesem stopniowym, ponieważ cała struktura prawna opiera się na kruchej podstawie, jaką jest zgoda (porozumienie) państw członkowskich (*fragile foundations of the consent of the Member States*). Koncepcja marginesu ochrony daje elastyczność konieczną dla uniknięcia niszczącej konfrontacji pomiędzy Trybunałem a państwami członkowskimi i pozwala Trybunałowi zrównoważyć zasadę suwerenności państw członkowskich z ich zobowiązaniami względem Europejskiej Konwencji⁵.

Sytuacja jednak jest dynamiczna. Szczególnie dwa, ściśle ze sobą powiązane, czynniki odgrywają tutaj kluczową rolę. Po pierwsze, obejmowanie coraz szerszą ochroną międzynarodową praw człowieka może prowadzić do tego, że ETPC nie będzie spełniał już tylko roli subsydiarnej. Cały szereg orzeczeń powoduje, że mamy do czynienia z bardzo szczegółowym *sui generis* ustawodawstwem strasburskim. Po drugie, wchłanianie przez prawa człowieka nowych kwestii, nowych obszarów tematycznych (tzw. problem nowych praw człowieka) sprawia, że wyzwania dotyczące homogeniczności pojawiają się także wobec starych członków Rady Europy.

5 *Allowing the Right Margin. The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review*, 07.03.2012. Niezwykle ciekawa i szeroko udokumentowana praca Adama Wiśniewskiego *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Gdańsk 2008, s. 482.

Wystarczy przypomnieć tutaj głośną sprawę *Lautsi przeciwko Włochom*. W tej sprawie stanowisko Trybunału w drugiej instancji w sposób wyraźny odwoływało się do *margin of appreciation* jako zasady, która w tego typu sytuacjach powinna być przywołana.

Pojawia się dziś pytanie, w jakim kierunku zmierza rozwój koncepcji wypracowanej przez Trybunał od lat 70. (*Handyside v United Kingdom*, 1976), a więc jeszcze sprzed poszerzenia. Ale właśnie dlatego, że jest ona wypracowana przez orzecznictwo, podlega swoistej dynamice. Jaką obecnie rolę ma odgrywać? Zderzają się tutaj dwie koncepcje, jedna domagająca się większej uniformizacji i ograniczania *margin of appreciation*, z obawy, aby nie pomniejszyć standardów ochrony. Druga zaś, wręcz przeciwnie, uważa, że z uwagi na obejmowanie pojęciem praw człowieka coraz to nowych kwestii szczegółowych, stosowanie unormowań europejskich coraz częściej styka się z odrębnością tradycji kulturowych poszczególnych państw Rady Europy i tym samym trudno zmierzać do jej ograniczenia.

Ustalony został wspólny fundament systemu ochrony. System ten jednak nie opiera się na sztywnej ideologii. Ma swoje oparcie we wspólnie podzielanej aksjologii, a do niej należy pozostawienie pewnego zakresu swobodnej oceny państw z uwagi na ich zróżnicowanie kulturowe i tradycję. Trybunał wypracował swoje stanowisko, w jakich kwestiach *margin of appreciation* jest wąski albo wręcz niedopuszczalny (np. kwestie niezawisłości sądownictwa), a w jakich znacznie szerszy (np. w kwestiach moralnych, wobec których poglądy i stanowiska są szczególnie mocno zakorzenione w tradycjach i kulturze poszczególnych społeczeństw).

Oczywiście może powstać pytanie, czy poszerzanie zakresu *margin of appreciation* w pewnych sprawach nie zrelatywizuje, a w ostateczności, czy nie podważy fundamentów wspólnego europejskiego systemu ochrony jednostki. Nie sądzę jednak, aby te obawy były uzasadnione. Pokazuje to wyraźnie praktyka orzecznictwa strasburskiego.

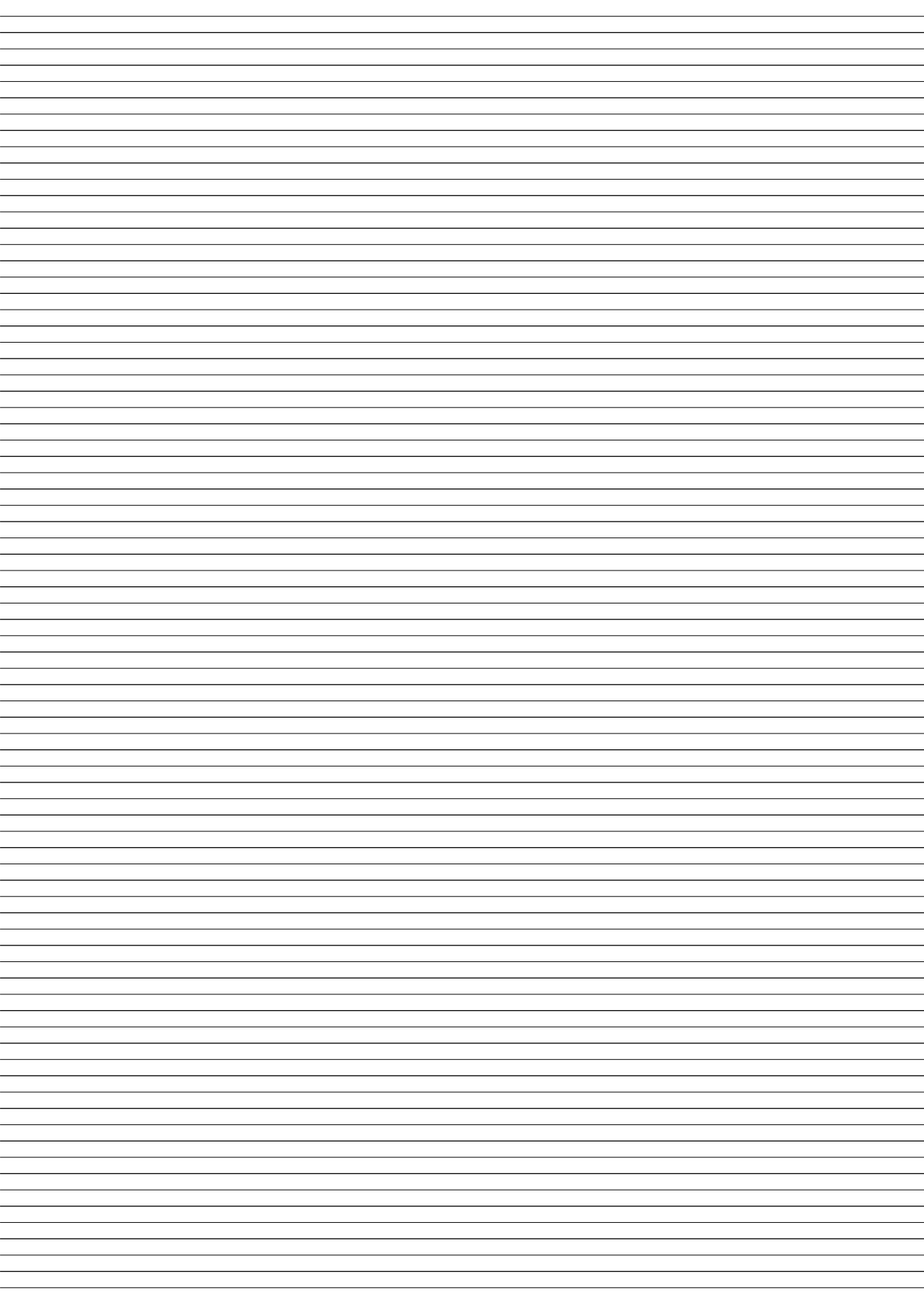
W literaturze spotyka się optymistyczne oceny stosowania tej koncepcji i jej przydatności na płaszczyźnie międzynarodowej, „pozwała ona bowiem na wyważanie praw jednostek z podstawami ich ograniczeń przez

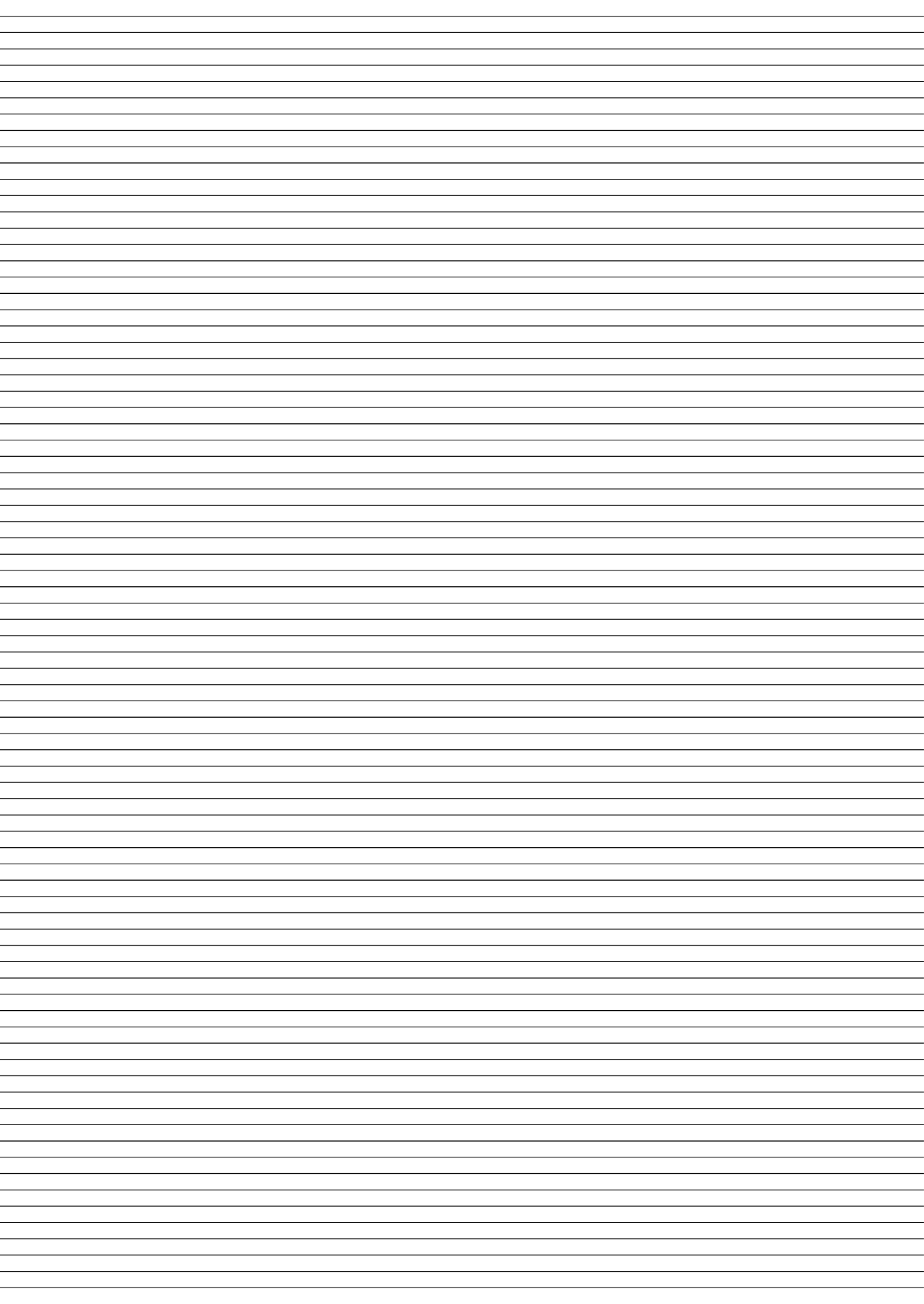
różne państwa, a także daje możliwość mediacji pomiędzy różnymi koncepcjami moralności”⁶.

Podzielić można w pełni pogląd Adama Wiśniewskiego, że „konceptcja marginesu ochrony może być postrzegana jako ważny instrument w utrzymywaniu równowagi w obliczu nieuniknionych, jak się wydaje, antynomii i związanych z nimi dylematów, przed którymi staje ETPC, stosując Konwencję i rozwijając europejskie standardy praw człowieka”⁷.

6 Ibidem, s. 442–443.

7 Ibidem, s. 445.







PANEL I:
20-lecie związania się przez Polskę
Konwencją o Ochronie Praw
Człowieka i Podstawowych Wolności
oraz jurysdykcją Europejskiego
Trybunału Praw Człowieka

Moderator: Ambasador Urszula Gacek, Stały
Przedstawiciel RP przy Radzie Europy

NIEZAWISŁOŚĆ SĘDZIEGO międzynarodowego w świetle reformy systemu strasburskiego z 1998 r.

PROF. JERZY MAKARCZYK

pierwszy sędzia Europejskiego Trybunału Praw
Człowieka wybrany z ramienia Polski

Dziękuję bardzo za zaproszenie. To dla mnie wielki zaszczyt, tym bardziej że po raz pierwszy występuję publicznie w sprawach dotyczących Trybunału od momentu jego opuszczenia w roku 2002. Nigdy nie ukrywałem mojego krytycznego stosunku wobec Protokołu nr 11. Pisałem o tym szczegółowo w artykule zamieszczonym w księdze pamiątkowej ku czci wybitnego sędziego Trybunału Nicolasa Valticosa. Uważam, że oczywiście reforma była niezbędna, ale mogła pójść w innym kierunku. Wszystkim była znana propozycja holendersko-szwedzka, która zakładała Trybunał dwuinstancyjny. Trybunał pierwszej instancji, według terminologii luksemburskiej, miałby wówczas za zadanie badanie faktów oraz przede wszystkim rozstrzyganie spraw, które nie musiałyby być rozpatrywane przez wystarczająco już obciążony sąd wyższej instancji. Ale mój krytyczny stosunek nie ma w tej chwili żadnego znaczenia. Ważne jest, żeby patrzeć naprzód i dostrzegać możliwości usprawnienia systemu. Reformę należy traktować jako proces wymagający ciągłego udoskonalania.

Chcę powiedzieć o kilku sprawach. Pierwsza sprawa o doniosłym znaczeniu dla niezawisłości sędziowskiej to sposób wyłaniania kandydatury sędziego i następnie wybierania go do Trybunału. Nie będę mówił tutaj

o procedurze wewnętrznej, chociaż jest to również istotna i właściwie dotychczas nierozwiązana kwestia.

Kiedy 10 miesięcy przed wejściem w życie Protokołu powstał problem przesłuchiwania urzędujących sędziów przez Komisję Parlamentarną Lorda Kirkhilla, Prezes Rolv Ryssdal uznał za niedopuszczalne, aby sędziowie, którzy zasiadają w sprawach i mają jeszcze przed sobą prawie rok urzędowania, byli przesłuchiwani przez organ o charakterze *stricte* politycznym. Naturalnie Komisja Parlamentarna, umocowana do wyboru sędziego, musi mieć możliwość sprawdzenia kwalifikacji sędziego. W tej chwili w Unii Europejskiej istnieje powołany specjalny komitet siedmioosobowy, którego skład został zaaprobowany przez Prezesa Sądu. Ciało to powinno mieć charakter apolityczny. Parytet geograficzny jest tu zapewne nie najlepszy, ale należy traktować go jako eksperyment.

Osobiście miałem wątpliwości, czy w ogóle wolno mi stawić się na takie przesłuchanie. Zasiadałem w wielu trudnych sprawach, często jako sędzia sprawozdawca. Byłem sprawozdawcą z art. 3 w sprawie tortur stosowanych wobec skazanych na śmierć na Ukrainie. Poszedłem wówczas do Prezesa i zaproponowałem inne rozwiązanie – zorganizowanie wspólnego posiedzenia 10 sędziów kandydatów z Komisją Lorda Kirkhilla, czyli z Podkomisją Komisji Prawnej Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, dzięki czemu uniknęłoby się przesłuchania politycznego i zyskało czas na pogłębioną, merytoryczną dyskusję. Na każdego sędziego przypadałoby wówczas po 15 minut. Trzeba pamiętać, że do przesłuchania w Pałacu Rady Europy było 120 osób, po trzech kandydatów z 40 państw. Prezes Ryssdal obiecał pójść z tą propozycją do Przewodniczącego Parlamentu pod warunkiem, że jednomyślnie wszyscy się zgodzą na tę propozycję. Znalazł się wówczas jeden sędzia, mający bardzo silnego konkurenta w ówczesnym Przewodniczącym Europejskiej Komisji Praw Człowieka, który nie wyraził zgody. Chciał osobiście odpowiedzieć na wszystkie pytania parlamentarzystów. Podałem się. Prezes Ryssdal poprosił sędziów, aby zostali, żeby utrzymać *continuité*. Gdyby większość sędziów odeszła, to naturalnie ta ciągłość zostałaby zachwiana.

Największą gwarancją niezawisłości sędziowskiej znaną cywilizowanemu światu jest trwałość i pewność sprawowania mandatu. Sędzia może

być pozbawiony mandatu przez zdarzenie losowe, czyli zgon, dymisję i decyzję pozostałych sędziów, że przestał spełniać kryteria do pełnienia funkcji. Niegdyś musiała być ona jednomyślna, teraz, zdaje się, zostało to zmienione na decyzję większościową – i słusznie, bo decyzja jednomyślna jest praktycznie fikcją, a nie powinno się tworzyć martwych przepisów.

Skutek jest taki, że najlepsi moi koledzy, z którymi miałem zaszczyt współpracować, tacy jak Ryssdal, Spielmann, Pettiti, Russo, Valticos, Freeland, Bernhardt, wymieniam tylko niektórych, mieli przerwane mandaty przez Protokół nr 11 – albo z powodu skrócenia kadencji (z czego potem zrezygnowano – skracanie kadencji jest zawsze ograniczeniem niezawisłości sędziowskiej), albo dlatego, że przekroczyli granicę wieku wprowadzoną przez ten Protokół, a której nie ma w żadnych cywilizowanych sądach. Ani w Międzynarodowym Trybunale Sprawiedliwości, ani w Trybunale, w którym miałem zaszczyt zasiadać przez sześć lat. Zakłada się tam, że doświadczenie sędziego jest bezcenne. Jeśli zaś sędzia przestanie być dyspozycyjny z powodu upływu lat, co może się zdarzyć każdemu człowiekowi, to będzie na tyle przytomny, żeby powiedzieć: dziękuję bardzo, zrobiłem wszystko, co mogłem, nie mogę już pełnić swojej funkcji. Z granicy wieku nie wycofano się, na szczęście wycofano się z sześcioletniego mandatu. Mandat sześcioletni w Unii to inna specyfika.

Co jeszcze wynikło z odejścia kolegów? Nie chcę powiedzieć, że nowi sędziowie są gorsi. Chociaż kiedy zapytałem o kandydata z jednego średniego kraju europejskiego, usłyszałem odpowiedź „nie wiem”. Jeśli ktoś jest nieznan, to być może ma przed sobą świetlaną przyszłość, ale to nie znaczy, że już jest zdolny do pełnienia tak odpowiedzialnej funkcji, jaką jest funkcja sędziego europejskiego.

Pan Prezes był łaskaw wspomnieć o sprawie *Broniowski przeciwko Polsce* dotyczącej długości postępowania. Spytano się mnie wówczas, czy jako sędziemu narodowemu nie przeszkadza mi, że to właśnie w polskiej sprawie zostanie wprowadzony taki przepis. Odpowiedziałem, że jeśli jest on potrzebny dla dobra systemu, to trzeba go wprowadzić. I tak się stało.

Chciałbym wspomnieć jeszcze o dwóch sprawach, które wymagają naprawy. Nie jestem zwolennikiem teorii spiskowych, ale są głosy, że Protokół nr 11 był zemstą niektórych państw za pewne wyroki oraz chęcią

zaoszczędzenia na środkach. Rozrzutność jest złą cechą, ale jeśli oszczędność uniemożliwia organowi wykonywanie przypisanych mu zadań, to nie jest to oszczędność idąca w dobrym kierunku.

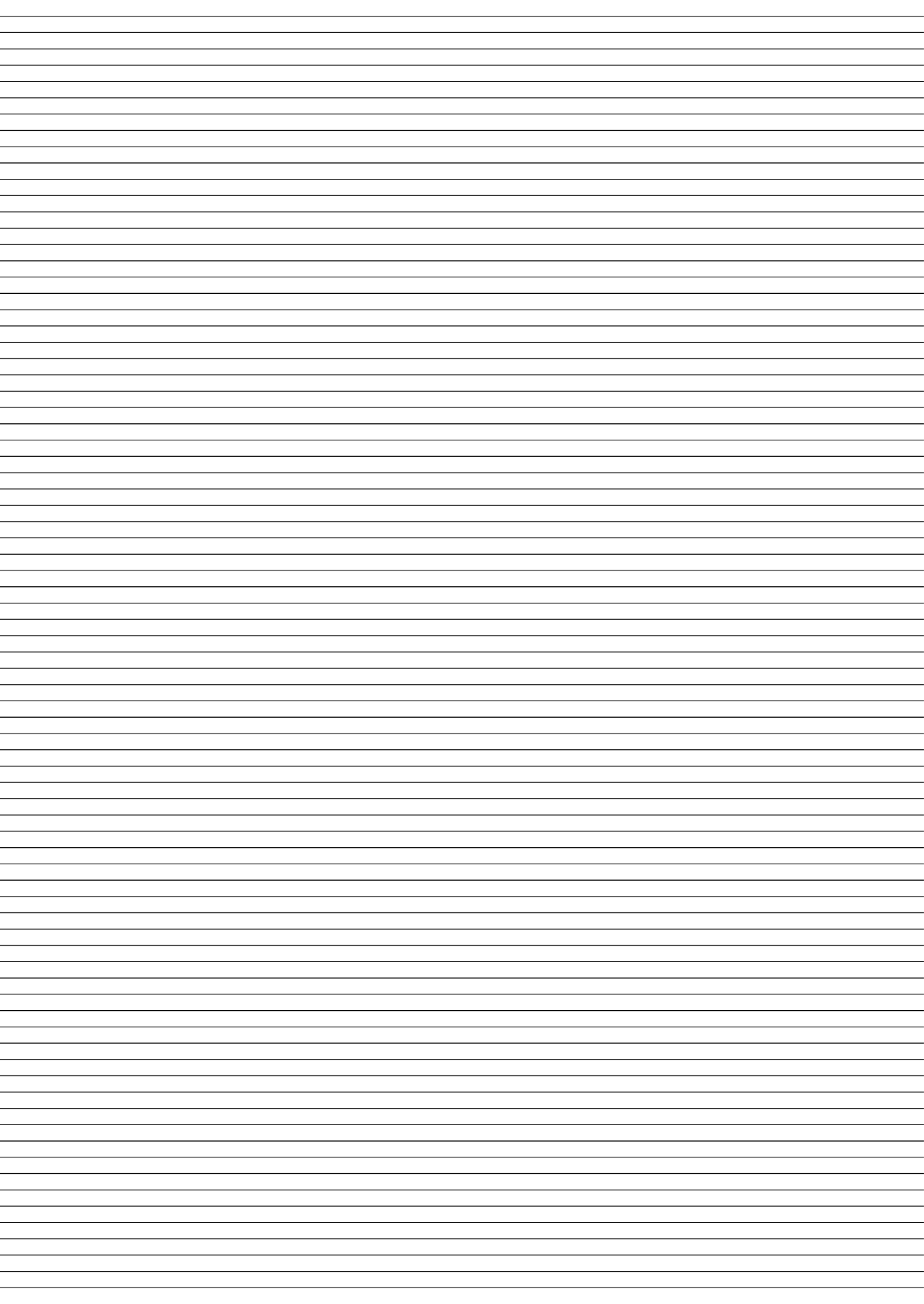
Nie ma właściwie do tej pory opracowanego statusu sędziego strasburskiego. Mówiono o stworzeniu stałego Trybunału, chociaż nie lubię tego słowa, bo tamten Trybunał też był stały, tylko pracował w sesjach. Jak dostawałem materiały z Komisji i na ich podstawie przygotowywałem się do rozpraw, to pracowałem cały miesiąc. Nie tylko podczas tych dziesięciu dni, kiedy byłem na miejscu w Strasburgu. Gdybym przyjechał nieprzygotowany, to nie byłbym zdolny wykonywać swojej pracy właściwie. Po trzech latach cierpliwego oczekiwania wystosowałem list otwarty do Prezesa Trybunału. Napisałem, że należy energicznie zająć się kwestią statusu sędziów. Nie jest możliwe, aby sędziowie odchodząc ze stałego organu, nie mieli żadnych zabezpieczeń emerytalnych i żadnych zabezpieczeń zdrowotnych, ani dla siebie, ani dla swoich rodzin. Kwestia statusu należy do kwestii niezawisłości sędziowskiej. Sędzia musi mieć poczucie, że ta sfera jego życia jest prawnie zagwarantowana. Europejska Karta Socjalna wymaga, aby każdy zatrudniony miał takie uprawnienia. W Trybunale nie ma tego do tej pory. Państwa uważają, że są to rzeczy drugorzędne. Niestety podobny punkt widzenia reprezentował również ówczesny Prezes Trybunału, który w odpowiedzi stwierdził, że najpierw trzeba zapewnić produktywność Trybunału, a statusem sędziów zająć się dopiero w dalszej kolejności. Było to ignorowanie faktu, że są to sprawy nierozdzielne.

W 2012 r. przewodniczyłem misji International Bar Association na Węgrzech. Tak jak tam narusza się niezawisłość sędziowską, to się nie mieści w żadnych standardach, nawet komunistycznych. Prezes Sądu Najwyższego na Węgrzech sędzia Baka, który 17–18 lat był w Strasburgu, został usunięty, bo był niepokorny, pod pretekstem, że nie miał dostatecznego stażu sędziowskiego. To znaczy, że 18 lat stażu w Strasburgu nie liczy się. To są rzeczy niewiarygodne.

Częścią niezawisłości sędziego jest również aparat, którym dysponuje. Jeżeli się nie da sędziemu aparatu, to sędzia nie jest w stanie właściwie pełnić swojej funkcji. Przytoczę tutaj Państwu bardzo konkretny

przykład, mój własny. Dwa ostatnie lata przed moim odejściem byłem sędzią sprawozdawcą w misji ukraińskiej, której przewodniczył Matti Pellonpää. Sprawdzaliśmy zakłady karne. Współpraca z Ukrainą w tej materii nie była wtedy łatwa. Referendarz, który miał pisać wyrok, został potem odwołany przez Sekretarza Generalnego i wysłany do Czechenii. Ja nie mogłem pisać wyroku, bo miałem mnóstwo innych do napisania. Skutek był taki, że sprawa leżała przez półtora roku. Nie powołano innego referendarza, bo brakowało ludzi. W Luksemburgu miałem gabinet złożony z siedmiu osób, które sam wybierałem. Formalnie zatwierdzało ich Réunion Générale, ale moi referendarze i mój personel byli moimi pracownikami. Tymczasem w Radzie Europy sekretariatem Trybunału są urzędnicy Sekretarza Generalnego. To jest całkowite nieporozumienie. Autonomia i niezawisłość sądów zależy też od ich struktury. Jeśli trafi się niewłaściwy Sekretarz Generalny, można założyć również taką opcję, to te kontakty utrudnią pracę Trybunałowi. Mam nadzieję, że Pan Prezes nigdy się o tym osobiście nie przekona.

Dziękuję Państwu za uwagę.



WYKONYWANIE WYROKÓW Europejskiego Trybunału Praw Człowieka przez Polskę jako warunek w pełni skutecznego systemu strasburskiego

CORINNE AMAT

Kierownik Sekcji Wykonywania Wyroków Europejskiego
Trybunału Praw Człowieka w Radzie Europy

Na wstępie chciałabym wyrazić wdzięczność za zaproszenie do uczestnictwa w dzisiejszym seminarium i do uczczenia wraz z Państwem 20. rocznicy przystąpienia Polski do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Pozwolą Państwo, że z tej okazji podzielę się refleksjami na temat wykonywania przez Polskę wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w ostatnich dwóch dekadach.

Wykonywanie wyroków Trybunału stanowi popularny temat. Usprawiedliwione wydaje się twierdzenie, że popularność ta rozpoczęła się właśnie tutaj, w Warszawie, gdzie w 2005 r. głowy państw i szefowie rządów krajów będących członkami Rady Europy spotkali się, aby omówić przyszłość systemu Konwencji. Był to czas, gdy głośno wyrażano potrzebę zapewnienia skuteczności Konwencji i Trybunału. W opublikowanym następnie raporcie Grupy Mędrców oraz podczas konferencji na wysokim szczeblu w Interlaken, Izmirze i Brighton dodatkowo podkreślono kluczowe znaczenie skutecznego i szybkiego wykonywania wyroków Trybunału. Skuteczne wykonywanie nie oznacza tylko bowiem zapewnienia zadośćuczynienia w związku z naruszeniem praw skarżącego, ale

ma również na celu zapobieganie podobnym naruszeniom i trafianiu analogicznych przypadków do Strasburga pod ocenę Trybunału. Jest to oczywiście klucz do skuteczności mechanizmu Konwencji.

Trybunał oraz system Konwencji przechodzą od tego czasu intensywny proces reform, zarówno w Strasburgu, jak i w stolicach krajów członkowskich Rady Europy. Mocno podkreślono w tym kontekście zasadę pomocniczości leżącą u podstawy wykonywania orzeczeń Trybunału. Nakłada ona wielką odpowiedzialność na barki krajów europejskich. Kiedy w swoim czasie historia oceni sposób przeprowadzenia tego procesu, Polska bez wątplenia będzie jednym z państw wymienianych jako pouczający przykład.

Jeśli chodzi o proces wdrażania orzeczeń, Polska na początku znalazła się w trudnej sytuacji. Tuż po uznaniu jurysdykcji Trybunału przez Polskę zaczął on wydawać wyroki dotyczące złożonych i systemowych problemów, wymagające dalekosiężnych i szeroko zakrojonych działań. W tamtym okresie wasza wciąż jeszcze młoda demokracja nie dostała wiele czasu, aby zmierzyć się z takimi problemami, jak długość postępowań sądowych, długość i legalność zatrzymań, przepełnienie więzień czy potrzeba odszkodowań za porzucone mienie zabużańskie. Z punktu widzenia procesu wdrażania wyroków wszystkie te kwestie stanowiły wielkie wyzwania.

Sytuacja nie napawała optymizmem. W 10. rocznicę przystąpienia Polski do Rady Europy wasze państwo było drugim po Rosji „największym klientem” Trybunału, z 14 procentami wszystkich skarg rozpatrywanych przez Trybunał.

To, co nastąpiło potem, było udanym połączeniem determinacji politycznej do przeprowadzania zmian, kreatywnego myślenia, współpracy z Komitetem Ministrów Rady Europy i Departamentem Wykonywania Wyroków ETPC, a także otwartości i osobistego uporu Pełnomocnika Rządu RP do spraw postępowań przed ETPC. Z perspektywy czasu wydaje mi się, że wypróbowano chyba wszystkie metody, by zapewnić skuteczne wykonywanie orzeczeń Trybunału – począwszy od restrukturyzacji, przez grupy robocze, seminaria i warsztaty, aż po delegacje wysyłane do Departamentu Wykonywania. Polska naśladowała dobre przykłady

innych państw członkowskich i sama wypracowywała swoje, pomagając przy redefiniowaniu roboczych metod nadzorowania wykonywania wyroków ETPC.

Piętrzące się trudności nie wydawały się zniechęcać polskich władz – wręcz przeciwnie, motywowały je do podejmowania wyzwań. Słynny wyrok w sprawie *Broniowski* jest jednym z takich przykładów. Polska nie tylko była adresatem pierwszego wyroku pilotażowego w historii Trybunału, lecz także pierwszym państwem, które z powodzeniem wykonało taki wyrok.

Po przyjęciu wyroku w sprawie *Broniowski* w 2004 r. jego wykonanie było przedmiotem trzech debat w Komitecie Ministrów Rady Europy w 2005 r. Już na tym wczesnym etapie Komitet odnotował poczynione postępy i nową ustawę uchwaloną w tym samym roku. Wdrażanie ustawy było następnie przedmiotem dwukrotnej analizy wiceministrów w 2006 r. W 2007 r. nowym tematem debaty była już kontrola nowego mechanizmu odszkodowawczego przeprowadzona przez Trybunał. Ostatecznie wiceministrowie omówili tę sprawę dwukrotnie w 2008 r. w celu sfinalizowania zamknięcia nadzoru nad sprawą po skutecznym wykonaniu wyroku.

W 2008 r. Polska przesunęła się już z trzeciego na szóste miejsce wśród krajów z największą liczbą spraw toczących się przed Trybunałem. Ale to zdecydowanie nie był koniec pracy.

Kiedy członkowie Zespołu Pełnomocnika starali się pracować z wieloma resortami przy wielu różnych sprawach wymagających istotnych nakładów finansowych, prawnych i organizacyjnych, komórka ta musiała zdobyć w polskim rządzie sławę bardzo dokuczliwego małego departamentu. W 2007 r. Polska była jednym z pierwszych krajów, które powołały zespół międzyresortowy: ciało usprawniające współpracę pomiędzy różnymi ministerstwami przy złożonych problemach. Decyzję taką podjęto wkrótce po wydaniu w 2008 r. przez Komitet Ministrów zalecenia w sprawie skutecznych środków krajowych w celu przyśpieszenia wykonywania wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz powołania koordynatora – tak zwanego „punktu kontaktowego” – do wykonywania wyroków na szczeblu krajowym. W zaleceniu podkreślono

znaczenie umieszczenia takiego koordynatora w krajowej strukturze prawnej, aby był on uprawniony do gromadzenia informacji i występowania o nie, a jednocześnie w razie potrzeby do prowadzenia lub inicjowania odpowiednich działań.

Pełnomocnik rządu do spraw postępowań przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka posiada bez wątpienia najlepszą wiedzę na temat konkretnych spraw oraz ogólnego orzecznictwa Trybunału. Jest to niezwykle cenna wiedza przy opracowywaniu i ocenianiu możliwych rozwiązań oraz przygotowywaniu i wdrażaniu niezbędnych środków. Punkt kontaktowy musi jednak również tworzyć synergii z innymi podmiotami na poziomie krajowym, a zespół międzyresortowy okazał się pod tym względem bardzo ciekawym rozwiązaniem. Oprócz koordynowania pracy ministerstw nad wdrażaniem poszczególnych wyroków, zespół odpowiada za monitorowanie projektów ustaw i wydawanie opinii na temat ich zgodności z Konwencją. Jego raporty i protokoły z posiedzeń są ogólnodostępne, umożliwiając społeczeństwu obywatelskiemu śledzenie procesu wykonywania wyroków ETPC przez rząd. Dzięki tym wszystkim krokom cały proces stał się bardziej transparentny i demokratyczny. Obie te cechy całkiem słusznie można nazwać warunkami wstępnymi jego lepszej skuteczności. Polskie społeczeństwo stało się rzeczywiście bardziej świadome i zaangażowane w proces wykonywania wyroków Trybunału.

Stosując się do zaleceń Zgromadzenia Parlamentarnej Rady Europy, w 2010 r. polski parlament zaczął odgrywać aktywną rolę w procesie wykonawczym, wnioskując do rządu o raporty, składając interpelacje i prowadząc debaty nad najważniejszymi sprawami podejmowanymi przez Trybunał. Proces wyszedł z cienia i znalazł swoje miejsce w notach dla polityków, gazetach, w podporządkowaniu Rzecznika Praw Obywatelskich zespołowi międzyresortowemu, w programach działań organizacji pozarządowych oraz w debatach sędziów na różnych szczeblach jurysdykcji.

W 2011 r. Polska znajdowała się na siódmym miejscu wśród krajów z największą liczbą spraw toczących się przed Trybunałem. Polska metoda wykonywania orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka jest ciągłym procesem uczenia się. Silne zaangażowanie różnych podmiotów krajowych przyniosło zauważalne skutki i sukcesy, lecz jednocześnie

zrodziło nowe wyzwania. Każdy z uczestników w ramach posiadanych kompetencji musi wypracować własne metody pracy i systemy nadzoru wykonania wyroków. Niektórzy mogą być wciąż na etapie oceny najlepszego sposobu swojego uczestnictwa w procesie wykonywania orzeczeń. Inni mogą potrzebować skoordynowania interakcji z pozostałymi w celu zagwarantowania optymalizacji swojej roli w procesie. System w najbliższych latach będzie bez wątpienia ewoluował i poprawiał swoje funkcjonowanie. Ale jest to system, który działa.

Jednocześnie stoją przed nim wyzwania, z którymi musi się zmierzyć. W 2011 r. Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy w rezolucji nr 1787 zwróciło uwagę na „wyjątkowo niepokojące opóźnienia w wykonywaniu orzeczeń w dziewięciu krajach”, w tym w Polsce, i podkreśliło pilną potrzebę znalezienia rozwiązań tych problemów. Jak zaznaczyło Zgromadzenie Parlamentarne, najważniejsze kwestie, z którymi musi sobie poradzić Polska, to przewlekłość postępowań sądowych i administracyjnych oraz długość aresztu tymczasowego.

W swoich wcześniejszych raportach Zgromadzenie Parlamentarne wskazało najważniejsze problemy z wykonywaniem wyroków i wymieniło zwłaszcza przyczyny polityczne, przyczyny związane z koniecznością reform, praktyczne przyczyny dotyczące krajowych procedur legislacyjnych, przyczyny budżetowe, przyczyny związane z opinią publiczną oraz przyczyny związane z nakładaniem się zakresu odpowiedzialności innych instytucji.

Z większością tych problemów można sobie poradzić za pomocą takich narzędzi, jak te, których tworzenie rozpoczęła Polska – poprzez skoordynowane działania wszystkich zainteresowanych podmiotów krajowych oraz niezbędne wsparcie na najwyższym szczeblu politycznym. Oprócz udziału rządu proces ten wymaga również aktywnego uczestnictwa sędziów na wszystkich szczeblach jurysdykcji, w tym sędziów Trybunału Konstytucyjnego, którzy najlepiej radzą sobie z wieloma aspektami prawnymi praktycznego wdrażania ustawodawstwa i robią to w sposób szybszy i wydajniejszy niż ustawodawca. Z pewnością nadal istnieje przestrzeń dla umocnienia roli polskiego parlamentu, a zwłaszcza sejmu, w nadzorowaniu działań realizowanych przez rząd.

Nie należy zapominać, że Departament Wykonywania Wyroków ETPC jest także partnerem w tym procesie i mogą się do niego bezpośrednio zwracać strony zainteresowane wykonaniem konkretnego wyroku na poziomie krajowym. Współpraca Departamentu i polskiego rządu od kilku lat jest wyjątkowo owocna. Ale także Rzecznik Praw Obywatelskich, parlament i różne organizacje pozarządowe uczą się wykorzystywać rozmaite narzędzia Komitetu Ministrów do nadzorowania wykonania wyroków, zwłaszcza poprzez zgłaszanie własnych spostrzeżeń i analizę konkretnych zagadnień (w ramach tzw. reguły 9). System budowany przez Polskę w ostatnich latach i powstający dzięki aktywniejszemu uczestnictwu różnych podmiotów udowodnił już swoją skuteczność. W 2012 r. Polska przesunęła się na dziesiąte miejsce wśród „klientów” Trybunału, ze wskaźnikiem wynoszącym 2,4 procent wszystkich spraw rozpatrywanych przed Trybunałem.

Nie powinniśmy jednak zapominać, że Polska ma na koncie prawie 900 wyroków toczących się przed Komitetem Ministrów i oczekujących na całkowite wykonanie. W 2008 r. Polska znajdowała się na trzecim miejscu pod względem łącznej liczby wyroków ETPC oczekujących na wykonanie. Obecnie spadła na czwarte miejsce, ale wynik ten wciąż można poprawić.

Przy okazji należy wyjaśnić pewne nieporozumienie: „sprawy oczekujące na całkowite wykonanie” nie oznaczają „spraw niewykonanych”. Po pierwsze, w większości toczących się spraw skarżący otrzymał odszkodowanie zasądzone przez Trybunał oraz skorzystał z dodatkowych środków zadośćuczynienia za doznane naruszenie swoich praw. Po drugie, w większości przypadków podjęto także różnorakie kroki w celu zapobieżenia podobnym naruszeniom.

Podkreślmy, że przedmiotem około 500 toczących się spraw, które dotyczą Polski, są tylko cztery główne problemy: długość aresztu tymczasowego (173 spraw w grupie spraw *Trzaska*), długość postępowania karnego (70 spraw w grupie spraw *Kudła*), długość postępowania administracyjnego (84 spraw w grupie spraw *Fuchs*) oraz długość postępowania cywilnego (237 spraw w grupie spraw *Podbielski*).

Są to, jak łatwo sobie wyobrazić, złożone problemy, których nie można rozwiązać z dnia na dzień, mimo że wiele już w tej kwestii zrobiono. Osoby zainteresowane mogą uzyskać dostęp do planów działania w zakresie wykonywania spraw polskich na stronie internetowej naszego departamentu. Nadal pozostają problemy zaległe, jednak jestem przekonana, że dzięki wszystkim środkom wdrażanym przez Polskę z myślą o wzmocnieniu krajowych mechanizmów wykonywania wyroków ETPC potwierdzi się pozytywna tendencja, którą zaczęliśmy odnotowywać. Pozwolę sobie przypomnieć, że Komitet Ministrów w 2011 r. był w stanie zamknąć 58 spraw, 163 spraw w 2012 r. i aż 148 spraw do czerwca 2013 r., co pokazuje bardzo zachęcającą tendencję.

Czego nas wszystkich nauczyły doświadczenia Polski? Pokazały, że aktywna współpraca różnych uczestników systemu ma największe znaczenie dla skutecznego wykonywania wyroków. Najważniejszy jest dialog – dzięki niemu można rozwiązywać nawet najbardziej złożone i trudne problemy. Im bardziej jest on szczegółowy i systematyczny, tym większą dynamiką i skutecznością cechuje się proces wykonywania orzeczeń. Musi się on odbywać pomiędzy różnymi podmiotami na szczeblu krajowym, a ponadto pomiędzy tymi podmiotami a Komitetem Ministrów i jego Departamentem Wykonywania Wyroków ETPC.

Także udział parlamentu, Rzecznika Praw Obywatelskich i społeczeństwa obywatelskiego sprawia, że proces ten jest bardziej demokratyczny, transparentny oraz szybszy i skuteczniejszy. Jego uczestnicy zyskują poczucie zdolności do wprowadzania realnych zmian w swoim systemie krajowym oraz do podnoszenia standardów praw człowieka. Jest to fundamentalna idea Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

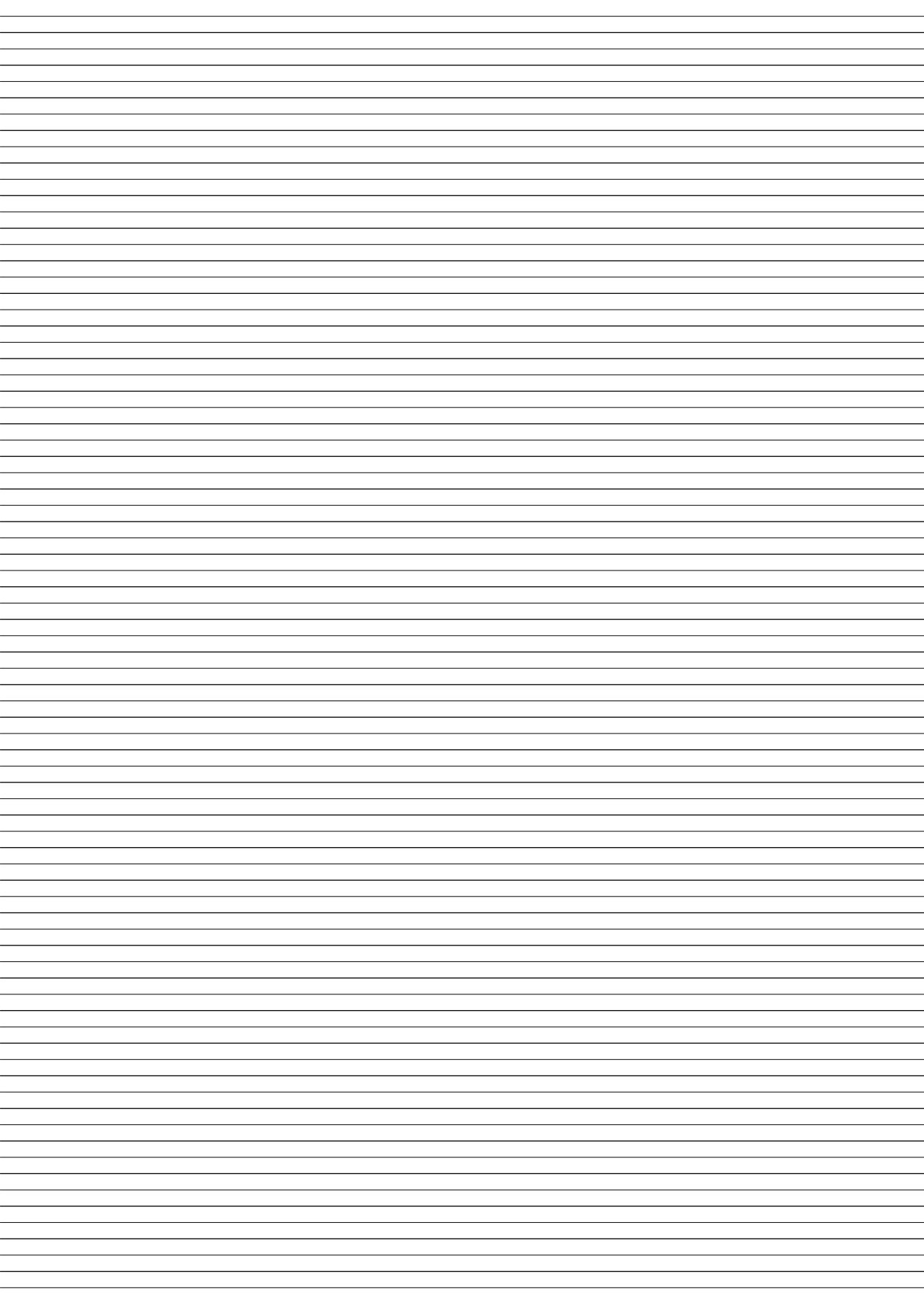
Polska, będąca początkowo jednym z państw członkowskich z największą liczbą skarg, odegrała wybitnie ważną rolę w zapewnieniu stabilności i skuteczności systemu strasburskiego. Może być dumna z wzorowego zrealizowania tych zadań. Jest to bez wątpienia trudny i twórczy proces, w którym różni uczestnicy muszą się nauczyć swoich obowiązków i nawiązać wzajemne relacje. Mam nadzieję, że osiągnięte do tej pory sukcesy przekonają ich o słuszności dalszego podążania obraną drogą. To między innymi dzięki umocnieniu polskiej metody wykonywania wyroków ETPC

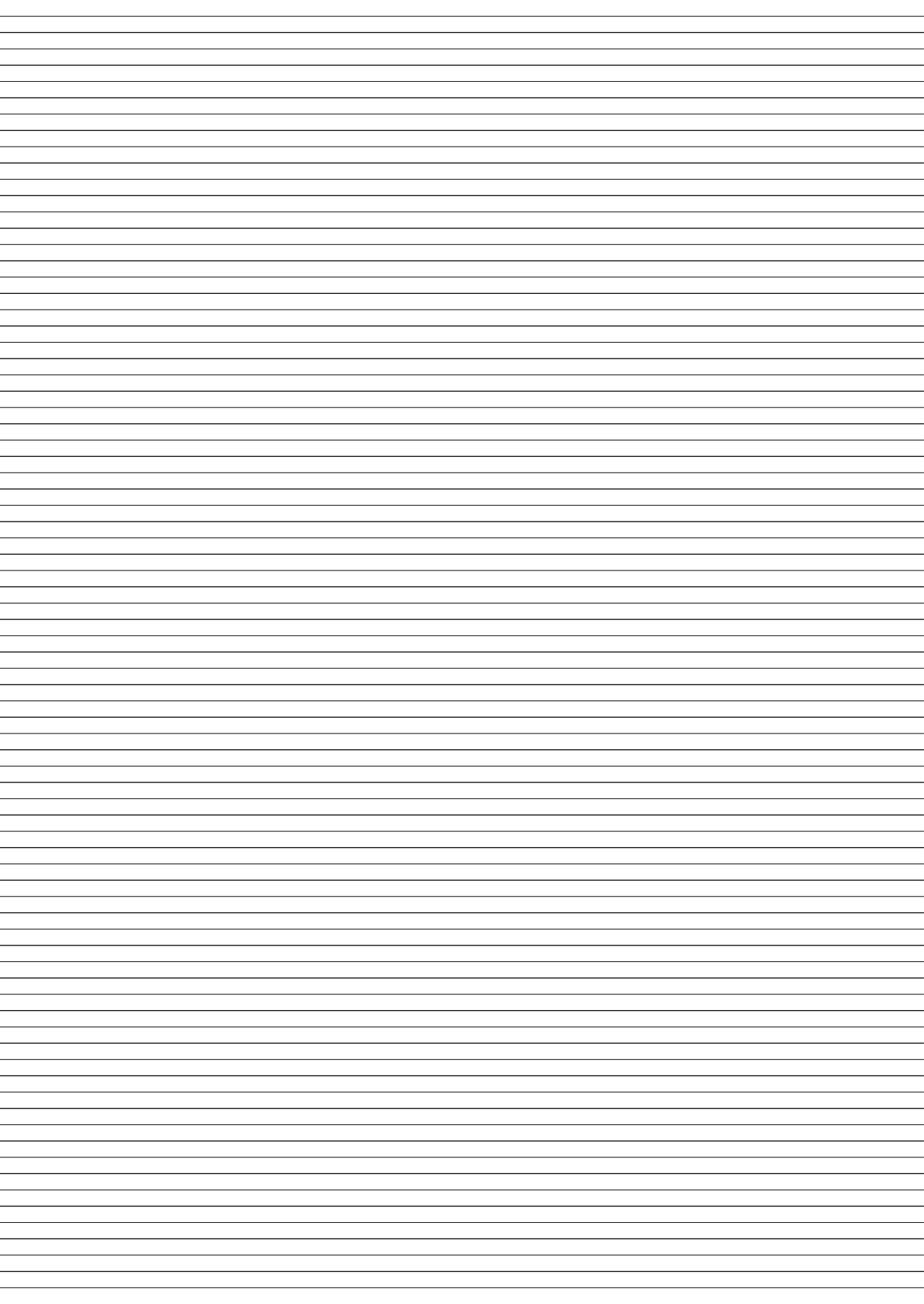
na szczeblu krajowym – i dzięki wszystkim jej naśladowcom – możemy oczekiwać coraz większej skuteczności systemu strasburskiego.

W systemie Konwencji jest jeszcze jedna rola, którą Polska mogłaby podjąć na drodze do realizacji tego celu. Polska regularnie uczestniczy w wymianie dobrych praktyk w dziedzinie wdrażania wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Jest ona również widocznym graczem w Strasburgu, aktywnie uczestniczącym w seminariach, warsztatach i grupach roboczych, których przedmiotem jest reforma systemu strasburskiego. Czy Polska byłaby gotowa zaangażować się bardziej w tej dziedzinie? Czy mogłaby zaoferować pomoc, dobre praktyki i zachętę innym państwom, znajdującym się na początku drogi, na której sama była kilka lat temu? Nie ma lepszego przykładu niż historia kogoś, kto już stał przed podobnymi wyzwaniem i pokonał je dzięki wytrwałości, otwartości i aktywnemu uczestnictwu wielu stron. Nie zapominajmy, że w duchu mechanizmu powołanego na mocy Konwencji nadzór nad wykonywaniem wyroków ETPC na szczeblu europejskim pozostaje wspólną odpowiedzialnością wszystkich państw sygnatariuszy.

Mogę tylko zachęcić Polskę i przedstawicieli wszystkich zainteresowanych podmiotów do podążania drogą dialogu i zaangażowania, nawet jeśli wymaga to wysiłku i podjęcia się dodatkowych wymagających obowiązków czy tworzenia nowych przepisów bądź praktyk. O tym, że jest to droga słuszna, przesądzają odniesione do tej pory sukcesy. Życzę Polsce, żeby w przyszłości trwale zapisała swoje miejsce w podręcznikach historii nie jako kraj borykający się z wieloma powtarzającymi się skargami rozpatrywanymi przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, nie jako kraj, który musiał wprowadzić w życie wiele jego wyroków, lecz jako kraj, który miał swój udział w poprawie skuteczności systemu strasburskiego oraz w podnoszeniu standardów praw człowieka zarówno na poziomie krajowym, jak i ogólnoeuropejskim.

Dziękuję za uwagę.





ZAPEWNIENIE EFEKTYWNOŚCI oddziaływania standardów Rady Europy na krajowy system prawny i praktykę – uwagi z perspektywy organizacji pozarządowej

ADAM BODNAR

Wiceprezes Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka,
adiunkt w Zakładzie Praw Człowieka Wydziału Prawa
i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego,
członek Rady Dyrektorów Funduszu ONZ na rzecz Ofiar Tortur

Szanowni Państwo, dziękuję serdecznie za zaproszenie na konferencję. Jak rozumiem, zostałem już przez moderatora postawiony w roli krytyka. Postaram się, aby moja krytyka była konstruktywna.

Chciałbym rozpocząć od tego, że dzisiaj w Warszawie odbywa się inna konferencja o znaczeniu międzynarodowym – European Pro Bono Forum. To kongres organizowany od wielu lat w całej Europie przez organizację pozarządową Public Interest Law Network. Przyjeżdżają na niego prawnicy zajmujący się pomocą prawną *pro bono*. Akurat świętując 20-lecie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, możemy powiedzieć, że mamy bardzo duże doświadczenie w reprezentowaniu *pro bono* skarżących przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka. Jest na tej sali nawet kilka osób, które podejmowały się tego typu spraw: mec. Bogdana Słupska-Uczkiewicz, mec. Justyna Metelska, mec. Monika Gąsiorowska, mec. Paweł Osik oraz mec. Mikołaj Pietrzak. Fakt ten ciekawie łączy oba wydarzenia. Właśnie dzięki tego rodzaju zaangażowaniu możemy teraz

zupełnie inaczej spoglądać na zmiany, jakie się w Polsce dokonały w ciągu ostatnich 20 lat.

Moje wystąpienie będzie poświęcone wykonywaniu wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Jest to aktualnie duże wyzwanie z punktu widzenia funkcjonowania państwa oraz jakości naszego prawa.

W Polsce podobnym wyzwaniem przez lata było wykonywanie wyroków Trybunału Konstytucyjnego. W tym zakresie doprowadziliśmy do trwałych zmian. Zostały stworzone jasne i dość przejrzyste procedury. Znacząco zmniejszyła się liczba niewykonanych wyroków TK. Problem polega na tym, że proces wykonania wyroku ETPC jest znacznie trudniejszy niż to ma miejsce w wypadku wykonania wyroku TK. To proces, na który wpływa cały szereg czynników, zarówno wewnętrznych, związanych z systemem Konwencji, z charakterem orzecznictwa ETPC, jak i zewnętrznych. Czym innym jest bowiem orzeczenie dotyczące konkretnego stanu faktycznego, z którego wyciąga się wnioski, jakie działania należy podjąć. Istnieje szeroki katalog środków indywidualnych i ogólnych, którymi dysponujemy. Co więcej, państwo ma wolność implementacyjną, czyli samo musi się zdecydować, co powinno zrobić. Wolność ta jest ograniczana tylko w pewnym zakresie – przez zalecenia Komitetu Ministrów RE czy też przez sam ETPC, który powołując się na art. 46 Konwencji, wyraźnie wskazuje w wyroku, co należy zrobić. Praktyka wskazywania przez ETPC środków wykonania wyroku innych niż zapłata zadośćuczynienia jest wciąż rzadką praktyką. Oczywiście wyroki pilotażowe różnią się pod tym względem, bo w nich zawarty jest cały katalog wskazywanych środków. Problemem jest brak świadomości, jakie środki ogólne zaakceptuje Komitet Ministrów Rady Europy. Rząd może podejmować pewne działania, a później się okaże, czy były to środki adekwatne i służące poprawnemu wykonaniu wyroku.

Na proces wykonania wyroków wpływają jeszcze czynniki zewnętrzne, niezależne od natury Konwencji. Pierwszy z nich to wola polityczna – pytanie, czy po stronie polityków oraz rządu istnieje w ogóle wola dokonania jakichkolwiek zmian (por. problemy w Wielkiej Brytanii związane z wykonaniem wyroków dotyczących prawa więźniów do czynnego udziału w wyborach). Drugim czynnikiem jest skala wymaganych zmian.

Przykładem może być tu tymczasowe aresztowanie. Rozwiązanie tego problemu nie zależy od zmiany jednej ustawy, tylko od całej kompleksowej zmiany rozpisanej na wiele lat. Z kolei rozwiązanie takich problemów, jak przeludnienie w więzieniach czy warunki odbywania kary pozbawienia wolności, może stanowić wyzwanie z punktu widzenia stanu finansów publicznych. Już teraz można zaobserwować, że w państwach takich jak Grecja wykonanie wyroków ETPC będzie trudniejsze ze względu na kryzys. Trzeci czynnik zewnętrzny to reakcja opinii publicznej. Czasami orzeczenia ETPC są całkowicie sprzeczne z tym, czego oczekiwałaby opinia publiczna. Politykom trudniej jest wówczas te wyroki wykonywać. Kolejnym czynnikiem jest kwestia efektywności całego systemu nadzoru nad wykonywaniem wyroków. Komitet Ministrów jest obciążony sprawami. Jeśli do tego doda się czynnik czasu, to skutkiem może być brak wystarczającego nadzoru nad wykonywaniem konkretnych wyroków, a koncentrowanie się tylko na wybranych sprawach. Po jakimś czasie niektóre wyroki ETPC wciąż znajdują się na liście spraw prowadzonych przez Komitet Ministrów RE, a jednak nie budzą większego zainteresowania.

Powstaje pytanie, jak doprowadzić do wykonania wyroków ETPC w kontekście wymienionych czynników. Istnieją dwie możliwości. Po pierwsze, należy stworzyć system właściwie działających i skutecznych krajowych środków odwoławczych. Po drugie, doprowadzić do stworzenia i ustabilizowania sprawnego systemu instytucjonalnego zapewniającego poprawne i rzetelne wykonanie poszczególnych wyroków.

W kwestii środków odwoławczych mamy wciąż poważne zaległości, zwłaszcza w zakresie możliwości wznowienia postępowania cywilnego po wyroku ETPC (najczęściej po wyroku stwierdzającym naruszenie art. 6 Konwencji). Problem jest powszechnie znany, wielokrotnie opisany w literaturze. Dotyczy licznych orzeczeń, w których ETPC stwierdzał naruszenie prawa dostępu do sądu np. ze względu na zbyt wysokie opłaty sądowe. Przez pewien moment, po wydaniu postanowienia sygnalizacyjnego przez Trybunał Konstytucyjny oraz wystąpieniach generalnych Rzecznika Praw Obywatelskich, istniała szansa na rozwiązanie problemu i wprowadzenie, np. wzorem Niemiec, przesłanki wznowienia

postępowania cywilnego po wyroku ETPC do kodeksu postępowania cywilnego. Kancelaria Senatu RP przygotowała odpowiedni projekt ustawy nowelizującej. Proces zmian został jednak zablokowany przez dwie instytucje – Ministerstwo Sprawiedliwości oraz Prokuratorię Generalną Skarbu Państwa. Wydały one opinie, że nie istnieje potrzeba dokonywania zmian w przepisach kodeksu postępowania cywilnego ze względu na doktrynę powagi rzeczy osądzonej. Krajowa Rada Sądownictwa oraz Helsińska Fundacja Praw Człowieka popierała dokonanie zmian w k.p.c., ale niestety w obliczu dwóch negatywnych opinii projekt senacki nie był dalej procedowany. Od tego czasu niewiele się zmieniło. Tymczasem w Niemczech, które mają podobny system prawny, wprowadzono możliwość wznowienia postępowania cywilnego po wyroku ETPC, pomimo że taka możliwość jest wyjątkiem dla zasady *res iudicata*. Dyskutowano nad tym problemem w czasie poprzedniego Seminarium Warszawskiego. Polska w tym zakresie nadal stoi w miejscu.

Drugim, absolutnie nie alternatywnym, sposobem rozwiązania problemów jest stworzenie właściwego systemu instytucjonalnego zapewniającego poprawne wykonywanie wyroków ETPC. Nie pojedyncza instytucja, lecz grupa instytucji i organów władzy publicznej powinna wziąć na siebie odpowiedzialność i ciężar wykonywania wyroków ETPC, działając oczywiście w granicach swoich kompetencji oraz kierując się konstytucyjną zasadą współdziałania. System instytucjonalny jest ważny, ponieważ:

- zwiększa świadomość różnych instytucji w kwestii potrzeby wykonania danego wyroku oraz jego zakresu treściowego. Z samego wyroku zazwyczaj nie wynika, co należy zrobić, aby go wykonać. Konieczne są działania instytucjonalne zmierzające do „przetłumaczenia” wyroku z języka prawniczego na polityczny język konkretnych zmian prawnych czy organizacyjnych;
- umożliwia dialog różnych instytucji zaangażowanych, zgodnie z ich kompetencjami, w proces wykonywania wyroków;
- gwarantuje koordynację wysiłków oraz wymianę wiedzy, co kto robi i kiedy powinien coś zrobić;
- zapewnia przejrzystość procesu wykonywania wyroków. Proces nie odbywa się gdzieś w zaciszach gabinetów, dzięki sprawozdaniom

i stenogramom z różnych posiedzeń można się zapoznać z aktualnym stanem działań;

– jesteśmy w stanie, także długofalowo, ograniczyć wpływ bieżących czynników politycznych. Zinstytucjonalizowanie powoduje, że trudno jest powiedzieć: „Tym się nie będziemy zajmować, bo to jest niewrażliwe politycznie”.

Warto tu zwrócić uwagę na funkcjonowanie Zespołu ds. Wykonywania Wyroków ETPC. To jest właśnie przestrzeń dialogu. Do udziału w jego pracach zaprasza się organizacje pozarządowe, przedstawiciele najwyższych sądów, Rzecznika Praw Obywatelskich, Naczelną Radę Adwokacką, poszczególne ministerstwa. Podejrzewam, że niektóre z nich nawet nie zdawały sobie sprawy, że Europejski Trybunał Praw Człowieka może wpływać na zakres ich działań. Dzięki temu można regularnie dyskutować nad konkretnymi orzeczeniami i w ten sposób wpływać na proces zmiany. Działaniom zespołu brakuje jednak poważnego wsparcia politycznego. Wykonanie niektórych wyroków nie opiera się wyłącznie na ciągłej dyskusji z przedstawicielami poszczególnych ministerstw. Musi je zamykać konkretny, jasny sygnał polityczny dotyczący określonego rozwiązania (np. zmiany prawa).

Drugą pozytywną zmianą z ostatnich lat jest zaangażowanie komisji parlamentarnych w proces wykonywania wyroków, a w szczególności Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka Sejmu RP oraz Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji Senatu RP. Odbłyły się już łącznie cztery posiedzenia tych komisji. Niestety, wciąż nie powstała podkomisja ds. wykonywania wyroków ETPC¹, pomimo deklaracji politycznych składanych także na poziomie Rady Europy. Powstanie podkomisji ds. ETPC jest niezwykle ważne, ponieważ tylko ona zapewni regularną pracę nad konkretnymi orzeczeniami. Zainteresowani posłowie powinni mieć możliwość aktywnego śledzenia postępów w zakresie zmian inicjowanych

1 W momencie wygłaszania wystąpienia podkomisja ds. ETPC pomimo deklaracji politycznych nie została jeszcze powołana. Stało się to 5 lutego 2014 r. na wspólnym posiedzeniu Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka oraz Komisji Spraw Zagranicznych Sejmu RP. Przewodniczącym podkomisji został poseł Marcin Halicki, przewodniczący polskiej delegacji do Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy.

czy wprowadzanych w wyniku wyroków ETPC. To nie może być aktywność jedynie przypadkowa i odświętna. Rolą podkomisji powinna być pogłębiona dyskusja na temat sprawozdania rządowego z wykonywania wyroków ETPC. Instytucjonalizacja nadzoru parlamentarnego nad wykonywaniem wyroków ETPC jest ważna, ponieważ może się zdarzyć sytuacja, że w kolejnym parlamencie nie będzie woli politycznej, żeby stworzyć taką podkomisję. Warto rozważyć uregulowanie tego zagadnienia poprzez zmiany w Regulaminie Sejmu RP.

W kontekście wykonywania wyroków ETPC warto myśleć nie tylko o tym, co należy zrobić, gdy już mamy rozstrzygnięcie Trybunału w Strasburgu, ale jak zapewnić odpowiednią weryfikację na etapie przygotowywania projektów ustaw czy innych aktów normatywnych. Działania w tym względzie podejmuje Ministerstwo Spraw Zagranicznych i stara się przekonać Rządowe Centrum Legislacji do wprowadzenia określonych procedur postępowania. Działania MSZ zasługują na pełne poparcie.

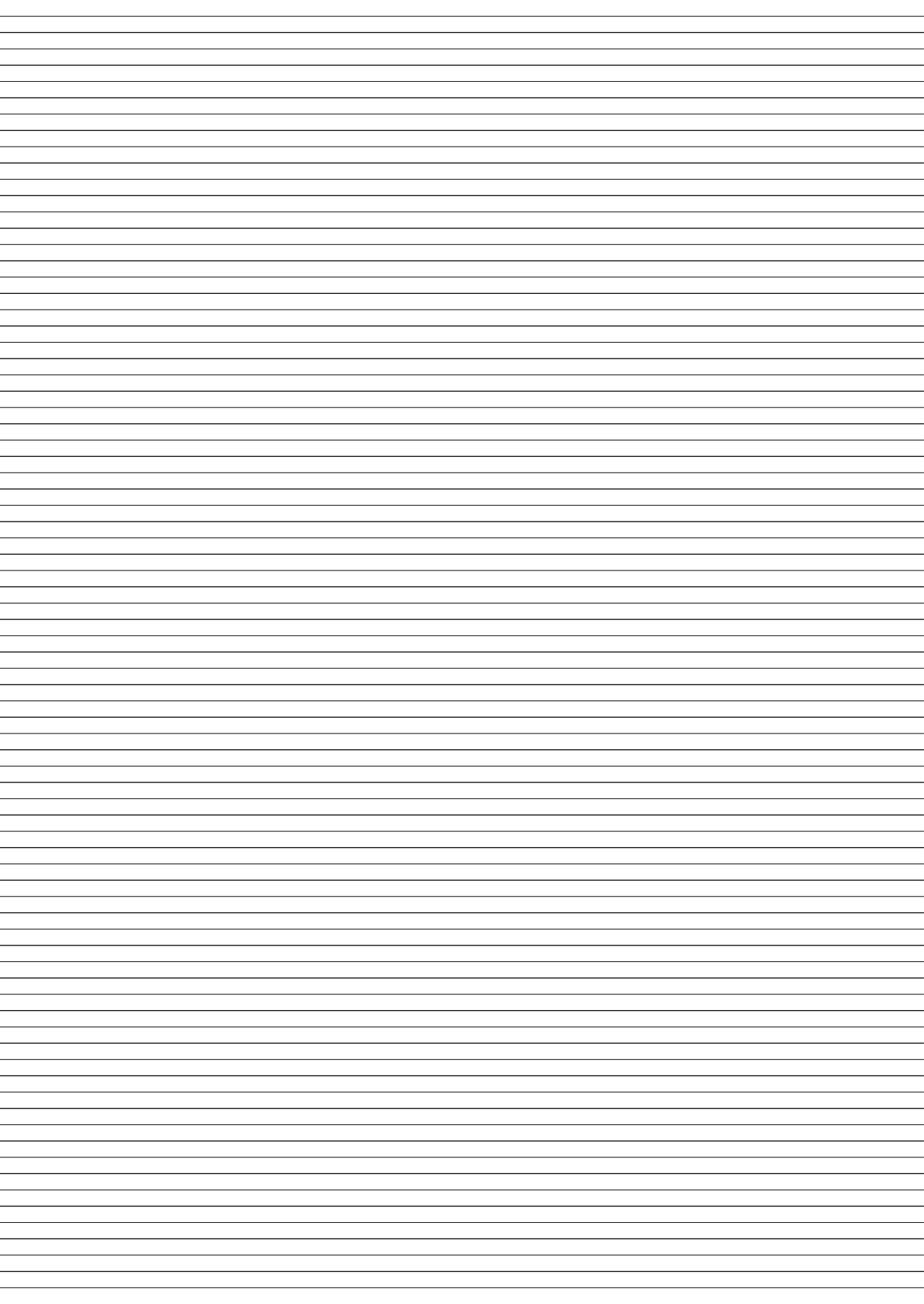
Pan Prezes ETPC Dean Spielmann wspominał dzisiaj o sprawach niemieckich i dialogu, który nastąpił po orzeczeniach ETPC dotyczących pozbawiania wolności osób skazanych na długoletnie kary pozbawienia wolności w wyniku umieszczenia ich w ośrodkach leczenia po odbyciu kary (jak np. *M. przeciwko Niemcom*). Mam wrażenie, że odwołanie się do tych spraw nie było przypadkowe. W Polsce właśnie przyjęliśmy podobną ustawę, *lex Trynkiewicz*, przy tylko trzech głosach sprzeciwu. Ustawa ta niewątpliwie spowoduje konsekwencje w postaci orzecznictwa ETPC, gdyż rząd w niewystarczający sposób wsłuchał się w to, jak wyglądają standardy ETPC w tym zakresie.

Stworzenie systemu instytucjonalnego wykonywania wyroków ETPC zależy od zaangażowania różnych instytucji. Znajdujemy się akurat w siedzibie Rzecznika Praw Obywatelskich, którego działalność w tym zakresie w ostatnich latach zasługuje na uznanie. Wystąpienie generalnych odwoływających się do wyroków ETPC, także w sprawach newralgicznych, jest sporo i Rzecznik wypełnia taką rolę, jaką powinien. Co więcej, Rzecznik jest jedną z nielicznych instytucji w skali europejskiej, które angażują się w dialog na poziomie Komitetu Ministrów. Korzysta z możliwości przekazania komunikacji Komitetowi Ministrów. W ten sposób wskazuje,

jak wyglądają nasze standardy w zakresie wykonywania poszczególnych wyroków ETPC (por. np. komunikację w sprawie *Sikorski przeciwko Polsce* i *Orchowski przeciwko Polsce* dotyczącej przeludnienia w więzieniach).

Pozytywnie należy także ocenić działania Krajowej Rady Sądownictwa, a szczególnie przygotowanie rekomendacji dla sądów, jak należy wykonywać wyroki. Prokuratura Generalna też jest dość aktywna w tej dziedzinie. Z kolei Naczelna Rada Adwokacka ostatnio zorganizowała dużą konferencję i przygotowała raport na temat wykonywania wyroków. Natomiast jeśli spojrzymy na działalność Rzecznika Praw Dziecka i przeanalizujemy wyroki w sprawach dotyczących dzieci (np. nauczania etyki w szkołach, kontaktów rodziców z dziećmi, stosowania konwencji haskiej), to okazuje się, że RPD nigdy nie zajmował stanowiska w kwestii wykonania tych wyroków. Informację taką uzyskałem w trybie dostępu do informacji publicznej. Tymczasem orzecznictwo ETPC w sprawach obejmujących prawa dziecka automatycznie powinno stanowić element aktywności Rzecznika Praw Dziecka.

Niezbędne jest ciągłe podnoszenie świadomości na temat Konwencji i standardów ETPC. W pewnym zakresie działania w tym kierunku prowadzi Krajowa Szkoła Sądownictwa i Prokuratury. Coraz więcej zajęć z tej tematyki prowadzi się na aplikacjach prawniczych, w szkołach służb mundurowych, na wydziałach prawa poświęconych Konwencji. Ale wciąż pozostaje tu wiele do zrobienia. Orzecznictwo ETPC ma ogromne znaczenie dla standardów funkcjonowania współczesnego państwa i to w różnych dziedzinach – nie tylko w szeroko rozumianym wymiarze sprawiedliwości i w działalności organów ochrony prawnej, lecz także na styku władzy publicznej z gospodarką. Znajomość standardów ETPC powinna być powszechna, a to wymaga konsekwentnego wdrażania długotrwałych i masowych programów edukacyjnych, najlepiej wpisanych w oficjalne programy kształcenia poszczególnych zawodów.



DYSKUSJA kończąca Panel I

Urszula Gacek Drodzy Państwo, mamy świetny czas. Wiem, że już za chwilę będą dobiegały do nas zapachy obiadu, ale mamy jeszcze chwileczkę czasu. Chciałabym pozwolić Państwu, którzy tak cierpliwie słuchali naszych panelistów, na kilka pytań i uwag. Biorąc pod uwagę, że czas jest ograniczony, mam prośbę, aby uwagi lub pytania były stosunkowo krótkie. Nie konkurujcie Państwo w występach z panelistami. Oni mieli po 20 minut, Państwo dostaną po trzy i będę bezwzględnie egzekwowała czas. Być może Państwo się tutaj znajdują w dużej mierze, ale byłoby pomocne również dla naszych panelistów, jak i dla mnie, abyście się króciutko przedstawili. Jeżeli mają Państwo konkretną uwagę lub pytanie do jednego z naszych panelistów, to proszę ewentualnie wskazać, od kogo oczekujecie odpowiedzi. Mam pytanie do organizatora, czy krąży gdzieś mikrofon po sali? Mamy mikrofon. Dobrze, to w takim razie, kto pierwszy na ochotnika?

Hanna Machińska Dzień dobry Państwu, Hanna Machińska, Biuro Rady Europy. Proszę Państwa, ja właściwie mam krótki komentarz do wypowiedzi Pana prof. Drzewickiego. Trochę mnie zabolęła Pana uwaga, kiedy Pan mówił o pieniactwie. Rozumiem, że to był pewnego rodzaju skrót. Chciałabym powiedzieć, że w ciągu bardzo wielu lat, począwszy od 1993 r., przyjmowaliśmy tysiące osób, które przychodziły i poszukiwały informacji, porady. Powiedziałabym tak, że duża część tych osób składała potem skargi do Europejskiego Trybunału. Takim naszym pierwszym klientem był Pan Podbielski, którego prowadziliśmy przez długi czas. Potem uczestniczyliśmy jako instytucja w takim projekcie pilotażowym udzielania informacji, porad dotyczących Europejskiej Konwencji. Myślę,

że *gros* tych osób to były osoby ciężko doświadczone z powodu, mówiąc ogólnie, dysfunkcji państwa, arogancji urzędników. To nie były osoby, które były pieniaczami. Oczywiście była jakaś grupa, która szukała po prostu takiej ogólnej sprawiedliwości. Natomiast wnoszone skargi, nawet te, które zostały uznane za niedopuszczalne, świadczyły po prostu o tym, że to było bardzo rażące naruszenie ich praw. Ostatnia uwaga jest taka, że reforma Europejskiego Trybunału, którą bardzo wspieramy, oraz zmniejszenie liczby skarg niekoniecznie świadczą o tym, że rzeczywiście bardzo poprawia się sytuacja. Druga grupa skarg po prostu nie zaistnieje, ponieważ te warunki są coraz bardziej restrykcyjne. Dziękuję bardzo.

Urszula Gacek Chciałabym przypomnieć, że ja panelistom pozwolę na odpowiedź, ale może jeszcze dwa, trzy pytania. Bardzo proszę.

Bogdana Słupska-Uczkiewicz Dziękuję bardzo. Adwokat Bogdana Słupska-Uczkiewicz, Komisja Praw Człowieka przy Naczelnej Radzie Adwokackiej. Ja pozwalam sobie zabrać króciutko głos, bo nie powinno zabraknąć głosu adwokatury na tym seminarium. A tak się składa, że od niemalże 15 lat reprezentuję skarżących przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka. Podpisuję się obydwoma rękoma pod wypowiedzią mojej poprzedniczki. Takie jest również moje doświadczenie, adwokata, który jest zawsze tam, gdzie jest człowiek skrzywdzony. Chcę powiedzieć, że uczestniczenie w tej niezwyklej przygodzie, jaką jest możliwość wykonywania zwykłej, codziennej pracy adwokata, a jednocześnie reprezentowanie przed Trybunałem Praw Człowieka, który nakazuje, żebyśmy zabrali głos w imieniu skarżącego, jest to niezwykle doświadczenie. Nagle my, zwykli adwokaci oglądamy z perspektywy system prawny, w którym funkcjonujemy, co do którego nie mamy prawa ani śmiałości, żeby go kwestionować. Trybunał stawia nam pytania i uwrażliwia nas na jego naruszenia, i wywraca czasami do góry nogami ten funkcjonujący od lat rytuał. Trybunał wskazuje: „tu może być naruszenie”, a potem w wyroku mówi: „tu miało miejsce naruszenie praw człowieka, naruszenie Konwencji” i analizuje, na czym ono polega. Jest to niezwykle cenna i ważna diagnoza, bo nam, praktykom, dostarcza nowych argumentów, pozwala świadczyć pomoc prawną w sposób bardziej efektywny i ochrona praw

jednostki ewoluuje w pozytywnym kierunku, bo tak należy ocenić te 20 lat obecności Polski w Trybunale Praw Człowieka.

Pytania o wyzwania. Myślę, że wykonywanie wyroków to – jak Pan dr Bodnar zwrócił uwagę i inni paneliści – w tej chwili kluczowa kwestia. I tam, gdzie chodzi o wypłatę zadośćuczynienia, sprawa jest prosta. Zmiana prawa to już jest rzeczywiście duży sukces. Natomiast najbardziej delikatną sferą jest kwestia stosowania Konwencji, aby ona była rzeczywiście skuteczna, a nie iluzoryczna. Myślę, że jest to kierunek działań, o którym warto dyskutować, bo środki, które powinniśmy dobierać, wcale nie są oczywiste. Wszystko zależy od rodzaju naruszenia i praktyki danego kraju. Dziękuję bardzo.

Urszula Gacek Dziękuję bardzo, Pani mecenas.

Dominika Bychawska Dziękuję bardzo, Dominika Bychawska, Helsińska Fundacja Praw Człowieka. Chciałabym zwrócić się z pytaniem do Pani Amat. Jesteśmy świadomi sytuacji dotyczącej wykonania wyroków z punktu widzenia Pani departamentu. Jesteśmy świadomi braku finansów i braku zasobów ludzkich. Wiemy również, że istnieje praktyka odkładania pewnych kwestii. Jakie są teraz plany dotyczące oddelegowywania prawników? Czy nie ma tutaj jakichś uprzedzeń czy niepokojów dotyczących niezależności prawników oddelegowywanych przez państwa? Zwłaszcza takie państwa jak Azerbejdżan i Rosja, które cieszą się ponurą sławą awanturnika w Radzie Europy.

Urszula Gacek Ostatnie pytanie. Ambasador Wołásiewicz.

Jakub Wołásiewicz Zgadzam się całkowicie z Panem prof. Makarczykiem w kontekście pewnych częściowych zmian dotyczących Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Nie zawsze prowadzą one do pozytywnych zmian w funkcjonowaniu całości systemu. Chciałbym powiedzieć, że w tej chwili, w tej najnowszej reformie, skoncentrowano się przede wszystkim na procedurach postępowania przed ETPC. Natomiast po raz kolejny zupełnie zapomniano o reformie Kancelarii, która jest, moim zdaniem, niezbędnym elementem prawidłowego funkcjonowania ETPC. To problem na tyle istotny, że może zwróci kiedyś uwagę polityków oraz innych urzędników Rady Europy. W kwestii wykonywania wyroków – nie jest tajemnicą, że rzeczywiście 10 lat temu zmieniła się tutaj

całkowicie optyka. Wykonywanie wyroków stało się ważniejszym celem dla pełnomocnika aniżeli samo prowadzenie spraw przed Europejskim Trybunałem. Wynika to z tego, że pierwszy pomysł, aby poszczególne resorty – po wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – zajęły się problemem, okazał się, niestety, nietrafiony. Innymi słowy, resorty nie poczuwały się do tego, ażeby wprowadzać jakiegokolwiek zmiany. W związku z tym wprowadzono zasadę, że Ministerstwo Spraw Zagranicznych będzie jednak nie tyle wykonywało wyroki, ile koordynowało działania. I wydaje mi się, że przyniosło to pozytywne skutki. To wszystko, dziękuję.

Urszula Gacek Dziękuję bardzo. Chciałabym teraz pozwolić panelistom na odpowiedź, na komentarze. Tak się składa, że każde z pytań było kierowane do innego panelisty. Pierwsze pytanie do Pana prof. Drzewickiego. Proszę bardzo.

Krzysztof Drzewicki Dziękuję. Odpowiem na pytanie Pani dr Machińskiej. Pani Hanno, używam tutaj terminów w bardzo konkretnym znaczeniu, za jurysprudencją brytyjską, która określa zjawisko *vague sage litigation* jako wnoszenie sprawy do sądu i prowadzenie jej na zasadzie przesłanki złośliwości, powtarzalności, bezcelowości itd. Oglądając skargi do Trybunału, doszedłem do wniosku, że dotyczy to również naszego przypadku. Sprawa *Podbielski* jest bliska tej kategorii z uwagi na powtarzalność roszczeń i wysokość żądanych odszkodowań. Mieliśmy z nim rokowania bezpośrednie, nie zdaje sobie Pani sprawy, jak niewyobrażalne były te żądania. To jest właśnie przykład pieniactwa w stosunku do wartości przedmiotu sporu. Chcę dodać, że nie odbieram prawa tym ludziom do skarżenia, nawet gdyby byli wariatami. Podam przykład: Gawęda, sprawa rejestracji gazet i czasopism. Mechanik samochodowy z zawodu zakładał sobie gazety. Odmówiły mu sąd okręgowy, sędzia rejestrowy i dwa składy – w dwóch kolejnych fazach – sądu apelacyjnego. Siedem czy osiem do jednego wygrał mechanik samochodowy w sprawie złego trybu rejestracji gazet i czasopism. Dziękuję.

Urszula Gacek Dziękuję. Chciałabym teraz oddać mikrofon Panu Prezesowi. Nie wiem, czy chciałby się Pan odnieść do uwag i komentarzy Pani mecenas.

Adam Bodnar Jeżeli chodzi o udział adwokatów, to Naczelna Rada Adwokacka niezwykle mocno zaangażowała się w proces wykonywania wyroków i przedstawiła raport, który został wysłany także do Komitetu Ministrów Rady Europy. Chyba jeszcze tylko jedna, bodajże irlandzka, rada adwokacka działa w podobny sposób na poziomie Komitetu Ministrów. Jest to także odpowiedź na postulat Deklaracji z Brighton, żeby właśnie angażować różne podmioty. Nie ograniczać się tylko do tych tradycyjnych, ale też angażować w proces wykonywania wyroków te instytucje, które mają coś konkretnego do powiedzenia. Adwokatura, reprezentując klienta, posiada bezpośrednie informacje w tym zakresie.

Jeżeli chodzi o wypowiedź odnoszącą się do osób pokrzywdzonych przez system, to jest także naszym doświadczeniem, Fundacji Helsińskiej, że osoby, które zwracają się o pomoc w napisaniu skargi, z reguły doświadczyły aroganckiego traktowania ze strony władzy. Akurat miałem przyjemność pomagać panu Podbielskiemu w próbie wznowienia postępowania cywilnego. Padł on właśnie ofiarą tego, że w Polsce nie ma procedury wznowieniowej i nie było nic pieniaczkiego w tym, że próbował po wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wznowić postępowanie. Kiedy się to nie udało, próbował dochodzić odpowiedzialności na podstawie art. 417 kodeksu cywilnego, co także się nie powiodło. Mamy tutaj do czynienia z elementem systemu, który po prostu nie działa. Przytoczę jego słowa: „Jeżeli ja mam wyrok, który stwierdza naruszenie art. 6 Konwencji i przyznane pięć czy dziesięć tysięcy euro, to czy mam go oprawić w ramki i powiesić na ścianie?”. I odpowiedź do dzisiaj jest taka sama: „Tak, właśnie w takich sytuacjach jedyną rzeczą, jaką można zrobić, to oprawić wyrok i powiesić sobie na ścianie, i zapomnieć o roszczeniach odszkodowawczych wobec państwa”. Dziękuję.

Urszula Gacek Dziękuję bardzo. Pani Amat, padło pytanie dotyczące oddelegowywania do Pani departamentu. Od prawie roku polski sędzia z Ministerstwa Sprawiedliwości był oddelegowany do Pani departamentu. Oczywiście nie proszę o ocenę jego pracy, ale ogólną opinię na temat mechanizmu oddelegowywania i niebezpieczeństw, które mogą się za tym kryć. Zwłaszcza w tych państwach, które są bardziej kwestionowane. Oddaję Pani głos. Dziękuję bardzo.

Corinne Amat Przede wszystkim chciałabym powiedzieć, że oddelegowanie to bardzo cenne narzędzie, które zwiększa nasze zdolności instytucjonalne, jeśli chodzi o realizację wyroków Trybunału. Dla Państwa, którzy odwiedzają nasze strony internetowe, jest jasne, że w tym roku znowu poprosiliśmy o delegowanie dziewięciu prawników i zarządcy internetowej, ponieważ chcemy być jak najbardziej przejrzysti. Chcemy informować o wykonaniu wyroków, a niestety nie mamy możliwości nagłaśniania tego, co robimy w tej dziedzinie. Dlatego właśnie potrzebne jest nam wsparcie informatyczne. Jeśli chodzi o doświadczenia, to rzeczywiście mieliśmy polskiego sędziego oddelegowanego do naszego departamentu. To oddelegowywanie prawników jest naszą tradycją. Tradycyjnie mamy też Polaków w naszym zespole. Na tyle, na ile mogę powiedzieć, patrząc na różne delegacje, nie było w tym układzie przegranych. Dlaczego? Przede wszystkim dlatego że są to dodatkowe zasoby do naszej dyspozycji. Zyskujemy ponadto ważny wgląd w sytuację wewnętrzną kraju, który oddelegowuje pracownika. Ważne jest dla nas również to, że możemy wyjaśnić poszczególnym uczestnikom Komitetu Ministrów, jakie działania są podejmowane na podwórku krajowym. Tutaj rzeczywiście często mamy bardzo pozytywne doświadczenia. Pracownicy oddelegowani wracają potem do swoich krajów, do swoich resortów czy to MSZ, czy do sądów, wzbogaceni o bardzo cenne doświadczenia w kwestii, jak usprawnić proces komunikacji. Oddelegowywani sędziowie zyskują świadomość, co mogą zrobić, aby zapobiegać pewnym wydarzeniom na przyszłość. Zwłaszcza, jak rozwiązywać pewne problemy, zanim trafią one pod obrady Trybunału. Jest to bardzo dobre doświadczenie dla obu stron, z którego naukę wyciągają wszyscy.

Wspominała Pani o tym, jak dalece ci oddelegowani pracownicy mogą być uprzedzeni, stronniczo patrzeć na pewne sprawy. Na szczęście mamy wbudowane mechanizmy ochronne i nigdy nie spotkałam się z tego typu problemami. Nigdy oceny nie dokonuje jeden pracownik, jest to zawsze praca zespołowa. Mamy burze mózgów, dyskusje na wielu szczeblach. Nigdy żadna kwestia nie jest oceniana przez jedną parę oczu. Mamy poszerzoną perspektywę, która nie pozwala na jednoosobową decyzyjność osób oddelegowanych. Ponadto osoby oddelegowane do

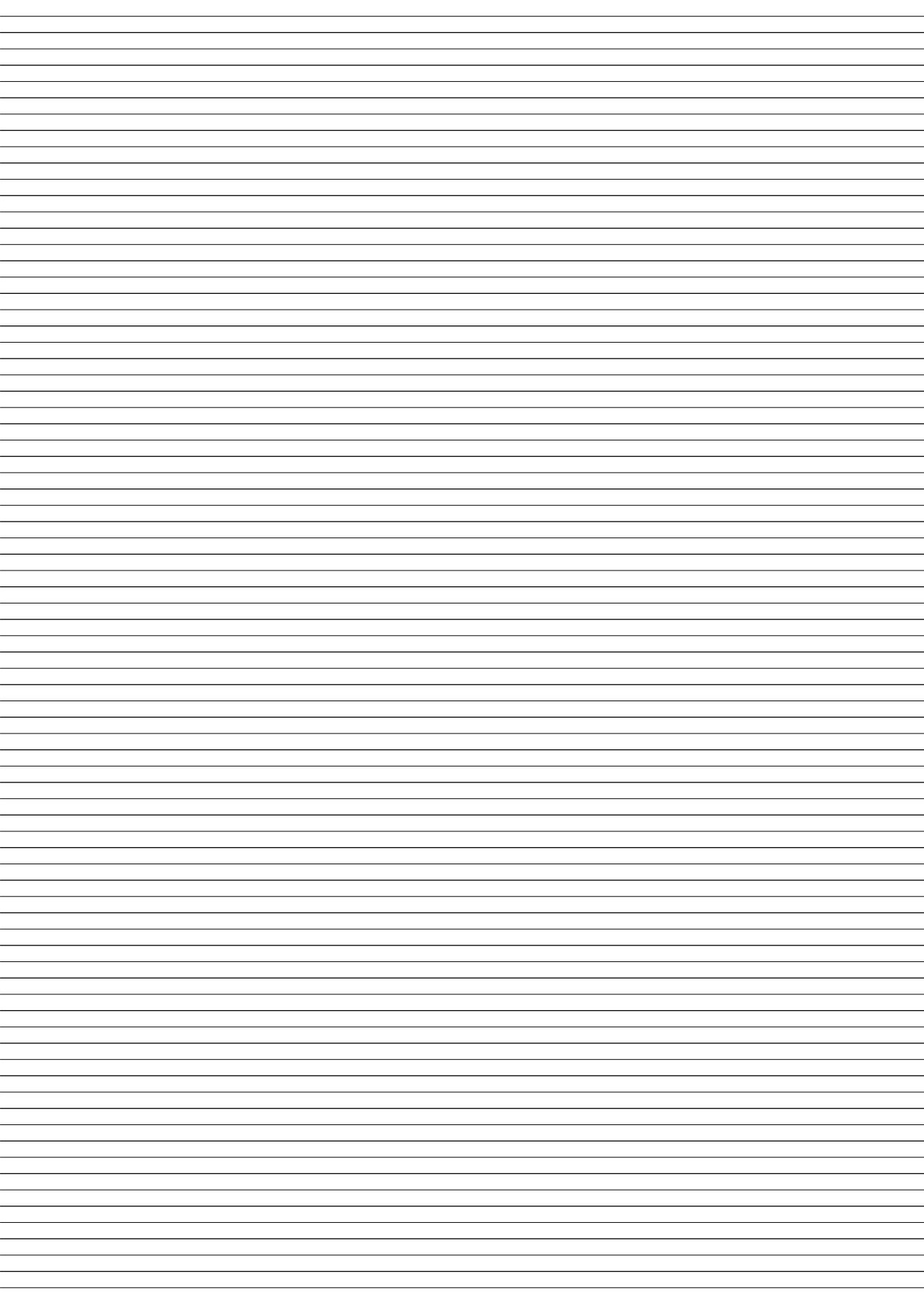
naszego departamentu niekoniecznie pracują nad sprawami dotyczącymi ich własnego kraju. Na przykład ostatnio oddelegowana osoba z Polski zajmowała się Rumunią. Było to rzeczywiście bardzo pożyteczne, biorąc pod uwagę szybszą realizację spraw rumuńskich. Obecny polski sędzia zajmuje się wprawdzie sprawami polskimi, ale także warunkami tymczasowego aresztowania we Włoszech. Dzięki temu zyskaliśmy rzeczywiste zasilenie naszego zespołu i szerszą perspektywę do porównań. Dziękuję.

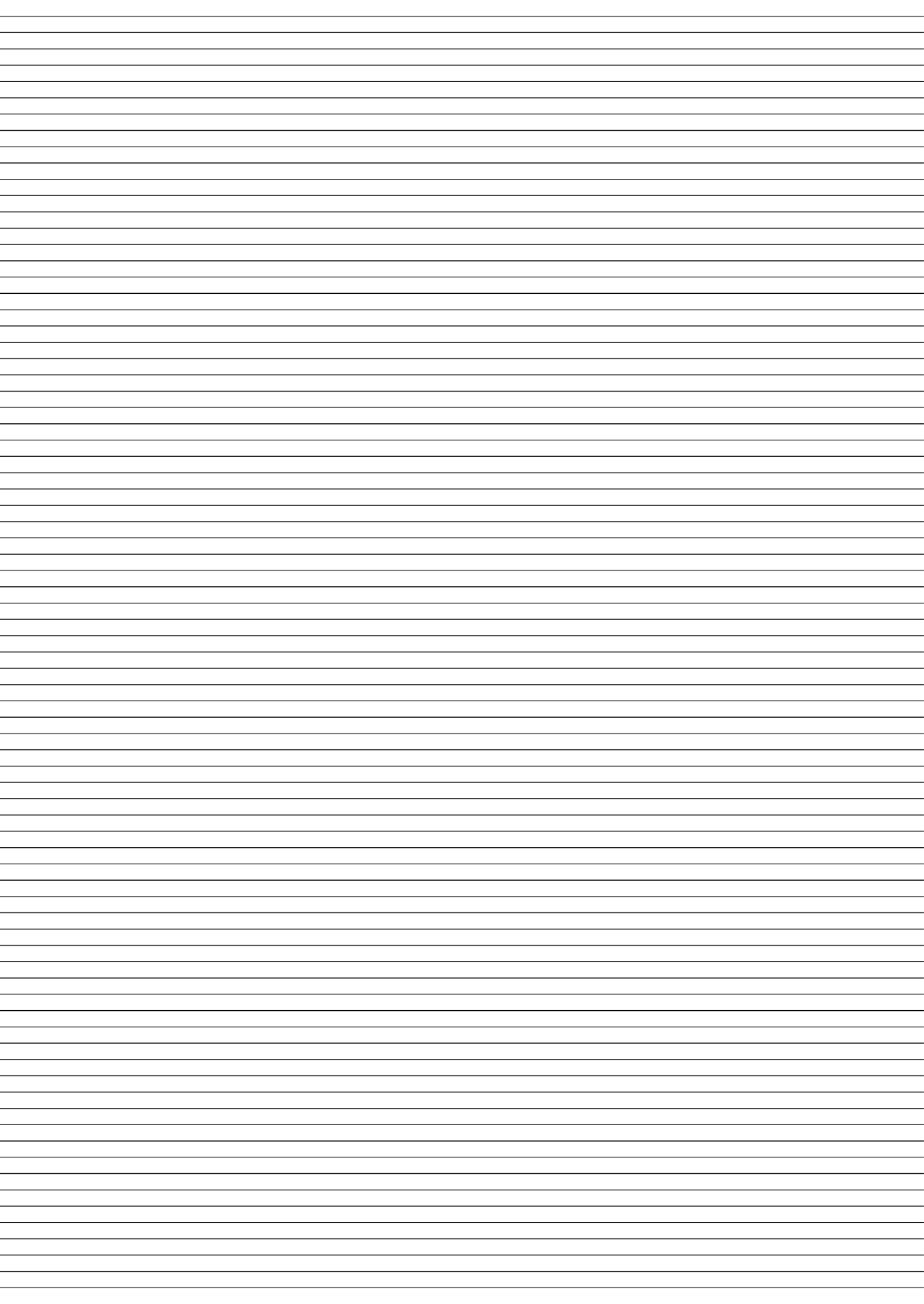
Urszula Gacek Dziękuję bardzo. W związku z pytaniem Pana ambasadora Wołásiewicza w sprawach reform ostatnie słowo w tej dyskusji oddaję Panu prof. Makarczykowi. Bardzo proszę.

Jerzy Makarczyk Dziękuję bardzo. Ja tam nie usłyszałem pytania, raczej potwierdzenie, że Pan ambasador dostrzega powagę spraw, które są często lekceważone, ponieważ są uważane za kwestie techniczne. A tak nie jest. Sekretarz Trybunału ONZ w Hadze ma stanowisko zastępcy sekretarza generalnego. Praktycznie nie podlega Sekretarzowi Generalnemu, a jedynie Trybunałowi i Prezesowi Trybunału. To szalenie ważne. Proszę Państwa, muzyka strasznie złądziła moje obyczaje, bo chciałem ostrzej się wypowiedzieć w sprawie przerwania mandatu sędziowskiego. Proszę sobie wyobrazić, że nagle sejm wydaje ustawę konstytucyjną, która robi reformę Trybunału Konstytucyjnego i likwiduje mandaty tych sędziów. Przecież to byłoby nie do pomyślenia w wewnętrznym porządku prawnym. Moim zdaniem w państwie, które chce uchodzić za demokratyczne, to jest w ogóle nie do pomyślenia. Natomiast tam tak postąpiono i to brutalnie. Dam Państwu własny przykład. Lubię się powoływać na własne przykłady, dlatego że znam je najlepiej i mam przynajmniej pewność, że są autentyczne. Mianowicie zadzwonił do mnie w 1993 r. Carl-August Fleischhauer, zastępca sekretarza generalnego ONZ ds. prawnych, i powiedział: „Pańskie nazwisko wymienia się jako kandydata na prokuratora w Trybunale Karnym ds. Jugosławii”. Jeżeli on dzwoni, to znaczy, że to jest zatwierdzone, bo inaczej by do mnie nie zadzwonił. Poprosiłem go o 24 godziny do namysłu. Po zastanowieniu odmówiłem, między innymi dlatego, że dopiero rok wcześniej objąłem funkcję w Strasburgu. Prof. Skubiszewski, mój mistrz i przyjaciel, był z mojej decyzji niezadowolony. Powiedział wręcz: „Stracił Pan dla Polski

stanowisko bardzo prestiżowe”. Ale ja uważałem, że nie powinien być to ktoś z Europy Środkowej, ze strefy austro-węgierskiej. Rzeczywiście, wzięto kogoś z Afryki Południowej, kto sobie nie poradził. Obstawa podobno mieszkała w jego sypialni i on tego psychicznie nie zniósł. Proszę Państwa, to jest precedens, który oznacza, jak bardzo w powojakach jest jeszcze system sądownictwa międzynarodowego. Ja niestety wiem, bo Pan Waldikos był moim przyjacielem i autorytetem. To był wiceszef Międzynarodowej Organizacji Pracy, który jak Wałęsa został internowany. Odmówił widzenia z Wałęsą w obecności jeszcze innych „dżentelmenów”. Pan z olbrzymim charakterem, żonaty z Polką. Jego żona mówi, że on po prostu stracił chęć do życia i umarł. Nie mówię, że został zabity przez tę zmianę, ale ona się do tego przyczyniła. I nie jest to jedyny przypadek. Jest to nie tylko naruszenie praw człowieka, lecz także barbarzyństwo prawne, którego byliśmy świadkami. I chciałem to powiedzieć bardzo wyraźnie. Dziękuję.

Urszula Gacek Dziękuję bardzo. Chciałam podziękować wszystkim panelistom. Szkoda, że już nie mamy więcej czasu. Serdecznie dziękuję za świetne interwencje naszych panelistów i pytania z sali. Tak się złożyło, że do każdego panelisty trafiło ciekawe pytanie lub uwaga. Chciałabym poprosić, żeby wynagrodzili Państwo naszych panelistów za ich trud. Teraz najprzyjemniejsza rola moderatora porannej sesji – w imieniu gospodarzy zapraszam na lunch.







PANEL II:
Współzależności między unijnym
a konwencyjnym systemem
ochrony praw człowieka

Moderator: prof. Mirosław Wyrzykowski

KARTA PRAW PODSTAWOWYCH a Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności

MAIJA SAKSLIN

Zastępca Rzecznika Praw Obywatelskich, Finlandia,
Rada Zarządzająca Agencji Praw Podstawowych

Szanowny Przewodniczący, Wasze Ekscelencje, szanowni Koledzy, Panie i Panowie, na początek chciałbym przede wszystkim podziękować organizatorom za zaproszenie mnie na tę konferencję. Chciałbym najserdeczniej pogratulować Państwu zarówno jako Przewodniczący Zarządu Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej, jak i Zastępca Rzecznika Praw Obywatelskich w Finlandii.

To dla mnie wielka przyjemność i zaszczyt zwracać się do Państwa z okazji 20. rocznicy przystąpienia do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz 25. rocznicy ustanowienia instytucji Rzecznika Praw Obywatelskich.

Zgodnie z konstytucją Finlandii Rzecznik Praw Obywatelskich nadzoruje realizację praw człowieka i podstawowych wolności. Tym samym czuję się szczególnie zaszczycony możliwością uczestnictwa w tej konferencji.

Poproszono mnie, abym skupił się na zależnościach pomiędzy Kartą praw podstawowych i Europejską Konwencją Praw Człowieka. Najpierw jednak chciałbym powiedzieć kilka słów o wspólnej historii Polski i Finlandii.

Nasze kraje przez wiele lat pozostawały poza Radą Europy czy Unią Europejską. Jednak w odległych czasach nasze państwa połączone były związkami dynastycznymi.

Katarzyna Jagiellonka

Była najmłodszą córką Zygmunta Starego, króla Rzeczypospolitej Obojga Narodów i Bony Sforzy. Katarzyna została żoną szwedzkiego króla Jana III Wazy. W tamtym czasie Finlandia stanowiła wschodnią część Szwecji. Katarzyna nosiła tytuł księżnej Finlandii (1562–1583), królowej Szwecji (1569–1583) i Wielkiej Księżnej Finlandii, była również matką przyszłego króla Rzeczypospolitej Zygmunta III Wazy. Jej prawa podstawowe nie były niestety należycie chronione i razem ze swym mężem została uwięziona w zamku Gripsholm w Szwecji. W tym okresie urodziła syna Zygmunta, który odziedziczył tron obu państw – Rzeczypospolitej (w 1587 r.) i Szwecji (w 1592 r.). Jan i Katarzyna byli jedynymi szwedzkimi monarchami, którzy mieszkali w fińskiej części królestwa Szwecji. Dlatego do dziś w Finlandii wiemy, kim była Katarzyna i wierzymy, że miała ona istotny wpływ na fińską kulturę.

Później – 200 lat temu – szwedzki król ustanowił pierwszy na świecie urząd ombudsmana, który stał się źródłem inspiracji dla wielu podobnych instytucji Rzecznika Praw Obywatelskich.

Karta praw podstawowych i Konwencja Europejska

Można wyodrębnić trzy elementy systemu praw podstawowych UE:

- Kartę praw podstawowych, która obecnie posiada taki sam status jak traktaty założycielskie;
- przystąpienie UE do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka; oraz
- potwierdzenie zasad ogólnych prawa unijnego jako źródła praw podstawowych w UE.

Dzisiaj omówię jedynie pierwszy z tych trzech elementów, czyli Kartę praw podstawowych Unii Europejskiej. Skoncentruję się na niektórych aspektach zależności między Kartą praw podstawowych UE a Europejską Konwencją Praw Człowieka.

Zanim powstał projekt Karty praw podstawowych, system ochrony praw podstawowych kształtowały wyroki Trybunału Sprawiedliwości jako ogólne zasady prawa unijnego. Źródłami zasad ogólnych prawa unijnego są międzynarodowe zobowiązania państw członkowskich, zwłaszcza Europejska Konwencja Praw Człowieka oraz wspólne zwyczaje konstytucyjne państw członkowskich. W praktyce ETS nie posiłkował się zwyczajem konstytucyjnym w charakterze wytycznych i źródeł stanowienia prawa w takim stopniu jak Konwencją. W swoich decyzjach ETS powoływał się również na inne instrumenty prawa międzynarodowego, takie jak Europejska karta społeczna czy jej zmieniona wersja, Konwencja o Prawach Dziecka i szereg konwencji przyjętych przez Międzynarodową Organizację Pracy.

Karta praw podstawowych UE potwierdza prawa wynikające ze wspomnianych źródeł. Karta miała w bardziej wyraźny sposób zwrócić uwagę obywateli Unii na chronione przez nią prawa. Prawa wymienione w Kartce, odpowiadające prawom gwarantowanym przez Konwencję, mają takie samo znaczenie i zakres jak te określone w Konwencji. ETS wyraźnie stwierdził, że statut Karty powinien mieć taką samą treść i zakres, jak statut Konwencji.

Od 1989 r. ETS uznał szczególne znaczenie Konwencji Europejskiej, a od połowy lat 90. regularnie odwoływał się do jej postanowień, a także do orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i stosowanej przezeń wykładni. Jako przykłady można wymienić sprawy dotyczące prawa do prywatności i rzetelnego procesu sądowego, w których ETS odwoływał się do Konwencji, czy też najlepiej pojętego interesu dziecka i klauzuli sumienia, w których z kolei to Europejski Trybunał Praw Człowieka niejednokrotnie powoływał się na zapisy Karty praw podstawowych. Po tym jak Karta weszła w życie, stała się ona podstawowym źródłem odniesienia dla ETS. Niemniej jednak ETS zazwyczaj interpretuje postanowienia Karty bez odwoływania się do orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Należy zauważyć, że Konwencja zapewnia minimalny poziom ochrony. Poziom ochrony w UE nigdy nie może być niższy niż ten gwarantowany

przez Konwencję. Jest to kluczowy element zależności pomiędzy Kartą i Konwencją.

Zgodnie z objaśnieniami dotyczącymi Karty zarówno autonomia prawa unijnego, jak i ETS nie mogą zostać naruszone. Mimo to zgodnie z zasadą autonomii unijnego prawa Karta ma zapewnić szerszą ochronę niż Konwencja Europejska. W objaśnieniach dotyczących Karty znajduje się wykaz artykułów, które odpowiadają zapisom Konwencji, ale których zakres jest szerszy. Ponadto Karta chroni i zapewnia poszanowanie praw, które nie zostały wyraźnie objęte Konwencją, między innymi prawo do dobrej administracji, którego źródłem, nawiasem mówiąc, była fińska konstytucja, a także wysoki poziom ochrony środowiska.

Zgodnie z horyzontalnymi postanowieniami Karty żadnego jej zapisu nie można interpretować, godząc w prawa przyznane między innymi w Konwencji bądź zawężając ich zakres. ETS wskazywał również na fakt, że ograniczenia, które mogą zgodnie z prawem zostać nałożone na wspomniane prawa, muszą odpowiadać ograniczeniom przewidzianym przez określone zapisy Konwencji. Trybunał Sprawiedliwości odwoływał się także do orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, utrzymując, że prawa mogą zostać ograniczone pod warunkiem, że ograniczenia te w istocie odpowiadają odpowiednim celom leżącym we wspólnym interesie oraz że stanowią proporcjonalny i akceptowalny środek, który nie narusza samej istoty gwarantowanych praw.

Zakres zastosowania Karty

Postanowienia Karty skierowane są do instytucji, organów i jednostek organizacyjnych Unii, a także państw członkowskich jedynie wówczas, gdy wdrażają one prawo unijne. Termin „wdrażanie prawa unijnego” stanowi przedmiot intensywnej debaty. Zgodnie z objaśnieniami dotyczącymi Karty wymóg poszanowania praw podstawowych w kontekście Unii jest wiążący dla państw członkowskich wyłącznie, jeżeli wdrażają one przepisy UE. Może to oznaczać, że dotyczy to wszelkich sytuacji, w których państwo członkowskie wypełnia obowiązek stanowiący przez prawo unijne. Nawet jeśli państwo członkowskie dysponuje swobodą decyzyjną, jego decyzje muszą być zgodne z postanowieniami Karty. Karta

praw podstawowych UE ma zastosowanie w przypadkach, gdy państwo członkowskie przyjmuje określone środki w celu wypełnienia zobowiązań wynikających z prawa unijnego.

Jeżeli ETS nie jest w stanie ocenić zgodności środka krajowego z zapisami Karty lub ogólnymi zasadami prawa UE, sąd krajowy musi dokonać tej oceny w świetle postanowień Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Prawa społeczne

W Karcie znajduje się obszerny wykaz praw społecznych i ekonomicznych. Zgodnie z objaśnieniami dotyczącymi Karty prawa te zasadniczo opierają się na zmienionej Karcie społecznej Rady Europy, a w przypadku niektórych postanowień – na prawie pierwotnym Unii Europejskiej.

Inaczej niż Karta praw podstawowych Unii Europejskiej, Konwencja Europejska nie gwarantuje praw ekonomicznych i społecznych. Mimo to Trybunał Praw Człowieka nie wyklucza możliwości powoływania się na art. 3 Konwencji dotyczący nieludzkiego bądź poniżającego traktowania w przypadku przyznania emerytury bądź innego świadczenia socjalnego w niewystarczającym wymiarze.

Konwencja nie gwarantuje praw społeczno-gospodarczych jako takich. Niemniej jednak oceniając określone okoliczności sprawy, Trybunał wykazał, że w wyjątkowych przypadkach z art. 8 Konwencji może wynikać obowiązek ochrony osób w szczególnie trudnej sytuacji. Trybunał stwierdził także naruszenie prawa poszanowania życia rodzinnego w przypadku decyzji o umieszczeniu dzieci w placówce opiekuńczo-wychowawczej jedynie ze względu na niezadowalające warunki mieszkaniowe wynikające z nieposiadania przez rodziców dostatecznych środków.

Środki odwoławcze

Na podstawie traktatu z Lizbony Unia Europejska ma przystąpić do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności.

Kilka lat temu w dyskusji nad tym zobowiązaniem używano potężnego argumentu, który dzisiaj być może już nie jest tak przekonujący. Zgodnie z ową argumentacją środki odwoławcze dostępne dla stron prywatnych (osób fizycznych lub prawnych) w unijnym porządku prawnym

są w pewnych aspektach niewystarczające, podczas gdy Konwencja Europejska dość szeroko określa warunki, pod którymi osoby te mogą zgłosić indywidualną skargę do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie naruszenia praw lub wolności przyjętych w Konwencji.

Dlatego przystąpienie Unii do Konwencji Europejskiej zapewniłoby każdej osobie pokrzywdzonej przez akt prawa przyjęty przez UE dostęp do sądu mającego właściwość, aby stwierdzić, czy dany środek prawny narusza prawa podstawowe.

Ponadto Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że w obowiązku państw członkowskich leży ustanowienie systemu środków odwoławczych i procedur, które zapewniłyby poszanowanie takiego prawa. Mimo to zgodnie z wymogami prawa unijnego przepisy krajowe nie mogą ograniczać prawa do skutecznej ochrony sądowej.

ETS wydaje się skłonny nałożyć na państwa członkowskie UE obowiązek opracowania pełnego systemu środków odwoławczych, które zapewnią zgodność z wymogami Karty praw podstawowych UE w ramach unijnego porządku prawnego.

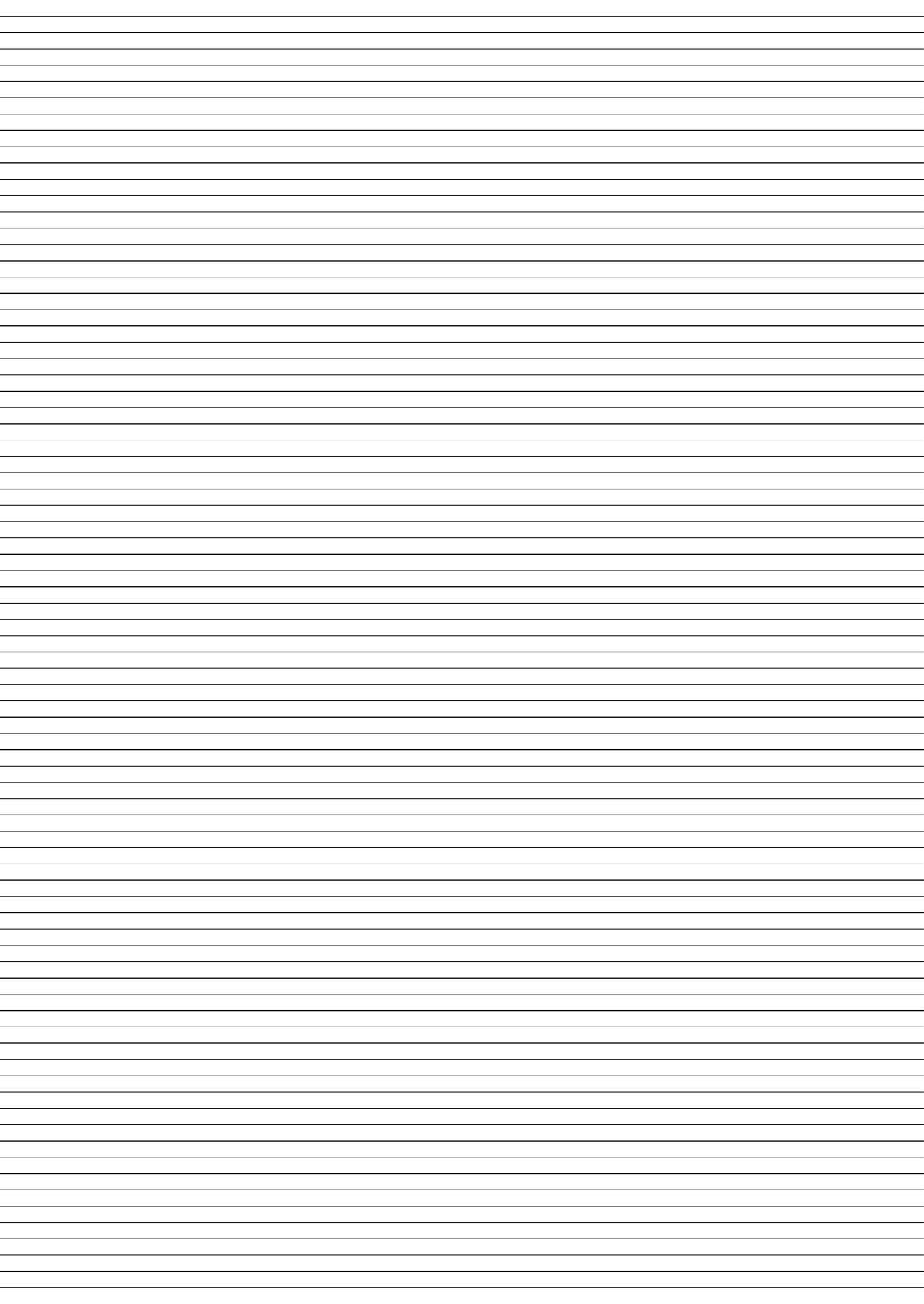
Podobnie w systemie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka stosowana jest zasada subsydiarności, zgodnie z którą należy zapewnić ochronę praw i wolności określonych w Konwencji przede wszystkim na poziomie krajowym, a interwencja Europejskiego Trybunału Praw Człowieka znajduje uzasadnienie jedynie w przypadku, gdy owe wewnętrzne mechanizmy kontroli nie zapobiegły naruszeniu praw lub nie zapewniły skutecznego środka odwoławczego. W tym kontekście znaczącą rolę odgrywają krajowi rzecznicy praw obywatelskich.

Panie i Panowie, nie sądzę, aby występowało realne ryzyko odmiennej interpretacji Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Obydwa trybunały wyrażają gotowość koordynacji współpracy. Europejski Trybunał Sprawiedliwości stosuje Konwencję zgodnie z wykładnią Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Natomiast Europejski Trybunał Praw Człowieka w swoich decyzjach uwzględnia wyroki Trybunału Sprawiedliwości. Jako przykład wymienię decyzję dotyczącą zasady *ne bis in idem*. Europejski Trybunał Praw Człowieka postanowił oprzeć się na wykładni przyjętej

przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości, tym samym zapewniając spójność interpretacji prawa.

Mimo to Trybunał Sprawiedliwości nadal dokonuje nadrzędnej interpretacji prawa unijnego, a w szczególności określonych w traktatach zasad ustanawiających podział kompetencji między Unię Europejską i państwa członkowskie. Zgodnie z zasadą autonomii unijnego porządku prawnego nie jest możliwe, aby Trybunał Sprawiedliwości podlegał wykładni prawa unijnego przyjętej przez inny sąd. Między innymi dlatego uważam, że nie nastąpi całkowita harmonizacja prawa.

Mam nadzieję, że prawa człowieka i podstawowe wolności będą w sposób rozsądny wdrażane i przestrzegane oraz że prawa te będą zdecydowanie broniące zarówno w Polsce, jak i w Europie.



PRZYSTĄPIENIE DO KONWENCJI o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z perspektywy Unii Europejskiej

PROF. NINA PÓŁTORAK

Bardzo dziękuję, Panie profesorze. Chciałabym podziękować Ministerstwu Spraw Zagranicznych oraz Pani Rzecznik za możliwość wypowiedzenia się na temat przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji. Bardzo dziękuję i jednocześnie gratuluję tej wspaniałej konferencji.

Tematem mojego wystąpienia jest przystąpienie Unii Europejskiej do Konwencji. Jak wiadomo, przystąpienie zostało przesądzone w traktacie z Lizbony. Wkrótce po wejściu w życie tego traktatu rozpoczęły się najpierw nieoficjalne negocjacje, a w 2012 r. oficjalne pomiędzy z jednej strony stroną konwencyjną, czyli 47 państwami, a z drugiej strony Unią reprezentowaną przez Komisję Europejską. Negocjacje zakończyły się w kwietniu 2013 r., a w czerwcu został opublikowany komunikat, w którym zawarto projekt umowy akcesyjnej.

Oczywiście przystąpienie Unii Europejskiej do Konwencji jest zagadnieniem niezwykle szerokim. Będę chciała powiedzieć o kilku kwestiach, które wydają mi się najistotniejsze z punktu widzenia samej Unii. Na tym chciałabym się skupić przede wszystkim, ale także chciałabym powiedzieć o tym, jakie problemy rodzi to przystąpienie z punktu widzenia podmiotów prywatnych, obywateli UE, którzy byliby zainteresowani złożeniem skargi na Unię.

Obecnie w Europie zasadniczo funkcjonują dwa główne systemy międzynarodowej ochrony praw podstawowych, czyli system unijny i konwencyjny. System unijny jest oczywiście wtórny wobec konwencyjnego,

w dużej mierze na nim oparty. Rozwijał się on, począwszy od orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, a kończąc na Karcie praw podstawowych, która uzyskała wraz z traktatem z Lizbony moc prawa pierwotnego Unii Europejskiej. Przystąpienie ma realizować zadanie połączenia tych dwóch systemów. Sama idea przystąpienia nie jest nowa, pojawiła się już w latach 70. i była bliska realizacji w latach 90. Wtedy Trybunał Sprawiedliwości w opinii z 1996 r. sprzeciwił się przystąpieniu, uznając, że Wspólnota Europejska nie ma do tego kompetencji oraz że wymaga to zmian legislacyjnych. Zmiany te nastąpiły wraz z traktatem z Lizbony. Art. 6 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej przesądza kwestię przystąpienia Unii do Konwencji. Jednocześnie w samym przepisie, aktach dodatkowych, w protokole, który został załączony do traktatu z Lizbony, i w deklaracji załączonej do tegoż traktatu podkreślono obowiązek zachowania autonomii systemu unijnego, zagwarantowania jego specyficznych cech.

Przystąpienie Unii do Konwencji jest wyzwaniem dla samej Unii, biorąc pod uwagę właśnie konieczność zagwarantowania autonomii, specyficznych cech tego systemu. Jednocześnie jest wyzwaniem dla strony konwencyjnej, co wynika przede wszystkim z tego, że po raz pierwszy przystępuje do niej organizacja międzynarodowa, nie państwo, i to organizacja z bardzo specyficznym systemem prawnym, którego autonomię trzeba zachować. Konieczne jest zapewnienie równości stron Konwencji, a mają one różny charakter: są to państwa i organizacja międzynarodowa. Istotne jest też zachowanie subsydiarnej ochrony praw podstawowych, jaką sprawuje Trybunał Praw Człowieka w stosunku do sądów wewnętrznych, czyli w tym wypadku w stosunku do trybunału luksemburskiego.

Jeśli chodzi o znaczenie i cel przystąpienia Unii do Konwencji, to podstawowy cel tego przystąpienia został wskazany w projekcie traktatu akcesyjnego. W jego preambule wskazuje się na zwiększenie spójności w ochronie praw człowieka w Europie i to rzeczywiście wydaje się z punktu widzenia systemu unijnego i konwencyjnego najważniejszym celem – ustanowienie koherentnego systemu ochrony praw podstawowych w Europie. Takiego systemu, który będzie obejmował dwa podstawowe europejskie systemy: konwencyjny i unijny, tworząc system, który nie jest konkurencyjny, ale wzajemnie się uzupełnia. Jednocześnie te połączone

systemy mają zachować autonomię systemu unijnego, o czym już wspominałam, oraz w jakimś zakresie autonomię systemu konwencyjnego. Istotne jest tu, że przystąpienie Unii do Konwencji nie zmieni sposobu działania Konwencji w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Wydaje się, że potwierdza to orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości. W orzeczeniu z 2012 r. w sprawie *Kamberaj* Trybunał Sprawiedliwości, odnosząc się do art. 6 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej, uznającego prawa chronione w Konwencji za zasady ogólne prawa unijnego, stwierdził, że ten artykuł nie zmienia sposobu funkcjonowania Konwencji w prawie wewnętrznym państw członkowskich; nie nadaje Konwencji charakteru prawa unijnego w tym sensie, że nie przyznaje Konwencji bezpośredniego skutku i pierwszeństwa, czyli tych cech, które ma prawo unijne. Orzecznictwo to zostanie utrzymane po przystąpieniu Unii do Konwencji, a więc przystąpienie nie wpłynie na sposób działania Konwencji w prawie krajowym. Oczywiście, w aspekcie spójności warto zwrócić uwagę na to, że celem przystąpienia Unii do Konwencji jest także wyeliminowanie rozbieżności w orzecznictwie obu trybunałów. Do tej pory zdarzały się one rzadko, ale dotyczyły dość istotnych kwestii. Ryzyko tych rozbieżności zwiększa się wraz ze wzrostem ilości orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego Karty praw podstawowych.

Kolejnym celem przystąpienia Unii do Konwencji – z punktu widzenia Unii Europejskiej – jest wzmocnienie jej wiarygodności, zarówno w aspekcie zewnętrznym, jak i wewnętrznym, jako organizacji, dla której główną wartością jest ochrona praw podstawowych. To zwiększenie wiarygodności ma się dokonać przede wszystkim przez poddanie Unii Europejskiej kontroli zewnętrznej sprawowanej przez Trybunał Praw Człowieka, czyli powołany do tego sąd. Do czasu przystąpienia kontrola ta również była możliwa, ale była to wyłącznie kontrola pośrednia. Jak Państwo na pewno pamiętają, według Trybunału Praw Człowieka fakt, że państwa członkowskie oddały niektóre kompetencje Unii Europejskiej, nie oznacza, że nie ponoszą odpowiedzialności za wykonywanie działań w ramach tychże kompetencji. W orzeczeniach *Matthews* czy *Bosphorus* Trybunał podkreślił, że państwa członkowskie są kontrolowane także ze względu na działania, które podejmują w ramach kompetencji oddanych

Unii Europejskiej, czyli wykonując w istocie prawo unijne. Jednak kontrola ta była wyłącznie pośrednia, a w sprawach, w których nie dało się przypisać działania państwu członkowskiemu, tylko chodziło wprost o działania Unii Europejskiej, była wyłączona. Tak jak w sprawie *Connelly*, która nie została przyjęta do rozpoznania z tego powodu, że Trybunał Praw Człowieka uznał, że działania można było tutaj przypisać tylko samej Unii, a nie państwom członkowskim. Po przystąpieniu Unii Europejskiej do Konwencji ta kontrola Unii Europejskiej, a także w pewnym zakresie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości, będzie oczywiście już kontrolą bezpośrednią.

Biorąc pod uwagę to, że jednym z ważnych elementów przystąpienia Unii Europejskiej do Konwencji będzie zmiana kompetencji orzeczniczych, czyli pewne oddanie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości orzecznictwu trybunału strasburskiego, oraz opinię Trybunału Sprawiedliwości z 1996 r., niezwykle istotną kwestią było włączenie Trybunału w proces negocjacyjny. Trybunał Sprawiedliwości w 2010 r. wydał komunikat, w którym wskazał na swoje oczekiwania co do podziału jurysdykcji pomiędzy trybunał strasburski a luksemburski. W 2011 r. odpowiedni komunikat wystosowali prezesi obu trybunałów, zasadniczo powtarzając postulaty co do tego, jak ma wyglądać podział jurysdykcji. Wskazali przede wszystkim, że jurysdykcja Trybunału Praw Człowieka ma charakter subsydiarny, natomiast podstawowe zadanie ochrony w systemie unijnym spoczywa na Trybunale Sprawiedliwości. Trybunał Sprawiedliwości będzie mógł ocenić, czy umowa akcesyjna jest zgodna z prawem unijnym – sprawa została już skierowana przez Komisję do Trybunału Sprawiedliwości. Komisja Europejska wystąpiła z pytaniem o to, czy projekt umowy akcesyjnej jest zgodny z prawem unijnym. Co ciekawe, Komisja wystąpiła z tym pytaniem w trybie art. 218 TFUE, nie czekając na stworzenie unijnych regulacji wewnętrznych regulujących procedury stosowane po przystąpieniu. Takich regulacji wewnętrznych jeszcze nie ma. Trybunał może więc uznać, że nie ma dostatecznej wiedzy, jak ta procedura będzie w praktyce przebiegać, co może utrudniać ocenę. Jednocześnie Komisja argumentowała w ten sposób, że występuje już

o opinię Trybunału w celu uzyskania wskazówek, jak powinna wyglądać regulacja unijnej procedury wewnętrznej.

Ponieważ trybunał luksemburski był zaangażowany w proces negocjacyjny i w zasadzie odpowiadało na jego oczekiwania w projekcie umowy akcesyjnej, wydaje się, że opinia Trybunału będzie pozytywna. Pewne wątpliwości w tym zakresie może budzić wystawienie do podpisów Protokołu nr 16 do Konwencji. Protokół ten, jak wiadomo, przewiduje możliwość zadawania pytań Trybunałowi Praw Człowieka przez sądy najwyższe państw-stron Konwencji. Mają to być wnioski o niewiążącą opinię doradcą. Pojawia się wobec tego pytanie: czy procedura ta może spowodować, że sądy najwyższe państw członkowskich będą omijać procedurę pytań prejudycjalnych w sprawach dotyczących zgodności prawa unijnego z Konwencją i czy, w konsekwencji, będą występowały bezpośrednio do Trybunału Praw Człowieka? Czy zatem Protokół nr 16 może wpłynąć na ocenę Trybunału Sprawiedliwości co do tego, czy umowa akcesyjna jest zgodna z prawem unijnym? Wydaje mi się, że ryzyko omijania Trybunału Sprawiedliwości w tej procedurze, nazwijmy ją prejudycjalnej, jest niewielkie z dwóch powodów. Po pierwsze procedura, którą przewiduje Protokół nr 16, jest procedurą nieobowiązkową. Natomiast pytania prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości dla sądów najwyższych są obowiązkowe. Drugi powód jest związany z tym, że niezadanie pytania prejudycjalnego było do tej pory uważane przez Trybunał Praw Człowieka za osłabienie systemu ochrony w systemie unijnym. W orzeczeniu z 2012 r. Trybunał Praw Człowieka stwierdził, że jeżeli sąd krajowy nie występuje z pytaniem prejudycjalnym do Trybunału Sprawiedliwości, to osłabia instytucjonalną kontrolę systemu unijnego i w takiej sytuacji nie działa domniemanie równoważności ochrony między systemem unijnym a systemem konwencyjnym. Wydaje się, że Trybunał Praw Człowieka nadal będzie przyjmował tego rodzaju orzecznictwo, z którego wynika, iż jeżeli sąd krajowy pomija procedurę prejudycjalną, to nie powinien występować z pytaniem do trybunału strasburskiego, a jeżeli wystąpi z takim pytaniem, to odpowiedź będzie uwzględniała fakt braku wystąpienia do Trybunału Sprawiedliwości. Względy te przemawiają za tym,

że procedura z Protokołu nr 16 nie będzie aż takim zagrożeniem dla procedury prejudycjalnej, jak może się wydawać.

Dla potrzeby zagwarantowania autonomii systemu unijnego, w szczególności zagwarantowania tego, że trybunał strasburski nie będzie rozstrzygał o podziale kompetencji pomiędzy Unią Europejską a państwami członkowskimi, umowa akcesyjna przewiduje specjalną procedurę nazywaną po angielsku procedurą *co-respondent*, co po polsku można przetłumaczyć jako „przypozwanie”. Jest ona zastrzeżona wyłącznie dla Unii Europejskiej i jej państw członkowskich. Polega ona na tym, że państwo bądź UE mogą przystąpić do postępowania, które się toczy przeciwko nim, w sytuacji, gdy są one odpowiedzialne za podstawę prawną danego działania. Czyli skarga będzie wnoszona tak jak dotychczas stronie Konwencji, która dopuściła się danego działania. Natomiast jeżeli dany podmiot lub też Trybunał Praw Człowieka uzna, że odpowiedzialnym za działanie jest państwo bądź Unia, to taki podmiot powinien przystąpić do postępowania w charakterze przypozwanego.

Zasadniczą ułomnością tej procedury jest to, że jest ona dobrowolna. Nie można zmusić państwa ani Unii do przystąpienia do takiego postępowania. Akceptują one tylko zaproszenie od Trybunału Praw Człowieka bądź też składają własny wniosek, który następnie zostaje zaakceptowany przez trybunał strasburski. Nie ma żadnego mechanizmu, który wymuszałyby przystąpienie danego podmiotu w charakterze przypozwanego, co ma poważne konsekwencje. Jeżeli Unia lub państwo nie przystąpią do danej sprawy, to nie będą wyrokiem związane. Nie będą odpowiedzialne za dane naruszenie, ich odpowiedzialność nie będzie solidarna, tak jak przy procedurze przypozwania. Dodatkowo, jeżeli trybunał strasburski stwierdzi, że na skutek braku przypozwania skarga jest złożona niewłaściwie, wobec niewłaściwego podmiotu nieodpowiedzialnego za dane działanie, wówczas skarga zostanie uznana za niedopuszczalną. Brak przymusu przystąpienia do postępowania może zatem skutkować stwierdzeniem niedopuszczalności skarg. Tym wątpliwościom ma w pewnym zakresie zapobiegać deklaracja złożona do traktatu akcesyjnego, deklaracja Unii Europejskiej, w której Unia zobowiąże się do tego, że będzie zgłaszać się jako przypozwany w tych sprawach, które będą się toczyły przeciwko

państwom członkowskim, albo też będzie akceptować zaproszenia, które otrzyma od Trybunału Praw Człowieka. Jest to oczywiście tylko deklaracja i w sytuacjach wątpliwych może ona nie mieć odpowiedniej skuteczności.

Sama procedura przypozwanania nie eliminuje także problemów związanych z subsydiarnością ochrony udzielanej przez Trybunał Praw Człowieka. Subsydiarność ta, zgodnie z art. 35 EKPCz oraz założeniami systemu unijnego, ma polegać na tym, że zawsze, kiedy sprawa prawa unijnego trafi do trybunału strasburskiego, musi najpierw zostać oceniona przez trybunał luksemburski. Zatem pierwotna ocena powinna przysługiwać trybunałowi luksemburskiemu, dopiero po niej ocenia trybunał strasburski. W tym zakresie traktat akcesyjny wprowadza specjalną procedurę uprzedniego zaangażowania Trybunału Sprawiedliwości w sytuacjach, w których Unia staje się podmiotem przypozwanym. Oznacza to, że kiedy do ETPC wpływa skarga przeciwko państwu czy państwom członkowskim, Unia przystępuje jako przypozwany. Jeśli sprawa nie była wcześniej przedmiotem rozstrzygnięcia Trybunału Sprawiedliwości, jest ona tam kierowana po to, aby trybunał wydał opinię co do zgodności aktu prawa unijnego, który jest kwestionowany przed trybunałem strasburskim, z prawami podstawowymi. Warto zwrócić uwagę na to, że ocena ta będzie mogła dotyczyć zarówno prawa wtórnego, jak i pierwotnego Unii Europejskiej, czyli Trybunał Sprawiedliwości będzie mógł ocenić zgodność z prawami podstawowymi zarówno prawa wtórnego, jak prawa pierwotnego Unii.

Projekt traktatu akcesyjnego nie wskazuje, według jakiej procedury będzie się odbywać skierowanie sprawy do Trybunału Sprawiedliwości i rozstrzygnięcie o opinii trybunału. Pozostawiono to regulacji wewnętrznej prawa unijnego. Pojawiają się tu wątpliwości, czy istniejące w tym zakresie procedury okażą się wystarczające. W mojej opinii absolutnie nie. Procedury zawarte obecnie w traktatach są nieadekwatne. Konieczna jest zmiana traktatów, tym bardziej że Trybunał Sprawiedliwości w istocie otrzymuje nową kompetencję oceny prawa pierwotnego w ramach procedury zaangażowania go w danej sprawie.

Chciałabym zwrócić uwagę na dwie wątpliwości związane z prawami jednostek, które chciałyby złożyć skargę przeciwko Unii po przystąpieniu

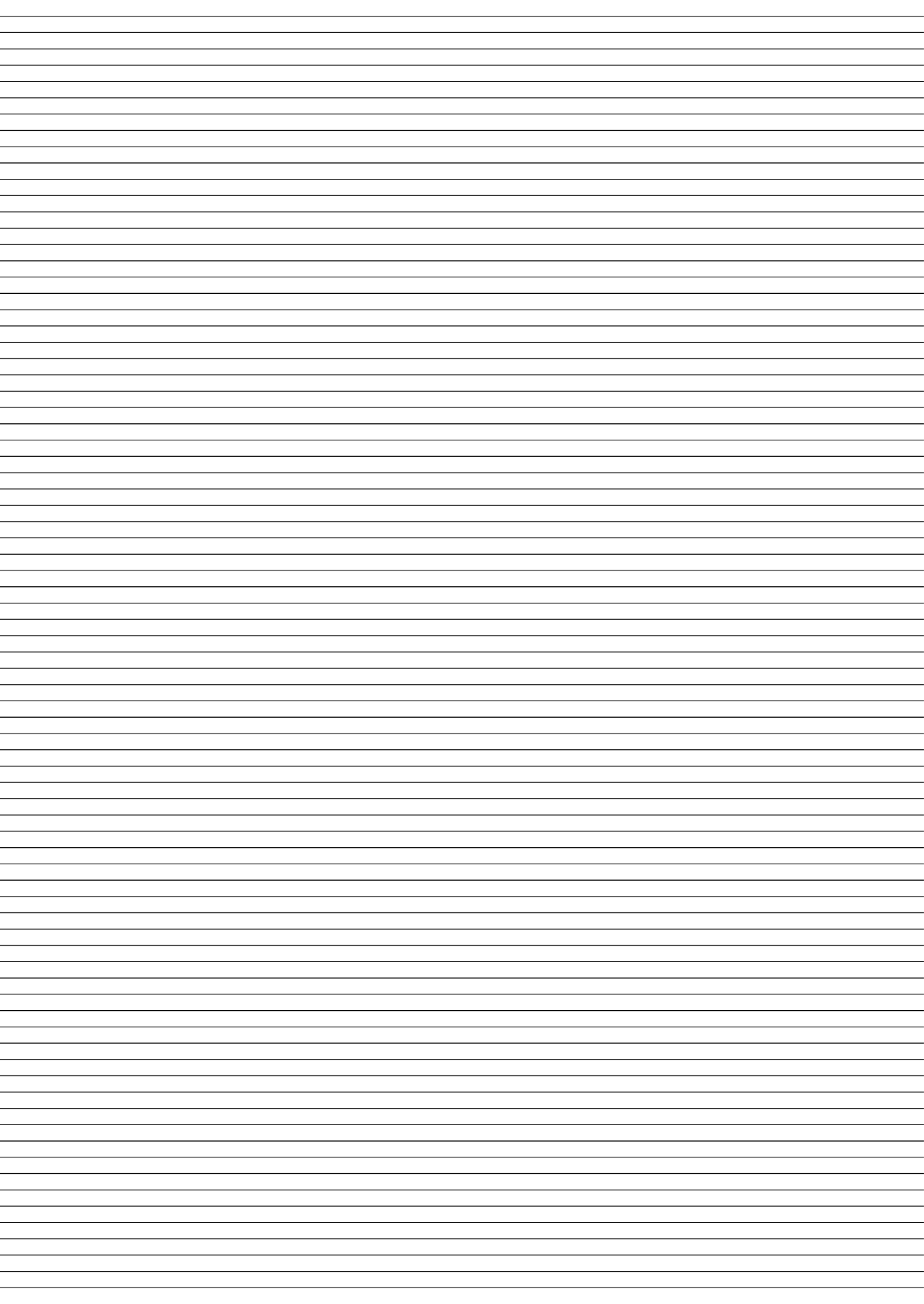
Unii do Konwencji. Po pierwsze jednostki te nie mają żadnej możliwości realnego wpływu na procedurę przypozwania. Ani skarżący nie może zdecydować, że przypozwany ma przystąpić do sprawy, ani nie może się temu sprzeciwić. Przypozwanie ma oczywiście znaczenie dla jednostek, bo jeżeli Unia bądź państwa przystępują jako przypozwany, to wtedy jednostka jest skonfrontowana z dwoma bardzo silnymi przeciwnikami procesowymi. W sytuacji zaś, gdy nie następuje przystąpienie, a powinno, to istnieje ryzyko, że skarga zostanie uznana za niedopuszczalną jako skierowana przeciwko niewłaściwemu podmiotowi.

Druga wątpliwość dotyczy tego, co będzie uznawane za wyczerpanie drogi wewnętrznej w odniesieniu do Unii Europejskiej, wymagane art. 35 Konwencji. W odniesieniu do systemu unijnego będzie ono oznaczało skierowanie sprawy do Trybunału Sprawiedliwości, ale trzeba zauważyć jak bardzo jest ograniczona legitymacja skargowa jednostek w postępowaniu przed Trybunałem. Traktat z Lizbony niewiele zmienił w tym zakresie. W związku z tym nadal powinno być tak, że Trybunał Praw Człowieka winien mieć możliwość oceny, czy w danej sprawie przysługiwała skarga i czy droga wewnętrzna w ramach skargi została wyczerpana.

Na koniec krótko odniosę się do zastosowania tzw. domniemania z orzeczenia *Bosphorus* po przystąpieniu UE do Konwencji. Uważam, że nie powinno być stosowane po przystąpieniu Unii do Konwencji. Zapraszam Państwa do dyskusji na ten temat.

Podsumowując, przystąpienie Unii do Konwencji jest krokiem niezwykle ważnym z punktu widzenia systemu unijnego. Widać jednak, że w ramach negocjacji akcesyjnych główny nacisk położono na kwestię autonomii systemu unijnego, pomijając kwestie interesów podmiotów prywatnych, które będą musiały z tego systemu korzystać i dla których ten system jest stworzony. On nie powinien być tworzony dla Unii czy państw członkowskich, tylko właśnie dla jednostek. Tej perspektywy, w moim przekonaniu, zabrakło. W związku z tym nie powinno jej zabraknąć w interpretacji traktatu akcesyjnego przez Trybunał Praw Człowieka, bo głównie przez ten trybunał będą nowe procedury interpretowane. Nie może jej także zabraknąć w regulacjach wewnętrznych Unii Europejskiej, które pojawią się teraz, aby wprowadzić procedurę w życie. Jeśli myślenia

o jednostkach zabraknie, to Unia Europejska dokona przystąpienia do Konwencji jedynie symbolicznego. Oczywiście jest ono ważne, ale niewystarczające, biorąc pod uwagę, że prawa podstawowe są główną wartością Unii. Dziękuję bardzo.



WYKORZYSTANIE KONWENCJI
o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych
Wolności i orzecznictwa Europejskiego
Trybunału Praw Człowieka w sferze
ustawodawczej oraz w postępowaniu
przed Trybunałem Konstytucyjnym

MIROŚLAW WRÓBLEWSKI

Dyrektor Zespołu Prawa Konstytucyjnego i Międzynarodowego
w Biurze Rzecznika Praw Obywatelskich, członek zarządu
Agencji Praw Podstawowych UE, radca prawny

Art. 208 Konstytucji RP stanowi, że Rzecznik Praw Obywatelskich stoi na straży wolności i praw człowieka i obywatela określonych w Konstytucji oraz w innych aktach normatywnych. Wskazany przepis konstytucyjny stawia przed polskim ombudsmanem niełatwe zadanie ochrony praw obywatelskich zapisanych we wszystkich możliwych aktach normatywnych mających znaczenie dla ochrony praw jednostki na obszarze Rzeczypospolitej. Biorąc pod uwagę Kelsenowską definicję normy, która przybiera formę zdania powinnościowego – rozkazu albo zakazu – oznaczającego, że coś powinno lub nie powinno się zdarzyć, należy stwierdzić, że Rzecznik stoi przede wszystkim na straży praw, które pozwalają jednostce żądać pewnych zachowań od organów władzy publicznej bądź powstrzymania się tychże organów od działania w sferze wolności indywidualnej.

Ochroną ombudsmana Rzeczypospolitej Polskiej objęte są prawa zapisane w aktach normatywnych. Zgodnie z art. 87 Konstytucji RP należy zatem mieć na względzie ustawę zasadniczą, ustawy zwykłe, rozporządzenia, akty prawa miejscowego (na obszarze działania organów, które je ustanowiły) oraz, *last but not least*, interesujące nas w tym miejscu szczególnie ratyfikowane umowy międzynarodowe. Wśród tych ostatnich w ostatnim 20-leciu szczególne znaczenie w Polsce zyskała Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1950 r. (dalej: Konwencja). Pomimo że Konwencja znalazła się, w rozumieniu art. 208 Konstytucji RP, za ledwie w zakresie pojęcia „innych aktów normatywnych”, towarzysząc prawom człowieka zawartym w rozdziale II Konstytucji, w praktyce jest ona wraz z jurysprudencją strasburskiego Trybunału – obok postanowień konstytucyjnych – zasadniczym źródłem praw i wolności człowieka i obywatela we współczesnym demokratycznym polskim państwie prawa.

Dla dopełnienia obrazu dodać należy, że oprócz wiążących prawnie przepisów prawa międzynarodowego ochroną prawną Rzecznika powinny być objęte, a dzieje się tak w praktyce, także prawa wynikające z wypowiedzi normatywnych, tzw. *soft law*, które nie posiadają ściśle prawnie obligującego państwo charakteru, lecz zawierają sformułowanie standardów praw człowieka. Standardy te wynikają także z różnego rodzaju zaleceń, wytycznych i rekomendacji międzynarodowych organizacji ochrony praw człowieka. Normatywność wypowiedzi zawartych w tych dokumentach nie stanowi prawnie wiążącego związania ich treścią, lecz normatywność o miękkim charakterze, programowym bądź kierunkowym¹. Zatem także ochrona Rzecznika w tym zakresie powinna uwzględniać aspekt miękkości normatywnej zawartości takich dokumentów, które nie stanowią przecież ściśle aktów normatywnych. Niemniej w dobie powszechnego posługiwania się tego typu wypowiedziami przez międzynarodowe organizacje praw człowieka ich zlekceważenie nie

1 Zob. analizę takich aktów w systemie prawa Unii Europejskiej: L. Senden, *Soft Post-Legislative Rulemaking: A Time for More Stringent Control*, „European Law Journal”, Vol. 19, No. 1, January 2013, s. 57–75.

wchodzi w rachubę. W interesującym nas zakresie chodzi o wypowiedzi organów Rady Europy, w szczególności Komitetu Ministrów i Zgromadzenia Parlamentarnego. Jedynie tytułem przykładu można wspomnieć o standardach dotyczących prawa wyborczego, rzetelności postępowania lustracyjnego czy procedurach uzgodnienia płci metrykalnej, które były powoływane przez Rzecznika Praw Obywatelskich jako pożądaną wzorzec kształtowania polskich regulacji prawnych. Trudniej, w mojej ocenie, do konstytucyjnego pojęcia „innych aktów normatywnych” zakwalifikować rekomendacje zawarte w wystąpieniach Komisarza Praw Człowieka Rady Europy. Można jednak zauważyć, że w praktyce Rzecznik Praw Obywatelskich przedkłada polskim władzom uwagi europejskiego komisarza, które są pomocne w dekodowaniu standardów prawnych zawartych w Konwencji².

Zgodnie z ustawą z dnia 15 lipca 1987 r. o Rzeczniku Praw Obywatelskich³ polski ombudsman nie jest organem, który poprzestaje w swoich działaniach ochronnych na wydawaniu zaleceń/rekomendacji dotyczących przestrzegania praw człowieka. Wydaje się, że arsenał, czy też mówiąc bardziej pacyfistycznie zestaw prawnych środków działania, w które został wyposażony przez ustawodawcę, sytuuje go w gronie najlepiej predestynowanych do wypełniania swojej funkcji w Europie. Porównanie to dotyczy zarówno grona ombudsmanów sięgających swą historią, z uwagi na szwedzkiego protoplastę, 200 lat wstecz, grupy krajowych instytucji ochrony praw człowieka (*National Human Rights Institutions*), jak i unijnych niezależnych organów do spraw równego traktowania (*equality bodies*). Polski Rzecznik skupia bowiem w jednej instytucji te różnorodne funkcje, które w wielu krajach europejskich wykonywane są

2 Zob. np. wspomniane wyżej wystąpienie RPO do Ministra Sprawiedliwości z dnia 1 sierpnia 2010 r. w sprawie potrzeby przyjęcia kompleksowej ustawy regulującej kwestię korekty płci metrykalnej (RPO-660929-1).

3 DzU z 2001 r. Nr 14 poz. 147 ze zm.

przez odrębne publiczne organy⁴. Warto zresztą zauważyć rosnące znaczenie tego typu instytucji dla implementacji strasburskich standardów, podkreślane przez Radę Europy. Świadczą o tym chociażby Deklaracja z Brighton⁵ czy wypowiedzi Komisarza Praw Człowieka Rady Europy, ostatnio np. przemówienie Nilsa Muiżnieksa w Wiedniu 7 października 2013 r. na spotkaniu krajowych instytucji ochrony praw człowieka, ombudsmanów i *equity bodies*⁶.

Zgodnie z art. 46 Konwencji strony zobowiązują się do przestrzegania ostatecznego wyroku Trybunału we wszystkich sprawach, w których są stronami. Oznacza to, że obowiązek wykonania ostatecznego wyroku ciąży na państwie pozwany, które powinno podjąć wszystkie niezbędne działania dla implementacji każdego wyroku⁷. Implementacja konkretnego wyroku następuje przy tym w ramach bardziej ogólnego zobowiązania państw-stron Konwencji, by poziom przestrzegania praw podstawowych odpowiadał co najmniej minimalnemu standardowi konwencyjnemu. Na państwie ciąży zatem nie tylko obowiązek wykonania danego orzeczenia, lecz także podejmowanie działań polegających na systemowym wdrażaniu określonych przez Trybunał standardów oraz rzetelne i efektywne

4 Dodać należy, że RPO od 2008 r. wykonuje także funkcję Krajowego Mechanizmu Prewencji w rozumieniu Protokołu OPCAT. Zob. więcej: S. Trociuk, *Rzecznik Praw Obywatelskich jako Krajowy Mechanizm Prewencji*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, Kraków 2012, t. 1, s. 595–602.

5 *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. Brighton Declaration*, 19–20 kwietnia 2012 r.; <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=BrightonDeclaration&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383> (dostęp z: 09.03.2014).

6 *Safeguarding Human Rights under Austerity. Introductory Address by Nils Muiżnieks, Council of Europe Commissioner for Human Rights at the conference*, „Strengthening fundamental rights protection together in a changing human rights landscape” (Vienna, 7–8 October 2013); <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2107531> (dostęp z: 09.03.2014).

7 L. Garlicki, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do art. 19–59*, t. II, Warszawa 2011, s. 353.

implementowanie jurysprudencji Strasburga⁸. Zobowiązanie to wynika dodatkowo z art. 26 wiedeńskiej Konwencji o prawie traktatów, który nakazuje państwom-stronom wykonywanie swoich zobowiązań traktatowych „w dobrej wierze”. To szersze zobowiązanie implementowania standardów orzeczniczych dotyczy nie tylko wdrażania wyroków skierowanych przeciwko danemu państwu. Zobowiązane jest każde inne państwo-strona Konwencji w sytuacji, gdy podobne naruszenia praw człowieka można zidentyfikować, choć Trybunał nie stwierdził jeszcze naruszenia, lecz istnieje stan prawny bądź praktyka, które w świetle orzecznictwa Strasburga względem państw trzecich należałoby konwencyjnie zdyskwalifikować. W tym zakresie działania podejmowane przez Rzecznika określane są w literaturze jako pionierskie w Polsce⁹.

Skoro obowiązek implementacji Konwencji i wyroków Trybunału dotyczy państwa, oznacza to, że dotyczy on wszystkich organów władzy publicznej, które są jego emanacją. Przy czym pod pojęciem „emanacji państwa” rozumiem koncepcję przyjętą przez adwokata generalnego UE C.O. Lenza w sprawie C-247/89, w której stwierdził on, że „jeżeli formalnie niezależna władza zależy od władz publicznych w kontekście personalnym, przedmiotowym lub finansowym, może być uważana za państwo w rozumieniu odpowiednich przepisów”¹⁰. Emanacją państwa, w takim rozumieniu, jest także niezależna instytucja ombudsmana – w przypadku Polski wybieranego przez parlament i w pełni finansowanego z budżetu państwa (przyjmowanego przez władzę ustawodawczą w formie ustawy budżetowej).

8 Szeroko nt. wykonywania wyroków ETPC przez Polskę: I.C. Kamiński, R. Kownacki, K. Wierczyńska, *Wykonywanie orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w polskim systemie prawnym*, [w:] *Zapewnienie efektywności orzeczeń sądów międzynarodowych w polskim porządku prawnym*, pod red. A. Wróbla, Warszawa 2011, s. 89–228; także J. Jaskiernia, *Wpływ orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na ustawodawstwo w państwach członkowskich Rady Europy ze szczególnym uwzględnieniem Polski*, [w:] *ibidem*, s. 291–360.

9 A. Bodnar, *Instytucjonalne aspekty wykonywania wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sferze stanowienia prawa*, [w:] *Zapewnienie efektywności...*, op. cit., s. 286.

10 Szerzej zob. N. Półtorak, *Pojęcie wykładni państwa w prawie Wspólnot Europejskich (zarys problemu)*, [w:] „Studia z prawa Unii Europejskiej w piątą rocznicę utworzenia Katedry Prawa Europejskiego Uniwersytetu Jagiellońskiego”, Kraków 2000, s. 93–108.

Kontynuując, czy zatem także z art. 46 Konwencji, a nie tylko z Konstytucji, można wywodzić zobowiązanie Rzecznika do ochrony praw jednostki zawartych w aktach prawa międzynarodowego? Wydaje się, że tak. Z uwagi na pozycję ustrojową jest to rola subsydiarna, jednak nie do przecenienia w warunkach, gdy organy państwa wypełniają swe zadania w sposób niewystarczający. Rola Rzecznika w implementacji Konwencji i strasburskiego orzecznictwa określona jest także w art. 1 ust. 3 ustawy o RPO, który stanowi, że „w sprawach o ochronę wolności i praw człowieka i obywatela Rzecznik bada, czy wskutek działania lub zaniechania organów, organizacji i instytucji, obowiązanych do przestrzegania i realizacji tych wolności i praw, nie nastąpiło naruszenie prawa, a także zasad współżycia i sprawiedliwości społecznej”. W praktyce obowiązek badania przez Rzecznika zaniechań w implementacji standardów i wyroków przez organy władzy publicznej ma znaczenie najistotniejsze.

Podejmowane przez Rzecznika sprawy związane z wykonywaniem wyroków ETPC mają bardzo szeroki zakres. Trudno byłoby w tym miejscu w krótkim czasie wymienić je wszystkie. Można jedynie wskazać istotne sprawy, które wymagają podjęcia systemowych działań implementacyjnych lub ich kontynuowania, bądź też wreszcie zakończenia działań trwających od dłuższego czasu: przewlekłość i długotrwałość tymczasowego aresztowania, prawo do rzetelnego procesu w rozsądnym terminie, prawo do obrony, prawo do bezpłatnej pomocy prawnej, przeludnienie w zakładach karnych i złe warunki osadzenia, w tym jakość pomocy medycznej w jednostkach penitencjarnych, prawa pacjenta, zgromadzenia publiczne, nauka etyki w polskich szkołach, prawo do własności w kontekście wykonywania polowań. W większości tych spraw chodzi o powtarzalne problemy naruszeń praw człowieka w Polsce.

Pomimo tego, że w ostatnich latach można zaobserwować poprawę w realizacji wyroków Trybunału, a co za tym idzie poprawę pozycji Polski

na niechlubnej liście stwierdzonych naruszeń praw człowieka¹¹, powyższa niezamknięta bynajmniej lista zawiera nadal wiele pozycji, które znajdują się na niej od wielu lat. Sprawy te stanowiły i stanowią przedmiot wystąpień generalnych kierowanych przez Rzecznika Praw Obywatelskich przede wszystkim na podstawie art. 16 ustawy o RPO.

Zgodnie z art. 16 ust. 2 pkt 1 Rzecznik może występować do właściwych organów z wnioskami o podjęcie inicjatywy ustawodawczej bądź o wydanie lub zmianę innych aktów prawnych w sprawach dotyczących wolności i praw człowieka i obywatela. To uprawnienie jest wykorzystywane wówczas, gdy dla implementacji standardu strasburskiego potrzebne są zmiany w prawie, przyjęcie bądź usunięcie pewnego przepisu lub aktu prawnego. Jako przykład przyjęcia przepisów rekomendowanych przez RPO można podać przepisy przyjęte po wyroku ETPC w sprawie *Alicja Tysiąc przeciwko Polsce*, wprowadzające prawo pacjenta do wniesienia sprzeciwu wobec opinii lub orzeczenia lekarza w rozdziale 8 ustawy z dnia 6 listopada 2008 r. o prawach pacjenta i Rzeczniku Praw Pacjenta¹².

Rzecznik, działając na podstawie art. 16 ust. 1 ustawy o RPO, „w związku z rozpatrywanymi sprawami może przedstawiać właściwym organom, organizacjom i instytucjom oceny i wnioski zmierzające do zapewnienia skutecznej ochrony wolności i praw człowieka i obywatela i usprawnienia trybu załatwiania ich spraw”. Wystąpienie, kierowane na tej podstawie, wyraża zalecenia nie o charakterze legislacyjnym, lecz odnoszące się do zmiany praktyki stosowania przepisów bądź działania organów publicznych, administracji etc. W sytuacji, gdy Europejski Trybunał stwierdził,

11 Notatka informacyjna nt. stanu wykonywania wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 23 stycznia 2013 r. sporządzona przez Pełnomocnika Ministra Spraw Zagranicznych ds. postępowań przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka; <http://www.msz.gov.pl/resource/6fbd6594-9a67-4c8a-b170-4a830d466b61:JCR> (dostęp z: 09.03.2014). Zob. także stronę internetową Departamentu Wykonywania Wyroków ETPC: http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/default_EN.asp?

12 Szerzej o działaniach RPO na rzecz wykonania wyroku ETPC w sprawie *Tysiąc przeciwko Polsce* zob. M. Wróblewski, *Zapewnianie efektywności oddziaływania standardów Rady Europy na system prawny i praktykę w obszarze praworządności i praw człowieka – uwagi z perspektywy działalności polskiego ombudsmana*, [w:] *Rada Europy a przemiany demokratyczne w państwach Europy Środkowej i Wschodniej w latach 1989–2009*, pod red. J. Jaskierni, Toruń 2010, s. 66–70.

krótko mówiąc, że przepisy regulujące nauczanie etyki w polskich szkołach są zasadniczo poprawne, zaś ogromne zastrzeżenia budzi praktyka, w tym sposób organizacji lekcji etyki, Rzecznik od 2010 r. oczekuje od Ministra Edukacji Narodowej podjęcia zdecydowanych działań na rzecz implementowania wyroku w sprawie *Grzelak przeciwko Polsce*¹³.

Na podstawie tych samych przepisów Rzecznik kieruje wystąpienie generalne, gdy w grę wchodzi konieczność implementacji standardu strasburskiego określonego w wyroku przeciwko państwu trzeciemu, tak np. wystąpienia dotyczące sprawy *Alajos Kiss przeciwko Węgrom* w sprawie praw wyborczych osób ubezwłasnowolnionych czy w sprawach wyroków w sprawach *Chassagnou i inni przeciwko Francji*, *Schneider przeciwko Luksemburgowi*, *Hermann przeciwko Niemcom* dotyczących ingerencji w prawo własności nieruchomości. Szczególnie w sytuacji wyroków wydanych przeciwko innym państwom-stronom Konwencji Rzecznik pełni, w mojej opinii, funkcję mechanizmu wczesnego ostrzegania (*early warning mechanism*) przed naruszeniami praw człowieka w Polsce.

Jak już wspomniano, nieuwzględnienie środka perswazyjnego, jakim jest wystąpienie generalne Rzecznika, zazwyczaj nie kończy sprawy. Rekomendacja Rzecznika nie pozostaje w próżni najczęściej z uwagi na zainteresowanie opinii publicznej, mediów, organizacji społecznych, często wspierających postulaty zbiorowo – w formie koalicji, na seminariach, konferencjach czy innych forach naukowych. Nie do przecenienia jest działalność Pełnomocnika Ministra Spraw Zagranicznych ds. postępowań przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka, koordynującego prace powołanego zarządzeniem Prezesa Rady Ministrów Zespołu ds. Europejskiego Trybunału Praw Człowieka¹⁴. W sytuacji jednak, gdy organy władzy publicznej nie uwzględniają zaleceń Rzecznika, pozostają na nie

13 W sprawie wykonania wyroku w sprawie *Grzelak przeciwko Polsce* Rzecznik Praw Obywatelskich kilkakrotnie występował do Ministra Edukacji Narodowej oraz w lipcu 2013 r. do Prezesa Rady Ministrów (RPO-6017272-1). RPO zainicjował też w 2013 r. wraz z Pełnomocnikiem MSZ ds. Postępowań przed ETPC spotkania międzyresortowego Zespołu ds. ETPC w sprawie wykonania tego wyroku.

14 Zarządzenie nr 73 Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lipca 2007 r. w sprawie utworzenia Zespołu ds. Europejskiego Trybunału Praw Człowieka ze zm.

obojętne lub uważają je za nieuzasadnione, Rzecznik, działając na podstawie Konstytucji i przepisów ustawowych, może skorzystać z procesowych środków działania i skierować środki zaskarżenia, pytania prawne do Sądu Najwyższego oraz Naczelnego Sądu Administracyjnego, przystąpić do skarg konstytucyjnych czy wreszcie – wnieść samodzielne wnioski do Trybunału Konstytucyjnego.

Kontrola Trybunału Konstytucyjnego nie jest ścisłą kontrolą konstytucyjności, tj. kontrolą zgodności zaskarżanych przepisów wyłącznie z normami Konstytucji. Tak jak w klasycznym Kelsenowskim modelu, jest to kontrola hierarchicznej zgodności norm¹⁵. Zgodnie z art. 188 Konstytucji TK orzeka także w sprawach zgodności ustaw z ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi, których ratyfikacja wymagała uprzedniej zgody wyrażonej w ustawie oraz zgodności przepisów prawa wydawanych przez centralne organy państwowe z Konstytucją, ratyfikowanymi umowami międzynarodowymi i ustawami. Z uwagi na rangę Konwencji, obecnej w polskim porządku prawnym od 20 lat, można powiedzieć, że Trybunał Konstytucyjny sprawuje obok kontroli konstytucyjności także regularną kontrolę konwencyjności przepisów prawnych.

Warto zapytać, jaką rolę w zakresie tej kontroli konwencyjności odgrywa Rzecznik Praw Obywatelskich. W roku 2010 Rzecznik skierował do Trybunału Konstytucyjnego trzy wnioski o kontrolę zgodności zaskarżonych przepisów z Europejską Konwencją Praw Człowieka lub Protokołami dodatkowymi do EKPC¹⁶, w 2011 r. – siedem, w 2012 r. – trzy, zaś w 2013 r. – 10. Liczba wniosków kierowanych przez RPO do TK, w których powoływane są wzorce konwencyjne, stale więc rośnie. Średnio Konwencja jest powoływana jako wzorzec kontroli w postępowaniu przed TK w około 30 procentach wniosków, co ciekawe w 2013 r. – mniej więcej w połowie wniosków.

W liczbach bezwzględnych na pierwszy rzut oka mogłoby się wydawać, że nie jest to wielka ilość. Warto zatem poddać analizie zasadnicze

15 P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Zakamycze 2003.

16 Źródło: analiza własna na podstawie Systemu Wystąpień Generalnych RPO (www.rpo.gov.pl).

przyczyny i okoliczności powoływania przez Rzecznika Konwencji jako wzorca kontroli. Trzeba jednak w tym miejscu podkreślić, że w przeważającej części wszystkich wniosków kierowanych przez RPO do sądów i trybunałów, tam gdzie oczywiście jest to uzasadnione ze względów merytorycznych, Konwencja i orzecznictwo ETPC są powoływane bardzo często w uzasadnieniu, w warstwie argumentacyjnej.

Konwencja ustanawia wobec państw standard minimalny ochrony praw człowieka. Zadaniem Rzecznika jest więc analiza i wskazanie wyłącznie wzorca konstytucyjnego, w sytuacji gdy określa on w świetle orzecznictwa TK wyższy standard ochronny praw jednostki. Czasem także przepisy konstytucyjne (np. dotyczące ochrony danych osobowych – art. 51 Konstytucji RP) są bardziej szczegółowe niż postanowienia Konwencji. W niektórych przypadkach trudno także odnaleźć w postanowieniach lub judykaturze nowość normatywną, która wyznaczałaby wyższy standard ochrony niż określony w polskiej Konstytucji. Wówczas, ze względów ekonomii procesowej, Rzecznik powołuje wyłącznie wzorzec Konstytucji, posiłkując się jednak Konwencją i orzecznictwem strasburskim w uzasadnieniu. Właściwe sformułowanie warstwy argumentacyjnej, wykorzystującej strasburski dorobek orzeczniczy, ma niezwykle ważne znaczenie dla odpowiedniej rekonstrukcji wzorca konstytucyjnego przez polski Trybunał.

Nie można także pominąć pewnych decyzji Trybunału Konstytucyjnego, które sygnalizują, że Konwencja i strasburskie orzecznictwo powinny być wykorzystywane adekwatnie, to znaczy w tych sytuacjach procesowych, kiedy jest to rzeczywiście konieczne. Orzecznictwo to może skłaniać do powściągliwego i wstrzemięźliwego wykorzystywania Konwencji jako wzorca kontroli w postępowaniu przed TK. Wskazać należy, że wnioskiem złożonym 23 listopada 2012 r. Rzecznik wystąpił do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności art. 212 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. kodeks karny (DzU Nr 88 poz. 553 ze zm.; dalej: k.k.) w zakresie zawierającym wyrażenie „albo pozbawienia wolności do roku” z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji oraz z art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. 11 czerwca 2013 r. Trybunał postanowieniem umorzył postępowanie z uwagi na niedopuszczalność wydania wyroku (sygn. akt K 50/12). Przepis ten poddany został wcześniej kontroli

konstytucyjnej przez TK w wyroku o sygn. akt P 10/06, jednak w opinii Rzecznika nowe orzecznictwo strasburskie zapadło już po dacie wyroku TK (m.in. wyrok z 2007 r. w sprawie *Kwiecień przeciwko Polsce*, z 2009 r. *Długołęcki przeciwko Polsce*) przesądziło o tym, że dla tego rodzaju przestępstw kara pozbawienia wolności powinna być uznana za naruszającą Konwencję. Jednak w ocenie Trybunału, zawartej w czerwcowym postanowieniu, „choć w wyroku o sygn. P 10/06 w sentencji jako wzorzec kontroli nie pojawił się art. 10 Konwencji, to z uzasadnienia tego orzeczenia jednoznacznie wynika, że w tamtej sprawie kontrola art. 212 § 2 k.k. została dokonana między innymi przez pryzmat art. 54 ust. 1 Konstytucji postrzeganego w związku z art. 10 Konwencji”. Zdaniem TK „z przywołanych powyżej wypowiedzi wynika jednoznacznie, że ustalając znaczenie art. 54 ust. 1 Konstytucji, Trybunał Konstytucyjny uwzględnił także stanowisko ETPC dotyczące znaczenia gwarancji wynikającej z tego przepisu”. Trybunał uznał, że „istota zarzutu sformułowanego przez RPO nie zawiera istotnej «nowości», która nie byłaby przedmiotem kontroli konstytucyjnej w tamtej sprawie” i umorzył postępowanie z uwagi na zasadę *ne bis in idem*.

Niekiedy wreszcie Trybunał pomija milczeniem wyroki ETPC powoływane w uzasadnieniu wniosku RPO bądź przedstawiane na rozprawie przez przedstawiciela Rzecznika. Pomimo stwierdzenia w wyroku z 9 listopada 2010 r. niezgodności art. 755 § 2 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. kodeks postępowania cywilnego (DzU Nr 43 poz. 296 ze zm.) z art. 14 oraz art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji przez to, że nie określa ram czasowych na zabezpieczenie polegające na zakazie publikacji w sprawach przeciwko środkom społecznego przekazu o ochronę dóbr osobistych (sygn. akt K 13/07), Trybunał nie zdyskwalifikował tego przepisu całkowicie, choć w opinii Rzecznika, opierającego swą argumentację na bogatym orzecznictwie Strasburga, mógłby to uczynić. Konstatacja ta nie stanowi polemiki z treścią orzeczenia TK, lecz spostrzeżenie, że pominięcie w uzasadnieniu wyroku orzecznictwa europejskiego wskazywanego przez wnioskodawcę utrudnia ocenę, czy było ono powołane relewantnie i czy standard strasburski jest w istocie przez Polskę zaimplementowany. Powyższe uwagi w niczym jednak nie umniejszają faktu, że Trybunał Konstytucyjny w Polsce był i jest ostatecznym i niezwykle

na szczeblu krajowym. O takiej tendencji można mówić w kontekście Organizacji Narodów Zjednoczonych w związku z Protokołem OPCAT, wymagającym od państwa ustanowienia niezależnego Krajowego Mechanizmu Prewencji, czy w związku z Konwencją o Prawach Osób z Niepełnosprawnościami z 2006 r., której art. 33 ust. 2 wymaga ustanowienia niezależnego mechanizmu monitorującego wdrażanie jej postanowień. Także Unia Europejska docenia, ale i obciąża, te instytucje, wymagając od państwa wprowadzania niezależnych organów ds. równego traktowania w związku z implementacją dyrektyw równościowych¹⁸, a ostatnio w związku z projektem dyrektywy ułatwiającej migrowanie pracowników.

Fakt, że krajowe organy praw człowieka mogą we współpracy z wymiarem sprawiedliwości, sądami i trybunałami, pełnić rolę mechanizmu wczesnego ostrzegania, wykrywając i rozwiązując problemy ochrony praw podstawowych, zanim zostaną one ujawnione na poziomie ponadpaństwowym, stanowi o przydatności tych instytucji zarówno dla obywateli, jak i organów państwa – jeśli te traktują ich stanowisko z wystarczającą powagą i zapewniają im odpowiednie środki i warunki do skutecznego działania.

Dobrym przykładem takich działań może być wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 23 kwietnia 2008 r. (sygn. akt SK 16/07), w którym TK przyjął w pełni stanowisko RPO zaprezentowane w postępowaniu wszczętym skargą konstytucyjną dr Zofii Szychowskiej. Trybunał stwierdził w tej sprawie niezgodność przepisu art. 52 ust. 2 kodeksu etyki lekarskiej w związku z art. 15 pkt 1, art. 41 i art. 42 ust. 1 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. o izbach lekarskich w zakresie, w jakim zakazuje zgodnych z prawdą i uzasadnionych ochroną interesu publicznego wypowiedzi publicznych na temat działalności zawodowej innego lekarza, z art. 54 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 i art. 17 ust. 1 Konstytucji. Trybunał uznał argumenty przedstawione przez RPO oparte w szczególności na wyrokach ETPC w sprawach *Stambuk przeciwko Niemcom* oraz *Barthold przeciwko Niemcom*. Co ciekawe,

18 Zob. więcej: *Informacja o działalności Rzecznika Praw Obywatelskich w obszarze równego traktowania oraz o przestrzeganiu zasady równego traktowania w Rzeczypospolitej Polskiej w roku 2012*, „Biuletyn RPO 2013. Źródła”, Warszawa 2013.

17 grudnia tego samego roku Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku w sprawie *Frankowicz przeciwko Polsce* stwierdził, w analogicznym problemie prawnym i podobnej sytuacji faktycznej, naruszenie art. 10 Konwencji – przepisu, mówiąc w dużym uproszczeniu, będącego odpowiednikiem art. 54 polskiej Konstytucji. W uzasadnieniu trybunał strasburski powołał się na decyzję zapadłą w Warszawie przy al. Szucha¹⁹.

Rola takiej instytucji, jak Rzecznik Praw Obywatelskich, wykorzystującej Konwencję i orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w swej aktywności sądowej i trybunalskiej, pomimo swego subsydiarnego charakteru w systemie organów władzy publicznej jest niezaprzeczalna. Podstawowa wartość tego mechanizmu polega nie tylko na naprawianiu istniejących już błędów, zaniechań i błędów systemowych, lecz także na wczesnym wykrywaniu problemów i ostrzeganiu przed nimi władzy wykonawczej, ustawodawczej i sądowniczej. Wreszcie należy zwrócić uwagę na istotną rolę ombudsmansmana w prawidłowym paralelnym funkcjonowaniu krajowego i międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka oraz ułatwianiu dialogu pomiędzy nimi. Wydaje się, że Polska nie jest już jedynie odbiorcą, lecz także producentem standardów ochrony praw człowieka w wielu obszarach, więc mogłoby się tak stać także w wymiarze instytucjonalnym. Być może kolejnej reformie traktowej w Unii Europejskiej mógłby patronować w obszarze ochrony praw podstawowych wzór relacji między Rzecznikiem Praw Obywatelskich a Trybunałem Konstytucyjnym. Przyznanie Europejskiemu Rzecznikowi Praw Obywatelskich kompetencji kierowania do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej skargi na nieważność aktów prawa stanowionego przez instytucje Unii w trybie art. 263 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w sytuacji gdy naruszają one prawa jednostki określone w unijnym prawie pierwotnym, mogłoby w znaczący sposób poprawić skuteczność ochrony praw podstawowych w państwach członkowskich UE. W dzisiejszym stanie prawnym skarga taka może być wniesiona do Trybunału jedynie przez

19 Oba wyroki porównuje i analizuje: A. Bień-Kacała, *Wolność słowa lekarza (art. 52 kodeksu etyki lekarskiej) w świetle wyroku TK z 23 kwietnia 2008 r. (SK 16/07) oraz wyroku ETPC z 16 grudnia 2008 r. (53025/99)*, [w:] *Rada Europy a przemiany...*, op. cit., s. 266–279.

państwo członkowskie, Parlament Europejski, Komisję Europejską lub Radę, podnoszących zarzut braku kompetencji, naruszenia istotnych wymogów proceduralnych, naruszenia traktatów lub jakiegokolwiek reguły prawnej związanej z ich stosowaniem lub nadużycia władzy²⁰.

W pierwszym rzędzie wzorcem kontroli dla europejskiego ombudsmana byłyby w takim przypadku prawa podstawowe zawarte w traktatach oraz w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, a także wynikające z tradycji konstytucyjnych wspólnych państwom członkowskim jako zasady ogólne prawa na mocy art. 6 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej w wersji nadanej przez traktat lizboński. Przede wszystkim jednak wzorcem kontroli w postępowaniu o stwierdzeniu nieważności aktów prawa wtórnego, które byłyby wszczynane przez Europejskiego Rzecznika Praw Obywatelskich, byłyby postanowienia Karty praw podstawowych UE, która na mocy art. 6 ust. 1 Traktatu o UE zyskała moc prawną równą traktatom. Nadanie europejskiemu RPO legitymacji procesowej w zakresie wnoszenia skarg na nieważność aktów prawa wtórnego do Trybunału Sprawiedliwości UE byłyby tym istotniejsza, że obecnie co prawda każda osoba fizyczna lub prawna może wnieść, na warunkach określonych w przepisie art. 263 TFUE, skargę na akty, których jest adresatem lub które dotyczą jej bezpośrednio i indywidualnie, oraz na akty regulacyjne, które dotyczą jej bezpośrednio i nie wymagają środków wykonawczych. Jak wynika już jednak z treści samego przepisu art. 263 TFUE, warunki i zakres przedmiotowy możliwych do zaskarżenia aktów jest stosunkowo wąski²¹. Co więcej, akty tworzące organy i jednostki organizacyjne Unii mogą przewidywać wymogi i warunki szczególne dotyczące skarg wniesionych przez osoby fizyczne lub prawne na akty tych organów lub jednostek organizacyjnych zmierzające do wywarcia skutków prawnych wobec tych osób. Zarówno więc w prawie, jak i w praktyce orzeczniczej

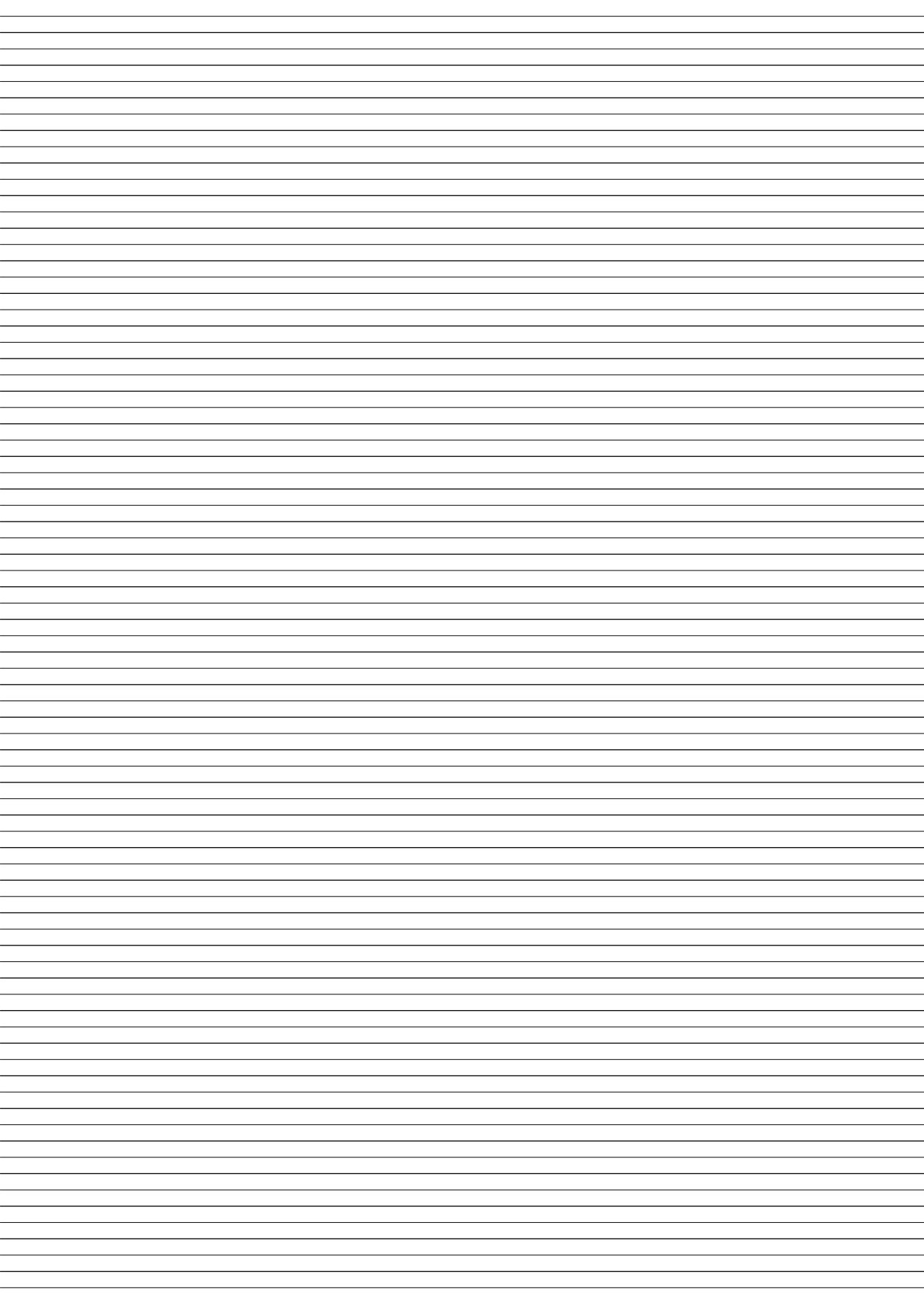
20 W zakresie ochrony ich kompetencji skargę mogą wnieść także Trybunał Obrachunkowy, Europejski Bank Centralny oraz Komitet Regionów. Dla niniejszej koncepcji uprawnienia te nie mają jednak znaczenia.

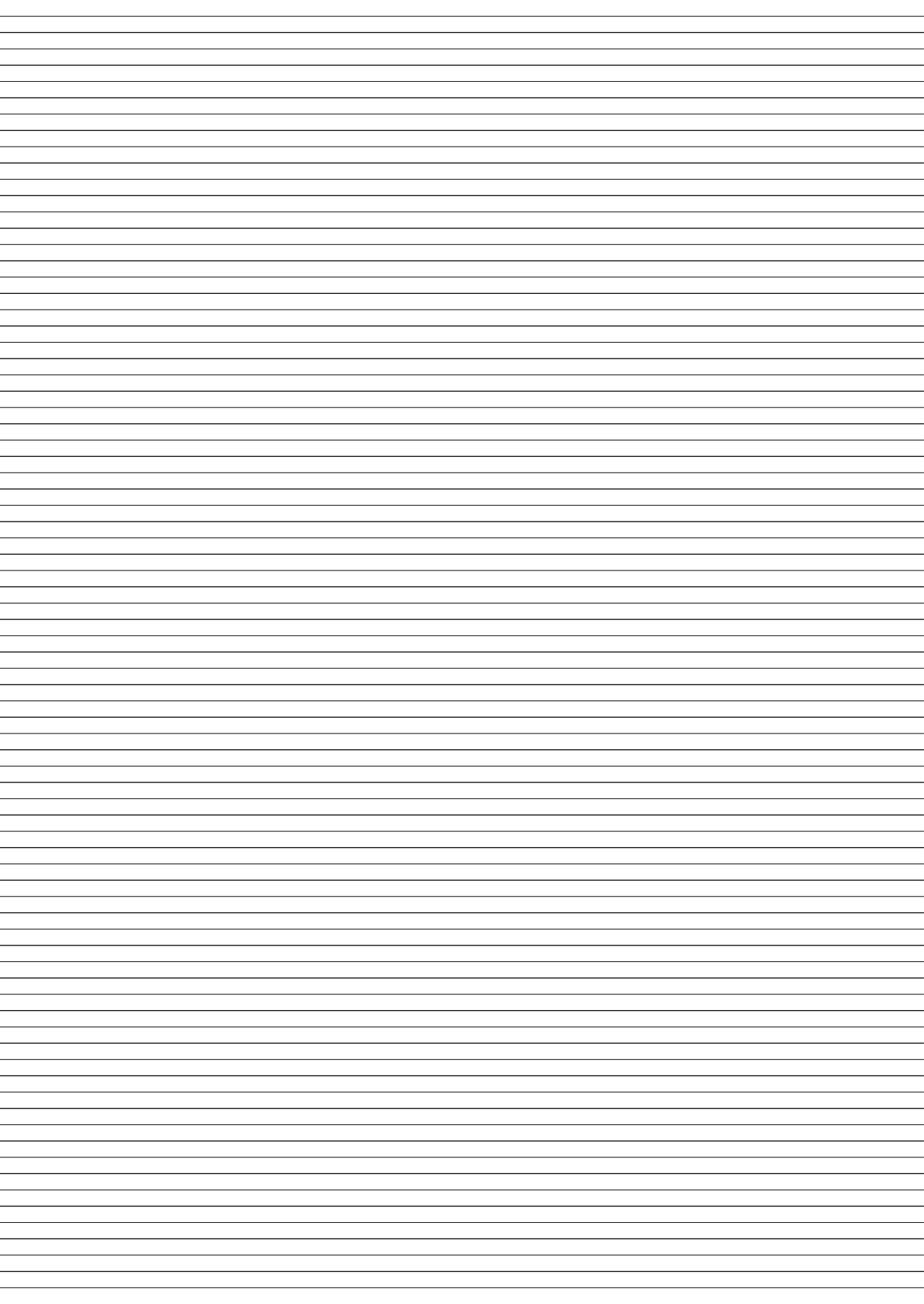
21 Traktat z Lizbony nie zmienił raczej tego podejścia, zob. S. Biernat, *Dostęp osób prywatnych do sądów unijnych po Traktacie z Lizbony (w świetle pierwszych orzeczeń)*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2014, nr I (100), s. 12–19.

prawo dostępu jednostek do kontroli sądowej ważności aktów prawnych stanowiących w Unii jest znacznie ograniczone²². Nie zmienia tego fakt, że na podstawie art. 267 TFUE Trybunał Sprawiedliwości UE może orzec w trybie prejudycjalnym o ważności aktów przyjętych przez instytucje, organy lub jednostki organizacyjne Unii na wniosek skierowany w pytaniu wstępnym przez sąd krajowy. Decyzja o skierowaniu bowiem takiego pytania do TS UE jest wyłączną kompetencją sądu, który może pomimo podnoszenia przez osobę prywatną konieczności wystąpienia z pytaniem zdecydować o rozstrzygnięciu kwestii samodzielnie bez zastosowania takiego środka. Jednostka więc nie dysponuje na poziomie krajowym żadnym środkiem prawnym, który mógłby „zmusić” sąd do zadania pytania o ważność aktu unijnego Trybunałowi Sprawiedliwości. Oczywistym jest, że niezależność organu ochrony praw człowieka również nie dałaby możliwości „zmuszenia” europejskiego ombudsmana do skierowania skargi w takiej sytuacji. Dla jednostki możliwość uruchomienia takiej kontroli przez organ pozasądowy byłaby jednak ważną alternatywą.

Wydaje się, że w tym wypadku przeniesienie polskiego wzoru krajowego na poziom ponadnarodowy mogłoby przysłużyć się wszystkim obywatelom Unii i zapewnić efektywniejszą ochronę praw jednostek. Dzięki zaś ochronnej działalności unijnego ombudsmana unijny porządek prawny zyskiwałby cechy porządku konstytucyjnego, który na skutek skarg niezależnego organu ochrony praw podstawowych eliminuje w drodze hierarchicznej kontroli akty prawne sprzeczne z normą wyższego rzędu naruszające prawa człowieka. Sama zaś Karta praw podstawowych mogłaby się stać w istotniejszym stopniu dokumentem zawierającym realnie chronione w drodze sądowej prawa jednostek.

22 K. Scheuring, *Komentarz do art. 263, [w:] Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. III, pod red. A. Wróbla, Warszawa 2012, s. 322.





ZAKAZ DYSKRYMINACJI w prawie Unii Europejskiej oraz Rady Europy

PROF. JUSTYNA MALISZEWSKA-NIENARTOWICZ

1. Wprowadzenie

W najbardziej ogólnym znaczeniu dyskryminacja oznacza odmienne traktowanie dwóch porównywalnych podmiotów lub sytuacji, w przypadku gdy nie ma do tego podstaw, bądź też traktowanie w identyczny sposób podmiotów lub sytuacji, które w rzeczywistości są różne, co wywołuje niekorzystne skutki, bowiem prowadzi do pozbawienia określonych praw lub nałożenia dodatkowych obowiązków²³.

Zakaz dyskryminacji jest często łączony z ogólną zasadą równości – ma to miejsce zwłaszcza w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Trybunału Sprawiedliwości UE. W doktrynie zauważa się jednak, że sam zakaz dyskryminacji ogranicza się do określonego wycinka ogólnej zasady równości – obejmuje on tylko niektóre stany faktyczne, które jej podlegają²⁴. Wyrażane jest również stanowisko, zgodnie z którym zasadę niedyskryminacji jest łatwiej urzeczywistnić w praktyce

23 J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej*, Toruń 2012, s. 69.

24 A. Wróbel, *Art. 18, [w:] Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. I pod red. A. Wróbla, Warszawa 2012, s. 357. Wyrażane jest też stanowisko, że unijne normy prawne utożsamiają „niedyskryminację” z „równością numeryczną” (czyli formalną). Por. I. Boruta, *Równość kobiet i mężczyzn w pracy w świetle prawa Wspólnoty Europejskiej. Implikacje dla Polski*, Łódź 1996, s. 30.

niz zasadę równości, która wiąże się z bardziej pozytywnymi zobowiązaniami²⁵. Oznaczałoby to, że ta druga dla swojej realizacji wymaga dalej idących działań. Takie poglądy uwzględniają, przynajmniej w pewnym stopniu, występowanie różnych koncepcji równości, a zwłaszcza tzw. równości materialnej. Wydaje się zatem, że należałoby rozgraniczać omawiane pojęcia. Zasada równości ma szerszy zakres i należy ją kojarzyć również z podejmowaniem pewnych pozytywnych działań. Natomiast zakaz dyskryminacji ze względu na określone kryterium zawiera w sobie, podobnie jak zasada niedyskryminacji, głównie aspekt negatywny²⁶.

Celem opracowania jest przedstawienie podobieństw i różnic występujących w regulacjach prawnych Rady Europy i Unii Europejskiej odnoszących się do zakazu dyskryminacji oraz wykazanie, że nie tylko uzupełniają się one, lecz także wzajemnie przenikają. W rezultacie w kolejnych punktach zostaną omówione takie kwestie, jak rozwój i regulacja zakazu dyskryminacji w obu porządkach prawnych, jego zakres podmiotowy i przedmiotowy, katalog niedozwolonych kryteriów przewidzianych w tzw. klauzulach niedyskryminacji oraz formy dyskryminacji zakazane w prawie Rady Europy oraz Unii Europejskiej.

2. Rozwój zakazu dyskryminacji i jego regulacja w systemie prawnym Rady Europy oraz Wspólnot Europejskich / Unii Europejskiej

2.1. Europejska Konwencja Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz pozostałe dokumenty prawne Rady Europy

Zakaz dyskryminacji pojawia się w wielu dokumentach prawnych Rady Europy. Klasyczna klauzula niedyskryminacji zawarta jest w art. 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej: EKPC lub Konwencja)²⁷, który przewiduje, że „korzystanie z praw

25 C. Barnard, *The Principle of Equality in the Community Context: P. Grant, Kalanke and Marschall: Four Uneasy Bedfellows*, Cambridge Law Journal 1998, t. 57, nr 2, s. 353.

26 J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia...*, op. cit., s. 27.

27 DzU z 1993 nr 61 poz. 284 ze zm.

i wolności wymienionych w niniejszej konwencji powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie bądź z jakichkolwiek innych przyczyn”. Klauzula ta ma charakter otwarty, na co wskazuje końcowy zwrot „jakichkolwiek innych przyczyn”. Oznacza to, że wyliczone w niej niedozwolone kryteria różnicujące to jedynie przykłady, niestanowiące zamkniętego katalogu. Jednocześnie klauzula ta ma nieautonomiczny charakter, bowiem możliwość jej zastosowania powiązано z korzystaniem z praw i wolności przewidzianych w Konwencji oraz jej merytorycznych Protokołach dodatkowych²⁸. W tym kontekście warto jednak zauważyć, że „zarówno Europejski Trybunał Praw Człowieka, jak i Europejska Komisja Praw Człowieka (działająca do 01.II.1998 r.) starały się – jak się wydaje – łagodzić brak autonomicznego charakteru wskazanego standardu”²⁹. Już w wyroku z 23.07.1968 r. w tzw. belgijskiej sprawie językowej³⁰ wskazano między innymi, że „zastosowanie art. 14 nie jest ograniczone do przypadków, w których stwierdzono naruszenie innego artykułu EKPC [...]”. Podobnie w wyroku wydanym kilkadziesiąt lat później, tj. 22.01.2008 r. w sprawie *E.B. przeciwko Francji*³¹, trybunał strasburski zauważył, że „zakaz dyskryminacji jest chroniony art. 14, dlatego wykracza poza zwykłe korzystanie z praw i wolności, którego poszanowanie wymaga od każdego państwa Konwencja wraz z Protokołami do niej dołączonymi. Odnosi się on również do tych dodatkowych praw, zawartych w ogólnym zakresie przepisów Konwencji, które państwo dobrowolnie zdecydowało się ustanowić”.

28 Por. B. Gronowska, *Porównywalność sytuacji jednostek jako przesłanka zakazu dyskryminacji – uwagi na tle orzecznictwa strasburskiego*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2013, nr 6, s. 4.

29 Ibidem, s. 5

30 Wyrok ETPC z 23.07.1968 r. w sprawie „*Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*” przeciwko Belgii, skargi nr 1474/62, nr 1677/62, nr 1691/62, nr 1769/63, nr 1994/63, nr 2126/64, § 8.

31 Wyrok ETPC z 22.01.2008 r. w sprawie *E.B. przeciwko Francji*, skarga nr 43546/02, § 48.

Regulacja art. 14 Konwencji została jednak uznana za niewystarczającą, stąd też zdecydowano się na przyjęcie Protokołu dodatkowego nr 12 do EKPC³². Zgodnie z Raportem wyjaśniającym do Protokołu jego przyjęcie było podyktowane pragnieniem wzmocnienia ochrony przed dyskryminacją, uznanej za podstawowy element przestrzegania praw człowieka. W preambule Protokołu podkreślono, że: „wszystkie osoby są równe wobec prawa oraz są uprawnione do równej ochrony przez prawo”. Art. 1 zawiera natomiast ogólny zakaz dyskryminacji: „1. Korzystanie z każdego prawa ustanowionego przez prawo powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie lub z jakichkolwiek innych przyczyn. 2. Nikt nie może być dyskryminowany przez jakiegokolwiek władze publiczne z któregośkolwiek z powodów wymienionych w ust. 1”. Przepis ten rozszerza zakres zakazu dyskryminacji, zapewniając równe traktowanie w zakresie korzystania ze wszystkich praw³³. Mamy więc do czynienia z otwartą i autonomiczną klauzulą niedyskryminacji.

Zakaz dyskryminacji pojawia się również w innych dokumentach prawnych Rady Europy. Na przykład Konwencja ramowa o ochronie mniejszości narodowych z 01.02.1995 r.³⁴ przewiduje, że „strony zobowiązują się zagwarantować osobom należącym do mniejszości narodowych

32 Został on otwarty do podpisu 04.11.2000 r., a wszedł w życie 01.04.2005 r. z momentem uzyskania dziesiątej ratyfikacji. Nie został jednak ratyfikowany przez wszystkie państwa-strony Konwencji, w tym przez Polskę.

33 Zgodnie ze wskazówkami znajdującymi się w Sprawozdaniu wyjaśniającym do Protokołu, jego zakres odnosi się w szczególności do dyskryminacji pojawiającej się na tle: 1. każdego uprawnienia wyraźnie przyznanego jednostce przez prawo krajowe; 2. każdego uprawnienia, które można wyprowadzić z wyraźnych zobowiązań nakładanych przez prawo krajowe na władze publiczne; 3. sytuacji, gdy władze publiczne korzystają z uprawnień o charakterze uznaniowym; 4. każdego działania lub zaniechania władz publicznych. Por. szerzej J. Kapełańska-Pręgowska, *Problem dyskryminacji na tle etnicznym w zw. z realizacją praw wyborczych – wyrok ETPC w sprawie Sejdić i Finci p. Bośni i Hercegowinie*, [w:] *Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej system kontrolny – perspektywa systemowa i orzecznicza*, pod red. M. Balcerzak, T. Jasudowicz, J. Kapełańskiej-Pręgowskiej, Toruń 2011, s. 205.

34 DzU z 2002 nr 22 poz. 209

prawo do równości wobec prawa oraz jednakową ochronę prawa. W tym względzie jakakolwiek dyskryminacja wynikająca z przynależności do mniejszości narodowej jest zabroniona” (art. 4 ust. 1). Z kolei Konwencja Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi³⁵ zawiera w art. 3 ogólną klauzulę niedyskryminacji – „implementacja postanowień niniejszej Konwencji przez Strony, w szczególności korzystanie ze środków ochrony i promowania praw ofiar, będzie zapewniona bez dyskryminacji wynikającej z jakichkolwiek powodów, takich jak: płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowych, majątek, urodzenie lub z jakichkolwiek innych przyczyn”. Jak widać, w dokumencie tym uwzględniono te same niedozwolone kryteria różnicujące, jakie występują w regulacjach EKPC. Warto także wspomnieć o Konwencji Rady Europy w sprawie dostępu do dokumentów urzędowych z 18.06.2009 r.³⁶, w której zastrzega się, że państwa-strony Konwencji mają zapewnić każdemu, bez dyskryminacji z jakiegokolwiek przyczyny, prawo dostępu na jego wniosek do dokumentów urzędowych (art. 2 ust. 1). Wynika z tego, że zagadnienie niedyskryminacji miało w oczywisty sposób wpływ na regulacje dokumentów prawnych przyjmowanych przez Radę Europy, a niedyskryminację uznaje się za podstawową wolność, którą należy chronić³⁷.

2.2. Zakaz dyskryminacji w prawie pierwotnym i wtórnym UE

Zakres zakazu dyskryminacji w prawie WE/UE zmieniał się wraz z ewolucją tej organizacji. Początkowo mieliśmy do czynienia z typową wspólnotą ekonomiczną; z czasem jednak coraz większą rolę zaczęły odgrywać inne aspekty współpracy, w tym idea poszanowania praw człowieka. Dlatego też pierwotnie zakaz dyskryminacji odgrywał decydującą rolę przede wszystkim w wymiarze ekonomicznym, związanym z tworzeniem

35 DzU z 2009 nr 20 poz. 107

36 Tekst angielski Konwencji dostępny na stronie <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/205.htm> (dostęp z: 4.10.2013)

37 Europejski Trybunał Praw Człowieka i Agencja Praw Podstawowych, *Podręcznik europejskiego prawa o niedyskryminacji*, Luksemburg 2011, s. 13.

wspólnego rynku. Liczne zakazy dyskryminacji ze względu na przynależność państwową zawarte zarówno w ogólnym art. 7 TEWG (następnie art. 12 TWE, a obecnie art. 18 TFUE³⁸), jak i bardziej szczegółowych przepisach odnoszących się do poszczególnych swobód, były pomocne w procesie likwidacji różnego rodzaju barier funkcjonujących na rynku wewnątrzspółnotowym³⁹.

Trybunał Sprawiedliwości interpretował w szeroki sposób zakaz dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, zwłaszcza jeśli chodzi o jego zakres podmiotowy. Zgodnie z jego orzecznictwem nie tylko pracownicy, osoby prowadzące działalność gospodarczą czy świadczące usługi korzystały z prawa do traktowania na równi z obywatelami przyjmującego państwa członkowskiego, ale również osoby przemieszczające się po terytorium Wspólnoty/Unii Europejskiej mogły się na nie powołać z tego względu, że były odbiorcami tych usług⁴⁰. Po wprowadzeniu instytucji obywatelstwa europejskiego w traktacie z Maastricht Trybunał dalej doprecyzował zakres podmiotowy zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową. W rezultacie prawo do niedyskryminacyjnego traktowania zostało rozszerzone na wszystkich obywateli Unii Europejskiej, którzy legalnie przebywają na terytorium innego państwa członkowskiego⁴¹. Jednakże zakres materialny tego prawa ograniczał się do obszaru zastosowania przepisów traktatowych, na co wyraźnie wskazuje regulacja art. 18 TFUE. Dlatego też trzeba było podjąć dalsze działania, uwzględniające tzw. społeczny wymiar integracji europejskiej, w tym ideę poszanowania praw człowieka.

Punktem wyjścia dla rozwoju zakazu dyskryminacji ze względu na płeć w sferze zatrudnienia, w tym wynagrodzenia, była regulacja

38 TEWG – Traktat o Europejskiej Wspólnocie Gospodarczej; TWE – Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską; TFUE – Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej.

39 J. Maliszewska-Nienartowicz, *Rola zasady równości w prawie Wspólnoty/Unii Europejskiej (w ujęciu ewolucyjnym)*, „Studia Europejskie” 2011, nr 4, s. 75.

40 Ibidem, s. 77.

41 Ślusznie zwraca na to uwagę G. More, *The Principle of Equal Treatment: from Market Unifier to Fundamental Right?*, [w:] *The Evolution of EU Law*, pod red. P. Craig, G. de Búrca, Oxford 1999, s. 540.

art. 119 TEWG⁴². Zarówno na jej podstawie, jak i przy uwzględnieniu ogólnych regulacji traktowych, jak art. 235 TEWG, przyjęto w latach 70. i 80. ubiegłego wieku wiele dyrektyw regulujących zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet⁴³. Warto zarazem zauważyć, że w przypadku kryterium płci mieliśmy do czynienia ze szczególnym podejściem, które nie ograniczało się jedynie do zakazu dyskryminacji, lecz uwzględniało także tzw. równość szans. Wiązało się to z potrzebą zapewnienia kobietom takich samych szans na wspólnotowym/unijnym rynku, jakie wcześniej dotyczyły jedynie mężczyzn. Z kolei traktat amsterdamski stworzył podstawę do podejmowania przez państwa członkowskie tzw. działań pozytywnych, mających zapewnić pełną równość płci⁴⁴.

W traktacie tym zwrócono również uwagę na potrzebę walki z dyskryminacją ze względu na inne kryteria niż przynależność państwa w i płeć. Włączono zatem do Traktatu ustanawiającego Wspólnotę

42 Przewidywał on, że „każde państwo członkowskie zapewnia w pierwszym etapie wprowadzenie, a w okresie późniejszym stosowanie zasady równości wynagrodzeń dla pracowników płci męskiej i żeńskiej za taką samą pracę”.

43 M.in.: dyrektywę Rady 75/117/EWG z 10 lutego 1975 r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw państw członkowskich dotyczących stosowania zasady równości wynagrodzeń dla mężczyzn i kobiet, Dz. Urz. L 45 z 19.02.1975, s.19–20; dyrektywę Rady 76/207/EWG z 9 lutego 1976 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy, Dz. Urz. L 39 z 14.02.1976, s. 40–42; dyrektywę Rady 79/7/EWG z 19 grudnia 1978 r. w sprawie stopniowego wprowadzania w życie zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zabezpieczenia społecznego, Dz. Urz. L 6 z 10.01.1979, s. 24–25 i dyrektywę 86/613/EWG z 11 grudnia 1986 r. w sprawie stosowania zasady równego traktowania kobiet i mężczyzn pracujących na własny rachunek, w tym w rolnictwie, oraz w sprawie ochrony kobiet pracujących na własny rachunek w okresie ciąży i macierzyństwa, Dz. Urz. L 359 z 19.12.1986, s. 56–58. Na początku lat 90. przyjęto zaś dyrektywę Rady 92/85/EWG z 19 października 1992 r. w sprawie wprowadzenia środków służących wspieraniu poprawy w miejscu pracy bezpieczeństwa i zdrowia pracownic w ciąży, pracownic, które niedawno rodziły, i pracownic karmiących piersią, Dz. Urz. L 348 z 28.11.1992, s.1–8.

44 W traktacie amsterdamskim dodano do art. 141 ust. 4 TWE (obecnie art. 157 ust. 4 TFUE), który przewidywał, że „w celu zapewnienia pełnej równości między mężczyznami i kobietami w życiu zawodowym zasada równości traktowania nie stanowi przeszkody dla państwa członkowskiego w utrzymaniu lub przyjmowaniu środków przewidujących specyficzne korzyści, zmierzające do ułatwienia wykonywania działalności zawodowej przez osoby płci niedostatecznie reprezentowanej bądź zapobiegania niekorzystnym sytuacjom w karierze zawodowej i ich kompensowania”.

Europejską nową regulację zawartą w art. 13, która upoważniała Radę do podjęcia środków niezbędnych w celu zwalczania wszelkiej dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną. Choć była to wyłącznie norma o kompetencyjnym charakterze i nie mogła ona wywołać bezpośrednich skutków, to jednak państwa członkowskie potwierdziły w ten sposób wolę walki z różnymi przejawami dyskryminacji ze względu na kryteria wskazane w art. 13 TWE (obecnie art. 19 TFUE). W doktrynie wskazuje się, że włączenie tego postanowienia do TWE może być postrzegane jako moment, w którym Wspólnota, bazując na swoich doświadczeniach w dziedzinie dyskryminacji ze względu na płeć, zdecydowanie przyjęła nowe, oparte na prawach człowieka, podejście do równości⁴⁵. Na podstawie regulacji art. 13 TWE przyjęto dwa istotne akty prawa wtórnego, które doprecyzowały zakres zakazu dyskryminacji w odniesieniu do innych niż płeć niedozwolonych kryteriów różnicujących: dyrektywę 2000/43/WE z 29 czerwca 2000 r. wprowadzającą w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne⁴⁶ oraz dyrektywę 2000/78/WE z 27 listopada 2000 r. ustanawiającą ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy⁴⁷, która odnosiła się do religii, niepełnosprawności, wieku oraz orientacji seksualnej.

Kolejnym ważnym krokiem dla rozwoju zakazu dyskryminacji w prawie unijnym było przyjęcie Karty praw podstawowych UE. Została ona proklamowana w Nicei w grudniu 2000 r., a od wejścia w życie traktatu z Lizbony, czyli od 1 grudnia 2009 r., ma status prawa pierwotnego – jest prawnie wiążąca zarówno dla instytucji, jak i państw członkowskich w zakresie, w jakim stosują prawo UE. Tytuł III Karty (*Równość*) zawiera w art. 21 typową klauzulę niedyskryminacji: „zakazana jest wszelka dyskryminacja w szczególności ze względu na płeć, rasę, kolor skóry, pochodzenie

45 R. Allen QC, *Article 13 EC, Evolution and Current Contexts*, [w:] *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, pod red. H. Meenan, Cambridge 2007, s.77.

46 Dz. Urz. L 180 z 19.07.2000, s. 22–26.

47 Dz. Urz. L 303 z 2.12.2000, s. 16–22.

etniczne lub społeczne, cechy genetyczne, język, religię lub przekonania, poglądy polityczne lub wszelkie inne poglądy, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną”. Natomiast art. 21 ust. 2 Karty przewiduje podobny zakaz w odniesieniu do kryterium przynależności państwowej. Trzeba zatem zauważyć, że Karta odwołuje się do szerszej niż traktaty grupy kryteriów⁴⁸, a jednocześnie przewidziana w niej klauzula antydyskryminacyjna ma otwarty charakter, na co wskazuje zwrot „w szczególności”.

2.3. Wnioski

Ochrona przed dyskryminacją przewidziana jest zarówno w prawie Rady Europy (głównie w EKPCz), jak i Unii Europejskiej. Rozwój regulacji prawnych dotyczących zakazu dyskryminacji przebiegał jednak inaczej w obu systemach prawnych. W Europejskiej Konwencji Praw Człowieka od samego początku przewidziano w art. 14 ogólną klauzulę niedyskryminacji, ale miała ona nieautonomiczny charakter, bowiem znajdowała zastosowanie w kontekście korzystania z praw i wolności przewidzianych w Konwencji. W rezultacie w 2000 r. został przyjęty Protokół nr 12, który przewiduje niezależny zakaz dyskryminacji, co oznacza, że można się na niego powołać bez potrzeby wskazywania na związek z innymi prawami i wolnościami przewidzianymi w EKPC.

Z kolei regulacje prawne dotyczące zakazu dyskryminacji we Wspólnotach Europejskich przez długi czas pozostawały pod wpływem celów ekonomicznych związanych z budowaniem wspólnego rynku. Społeczny wymiar integracji w większym stopniu ujawnił się w kontekście walki z dyskryminacją ze względu na płeć. Niemniej jednak ograniczały się one głównie do sfery zatrudnienia, w tym wynagrodzenia, oraz zabezpieczenia społecznego. Dopiero w 2000 r. zostały przyjęte pierwsze regulacje wskazujące na potrzebę rozszerzenia zakazu dyskryminacji również na inne sfery życia społecznego. Chodzi głównie o dyrektywę 2000/43/WE

48 J. Maliszewska-Nienartowicz, *Rola zasady równości w prawie Wspólnoty/Unii Europejskiej...*, s. 89. Idem, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej...*, s. 59. Szerzej będzie o tym mowa w punkcie 4 opracowania.

wprowadzającą w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne oraz Kartę praw podstawowych UE. Pierwszy ze wskazanych aktów prawnych odnosi się nie tylko do sfery zatrudnienia, ale również ochrony społecznej, łącznie z zabezpieczeniem społecznym i opieką zdrowotną, świadczeń socjalnych, edukacji, dostępu do dóbr i usług. Natomiast klauzulę niedyskryminacji zawartą w art. 21 Karty można uznać za swoiste ukoronowanie rozwoju regulacji prawnych UE w tym zakresie. Zakazana zostaje bowiem „wszelka dyskryminacja”, co oznacza, że mamy do czynienia z niezależną, a zarazem otwartą klauzulą.

3. Zakres zastosowania zakazu dyskryminacji w obu porządkach prawnych

3.1. Zakres podmiotowy

Nie ma wątpliwości, że między zakresem zastosowania zakazu dyskryminacji przewidzianego z jednej strony, w EKPC z drugiej zaś, w Karcie praw podstawowych UE oraz aktach prawa wtórnego UE zachodzą pewne różnice. W kontekście różnic dotyczących zakresu podmiotowego należy zwrócić szczególną uwagę na krąg osób korzystających z ochrony przed dyskryminacją w obu systemach prawnych. W tym względzie trzeba podkreślić, że EKPC gwarantuje ochronę wszystkim osobom znajdującym się pod jurysdykcją państwa-strony Konwencji, bez względu na to, czy są one obywatelami danego państwa, czy też nie, a nawet poza terytorium danego państwa, na obszarach znajdujących się pod jego rzeczywistą kontrolą (takich jak terytoria okupowane)⁴⁹.

Natomiast ochrona na podstawie prawa UE ma bardziej ograniczony zakres podmiotowy – są nią bowiem objęci głównie obywatele 28 państw członkowskich. W doktrynie⁵⁰ podkreśla się, że obywatele państw trzecich, tj. osoby będące obywatelami państw niebędących członkami UE, mogą powoływać się na prawa wywiedzione z prawa

49 Europejski Trybunał Praw Człowieka i Agencja Praw Podstawowych, *Podręcznik europejskiego prawa o niedyskryminacji...*, op. cit., s. 64.

50 A. Wróbel, Art. 18, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej...*, op. cit., s. 369.

wspólnotowego/unijnego zasadniczo w następujących sytuacjach: 1) jako członkowie rodziny obywatela UE; 2) jako obywatele państwa trzeciego, które zawarło umowę międzynarodową (stowarzyszeniową) ze Wspólnotą/Unią; 3) jako obywatele państw trzecich należących do Europejskiego Obszaru Gospodarczego; 4) jako beneficjenci dyrektyw Rady: 2003/86/WE z 22 września 2003 r. w sprawie prawa do łączenia rodzin⁵¹ oraz 2003/109 / WE z 25 listopada 2003 r. dotyczącej statusu obywateli państw trzecich będących rezydentami długoterminowymi⁵². Wynika więc z tego, że obywatele państw trzecich i bezpieczeństwa korzystają z praw tylko wówczas, gdy przewiduje to wyraźny przepis prawa wspólnotowego/unijnego⁵³. W tym względzie warto zauważyć, że zgodnie z postanowieniami wspomnianej wyżej dyrektywy 2003/109/WE rezydenci długoterminowi⁵⁴ korzystają z równego traktowania z obywatelami danego państwa w wielu obszarach⁵⁵. Można zatem sformułować wniosek, że z punktu widzenia przedmiotowego zakresu zakazu dyskryminacji traktowani są oni w sposób zbliżony do obywateli państw członkowskich.

51 Dz. Urz. L 251 z 03.10.2003, s. 12–18.

52 Dz. Urz. L 16 z 23.01.2004, s. 44–53.

53 A. Wróbel, *Art. 18*, [w:] *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej...*, op. cit., s. 369.

54 Status taki mogą uzyskać na własny wniosek „obywatele państw trzecich, którzy zamieszkawali legalnie i nieprzerwanie na terytorium danego państwa członkowskiego przez okres pięciu lat, bezpośrednio poprzedzający złożenie właściwego wniosku” (art. 4 ust. 1 dyrektywy 2003/109/WE).

55 Obejmują one: a) dostęp do zatrudnienia i prowadzenia działalności na własny rachunek, pod warunkiem że takie działania nie wiążą się nawet okazjonalnie z wykonywaniem władzy publicznej, jak również do warunków zatrudnienia i pracy, w tym warunków zwolnień i wynagrodzeń; b) edukację i kształcenie zawodowe, w tym stypendia naukowe zgodnie z prawem krajowym; c) uznawanie dyplomów zawodowych, świadectw i innych kwalifikacji, zgodnie z odpowiednimi procedurami krajowymi; d) zabezpieczenie społeczne, pomoc społeczną i ochronę socjalną, określoną przez prawo krajowe; e) ulgi podatkowe; f) dostęp do towarów i usług oraz dostaw towarów i świadczenia usług udostępnianych powszechnie oraz do procedur uzyskania zakwaterowania; g) wolność zrzeszania się i zgromadzeń oraz członkostwa w organizacjach reprezentujących pracowników lub pracodawców lub też we wszelkich organizacjach zawodowych, w tym świadczenia udzielane przez takie organizacje, bez uszczerbku dla przepisów krajowych dotyczących porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego; h) swobodny dostęp do całego terytorium danego państwa członkowskiego, z zachowaniem ograniczeń określonych przez ustawodawstwo krajowe ze względów bezpieczeństwa (art. 11 ust. 1 dyrektywy 2003/109/WE).

Natomiast jeśli obywatele państw trzecich nie posiadają statusu rezydentów długoterminowych, objęci są ograniczoną ochroną na mocy dyrektywy 2000/78/WE regulującej zakaz dyskryminacji ze względu na religię lub przekonania, wiek, niepełnosprawność oraz orientację seksualną, a zatem w odniesieniu do prawa do kształcenia zawodowego i warunków pracy (nie przysługuje im jednak równe prawo do dostępu do zatrudnienia)⁵⁶. Wynika to z zastrzeżenia poczynionego w ust. 12 preambuły tej dyrektywy, iż „zakaz dyskryminacji powinien również dotyczyć obywateli państw trzecich, ale nie obejmuje on odmiennego traktowania ze względu na przynależność państwową, bez uszczerbku dla postanowień dotyczących wjazdu i pobytu obywateli państw trzecich oraz ich dostępu do zatrudnienia i pracy”. Z tej regulacji wyprowadzany jest wniosek, iż obywatele państw trzecich objęci są ochroną przewidzianą w dyrektywie 2000/78/WE, z wyjątkiem kwestii dostępu do zatrudnienia⁵⁷. Ponadto korzystają z ochrony przed dyskryminacją ze względu na płeć w dostępie do zatrudnienia oraz do towarów i usług. Wynika to z postanowień dyrektywy: 2006/54 z 5 lipca 2006 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równości szans oraz równego traktowania kobiet i mężczyzn w dziedzinie zatrudnienia i pracy (wersja przeredagowana)⁵⁸ oraz 2004/113 z 13 grudnia 2004 r. wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania mężczyzn i kobiet w zakresie dostępu do towarów i usług oraz dostarczania towarów i usług⁵⁹, które nie wyłączają ochrony obywateli państw trzecich⁶⁰.

Wskazane wyżej regulacje prawne UE dotyczące obywateli państw trzecich (zwłaszcza zawarte w dyrektywie 2000/78, jak również w dyrektywie 2000/43/WE) mają jednak minimalny charakter, co oznacza, że państwa członkowskie mogą przyjmować bardziej korzystne dla nich rozwiązania w prawie krajowym. Ogólnie należy jednak zauważyć, że

56 Europejski Trybunał Praw Człowieka i Agencja Praw Podstawowych, *Podręcznik europejskiego prawa o niedyskryminacji...*, op. cit., s. 92.

57 Ibidem, s. 65.

58 Dz. Urz. L 204 z 26.07.2006, s. 23–36.

59 Dz. Urz. L 373 z 21.12.2004, s. 37–43.

60 Europejski Trybunał Praw Człowieka i Agencja Praw Podstawowych, *Podręcznik europejskiego prawa o niedyskryminacji...*, op. cit., s. 65.

zakaz dyskryminacji przewidziany w EKPC ma szerszy zakres podmiotowy od tego, który obowiązuje w regulacjach prawnych UE.

3.2. Zakres przedmiotowy

Jak już wskazywano, w artykule 14 EKPC powiązано zakaz dyskryminacji z katalogiem praw i wolności przewidzianych w tym akcie prawnym. Generalnie zatem klauzula niedyskryminacji z art. 14 jest przedmiotowo ograniczona do materialnych standardów Konwencji⁶¹. Warto jednak zauważyć, że stosując to postanowienie, „Europejski Trybunał Praw Człowieka przyjął szeroką interpretację zakresu praw zawartych w EKPC:

- po pierwsze, Trybunał wskazał jasno, że może oceniać skargi na podstawie art. 14 w związku z prawem materialnym, nawet jeśli nie zostało naruszone samo prawo materialne;
- po drugie wskazał, że zakres EKPC wykracza poza literalne sformułowanie zagwarantowanych w niej praw; wystarczy, że stan faktyczny sprawy w ogólnym zakresie dotyczy kwestii, które podlegają ochronie na mocy EKPC”⁶². W rezultacie w praktyce zakaz dyskryminacji przewidziany w art. 14 Konwencji był stosowany do oceny różnych stanów faktycznych, np. obowiązku uiszczania podatku na szwedzki kościół narodowy przez obywatela fińskiego (w sprawie tej stwierdzono naruszenie art. 14 w związku z art. 1 Protokołu nr 1 do EKPC)⁶³, odmowy skarżącej adopcji ze względu na jej orientację seksualną (uznano tam naruszenie art. 14 w związku z art. 8 Konwencji)⁶⁴ czy też odmowy przyznania świadczeń rodzinnych ojcu, a nie matce w sytuacji, gdy ojcowie adopcyjni byli do tego uprawnieni (naruszenie art. 14 w związku z art. 8 Konwencji)⁶⁵.

61 J. Kapelańska-Pręgowska, *Problem dyskryminacji na tle etnicznym w zw. z realizacją praw wyborczych...*, op. cit., s. 204.

62 Europejski Trybunał Praw Człowieka i Agencja Praw Podstawowych, *Podręcznik europejskiego prawa o niedyskryminacji...*, op. cit., s. 68.

63 Wyrok ETPC z 23.10.1991 r. w sprawie *Darby przeciwko Szwecji*, skarga nr 11581/85. Rozstrzygnięcie to omawia szerzej B. Gronowska, *Porównywalność sytuacji jednostek jako przesłanka zakazu dyskryminacji...*, op. cit., s. 6.

64 Por. wyrok ETPC z 22.01.2008 r. w sprawie *E.B. przeciwko Francji*, skarga nr 43546/02, § 96 i 98.

65 Wyrok ETPC z 31.03.2009 r. w sprawie *Weller przeciwko Węgrom*, skarga nr 44399/05.

Nie ma natomiast wątpliwości, że zakaz dyskryminacji zawarty w art. 1 Protokołu nr 12 ma szeroki zakres przedmiotowy, bowiem odnosi się do korzystania z każdego prawa przewidzianego zarówno w prawie międzynarodowym, jak i krajowym. Należy zatem stwierdzić, że obejmuje on różne sfery życia – zarówno politycznego czy gospodarczo-społecznego, jak i prywatnego, a nawet rodzinnego. Zwrócił na to uwagę trybunał strasburski w wyroku z 22.12.2009 w sprawie *Sejdić i Finci przeciwko Bośni i Hercegowinie*⁶⁶, w którym podkreślił, że przepis ten wprowadza ogólny zakaz dyskryminacji. Jednocześnie wskazał, że skoro podobnie jak art. 14 Konwencji posługuje się on pojęciem dyskryminacji, jednocześnie go nie definiując, to Trybunał nie widzi powodu, dla którego miałby odstąpić od utrwalonej już interpretacji tego terminu⁶⁷.

Szeroki zakres przedmiotowy zakazu dyskryminacji przewidzianego w EKPC oraz w dołączonym do niej Protokole nr 12 stanowi istotną różnicę w stosunku do regulacji prawnych Unii Europejskiej. Karta praw podstawowych UE, która w art. 21 przewiduje najszerszą klauzulę antydyskryminacyjną, znajduje zastosowanie w stosunku do instytucji i organów Unii w kontekście wykonywania przez nie kompetencji przyznanych im na mocy traktatów oraz wobec państw członkowskich wyłącznie w takim zakresie, w jakim stosują one prawo Unii. Zakres przedmiotowy zakazu dyskryminacji zawartego w art. 21 Karty jest zatem ograniczony poprzez zakres kompetencji UE. Nie stosuje się go w tych obszarach, w których państwa członkowskie nie zdecydowały się przekazać jej swoich uprawnień.

Zakres zakazu dyskryminacji obowiązującego w prawie unijnym doprecyzowują akty prawa wtórnego. Niestety, czynią to w sposób niejednolity. Dyrektywa 2000/43/WE przewiduje, że zakaz dyskryminacji ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne znajduje zastosowanie nie

66 Wyrok ETPC z 22.12.2009 r. w sprawie *Sejdić i Finci przeciwko Bośni i Hercegowinie*, skargi nr 27996/06 i 34836/06, § 53.

67 Ibidem, § 55. Szerzej o pojęciu dyskryminacji będzie mowa w punkcie 5 niniejszego opracowania.

tylko w sferze zatrudnienia⁶⁸, ale również ochrony społecznej, łącznie z zabezpieczeniem społecznym i opieką zdrowotną, świadczeń socjalnych, edukacji, dostępu do dóbr i usług oraz dostarczania dóbr i usług publicznie dostępnych, włącznie z zakwaterowaniem. Dyrektywy regulujące zakaz dyskryminacji ze względu na płeć odnoszą się zarówno do dostępu do zatrudnienia, w tym do awansu zawodowego i szkolenia zawodowego; warunków pracy, w tym wynagrodzenia oraz systemów zabezpieczenia społecznego pracowników (art. 1 dyrektywy 2006/54/WE), jak i do dostępu do towarów i usług, z wyłączeniem jednak kształcenia oraz treści zawartych w środkach masowego przekazu i w ogłoszeniach (art. 3 ust. 2 dyrektywy 2004/113/WE). Widać zatem, że ich zakres przedmiotowy jest węższy w porównaniu z dyrektywą 2000/43/WE – nie tylko bowiem nie obejmuje on dostępu do edukacji, ale również pojęcie zabezpieczenia społecznego pracowników jest bardziej ograniczone niż szeroko rozumiana ochrona społeczna. Natomiast dyrektywa 2000/78/WE ma najwęższy zakres, bowiem odnosi się jedynie do sfery zatrudnienia, warunków pracy, w tym wynagrodzenia i zwalniania, szkolenia zawodowego oraz uczestnictwa i działalności w organizacjach pracowniczych (art. 3 ust. 1). Dlatego też trwają prace legislacyjne nad aktem prawnym rozszerzającym zakaz dyskryminacji ze względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną na sferę ochrony społecznej, przywilejów socjalnych, edukacji oraz dostępu do dóbr i usług, w tym ich

68 Zostaje ona szeroko ujęta i obejmuje: a) warunki dostępu do zatrudnienia, do prowadzenia działalności na własny rachunek oraz uprawiania zawodu, włączając również kryteria selekcji i warunków rekrutacji, niezależnie od rodzaju działalności i na wszystkich szczeblach hierarchii zawodowej, również w odniesieniu do awansu zawodowego; b) dostęp do wszystkich rodzajów i szczebli poradnictwa zawodowego, szkolenia zawodowego, doskonalenia i przekwalifikowania pracowników, łącznie ze zdobywaniem praktycznych doświadczeń; c) warunki zatrudnienia i pracy, łącznie z warunkami zwalniania i wynagradzania; d) wstępowanie i działanie w organizacjach pracowników lub pracodawców lub jakiejkolwiek organizacji, której członkowie wykonują określony zawód, łącznie z korzyściami, jakie dają takie organizacje (art. 3 dyrektywy 2000/43/WE).

dostarczania, co ma zapewnić taki sam zakres ochrony, jak w przypadku dyskryminacji na podstawie rasy i pochodzenia etnicznego⁶⁹.

Należy zatem zauważyć, że zakres przedmiotowy zakazu dyskryminacji przewidzianego w EKPC oraz w dołączonym do niej Protokole nr 12 jest dużo szerszy w porównaniu z regulacjami Unii Europejskiej, zwłaszcza zawartymi w jej prawie wtórnym. Zakresem dyrektyw unijnych, jak również Karty praw podstawowych UE nie są objęte kwestie związane z życiem prywatnym i rodzinnym, z udziałem w życiu politycznym (wolność wyrażania opinii, zgromadzeń i zrzeszania się, wolne wybory), czy też problematyka prawa karnego, w tym prawa do rzetelnego procesu sądowego, prawa do wolności od arbitralnego zatrzymania itd.⁷⁰. Do tych zagadnień mogą znaleźć zastosowanie jedynie postanowienia Konwencji. Natomiast regulacje unijne koncentrują się głównie na sferze zatrudnienia – w tym zakresie znajdzie zastosowanie zakaz dyskryminacji ze względu na wszystkie kryteria regulowane w aktach prawa wtórnego UE. Dyskryminacja ze względu na płeć zakazana jest również w odniesieniu do sfery zabezpieczenia społecznego oraz dostępu do towarów i usług, ale już nie edukacji. Najszerszy zakres przedmiotowy ma zaś zakaz dyskryminacji ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, bowiem obejmuje on także ochronę społeczną, świadczenia socjalne, dostęp do towarów i usług oraz edukację.

4. Katalog niedozwolonych kryteriów dyskryminacyjnych

Uwagi zawarte w tej części opracowania będą koncentrować się na porównaniu katalogu niedozwolonych kryteriów przewidzianych w regulacjach prawnych EKPC oraz aktach prawa pierwotnego i wtórnego UE. Ich bliższa charakterystyka, zwłaszcza zaś przedstawienie orzecznictwa

69 Por. projekt Komisji Europejskiej z 2 lipca 2008 r. – Dyrektywa Rady w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną, COM (2008) 426.

70 Zob. szerzej Europejski Trybunał Praw Człowieka i Agencja Praw Podstawowych, *Podręcznik europejskiego prawa o niedyskryminacji...*, op. cit., s. 86–92.

trybunałów strasburskiego i luksemburskiego dotyczącego poszczególnych podstaw dyskryminacji przekraczałyby ramy tego opracowania⁷¹.

Jak już wcześniej wskazano, katalog niedozwolonych kryteriów przewidziany zarówno w art. 14 EKPC, jak i art. 1 Protokołu dodatkowego nr 12 ma otwarty charakter. Poza wyraźnie wskazanymi w tych dwóch postanowieniach cechami, takimi jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, w kontekście zakazu dyskryminacji można zatem uwzględnić jeszcze inne, choćby niewymienioną tam niepełnosprawność⁷², wiek⁷³ oraz orientację seksualną⁷⁴. Warto zarazem zauważyć, że Europejski Trybunał Praw Człowieka za chronione w ramach „jakichkolwiek innych przyczyn” uznał również między innymi stan cywilny⁷⁵, ojcostwo⁷⁶, przynależność do związków zawodowych⁷⁷ czy miejsce zamieszkania⁷⁸. Oznacza to, że szereg innych kryteriów poza wyraźnie wskazanymi w EKPC może zostać uznanych za niedozwolone podstawy dyskryminacji.

Nieco inaczej kwestia ta przedstawia się w prawie UE. Wprawdzie art. 21 Karty praw podstawowych UE przewiduje otwarty katalog kryteriów, co teoretycznie pozwalałoby na zastosowanie zakazu dyskryminacji również w stosunku do innych niewymienionych w tym przepisie

71 W tym zakresie w odniesieniu do regulacji unijnych por. szerzej J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej...*, op. cit., s. 114–150.

72 Została ona uwzględniona przez ETPC np. w wyroku z 30.04.2009 r. w sprawie *Glor przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 13444/04, § 53.

73 Por. np. wyrok ETPC z 10.06.2010 r. w sprawie *Schwizgebel przeciwko Szwajcarii*, skarga nr 25762/07.

74 Zob. m.in. wyrok ETPC z 21.12.1999 r. w sprawie *Salgueiro da Silva Mouta przeciwko Portugalii*, skarga nr 33290/96, wyrok ETPC z 2.03.2010 r. w sprawie *Kozak przeciwko Polsce*, skarga nr 13102/02 czy wyrok z 21.10.2010 r. w sprawie *Alekseyev przeciwko Rosji*, skargi nr 4916/07, 25924/08 oraz 14599/09.

75 Wyrok ETPC z 22.05.2008 r. w sprawie *Petrov przeciwko Bułgarii*, skarga nr 15197/02.

76 Cyt. wyżej wyrok ETPC z 31.03.2009 r. w sprawie *Weller przeciwko Węgrom*, skarga nr 44399/05.

77 Wyrok ETPC z 30.07.2009 r. w sprawie *Danilenkov i inni przeciwko Rosji*, skarga nr 67336/01.

78 Wyrok ETPC z 16.03.2010 r. w sprawie *Carson i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu [GC]*, skarga nr 42184/05. Trybunał zwrócił tam uwagę na otwarty katalog kryteriów dyskryminacyjnych przewidzianych w art. 14 Konwencji.

przesłanek, to jednak należy mieć na uwadze ograniczenia, jakie wynikają z art. 51 Karty⁷⁹. Przede wszystkim zaś to zastrzeżenie, że „Karta nie rozszerza zakresu zastosowania prawa Unii poza kompetencje Unii, nie ustanawia nowych kompetencji ani zadań Unii, ani też nie zmienia kompetencji i zadań określonych w traktatach”. Ta regulacja ma istotne znaczenie dla dochodzenia praw wynikających z naruszenia zakazu dyskryminacji ze względu na nowe kryteria, które nie są uregulowane w traktach oraz prawie wtórnym UE⁸⁰. Wynika z niej bowiem, że Karta nie tworzy nowych praw dla jednostek i nie rozszerza ich ochrony zapewnionej w dyrektywach, zwłaszcza tych przyjętych w 2000 r., jednocześnie jednak zakaz dyskryminacji odnoszący się do otwartego katalogu kryteriów może być postrzegany jako krok naprzód w zakresie ochrony przed dyskryminacją⁸¹. Trybunał Sprawiedliwości może bowiem wykorzystać te postanowienia Karty dla interpretacji obowiązujących dotąd regulacji unijnych w kierunku rozszerzenia istniejących praw⁸².

Problematyczne w praktyce może okazać się również uwzględnianie tych kryteriów, które zostały wyraźnie wymienione w art. 21 ust. 1 Karty, ale nie są uregulowane w traktatach oraz obowiązujących aktach prawa wtórnego. Przypomnijmy bowiem, że w Karcie uwzględnia się nie tylko przynależność państwową, płeć, rasę, pochodzenie etniczne, religię lub

79 Słusznie zwracają na to uwagę K. Lenaerts, P. Foubert, *Social Rights in the Case-Law of the European Court of Justice. The Impact of the Charter of Fundamental Rights of the European Union on Standing Case-law*, „Legal Issues of Economic Integration” 2001, nr 3, s. 295.

80 Jak wskazuje się bowiem w wyjaśnieniach dotyczących art. 21 Karty praw podstawowych (Dz. Urz. C 303 z 14.12.2007, s. 2), „nie istnieje sprzeczność między ust. 1 a art. 19 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, którego zakres zastosowania i przedmiot są inne: art. 19 przyznaje Unii kompetencję do przyjmowania aktów prawodawczych, łącznie z harmonizacją przepisów ustawowych i wykonawczych państw członkowskich, aby zwalczać niektóre formy dyskryminacji określone wyczerpująco w tym artykule. [...] Natomiast art. 21 ust. 1 nie przyznaje żadnej kompetencji do przyjęcia ustaw antydyskryminacyjnych w tych dziedzinach [...]. Dotyczy on natomiast dyskryminacji ze strony instytucji i organów Unii w wykonywaniu kompetencji przyznanych im na mocy traktatów oraz ze strony państw członkowskich, wyłącznie gdy wykonują one prawo Unii”.

81 E. Howard, *EU Equality Law: Three Recent Developments*, „European Law Journal” 2011, t. 17, nr 6, s. 787.

82 Ibidem, s. 787–788.

przekonania (światopogląd), niepełnosprawność, wiek oraz orientację seksualną, a zatem kryteria, do których odnoszą się traktaty oraz dyrektywy, ale również takie cechy jak: kolor skóry, pochodzenie społeczne, cechy genetyczne, język, poglądy polityczne lub wszelkie inne poglądy, przynależność do mniejszości narodowej, majątek oraz urodzenie. O ile kolor skóry, język czy przynależność do mniejszości narodowej mogłyby zostać uwzględnione w ramach rozpatrywania zarzutu dyskryminacji ze względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, to pozostałe kryteria trudno byłoby wziąć pod uwagę w ramach obowiązujących regulacji traktatów oraz aktów prawa wtórnego. Wydaje się jednak, że Trybunał Sprawiedliwości powinien je uwzględnić, gdyby strony powoływały się wprost na przepis art. 21 ust. 1 Karty. Mógłby w tym zakresie ewentualnie wykorzystać dorobek orzecznicy ETPC, który wypowiedział się już w sprawie takich kryteriów, jak przekonania polityczne i inne oraz pochodzenie społeczne, majątek i urodzenie, choć strony stosunkowo rzadko się na nie powołują⁸³.

Należy zatem stwierdzić, że postanowienia EKPC pozwalają brać pod uwagę dyskryminację opartą na różnych, wszechstronnie ujętych podstawach, których katalog ma otwarty charakter. Regulacje zawarte w traktatach założycielskich Unii Europejskiej oraz dyrektywach odnoszą się jedynie do ośmiu kryteriów, takich jak: przynależność państwowa, płeć, rasa, pochodzenie etniczne, religia lub przekonania (światopogląd), wiek, niepełnosprawność oraz orientacja seksualna. Natomiast art. 21 Karty praw podstawowych UE przewiduje szerszą grupę podstaw dyskryminacji, uwzględniając nie tylko te wskazane w EKPC (a zatem płeć, rasę, kolor skóry, pochodzenie etniczne lub społeczne, język, religię lub przekonania, poglądy polityczne lub wszelkie inne poglądy, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie), ale również w dyrektywach unijnych (płeć, rasa, pochodzenie etniczne, religia lub przekonania, niepełnosprawność, wiek oraz orientacja seksualna), a nawet tak specyficzne,

83 Por. szerzej Europejski Trybunał Praw Człowieka i Agencja Praw Podstawowych, *Podręcznik europejskiego prawa o niedyskryminacji...*, op. cit., s. 125–127.

jak cechy genetyczne. W rezultacie katalog niedozwolonych kryteriów z art. 21 Karty jest obecnie najszerszy zarówno w porównaniu z pozostałymi regulacjami unijnymi, jak i postanowieniami EKPC. Jednakże ze względu na ograniczenia w stosowaniu postanowień Karty wydaje się, że w praktyce to EKPC pozwala w szerszym zakresie uwzględniać nowe cechy chronione.

5. Formy dyskryminacji

5.1. Dyskryminacja bezpośrednia

Dyskryminacja nie ma jednolitego charakteru, ale tak w regulacjach prawnych, jak i orzecznictwie oraz doktrynie wyróżnia się jej różne formy – przede wszystkim dyskryminację bezpośrednią, dyskryminację pośrednią, molestowanie, w tym molestowanie seksualne, oraz nakłanianie do dyskryminacji. EKPC nie wymienia poszczególnych form dyskryminacji, ale trybunał strasburski uwzględnia ich występowanie. W kontekście definicji tego pojęcia „Trybunał ustalił w swoim orzecznictwie, że tylko różnice w traktowaniu oparte na możliwej do zidentyfikowania właściwości lub statusie mogą stanowić dyskryminację [...] musi też występować różnica w traktowaniu osób znajdujących się w analogicznych lub znacznie zbliżonych sytuacjach (ang. *in analogous or relevantly similar situations* – przyp. aut.)”⁸⁴. W doktrynie zauważa się, że według ETPC wymóg wykazania znajdowania się w analogicznej sytuacji nie oznacza, że grupa odniesienia musi być identyczna – wystarczy, aby jednostka znajdowała się w sytuacji dostatecznie podobnej wobec innych osób, które potraktowano inaczej, zwykle korzystniej⁸⁵.

Dyrektywy unijne (2000/43/WE, 2000/78/WE, 2004/113/WE oraz 2006/54/WE) zawierają zbliżone definicje dyskryminacji bezpośredniej – ma ona miejsce, gdy z uwagi na jedno z niedozwolonych kryteriów,

84 Wyrok ETPC z 16.03.2010 r. w sprawie *Carson i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 42184/05, § 61.

85 Tak B. Gronowska, *Porównywalność sytuacji jednostek jako przesłanka zakazu dyskryminacji...*, op. cit., s. 8.

np. rasę, pochodzenie etniczne, płeć, wiek, niepełnosprawność itd., dana osoba jest traktowana w sposób mniej korzystny niż jest, była lub byłaby traktowana inna osoba znajdująca się w porównywalnej sytuacji. O dyskryminacji bezpośredniej może być zatem mowa, gdy mniej przychylnie traktowanie spowodowane jest posiadaniem przez daną osobę określonej cechy stanowiącej podstawę dyskryminacji i tym samym odróżniającej ją od innych osób⁸⁶. Niezbędne jest zatem ustalenie porównywanego podmiotu, np. pracownika płci męskiej, oraz porównywanej sytuacji, która może mieć charakter przeszły, bieżący lub nawet hipotetyczny⁸⁷. Należy także wykazać, że mniej korzystne traktowanie nastąpiło z uwagi na jedną z podstaw dyskryminacji objętych ochroną. Można przy tym uznać, że dyskryminacja bezpośrednia wystąpi w następujących przypadkach:

- posiadania określonej cechy stanowiącej podstawę dyskryminacji;
- tzw. asocjacji, czyli poprzez związek z osobą posiadającą określoną cechę;
- odczuwania przez osobę trzecią skutków dyskryminacji stosowanej wobec innych osób poprzez obronę, wstawienie się za osobą dyskryminowaną⁸⁸.

Dyskryminacja ze względu na więź łączącą daną osobę z osobą niepełnosprawną została uznana za sprzeczną z dyrektywą 2000/78/WE przez Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z 17.07.2008 r. w sprawie *S. Coleman przeciwko Attridge Law i Steve Law*⁸⁹. Podobnie ETPC w wyroku z 31.03.2009 r. w sprawie *Weller przeciwko Węgrom*⁹⁰ stwierdził występowanie dyskryminacji dzieci ze względu na status ich biologicznego ojca.

Należy zatem zauważyć, że przesłanki wystąpienia dyskryminacji bezpośredniej są ujmowane w sposób zbliżony na tle regulacji EKPC oraz dyrektyw unijnych. Inaczej przedstawia się natomiast kwestia usprawiedliwienia odmiennego traktowania. Trybunał strasburski odwołuje

86 E. Naumann, *Dyskryminacja w prawie pracy*, „Monitor Prawa Pracy” 2007, nr 6, s. 286.

87 Por. A. Masselot, *The New Equal Treatment Directive*, *Feminist Legal Studies* 2004, t. 12, nr 1, s. 96.

88 Trafnie zwraca na to uwagę E. Naumann, *Dyskryminacja w prawie pracy...*, op. cit., s. 286.

89 C-303/06, ECR 2008, s. I-5603.

90 Wyrok ETPC z 31.03.2009 r. w sprawie *Weller przeciwko Węgrom*, skarga nr 44399/05. Odnośnie do dyskryminacji ze względu na więź por. też A. Zawidzka-Łojek, *Zakaz dyskryminacji ze względu na wiek w prawie Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, s. 59–60.

się w tym względzie do ogólnej formuły, stwierdzając, że „taka różnica w traktowaniu ma dyskryminacyjny charakter, jeśli nie ma obiektywnego i racjonalnego uzasadnienia; innymi słowy, jeśli nie służy realizacji uprawnionego celu, albo też nie została zachowana rozsądna relacja proporcjonalności między zastosowanymi środkami a celem, który ma zostać osiągnięty”⁹¹. Formuła ta została utrzymana w późniejszym orzecznictwie, jednakże ETPC doprecyzował zakres marginesu oceny przysługującego państwom-stronom Konwencji w kontekście uzasadnienia dyskryminacji. Mianowicie uznał, że szerokość tego marginesu „będzie się różniła w zależności od okoliczności, dziedziny, której dotyczy sprawa, oraz jej tła [...]”⁹².

Z kolei zgodnie z prawem UE dyskryminacja bezpośrednia może być usprawiedliwiona jedynie szczególnymi względami, wyraźnie wskazanymi w jej regulacjach prawnych, np. w kontekście przynależności państwowej z uwagi na porządek, bezpieczeństwo i zdrowie publiczne (art. 45 ust. 3 TFUE), w ramach pozostałych kryteriów (płeć, pochodzenie rasowe lub etniczne, religia lub przekonania, wiek niepełnosprawność lub orientacja seksualna) z uwagi na istotny i determinujący wymóg zawodowy (art. 4 dyrektywy 2000/43/WE i 2000/78/WE oraz art. 14 ust. 2 dyrektywy 2006/54/WE). Szczególne wyjątki są przewidziane w przypadku dyskryminacji bezpośredniej ze względu na religię (w odniesieniu do instytucji religijnych)⁹³ oraz ze względu na wiek. Do ostatniego kryterium odnosi się szczegółowo regulacja art. 6 dyrektywy 2000/78/WE, która upoważnia państwa członkowskie do stosowania środków dyskryminujących, pod warunkiem że są one uzasadnione zgodnym z prawem

91 Tak m.in. w wyroku z 29.04.2008 r. w sprawie *Burden przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 13378/05, § 60 czy w cyt. wyżej wyroku z 16.03.2010 r. w sprawie *Carson i inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 42184/05, § 61.

92 Zob. m.in. cyt. wyżej wyrok ETPC z 22.12.2009 r. w sprawie *Sejdić i Finci przeciwko Bośni i Hercegowinie*, skargi nr 27996/06 i 34836/06, § 42.

93 Przepis art. 4 ust. 2 dyrektywy 2000/78/WE przewiduje w tym względzie m.in., że nie narusza ona „prawa kościołów i innych organizacji publicznych lub prywatnych, których etyka opiera się na religii lub przekonaniach, działających zgodnie z krajowymi przepisami konstytucyjnymi i ustawodawczymi, do wymagania od osób pracujących dla nich działania w dobrej wierze i lojalności wobec etyki organizacji”.

celem, np. polityką zatrudnienia, rynku pracy i kształcenia zawodowego, a zastosowane środki są właściwe i konieczne do jego osiągnięcia. Należy zatem stwierdzić, że jedynie dyskryminacja bezpośrednia ze względu na wiek może być usprawiedliwiona w sposób zbliżony do tego, jaki przewiduje orzecznictwo strasburskie. W odniesieniu do pozostałych kryteriów prawo unijne w dość istotny sposób ogranicza możliwość uzasadnienia opartej na nich dyskryminacji bezpośredniej.

5.2. Dyskryminacja pośrednia

Nawiązuje do neutralnych kryteriów zróżnicowania, których zastosowanie wywiera jednak niekorzystny wpływ na grupę osób chronionych przez zakaz dyskryminacji. Skutek takiego postanowienia czy postępowania jest więc taki sam, jak w przypadku dyskryminacji bezpośredniej – dochodzi do pokrzywdzenia osoby należącej do chronionej grupy⁹⁴. ETPC zauważa w tym względzie ogólnie, że „jeśli ogólna polityka lub środek ma nieproporcjonalnie niekorzystny skutek dla konkretnej grupy, to nie można wykluczyć uznania go za dyskryminujący, mając na uwadze nawet to, że taki środek nie jest w sposób szczególny adresowany lub skierowany do tej grupy”⁹⁵. W późniejszym orzecznictwie trybunał strasburski doprecyzował ten opis zjawiska dyskryminacji pośredniej, odwołując się do neutralnego sformułowania polityki lub środka, które jednak wywołują nieproporcjonalnie niekorzystne skutki dla konkretnej grupy osób i w ten sposób prowadzą do jej dyskryminacji. Jednocześnie wskazał na regulacje unijne, między innymi zawarte w dyrektywie 2000/43/WE, zgodnie z którymi „taka sytuacja może stanowić «dyskryminację pośrednią», niekoniecznie związaną z dyskryminacyjnym zamiarem”⁹⁶.

94 Por. I. Boruta, *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowe pojęcia*, „Monitor Prawa Pracy” 2004, nr 2, s. 38.

95 Wyrok ETPC z 4.05.2001 r. w sprawie *Hugh Jordan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 24746, § 154 (tłum. własne). Podobne sformułowanie znalazło się w wyroku ETPC z 20.06.2006 r. w sprawie *Zarb Adami przeciwko Malcie*, skarga nr 17209/02, § 80.

96 Wyrok ETPC z 13.II.2007 r. w sprawie *D.H. i inni przeciwko Republice Czeskiej [G]C*, skarga nr 57325/00, § 184. Zob. też wyrok ETPC z 9.06.2009 r. w sprawie *Opuz przeciwko Turcji*, skarga nr 33401/02, § 183.

Dyrektywy unijne⁹⁷ przewidują, że dyskryminacja pośrednia ma miejsce, gdy pozornie neutralny przepis, kryterium lub praktyka mogą doprowadzić do szczególnie niekorzystnej sytuacji osób danego pochodzenia rasowego lub etnicznego, bądź też danej religii lub przekonań, niepełnosprawności, itd. w stosunku do innych osób, chyba że taki przepis, kryterium lub praktyka są obiektywnie uzasadnione legalnym celem, a środki mające służyć osiągnięciu tego celu są odpowiednie i konieczne. O ile zatem w kontekście dyskryminacji bezpośredniej dużą rolę odgrywa przyczyna (ang. *causation*), o tyle w kontekście dyskryminacji pośredniej decydujące znaczenie ma skutek przepisu, kryterium czy praktyki – mogą mieć one nawet niezamierzony charakter. Wynika z tego, że jest ona przydatna do wykrywania bardziej ukrytych przepisów czy zachowań dyskryminacyjnych, choć z drugiej strony nie można jej do nich ograniczać. Zdarza się bowiem i tak, że dyskryminacja pośrednia ma charakter jawny⁹⁸.

Dyskryminacja pośrednia podlega w EKPC i prawie UE ogólnemu uzasadnieniu obiektywnemu. W pierwszym przypadku wynika to z ogólnej formuły dyskryminacji, w ramach której trybunał strasburski odwołuje się do „obiektywnego i racjonalnego uzasadnienia”. Musi ono uwzględniać realizację uprawnionego celu oraz odpowiadać wymogom proporcjonalności w zakresie zastosowanych środków (środki odpowiednie i konieczne do osiągnięcia celu). Z kolei regulacje dyrektyw unijnych wyraźnie wskazują na możliwość obiektywnego uzasadnienia dyskryminacji pośredniej już w jej definicji. W tym względzie odwołują się zarówno do legalnego celu, jak i odpowiednich oraz koniecznych środków służących jego realizacji.

97 Art. 2 ust. 2 pkt b dyrektywy 2000/43/WE oraz 2000/78/WE. Podobną definicję zawiera art. 2 ust. 1 pkt b dyrektywy 2006/54/WE: „dyskryminacja pośrednia: sytuacja, w której z pozoru neutralny przepis, kryterium lub praktyka stawiałaby osoby danej płci w szczególnie niekorzystnym położeniu w porównaniu do osób innej płci, chyba że dany przepis, kryterium lub praktyka są obiektywnie uzasadnione zgodnym z prawem celem, a środki osiągnięcia tego celu są właściwe i niezbędne”.

98 Por. E. Ellis, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford 2005, s. 89.

5.3. Molestowanie i polecenie dyskryminacji

Te dwie formy dyskryminacji są wyraźnie zdefiniowane w prawie UE. Zgodnie z dyrektywami dotyczącymi niedyskryminacji molestowanie uznaje się za dyskryminację, kiedy:

- ma miejsce niepożądane zachowanie związane z cechą chronioną;
- jego celem lub skutkiem jest naruszenie godności osoby;
- oraz stworzenie onieśmielającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery⁹⁹.

Z kolei molestowanie seksualne występuje w sytuacji, gdy „ma miejsce jakakolwiek forma niepożądanego zachowania werbalnego, niewerbalnego lub fizycznego o charakterze seksualnym, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności osoby, w szczególności przy stwarzaniu atmosfery zastraszenia, wrogości, poniżenia, upokorzenia lub obrazy”¹⁰⁰. Jak widać, definicje tej formy dyskryminacji odnoszą się zarówno do czynników subiektywnych (niepożądany charakter zachowania odczuwany przez daną osobę), jak i obiektywnych (naruszenie godności osoby)¹⁰¹. Niepożądane zachowanie może przybrać różną postać – od ustnych lub pisemnych komentarzy, przez różnego rodzaju gesty, aż po konkretne czyny. Musi jednocześnie prowadzić do stworzenia wrogiej lub poniżającej atmosfery¹⁰².

99 Art. 2 ust. 3 dyrektywy 2000/43/WE oraz art. 2 ust. 3 dyrektywy 2000/78/WE. Art. 2 ust. 1 pkt c dyrektywy 2006/54/WE odnosi się do tych samych elementów i przewiduje, że molestowanie to „sytuacja, w której ma miejsce niepożądane zachowanie związane z płcią osoby, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności osoby i stworzenie atmosfery zastraszenia, wrogości, poniżenia, upokorzenia lub obrazy”.

100 Art. 2 ust. 1 pkt d dyrektywy 2006/54/WE.

101 Por. H. Szewczyk, *Molestowanie seksualne i mobbing w miejscu pracy lub w związku z pracą – nowe wyzwania dla polskiego prawa pracy*, „Praca i Zabezpieczenie Społeczne” 2002, nr 6, s. 6.

102 Por. J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja ze względu na religię, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną. Dyrektywa 2000/78 i orzecznictwo TS UE. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 19

Dodatkowo dyrektywy unijne uznają tzw. polecenie dyskryminacji za jedną z jej form¹⁰³. Jeśli zatem dany podmiot zmusza osoby trzecie do stosowania dyskryminujących środków, to skutek jest taki, jakby je sam stosował. Pozwala to zarazem tym osobom uwolnić się od zarzutu dyskryminacji, co ma szczególnie znaczenie w sferze zatrudnienia, w ramach relacji podległości służbowej¹⁰⁴.

EKPC nie zakazuje wprost molestowania oraz polecenia dyskryminacji. Jednakże mogą one zostać uwzględnione w ramach przewidzianych w Konwencji praw, np. molestowanie może być wzięte pod uwagę w kontekście naruszenia prawa do wolności od niehumanitarnego lub poniżającego traktowania (art. 3 EKPC) czy też prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8 EKPC). Z kolei polecenie dyskryminacji można objąć prawami zawartymi w innych postanowieniach, takimi jak wolność wyznania lub wolność zgromadzeń przewidziane w art. 9 lub 11 EKPC, w zależności od danego kontekstu¹⁰⁵.

6. Wnioski końcowe

Przeprowadzona analiza pozwala dojść do wniosku, że regulacje prawne dotyczące zakazu dyskryminacji zawarte w EKPC mają dość ogólny charakter, podczas gdy przepisy prawne obowiązujące w tym zakresie w UE są bardziej szczegółowe, ale zarazem rozproszone, bowiem zawarte zarówno w prawie pierwotnym, jak i wtórnym. Niestety, w tym zakresie nie przyjęto jednej dyrektywy, lecz kilka odnoszących się do poszczególnych niedozwolonych kryteriów. Sprawia to, że regulacje unijne dotyczące dyskryminacji są stosunkowo mało przejrzyste.

103 Art. 2 ust. 2 pkt b dyrektywy 2006/54/WE wyraźnie wskazuje na „polecenie dyskryminowania osoby ze względu na płeć” jako jedną z form dyskryminacji. Z kolei art. 2 ust. 4 dyrektywy 2000/43/WE oraz art. 2 ust. 4 dyrektywy 2000/78/WE przewidują, że „każde zachowanie polegające na zmuszaniu kogokolwiek do praktykowania wobec osób zachowań dyskryminacyjnych [...] uważa się za dyskryminację [...]”.

104 J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja ze względu na religię, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną. Dyrektywa 2000/78...*, op. cit., s. 20.

105 Europejski Trybunał Praw Człowieka i Agencja Praw Podstawowych, *Podręcznik europejskiego prawa o niedyskryminacji...*, op. cit., s. 37.

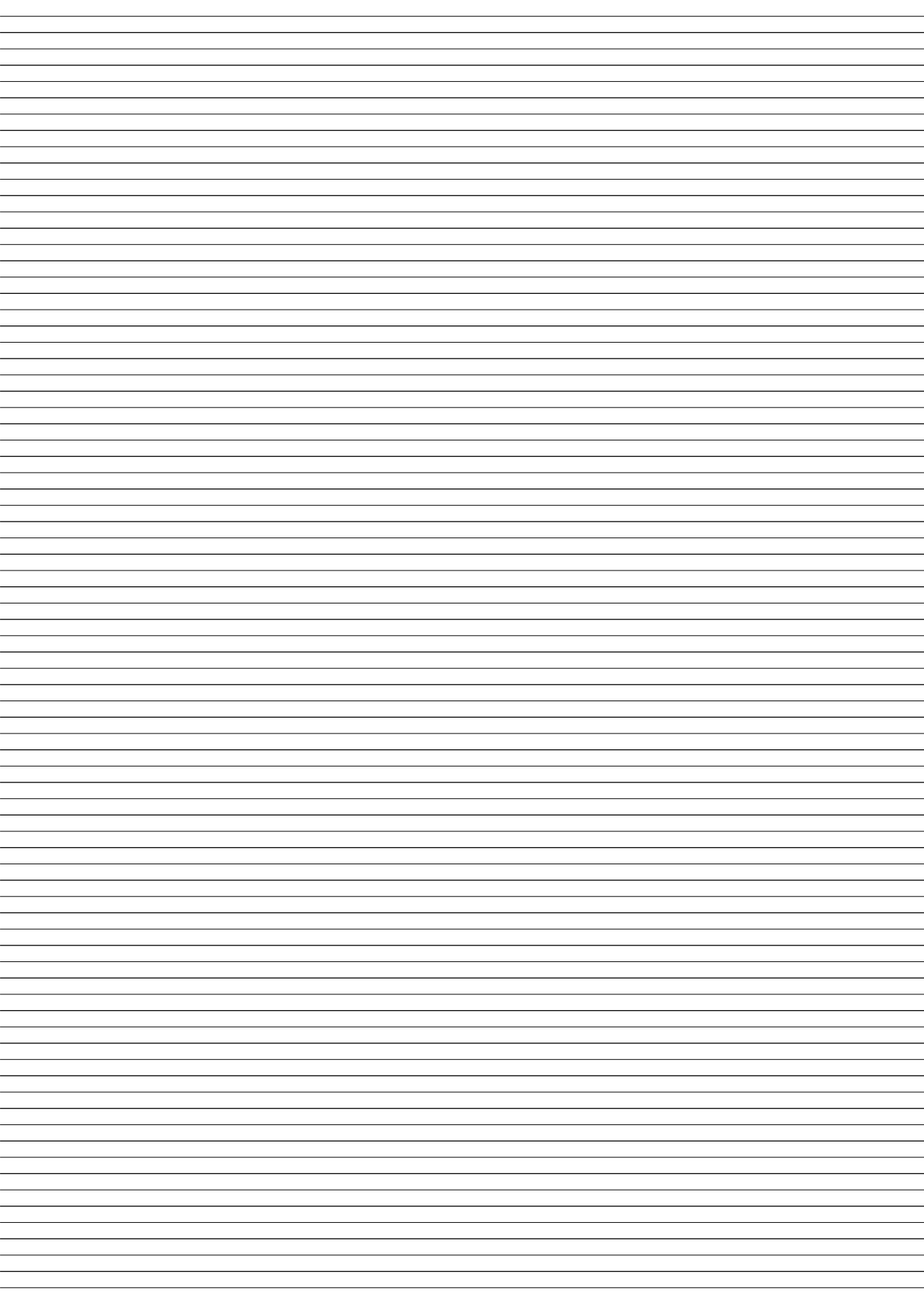
Zakres podmiotowy i przedmiotowy zakazu dyskryminacji jest ujęty szeroko w prawie Rady Europy. Z kolei przepisy prawne UE koncentrują się głównie na obywatelach UE i na sferze zatrudnienia. Niektóre regulacje mają jednak szerszy zakres zastosowania, jak choćby te zawarte w dyrektywie 2000/43/WE wprowadzającej w życie zasadę równego traktowania osób bez względu na pochodzenie rasowe lub etniczne, które odnoszą się nie tylko do sfery zatrudnienia, ale również ochrony społecznej, łącznie z zabezpieczeniem społecznym i opieką zdrowotną, świadczeń socjalnych, edukacji, dostępu do dóbr i usług oraz dostarczania dóbr i usług publicznie dostępnych, włącznie z zakwaterowaniem. Skutek zróżnicowania przedmiotowego zakresu zastosowania dyrektyw antydyskryminacyjnych jest jednak taki, że tworzy się swoista hierarchia niedozwolonych kryteriów, na szczycie której znajduje się pochodzenie rasowe i etniczne, następnie płeć, religia lub przekonania, niepełnosprawność, orientacja seksualna, a na końcu wiek, bowiem oparta na nim dyskryminacja może być jeszcze szeroko uzasadniona. Nie jest to z pewnością zadowalający stan prawny, jednakże ujednoczenie przedmiotowego zakresu zakazu dyskryminacji ze względu na poszczególne kryteria wymaga jedności państw członkowskich w Radzie (wynika to z postanowienia art. 19 TFUE). Tymczasem państwom trudno osiągnąć porozumienie w tej sprawie, na co wskazują prace nad projektem dyrektywy w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania osób bez względu na religię lub światopogląd, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną.

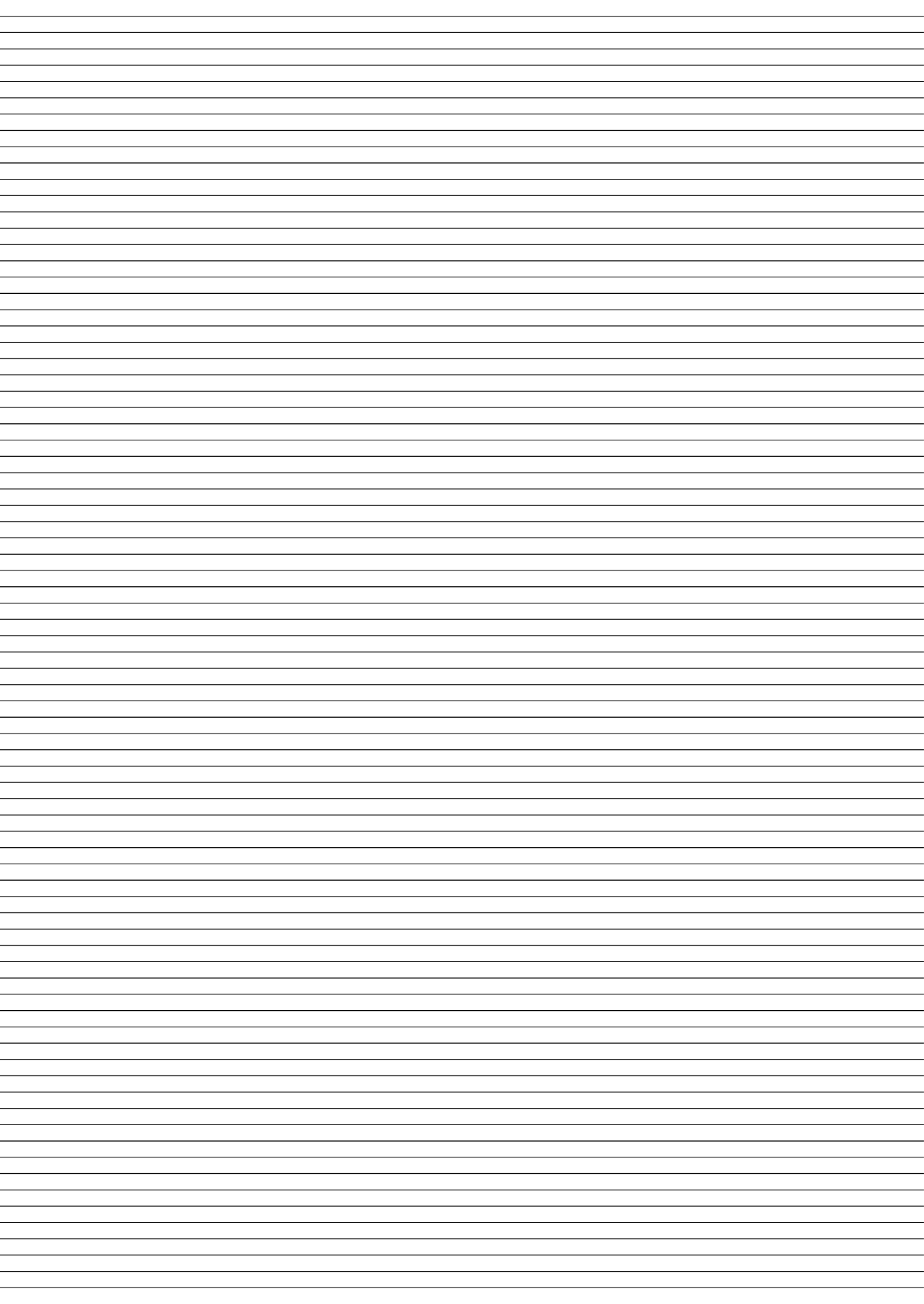
Katalog niedozwolonych kryteriów przewidzianych w EKPC z jednej strony i Karcie praw podstawowych UE z drugiej jest dość zbliżony, ma przy tym otwarty charakter. Jednakże ze względu na ograniczenia w stosowaniu postanowień Karty wydaje się, że w praktyce to na podstawie regulacji EKPC można w szerszym zakresie uwzględniać nowe cechy chronione, co potwierdza również orzecznictwo trybunału strasburskiego.

Z kolei formy dyskryminacji takie jak dyskryminacja bezpośrednia, pośrednia, molestowanie oraz polecenie dyskryminacji są bardziej szczegółowo uregulowane w prawie UE, zwłaszcza jej prawie wtórnym. W pewnym zakresie z tego dorobku korzysta ETPC, np. odwołując się do postanowień dyrektyw dotyczących dyskryminacji pośredniej. Należy

też zwrócić uwagę na to, że regulacje unijne tylko wyjątkowo pozwalają usprawiedliwić występowanie dyskryminacji bezpośredniej, podczas gdy trybunał strasburski stosuje ogólną formułę uzasadnienia do każdej postaci dyskryminacji, także tej opartej wprost na „możliwej do zidentyfikowania właściwości lub statusie”. W dodatku zastrzega dla państw-stron Konwencji niekiedy dość szeroki margines oceny w kontekście usprawiedliwienia nierównego traktowania. W konkretnej sprawie może zatem dojść do ustalenia, że wprowadzie wystąpiła dyskryminacja, ale ma ona „obiektywne i racjonalne uzasadnienie”. W tym względzie regulacje prawne zawarte w dyrektywach unijnych wydają się bardziej korzystne dla ofiar dyskryminacji bezpośredniej, bowiem pozwalają na jej usprawiedliwienie tylko w przypadkach wskazanych w ich regulacjach, między innymi ze względu na istotny i determinujący wymóg zawodowy.

Potwierdza to ogólną tezę, że regulacje prawne dotyczące zakazu dyskryminacji przewidziane w prawie Rady Europy oraz Unii Europejskiej wzajemnie się uzupełniają. W pewnych przypadkach korzystne dla strony będzie odwołanie się do postanowień EKPC, np. w przypadku zarzutu dyskryminacji w sferze prawa prywatnego, które nie jest objęte zakresem regulacji unijnych. W innych zaś, zwłaszcza jeśli zarzut dyskryminacji dotyczy sfery zatrudnienia, lepiej będzie oprzeć się na prawie UE, a ściślej na przepisach krajowych implementujących dyrektywy antydyskryminacyjne. Nie ma też wątpliwości, że regulacje zawarte w obu systemach prawnych wzajemnie się przenikają. Widać to wyraźnie na przykładzie klauzuli niedyskryminacji zawartej w art. 21 ust. 1 Karty praw podstawowych UE, która bierze pod uwagę nie tylko kryteria przewidziane w regulacjach unijnych, ale także te uwzględnione wcześniej w art. 14 EKPC oraz art. 1 Protokołu dodatkowego nr 12. Z kolei wpływ prawa UE na praktykę orzeczniczą trybunału strasburskiego obrazuje choćby przykład dyskryminacji pośredniej, w kontekście której wprost odwołał się on między innymi do dyrektyw 2000/43/WE oraz 2000/78/WE.





OCHRONA PRAW OSÓB STARSZYCH

– nowe wyzwania dla Rady Europy i Unii Europejskiej

JAKUB WOŁĄSIEWICZ

Ministerstwo Spraw Zagranicznych,
przewodniczący Grupy roboczej na rzecz Promocji
Praw Osób Starszych CDDH-AGE, Rada Europy

W Europie zachodzą obecnie przemiany demograficzne związane z rosnącą długością życia i malejącymi współczynnikami urodzeń. Coraz większy udział osób starszych w populacji zwiększa potrzebę zastanowienia się nad ich pozycją w społeczeństwie, w tym nad koniecznością wspierania ich niezależności oraz zapewnienia im ochrony z punktu widzenia praw człowieka. Mimo że Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności w oczywisty sposób stosuje się również do osób starszych, a niektóre z ogólnych praw człowieka odnoszą się szczególnie do nich, należy zwrócić uwagę na przeszkody, które mogą stać na drodze do pełnego poszanowania praw osób starszych, a także na środki, jakie należy podjąć, aby je usunąć.

Dwa lata temu podczas Seminarium Warszawskiego zaproponowałem stworzenie w ramach Rady Europy niewiążącego instrumentu mającego na celu wspieranie osób starszych. Do mojej propozycji przychyliły się takie wybitne osobistości, jak Thomas Hammarberg, którego pomysł był jeszcze bardziej radykalny. Thomas Hammarberg zwrócił uwagę na konieczność opracowania powszechnej lub europejskiej konwencji.

Jego propozycja wciąż jest przedmiotem dyskusji na forum Narodów Zjednoczonych, podczas gdy propozycja mniej ambitna, lecz znacznie praktyczniejsza, została sfinalizowana. Tuż po zakończeniu Seminarium Warszawskiego powołano Grupę redakcyjną ds. rekomendacji Komitetu Ministrów dla państw członkowskich w sprawie promowania praw osób starszych, której mam zaszczyt przewodniczyć.

Punktem wyjścia dla rekomendacji jest uznanie, że wszystkie prawa człowieka i podstawowe wolności mają zastosowanie do osób starszych i powinny im one przysługiwać w równym stopniu, co pozostałym. Instrument wzywa do poszanowania niezależności i zdolności prawnej osób starszych. Rekomendacja ma na celu propagowanie ochrony osób starszych w starzejących się społeczeństwach lub w sytuacjach, w których osoby te wymagają szczególnej ochrony. Osoby starsze są narażone na przemoc domową, maltretowanie, zaniedbanie lub ubóstwo; mogą nie mieć zapewnionej odpowiedniej opieki lub padać ofiarą dyskryminacji ze względu na wiek. Rekomendacja stanowi odpowiedź na te problemy i ma na celu zapewnienie właściwej równowagi między niezależnością a ochroną osób starszych.

W rekomendacji określono zasady mające na celu zwiększenie niezależności osób starszych przy jednoczesnym zapewnieniu ochrony ich praw. Zasady te są oparte na istniejących instrumentach i normach w zakresie praw człowieka.

Rekomendacja nie jest prawnie wiążącym instrumentem. Państwa członkowskie są jedynie zobowiązane do stosowania ratyfikowanych przez siebie instrumentów, z których zasady te wynikają. Zachęcamy jednak rządy państw członkowskich, aby dostosowały do zasad określonych w załączniku swoje przepisy prawne i praktyki krajowe dotyczące osób starszych. Zachęcamy je także, aby w ramach odpowiednich środków i działań propagowały ten instrument wśród właściwych organów i interesariuszy. W niektórych przypadkach może być konieczne przetłumaczenie tekstu rekomendacji na język urzędowy danego kraju. Jeśli chodzi o realizację rekomendacji, zachęcamy rządy do dzielenia się przykładami dobrych praktyk, tak aby można było je zamieścić we wspólnym systemie informacyjnym dostępnym dla publiczności, a także do przedstawienia

analizy dotyczącej realizacji rekomendacji na forum Komitetu Ministrów pięć lat po jej przyjęciu.

Jak dotąd nie uzgodniono żadnej wspólnej definicji prawnej „osoby starszej”. Osoby starsze nie stanowią jednolitej grupy. Dlatego w rekomendacji zastosowano elastyczne i obrazowe podejście i nie uwzględniono wyczerpującej definicji „osoby starszej”, która określałaby na przykład minimalny wiek. W rekomendacji uznano jednak, że państwa członkowskie Rady Europy określiły na poziomie krajowym wiek, od którego danej osobie przysługują konkretne prawa.

Rekomendacja potwierdza zasadę całkowitego przestrzegania wszystkich praw i wolności osób starszych, bez dyskryminacji. Dokument zachęca państwa członkowskie, aby uwzględniały kategorię wieku, uchwalając nowe lub zmieniając istniejące przepisy w zakresie niedyskryminacji. Chciałbym zwrócić Państwa uwagę na rezolucję Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy nr 1793(2011) w sprawie promowania aktywnego starzenia, zgodnie z którą zjawisko dyskryminacji ze względu na wiek „choć często nieświadome, w każdym przypadku podważa godność i prawa osoby starszej, a także jej własne poczucie godności, i ostatecznie prowadzi do utraty wielu zdolności”. Zgromadzenie uznało, że ageizm jest „szkodliwym uprzedzeniem, które skutkuje powszechnym brakiem szacunku dla osób starszych [...] padają [oni] ofiarą maltretowania fizycznego i nadużyć finansowych w miejscu pracy, gdzie doświadczają nierównego traktowania, i w placówkach opieki zdrowotnej, gdzie nie zawsze otrzymują odpowiednią opiekę medyczną”. Nie każda różnica w traktowaniu jest jednak równoznaczna z dyskryminacją. Władze krajowe mają margines swobody, jeżeli chodzi o ocenę tego, czy i w jakim stopniu różnica wieku uzasadnia różne traktowanie w podobnych sytuacjach. Europejski Trybunał Praw Człowieka i Europejski Komitet Praw Społecznych uznały, że odmienne traktowanie jest uzasadnione wówczas, gdy ma jakiś zgodny z prawem cel i gdy jest proporcjonalne z punktu widzenia realizacji tego celu.

Każdy ma prawo być wszędzie uznawanym za osobę w świetle prawa, jak określono w art. 6 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka i w art. 16 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych ONZ.

Uznaje się zatem, że osoby starsze cechuje samowystarczalność (potrafią samodzielnie zaspokoić swoje potrzeby), zdolność samostanowienia (potrafią wyrażać życzenia oraz samodzielnie podejmować decyzje i dokonywać wyborów) i samodzielność (potrafią same dążyć do realizacji potrzeb i celów). Bezpośrednie konsekwencje tych zasad są następujące. Osoby starsze powinny móc prowadzić niezależne życie w znajomym środowisku tak długo, jak tego chcą i jak długo są do tego zdolne. Osoby starsze powinny mieć możliwość podejmowania i przekazywania decyzji dotyczących kwestii osobistych i prawnych, w tym warunków życia, a także wyrażać wolę dotyczącą organizacji pogrzebu zgodnie z ich przekonaniem.

Spójność społeczną i czynne obywatelstwo w Europie można osiągnąć poprzez integrację społeczną wszystkich grup pokoleniowych. Polityka zorientowana na ułatwianie i wspieranie uczestnictwa osób starszych w życiu społecznym, kulturalnym i gospodarczym, w tym nawet w wolontariatach, znacznie przyczynia się do realizacji celów związanych ze wzrostem gospodarczym, z dobrobytem i ze spójnością społeczną we wszystkich krajach, a także wpływa na poprawę kondycji intelektualnej, społecznej i fizycznej osób starszych.

W rekomendacji podkreślono kwestię niezależności osób starszych i uznano je za zdolne do decydowania o sobie i swoich sprawach, a tym samym także uznano ich zdolność prawną na równi z innymi grupami społecznymi. W przypadku jednak, gdy osoba starsza cierpi na zaburzenia psychiczne, jest niepełnosprawna lub chora, może w różnym stopniu potrzebować pomocy w podejmowaniu decyzji, zgodnie z zasadą wsparcia decyzyjności przewidującą, w szczególnych przypadkach, wyznaczenie innej osoby, która będzie podejmowała decyzje w imieniu osoby starszej.

Rekomendacja porusza poważny problem przemocy, maltretowania i zaniedbywania osób starszych i wzywa państwa członkowskie, aby zapewniły osobom starszym szczególną ochronę przed takimi zagrożeniami, niezależnie od tego, czy występują one w domu, czy w instytucji. W większości przypadków maltretowanie jest zjawiskiem ukrytym: sprawcą może być krewny, na którego osoba starsza nie chce lub nie może donieść i/lub przed którym osoba starsza może nie być w stanie

się obronić. Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał, że osoby starsze często nie są w stanie z własnej inicjatywy zwrócić uwagę na niedociągnięcia w opiece.

W rekomendacji zasugerowano państwom członkowskim, aby podjęły stosowne środki informacyjne oraz inne działania, tak aby łatwiej wykrywać przemoc i nadużycia. Środki te mogą np. polegać na udzielaniu informacji i porad personelowi medycznemu, opiekunom i osobom świadczącym usługi osobom starszym na temat tego, po czym poznać, że osoba starsza jest maltretowana, i jak reagować w przypadku podejrzenia, że doszło do maltretowania. Ponadto państwa członkowskie mogą rozważyć udzielanie personelowi medycznemu i służbom kryminalistycznym instrukcji na temat tego, w jaki sposób wykrywać przemoc wobec osób starszych oraz rozpoznawać, czy zgon nastąpił z przyczyn naturalnych.

Rekomendacja zachęca państwa członkowskie, aby wszczynały skuteczne śledztwa w przypadkach, gdy istnieją wiarygodne przesłanki lub w których władze mają uzasadnione podstawy, by podejrzewać, że dopuszczono się przemocy lub maltretowania. Jest to obowiązek proceduralny wynikający z art. 3 Konwencji. Europejski Trybunał Praw Człowieka podtrzymał, że aby śledztwo było skuteczne, powinno spełniać następujące wymogi: musi dawać szansę na identyfikację i ukaranie sprawcy („adekwatność”); musi być kompleksowe i skupiać się na wszystkich istotnych okolicznościach sprawy („skrupulatność”); osoby odpowiedzialne za jego prowadzenie muszą być bezstronne i niezależne od osób zaangażowanych w sprawę („bezstronność”); śledztwo należy wszcząć dostatecznie szybko, tak aby uzyskać jak najwięcej jak najlepszych dowodów („szybkość”); powinna być sprawowana dostateczna kontrola publiczna nad śledztwem, tak aby zapewnić przejrzystość działania osób prowadzących śledztwo, utrzymać zaufanie publiczne i uniknąć pozorów działania w zмовie („kontrola publiczna”).

Osoby starsze, które padły ofiarą nadużyć, powinny otrzymać odpowiednie wsparcie i pomoc. Wsparcie takie może mieć różne formy, np. odpowiedniej pomocy medycznej i psychologicznej, i powinno być zapewniane w stosownym czasie. Rekomendacja, nawiązując do art. 13 Konwencji, stanowi, że osoby starsze mają prawo do podjęcia skutecznego

środka odwoławczego przed organami krajowymi i w stosownych przypadkach powinny mieć prawo dochodzenia roszczeń. W zależności od wieku osoby starszej organ krajowy powinien szybko podjąć decyzję i w stosownym czasie uregulować zaistniałą sytuację.

Postanowienia tego rozdziału należy interpretować w kontekście sytuacji wewnętrznej i prawa krajowego państw członkowskich Rady Europy. Niektóre kwestie związane z uczestnictwem osób starszych w życiu społecznym, kulturalnym i gospodarczym rozwinięto w rozdziale III rekomendacji.

Jeśli chodzi o ochronę społeczną osób starszych, rekomendacja opiera się głównie na art. 23 zrewidowanej Karty, który w szczególności gwarantuje niektóre prawa społeczne osób starszych i wymaga, aby państwa wprowadzały w życie środki mające na celu zaspokojenie szczególnych potrzeb osób starszych. Artykuł ten uzupełniają inne postanowienia, takie jak art. 11 (prawo do ochrony zdrowia), art. 12 (prawo do ochrony socjalnej) i art. 14 (prawo do korzystania z opieki społecznej). Ponieważ art. 23 nie uwzględnia obszaru zatrudnienia, kwestię dyskryminacji ze względu na wiek w tym zakresie rozpatruje się głównie w świetle art. 1 ust. 2 (niedyskryminacja w miejscu pracy) i art. 24 (prawo do ochrony w przypadku rozwiązania stosunku pracy).

Rekomendacja stanowi kontynuację części art. 23 zmienionej Karty, która stanowi, że państwa podejmują lub zachęcają do podejmowania środków mające w szczególności na celu „umożliwienie osobom w podeszłym wieku pozostanie pełnoprawnymi członkami społeczeństwa dopóty, dopóki możliwe, poprzez: a. zapewnienie im odpowiednich zasobów umożliwiających godziwą egzystencję i aktywny udział w życiu publicznym, społecznym i kulturalnym [...]”. Ponieważ art. 23 odnosi się w szczególności do osób starszych, które przestały pracować, wspomnianymi zasobami są emerytury oraz inne świadczenia zapewniane przez państwo. Europejski Komitet Praw Społecznych sprecyzował, że emerytury powinny być zindeksowane, powiązane i porównane ze średnimi płacami i kosztami życia, w tym kosztami transportu i opieki medycznej.

Europejski Komitet Praw Społecznych utrzymuje, że kraje, które nie przyjęły art. 23, mają obowiązek zapewnienia osobom starszym

minimalnego dobrostanu, i uzasadnia swą ocenę innymi postanowieniami zmienionej Karty.

Rekomendacja zachęca państwa członkowskie, aby wprowadzały ułatwienia dotyczące remontów mieszkań i dostępu do mieszkań socjalnych dla osób starszych w celu zapewnienia im odpowiednich i bezpiecznych warunków życia oraz uniknięcia trudności, które mogą mieć wpływ na stan zdrowia lub dobrostan osób starszych. Aby osoby starsze mogły stopniowo dostosowywać mieszkania do swoich potrzeb i stanu zdrowia, państwa członkowskie powinny zapewnić im odpowiednie wsparcie i przewidywać ich przyszłe potrzeby, dzięki czemu osoby starsze mogłyby uniknąć przyszłych trudności w życiu codziennym.

Aby móc nadal mieszkać w domu i zachować odpowiedni poziom życia, osoby starsze mogą potrzebować dodatkowej pomocy, polegającej np. na przygotowywaniu posiłków, opiece dziennej lub opiece pielęgniarzkiej, a także innych dodatkowych usługach, których ceny powinny być stosunkowo niskie, tak aby był do nich jak najszerszy dostęp.

Dostęp do zatrudnienia dla starszych pracowników może być często szczególnie utrudniony. Rekomendacja zdecydowanie zachęca państwa członkowskie, aby stosowały zasadę równego traktowania do osób starszych zgodnie z art. 14 Konwencji. Dopuszczalne są wyjątki od tej zasady. Rekomendacja zawiera schemat analizy takich wyjątków: każda różnica w traktowaniu powinna realizować zgodny z prawem cel polityki zatrudnienia i być proporcjonalna z punktu widzenia realizacji tego celu. Warunki te powinno się oceniać, biorąc pod uwagę krajową sytuację społeczną i gospodarczą w zakresie zatrudnienia. W rekomendacji podkreśla się również znaczenie promowania obecności osób starszych na rynku pracy oraz zapobiegania często powtarzającym się negatywnym działaniom wobec osób starszych w miejscu pracy.

Jeden z rozdziałów rekomendacji odnosi się głównie do kwestii zapewnienia osobom starszym długotrwałej opieki domowej lub instytucjonalnej. Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju zdefiniowała „długotrwałą opiekę” jako „szereg usług na rzecz osób, które są zależne od bieżącej pomocy przy wykonywaniu codziennych czynności w związku z przewlekłą niepełnosprawnością fizyczną lub umysłową”.

Aby zaspokoić potrzebę długotrwałej opieki, osobom starszym należy zapewnić specjalistyczną opiekę geriatryczną, uwzględniającą szczególnie potrzeby osób dotkniętych demencją. Opieka geriatryczna co do zasady ma na celu utrzymanie i poprawę ich stanu fizycznego i psychicznego. Zdrowie psychiczne jest równie ważnym elementem ogólnego stanu zdrowia, co zdrowie fizyczne. Powinno się promować zróżnicowaną i przystępną cenowo ofertę opieki dla osób starszych w ich domach lub w ośrodkach opiekuńczych.

W niektórych krajach osoby starsze mogą nie móc korzystać z opieki ze względu na jej wysoki koszt, dlatego konieczne jest wprowadzenie odpowiednich przepisów lub umów zbiorowych obejmujących nie tylko niesamodzielne osoby starsze przebywające w ośrodkach lub domach opieki. Jedną z najpoważniejszych barier dla zapewnienia odpowiedniej i fachowej opieki zdrowotnej jest brak kompetentnych opiekunów, którzy zajmowaliby się diagnozowaniem i leczeniem osób starszych. W rekomendacji zaleca się państwu członkowskim, aby wspierały szkolenie zarówno nieformalnych, jak i zawodowych opiekunów, a także promowały współpracę właściwych instytucji w ramach wielowymiarowego podejścia.

W świetle rekomendacji oraz Konwencji o prawach człowieka i biomedycynie termin „opieka medyczna” odnosi się do wszystkich czynności medycznych, w szczególności wykonywanych w ramach opieki profilaktycznej, diagnozy, leczenia chorób lub rehabilitacji.

Dobrowolna i świadoma zgoda osoby posiadającej zdolność prawną jest istotnym elementem etyki medycznej i międzynarodowych norm w zakresie praw człowieka. Osoba starsza musi być w stanie dobrowolnie udzielić lub odmówić zgody na jakikolwiek zabieg z jej udziałem i zasadniczo nie powinno się wykonywać żadnego zabiegu bez jej dobrowolnej i świadomej zgody. Zasada ta wyjaśnia kwestię niezależności pacjentów w relacjach z pracownikami służby zdrowia.

Zgodę pacjenta uznaje się za dobrowolną i świadomą, jeżeli udzielono jej na podstawie obiektywnych informacji uzyskanych od odpowiedzialnego pracownika służby zdrowia na temat możliwych konsekwencji planowanego zabiegu lub metod alternatywnych, bez nacisku ze strony osób trzecich. W związku z tym zainteresowana osoba powinna otrzymać

odpowiednie (wystarczające i jasne) informacje w szczególności na temat celów, charakteru i skutków planowanego zabiegu, a także na temat ryzyka, z jakim zabieg ten się wiąże.

Prawo do udzielenia zgody oznacza, że zgodę można w każdej chwili cofnąć oraz że decyzję osoby zainteresowanej należy uszanować, jeżeli osoba ta została w pełni poinformowana o skutkach zabiegu. W szczególnych okolicznościach normy i obowiązki zawodowe, a także zasady postępowania mogą zmusić lekarzy do dalszego świadczenia opieki, tak aby uniknąć poważnego zagrożenia dla zdrowia pacjenta.

Niektórzy pacjenci mogą nie być zdolni do udzielenia pełnej i ważnej zgody na zabieg z powodu niepełnosprawności umysłowej lub choroby. Niezdolność do udzielenia zgody należy rozpatrywać w kontekście danego zabiegu. Ze względu na różnorodność systemów prawnych w Europie (w niektórych krajach zdolność pacjenta do udzielenia zgody na zabieg należy sprawdzać przed każdym zabiegiem, natomiast w innych występuje instytucja utraty zdolności prawnej, w przypadku której pacjenta można uznać za niezdolnego do udzielenia zgody na jeden lub kilka rodzajów zabiegów) prawo krajowe każdego z państw określa, czy dana osoba jest zdolna do udzielenia zgody na zabieg, przy czym pozbawienie niezależności następuje wyłącznie wówczas, gdy jest ono konieczne i leży w interesie pacjenta. Rekomendacja nie ma na celu harmonizacji odpowiednich krajowych systemów prawnych ani uregulowania ewentualnych konfliktów kompetencji między państwami w tych złożonych kwestiach.

W rekomendacji postuluje się świadczenie dostatecznej i odpowiedniej opieki instytucjonalnej na rzecz osób starszych, które nie mogą lub nie chcą mieszkać we własnych domach. Art. 23 zmienionej Karty przyznaje osobom starszym prawo do uczestnictwa w podejmowaniu decyzji dotyczących ich leczenia, a także warunków bytowych w ośrodku, w którym przebywają.

W związku z przebywaniem w ośrodku opiekuńczym osoby starsze mogą utracić niezależność i autonomię. Osoby starsze często umieszcza się w ośrodkach opiekuńczych bez ich zgody lub bez odpowiedniej ochrony, co może mieć szczególnie wpływ na ich swobodę przemieszczania się. W rekomendacji zauważono utrzymującą się tendencję ku

dezinstytucjonalizacji oraz podkreślono, że osoby starsze powinny móc jak najdłużej pozostać w swoich domach. Kilka jej postanowień poświęcono jednak kwestii opieki w ośrodkach opiekuńczych i domach spokojnej starości w związku ze szczególnym ryzykiem nadużyć w tym środowisku. W dokumencie podkreślono ogólne zasady, zgodnie z którymi osoby starsze mają prawo do swobodnego przemieszczania się i powinny być umieszczane w domach spokojnej starości, ośrodkach opiekuńczych lub ośrodkach psychiatrycznych wówczas, gdy wyrażą na to zgodę. W rekomendacji nie zachęca się do umieszczania osób starszych w ośrodkach opiekuńczych bez ich zgody, jednak uznaje się, że istnieją przypadki, w których zgody takiej nie można otrzymać, ponieważ osoba starsza nie jest w stanie jej udzielić, lub w których władze uznają, że osobę starszą należy umieścić w ośrodku opiekuńczym dla jej dobra. Wśród możliwych przyczyn można wymienić fakt, że osoba starsza staje się zagrożeniem dla siebie i innych, nie jest w stanie zaspokoić podstawowych potrzeb osobistych lub stanowi zagrożenie dla porządku publicznego. Na tej podstawie zaleca się, aby wszelkie ograniczenia prawa do swobodnego przemieszczania się były zgodne z prawem, konieczne i proporcjonalne oraz zgodne z międzynarodowymi prawami człowieka. Ponadto wszelkie indywidualne ograniczenia dotyczące osób starszych muszą być wprowadzane za dobrowolną i świadomą zgodą tych osób lub, jeżeli wprowadza się je bez ich zgody, proporcjonalne do ryzyka poniesienia szkody. Musi być możliwość podważenia takich decyzji, które ponadto powinny być przedmiotem regularnej kontroli i rewizji.

Jak pokazuje orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, umieszczenie osoby starszej w ośrodku opiekuńczym stwarza szczególne trudności, jeżeli chodzi o prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego (art. 5 ust. 1 Konwencji). W sprawie *H.M. przeciwko Szwajcarii* skarżąca stwierdziła, że została umieszczona w domu opieki wbrew własnej woli. Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał, że nie doszło do pozbawienia wolności w rozumieniu art. 5 ust. 1 Konwencji, w związku z czym postanowienie to nie ma zastosowania w przedmiotowej sprawie. Europejski Trybunał Praw Człowieka wziął pod uwagę fakt, że władze krajowe nakazały umieszczenie skarżącej w domu opieki w jej interesie, aby

zapewnić jej konieczną opiekę medyczną oraz satysfakcjonujące warunki życia i warunki higieniczne, jednak czynnikiem decydującym wydaje się okoliczność, że po przeprowadzce do domu opieki skarżąca zgodziła się na to, aby w nim pozostać.

Godność ludzką powinno się szanować na każdym etapie życia człowieka, również wtedy, gdy jest on nieuleczalnie chory i umiera. Opieka paliatywna pomaga zachować tę godność, stwarzając odpowiednie środowisko dla takich pacjentów i pomagając im uporać się z bólem i innymi dokuczliwymi objawami. W związku z tym opieka paliatywna powinna być dostępna w każdym środowisku, aby zaspokoić stopniowo rosnące potrzeby osób starszych. W tym celu państwa członkowskie dbają o to, aby dostępni byli wyszkoleni specjaliści w tej dziedzinie, oraz zachęcają tych specjalistów do współpracy. Opieka paliatywna powinna uwzględniać potrzeby i preferencje osób starszych, w tym ich poglądy oraz to, jaki język dana osoba jest w stanie zrozumieć.

Światowa Organizacja Zdrowia definiuje opiekę paliatywną jako „podejście mające na celu zwiększenie jakości życia pacjentów i rodzin pacjentów dotkniętych problemem zagrażającej życiu choroby poprzez zapobieganie i przynoszenie ulgi w cierpieniu oraz wzorową diagnostykę i leczenie bólu oraz innych dolegliwości fizycznych, psychospołecznych i psychicznych”.

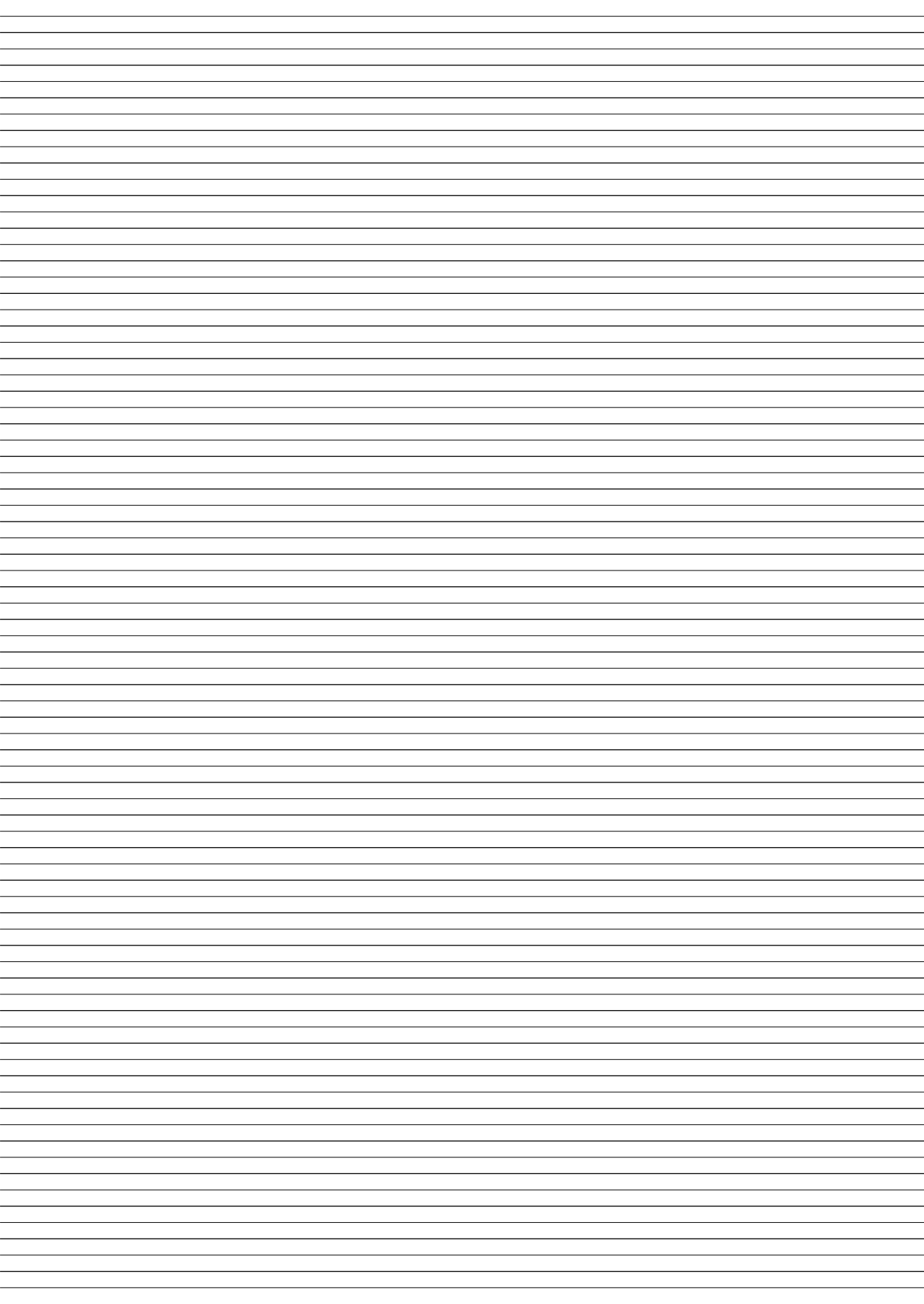
Rada Europy szczegółowo określiła zasady świadczenia opieki paliatywnej w Europie w rekomendacji Komitetu Ministrów Rec(2003)24 w sprawie organizacji opieki paliatywnej. W preambule Komitet Ministrów uznał, że „opieka paliatywna jest integralną częścią systemu opieki zdrowotnej i nieodłącznym elementem prawa jednostki do opieki zdrowotnej, w związku z czym do obowiązków rządu należy zagwarantowanie, aby opieka paliatywna była dostępna dla wszystkich, którzy jej potrzebują”.

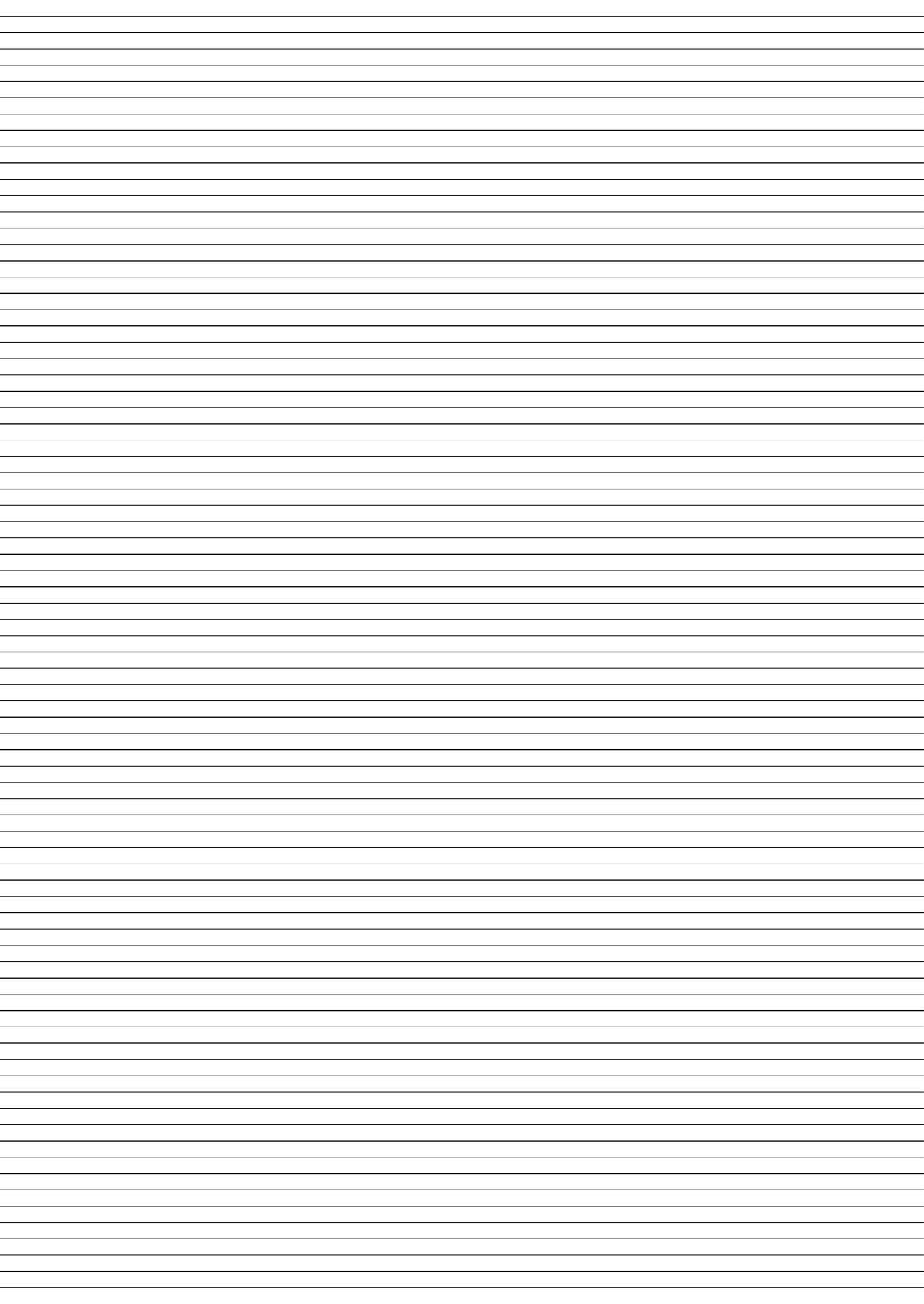
Ochrona praw człowieka wymaga skutecznie funkcjonującego wymiaru sprawiedliwości, terminowych środków odwoławczych na wypadek pogwałcenia praw oraz szczególnych gwarancji, że wszystkie osoby są równe w obliczu prawa i przed sądem. Rekomendacja stanowi kontynuację art. 6 Konwencji i dotyczy dostępu osób starszych do wymiaru

sprawiedliwości oraz prawa osób starszych do rzetelnego procesu sądowego. W sprawach *Süssmann przeciwko Niemcom* i *Jablonská przeciwko Polsce* Europejski Trybunał Praw Człowieka podtrzymał, że zaawansowany wiek jest istotnym czynnikiem, który należy wziąć pod uwagę, kiedy się rozpatruje, czy sprawę rozstrzygnięto „w rozsądnym terminie”, i może zaostrzać wymóg szybkiego procesu wynikający z art. 6 ust. 1 Konwencji.

Przykłady szczególnych środków mających na celu zapewnienie osobom starszym dostępu do wymiaru sprawiedliwości można znaleźć w sprawozdaniu Sekretarza Generalnego ONZ dotyczącego realizacji postanowień Drugiego Światowego Zgromadzenia na temat Starzenia się Społeczeństw z lipca 2011 r. Do środków takich należy np. świadczenie pomocy prawnej lub powoływanie specjalnych organów zajmujących się świadczeniem pomocy, w tym pomocy technicznej, na rzecz osób starszych; odraczenie, zmniejszanie lub zwalnianie z opłat sądowych; powoływanie specjalnych sądów i ław przysięgłych rozstrzygających spory z udziałem osób starszych; świadczenie doradztwa w zakresie praw człowieka na rzecz osób starszych przebywających w ośrodkach opiekuńczych; a także udzielanie pożyczek na pokrycie kosztów procesowych.

Europejski Trybunał Praw Człowieka bierze pod uwagę wiek i sytuację skarżącego przy zasądzeniu odszkodowania pieniężnego. W sprawie *Georgel i Georgeta Stoicescu przeciwko Rumunii* Trybunał uznał, że państwo nie wywiązało się z obowiązku zapewnienia 72-letniej skarżącej ochrony przed atakiem bezpańskich psów, wynikającego z art. 8, i stwierdził, że należało wziąć pod uwagę fatalny stan finansów skarżącej, zaawansowany wiek oraz pogarszający się stan zdrowia, a także fakt, że skorzystała ona z bezpłatnej pomocy medycznej dopiero dwa i pół roku po wypadku.





DYSKUSJA kończąca Panel II

Mirosław Wyrzykowski Bardzo dziękuję. Proszę Państwa, doszliśmy do zakończenia panelu. Zgodnie z programem mamy w tej chwili czas na dyskusję. Czy ktoś z Państwa ma ochotę zabrać głos? Bardzo proszę.

Jakub Wołaszewicz Ja mam króciutki komentarz dotyczący kwestii łączenia dwóch systemów, tzn. Europejskiej Konwencji z systemem Unii Europejskiej. Rzeczywiście instytucjonalnie wszystko można zrobić, przygotowany protokół porozumienia w zasadzie odpowiada na wszystkie pytania. Jednak cały czas, uczestnicząc w tym procesie, nie dostałem odpowiedzi na jedno pytanie: jakie Unia Europejska ma konkretne *remedies*, czyli środki odwoławcze, które my rozumiemy w kontekście Europejskiej Konwencji. Bo to jest moim zdaniem podstawowy problem i stanowisko zarówno sędziów Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, jak i sędziów Luksemburga jest tutaj dosyć jednoznaczne, że takich środków po prostu nie widać. To wszystko.

Mirosław Wyrzykowski Rozumiem, że to była wypowiedź, a nie pytanie. Bardzo proszę.

Jakub Wołaszewicz Jeżeli znajdę odpowiedź, to dam znać.

Mirosław Wyrzykowski Rozumiem. Było to pytanie kierowane do Unii Europejskiej w większym stopniu niż do uczestników, ale oczywiście, jeżeli ktoś z Państwa chciałby odpowiedzieć, to odpowiedź na to pytanie może być przedmiotem następnej konferencji. Bardzo proszę. Czy są jeszcze pytania? Jeżeli nie ma, to zanim przekażę głos Pani prof. Lipowicz, trochę nadużywając swojej pozycji osoby, która ma w ręku mikrofon, chciałbym jako obywatel RP i tym samym jako obywatel Unii Europejskiej zwrócić się kolejny raz z apelem do polskiego rządu o wycofanie

się z protokołu polsko-brytyjskiego. Bardzo dziękuję, oddaję głos Pani prof. Lipowicz.

Justyna Chrzanowska Szanowni Państwo, VII Seminarium Warszawskie dobiega końca. Zanim oddamy głos gospodyni, Pani prof. Irenie Lipowicz, chciałabym w imieniu Ministra Spraw Zagranicznych oraz własnym podziękować raz jeszcze Pani profesor za przyjęcie zaproszenia do wspólnej organizacji dzisiejszego wydarzenia. Chciałabym również podziękować wszystkim uczestnikom, zwłaszcza panelistom i moderatorom, za ich wkład w dyskusję. Także za głosy krytyczne, które padły pod adresem rządu czy też jego administracji, bo jak pisał Ignacy Krasicki: „Prawdziwa cnota krytyk się nie boi. Niechaj występek jęczy i boleje”. Sądzę, że właśnie krytyczna dyskusja może się stać motorem do dalszego działania. Kiedyś Antoine de Saint-Exupéry napisał: „Nie potrafię przewidywać, ale potrafię kłaść podwaliny, bo przyszłość jest czymś, co się buduje”. Jestem przekonana, że dzisiejszym seminarium przyczyniliśmy się do budowy spójnego systemu ochrony praw człowieka nie tylko w Polsce, lecz także w Europie. Zanim jednak przystąpimy do tej budowy w imieniu Ministra Spraw Zagranicznych zapraszam wszystkich uczestników seminarium na kolację do Pałacyku na Foksal. A teraz oddaję głos Pani profesor Irenie Lipowicz. Dziękuję.

Irena Lipowicz Szanowni Państwo, trudno o przyjemniejsze przeżycie niż to dzisiejsze. Ciekawa konferencja, poruszone ważne społeczne problemy. Wystąpienia, które kończyły się mocnymi, niespodziewanymi akcentami, interesujące analizy i porównania systemów prawnych. Czegóż więcej – oprócz pełnej realizacji standardów europejskich – moglibyśmy sobie życzyć?

Moje podsumowanie będzie króciutkie. Jestem bardzo wdzięczna Panu ambasadorowi Wołásiewiczowi za wybór tematu. Kiedy obejmowałam ten urząd w 2010 r., wybrałam trzy priorytety: prawa osób starszych, prawa osób z niepełnosprawnością i prawa imigrantów. Uważałam, że przy całej ważności pozostałych tematów te kwestie nie zostały dotychczas wystarczająco naświetlone, przy całej wspaniałej działalności moich poprzedników. Teraz odczuwam wielką satysfakcję, bo wtedy mój wybór spotkał się w mediach z niedowierzaniem, a nawet szyderstwem. Rok

osób starszych, to wszystko przyszło dopiero później. Pan ambasador ma w tym swój udział. Dlatego bardzo symbolicznie i uroczystie chciałabym Panu wręczyć wynik prac komisji ekspertów, które oczywiście na życzenie przyślę wszystkim z Państwa: *Strategie działania w starzejącym się społeczeństwie – tezy i rekomendacje*. Fantastyczni eksperci, którzy pracowali dla nas społecznie, szereg debat stoczonych w tej sali. Polecam bardzo Państwa uwadze wyniki ostatniej debaty *Język, w jakim władza publiczna i media mówią o starości*. Tam można zobaczyć, jak straszne stereotypy na temat starszych ludzi i okrutne traktowanie wyłaniają się z samego sposobu mówienia o nich.

A teraz kilka słów w ramach krótkiego podsumowania. Chciałabym jedynie jeszcze raz przewinąć przed naszymi oczami kalejdoskop z pojedynczymi zdaniem, bardzo subiektywnie wybranymi przeze mnie i przez Pana dyrektora Wróblewskiego. Przypominam, że rozpoczęliśmy od wspólnych wykładów honorowych. Pierwsze trzy debaty poświęcono takim pojęciom, jak godność, wolność i sprawiedliwość. Debata o godności, moderowanej przez Instytut Filozofii i Socjologii Polskiej Akademii Nauk nie zamknęliśmy w kręgu akademickim. Naszymi gośćmi były osoby z niepełnosprawnością, bezdomni pensjonariusze Schroniska św. Łazarza i więźniowie. Mówili nam, jak odczuwają naruszanie swojej godności. Kiedy Pani premier Suchocka mówiła o naszej dwudziestoletniej drodze do Konwencji, patrzyłam na te wszystkie osoby, obecne na tej sali, które nas tą drogą prowadziły. Mimo wszystkich naszych słabości jesteśmy już w innym miejscu. Widać to zwłaszcza przy okazji realizowania razem z Ministrem Spraw Zagranicznych Programu Partnerstwa Wschodniego. Miałam tę satysfakcję, wracając ostatnio z Tirany, gdzie z miejscowym rzecznikiem praw obywatelskich mówiliśmy o podstawowych standardach ochrony praw człowieka, mam ją teraz, kiedy gościmy szwedzką ombudsmann, która z całym zespołem przybyła dyskutować z nami i poznać nasze praktyki w zakresie ochrony praw osób starszych. Kiedy Pan profesor Drzewicki mówił o przewlekłości w sprawach karnych jako naszej głównej chorobie, odczułam gorzki rodzaj satysfakcji, że jest to jeden z głównych przedmiotów naszych publikacji. Czuję się wzmocniona, że właśnie tematy, które poruszałam – kwestia reprzywatyzacji,

przewlekłości w postępowaniu karnym i oczywiście przeludnienia zakładów karnych – również Rada Europy odczuwa jako żywotne dla Polski.

Prof. Makarczyk podkreślał ważność statusu sędziego ETPC jako gwarancji jego niezawisłości. Pani Corinne Amat mówiła o poprawie pozycji Polski w wykonywaniu wyroków, ale również o naszych słabościach. Jestem wdzięczna dr. Bodnarowi za dobre słowo o naszej pracy. Wraz z instytucją Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka stale nam towarzyszy i jest to świetna asysta, bardzo krytyczna, szczególnie w sprawach OPCAT. Pozwala nam nie popaść w samozadowolenie i wskazuje kwestie, które jeszcze robimy źle. Jestem też wdzięczna za słowa, że stworzenie podkomisji wymaga zdecydowanego przyspieszenia działań.

Chciałabym powiedzieć, że czujemy zawsze wsparcie, goszcząc siostrzane instytucje. Takie poczucie bliskości odczułam w trakcie wystąpienia wiceombudsman Finlandii. Chcę przypomnieć, jak ważne było wskazanie roli krajowych ombudsmanów w zapewnieniu przestrzegania praw człowieka na tle orzeczeń ETPC i pokazanie, jak ta subsydiarność promieniuje. Dobrze współgrało to z propozycją dyrektora Wróblewskiego z końcowej części jego wystąpienia. Z taką wizją wzmocnienia europejskiego ombudsmana bardzo się zgadzam.

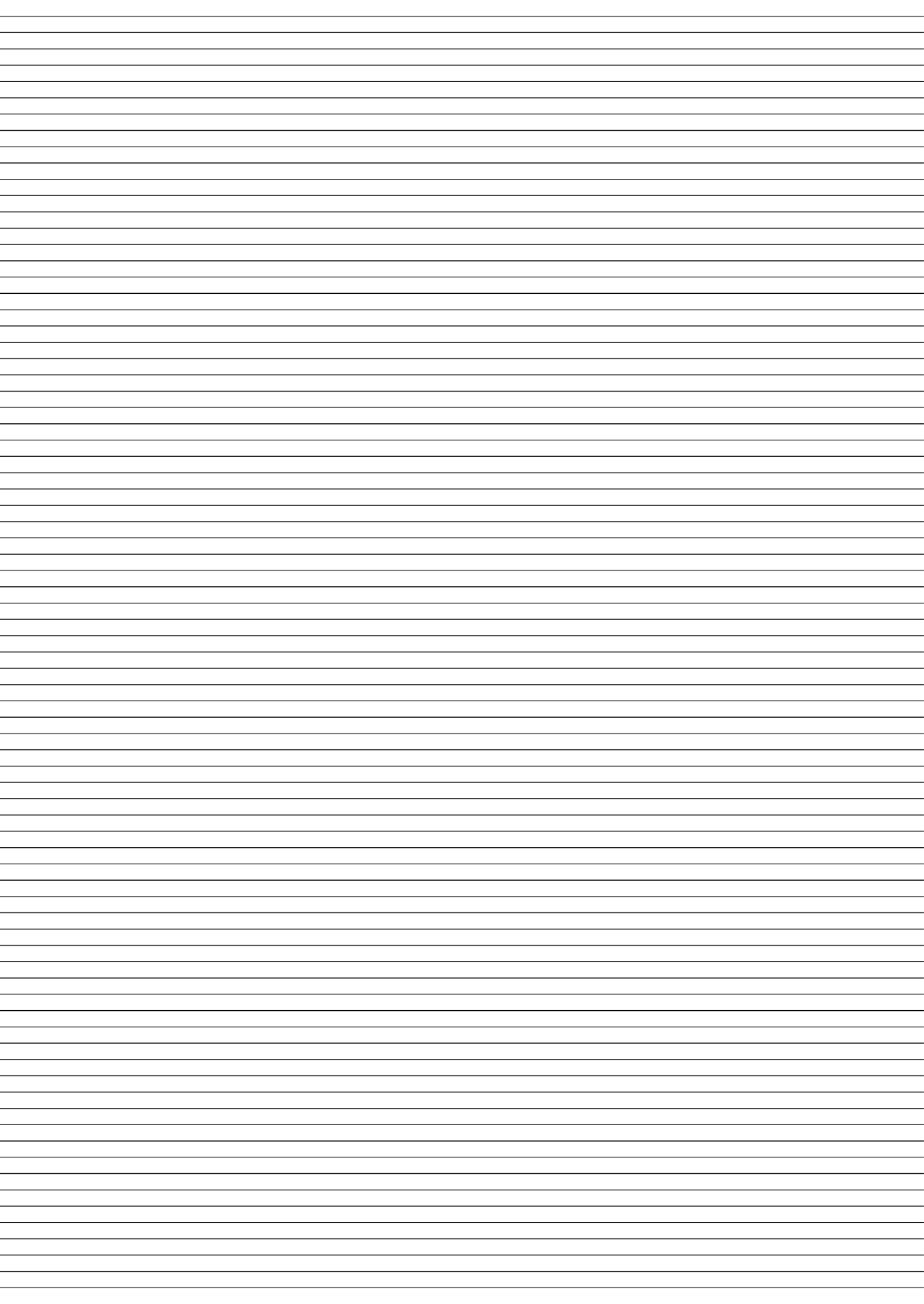
Wiem, jak trudno byłoby nam działać, mierzyć z niechęcią urzędników do uwzględniania naszych uwag, gdyby nie nasze mocne kompetencje, czyli możliwość wniosku do Trybunału. Nasza pozycja byłaby zupełnie inna w kontekście tych 62 tysięcy skarg rocznie polskiego ombudsmana. Jestem bardzo wdzięczna Pani prof. Półtorak za naświetlenie kwestii, że zbyt duży nacisk kładziemy na zachowanie autonomii wobec prawa unijnego, a pomijamy perspektywę interesu podmiotów prywatnych. To dla nich przecież dokonała się ta akcesja.

Pani prof. Wyrozumska, której rola w polskim systemie ochrony praw człowieka jest ogromna, pokazała nam nową szkołę myślenia o prawie międzynarodowym. Jestem też wdzięczna Panu dr. Wróblewskiemu, że pokazał nas jako mechanizm wczesnego ostrzegania. I przede wszystkim chciałabym serdecznie podziękować moderatorom. Podziękowanie to składam na ręce Pana prof. Wyrzykowskiego. Rola moderatora jest

ogromna, nie tylko w utrzymaniu dyscypliny czasowej, ale także w kierowaniu naszej uwagi na poszczególne problemy.

Szanowni Państwo, nie zdążyłam powiedzieć o wszystkich wystąpieniach, proszę mi wybaczyć. Chcę tylko powiedzieć, że jesteśmy w połowie długiej drogi. Dobre praktyki to ważna rzecz, wzajemne inspirowanie się, współpraca krajowych instytucji rzeczników, współpraca resortów spraw zagranicznych w ponagłaniu do realizowania standardów – to wszystko jest ważne. Ale bez silnej roli orzecznictwa i bez Strasburga nie udałoby się nam tak dobrze. I za to serdecznie tym wszystkim, którzy się do tego przyczynili, z całego serca dziękuję.

Proszę jeszcze o wielkie brawa dla naszych tłumaczy migowych oraz na inne języki. Wykonali dla nas wielką pracę. Bardzo im dziękujemy.



UCZESTNICY SEMINARIUM

Polska:

Anweiler Monika – ELSA

Balcerzak Michał – Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Baran Beata – ELSA

Bednaryczyk Bogusława – Uniwersytet Jagielloński

Biedroń Robert – Komisja Sprawiedliwości i Praw Człowieka Sejmu RP

Bielińska Marta – Ministerstwo Spraw Zagranicznych

Bieniasz Dorota – Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich

Bobrowicz Maciej – Krajowa Rada Radców Prawnych

Bodnar Adam – Helsińska Fundacja Praw Człowieka

Bojarski Łukasz – Krajowa Rada Sądownictwa

Borowska Magdalena – Ministerstwo Spraw Zagranicznych

Bralczyk Katarzyna – Ministerstwo Spraw Zagranicznych

Buczowska Elżbieta – Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa

Bychawska-Sinarska Dominika – Helsińska Fundacja Praw Człowieka

Chrzanowska Justyna – Ministerstwo Spraw Zagranicznych

Czarnecka Karolina – Ministerstwo Spraw Zagranicznych

Dąbrowiecka Agnieszka – Ministerstwo Sprawiedliwości

Dołowska Kamila – Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich

Draginja Nadażdin – Amnesty International

Drzewicki Krzysztof – Ministerstwo Spraw Zagranicznych

Dyszlewska Agnieszka – Ministerstwo Spraw Zagranicznych

Feliga Przemysław – Sąd Okręgowy w Warszawie

Gacek Marek – Ministerstwo Spraw Zagranicznych

Gacek Urszula – Ministerstwo Spraw Zagranicznych

- Gajewska Martyna* – Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
Gąsiorowska Monika – Komisja Praw Człowieka Naczelnej
Rady Adwokackiej
Gliszczyńska-Grabias Aleksandra – Poznańskie Centrum
Praw Człowieka
Górska-Łazarz Katarzyna – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Gramowska Joanna – Komisja Praw Człowieka, Praworządności
i Petycji Senatu RP
Grzelak Agnieszka – Biuro Analiz Sejmowych Kancelarii Sejmu RP
Grzelak Anna – Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
Haliniak Marek – Krajowa Szkoła Administracji Publicznej
Hermeliński Wojciech – Trybunał Konstytucyjny
Holy Katarzyna – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Janicka Dominika – Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
Kalicka-Andziak Justyna – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Kamińska Irena – Stowarzyszenie Sędziów Themis
Kłaczyńska Natalia – Biuro Pełnomocnika Terenowego Rzecznika Praw
Obywatelskich we Wrocławiu
Kłos Michał – Sąd Apelacyjny w Łodzi
Kobielski Piotr – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Kolendowska-Matejczuk Marta – Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
Kozińska Agnieszka – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Kozłowska-Rajewicz Agnieszka – Pełnomocnik Rządu
ds. Równego Traktowania
Krupa-Krawczyńska Magdalena – Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
Leszczyński Marek – Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku
Lewandowska Justyna – Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
Lewicka-Szostak Wioletta – Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
Lipowicz Irena – Rzecznik Praw Obywatelskich
Luboińska-Rutkiewicz Anna – Rada ds. Uchodźców III Kadencji
Łakoma Katarzyna – Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
Łukaszuk Marek – Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
Macenowicz Marcin – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Machińska Hanna – Biuro Rady Europy w Warszawie

- Makarczyk Jerzy* – pierwszy sędzia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wybrany z ramienia Polski
- Maliszewska-Nienartowicz Justyna* – Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
- Małczyńska-Umeda Magdalena* – artysta grafik
- Matejczuk Grzegorz* – Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
- Metelska Justyna* – Komisja Praw Człowieka Naczelnej Rady Adwokackiej
- Mężykowska Aleksandra* – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
- Michna Ewa* – Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie
- Miller Marek* – Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa
- Muskała Maria* – Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
- Nawacki Lesław* – Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
- Nowak-Far Artur* – Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Spraw Zagranicznych
- Olejnik Lidia* – Okręgowy Inspektorat Służby Więziennej w Opolu
- Orzeszyna Krzysztof* – Katolicki Uniwersytet Lubelski Jana Pawła II
- Osik Paweł* – Komisja Praw Człowieka Naczelnej Rady Adwokackiej
- Pęk Ryszard* – Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu
- Piebiak Łukasz* – Stowarzyszenie Sędziów Polskich Iustitia
- Pietraszko Leszek* – Krajowa Szkoła Sądownictwa i Prokuratury
- Pietrzak Mikołaj* – Komisja Praw Człowieka Naczelnej Rady Adwokackiej
- Płończyk Katarzyna* – Prokuratura Apelacyjna w Krakowie
- Półtorak Nina* – Uniwersytet Jagielloński
- Pruszyńska-Bielawka Ewelina* – radca prawny
- Rogalska-Piechota Agata* – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
- Ryś Rafał* – Sąd Okręgowy w Gdańsku
- Sadurski Wojciech* – Wojewódzki Sąd Administracyjny w Lublinie
- Sanetra Walerian* – sędzia Sądu Najwyższego w stanie spoczynku
- Sitek Bronisław* – Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa
- Słupska-Uczkiewicz Bogdana* – Komisja Praw Człowieka Naczelnej Rady Adwokackiej
- Stec Mirosław* – Rada Legislacyjna

- Stefański Andrzej* – Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
Suchocka Hanna – Ambasador RP
Suchożebrska Eliza – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Szafrańska Urszula – Ministerstwo Sprawiedliwości
Szumlik Bogusław – Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
w Warszawie
Szpunar Maciej – Rzecznik Generalny przy Trybunale
Sprawiedliwości UE
Szymborska Barbara – Biuro Pełnomocnika Rządu
ds. Równego Traktowania
Śliwa Janusz – Prokuratura Apelacyjna w Krakowie
Świętczak Małgorzata – Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
Tadla Tomasz – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Troszczyńska-Reyman Joanna – Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
Turek Piotr – Prokuratura Generalna
Wąsek-Wiaderek Małgorzata – Biuro Studiów i Analiz
Sądu Najwyższego
Węgrzyn Wojciech – Podsekretarz Stanu w Ministerstwie
Sprawiedliwości
Wilk-Ilewicz Agnieszka – Naczelny Sąd Administracyjny
Wiśniewski Adam – Uniwersytet Gdański
Wołosiewicz Jakub – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Wróblewski Mirosław – Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
Wyrozumska Anna – Rada Legislacyjna
Wyrzykowski Mirosław – Uniwersytet Warszawski
Zbroja Dariusz – Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
Zieliński Adam – Uniwersytet Warszawski
Zwara Andrzej – Komisja Praw Człowieka Naczelnej Rady Adwokackiej
Żarkiewicz Edyta – Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach

Inne państwa:

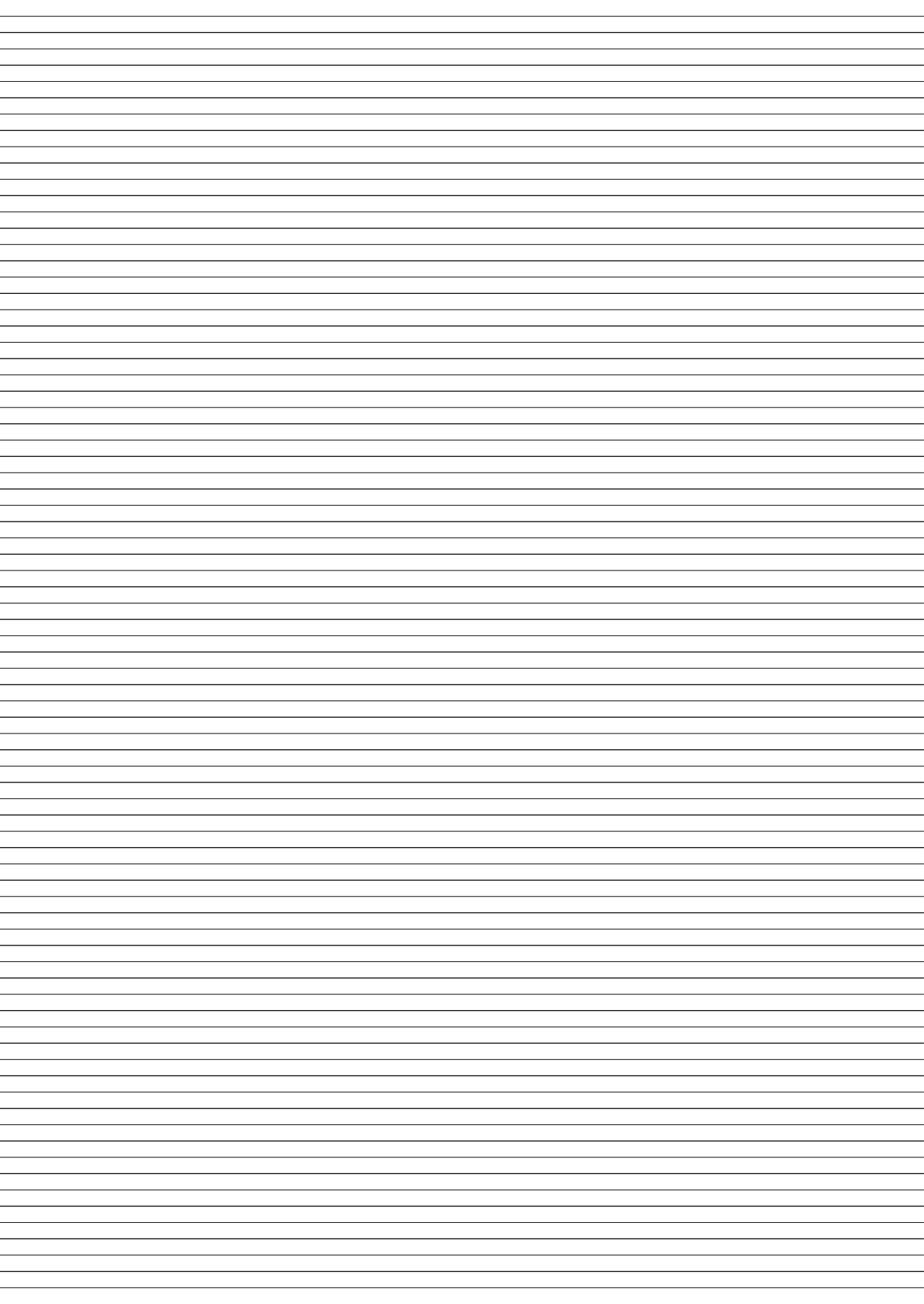
- Amat Corinne* – Rada Europy
Elens-Passos Françoise – Europejski Trybunał Praw Człowieka
Ezer Oana – Ministerstwo Spraw Zagranicznych Rumunii

Sakslin Maija – Zastępca Rzecznika Praw Obywatelskich, Finlandia

Satu Sistonen – Ministerstwo Spraw Zagranicznych Finlandii

Spielmann Dean – Prezes Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

Wojtyczek Krzysztof – sędzia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka
wybrany z ramienia Polski





WYSTAWA
„20 lat Polski w strasburskim
systemie ochrony praw człowieka”

EXHIBITION
“20 years of Poland in the Strasbourg
system of human rights protection”

WYSTĄPIENIE DEANA SPIELMANNA

Prezesa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka
otwierające wystawę „20 lat Polski w strasburskim
systemie ochrony praw człowieka”

Szanowni Państwo, widok wystawy upamiętniającej 20-lecie przystąpienia Polski do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka napawa radością. Nie każdy kraj obchodziłby tę rocznicę w tak pozytywny sposób.

Pozwólcie mi Państwo wyrazić satysfakcję i wzruszenie, które odczuwam, uczestnicząc w otwarciu tej wystawy w towarzystwie polskiego sędziego Trybunału Krzysztofa Wojtyczka. Jest również z nami Jerzy Markarczyk – pierwszy sędzia z Polski wybrany do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Dwadzieścia lat po akcesji Polska utrzymuje dojrzałe i konstruktywne relacje z Europejskim Trybunałem Praw Człowieka. Polski głos w toczących się obecnie dyskusjach nad reformą nieustannie wspiera system Konwencji i działa na rzecz wzmocnienia europejskiego modelu praw człowieka.

Chciałbym przy tej okazji przypomnieć, że Polska miała swój udział w początkach powstawania mechanizmu wyroków pilotażowych Trybunału. Pozytywne stanowisko polskich władz w sprawie *Broniowski* stworzyło warunki do tej niezmiernie ważnej innowacji sądowej, będącej obecnie częścią postępowań dotyczących Konwencji. Pragnę z tego powodu wyrazić uznanie dla państwa polskiego.

Winszuję wszystkim z okazji jubileuszu i cieszę się, że mogę wraz z Państwem uczestniczyć w uroczystości poświęconej prawom człowieka.

Dziękuję.

WELCOME ADDRESS

by Dean Spielmann, President of the European Court of Human Rights on the occasion of the opening of the exhibition "20 years of Poland in the Strasbourg system of human rights protection"

Ladies and Gentlemen, the sight of this exhibition, celebrating Poland's twenty years as a party to the European Convention on Human Rights, is one that gladdens the heart. It is not every European country that would mark an anniversary of this sort in such a positive way.

So let me say how very pleased and touched I am to attend this opening, in the company of the Polish judge on the Court, Krzysztof Wojtyczek.

And also in the presence of the first judge elected to the European Court of Human Rights in respect of Poland, Jerzy Makarczyk.

Twenty years after accession, Poland enjoys a mature and constructive relationship with the European Court of Human Rights. The Polish voice in the reform discussions now under way is consistently supportive of the Convention system, and seeks to consolidate Europe's human rights model.

I should also mention here the fact that Poland was at the origin of the Court's pilot judgment procedure. The positive stance of the Polish authorities in the *Broniowski* case created the conditions for this very important judicial innovation, which is now an accepted feature of Convention proceedings. I pay tribute to this State for that.

In this anniversary year, I convey to you all my best regards, and I am happy to share in your celebration of human rights.

Thank you

20 lat Polski w strasburskim systemie ochrony praw człowieka

VII Seminarium Warszawskiemu „Obywatel w Radzie Europy i Unii Europejskiej. Nowe wyzwania po dwudziestu latach od przystąpienia przez Polskę do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności” towarzyszy wystawa poświęcona rocznicy dwudziestolecia związania się przez Polskę Konwencją o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz jurysdykcją Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Ekspozycja prezentuje m.in. sylwetki osób, które uczestniczyły w procedurze traktatowej, Prezesów Trybunału oraz sędziów Trybunału wybranych z ramienia Polski, jak również kopie dokumentów i zdjęcia upamiętniające najistotniejsze wydarzenia ostatnich dwudziestu lat w zakresie stosowania Konwencji.

Magdalena Małczyńska-Umeda

grafik-projektant specjalizuje się w projektowaniu informacji wizualnej; przedstawień danych liczbowych, diagramów, modeli. Projektując infografiki chętnie czerpie między innymi z dorobku ISOTYPE Movement, który bada w ramach studiów doktoranckich na Akademii Sztuk Pięknych w Warszawie.

International System Of Typographic Picture Education to metoda wizualnej prezentacji danych liczbowych, relacji i procesów opracowana przez austriackiego socjologa Otto Neurath'a na początku XX w. Jej podstawowe założenia nakazują używać jak najprostszycch form i kolorów, ograniczać ilość informacji na planszy i komponować je tak, by na pierwszy rzut oka widać było tylko to, co jest najważniejsze, na drugi - rzeczy mniej istotne a na trzeci - jedynie szczegóły.

www.malczynska.pl

Zdjęcia zostały udostępnione dzięki uprzejmości Rady Europy.

20 years of Poland in the Strasbourg system of human rights protection

The 7th Warsaw Seminar *The Citizen in the Council of Europe and the European Union – new challenges twenty years after Poland's accession to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* is accompanied by an exhibition dedicated to the 20th anniversary of Poland's accession to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the jurisdiction of the European Court of Human Rights.

The exhibition presents inter alia the profiles of people who have participated in the Treaty procedure, the Presidents of the Court, its judges appointed by Poland, as well as copies of documents and photos marking the most important stages in the last twenty years of the Convention's application.

Magdalena Małczyńska-Umeda

Graphic designer who specializes in visual information, representation of numerical data, diagrams and models. When designing infographics, she draws, among others, on the work of the ISOTYPE Movement, which has been subject of her doctoral research at the Academy of Fine Arts in Warsaw.

The International System Of Typographic Picture Education is a method of visual representation of numerical data, relationships, and processes. It was developed by the Austrian sociologist Otto Neurath at the beginning of the 20th century. Its key assumptions are to use the simplest forms and colours possible, to reduce the amount of information on the board and to arrange it so that what you see first is the most important message, followed by some less important elements and eventually small details.

www.malczynska.pl

Photos are courtesy of the Council of Europe.

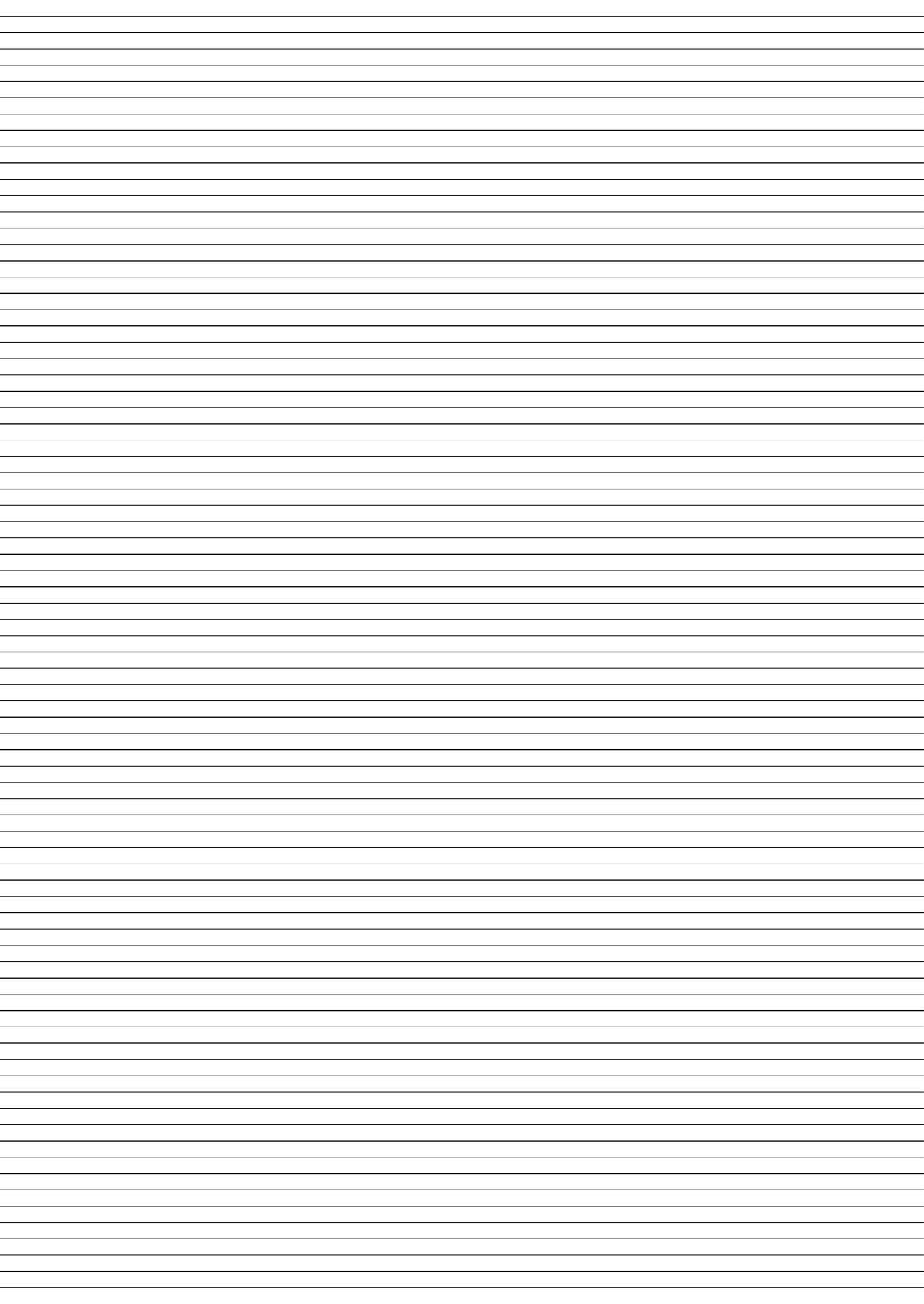












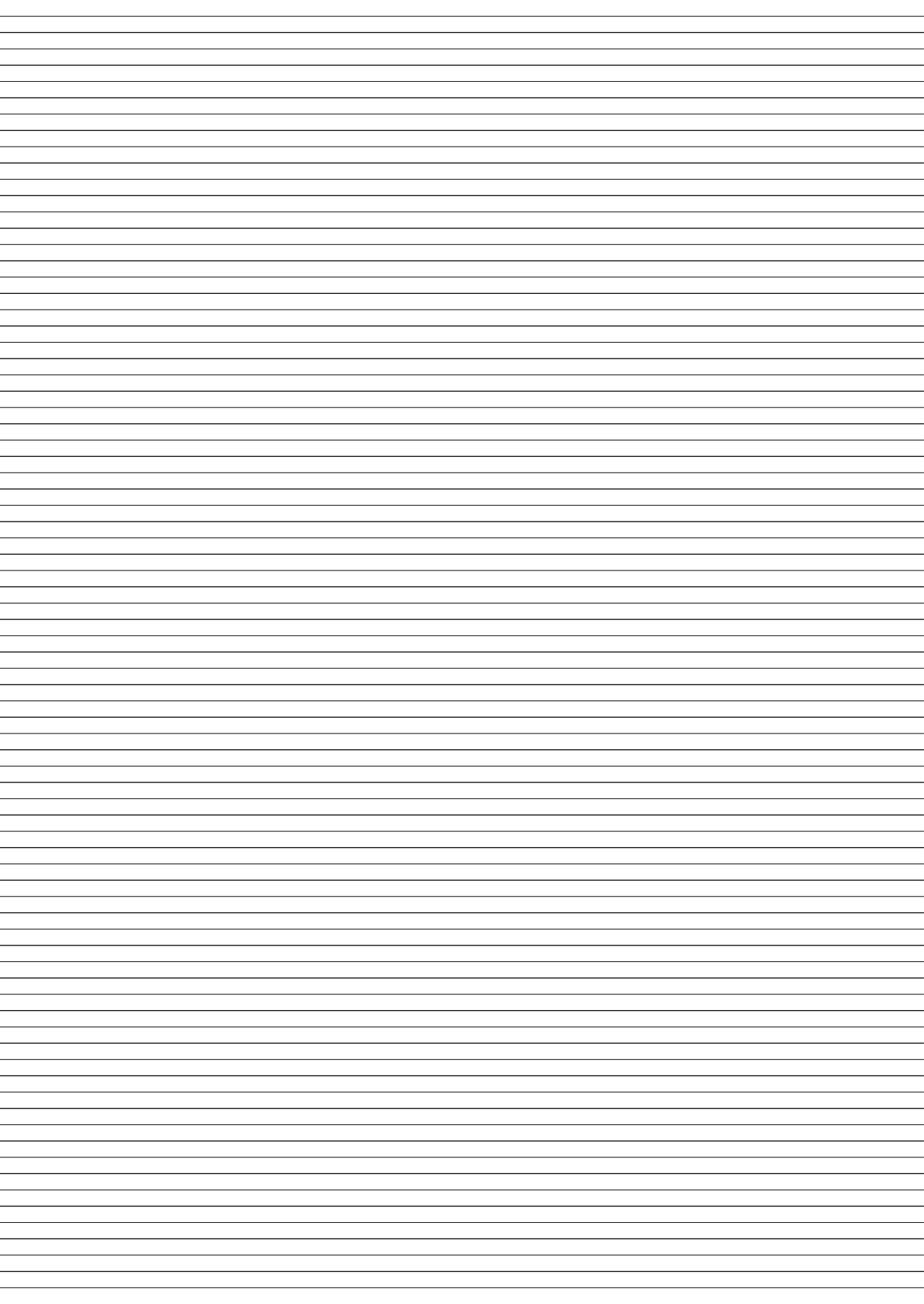
VII WARSAW SEMINAR

THE CITIZEN IN THE COUNCIL
OF EUROPE AND
THE EUROPEAN UNION

New Challenges Twenty Years After Poland's
Accession to the Convention for the Protection
of Human Rights and Fundamental Freedoms

Warsaw, 2014

**CONFERENCE ORGANIZED
BY THE MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS
IN COOPERATION WITH THE OFFICE
OF THE HUMAN RIGHTS DEFENDER OF POLAND
WARSAW, 25 OCTOBER 2013**





INTRODUCTORY
SPEECHES

PROFESSOR
IRENA LIPOWICZ

HUMAN RIGHTS DEFENDER OF POLAND

The Polish path to enforcement of human rights and the Council of Europe standards arose with the spirit of freedom accompanying the “Solidarity” movement. Adoption of the Convention is one of the most significant stages, but most definitely not the end of this path. Twenty years later, we can still see new challenges and goals ahead. Therefore, I am happy to say that today’s anniversary of Poland’s accession to the Convention has become an opportunity to draw conclusions, but also to look into the future.

It is also important that the conference is devoted to the citizen – a human being, whose rights and freedoms should remain the focus of actions of all public institutions, the institution of ombudsman in particular. Undoubtedly, legal multicentrism guarantees that rights and freedoms are exercised in numerous ways, however, it often is so complicated that many find it too difficult to apply. Hence, the human perspective, i.e. the perspective of a potential victim of law infringement, seems to be the most suitable approach to problems concerning the practical aspect of the system of human rights and freedoms.

Twenty years of implementing the Convention is also a good opportunity for observation and summary on to what extent it has contributed to the broadening of our view on standards for protection of human rights. There is no doubt that the Convention has reinforced basic standards set out in the Polish Constitution and Polish legislation, yet it should also

be noted that sometimes the interaction between the Convention and the new Polish Constitution was mutual.

The Polish Constitution guaranteed third-generation human rights very early, including a really topical issue concerning protection of privacy and protection of personal data. To some extent, the Constitution was influenced by international standards, including the Convention of the Council of Europe for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data. Nonetheless, it was largely a result of reflection of the Polish legislature and a deep conviction that human rights in this new field, given the development of new technologies and the resulting threats, deserve constitutional protections. Poland had realised this problem before it was recognised in many European constitutions and laws. Polish responsiveness to the essence of freedom definitely contributed to this fact.

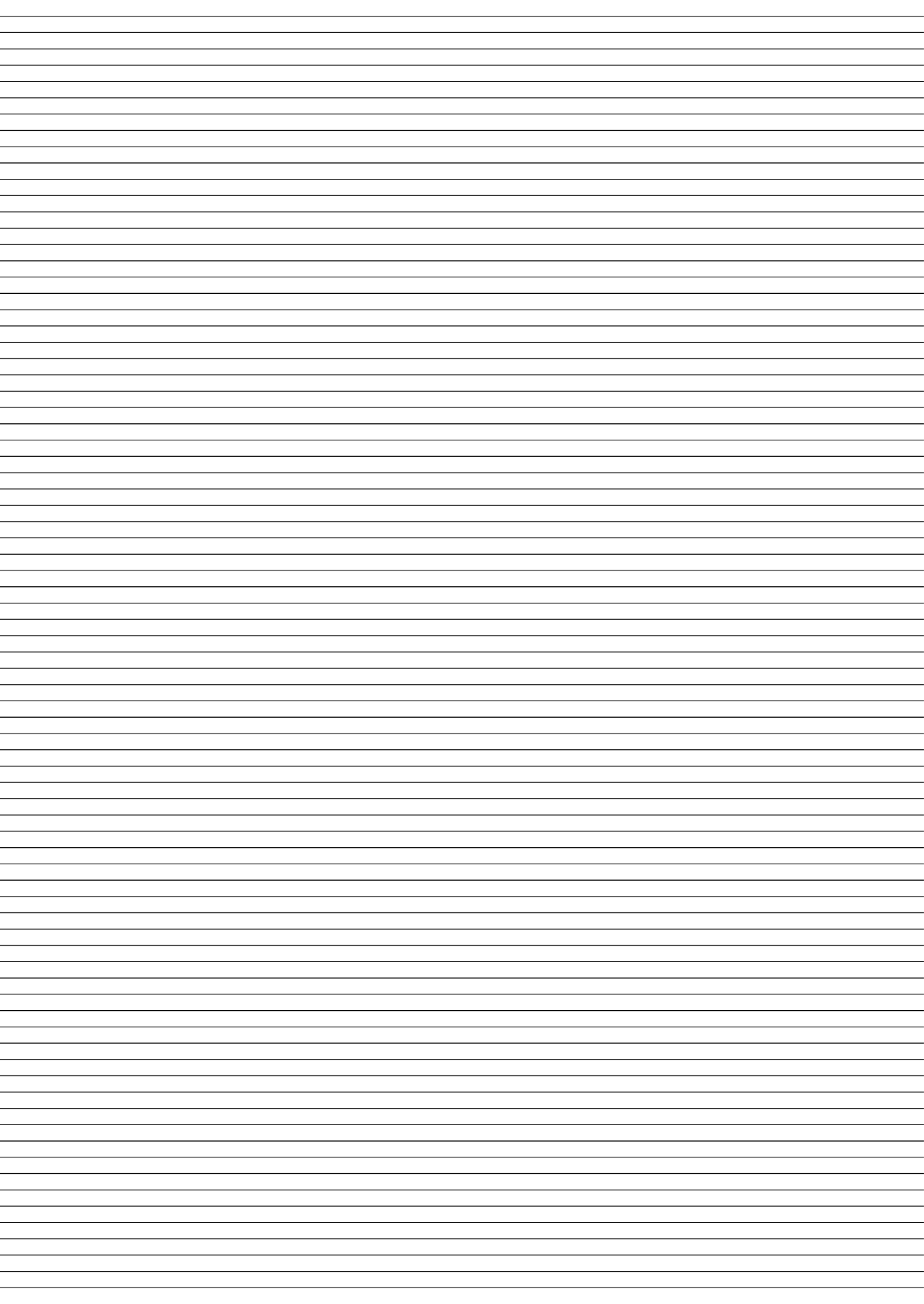
Striving for freedom and protection of individual rights translates into the trust which Poles place in the European Court of Human Rights. This is clearly demonstrated not only by the Polish complaints filed to the Court, but also by the recognition for its authority. A truly unique phenomenon on a European scale is the fact that Polish citizens tend to trust the ECHR more than the national courts.

Poland has made undeniable progress towards enforcement of human rights. That is not to say, obviously, that we have become complacent about it. However, hardly any country in the world can pride itself on such a success. Therefore, the way we perceive new challenges becomes even more vital.

One of the issues both my predecessors and I have repeatedly addressed is the problem of fulfilment of Poland's international obligations. Many conventions have been waiting to be ratified for years, while it is the coherent treaty-making policy which serves best to strengthen the international authority and credibility of the state. Therefore, we have reminded political authorities of the country on numerous occasions that the act of signing a convention should always be followed by effective actions aimed at its ratification.

A case in point is the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. It was not ratified for several years after it had been signed. On each anniversary, we reminded the government to fulfil the overdue duty and called for immediate actions. Eventually, the convention was ratified. Unfortunately, our joy and satisfaction was spoiled by the way the Convention was enforced. The Ombudsman was assigned the task of monitoring enforcement of the Convention, however, he was not provided by the parliament with adequate funds to perform that task. Nevertheless, I appreciate the parliament's trust in the Ombudsman and, regardless of increasing difficulties, I make every effort to ensure that the Convention is not just observed on paper, but that its provisions are truly enforced to improve the situation of persons with disabilities.

I believe that organising anniversaries and thus reminding of unratified conventions is a worthwhile endeavour. I hope that this way we will be able to reduce, or perhaps even eliminate the gap between signing and ratification of future conventions as soon as possible.



PROFESSOR ARTUR
NOWAK-FAR

**UNDERSECRETARY OF STATE AT THE MINISTRY
OF FOREIGN AFFAIRS OF POLAND**

Thank you, Madam Human Rights Defender, for such a warm welcome. I am addressing my words also to Mr Dean Spielmann, President of the European Court of Human Rights, Madam Prime Minister Hanna Suchocka, Madam Chancellor Françoise Elens-Passos and Justice Wojtyczek.

Today's Seminar marks the seventh occasion for us to meet together. Seven is quite a unique number, one that has some significance. This year there are a few numbers that carry some significance and are related to the Warsaw Seminar. As Madam Human Rights Defender has already mentioned, we are seeing the twentieth anniversary of Poland's accession to the European Convention on Human Rights, the twentieth anniversary of extending the jurisdiction of the European Court of Human Rights over Poland, and the sixtieth anniversary of the European Convention on Human Rights entering into force. This has been made possible owing to the submission of the tenth ratification document. As far as I know, President Spielmann is particularly proud that his own country, Luxembourg, was this tenth state to make the Convention enter into force by submitting the ratification document.

The past 20 years have made it possible for Poland to acquire experience in using human rights in practice. It is important inasmuch as we, Poles, carry a very heavy burden which stems from our painful past, since our rights were then violated; but we also do have joyous, positive experience of the political transition, whose main thrusts included the

restoration of proper application and enforcement of fundamental rights. Incorporating human rights into Poland's institutional or even social system was a very important element of this transition.

We have come a long way—from the time when citizens were bringing to the European Court of Human Rights a significant number of cases involving violations of fundamental human rights—until a moment when—despite citizens' much larger awareness of their fundamental rights—such cases are increasingly few and far between. This year, we have recorded a notable decrease in the number of fundamental rights cases and in all other indicators of the state's inefficiency in this area—which helps present Poland in a rather positive light.

What is more, from a country which in a way was only a user of ready-made human rights standards, Poland has become an active participant in the process of their making. Right now Poland is trying to actively support the European Court of Human Rights by suggesting areas in which the Court can improve its effectiveness. My country is also undertaking initiatives aimed at more effective enforcement of human rights domestically. Yesterday I had an occasion to talk to President Dean Spielmann about that. He emphasised the special role of Poland in developing a standard of cooperation between Government and Parliament as regards scrutiny of the implementation of human rights judgements. For it is in Poland that this standard is very high and the cooperation very open; moreover, adequate impetus for developing solutions helping to reach this standard came mostly from the Government.

Poland fully supports the position of the European Court of Human Rights that there is no need for any special reforms of the European Convention on Human Rights system before performing a comprehensive analysis of tasks undertaken so far to carry out the decisions adopted at high-level conferences in Interlaken, Izmir and Brighton. Our position is well-thought-out and illustrates well that we are an active, decent participant in the very process of shaping the system, therefore also of shaping a new face of the European Court of Human Rights. We welcome the great effort the Court has taken to make hearing applications more

efficient. We think such improvements are vitally needed by all of us, by the entire international community participating in the Convention system.

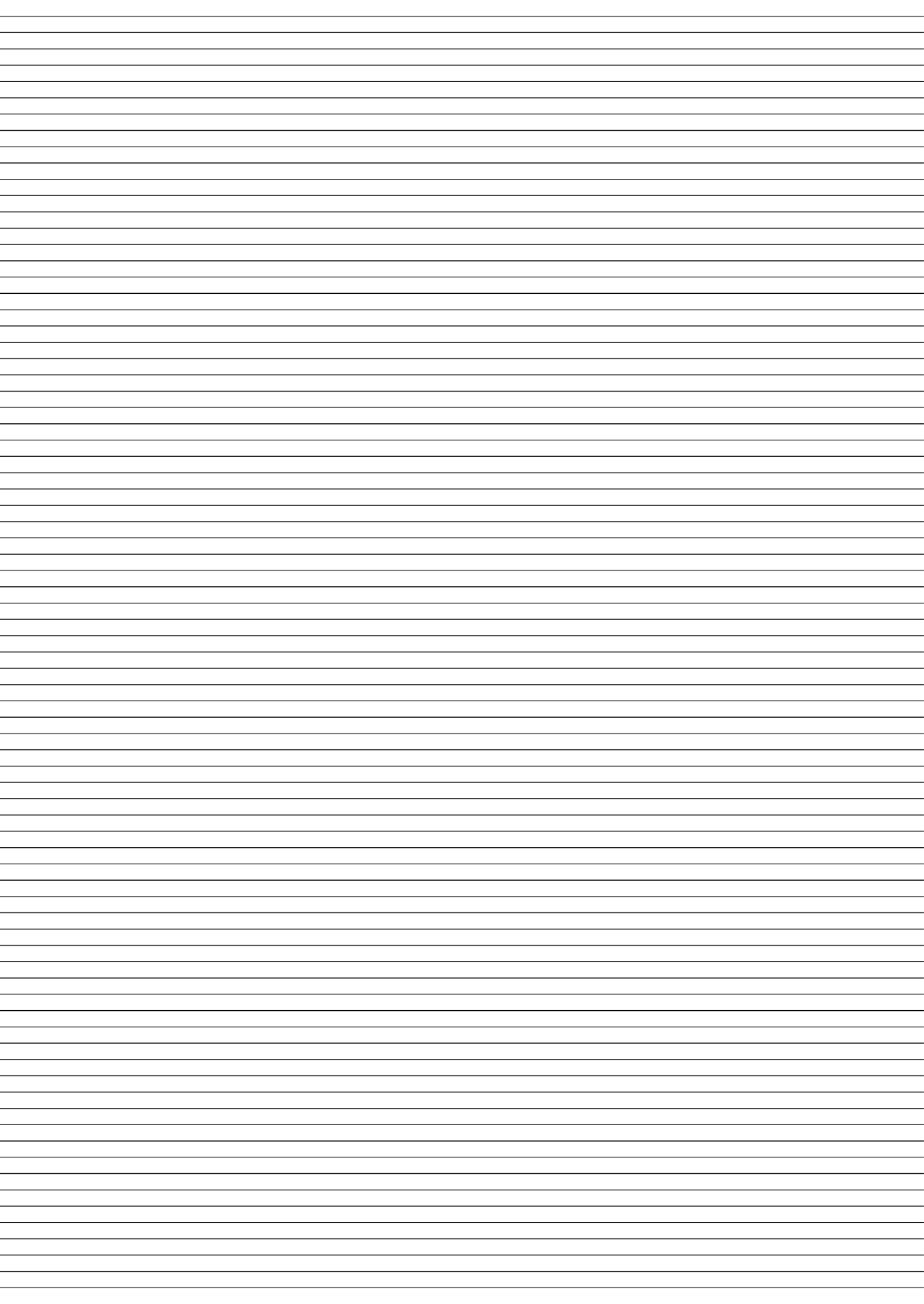
The key to effective operation of the Strasbourg model of human rights protection lies now in the active commitment of states to implement Court judgements. As I have mentioned, we are ready to make this system as efficient as possible in our country. We are also ready to share our good experience with this respect with all other States Parties to the Convention.

We have created an institutionalised system for implementing Court judgements in Poland. Among other things, we have in place an inter-departmental committee for implementing judgements of the European Court of Human Rights. It has been set up on the initiative of the Minister of Foreign Affairs.

A necessity to exchange the Member States' experiences in implementing the Court's judgements and disseminating its case law poses an obvious challenge for the future that we can and are ready to meet. We will be taking appropriate initiatives in this respect.

I have left a most pleasurable point of this address of mine for the end. I started off with the magic of numbers: 7, 20 and 60. There is one more number that I have left for the very end. It is 25: we are seeing the 25th anniversary of establishing the office of the Human Rights Defender. So, let me take this opportunity to warmly congratulate you on this beautiful anniversary. I wish Madam Human Rights Defender every success in her responsible service for us all, for—as Madam Human Rights Defender mentioned in her speech—society's most vulnerable people, which is all about the essence of law, since protecting the most vulnerable is one of the fundamental functions of law.

We wish Madam Human Rights Defender every success in protecting the most vulnerable for endless anniversaries to come. Let me present this gorgeous bouquet of Polish flowers to you.



DEAN SPIELMANN

**PRESIDENT OF THE EUROPEAN
COURT OF HUMAN RIGHTS**

Ladies and Gentlemen, it is a great pleasure to be present at this seminar. I am grateful to the organisers, Dr Irena Lipowicz, the Human Rights Defender of Poland, and to the Ministry of Foreign Affairs, represented by Prof. Nowak-Far, who invited me to be one of the key note speakers at these proceedings. It is an honour to appear beside Ambassador Hanna Suchocka, Prime Minister at the time that Poland became a party to the European Convention on Human Rights, and a very well-known and highly-respected stateswoman.

The Warsaw seminar is a familiar event for the European Court of Human Rights. On each occasion it brings together a wide international audience of human rights specialists, along with Polish officials and experts, to discuss current issues in European human rights law and policy. It is a forum that encourages free discussion, and helps to develop and refine new ideas about human rights.

This year the programme of the seminar is a rich one indeed. It looks to the past, twenty years on from Poland's ratification of the Convention in 1993 – a decisive and historic step for a re-born democratic system.

It looks at issues of the present day, and challenges, that concern the Convention system.

And it looks onwards to future developments, notably the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights.

The theme that I have chosen for my address today is that of human dignity.

It is a choice that was prompted by reflections on the concept of the citizen, and of citizenship, as it appears in the title of the seminar.

Since classical times, to be a citizen is to have a particular standing in the political community, to enjoy a valuable juridical patrimony composed of rights and duties. One thinks, for example, of St Paul before the Governor Festus at Caesarea, claiming his right as an imperial citizen to be tried in Rome.

In modern times, our notion of citizenship embraces the values proclaimed throughout this continent in the constitutions, charters and declarations that are the founding texts of our political communities. I refer to democracy, to human rights, to justice, to personal freedom, to equal status and participation in society, to accountability, to solidarity.

Underpinning all of these values is human dignity.

It is the supreme value in the system of values according to which the modern State is ordered.

It is the supreme value in the system of human rights brought into being for Europe by the Convention.

It is an absolute, a universal and a constant.

It is the deep root of the modern concept of citizenship, grounding it but also transcending it.

The term “dignity” rings clear in the great human rights text of our era, the Universal Declaration of Human Rights of 1948. In its preamble it invokes the “inherent dignity” of all members of the human family. And in Article 1 it proclaims, with greatest solemnity, “All human beings are born free and equal in dignity and rights”.

As you know, the next international text, chronologically speaking, was the European Convention. Its elaboration began the following year, 1949. In fact, the word “dignity” does not appear anywhere in the text of the Convention, which may cause us some surprise. Yet the Convention is, expressly, the offspring of the Universal Declaration, which is invoked in its Preamble. The very purpose of the Convention was – and remains – to take the “first steps for the collective enforcement of certain of the rights stated in the Universal Declaration”.

One may be further surprised to note that the word “dignity” in fact appears just once in the five “normative” protocols to the Convention. This is in Protocol No. 13, which provides for the abolition of the death penalty in all circumstances. It commences with an affirmation of the right to life as a basic value in democracy, and that to protect it, and for the “full recognition of the inherent dignity of all human beings”, capital punishment must be completely eliminated.

Yet it is beyond any argument that the Convention is permeated by the notion of human dignity. This has been stated emphatically by the European Court, which has in many judgments reiterated that “the very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom”. This has been a cardinal consideration in many different cases, raising various aspects of human rights.

One thinks above all of the Convention’s most peremptory norm, expressed in Article 3, prohibiting torture and all treatment or punishment that is inhuman or degrading. It expresses the absolute protection of the integrity of the human being in body and in mind. The Court has interpreted this norm in terms of human dignity, to be respected in all situations. And I stress that it is the dignity of every person that is protected, in every circumstance.

Allow me to refer in this respect to an important judgment given this year concerning the punishment of life imprisonment for the most serious crimes. In the *Vinter* case, the Court at Strasbourg found corroboration of its understanding of human dignity in the case-law of the German Federal Constitution. As the Federal Constitution Court has held, “rehabilitation is constitutionally required in any community that established human dignity as its centerpiece”.

I see in these words – “human dignity as its centrepiece” – the perfect summation of Europe’s human rights system.

And so the dignity of every person within the jurisdiction of the Convention States is guaranteed by the Convention and protected by the Court. Such cases have been many over the years, covering a great diversity of situations but joined by a common urgency of protection and redress. The Court’s concern has been to safeguard as effectively as

possible the dignity of all these applicants, from the prisoner suffering from mental illness, to the Roma woman sterilised without consent, to the victims of racial discrimination, to the asylum seeker threatened with persecution.

There is another type of situation, alas an increasingly common one, which has been raised under Article 3. It concerns the experience of poverty and, indeed, destitution. The possibility of a violation of Article 3 where an applicant was unable to meet their basic needs because of poverty was recognised by the Court in the *Larioshina* decision in 2002. It returned to the issue in the *Budina* case in 2009, in which a pensioner complained that their pension was so low it made it impossible to live with dignity. The Court stated there that it did not exclude the possibility of State responsibility under Article 3, where a person who was fully dependent on social welfare found herself faced with official indifference when in a situation of serious deprivation or want incompatible with human dignity. However, it did not find that the facts of the case revealed such great hardship.

But such hardship was in the case of *MSS v. Belgium and Greece*, decided in 2011. There the Court ruled that by placing the applicant – an Afghan asylum seeker – in a situation of destitution in Greece, this was such a humiliating lack of respect for his dignity that it breached Article 3.

In our work at the Court, we accord the highest priority to this type of case, in keeping with their compelling nature.

Famously, Europe's Convention is a living instrument – this is a long-established tenet of European human rights law. It allows the Court to ensure that the Convention continues to serve its essential purpose of protecting of human beings. This dynamic approach applies to the Court's conception of human dignity. In the *Selmouni* judgment of 1999, the Grand Chamber said that “*the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies*”.

I need hardly say just how important this seminal judicial statement is.

Those of you familiar with the Court's method will know that it pays close attention to all sources that provide evidence of an emerging view, or consensus, in Europe on an issue related to human rights. That is the great advantage of the Council of Europe. Its tireless work in setting new standards, both "hard" and "soft", is a precious source of reference for the Court as it seeks to interpret the Convention's guarantees in light of "present day conditions".

And in this regard I note with great interest the current discussions about the rights of elderly persons in Europe, which shall be the final thematic discussion at the seminar today. This is a most worthy initiative on behalf of a large and growing group in our societies.

A group that is faced with the experience of vulnerability and dependence, of the inexorable decline of personal autonomy and self-determination.

A group for whom the Convention's guarantee of human dignity is all the more precious.

Indeed, I note that the concept of dignity features prominently in the draft recommendation.

I would observe here that in the practice of the European Court of Human Rights, cases brought by the elderly are, as a matter of policy, accorded the high priority, for reasons that I think are self-evident.

These reflections bring me back to where I began, with the concept of citizenship.

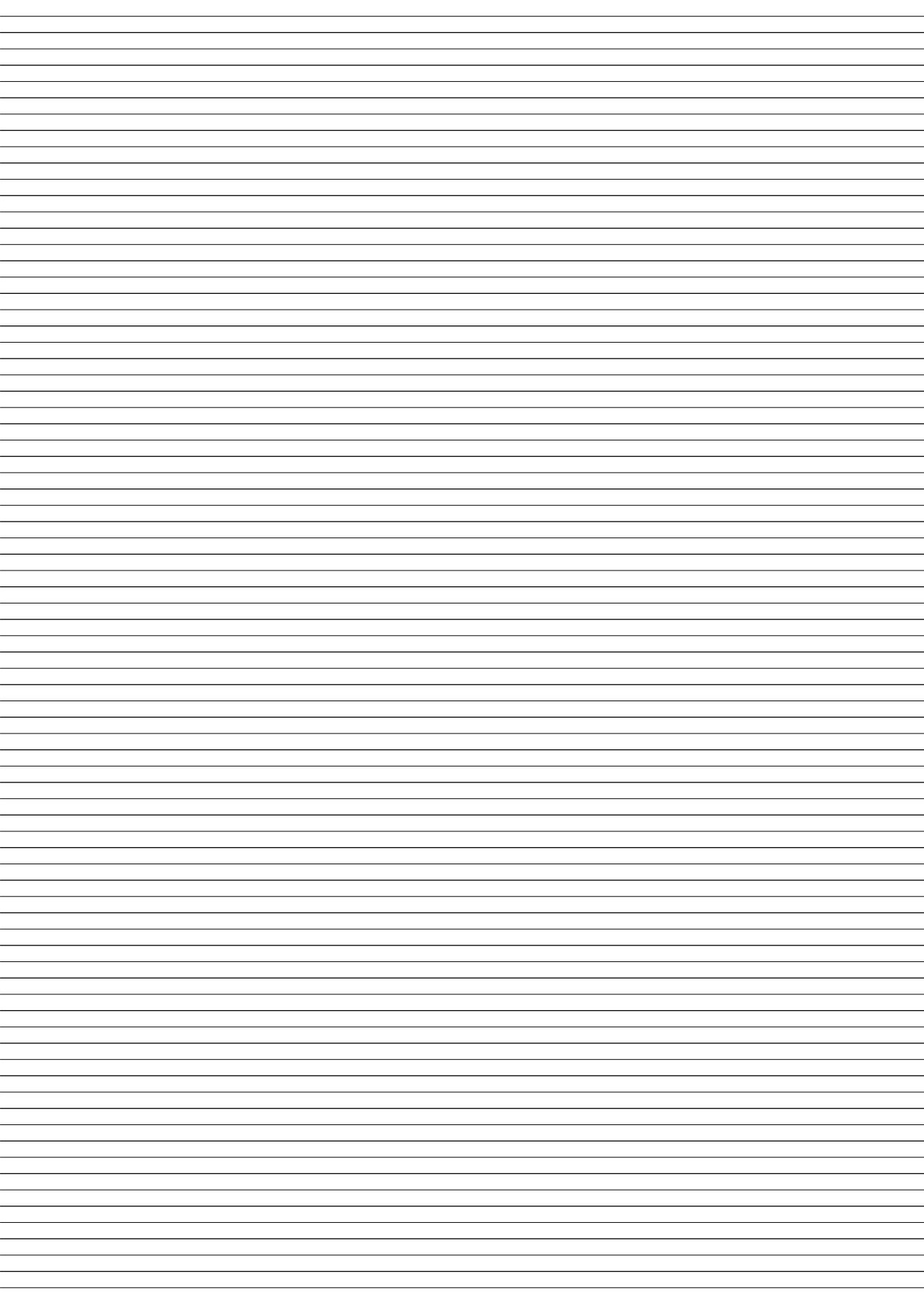
The citizen is the bearer of all rights in a democratic State. She is a full member of that political community. In today's Europe, the process of EU integration has amplified that status for the citizens of the 28 Member States. This is the anchor of EU legitimacy, ensuring the participation and representation of citizens, and accountability to them of EU institutions and leaders.

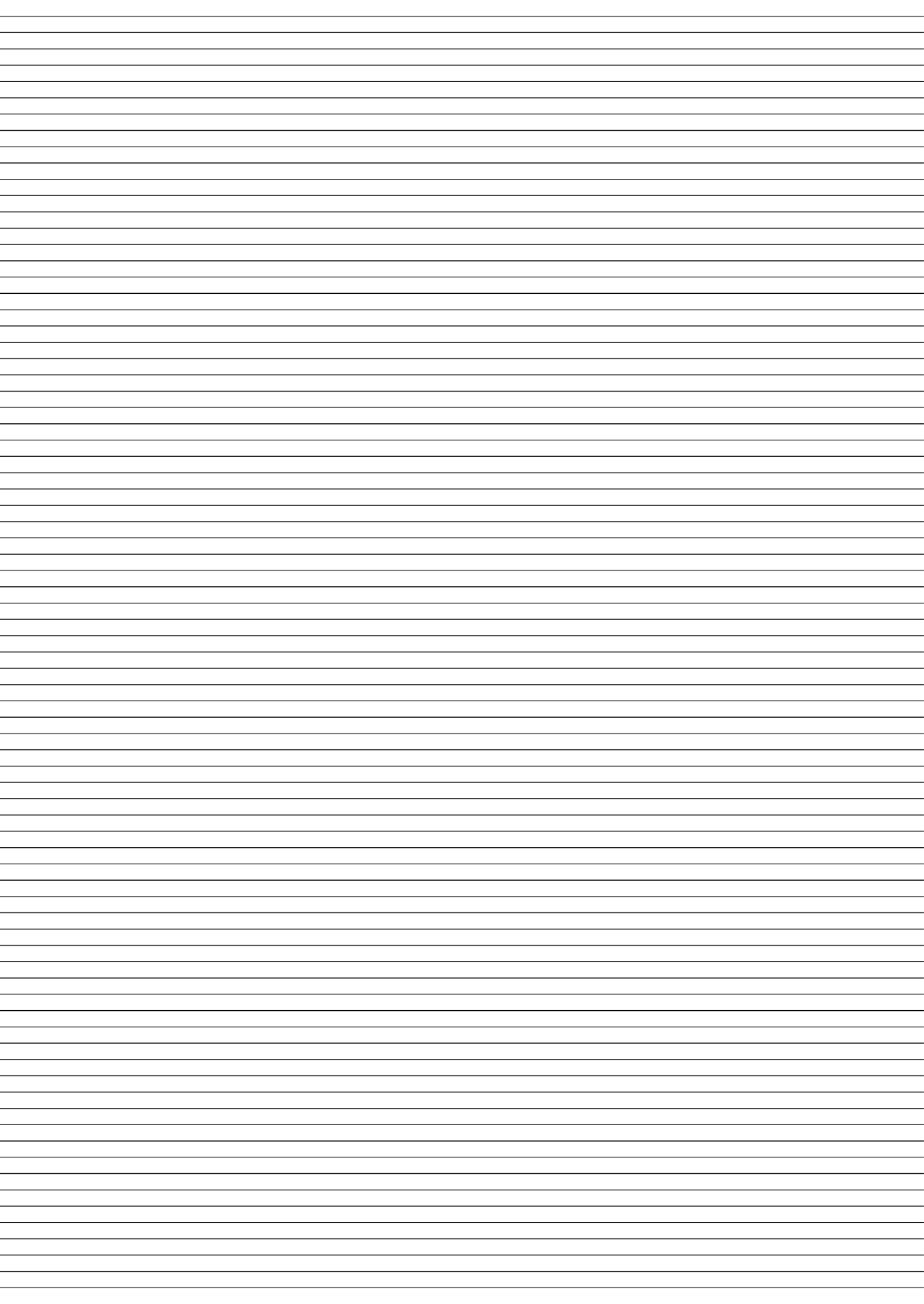
Earlier, I used the term "juridical patrimony" to describe the attributes of citizenship. The thrust of my speech, however, has concerned something more universal, something that inheres in the human being by virtue of their being. It is the dignity that is the inalienable right of every person, which is beyond the power of disposal of any political authority.

It forms the all-encompassing backdrop to citizenship, of both the State and the EU. Concerning the EU, let me here commend its fundamental normative texts – the Treaty on European Union and the Charter of Fundamental Rights – for according to human dignity its rightful place as the pre-eminent value in Europe’s vision of itself.

For our laws there is no nobler cause, and for we who serve them, no task more worthy.

On this note I shall conclude, and I thank you for your attention.





AMBASSADOR
HANNA SUCHOCKA

PRIME MINISTER OF POLAND IN YEARS 1992–1993

Today's conference offers an opportunity to sum up twenty years of Poland's participation in a system that protects individuals, which has been built upon the European Convention on Human Rights. At events like this it is only natural to compare expectations with outcomes. So I'd like this to be the main thrust of my address today. In recalling history and past experiences my aim is not so much to reflect on the road we have travelled so far, but rather to draw conclusions for the future. For me public anniversaries – apart from their educational benefits – provide an opportunity to discuss modern-day dilemmas and upcoming challenges.

Twenty-odd years ago membership of the Council of Europe was a natural goal for Poland and other countries embarking on the process of systemic transition. This membership sent a clear message and was evidence of belonging to the family of democratic European countries which had organised themselves after WWII, forged ever-closer ties, and established common standards of conduct. For several decades, we had been relegated to the role of observers of this process. As Central and Eastern European societies we felt a strong bond with European tradition and culture. Our accession to the Council of Europe was a declaration and recognition of this bond, while also making us feel that politically we were taking part in European affairs.

However, the overcoming of European divisions, besides having political ramifications, had its legal consequences that affected many entities.¹ These ramifications were felt not only by countries joining the Council of Europe, but also by the Council itself.

A logical consequence of becoming a Council of Europe member was to accede to the European Convention on Human Rights. You could say that this represented a peculiar legal aspect of piecing together divided Europe. It was a natural path to take and our major objective. One of the fundamental problems we had to cope with at the time was the relation between the legal legacy of countries undergoing human rights protection transformation, and the concept of the European Convention on Human Rights. A key objective of acceding to the Convention was to break with the double standard of human rights that had been brought about by the division of Europe.

I think that initially we didn't even realize how complex this process was, how much the vision of civic rights prevailed in our thinking over human rights. How much we had to reorient our axiological thinking, and in this context move from generalities to hard facts and to anchoring human rights in the framework of humanistic values. Questions and doubts were raised as to the scope of so-called European standards. I'm sure these questions keep cropping up, also in longstanding members of the Council of Europe and the Convention. The importance of this issue is evident, among other things, from the work of the Venice Commission, whose workload has not diminished twenty years after its creation.

1 I discussed this both in a report drafted for the 8th International Colloquy on the European Convention on Human Rights organized in Budapest in September 1995 (H/Coll(95)4, and in *Europejska Konwencja Praw Człowieka a prawo wewnętrzne państw-członków Rady Europy – wzajemne zależności* (European Convention on Human Rights vs domestic law of Council of Europe Member States: interdependencies) published as part of *Konstytucja i gwarancje jej przestrzegania, Księga pamiątkowa ku czci prof. Janiny Zakrzewskiej* (Constitution and the guarantees of its observance. Commemorative book in honour of Professor Janina Zakrzewska), TK Wydawnictwa, Warsaw 1996, pp. 443–458;

Over the last twenty years it has certainly been possible to answer many questions and doubts that were raised at the time. At the same time, we have been confronted with new challenges and dilemmas.

The accession to the Council of Europe's human rights protection system required fundamental changes to domestic law. They comprised amending both substantive and procedural law of specific countries. It was clear from the outset – something that perhaps wasn't stressed enough at the time – that the enlargement of the Council of Europe, in particular the accession of a host of new countries to the Convention and a clash of two legal regimes that were often founded on different legal traditions, would also have repercussions for the Council of Europe's legal system as such.

The accession to the Convention was a clear indication of the need to set uniform human rights standards for both parts of Europe. This aspiration was motivated by 40 years of experience of socialist countries, bound by legal double standards and the official line of the state narrowing down the interpretation of such liberties as freedom of speech, freedom of association, freedom to organize free trade unions, and freedom to an independent court.

At the root of the aspiration to accede to the Convention lay a deep conviction that the centre of gravity had shifted in the human rights protection process. Now it was the individual and his or her dignity that served as the point of reference, rather than state with its 'omnipotent' will. The object of protection had to be viewed in a new light: while the Council of Europe system focused on the individual human being, the socialist system gave priority to the community, the collective. As W. Osiatyński wrote:

“Socialist constitutionalism dismissed the principle of innate human rights and treated individual rights as a kind of good that the state would guarantee in exchange for fulfilling civic duties. Although the constitutions of socialist states provided for personal freedoms and political

rights, these provisions tended to be declaratory and contained no mechanisms for their realization.”²

This explains why the scope of such classic liberties as personal freedoms, the secrecy of correspondence, inviolability of the home, and the freedom of assembly was interpreted in terms of whether they were in line with the national interest. The resulting restrictions to freedom would often go so far as to contradict its very nature. Taken to extremes, the gist of freedom was reduced to the right to apply for permission.³ The system was predicated on state omnipotence and a restrictive approach to the individual whereby a given freedom could be asserted in a concrete situation depending on the will of administrative or political authorities.⁴

In order to implement changes it was also necessary to set up mechanisms that would allow realizing these freedoms, a key one of which was the right to a trial and the guarantee of an independent judiciary.

New Member States of the Council of Europe expressed their clear political will to incorporate new legal solutions into a common European protection system by acceding to the Convention. This goal was shared both by countries that historically were situated in Europe and those that were geographically outside Europe (countries that emerged after the collapse of the Soviet Union and became members of the Council of Europe).

Countries in transition were clearly in favour of identifying in their domestic law solutions that complied with existing European standards which were based on a system of values different from the one they had known previously. The purpose was thus to create a homogeneity between a country's domestic regime and the European system, also

2 W. Osiatyński: “Rights in New Constitutions of East Central Europe,” (in) *Columbia Human Rights Law Review*, 1994, vol. 26, p. 112,

3 Cf. R. Wieruszewski, “Human Rights and Current Constitutional Debates in Central and Eastern European Countries,” (in:) *The Strength of Diversity: Human Rights and Pluralist Democracy*, A. Rosas, J. Helgesen eds, 1993, p. 194,

4 For more see: Z. Kędzia, “An East-European Perspective on an All-European System of Human Rights Protection,” (in:) *Perspectives of an All European System of Human Rights Protection, Proceedings and Recommendations of an International Conference*, Poznań, October 1990, N.P. Engel, Publisher Kehl-Strasbourg-Arlington, p. 190,

through the possibility of going to the European Court of Human Rights, whose case law set standards against which solutions in respective Council of Europe countries can be measured.

At stake was also to keep the European system homogenous while the CoE expanded.

Summing up these twenty years, we can say that the following goals have been attained:

- domestic law of the countries concerned was fundamentally changed in line with European standards;
- human rights protection was ensured (by introducing mechanisms), in particular the right to a trial, including the right to file an application with the ECHR,
- citizens of the countries concerned assert this right on a wide scale.

There is no doubt that we have managed to do away with the double standard of human rights protection in the two parts of Europe, and adapt human rights protection in Central and Eastern Europe to the principles adopted by the Council of Europe. This is a major achievement.

However, since the start of transformation fears were voiced in different countries that the uniformization of law, if I may use such term, went too far. I believe those fears have been largely dispelled. And this has certainly been a positive process.

But it seems that some of those fears are back with us again, albeit in a different dimension and form.

Over these 20 years we've seen new areas and new problems emerge that present new challenges and compel us to look for answers to the questions they raise.

The fundamental question today is this: does the existing system of establishing European standards and the uniform protection system leave place for diversity in some areas? It seems that this question echoes some previous ones.

Two trends are apparent in the process of creating the European system of human rights protection. The first and arguably dominant one seeks to set and safeguard common standards in the European space. The second one involves attempts to preserve some national differences. On

the surface the two trends seem contradictory, but that is not the case. As a matter of fact, these processes complement one another.

Let's try and justify this proposition. It seems self-explanatory that the Council of Europe system allows for the coexistence of common fundamental standards and national characteristics. Indeed, the European protection system is subsidiary to national protection systems which originate from different cultural and legal traditions. This view is often repeated by the Venice Commission when considering bills and draft constitutional amendments in terms of their compliance with European standards.

The enlargement of the Council of Europe has made its composition more heterogeneous culturally and legally. That said it was understood that this process could not lead to undermining the consistency of understanding and observance of European standards of human rights protection.

On the other hand, the Council of Europe's cultural homogeneity prior to its enlargement in the 1990s, something that was generally recognised, was not absolute either. At that time (before the enlargement) the concept of a margin of appreciation was developed in ECHR case law. I consider it worthwhile to briefly discuss this principle here, on the anniversary of Poland's accession to the Convention. It features quite prominently in the Court's 'toolkit.' We could refer here to various studies devoted to the issue. The current Court President Spielmann also devoted much attention to the issue.

For obvious reasons, this concept was not highlighted during discussions with countries preparing to join the Council of Europe, at the initial stage of CoE enlargement. Back then it was important to reach a certain uniform standard of human rights protection solutions, rather than cling to differences that could be interpreted too broadly.

Yet the implementation of a uniform standard of human rights had to be a gradual process, as the entire legal architecture is based on a fragile foundation of the consent of Member States. The margin of appreciation affords flexibility that's needed to avoid a destructive confrontation between the Court and Member States, and lets the Court maintain

a balance between the principle of Member States' sovereignty and their obligations towards the European Convention.⁵

However, the situation is dynamic.

Two closely related factors play a key role here at the moment. First, the continuing extension of the international protection of human rights is likely to result in the ECHR playing more than just a subsidiary part. Given the great deal of very detailed judgments, we are being confronted with very detailed *sui generis* legislation from Strasbourg. Second, even as human rights continue to cover new issues and new thematic areas, the so-called problem of new human rights causes challenges to homogeneity emerge in different places, also in old CoE Member States. The prominent case of *Lautsi v. Italy* is a case in point.

In this case, the position taken by the Court of the second instance clearly relied on the margin of appreciation as the principle that should be invoked in such situations.

Today we may ask the question: in what direction will this concept evolve?

The court developed this concept in its case law back in the 1970s (*Handyside v. the United Kingdom*, 1976), i.e. prior to the enlargement. And the fact that it was a case law concept means that it evolves dynamically. What role should it play today? There are two conflicting ideas. Some urge more uniformity and curbing the margin of appreciation for fear of compromising protection standards. Others call for the opposite, claiming that as human rights cover more and more specific issues, the application of European regulations increasingly clashes with diverse cultural traditions of CoE countries, which makes it difficult to limit this margin.

5 'Allowing the Right Margin. The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?'. 7 March 2012. A. Wiśniewski's *Koncepcja marginesu oceny w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (Margin of appreciation concepts in the European Court of Human Rights case law)*, Gdańsk 2008, pp. 482, is a very interesting and well-documented book.

The protection system was established on a common foundation. But the system is not based on a fixed ideology. Rather, it rests on a shared axiology, which also includes some domains that are left to the discretion of nation states with their different cultures and traditions. The Court has worked out its position on where the margin of appreciation is very slim or unacceptable at all (e.g. the issue of judicial independence), as it is the independent court that rules on the scope of interpretation of other laws; and where this margin is much wider, e.g. in moral cases which give rise to views and opinions that are especially entrenched in the traditions and cultures of societies, and where there is no one model that we could call the European standard.

Of course you may ask whether widening the margin of appreciation in some cases will not call into question and ultimately undermine the foundations of the common European system of individual protection.

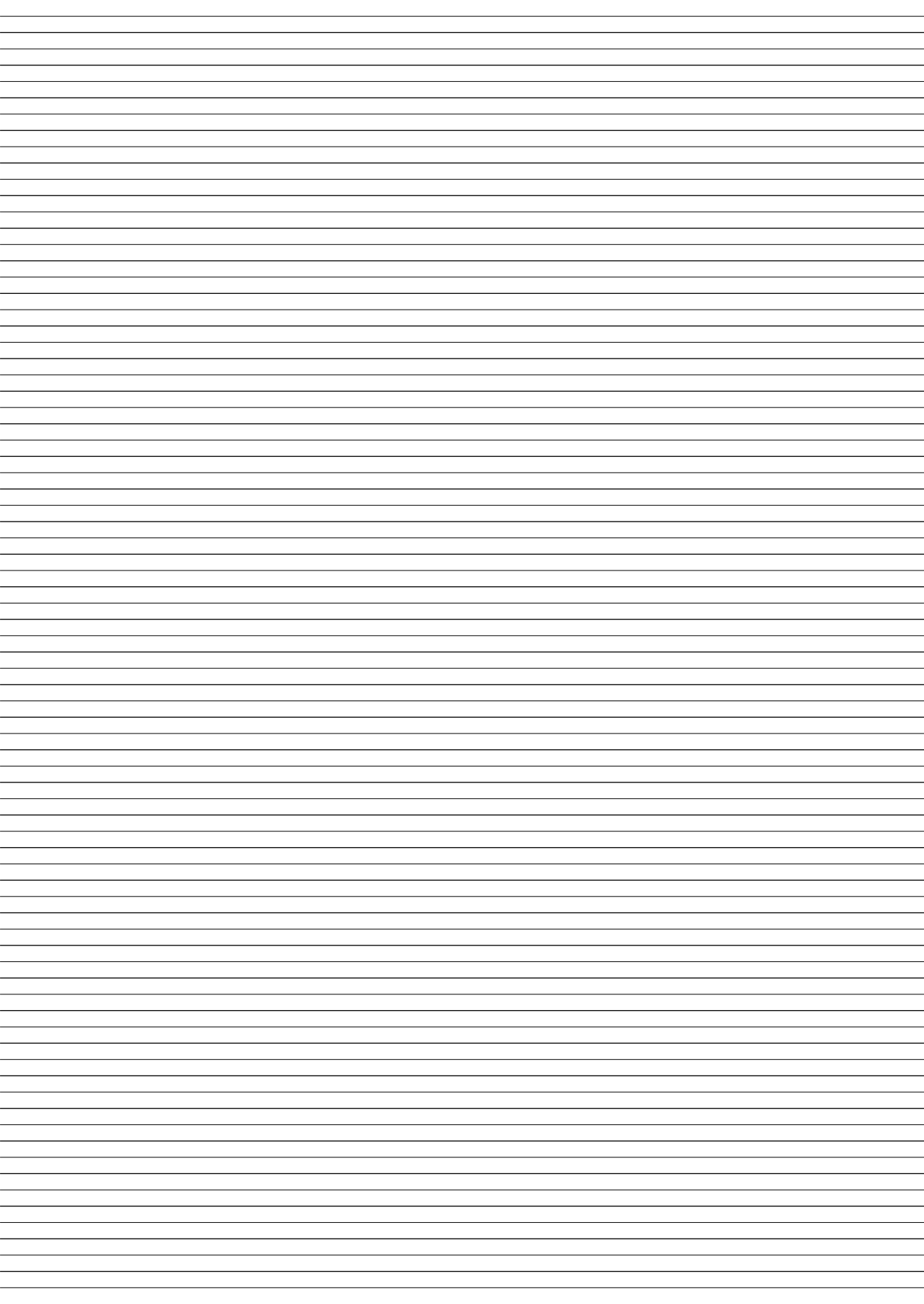
But I think such concerns are unfounded, as clearly demonstrated by the ECHR case law practice.

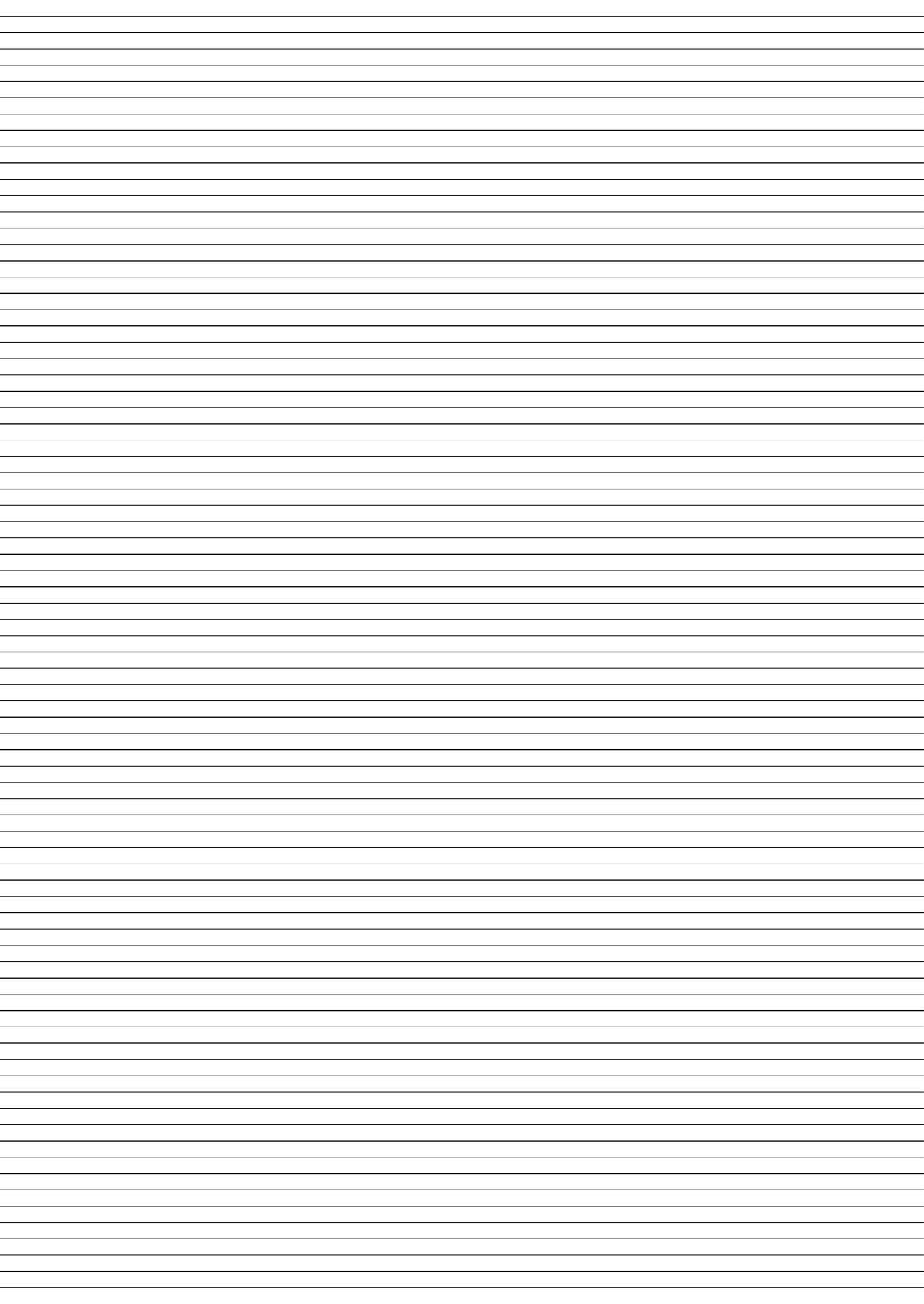
In literature you will find some very optimistic assessments of the application of this doctrine and its usefulness at international level, “for it allows to counterbalance individual rights against grounds for their restriction by different countries, and offers the opportunity of mediation between different concepts of morality.”⁶

I think we can sign up to A. Wiśniewski’s view that “the concept of the margin of appreciation can be viewed as an important tool for keeping the balance in the face of inevitable, as it seems, antinomies and dilemmas the ECHR is confronted with when applying the Convention and developing the European standards of human rights protection.”⁷

6 *Ibid.*, pp. 442–443.

7 *Ibid.*, p. 445.







PANEL I:
The twentieth anniversary
of Poland's accession to the
Convention for the Protection of
Human Rights and Fundamental
Freedoms and its submission to
the jurisdiction of the European
Court of Human Rights

Moderator: Urszula Gacek, Ambassador,
Permanent Representative of the Republic
of Poland to the Council of Europe

INDEPENDENCY OF THE INTERNATIONAL
court's judge in the light
of the reform of Strasbourg
system introduced in 1998

PROFESSOR JERZY MAKARCZYK

the first judge with respect to Poland in the
European Court of Human Rights

Thank you very much for inviting me to this seminar. It is a great honour for me, in particular considering the fact that I have not spoken about the Court in public since 2002, the year I left. My critical opinion about Protocol No. 11 has not been a secret. I wrote about it at length in an article that was later published in a book commemorating Nicolas Valticos, an outstanding European Court judge. I believed that the reform was clearly necessary, but it could have gone in a different direction. Everyone knew the Dutch and Swedish proposal, which assumed that the Court would be composed of two instances. The Court of first instance (to use the Luxembourg terminology) would be examining the facts, while its main role would be to adjudicate cases that are not required to be addressed by a higher instance court, and we know that the Court's workload is quite big right now. But what is important here is not my critical attitude, but rather seeing whether there is room for improvement, because the reform is an ongoing process. It is not as if the reform was made in 1998 and now everyone is happy.

I would like to address a few issues. The first one, very important in terms of independence of judges, is how candidate judges are selected and the subsequent selection of judges to the Court. I will not speak of the [Court's] internal procedures, even though that is also a very important problem which, as yet, has not been solved.

Ten months before the Protocol entered into force, a problem arose of hearings of incumbent judges by the Parliamentary Assembly committee chaired by Lord Kirkhill. At that time the eminent President Ryssdal believed it was unacceptable for judges who were adjudicating cases and still had 10 more months in office to be interviewed by a strictly political body. Naturally, the Parliamentary Assembly committee which has the power to select judges must have a way of checking judge's qualifications and it has been doing so. At present, the European Union has appointed a special seven-member committee whose composition is approved by the President of the Court. This is some guarantee of the body's apolitical nature. I know that the [committee's] geographical parity is not the best, but it is the first experiment.

I wondered whether I was allowed to appear at such hearing in the first place. I was a judge in many very complex cases, very often as a judge rapporteur. I was a rapporteur under Article 3 in cases of torture used against persons sentenced to death in Ukraine. So I went to the President and suggested that maybe we could think of a different system; we could hold a joint meeting of ten candidates with Lord Kirkhill's committee, i.e. with the sub-committee of the Committee on Legal Affairs and Human Rights of the Council of Europe's Parliamentary Assembly. That would permit us to do two things; first, we would avoid a political hearing and, second, we would have time for a reasonable dialogue. Each judge would be accorded fifteen minutes. Summed up, it would give us plenty of time for an in-depth discussion on the merits. And one hundred and twenty persons would have to be heard in the Palace of the Council of Europe in Paris, because each of the forty countries would send three candidates.

Such was my proposal. President Ryssdal said: "I will take it to the President of the Parliamentary Assembly, but you must get unanimity, you must all agree to the proposal." One judge, who had a very strong

competitor in the then President of the European Commission of Human Rights did not agree. He said he wanted to appear before members of the Assembly and answer all their questions. I gave up. Then President Ryssdal asked those of the judges who could stay to remain since continuity was at stake. If most of the judges had left, then naturally this continuity would have been broken.

Later, I am still speaking about independence, the greatest guarantee of independence of the judges known in civilised world is stability and certainty of serving one's mandate. A judge may be stripped of his mandate because of an event of fate i.e. death, or resignation and, in the previous system, a unanimous decision of his fellow judges stating that such judge no longer met the criteria necessary to perform the function. As far as I know, the last category has been replaced with a majority decision, and rightly so, because a unanimous decision in practice does not exist and the law does not need unnecessary fiction.

As a result, my best fellow judges, and I am not embarrassed to say it, it was a great honour for me to cooperate with people like Ryssdal, Spielmann, Pettiti, Russo, Valticos, Freeland, Bernhardt, to name just a few, all had their terms of office interrupted because of Protocol No. 11 or because their terms of office were shortened, which is yet another issue (they backtracked from the idea since shortening a term of office is always seen as a limitation of judicial independence), or because they passed the age limit imposed by the Protocol and which does not exist in civilized judicature. There is no age limit in the International Court of Justice or in the Court, of which I had the honour to be a member for six years. A judge's experience is regarded as invaluable and if a judge gets dementia, which may happen to anyone, he or she will have enough energy, maybe with the advice and assistance from his or her colleagues, to say „thank you very much, I have done everything I was able to do and I cannot perform this function any longer.” The age limit has not been abandoned, but fortunately the six-year term of office has. I know there is a six-year term of office in the European Union, but this is a problem of different nature.

What were the other consequences of the departure of my colleagues? I am not saying the new judges are worse or different. However, I have asked one judge from a middle-sized European country who the candidate was and I heard „I have no idea”. But then if someone is not known, then perhaps he has a bright future ahead of him, but it does not mean that he is capable of performing the extremely responsible function of a European judge.

Mr President was kind enough to mention the Broniowski case concerning the length of proceedings. I was asked at the time whether, as a national judge, I would have a problem if such provision was introduced in a Polish case. I said that if such provision had to be introduced for the benefit of the system, then it should be done. And that is what happened.

I would also like to mention two matters which, in my opinion, need to be fixed after what countries did with Protocol No. 11. I do not believe in conspiracy theories, but some say it was a revenge of specific countries for specific judgments, and above all, a great propensity to economise. Economy in itself is a good thing, wastefulness is not. But if the need to economise stands in the way of performing functions by bodies that are expected to carry them out then economising is not a good thing.

I want to raise two more issues. The status of a Strasbourg Court judge is yet to be determined. How did the idea of a permanent Court come about? I say permanent Court although I do not like this word, because the previous Court was also permanent, even though it worked in sessions. It was not an ad hoc court, but a permanent court. I would receive valuable materials from the Committee and prepare for hearings on that basis, working all month through. It was not as if I only worked ten days when I was in Strasbourg. If I had arrived to Strasbourg unprepared, I would not have been able to do my job properly.

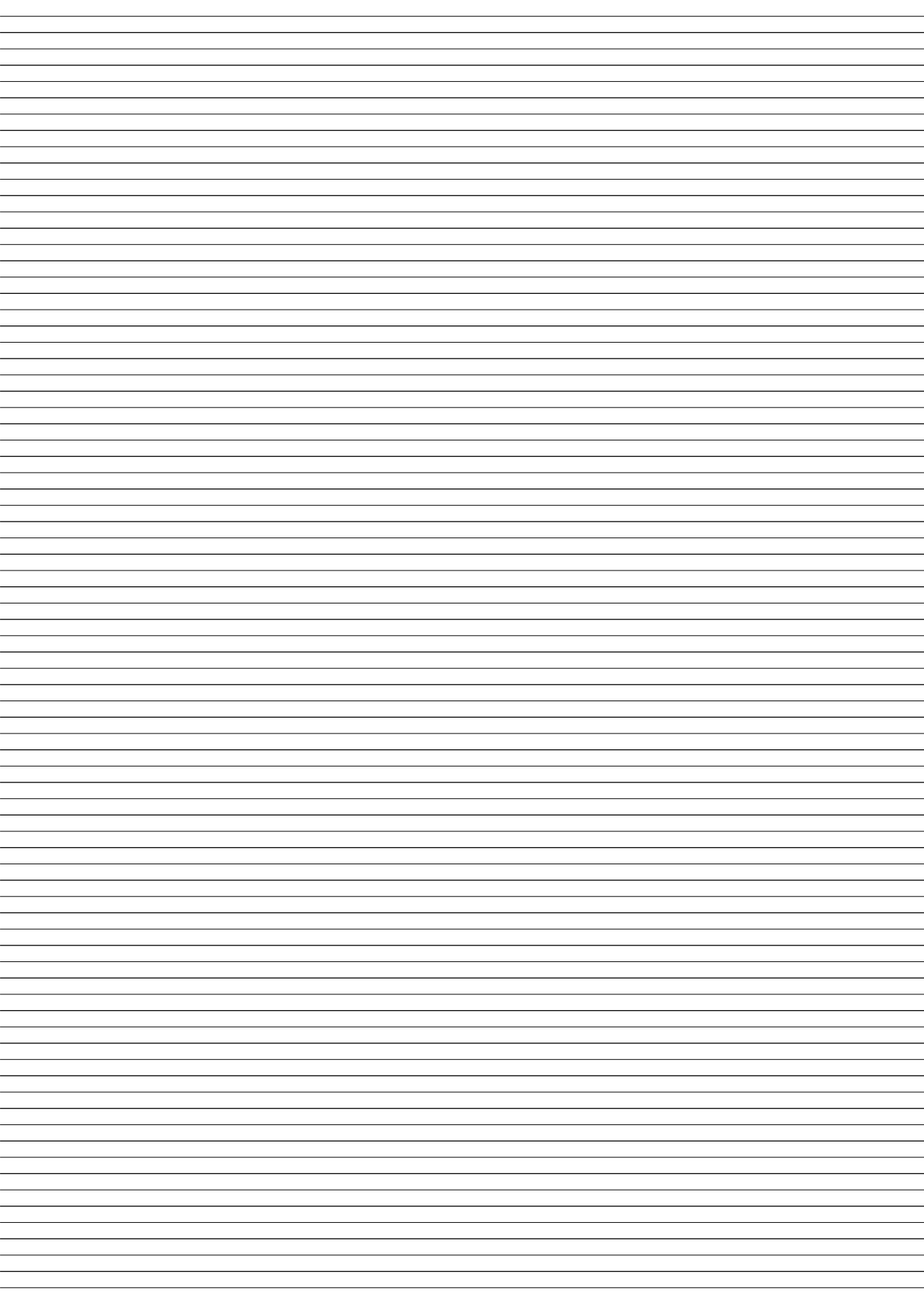
After three years of waiting patiently I wrote an open letter to the President of the Court. It so happens that I have the response with me here. In my letter, I wrote that it was high time to address the issue of the status of judges. A situation where judges left a permanent body with no pension or health care insurance for themselves, not to mention their families, was unthinkable. The matter of status is also the matter of the

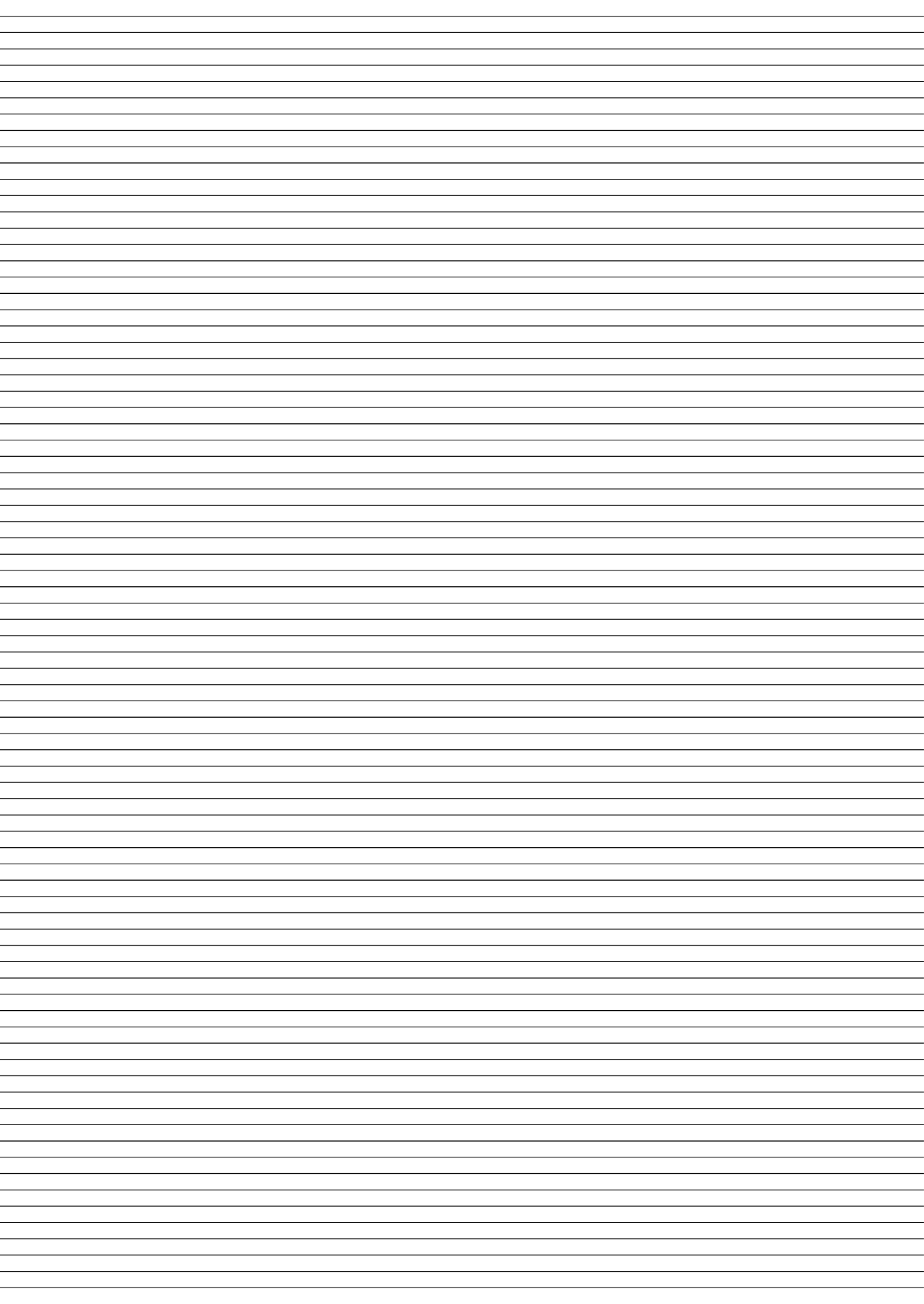
judges' independence. A judge should feel that this sphere of his life – very important, because they have families – has been taken care of in a civilised and, let's say, lawful manner, since the European Social Charter requires that every employee have the same rights. The Court still does not have anything of the sort in place. Countries do not understand it and estimate it as a secondary issue. Many governments do not attach importance to judicial independence. Sadly, the then President of the Court represented a similar position. In response to my letter, he stated that the Court had to be made efficient first and that it will deal with the status of judges later. He did not understand that those issues are inseparable.

In 2012, I headed a mission of the International Bar Association to Hungary. The things that are happening there now that violate the independence of judges do not fit any standards, even the communist ones. Judge Baka, who worked seventeen or eighteen years in Strasbourg, became President of the Hungarian Supreme Court and was removed from office for resisting attempts to do as he was told under the pretext that he did not have enough seniority as a judge. He worked as a judge in his own country but for a very short time. This means that the eighteen years he spent in Strasbourg as a judge did not count. I spoke to the new President and asked him whether I could be a President in this court having worked as a judge in two courts. The answer was „yes, of course”. This is unbelievable.

Last but not least. Judges can be independent if they have staff at their disposal. If a judge is given no instruments, then he cannot perform his job well. Let me give you a specific example – my own. During the last two years before leaving office, I was a rapporteur in the Ukrainian case mentioned earlier. A fact-finding mission led by Mr Pellonpää, whom the President knows, was organised. I was its judge rapporteur. We inspected penitentiary institutions. It was a very serious case. Cooperation with Ukraine in this area was not easy at the time. Later the Registry's lawyer who was supposed to draft the judgment was recalled by the Secretary General and seconded to Chechnya. I could not write the judgment myself because of my other numerous duties and besides, it was the job of

the Registry. As a result, the case was put aside for one and a half a year. No other Registry lawyer was appointed because of staff shortages. I am speaking of resources here. In Luxembourg, I had an office staffed with seven people whom I personally selected. The Réunion Générale formally approved them, but the lawyers and staff were assigned to me. However, in the Council of Europe, the Court's Registry is composed of staff who works for the Secretary General. This is a complete misunderstanding. The autonomy and independence of courts also depends on their work structure. And if the wrong man becomes Secretary General, and we know it can happen - I am not saying it did, but it can - then those contacts could become so difficult as to affect the work of the Court. I hope that you, Mr. President, will never see it happen. Thank you for your attention.





EXECUTION OF THE EUROPEAN COURT of Human Rights judgments by Poland as a condition of a fully effective Strasbourg system

CORINNE AMAT

Head of Division, Department for the Execution of Judgments
of the European Court of Human Rights, Council of Europe

First of all, I would like to express my gratitude for your kind invitation to attend this meeting today and to celebrate with you the 20th anniversary of Poland's accession to the European Convention on Human rights.

Let me take this occasion to share with you some reflexions about the execution of the European court's judgments by Poland over the two last decades.

The execution of the judgments of the European Court is a popular topic. It may even be justified to say that its popularity started right here, in Warsaw, where in 2005 the heads of states and governments of the Council of Europe member states met to discuss the future of the Convention system. That was when the need to ensure the effectiveness of the Convention and of the Court was loudly proclaimed. The subsequent report of the Group of Wise Persons and the High-Level Conferences in Interlaken, Izmir and Brighton put further emphasis on the key importance of effective and rapid execution of the European Court's judgments. Indeed, effective implementation means not only that redress is provided in respect of the violation suffered by the applicant, it also means that

similar violations are prevented and thus analogous cases are not likely to arrive to Strasbourg for examination by the European Court. And this is of course key for the effectiveness of the Convention mechanism.

The reform of the Court and of the Convention system has been since then an intense process, both in Strasbourg and in the capitals of the Council of Europe member states. The principle of subsidiarity, lying at the core of the implementation of judgments of the Court, was strongly highlighted in this context and puts a great responsibility on the shoulders of European countries.

When, in due course, history assesses how this process was conducted, Poland will no doubt be one of the states to be mentioned as a very rich example.

Poland started in deep waters, as far as the implementation process is concerned. Judgments relating to complex and systemic problems, requiring far-reaching general measures, were given by the Court quite soon after Poland recognised its jurisdiction. At that time, the still young democratic State was not given much time before facing problems such as length of proceedings, length and lawfulness of detention, overcrowding of prisons and the need for compensation for property abandoned beyond the Bug River. All of which posed great challenges from the point of view of the implementation process.

The picture was not an optimistic one. On the 10th anniversary of the accession to the Council of Europe, Poland was the second “biggest client” of the Court, after Russia, with 14% of all applications pending before it.

What followed was a successful mixture of political determination to make changes, creative thinking, co-operation with the Council of Europe’s Committee of Ministers and Department for Execution of the Court’s judgments, open-mindedness and the personal persistence of the Government’s Agent for proceedings before the Court. When I look back, I do not think that there were many paths not explored by Poland in their struggle to effectively implement the judgments of the Court, be it restructuring measures, working groups, seminars, workshops, or secondments to the Execution Department. Poland followed good examples

from other member states and also created new ones, helping to redefine the working methods for the supervision of the implementation of the ECHR's judgments.

The obstacles ahead did not seem to discourage the Polish authorities but, instead, to make them willing to rise to the challenge. The famous Broniowski judgment is one such example. Not only was Poland the recipient of the first pilot judgment in the Court's history; Poland was also the first state to successfully implement a pilot judgment.

Following the adoption of the Broniowski judgment in 2004, its execution was the subject of three debates in the Council of Europe Committee of Ministers in 2005. Already at this stage, the Committee was able to consider the progress made and the new law that had been adopted the same year. The practical implementation of the law was then analysed twice by the Ministries' Deputies in 2006. In 2007, the topic of discussion had already turned to the Court's testing of the new compensation scheme. Finally, the Ministries' Deputies debated the case on two occasions in 2008 with a view to finalising the closure of the supervision of the case after the successful implementation of the judgment.

In 2008, Poland had already moved from third to sixth among the high case-count countries before the Court. But the fight was yet far from over.

The team of the Government's Agent must have become a very tiresome little department in the Polish government, when they were trying to work with many ministries on a number of difficult issues, which required considerable financial, legal and organisational efforts. Indeed, in 2007, Poland had been one of the first countries which created an Intergovernmental Committee, a body improving co-operation between various ministries on complex issues. The decision came shortly after the recommendation of the Committee of Ministers of 2008 on effective domestic remedies to accelerate the execution of judgments of European Court of Human Rights and to appoint a co-ordinator – so called “focal point” – for the execution of judgments at the domestic level. The recommendation underlined the importance of such a placement of the co-ordinator in the national legal structure that he be authorised

to collect and request information but at the same time, if need be, to perform or initiate appropriate measures.

The government's agent before the European Court is undeniably best familiar with the specific cases and the overall case-law of the European Court and his or her knowledge is extremely precious for the elaboration and assessment of possible solutions and for the preparation and implementation of necessary measures. However, the "focal point" also needs to create synergies with other actors at domestic level and the Intergovernmental Committee has proved to be a very interesting solution in this respect. In addition to the coordinating of ministries in the work of implementing particular judgments, the Committee is also responsible for screening draft laws and giving opinions on their compatibility with the Convention. Its reports and minutes of meetings are public, thus enabling the civil society to scrutinize the process of implementation of ECHR judgments by the Government. Through all these steps, the process became more transparent and democratic. And both these features are well justified to be called preconditions for its better effectiveness.

Indeed, the Polish society became more aware and involved in the process of execution of judgments of the European Court.

Following recommendations of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, in 2010, the Polish Parliament began to take an active role in the execution process, requesting reports from the Government, putting questions and holding debates on the most important cases coming from the European Court. The process came out of the shadows and found its place in politicians' briefings, in newspapers, in the Ombudsman's submissions to the Committee of Ministers, in NGO's agendas and in discussions of judges at various levels of jurisdiction.

In 2011, Poland had become seventh among the high case-count countries before the Court.

The Polish method of implementing the European Court's judgments is still an on-going learning process. The close involvement of various domestic actors has led to noticeable impact and successes but has simultaneously posed challenges. Each of the actors must elaborate their own working methods and schemes of supervision of execution within their

competences. Some of the actors involved might still be evaluating the best way in which they can play their part in the implementation process. Some might need to harmonise their interactions with others to ensure that they optimise their role in the process. The system will unavoidably evolve and improve in the coming years. But it is a system that can work.

There are still challenges that the system needs to face. In 2011 the Parliamentary Assembly of the Council of Europe drew attention in its Resolution No. 1787 to “extremely worrying delays in the implementation in nine states parties”, including Poland, and stressed the urgent need to find solutions to these problems. As the Parliamentary Assembly underlined, the key issues that Poland must tackle are: excessive length of procedures before courts and administrative authorities, as well as that of detention on remand.

In its previous reports, the Parliamentary Assembly indicated the most common problems of implementation and listed, in particular, political reasons; reasons to do with the reforms required; practical reasons relating to national legislative procedures; budgetary reasons; reasons to do with public opinion; reasons relating to interference with obligations deriving from other institutions.

Most of these problems may be addressed with the help of tools like the ones Poland has started building up, through coordinated action of all national actors concerned and with the necessary support at the highest political level. In addition to the involvement of the Government, achieving substantial progress and avoiding further delays in implementation, the process also requires active participation of judges at all levels of jurisdiction, including judges of the Constitutional Court, who are best suited to address many aspects of the practical implementation of laws in a faster and more efficient way than a legislator. There is definitely still place to consolidate the involvement of the Polish Parliament, Sejm, in particular, in the supervision of measures taken by the Government.

One should not forget that the Department for Execution of Judgments of the European Court is also a partner in this process and can be approached directly by those interested in the implementation of a specific judgment at the domestic level. The co-operation between the

Department and the Polish Government has been rich and successful for the last several years. But also the Ombudsman, Parliament and various NGOs are learning to use various tools of the Committee of Ministers for supervision of implementation of judgments, in particular submitting their observations and analysis of specific issues (under the so-called Rule 9 procedure).

The system that Poland has been building over the recent years and which is emerging through the increased participation of various actors, has proven to be working already. In 2012 Poland dropped to the tenth place among the Court's "clients" with 2.4% of all cases pending before the Court.

However this should not let us forget that there are still on Poland's account nearly 900 judgments pending before the Committee of Ministers awaiting full implementation. In 2008 Poland was in third place as regards the total number of ECHR judgments pending implementation. Today it has fallen to the fourth place, but there is still room for progress.

At this juncture, let me try to avoid any misunderstanding: cases "pending full implementation" does not mean "unexecuted cases"! First of all, in most of the pending cases, the applicant has received the compensation awarded by the Court and he or she has often also benefited from additional measures to remedy the violation he or she has suffered from. Secondly, in the vast majority of cases, numerous measures have also already been taken aiming at preventing similar violations.

It might be underlined here that around 500 of the pending Polish cases relate actually only to 4 major issues: length of pre-trial detention (with 173 cases in the Tzaska group), length of criminal proceedings (with 70 cases in the Kudla group), length of administrative proceedings (with 84 case in the Fuchs group), and length of civil proceedings (with 237 case in the Podbielski group).

These are, as you may appreciate, complex issues that cannot be solved overnight. But much has already been done, even if the authorities are not yet at the end of the road. For those who are interested, the action plans for the implementation of the Polish cases are available on our department's website.

That said, of course outstanding issues remain – I will not enter into details here and now – but I’m convinced that, thanks to all the means deployed by Poland to strengthen the domestic mechanisms for the implementation of ECHR judgments, the positive trend we have started to register will be confirmed. Let me recall that the Committee of Ministers could close 58 cases in 2011, 163 cases in 2012 and already 148 cases by June 2013, which shows a very encouraging trend.

To conclude: What has the Polish experience taught us all? It has showed that the active co-operation of various elements of the system is most important for effective implementation of judgments. Dialogue is of a key importance and can help solve even the most complex and difficult issues. The more detailed and systematic this dialogue is the more dynamic and effective the implementation process is. It must take place between the various actors at the domestic level and furthermore between those actors and the Committee of Ministers with its Department for Execution of the ECHR judgments.

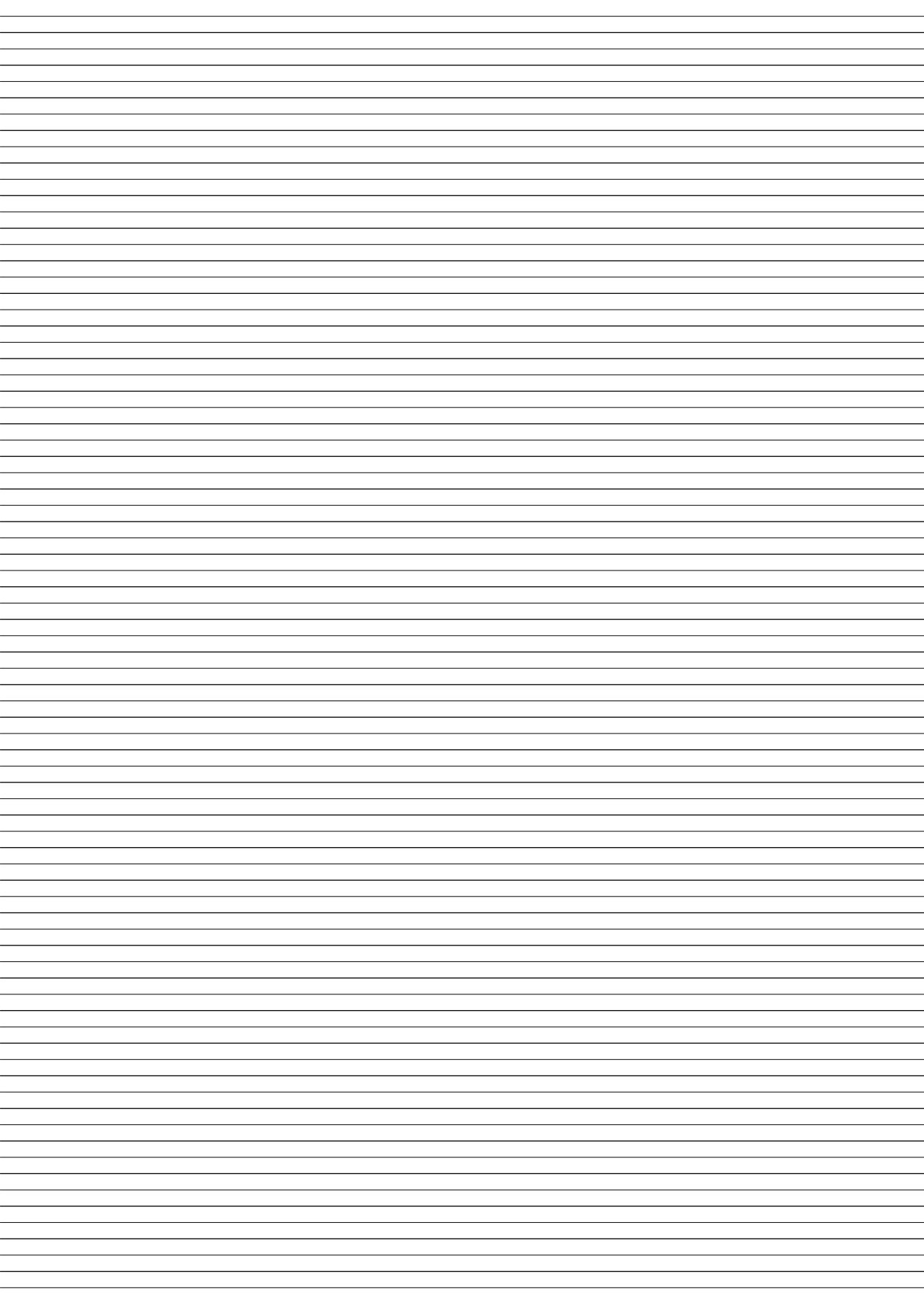
The involvement of the parliament, Ombudsman, civil society, makes the process more democratic, more transparent and, again, faster and more efficient. It gives those involved the perception of a capacity to bring real changes to the domestic system and to improve human rights standards at domestic level. This is the idea which lies at the heart of the European Convention of Human Rights.

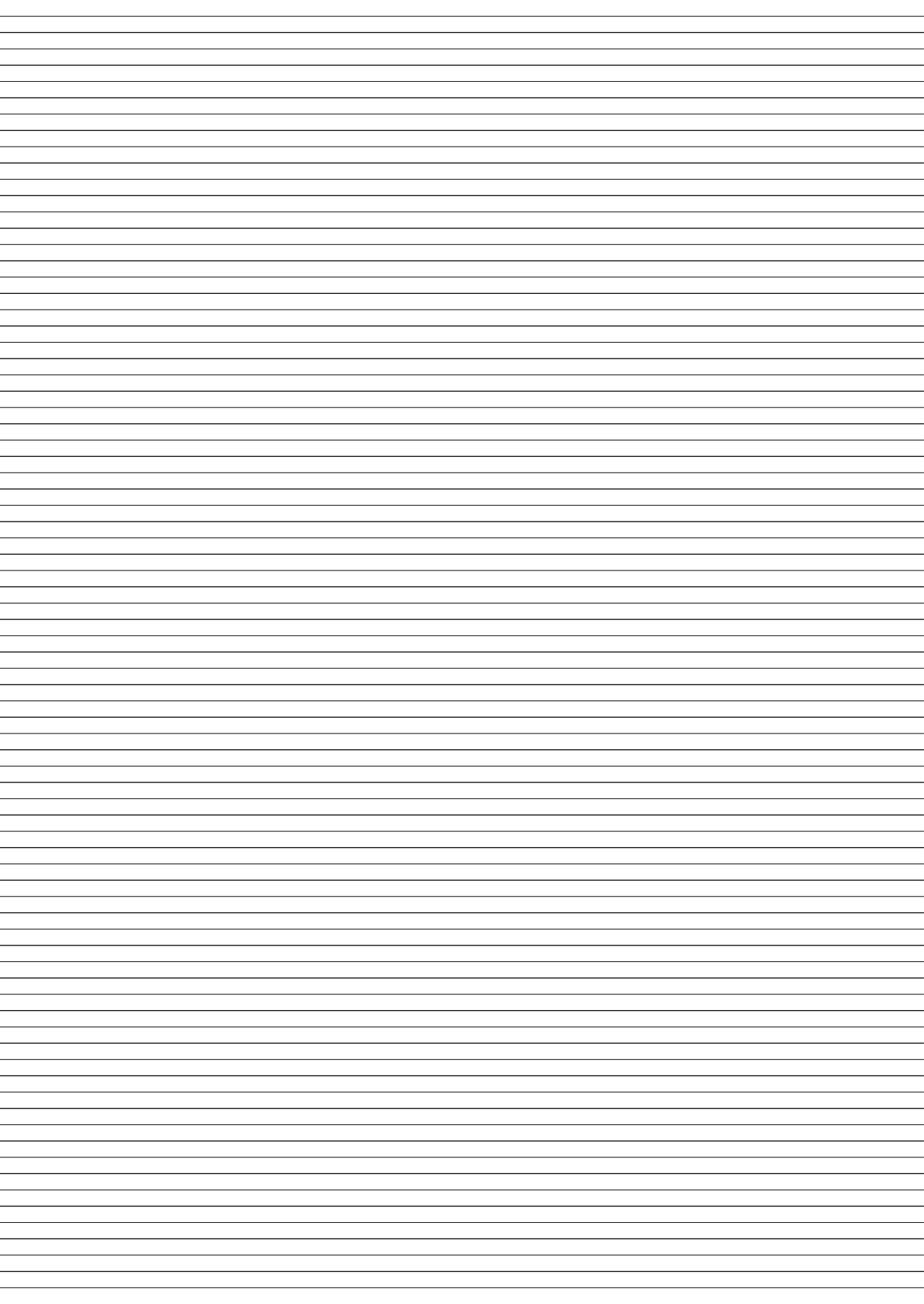
As one of the initial high count applications member states, Poland had an extremely important role in ensuring the sustainability and effectiveness of the Strasbourg system. Poland can be proud to have taken over this role in a quite exemplary manner. It is without doubt a difficult building process in which various actors need to learn to play their role and to establish relations among each other. I hope the successes achieved so far will persuade them to continue on the path started. As it is, among others, with the consolidation of the Polish method for the implementation of ECHR judgments at the domestic level – and all those following its example – that we can expect the Strasbourg system to grow more and more effective.

To achieve this aim, there could be one more role in the Convention system which Poland could take over. Poland has already been regularly engaging in the exchange of good practices in the field of implementation of the European Court's judgments. Poland is also a visible actor in Strasbourg, actively participating in seminars, workshops and working groups on the reform of the Strasbourg system. Would it be ready to become increasingly active in this respect? Could it provide support, good practices and encouragement to other states which are maybe at the beginning of the path as Poland was some years ago? There can never be a better example than the example of someone else who has already faced similar challenges and has succeeded with persistence, open-mindedness and the active involvement of its many actors. One should not forget that in the spirit of the mechanism put in place by the convention, the supervision – at European level – of the implementation of ECHR judgments is a collective responsibility of all States parties to the Convention.

I can only encourage Poland and the representatives of all those involved to continue to follow this path of dialogue and engagement, even if it unavoidably requires considerable effort, good-will, assuming additional difficult tasks or establishing new rules or practices. That this is the right path to take is demonstrated by the success achieved so far. And, for the future, I wish for Poland, that it consolidates its place in the history books not as the country that struggled with many repetitive applications pending before the European Court of Human Rights, not as the country that faced a great number of judgments to be implemented at the domestic level, but as the country that contributed to making the Strasbourg system more effective and to improve the standards of human rights at the domestic level and across Europe.

Thank you for your attention.





ENSURING EFFECTIVE IMPACT
of the standards of the Council of Europe on
the national legal system and practice in the
context of non-governmental organisations

ADAM BODNAR

Deputy Chair of the Board of the Helsinki Foundation for Human Rights, Associate Professor in Human Rights Chair, Faculty of Law and Administration, Warsaw University, the Member of the Board of Directors of the UN Voluntary Fund for Victims of Torture

Ladies and gentlemen! Thank you very much for inviting me to this conference. I believe the moderator has already presented me as a critic. I will do my best to make this criticism as constructive as possible. I would like to start with the reminder that there is another conference of international importance today in Warsaw, namely, the European Pro Bono Forum. For many years now, this congress has been organised in various European countries by a non-governmental organisation, Public Interest Law Network. It is addressed at lawyers specialising in the *pro bono* legal assistance. Since we are celebrating the 20 years of ratification by Poland of the European Convention on Human Rights, we may consider ourselves experienced in the area of *pro bono* representation of applicants before the European Court of Human Rights. We even have a few persons who participated in such cases, for instance Ms Bogdana Słupska-Uczkiewicz, Ms Justyna Metelska, Ms Monika Gąsiorowska, Mr Paweł Osik or Mr Mikołaj Pietrzak. This forms an interesting connection between the

two events. The dedication and involvement of many *pro bono* lawyers in cases before the ECHR permitted us to perceive the developments that have occurred in Poland in the last 20 years in a different way.

However, I would like to discuss the enforcement of judgments of the European Court of Human Rights. At present, this is a considerable challenge both in terms of the functioning of the state and of the quality of the Polish law. For years, a similar challenge had been related to the enforcement of judgments of the Constitutional Tribunal. We have managed to change that situation. Clear and quite transparent procedures have been drawn up. The number of judgments of the Constitutional Tribunal that could not be enforced has dropped significantly. However, enforcement of ECHR judgments is a much more difficult process than it is the case with judgments of the Constitutional Tribunal. This is a process that is influenced by many factors: (i) internal factors related to the Convention system and the nature of ECHR case law and (ii) external factors. This results from the fact that a judgment or a decision relating to specific facts of the case, from which conclusions should be drawn with regard to the necessary enforcement measures, is a different matter. The list of individual and general measures that can be applied is long. Moreover, the state enjoys the freedom of implementation: it has to decide on the necessary measures autonomously, such freedom being limited only to a certain extent, by recommendations of the Committee of Ministers of the Council of Europe, or by the ECHR itself which, pursuant to Article 46 of the Convention, specifies those measures explicitly in the judgment. Nevertheless, indication of the enforcement measures by the ECHR (other than redress) is still rare. Naturally, pilot judgments are different in this respect, as they provide for a whole list of necessary measures. Another problem is the low awareness of the general measures that can be potentially approved by the Committee of Ministers of the Council of Europe. The Government may take certain measures only to learn that they were adequate and appropriate for effective enforcement of the judgment.

Enforcement of judgments is also influenced by external factors that are independent of the nature of the Convention system. The first one is

the political will, i.e. whether the policymakers and the Government are willing to implement any changes (cf. problems in the United Kingdom with regard to the enforcement of judgments relating to the prisoners' right to active participation in the elections). The second factor is the scale of the required changes. An example of this is temporary detention. In order to solve this problem, it is not enough to amend a single act of law, but rather to implement comprehensive amendments planned for many years. On the other hand, solving such problems as overcrowded prisons or conditions of imprisonment may be a challenge from the point of view of public finances, especially in times of austerity. We may already observe that in such countries as Greece enforcement of the ECHR judgments will be more difficult due to the crisis and the condition of public finances. The third external factor is the reaction of the public opinion. ECHR judgments are sometimes entirely contrary to public expectations. Therefore, it is more difficult for domestic politicians to enforce those judgments. Another external factor is the matter of effectiveness of the whole system of supervision of enforcement of such judgments. The Committee of Ministers has a backlog of cases. Combined with the time factor, this may result in lack of sufficient supervision of the enforcement of specific cases, with the focus being turned instead to selected cases. After some time, certain ECHR judgments are still subject to the supervision procedure in terms of enforcement and they are still on the list of cases carried out by the Committee of Ministers of the Council of Europe; and yet, they do not evoke much interest.

Question remains, how could we enforce the ECHR judgments with regard to the abovementioned factors that hamper this process? There are two possibilities. Firstly, we should create a system of effective and efficient system of domestic remedies. Secondly, we should develop and stabilise an effective institutional system to ensure adequate and fair enforcement of respective judgments.

With regard to the remedies, we are still behind the times in Poland, in particular with regard to the possibility to re-open civil proceedings after the ECHR judgment (usually after a judgment stating a breach of Article 6 of the Convention). This problem is widely known and it was

often referred to in reference studies. It pertains to many judgments where e.g. the ECHR stated a breach of the right of access to court due to excessively high court fees. Briefly, after the issuance of the signalling decision of the Constitutional Tribunal and general statements of the Human Rights Defender, there was a chance to solve this problem and to introduce (as it is the case e.g. in Germany) an option to re-open civil proceedings after the ECHR judgment in the Code of Civil Procedure. The Chancellery of the Senate of the Republic of Poland prepared a relevant amending bill. However, the amendments had been blocked by two institutions: the Ministry of Justice and the State Treasury Solicitors' Office. They issued their opinions stating that the Code of Civil Procedure did not need to be amended due to the doctrine of the force of *res iudicata*. Although the National Council of the Judiciary of Poland and the Helsinki Foundation for Human Rights supported the amendments, the Senate bill was not processed due to the two negative opinions. Little has changed since then. At the same time, in Germany, where the legal system is more or less similar, the possibility to re-open civil proceedings after the ECHR judgment was introduced despite the fact it is an exception from the principle of *res iudicata*. This problem was discussed at the previous Warsaw Seminar. Nevertheless, we must not forget that the situation in Poland remains unchanged in this respect.

The second (although not the alternative) method of solving this problem is to create a relevant institutional system ensuring adequate enforcement of the ECHR judgments and decisions. The responsibility and the burden of enforcing ECHR judgments should not be accepted by a single institution, but rather by a group of institutions and public authorities, naturally, as long as they act within the limits of their competence and in accordance with the constitutional principle of collaboration. The institutional system is important, because:

– it ensures raising awareness of various institutions, not only with regard to the need to enforce a specific judgment, but also to its content. Usually, the judgment alone does not provide for specific enforcement measures. It is necessary to take institutional measures to “translate” the

judgment from the legal language into the political language of specific legal amendments or organisational developments;

- it ensures a dialogue between various institutions involved, in line with their competences, in the judgment enforcement process;

- it guarantees coordinated efforts and exchange of knowledge with regard to the entities responsible for specific measures and the timing of such measures;

- it ensures transparency of the judgment enforcement process. The process is not implemented backstage; up-to-date reports and minutes from the meetings permit the public to learn the current progress in this respect;

- implementation of such an adequate institutional system permits us to reduce the impact of such current political factors, also long-term. If a case is placed within a specific framework, we cannot argue that we would not consider it for political reasons. If a case is within a stabilised and institutionalised framework, any future reference to such case is much easier.

In this context, it is worth noting that we have established the ECHR Judgments Enforcement Team. This is the area for dialogue. Respective Ministries are invited to participate in the works of the Team. I believe some of them might have been unaware of the fact that the European Court of Human Rights could have an impact on the scope of their operations. Non-governmental organisations, representatives of the highest courts, the Human Rights Defender or the Polish Bar Council are also invited to participate in the works. Therefore, it provides room for regular discussion with regard to specific judgments and thus for contributing to the amendment process. However, we lack serious political support for this Team. Enforcement of certain judgments is not based on a continuous discussion with representatives of respective Ministries. In the end, a concrete and specific political signal is needed with regard to specific solution (e.g. amendment of law).

Another positive development in the last few years have been the involvement of parliamentary committees in the judgment enforcement process, in particular with regard to the Justice and Human Rights

Committee of the Sejm of the Republic of Poland and the Human Rights, the Rule of Law and Petitions Committee of the Senate of the Republic of Poland. 4 meetings of those Committees have already been organised. However, the ECHR Judgment Enforcement Subcommittee¹ has not yet been appointed, despite political declarations made also at the level of the Council of Europe. Establishment of the ECHR Subcommittee is vital, as it is the only method of ensuring regular work on specific judgments. The Subcommittee should provide room for regular work on the enforcement of the ECHR judgments. All stakeholder MPs should be able to actively follow the progress with regard to the initiated or introduced amendments resulting from the ECHR judgments. It cannot be a merely incidental and extraordinary activity. The Subcommittee should also provide in-depth discussion with regard to the Government report on the enforcement of the ECHR judgments. In my opinion, institutionalisation of the parliamentary supervision of the ECHR judgment enforcement is important, as the new Parliament might not have the political will to create such a Subcommittee. This issue could also be regulated through amendments in the Rules of the Sejm of the Republic of Poland.

With regard to the enforcement of the ECHR judgments, we should consider not only the measures that should be taken after the Strasbourg Court issues judgment, but also the methods to ensure adequate verification at the stage of preparation of the bills or other normative acts. The measures in this respect are initiated by the Ministry of Foreign Affairs, which makes all possible efforts to convince the Government Legislation Centre to implement specific procedures in such cases. The activity of the Ministry of Foreign Affairs should receive full support. Such procedures are necessary for creating a comprehensive system which might protect Poland against the consequences of further ECHR judgments. Today,

1 At the time of the Seminar, the ECHR Subcommittee had not yet been appointed, despite political declarations. It was established on 5 February 2014 on the joint meeting of the Justice and Human Rights Committee and the Foreign Affairs Committee of the Sejm of the Republic of Poland. The Chair of the Subcommittee is Marcin Halicki, MP, Chairperson of the Polish delegation to the Parliamentary Assembly of the Council of Europe.

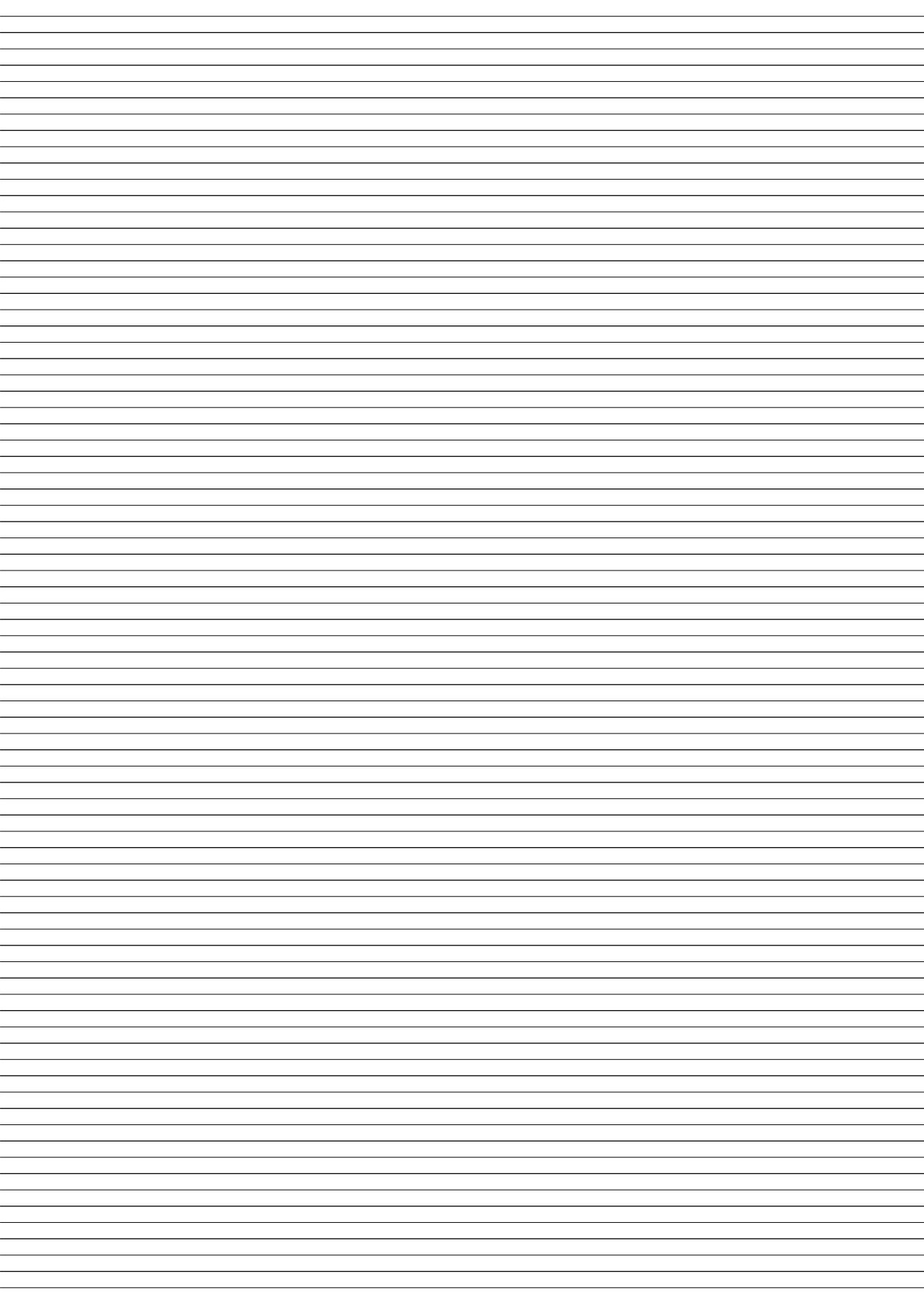
President of the ECHR, Mr Dean Spielmann, has mentioned the German cases and the dialogue that was initiated after the ECHR judgments relating to the detention of persons sentenced to long-term imprisonment through locating them in health care institutions after the end of the sentence (e.g. *M. v. Germany*). I believe that those cases have not been mentioned by mere coincidence. Poland has only adopted a similar act of law, *lex Trynkiewicz*, with merely three votes against it. The act of law will undoubtedly have its consequences in the form of the ECHR case law, since the Government had not sufficiently analysed the applicable ECHR standards in this respect.

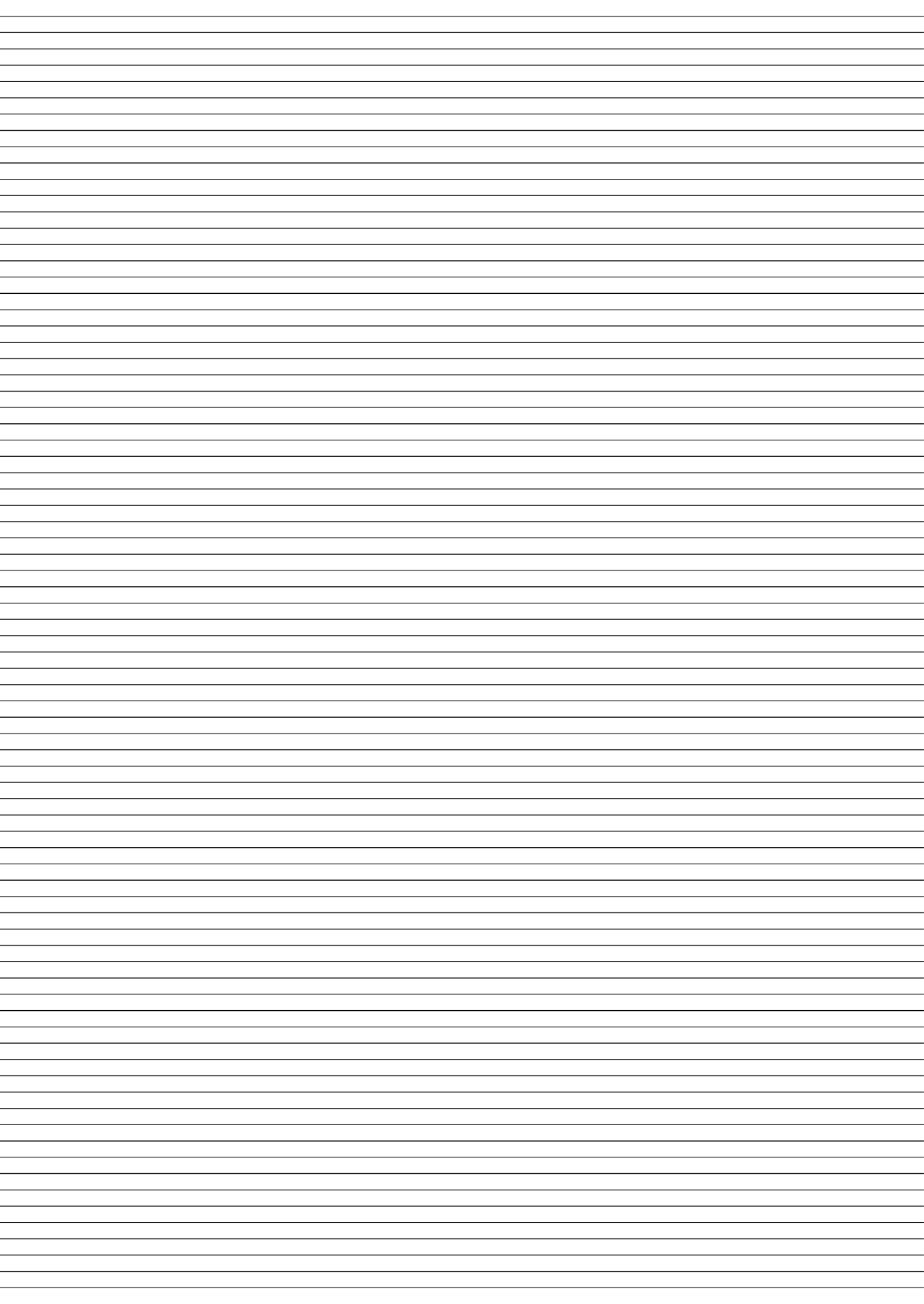
Development of an institutional system for enforcing ECHR judgments requires involvement of various institutions. We are now in the office of the Human Rights Defender, whose activity in this respect in the recent years has been nothing but successful. There are many general addresses relating to the ECHR judgments, including sensitive cases, and the Defender has been performing its role efficiently. Moreover, the Defender is one of the few institutions in Europe which enters into dialogue at the level of the Committee of Ministers. The Defender enforces their right to deliver communications to the Committee of Ministers. Thus they present our standards with regard to the enforcement of respective ECHR judgments (cf. e.g. communication in cases *Sikorski v. Poland* and *Orchowski v. Poland*, relating to overcrowded prisons).

Activity of the National Council of the Judiciary of Poland, in particular preparation of recommendations for courts relating to the enforcement of judgments, should also be considered positive. The Prosecution General is also quite active in this respect. The Polish Bar Council has recently organised a large conference and prepared a report on the enforcement of judgments. On the other hand, if we consider the activity of the Children's Rights Defender and analyse various judgments in cases involving "children matters" (e.g. relating to teaching ethics at school, contacts between parents and children, application of the Hague Convention), we may find out that the Defender has never issued an official statement on the enforcement of such judgments. I have received such information through accessing public information. However, it should be

natural to assume that the ECHR case law in cases relating to children's rights forms part of the activity of the Children's Rights Defender.

Constant awareness-raising with regard to the Convention and the ECHR standards is also necessary. Some measures in this respect have been implemented by the National School of Judiciary and Public Prosecution. The number of courses relating to the Convention under legal training, in law enforcement professional schools and at law faculties is growing. However, there is still room for improvement. The ECHR case law is crucial for the standards of operation of the modern state, and in various areas: not only in the broadly understood judicature and legal protection bodies, but also in the area of convergence of public authorities with the economy. Knowledge of ECHR standards should be much more widespread, which requires consequent, long-term and massive educational programmes, preferably included in the official curricula of respective occupations.





DISCUSSION: PANEL I

Urszula Gacek Ladies and gentlemen, we are ahead of the schedule. I know we are only minutes away from lunch, but we still have some time. I would like to allow you to ask a few questions or to present your comments, as you have been listening to our panellists with such attention. Considering our limited time, I would only ask you to make your comments or questions quite brief. Please do not try to compete with our panellists in terms of duration. They had twenty minutes each, I will give each of you three minutes and I will expect you to comply with this requirement. Perhaps most of you know each other, but it would be helpful for our panellists here, as well as for me, if you could briefly introduce yourselves. If you have any specific comments or questions to one of our panellists, please indicate the person whose answer you expect to hear. Also, I have a question to the organiser. Is the microphone somewhere in this room? We have the microphone. All right, now could we have our first volunteer?

Hanna Machińska Good morning, Hanna Machińska from the Council of Europe Office. I would like to comment briefly, 2 minutes, on Professor Drzewiecki's statement. I was a little upset when you mentioned pettifogging. I understand it was some sort of a mental shortcut. I would like to say that for many years now, since 1993, we have been accepting thousands of persons who came to us seeking information or advice. I would say that all those persons, or a great part of them, filed complaints to the Court. Such was the case of our first client, Mr Podbielski, whom we assisted for a very long time. Then, as an institution, we participated in the pilot project consisting in providing information and advice relating to the European Convention. I believe that most of those persons

were the victims of, generally speaking, the malfunctioning of the state or the arrogance of the officials. Those people were not pettifoggers. Of course, there was a group of those who sought justice in general. However, those complaints, even the ones considered unacceptable, simply proved that the rights of those persons had been seriously infringed. Lastly, the reform of the Court, which we fully support, and the reduction of the number of complaints do not necessarily prove that the situation is improving. The latter group of complaints simply would not exist because the requirements are becoming increasingly more restrictive. Thank you.

Urszula Gacek I would like to remind you that I will allow the panelists to answer, but maybe after two or three more questions. Please.

Bogdana Słupska-Uczkiewicz Thank you. Bogdana Słupska-Uczkiewicz, barrister, Human Rights Committee at the Supreme Bar Council. I would like to briefly comment as a barrister. I happen to have been representing claimants before the European Court of Human Rights for almost 15 years. I fully support the statement of my colleague. Such has also been my experience as a barrister who is always where the injured people are. I would like to say that observation and participation in this extraordinary adventure, which is the barrister's possibility to perform their normal, everyday work, on the one hand, and represent people before the European Court of Human Rights, which, usually at the stage when the complaint is communicated to the Government, requires us to speak on behalf of the claimant and to present our opinion on the functioning of the national judiciary, on the other hand, is an unusual experience for every barrister. All of a sudden we see a legal system in which we function and which we, regular barristers, do not even have the right or the courage to question. The Court asks us questions and makes us all sensitive to this area of breach, often turning the years-long ritual upside down, the ritual which we do not even suspect we could question. This is a completely unusual experience. The Court indicates: *This might form an infringement*, and then in its judgment states: *This was the case where human rights and the Convention were breached*, and analyses the nature of the breach. Such a diagnosis is extremely valuable and important, since it provides us, practitioners, with new arguments; it allows us

to provide legal assistance in a more effective way so that the protection of individual rights evolves in the positive direction, as this is how the 20 years of Polish presence in the European Court of Human Rights should be assessed. With regard to the challenges, I believe that the exercise of judgments is the vital matter, as Dr Bodnar and other panellists rightly stated. In cases relating to the payment of redress, the matter is quite simple. Amending the law is already an actual success. However, what is a more sensitive matter, the Convention must be applied and understood where the law is applied so that the Convention could be actually effective instead of fictitious. I think this is the direction which should be discussed, because the means we should select are not obvious at all. It all depends on the type of infringement and the practice existing in a given country with regard to the diagnosed infringement. Thank you.

Urszula Gacek Thank you very much.

Dominika Bychawska Thank you, Dominika Bychawska, Helsinki Foundation for Human Rights. I would like to ask Ms Amat one question. We are aware of the situation regarding the execution of the sentences from the point of view of your department. We are aware of the insufficient funds and human resources. We are also aware that certain matters are being delegated. What are the plans regarding the delegation of lawyers? Is there no prejudice or fears regarding the independence of the lawyers you delegate? This relates in particular to such countries as Azerbaijan or Russia, which are notorious for stirring trouble in the Council of Europe.

Urszula Gacek Last question. Your Excellency.

Jakub Wołásiewicz I fully agree with Professor Makarczyk with regard to certain partial changes which occur in the European Court of Human Rights. Of course, such partial changes do not always cause positive changes in the functioning of the system as a whole. I would like to say that at this point, in the latest reform, the measures focused mainly on the procedures before the European Court of Human Rights. However, for another time in a row the reform of the Registry was completely ignored, such reform being, in my opinion, crucial for the future effective functioning of the European Court of Human Rights. At some point

this matter may become important enough for policy-makers and other officials from the Council of Europe. With regard to the execution of judgments, it is no secret that 10 years ago our perception in this respect completely changed. Judgment execution has become perhaps a more important objective for the Plenipotentiary than the cases before the Court as such. This results from one thing: the first idea that the problem would be handled by respective ministries after the issuance of the judgment by the European Court of Human Rights unfortunately turned out to be false. In other words, the ministries did not feel responsible for introducing any changes in this respect. Hence the rule implemented 10 years ago that the Ministry of Foreign Affairs would not execute the judgments, but rather coordinate the measures, and I believe this approach had led to specific positive results. That would be all, thank you.

Urszula Gacek Thank you. Now I would like to let our panellists answer those questions or comment on them. As the questions seem to be addressed to specific panellists, the first one goes to Professor Drzewicki. Please.

Krzysztof Drzewicki Thank you. I would like to answer the question of Ms Machińska. The terms I use here have a very specific meaning. In general, it is based on the British jurisprudence which defines vague sage litigation as filing a case to court and handling it in the context of malice, repetitiveness, pointlessness etc. In our case, I have reached this conclusion on the basis of this term when I analysed the complaints that had been filed. Incidentally, Mr Podbielski is very close to this category due to the repetitiveness of his claims and the high compensation he requests: you have no idea how high. We were negotiating with him directly and it was unbelievable. This is an example of pettifogging, even with regard to the value of the disputed claim. Therefore, I would like to add that this does not mean I deny those people the right to file complaints even if they were crazy, because sometimes there are some successful cases among all those crazy ideas. For instance, the case of Gawęda relating to the registration of newspapers and magazines. A mechanic by occupation wanted to publish newspapers. The district court, the single registry judge and two adjudicating panels of the court of appeal, in two

subsequent stages, denied him the right to do that. The mechanic won seven or eight to one with regard to the wrong procedure of registration of newspapers and magazines. Thank you.

Urszula Gacek Thank you. I would like to hand the microphone over to the President. I do not know whether you would like to comment on the remarks and comments of Ms Słupska-Uczkiewicz.

Adam Bodnar I believe that, with regard to the participation of barristers, which perhaps I have failed to state with sufficient clarity, the Supreme Bar Council and in particular the Human Rights Committee became much involved in the execution of judgments and presented a report which was also sent to the Council of Europe's Committee of Ministers. I think there is only one, Irish, bar council which operates in a similar manner at the level of the Committee of Ministers. Thus this is also a response to the Brighton Declaration: to make various entities involved, without limiting to the traditional ones, and getting the institutions which have something specific to say involved in the execution of judgments. The bar is supposed to protect the rights and freedoms, to represent clients and, obviously, it has direct knowledge of this matter. With regard to the persons wronged by the system, the Helsinki Foundation may confirm that the persons who ask for assistance in preparing a complaint have usually faced various problems and have been treated by the authorities in a rather arrogant manner. It was my pleasure to assist Mr Podbielski in his attempt to resume civil law proceedings and he was the victim of the lack of resumption procedure in Poland. There was nothing pettifogging in the fact that he tried to resume the proceedings after the judgment of the European Court of Human Rights. Moreover, once the first attempt had proven unsuccessful, he tried to claim liability on the basis of Article 417 of the Civil Code, which also failed. This is a component of the system which simply does not work. Let me quote Mr Podbielski: *If I have a judgment stating that Article 6 of the Convention was breached and that I should receive compensation of five or ten thousand euro, am I supposed to frame it and hang it on my wall?* The answer remains the same until this day: *Yes, in such situations the only thing that can be*

done is to frame it and hang it on the wall and forget about redress from the state. Thank you.

Urszula Gacek Thank you very much. Ms Amat, we had a question concerning delegation to your department. It has been almost one year that a Polish judge from the Ministry of Justice has been delegated to your department. Naturally, I do not ask you to assess his work, but rather to explain the mechanism of delegation and the threats related to the delegation of staff by Member States, in particular the more questioned states. The floor is yours. Thank you very much.

Corinne Amat First of all, I would like to say that delegation is a very valuable tool which enhances our institutional capacity in terms of Court judgment execution. If you visited our websites, you already know that this year we have asked again for the delegation of nine lawyers and an Internet administrator, as we want to be as transparent as possible. We want to inform about the execution of judgments but we are unable to disseminate our measures with regard to the implementation of judgments. This is why we need IT support. With regard to experiences, a Polish judge was indeed delegated to our department. Such delegation of lawyers is our tradition. Including Polish lawyers in our team is yet another tradition of ours. Insofar as I can tell on the basis of various delegations, no one had ever lost. Why was that? Firstly, because they form additional resources at our disposal. Secondly, it is an important insight in the internal situation of a given country which delegates the lawyer. We have a fresh view, a fresh perspective. What is also important for us is that it allows us to explain to respective members of the Committee of Ministers which measures are initiated at the national level. In this respect, our experiences are often very positive. The delegated employees then return to their countries and departments, would that be the Ministry of Foreign Affairs or the courts, enriched with the valuable experiences regarding the streamlining of the communication process. The delegated judges also become more aware of what they can do to prevent certain events in the future, in particular to solve specific problems before they are referred to the Court. It is a very good experience for both parties. We learn and they learn about our system, what is necessary

and what can be improved in their countries. You have also mentioned the possible prejudice or partiality of such delegated employees in certain situations. Luckily, we have protective mechanisms embedded and I have never faced any problems in this respect. The assessment is never done by a single employee. It is always a group or a team work. We have brainstorming and discussions on many levels. No matter is ever assessed by a single pair of eyes only. Moreover, persons delegated to our department do not necessarily work on cases from their own countries. For instance, we had a previous delegation from Poland. That person did not handle Polish cases. She was in charge of Romania. It was indeed very helpful in terms of faster solution of Romanian cases. The current Polish judge handles Polish cases, but also the conditions of temporary arrest in Italy. Thus, it is an extended perspective which never allows for decisions to be made by a single delegated person. This is why our team is actually reinforced and our comparative perspective is much broader. Thank you.

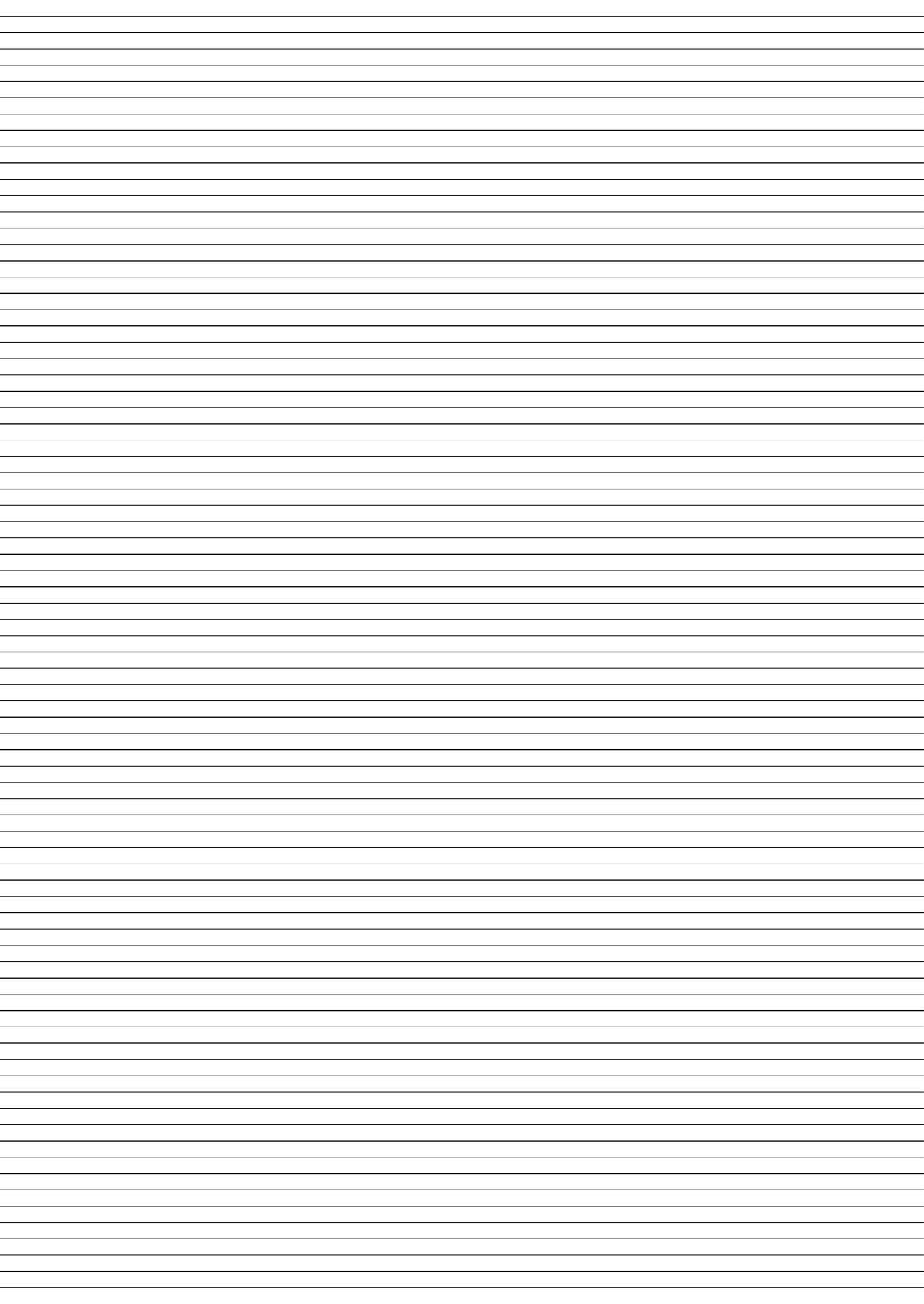
Urszula Gacek Thank you very much. With regard to the question of Honourable Ambassador Wołásiewicz relating to the reforms, the last comment in this discussion belongs to Professor Makarczyk. Please.

Jerzy Makarczyk Thank you very much. I have heard no question. Instead, I have heard a confirmation that Honourable Ambassador Wołásiewicz was aware of the gravity of cases which are often disregarded as merely technical issues. They are not, however, technical. The Secretary of the UN Court in Hague is the Deputy Secretary-General. In fact, they do not report to the Secretary-General. They only report to the Court and to the President of the Court and that is of utmost importance. Ladies and gentlemen, music must have indeed softened my heart since I wanted to comment on the interruption of the judge's mandate far more harshly. Imagine the Parliament issues a constitutional act of law which implies a reform of the Constitutional Tribunal and liquidates the Tribunal judges' mandates. It would be unthinkable in the context of the internal legal order. I believe that it would not be acceptable in a country which aspires to be perceived as a democratic state. However, in this case it did happen and it was brutal. Let me give you an example, as I like to refer to my own examples because I know them best and I am certain they

are authentic. In 1993, Mr Fleischhauer, UN Deputy Secretary-General for legal matters, called me and said: *You have been mentioned as a candidate for a prosecutor in the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia.* I told him I would need 24 hours to consider this. If he called me and mentioned my name, it meant it had already been approved, otherwise he would not have called. I had been thinking for the 24 hours and I refused, mainly because I had only worked in Strasbourg for a year. I thought that abandoning that function only because something better had appeared was not serious. This was upsetting for my great mentor and friend, Professor Skubiszewski. He told me: *You have lost a very prestigious position for Poland.* I presented certain other arguments. I believed it should not be someone from the Central Europe, who had ever been in the Austro-Hungarian area. In fact, they chose someone from South Africa before del Ponte, who completely failed. Their bodyguards supposedly stayed in his and his wife's bedrooms, so he could not handle it psychologically... Maybe I would have – I do not know – but maybe I would not have handled it either. This forms a precedent. This shows how underdeveloped our international system of justice still is. If such things are possible... I know it, unfortunately, because Mr Waldikos was a great friend and authority to me. He was a Deputy Director-General of the International Labour Organisation and visited Poland – as an ILO delegate – when Wałęsa was interned. He refused to meet with Wałęsa lest there were other gentlemen present. He had an impressive personality, and he was married to a Pole. After those events I used to call him quite often. According to his wife, he just lost his interest in life and passed away. I am not saying it was the change that killed him, but it certainly was a factor and that was not the only case of this type. Therefore, we witnessed not only a breach of human rights, but also a legal barbarity. I want to make it very clear. Thank you.

Urszula Gacek Thank you very much. I would like to thank all our panellists. I wish we had more time. However, we managed to comply with the schedule. Thank you for valuable interventions of our panellists and for the interesting and diverse questions. I would not have selected a better set of questions myself, considering it was a mere coincidence

that each panellist had one very interesting question or comment to answer. Please thank our panellists for their time. And now, the most pleasant role of the morning session moderator. On behalf of the hosts, I would like to invite you to lunch.





PANEL II:
Interdependencies between the
EU's and the Convention's system
for the protection of human rights

Moderator: Professor Mirosław Wyrzykowski

CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS
of the European Union and the
Convention for the Protection of Human
Rights and Fundamental Freedoms

MAIJA SAKSLIN

the second Deputy-Ombudsman of Finland, Management
Board of Agency for Fundamental Rights

Distinguished chairperson, your excellences, dear colleagues, ladies and gentlemen, allow me, first of all, to thank the organisers for inviting me to this conference.

I wish to express my warmest congratulations both in my capacity as the Chairperson of the Management Board of the Fundamental Rights Agency of the European Union and as a Deputy Parliamentary Ombudsman in Finland.

It is a great pleasure and an honour for me to address this conference celebrating the accession to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms twenty years ago and the establishment of the ombudsman institution twenty-five years ago.

Under the Finnish constitution, the Ombudsman oversees the implementation of Fundamental and Human Rights. Therefore I feel especially privileged that I have the possibility of participating in this conference.

I was asked to focus on the relationship between the EU Charter of Fundamental Rights and the European Convention on Human Rights

and Fundamental Freedoms. But first I would like to tell you a few words about the shared history of Poland and Finland.

Our countries have not been Member States of the Council of Europe or European Union for very long. However, a long time ago there was a union between our countries.

Katarzyna Jagiellonka

She was born as the youngest daughter of King Zygmunt I the Old of the Polish-Lithuanian Commonwealth and Bona Sforza. Katarzyna became the wife of King John III of Sweden.

During that period Finland was the eastern part of Sweden.

Katarzyna was Duchess of Finland (1562–83), Queen of Sweden (1569–83), Grand Princess of Finland and the mother of the future King Sigismund III Vasa of the Polish-Lithuanian Commonwealth.

Unfortunately, her Fundamental Rights were not very well protected and she was together with her husband imprisoned in Gripsholm Castle, in Sweden. It was during that period that she gave birth to her son Sigismund, who inherited the thrones of both the Polish-Lithuanian Commonwealth (in 1587) and Sweden (in 1592).

John and Catherine were the only Swedish monarchs to reside in the Finnish part of the Swedish realm. Therefore she is still well known in Finland and we still believe that she had an important impact on the Finnish culture.

Later – two hundred years ago – the Swedish king founded the ombudsman institution, which was the first ombudsman institution in the world and the source of inspiration for many ombudsman institutions.

EU Charter and European Convention

The approach to the EU system of fundamental rights can be divided into three elements.

1. The Charter of Fundamental Rights, which now has the same status as the Founding Treaties,
2. EU accession to the European Convention on Human Rights, and

3. the reaffirmation of the general principles of Union law as a source of fundamental rights in the EU.

I will today only discuss the first one of these three elements, or the European Union Charter of Fundamental Rights. I will focus on some aspects relationship of the interaction between the EU Charter of Fundamental Rights and the European Convention of Human Rights.

Before the EU Charter was drafted, the protection of the Fundamental Rights evolved in the case law of the European Court of Justice as general principles of EU law. The sources of the general principles of Union law are the international obligations of the Member States, especially the European Convention of Human Rights and Freedoms as well as the common constitutional traditions of the Member States. In practice the ECJ has not used the constitutions as guidelines and sources of inspiration so often than the Convention. The ECJ has also based its decisions on other international instruments, such as the European Social Charter and the Revised Social Charter, the convention of the Rights of the Child, and a number of Conventions adopted by the International Labour Organization.

4. The EU Charter reaffirms the rights stemming from these sources. The idea of the Charter was to make the rights protected by the Union more visible for the Citizens. The rights under the Charter, which correspond to the rights guaranteed by the Convention, shall have the same meaning and scope as those laid down in the Convention. The ECJ has expressly stated that the Articles of the Charter must be given the same meaning and the same scope as the Articles of the Convention.

Since the 1980s, the ECJ has recognised that the European Convention has a special relevance, and since the mid-1990, the ECJ has regularly referred to the provisions of the Convention and to the judgments of the European Court of Human Rights in its reasoning. To mention some examples, the ECJ has referred to the Convention in cases concerning the right to privacy and the right to a fair trial and, on the other hand, the EU Charter has played a prominent role with regard to the best interests of the child and conscientious objection at the European Court of Human Rights. After becoming legally binding instrument the EU Charter has

become the main source of reference in the ECJ. However the ECJ tends to interpret the provisions of the Charter without referring to the case law of the European Court of Human Rights.

It is important to note that the Convention provides a minimum level of protection. The level of protection in the EU may never be lower than that guaranteed by the Convention. This is the key element in the relationship between the Charter and the Convention.

The explanations relating to the Charter state that the autonomy of EU law and of the ECJ may not be affected. However, the autonomy of the EU law requires that it provides more extensive protection than the European Convention. The explanations relating to the Charter provide a list of the Articles whose meaning is the same as the corresponding articles of the Convention, but whose scope is wider. There are also Articles in the Charter which have both a wider scope and a wider meaning. The Charter also protects and respects some rights which are not expressly covered by the Convention, such as the right to good administration – which actually inspired by the Finnish Constitution – and a high level of environmental protection.

According to the horizontal provisions of the Charter, nothing in the Charter is to be interpreted as restricting or adversely affecting the rights recognised *inter alia* by the Convention. The ECJ has also referred to the fact that limitations which may lawfully be imposed on the rights must correspond to those limitations accepted under the specific Articles of the Convention. The Court of Justice has also referred to the case law of the European Court of Human Rights, stating that rights may be restricted, provided that the restrictions in fact correspond to objectives of general interest pursued by the measure in question, and that they do not constitute, with regard to the objectives pursued, a disproportionate and intolerable interference which infringes upon the very substance of the rights guaranteed.

The scope of application of the Charter

The provisions of the Charter are addressed to the institutions, bodies, offices and agencies of the Union, and to the Member States only when they

are implementing union law. The meaning of *implementing union law* has been the subject of extensive debate. According to the Explanations, the requirement to respect fundamental rights defined in the context of the Union is only binding on Member States when they implement EU rules. This could mean that it covers all situations where an MS fulfils an obligation imposed by EU law. Even when the MS uses discretionary power, the exercise of that power must be compatible with the Charter. The EU Charter applies where MS adopts measures in order to comply with the obligations imposed by EU law.

If the compatibility of a national measure cannot be examined by the ECJ in the light of the Charter or the general principles of EU law, a national court must undertake that examination in the light of the European Convention of Human Rights and Freedoms.

Social rights

The Charter includes a comprehensive list of social and economic rights. According to the explanations, these rights are basically based on the Revised Social Charter of the Council of Europe and on some provisions of the EU's primary law.

Unlike the European Union's Charter of Fundamental Rights, the European Convention does not guarantee economic and social rights. However, the Court of Human Rights has not ruled out the possibility that, for example, a complaint alleging that the amount of a pension or another social benefit is wholly insufficient might in principle raise an issue of inhuman or degrading treatment under Article 3 of the Convention.

The Convention does not guarantee socio-economic rights as such. However, by examining the specific circumstances of the case the Court has, for example, indicated that an obligation to secure protection for particularly vulnerable individuals may flow from Article 8 of the Convention in exceptional cases. It has also found that where a decision to place children in care was based solely on the children's unsatisfactory accommodation owing to their parents' insufficient resources, the right of respect for family life had been breached.

Remedies

According to the Lisbon Treaty, the Union shall accede to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

Some years ago, a powerful argument was used in the discussion on this obligation, an argument which today perhaps no longer is equally strong. It stated that the remedies open to private parties (whether individuals or legal persons) in the EU legal order are in certain respects insufficient and that, by contrast, the European Convention of HR is relatively generous in defining the conditions under which a person claiming to be the victim of a violation of a right, or a freedom recognized under the European Convention, may file an individual application before the European Court of Human Rights.

Therefore, the accession of the EU to the ECHR would ensure that any individual aggrieved by an act adopted by the EU will have access to a court which will be competent to determine whether or not that measure violates fundamental rights.

In addition, the European Court of Justice has stated that it is for the Member States to establish a system of legal remedies and procedures which ensure respect for that right. EU law nevertheless requires that national legislation does not undermine the right to effective judicial protection.

The ECJ seems willing to impose on the EU Member States the obligation to contribute to the elaboration of a complete system of remedies, which will ensure compliance with the requirements of the EU Charter of Fundamental Rights within the EU legal order.

A similar principle of subsidiarity is also applied in the system of the European Convention on Human Rights – the principle according to which the protection of the rights and freedoms under the Convention must primarily take place at national level, the intervention of the European Court of Human Rights only being justified where those internal mechanisms have failed to prevent violations from occurring or, if they do occur, from being remedied.

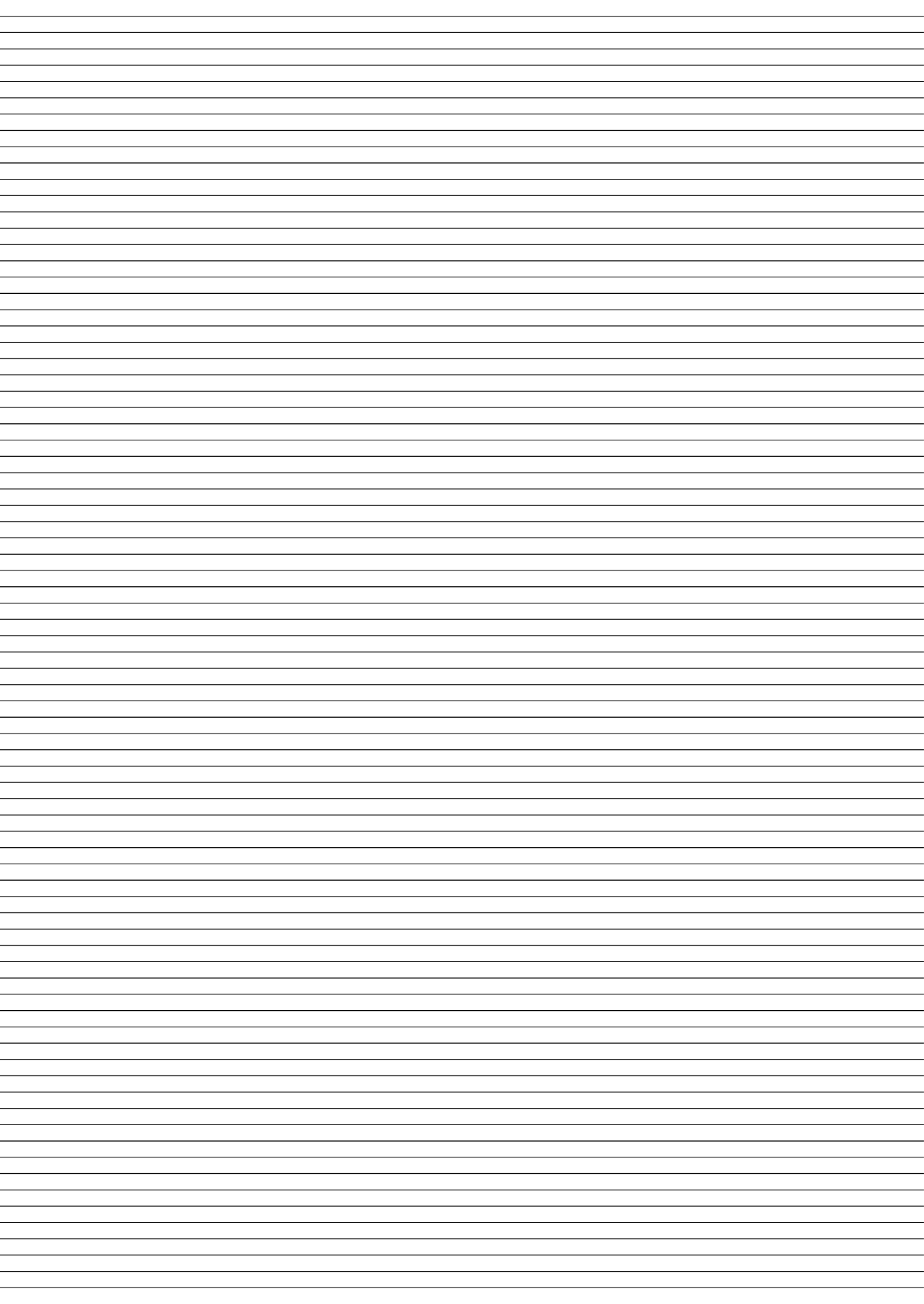
In this context, the national ombudsman institutions have as role to play.

Ladies and gentlemen, I do not think that there is a real risk that the requirements of the European Convention on Human Rights will be subjected to diverging interpretations. There is a true willingness to coordinate the cooperation between the two Courts.

The European Court of Justice applies the Convention in the light of the interpretation given to that instrument by the European Court of Human Rights. And it is current practice that when the European Court of Human Rights applies the Convention, it takes into account the case-law of the European Court of Justice. I could mention here as an example a decision on the *ne bis in idem* principle. The European Court of Human Rights decided to base its interpretation on the interpretation adopted by the European Court of Justice. This approach guarantees convergence.

However, the European Court of Justice remains the ultimate interpreter of the EU law, and more particularly, of the rules in the EU Treaties establishing the division of competences between the Union and its Member States. The principle of the autonomy of the Union's legal order consequently rules out the possibility of the Court of Justice being bound by the interpretation which another Court of law may give of Union law. This is one of the reasons why I believe that total harmonisation is not foreseen.

I hope that the Fundamental and Human Rights will be implemented and applied wisely, and that these rights will be defended bravely, in Poland and in Europe.



ACCESSION TO THE CONVENTION
for the Protection of Human Rights
and Fundamental Freedoms
from the EU's perspective

PROFESSOR NINA PÓŁTORAK

Thank you very much, Professor. I would like to thank the Ministry of Foreign Affairs and Madam Ombudswoman for giving me this opportunity to speak about the European Union's accession to the Convention; please accept my thanks, and congratulations on this magnificent conference.

I would like to devote my address to the European Union's accession to the Convention. As is widely known, the accession was prescribed under the Treaty of Lisbon. Soon after the Treaty entered into force, negotiations started—first, unofficial ones—followed in 2012 by the official negotiations between the Convention party (47 states) on the one hand and the European Union represented by the European Commission on the other hand. The negotiations ended in April 2013, with a communique containing a draft accession agreement being issued in June.

Obviously, the European Union's accession to the Convention is a very broad issue. I am going to talk about a few points which in my view are the most relevant from the point of view of the European Union itself. These are the areas I would like to focus mostly on, but I would also like to talk about problems which the accession poses from the point of view of private individuals, citizens of the European Union, who might be interested in filing an application against the European Union.

Right now there are basically two main systems of international protection of fundamental rights in Europe: the Union system and the Convention system. The Union system is, obviously, secondary to the Convention system, and is largely based on it. The Union system's development started with the case law of the Court of Justice, and ended with the Charter of Fundamental Rights, which—together with the Treaty of Lisbon—acquired the force of the EU's primary legislation. The accession is supposed to merge these two systems. The accession idea as such is not new; it emerged back in the 1970s and was close to being carried out in the 1990s. But then the Court of Justice in its 1996 opinion objected to the accession, arguing that the European Community was not competent to do that and that it required changes in legislation. The legislation changes came with the Treaty of Lisbon. Article 6.2 of the Treaty of European Union settles the issue of the Union's accession to the Convention. At the same time, the provision, annexes, the protocol annexed to the Treaty of Lisbon, and the declaration attached thereto, all underline the requirement of retaining the Union system's autonomy at the moment of accession and of guaranteeing the system's special features.

The Union's accession to the Convention is a challenge to the Union itself, considering this obligation to guarantee the system's autonomy and its special features. On the other hand, it's a challenge to the Convention side; mostly because for the first time it is an international organisation, not a state, that is acceding; an organisation with a unique legal system, whose autonomy must be retained. It is also a challenge because ensuring the equality of parties to the Convention is required, and such parties will be different as on the one hand they include states, and on the other hand an international organisation. Also of importance is the preservation of the subsidiary protection of fundamental rights as afforded by the Court of Human Rights in relation to domestic courts, in this case the Luxembourg-based Court.

As to the significance of the Union's accession to the Convention, the primary goal of the accession was set out in the draft accession treaty. Its preamble mentions increasing the coherence of the European protection of human rights, and that indeed seems to be the most important goal

from the point of view of the Union and the Convention systems, i.e. to establish a coherent system of fundamental rights protection in Europe. A system which would encompass two basic European systems: those of the Convention and the Union, yielding a system that is non-competitive, but coherent. At the same time these combined systems should preserve the Union system's autonomy, as has been already mentioned, and on the other hand they should also to some extent retain the Convention system's autonomy, which I think is also an important issue in the sense that the Union's accession to the Convention will not alter the way the Convention functions in European Union Member States. It seems to be confirmed by the Court of Justice's case law. In its 2012 decision in the *Kamberaj* case, the Court of Justice referred to Article 6.3 of the Treaty of European Union, which says that rights guaranteed by the Convention shall constitute general principles of the Union's law, and held that this article does not change the way the Convention functions in Member States' domestic law; it does not make the Convention a Union-type of law in that it does not grant the Convention direct effect and precedence, or those features which characterise the Union's law. It seems that this case law will remain in place after the Union's accession to the Convention, in other words that the accession will not affect the way the Convention operates in domestic law. Speaking of coherence it is worthwhile to point out that the purpose of the Union's accession to the Convention is also to eliminate discrepancies in both courts' case law. Such discrepancies have been few so far, but they concerned rather important issues, and the risk of discrepancies obviously increases as the body of the Court of Justice's case law on the Charter of Fundamental Rights grows.

The second and fundamental goal behind the Union's accession to the Convention—as seen from the EU's perspective—is to strengthen its credibility—in external and internal respects—as an organisation whose central value and one of the goals is the protection of fundamental rights. This increased credibility is to be effected mainly by subjecting the European Union to external scrutiny carried out by the Court of Human Rights, or the court appointed specifically for that purpose. Before the

accession, such scrutiny of the European Union's actions by the Court of Human Rights was also possible; however, it was only indirect scrutiny. As you will surely remember, the Court of Human Rights held that Member States' giving up some of their competences to the European Union does not mean they do not bear responsibility for their actions under such competences. In the *Matthews and Bosphorus* judgements, the Court emphasised that Member States are also subject to scrutiny with respect to actions they take as part of competences transferred to the European Union, or in their actual exercise of the Union's law. This scrutiny was only indirect, though, and in some cases where an action was not attributable to a Member State but directly involved the European Union's actions, the scrutiny was excluded. That was true of the *Connelly* case, which the Court of Human Rights refused to hear on the grounds that actions in this case could only be attributed to the Union itself, not to Member States. Following the European Union's accession to the Convention, this scrutiny of the European Union, and to some extent of the Court of Justice's case law, will obviously be direct.

Considering that one of the important elements of the European Union's accession to the Convention will involve a change in the power to adjudicate: transferring a part of the Court of Justice's jurisdiction to the Strasbourg Court, and considering an opinion given by the Court of Justice in 1996, it was of utmost importance to engage the Court of Justice in the negotiation process. The Court of Justice issued a communique in 2010, in which it formulated its expectations as to the division of jurisdiction between the Courts in Strasbourg and Luxembourg. In 2011, the presidents of the two Courts issued a relevant communique which on the whole repeated proposals on the division of jurisdiction, indicating in particular that the Court of Human Rights' jurisdiction is subsidiary in nature, while the fundamental task of protection under the Union system is assigned to the Court of Justice. The Court of Justice will be able to judge whether the association agreement is compliant with the Union's law—the case has been already referred by the Commission to the Court of Justice. The European Commission has asked if the draft accession treaty is compliant with the Union's law. Interestingly, the

Commission submitted this question pursuant to Article 218 of the Treaty on the Functioning of the European Union, not waiting for the adoption of the Union's internal laws which would regulate accession procedures. Such internal laws do not exist as yet. The Court might hence decide that it does not have sufficient knowledge on how this procedure will look in practice, which may make its evaluation difficult. On the other hand, the Commission argued that it was requesting the Court's opinion so early on to obtain any guidelines on how to regulate the Union's internal procedure.

Considering that the Luxembourg Court was involved in the negotiation process and that its expectations were essentially addressed in the draft accession agreement, it seems that the Court's opinion will be positive. However, the opening of Protocol 16 to the Convention for signature can raise some doubts in this respect. This Protocol, as you will know, provides for a possibility of the Court of Human Rights' being requested by supreme courts of state parties to the Convention to give opinions. The requested opinions are to be non-binding and advisory. So, a question emerges: can this procedure result in Member States' supreme courts bypassing the reference for a preliminary ruling procedure in matters which concern the compliance of the Union's law with the Convention, and, in effect, will supreme courts be turning directly to the Court of Human Rights? So, can Protocol 16 influence the Court's assessment of whether the accession treaty complies with the Union's law? It seems to me that the risk of bypassing the Court of Justice in this, let's call it, preliminary ruling procedure is small, for two reasons. Firstly, the procedure provided for in Protocol 16 is a voluntary one, whereas the reference for a preliminary ruling to the Court of Justice is mandatory for supreme courts. Secondly, the lack of reference for a preliminary ruling has so far been considered by the Court of Human Rights as the weakening of the protection system within the Union system. In its 2012 judgement, the Court of Human Rights held that if a domestic court does not refer a case to the Court of Justice for preliminary ruling, it weakens the institutional scrutiny of the Union system and in such a situation the presumed equivalence of protection between the Union system and

the Convention system does not work. It seems that the Court of Human Rights will continue to develop this kind of case law, from which it follows that if a domestic court omits the preliminary ruling procedure, it should not put forward a question to the Strasbourg Court; if it does so, however, a reply to such a question will include the failure to refer the case to the Court of Justice, or the weakening of the protection of fundamental rights in the Union system. Those reasons in my view indicate that the procedure in Protocol 16 will not pose so big a threat to the preliminary ruling procedure as might seem.

For the purposes of guaranteeing the autonomy of the Union system, in particular guaranteeing that the Strasbourg Court would not rule on the division of competences between the European Union and the Member States, the association agreement provides for a special co-respondent mechanism. It is reserved exclusively for the European Union and its Member States. The procedure foresees that a country or the Union will be able to become a party to proceedings pending respectively against the Union or the country when the country or the Union are responsible for the legal basis of given conduct. So an application will be filed against a state, as was the case before, or the Union—party to the Convention, which engaged in given conduct. But if an entity or the Court of Human Rights finds that a state or the Union is responsible for the conduct, such an entity should become a party to the proceedings in the capacity of a co-respondent. This procedure's basic fault lies in its voluntariness. A state or the Union cannot be forced into becoming a party to such proceedings. A state or the Union just accepts an invitation it receives from the Court of Human Rights or files its own request, which is then accepted by the Strasbourg Court. There is no mechanism, though, which would force a given entity into becoming a party to proceedings in the capacity of a co-respondent, which has serious consequences. If the Union or a state does not become a party to a given case, they will not be bound by its verdict. They will not bear responsibility for a violation; their responsibility will not be joint and several as in the co-respondent mechanism. Besides, if the Strasbourg Court finds that, as a result of the lack of co-respondence, an application has been filed incorrectly—against

the wrong entity that is not responsible for given conduct—then such an appeal will be deemed inadmissible; in other words the lack of the obligation to join proceedings may result in applications being deemed inadmissible. Such doubts are to be partly dispelled by the EU's declaration to the accession treaty in which the Union will undertake to respond as a co-respondent in cases against its Member States or accept invitations from the Court of Human Rights. It is, obviously, only a declaration and in doubtful cases it might not be sufficiently effective.

The co-respondent mechanism as such does not eliminate problems related to the subsidiarity of protection afforded by the Court of Human Rights. This subsidiarity, pursuant to Article 35 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and in accordance with the Union system's guidelines, consists in the fact that whenever a case under the Union's law goes to the Strasbourg Court, it must be first assessed by the Luxembourg Court. So, the original assessment should come within the purview of the Luxembourg Court, followed by the Strasbourg Court's assessment, if any. In this respect the accession treaty introduces a special procedure of the prior involvement of the Court of Justice in cases where the Union becomes a co-respondent. It means that when the European Court of Human Rights receives an application against a Member State or States, the Union responds to the case as a co-respondent, and when the case was not the subject of an earlier ruling by the Court of Justice, it will be referred to the Court of Justice which issues its opinion on the compliance of an act of the Union's law, which is being challenged before the Strasbourg Court, with fundamental rights. It is worthwhile to stress here that the assessment could affect both the EU's secondary and primary legislation, i.e. the Court of Justice will be able to assess the compliance of the Union's primary and secondary legislation with fundamental rights.

The draft accession treaty does not indicate a procedure for referring a case to the Court of Justice and deciding on an opinion by the Court of Justice—it has been left for the Union to settle internally. Now, doubts appear as to whether the existing procedures will be sufficient in this respect. In my opinion, absolutely not. Procedures that are now

incorporated in the treaties are inadequate. In my view the treaties need changing, the more so given that—as I have mentioned—the Court of Justice is in effect granted a new power to review primary legislation, as part of the procedure of becoming involved in a given case.

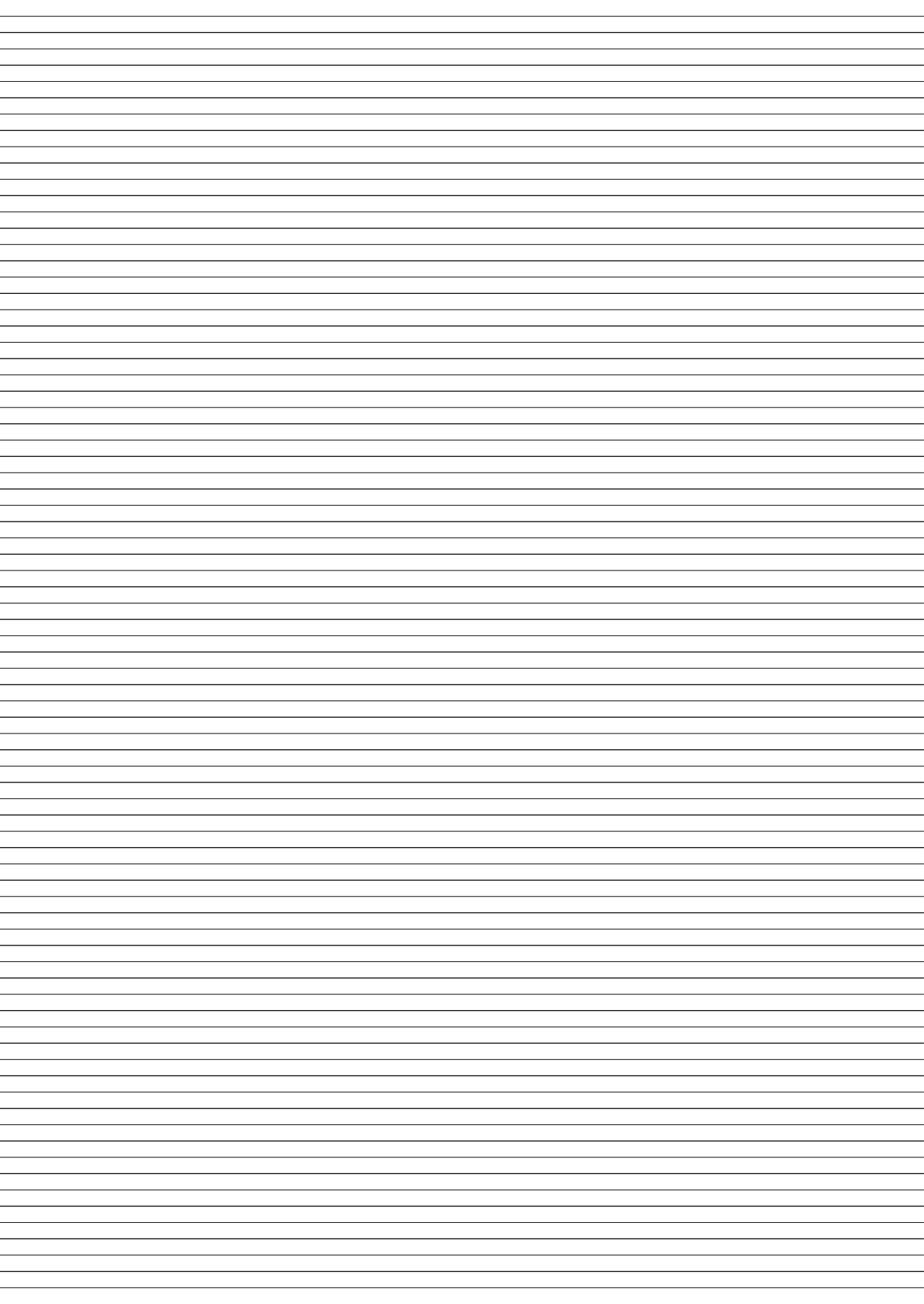
I would also like to draw your attention to two issues connected with the rights of individuals who would want to lodge an application against the Union after its accession to the Convention. The first doubt concerns the fact that individuals have no real influence on the co-respondent mechanism. The applicant can neither agree to a co-respondent's becoming a party to proceedings nor can he object to that. Co-respondence is naturally of importance for individuals, since if the Union or states become parties to proceedings as co-respondents, then such individuals are confronted with two very strong adverse parties in proceedings. When co-respondence does not take place where it should, there is a risk an appeal will be deemed inadmissible as having been filed against a wrong entity.

The second major doubt about this procedure is what will be considered as exhausting all domestic remedies with respect to the European Union, as required under Article 35 of the Convention. As regards the Union system, exhausting all domestic remedies will mean referring a case to the Court of Justice, but it needs stressing how very limited an individual's right to appeal is in proceedings before the Court. The Treaty of Lisbon has not changed much with this respect. Therefore the Court of Human Rights should be still able to assess whether there was a right to appeal in a given case and whether domestic remedies applicable to the appeal have been exhausted.

As I am running out of time, let me just briefly touch on the application of the so-called *Bosphorus* presumption after the EU's accession to the Convention. I think it should not be applied after the Union's accession to the Convention. If anyone is interested why I think so, please feel invited to a discussion afterwards.

A word to sum up: in my view the Union's accession to the Convention is an extremely important step from the point of view of the Union

system. All seems to point that in the course of accession negotiations the focus was put on the issue of autonomy of the Union system, whilst largely excluding the issue of the interests of private entities who will have to use this system and for whom this system has been established. It is not designed for the Union or its Member States, but precisely for individuals. What I found lacking was this perspective. Therefore it should not be lacking in the interpretation of the accession treaty by the Court of Human Rights, as it is the Court that will chiefly interpret those procedures. This individual perspective should not be lacking in the European Union's internal regulations either, which must be established now to implement this procedure. If this individual perspective is not there, the European Union will only symbolically accede to the Convention. This symbolic accession is obviously important but it is insufficient, taking into account the current state of the Union's law, the interaction it enters into with fundamental rights, and taking into account the fact that fundamental rights are the Union's main value. Thank you very much.



APPLICATION OF THE CONVENTION
for the Protection of Human Rights and
Fundamental Freedoms and the case-law
of the European Court of Human
Rights in legislation and proceedings
before the Constitutional Court

MIROŚLAW WRÓBLEWSKI

Director of the Constitutional and International Law Department
in the Office of the Human Rights Defender, member of the
Board of the EU, Fundamental Rights Agency, legal counsel

Article 208 of the Constitution of the Republic of Poland stipulates that the Human Rights Defender (hereinafter called: the Ombudsman) shall safeguard the human and civil rights and freedoms defined in the Constitution and other normative acts. The invoked provision of the Constitution requires the Ombudsman to face the challenge to protect the civil rights enshrined in all possible normative acts which are of importance for the protection of individual rights in the Republic of Poland. Given the Kelsen's definition of the standard which takes on the form of an order or prohibition which means that something should or should not happen, it needs to be stated that the primary role of the Ombudsman is to safeguard the rights which allow the individual to require public authorities to behave in a certain way or prevent from action with respect to individual freedom.

The protection exercised by the Polish ombudsman covers the rights enshrined in normative acts. Pursuant to Article 87 of the Constitution of the Republic of Poland one should therefore have regard to the constitution, acts, regulations, acts of local law (prevailing in the area of operation of the bodies that have enacted them) and – last but not least – ratified international agreements, which are of particular importance to us at this point. The latter include the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 (hereinafter referred to as the Convention) which has gained particular importance in Poland in the last twenty years. Although pursuant to Article 208 of the Constitution of the Republic of Poland the Convention is defined as an “other normative act” only, accompanying the human rights enshrined in Chapter II of the Constitution in practice it is, alongside the Strasbourg Court case-law – besides the provisions contained in the Constitution – the main source of human and civil rights and freedoms in the contemporary democratic Polish State.

To complete this picture it should be added that besides legally binding international instruments the protection exercised by the Ombudsman should cover, and it really does, the rights arising from normative statements under soft law, which are not legally binding on the State, but formulate human rights standards. Those standards arise also from various kinds of recommendations and guidelines of international human rights protection organizations. The normativity of the statements contained in those documents does not formally bind with their content, but it is rather soft normativity, setting out programs or dimensions¹. Thus the protection exercised by the Ombudsman in this regard should account for the aspect of normative softness of the content of such documents, which, after all, are not strictly normative ones. However, in the era of widespread use of this type of statements by international human rights protection organizations, disregarding them is out of question.

1 Analysis of such acts in the EU legal system: L. Senden, *Soft Post-Legislative Rulemaking: A Time for More Stringent Control*, “European Law Journal”, Vol. 19, No. 1, January 2013, pp. 57–75.

What is of interest to us at this point are addresses by the bodies of the Council of Europe, in particular the Committee of Ministers and the Parliamentary Assembly. By way of example only I could mention standards relating to electoral law, the fairness of lustration proceedings or sex assignment procedures which have been invoked by the Ombudsman as a desirable standard in the development of Polish legal regulations. It is less obvious, in my opinion, to qualify as “other normative acts” the recommendations contained in addresses by the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe. It can be noted, however, that in practice the Ombudsman submits to the Polish authorities remarks of the Commissioner which are helpful in decoding the legal standards set out in the Convention².

Pursuant to the Act of 15 July 1987 on the Ombudsman³ the Polish ombudsman is not a body whose protective activity is limited to the delivery of guidelines/recommendations concerning the observance of human rights. It seems that the arsenal or, to put it in more pacifist terms, the set of legal actions which have been made available to the Ombudsman by the legislature makes this body one of the best armed, or rather predestined, ombudsman institution in Europe. This comparison applies both to the group of ombudsmen whose origins date back, due to their Swedish protoplast, to 200 years ago, the group of national human rights institutions and the EU independent equality bodies, as the Polish Ombudsman serves various functions which are performed in numerous European states by separate public bodies⁴. It is also worth noting the growing importance of such institutions for the implementation of the Strasbourg standards, highlighted by the Council of Europe.

2 See e.g. the above-mentioned speech of the Ombudsman addressed to of the Minister of Justice of 1 August 2010 on the need to adopt a comprehensive law regulating the issues of sex reassignment (RPO-660929-1).

3 Journal of Laws of 2001 No. 14, item 147 as amended.

4 It should be added that since 2008 the Ombudsman has been serving also the as the National Preventive Mechanism under the Optional Protocol (OPCAT). See more: S. Trociuk, *Rzecznik Praw Obywatelskich jako Krajowy Mechanizm Prewencji*, [in:] “Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla”, Krakow 2012, Volume I, p. 595–602.

This can be evidenced by the Brighton Declaration⁵ or addresses by the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe, e.g. the recent speech delivered by Nils Muižnieks in Vienna on 7 October 2013 at the meeting of national human rights protection institutions, ombudsmen and equality bodies⁶.

Pursuant to Article 46 of the Convention, the Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties. This means that the obligation to comply with the final judgment rests with the state against which the proceedings were conducted, which should take all necessary action to execute the judgment⁷. At the same time a particular judgment is being executed under a more general commitment of the States-Parties to the Convention to ensure that the level of observance of the fundamental rights corresponds at least to the minimum standard set out in the Convention. Thus the State is responsible not only for the execution of a given judgment but also for taking action involving systemic implementation of standards set out by the Court and reliable and effective implementation of the Strasbourg case-law⁸. This obligation arises also from Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties which requires the States-Parties to implement their obligations under the treaties “in good faith”. This broader commitment

5 *High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights. Brighton Declaration*, 19–20 April 2012, text available on the Internet: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=BrightonDeclaration&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=COE&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDBo21&BackColorLogged=F5D383> (date of access: 09.03.2014).

6 *Safeguarding Human Rights under Austerity. Introductory Address by Nils Muižnieks, Council of Europe Commissioner for Human Rights at the conference “Strengthening fundamental rights protection together in a changing human rights landscape”* (Vienna, 7–8 October 2013); Internet: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2107531> (date of access: 09.03.2014).

7 L. Garlicki, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do art. 19–59. t. II*, ed. L. Garlicki, Warsaw 2011, p. 353.

8 A thorough discussion on the execution of ECHR judgments by Poland in: I.C. Kamiński, R. Kownacki, K. Wierczyńska, *Wykonywanie orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w polskim systemie prawnym*, [in:] „Zapewnienie efektywności orzeczeń sądów międzynarodowych w polskim porządku prawnym”, ed. A. Wróbel, Warsaw 2011, p. 89–228; also J. Jaskiernia, *Wpływ orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka na ustawodawstwo w państwach członkowskich Rady Europy ze szczególnym uwzględnieniem Polski*, [in:] *ibid.*, p. 291–360.

to implement the case-law standards does not apply only to the execution of judgments against a given state. It applies to each State-Party to the Convention where a similar violation of human rights can be identified, even though the Court has not found a violation yet but there is a legal situation or practice which in the light of the Strasbourg case-law with respect to third states should be disqualified under the Convention. In this regard the actions taken by the Ombudsman are referred to in the literature as pioneering ones in Poland⁹.

Since the obligation to implement the Convention and judgments of the Court applies to the State, does it mean that it applies to all public bodies which are its emanation? Whereby what I mean by the “emanation of the state” is the concept assumed by C.O. Lenz, the Advocate General of the European Union, in the case C-47/89, in which he stated that “(...) if formally independent authority depends on public authorities in the personal, objective or financial aspects, it may be considered as a state within the meaning of the relevant provisions”¹⁰. Assuming such understanding of this concept an independent ombudsman, elected in Poland by the Parliament and fully funded from the State budget, adopted by the legislature in the form of a budget bill, is an emanation of the State as well. Continuing these considerations – can the obligation of the Ombudsman to protect individual rights enshrined in international law acts be derived also from Article 46 of the Convention and not only from the Constitution? It seems to be so. Given the Ombudsman’s position in the system this role is a subsidiary one, but must not, however, be underestimated especially where state authorities perform their functions in an insufficient way. The role of the Ombudsman in the implementation of the Convention and the Strasbourg case-law has been defined also in Article 1(3) of the Act on the Ombudsman, which stipulates that “in matters related to the protection of the human and civil rights and

9 A. Bodnar, *Instytucjonalne aspekty wykonywania wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sferze stanowienia prawa*, [in:] “Zapewnienie efektywności...”, *ibid.*, p. 286.

10 For more information see N. Półtorak, *Pojęcie wykładni państwa w prawie Wspólnot Europejskich (zarys problemu)*, [in:] “Studia z prawa Unii Europejskiej w piątą rocznicę utworzenia Katedry Prawa Europejskiego Uniwersytetu Jagiellońskiego”, Kraków 2000, p. 93–108.

freedoms in Poland the Ombudsman investigates whether no violation of law and the principles of social coexistence and justice has occurred as a result of acts or omissions of the bodies, organizations and institutions obliged to respect and implement such rights and freedoms". In practice, the obligation to investigate by the Ombudsman omissions in the implementation of standards and judgments by public bodies is of the greatest importance.

Cases handled by the Ombudsman as regards the implementation of ECHR judgments are extremely diverse. It would be difficult to mention all of them at this point. It is possible to identify only those important matters which require systemic implementation measures to be either undertaken or continued, or the completion of the ones which have been implemented for a longer time: excessive duration of temporary detention, the right to a fair trial within a reasonable time, the right to defence, the right to free legal assistance, overpopulation in penal facilities and poor conditions of detention, including the quality of medical care in penal facilities, the patient's rights, public gatherings, the teaching of ethics in Polish schools, the right to ownership in the exercise of hunting. Most of these cases involve recurrent problems related to human rights violations in Poland.

Despite the fact that in recent years an improvement in the execution of judgments of the Court can be seen, which results in an improvement as regards the infamous list of identified violations of human rights¹¹, the abovementioned non-exhaustive list still contains numerous items that have been on it for many years. These cases have been the subject of general addresses delivered by the Ombudsman primarily on the basis of Article 16 of the Act on the Ombudsman.

11 *Background note on the status of the execution of judgments of the European Court of Justice of 23 January 2013*, drawn up by the Plenipotentiary of the Minister of Foreign Affairs for Proceedings before the European Court of Human Rights, Internet: <http://www.msz.gov.pl/resource/6fbd6594-9a67-4cba-b170-4a830d466b61:JCR> (date of access: 09.03.2014). See also the website of the Department for the Execution of Judgements of the European Court of Human Rights : http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/execution/default_EN.asp

Pursuant to Article 16(2)(1) the Ombudsman may apply to competent authorities for undertaking legislative initiatives or the issuance or amendments to other legal acts in cases concerning human and civil freedoms and rights. This power is exercised when the implementation of a Strasbourg standard requires changes in law, the adoption or removal of a certain provision or legal act. By way of example of the adoption of provisions recommended by the Ombudsman for Civil Rights, the provisions adopted following the judgment of the ECHR in the case *Alicja Tysic versus Poland*, introducing the patient’s right to object to a medical opinion or judgment in Chapter 8 of the Act of 6 November 2008 on the rights of the patient and the Commissioner for Patients’ Rights, can be mentioned.¹²

Acting pursuant to Article 16(1) of the Act on the Ombudsman for Civil Rights the Ombudsman “in connection with cases investigated by him/her may present to competent authorities, organizations and institutions assessments and conclusions aimed at ensuring effective protection of human and civil rights and freedoms, as well as streamlining the procedure of handling such cases”. An address delivered on this basis contains recommendations which are not of a legislative nature, but refer rather to changes in the enforcement of regulations or the operation of public bodies, government, etc. While the European Court declared, to put it briefly, that regulations governing the teaching of ethics in Polish schools are basically correct, but considerable objections are raised by the practice, including the manner of organization of ethics classes, the Ombudsman has been waiting since 2010 for the Minister of National

12 For more information about the activities of the Ombudsman as regards the execution of the ECHR judgment in the case *Tysic versus Poland* see: M. Wróblewski, *Zapewnianie efektywnoci oddziaiywania standardów Rady Europy na system prawny i praktyk w obszarze praworzdnoci i praw czowieka – uwagi z perspektywy dziaiywnoci polskiego ombudsmiana*, [in:] “Rada Europy a przemiany demokratyczne w pastwach Europy rodkowej i Wschodniej w latach 1989–2009”, academic ed. J. Jaskiernia, Toru 2010, p. 66–70.

Education to take decisive actions as regards the execution of the judgment in the case *Grzelak versus Poland*¹³.

In accordance with the same provisions the Ombudsman delivers general addresses when there is a need to implement a Strasbourg standard set out in a judgment against a third state, e.g. the addresses concerning the case *Alajos Kiss versus Hungary* on the electoral rights of incapacitated people, or as regards judgments in the cases *Chassagnou and others versus France*, *Schneider versus Luxembourg*, *Hermann versus Germany* concerning interference with the right of real property ownership. Especially in the case of judgments delivered against other States-Parties to the Convention the Ombudsman serves – in my opinion – as a mechanism of early warning against violations of human rights in Poland.

As mentioned above, failure to take into account a persuasive measure in the form of a general address by the Ombudsman does not usually mean the end of the case. The Ombudsman's recommendation is usually not ignored due to the interest of the public, mass media and civil society organizations which often support postulates collectively – forming a coalition. Finally, the support for the implementation of postulates to implement the ECHR case-law is expressed at seminars, conferences or in other scientific forums. One must not underestimate the activity of the Plenipotentiary of the Minister of Foreign Affairs for Proceedings before the European Court of Human Rights, coordinating the work of the Team for European Court of Human Rights established by way of decree of the Prime Minister¹⁴. However, where public authorities do not take into account the Ombudsman's recommendations, remain indifferent to them, or consider them as ungrounded, the Ombudsman, acting pursuant to the Constitution and statutory regulations, may make use

13 As regards the execution of the judgment in the case *Grzelak versus Poland*, the Ombudsman has appealed several times to the Minister of National Education and, in July 2013, to the Prime Minister (RPO-6017272-1). The Ombudsman initiated also in 2013, along with the Plenipotentiary of the Minister of Foreign Affairs for Proceedings before ECHR meetings of the inter-ministerial Team for ECHR dedicated to the execution of this judgment.

14 Decree No.73 of the Prime Minister of 19 July 2007 on the establishment of a Team for the European Court of Human Rights, as amended.

of procedural measures by making appeals, addressing legal questions to the Supreme Court and the Supreme Administrative Court, supporting constitutional complaints or, finally, making independent requests to the Constitutional Court.

Constitutional review exercised by the Constitutional Court is not a strict control of constitutionality, as a control of compliance of challenged regulations only with the standards set forth only in the Constitution. Just like in the classic Kelsen's model, it is control of hierarchical compliance of the standards¹⁵. Pursuant to Article 188 of the Constitution the Constitutional Court adjudicates also in cases related to the conformity of acts with ratified international agreements whose ratification required prior consent expressed in an act, as well as conformity of legal provisions delivered by central state bodies with the Constitution, ratified international agreements and acts. Given the importance of the Convention, present in Polish law for 20 years, it can be said that the Constitutional Court exercises, beside control of constitutionality, regular control of conformity of legislation with the Convention.

It is worth analyzing the role played by the Ombudsman as regards such control of conformity with the Convention. In 2010, the Ombudsman forwarded to the Constitutional Court three requests for reviewing the compliance of challenged provisions with the European Convention on Human Rights or additional protocols to ECHR¹⁶, in 2011 – 7, in 2012 – 3 and 10 in 2013. Thus the number of requests forwarded by the Ombudsman to the Constitutional Court, in which the standards set forth in the Convention are invoked, is growing. On average, the Convention is invoked as a control standard in proceedings before the Constitutional Court in approximately 30% of requests; interestingly, in 2013, it was invoked in approximately half of requests. In absolute terms, it might seem at first glance that this is not a great number. It is therefore essential to

15 P. Tuleja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle zasady jej nadrzędności (wybrane problemy)*, Zakamycze 2003.

16 Source: own analysis based on the System of General Addresses by the Ombudsman (www.rpo.gov.pl).

analyze the key reasons and circumstances in which the Ombudsman invokes the Convention as a control standard. It should be emphasized at this point that in the vast majority of all requests forwarded by the Ombudsman to courts and tribunals, where this is obviously justified in substance, the Convention and the ECHR case-law are very often invoked in the reasons, in the argument layer.

The Convention sets forth the minimum standard for human rights protection to be observed by States. The Ombudsman's task is therefore to analyze and specify only a constitutional standard where, in particular in the light of the case-law of the Constitutional Court, a higher standard of the protection of individual rights is set out. It may happen that the constitutional provisions (e.g. those concerning personal data protection – Article 51 of the Constitution of the Republic of Poland) are more specific than the provisions of the Convention. In some cases it is also difficult to identify in the judgments or case-law a normative novelty which would set a higher standard of protection than the one set out in the Polish Constitution. In such cases, for reasons of economics of trials, the Ombudsman invokes a constitutional standard only, relying, however, in the reasons on the Convention and the Strasbourg case-law. The proper formulation of the argument layer, drawing on the Strasbourg case-law, is of great importance for proper reconstruction of the constitutional standard by the Polish Constitutional Court.

It is necessary to mention also those decisions of the Constitutional Court which indicate that the Convention and the Strasbourg case-law should be used adequately, i.e. in those lawsuit situations which really require that. This case-law may result in a restrained and limited application of the Convention as a control standard in proceedings before the Constitutional Court. It should be noted that in her request submitted on 23 November 2012, the Ombudsman applied to the Constitutional Court for declaring non-compliance of Article 212(2) of the Act of 6 June 1997 – Code of Criminal Procedure (Journal of Laws No.88, item 553 as amended; hereinafter referred to as the Code of Criminal Procedure) with regard to the phrase “or deprivation of liberty for up to a year” with Article 54(1) in connection with Article 31(3) of the Constitution and

with Article 10 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. On 11 June 2013, the Constitutional Court decided to discontinue the proceedings due to the inadmissibility of the judgment (case ref. No. K 50/12). This provision had been previously subject to constitutional review by the Constitutional Court in the judgment in the case ref. No. P 10/06, however, according to the Ombudsman the new Strasbourg case-law made already after the date of the judgment of the Constitutional Court (e.g. the judgment of 2007 in the case *Kwiecień versus Poland* and of 2009 *Długolecki versus Poland*) prejudiced that for this kind of criminal offenses a custodial sentence should be considered to be in breach of the Convention. However, in the opinion of the Constitutional Court contained in the June decision “although in the judgment in the case ref. No. P 10/06 Article 10 of the Convention was not invoked in the conclusion as a control standard, it clearly results from the reasons of this judgment that in that case control of Article 212(2) of the Code of Criminal Procedure was performed, among others, in the light of Article 54(1) of the Constitution perceived in connection with Article 10 of the Convention”. According to the Constitutional Court “from the statements cited above it clearly results that in determination of the meaning of Article 54(1) of the Constitution the Constitutional Court accounted also for the positions of ECHR concerning the guarantee arising from this provision”. The Court decided that “the essence of the complaint formulated by the Ombudsman does not contain a substantial “novelty” which would not be the object of constitutional control in that case” and discontinued the proceedings due to the *ne bis in idem* principle.

Finally, sometimes the Constitutional Court passes over in silence judgments of the ECHR invoked in the reasons of a request of the Ombudsman or presented by the Ombudsman at the hearing. Despite declaring in the judgment of 9 November 2010 non-compliance of Article 755(2) of the Act of 17 November 1964 – Code of Civil Procedure (Journal of Laws No. 43, item 296, as amended) with Article 14 and Article 54(1) in connection with Article 31(3) of the Constitution due to the fact that it does not specify the time-frame for protection involving a ban on publication in cases against mass media related to the protection of personal interests

(case ref. No. K 13/07), the Constitutional Court did not disqualify this provision in its entirety, although according to the Ombudsman, relying the reasons on the abundant Strasbourg case-law, it could have done this. This statement does not challenge the content of the judgment of the Constitutional Court, but it is an observation that the omission in the reasons of the judgment of the European case-law invoked by the applicant makes the assessment whether it was invoked relevantly and whether the Strasbourg standard has been really implemented by Poland more difficult. The above comments in no way, however, detract from the fact that the Constitutional Court in Poland has been the ultimate and an extremely effective guardian of the Convention, the effectiveness of the implementation of the ECHR case-law and the Convention standards.

It is worth mentioning the new draft act on the Constitutional Court which extends the opportunity for the Ombudsman to participate in proceedings before the Constitutional Court in order to protect human and civil rights and freedoms to cases brought not only at the Ombudsman's request and a constitutional complaint, but also those initiated by a legal question of the court and at the request of other entities (except for preventive control instituted at the request of the President of the Republic of Poland). In any case where the Convention serves as a control standard the Ombudsman will be able to, due to its experience as regards the Convention, take advantage of its knowledge of the case-law and the Strasbourg standards in a greater number of proceedings related to the Convention.

The discussion accompanying the presentation of a report of the Group of Wise Persons¹⁷ prepared for the purposes of seeking to ensure the effectiveness of Protocol 14 to the Convention, focused on a potential introduction of the obligation to forward the complaint to the national ombudsman before lodging it with the ECHR. Obviously, this was not be possible due to the fact that not all member States of the Council of

17 *Report of the Group of Wise Persons to the Committee of Ministers*, 979bis Meeting, 15 November 2006, CM(2006)203,, document available on the Internet: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1063779&Site=CM> (date of access: 09.03.2014).

Europe have a national ombudsman (e.g. Germany, Italy) or a fully independent national human rights organization accredited with “A status”, which would also be competent to act effectively in this regard. The image of these institutions both in the member States of the Council of Europe and, even more narrowly – in the Member States of the European Union, is too diverse for this idea to have a chance to be implemented. The general idea contained in the report of the Group of Wise Persons, involving a greater use of national human rights organizations, can be found, however, in other mechanisms which provide for participation of such bodies in the implementation of international and supranational law with regard to the protection of individual rights at the national level. Such a trend can be observed as regards the United Nations in connection with Protocol OPCAT which requires the State to establish an independent National Preventive Mechanism, or in connection with the Convention on the Rights of Persons with Disabilities of 2006, whose Article 33(2) requires the establishment of an independent mechanism for monitoring the implementation of its provisions. Those institutions are appreciated also by the European Union, which requires, however, the State to introduce independent equality bodies in connection with the implementation of the equality directives¹⁸, and more recently, in connection with the draft directive facilitating the migration of workers.

The fact that national human rights organization may, in cooperation with the judiciary, courts and tribunals, serve as an early warning mechanism, identifying and solving problems related to the protection of fundamental rights before such problems are revealed at the supranational level, proves the usefulness of these institutions for both citizens and state authorities – provided that they treat their position with sufficient seriousness and provide them with appropriate means and conditions for effective action.

18 See more in: *Informacja o działalności Rzecznika Praw Obywatelskich w obszarze równego traktowania oraz o przestrzeganiu zasady równego traktowania w Rzeczypospolitej Polskiej w roku 2012*, „Biuletyn RPO 2013. Źródła”, Warsaw 2013

A good example of such actions can be the judgment of the Constitutional Court of 23 April 2008 (case ref. No. SK 16/07), in which the Constitutional Court adopted in entirety the standpoint of the Ombudsman presented in the proceedings initiated by the constitutional complaint of dr Zofia Szychowska. The Constitutional Court found in this case non-compliance of the provision of Article 52(2) of the Code of Medical Ethics in connection with Article 15(1), Article 41 and Article 42(1) of the Act of 17 May 1989 on medical chambers, to the extent to which it prohibits truthful public statements about professional activities of another doctor which are justified by the protection of the public interest, with Article 31(3) and Article 17(1) of the Constitution. The Constitutional Court recognized the arguments presented by the Ombudsman, based in particular on the judgments of the ECHR in the cases *Stambuk versus Germany* and *Barthold versus Germany*. Interestingly, on 17 December of the same year, the European Court of Human Rights found, with respect to the same legal problem and a similar factual situation, in the judgment in the case *Frankowicz versus Poland* violation of Article 10 of the Convention – a provision which, to put it very simply, is an equivalent of Article 54 of the Polish Constitution. In its reasons, the Strasbourg Court relied on the decision made in Warsaw at al. Szucha¹⁹.

The role of an institution such as the Ombudsman, relying in its judicial and tribunal activity on the Convention and the ECHR case-law, in spite of its subsidiary nature with respect to the system of public authorities is – in my opinion – an important one. The main advantage of this mechanism involves not only solving the existing errors, omissions and system failures, but also the early detection of problems and warning the executive, legislative, and judicial authorities against them. Finally, attention should be paid to an important role of the Ombudsman in the correct parallel operation of the domestic and international human rights protection systems and the facilitation of dialogue between them.

19 Both judgments are compared and analyzed in: A. Bień – Kacała, *Wolność słowa lekarza (art. 52 Kodeksu Etyki Lekarskiej) w świetle wyroku TK z 23 kwietnia 2008 r. (SK 16/07) oraz wyroku ETPC z 16 grudnia 2008 r. (53025/99)*, [in:] “Rada Europy a przemiany...”, *op. cit.*, p. 266–279.

It seems that Poland is no longer a mere recipient of human rights protection standards but in many areas it also develops them, so perhaps this could be the case also in the institutional aspect. Perhaps the next treaty reform in the European Union in the area of the protection of fundamental rights could be carried out relying on the model of the relationship between the Ombudsman and the Constitutional Court. Granting the European Ombudsman for Civil Rights the authority to address to the Court of Justice of the European Union complaints about invalidity of acts of the law enacted by EU institutions pursuant to Article 263 of the Treaty on the Functioning of the European Union where they violate the individual rights defined in the EU primary law, could significantly improve the effectiveness of the protection of fundamental rights in the EU Member States. Under the applicable legislation such a complaint may be brought to the Court only by a Member State, the European Parliament, the European Commission or the Council, on the grounds of lack of competence, violation of important procedural requirements, violation of treaties or any legal rule relating to their application or abuse of power²⁰.

The first control standard to be applied by the European Ombudsman would be in this case the fundamental rights contained in the treaties and in the European Convention on Human Rights, as well as those resulting from constitutional traditions shared by the Member States, as general rules of law pursuant to Article 6(3) of the Treaty on the European Union in the version imposed by the Lisbon Treaty. Above all, however, the control standard in the proceedings for the annulment of acts of secondary legislation which would be initiated by the European Ombudsman would be the provisions of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which, under Article 6(1) of the EU Treaty has gained legal force equal to that of the treaties. Giving the European Ombudsman *locus standi* with regard to lodging complaints about the

20 As regards the protection of their competence a complaint can be filed also by the Court of Auditors, the European Central Bank and the Committee of the Regions. Such competence is, however, irrelevant to this concept.

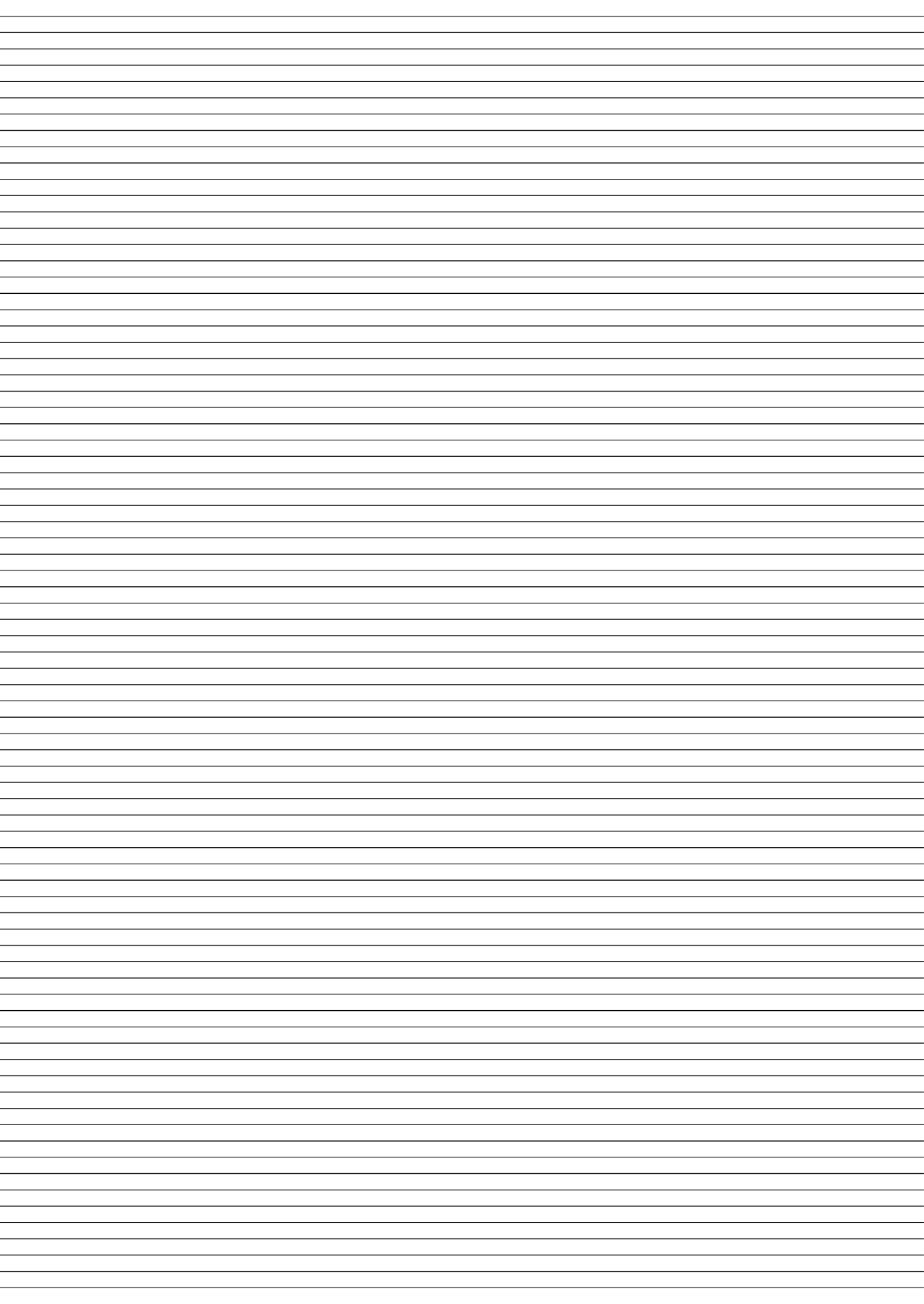
invalidity of secondary legislation with the European Court of Justice would be even more important given the fact that at present any natural or legal person may, under the conditions specified in the provision of Article 263 of TFUE, lodge a complaint about acts which are addressed to such a person or which concern such a person directly and individually, as well as regulatory acts, which apply to such a person directly and do not require implementing measures. However, in accordance with the wording of the provision of Article 263 of TFUE itself, the conditions and the scope of acts which can be challenged are relatively narrow²¹. Furthermore, the acts under which EU bodies and organizational units are established may lay down special requirements and conditions concerning complaints lodged by natural or legal persons about acts of these bodies or organizational units, intended to produce legal effects vis-à-vis such persons. Thus both in law and in judicial practice, the individual's right of access to judicial control of the validity of legal acts enacted in the EU is significantly limited²². It is not affected by the fact that pursuant to Article 267 of TFUE the Court of Justice of the EU may deliver a preliminary judgment on the validity of acts adopted by EU institutions, bodies or organizational units at a request made in a preliminary question by a national court. The decision to refer such a question to the Court of Justice of the EU is made at the sole discretion of the court which may, despite a natural person's request to address the question, decide to settle the matter by itself without recourse to such an action. At the national level the individual has thus no legal remedy that could "force" the court to address a question about the validity of an EU act to the Court of Justice. It is obvious that the independence of a body dedicated to the protection of human rights would not provide for "forcing" the European Ombudsman to direct a complaint in this situation. For an

21 The Lisbon Treaty did not rather change this approach. See: S. Biernat, *Dostęp osób prywatnych do sądów unijnych po Traktacie z Lizbony (w świetle pierwszych orzeczeń)*, „Europejski Przegląd Sądowy”, No. 1(100), January 2014, pp. 12–19.

22 K. Scheuring, *Comment to Article 263*, [in:] „Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz. t. III”, academic ed. A Wróbel, Warsaw 2012, p. 322.

individual, however, the ability to initiate such control by an extrajudicial body would be an important alternative.

It seems that in this case the transposition of a national Polish standard to the supranational level could be beneficial for of all EU citizens and serve to ensure more effective protection of the rights of individuals. The protective activity of the European Ombudsman would, on the other hand, give the EU legal order characteristics of a constitutional order which, as a result of complaints made by an independent body dedicated to the protection of fundamental rights, eliminates by way of hierarchical control legal acts contrary to the standard of a higher order which violate human rights. As far as the Charter of Fundamental Rights is concerned, the document could provide to a greater extent for judicial protection of individual rights.



PROHIBITION OF DISCRIMINATION in the EU and Council of Europe legal order

PROFESSOR JUSTYNA MALISZEWSKA-NIENARTOWICZ

1. Introduction

In the widest meaning of the word, discrimination means different treatment of two comparable entities or situations when such distinction has no basis, or identical treatment of entities or situations, which are in fact different. Discrimination causes negative consequences since it deprives of specific rights or imposes additional obligations²³.

Prohibition of discrimination is often associated with the general principle of equality; this is true of the case law of the European Court of Human Rights and of the Court of Justice of the European Union. However, according to the doctrine, the prohibition of discrimination as such is limited to just one fragment of the general principle of equality, covering only certain facts that are subject to that principle.²⁴ It is also argued that the non-discrimination principle is easier applied in practice than the equality principle, which involves more positive

23 J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej*, Toruń 2012, p. 69.

24 A. Wróbel, *Art. 18 [in:] Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, vol. I, A. Wróbel, D. Miąsik, N. Półtorak (ed.), Warszawa 2012, p. 357. It is also stated that EU legal standards consider non-discrimination equal to numerical (i.e. formal) equality. Cf. I. Boruta, *Równość kobiet i mężczyzn w pracy w świetle prawa Wspólnoty Europejskiej. Implikacje dla Polski*, Łódź 1996, p. 30.

commitments.²⁵ This would imply that the application of the latter requires more far-reaching measures. Such statements take into account, at least to a certain extent, the existence of different concepts of equality, in particular the so-called material equality. Therefore, it seems relevant to make a distinction between those discussed concepts. The principle of equality has a broader scope and it should also involve taking certain positive measures. The prohibition of discrimination, on the other hand, due to a specific criterion, contains mainly a negative aspect similar to the non-discrimination principle²⁶.

The aim of this paper is to present the similarities and differences in the legislation of the Council of Europe and of the European Union with regard to the prohibition of discrimination and to demonstrate that not only do they complement each other, but that they also overlap. Consequently, subsequent sections discuss issues like: the development and regulation of the prohibition of discrimination under both legal systems, its scope as to persons and subject matter, a catalogue of prohibited criteria provided for in the so-called non-discrimination clauses, and forms of discrimination that are prohibited under the Council of Europe and the European Union law.

2. Evolution of Prohibition of Discrimination and its Regulation under the Legal System of the Council of Europe and the European Communities / European Union

2.1. The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and other legal documents of the Council of Europe

Prohibition of discrimination is a concept that appears in many legal documents of the Council of Europe. A classic non-discrimination clause is found in Article 14 of the European Convention for the Protection

25 C. Barnard, *The Principle of Equality in the Community Context: P, Grant, Kalanke and Marshall: Four Uneasy Bedfellows*, Cambridge Law Journal 1998, vol. 57, No. 2, p. 353.

26 J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej...*, p. 27.

of Human Rights and Fundamental Freedoms (hereinafter referred to as ECHR or the Convention)²⁷, according to which “*the enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status*”. The final phrase, i.e. *or other status*, indicates that this is an open clause. It means that the prohibited discriminating criteria are merely examples and, as such, do not represent a closed catalogue. At the same time, this clause is not autonomous, since its application is connected with the enjoyment of rights and freedoms provided for in the Convention and in its substantive additional protocols²⁸. In this context it should be noted, however, that *both the European Court of Human Rights and the European Commission of Human Rights (active until 1 November 1998) apparently attempted to mitigate the non-autonomous nature of the abovementioned standard*.²⁹ In the Judgment of 23 July 1968 in the “*Belgian Linguistic*” case³⁰ indicated, *inter alia*, that the applicability of Article 14 is not limited to cases in which there is an accompanying violation of another Article of ECHR. Similarly, in the Judgment issued decades later, i.e. on 22 January 2008 in the case of *E.B. v. France*³¹, the Court in Strasbourg stated that *the prohibition of discrimination enshrined in Article 14 thus extends beyond the enjoyment of the rights and freedoms which the Convention and the Protocols thereto require each State to guarantee. It applies also to those additional rights, falling within the general scope of any Convention Article, for which the State has voluntarily decided to provide*.

27 Dz. U. of 1993, No. 61, item 284 as amended.

28 Cf. B. Gronowska, *Porównywalność sytuacji jednostek jako przesłanka zakazu dyskryminacji – uwagi na tle orzecznictwa strasburskiego*, Europejski Przegląd Sądowy 2013, No. 6, p. 4.

29 *Ibidem*, p. 5

30 ECHR Judgment of 23 July 1968 in the case „*Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium*” v. *Belgium*, applications No. 1474/62, No. 1677/62, No. 1691/62, No. 1769/63, No. 1994/63, No. 2126/64, Article 8.

31 ECHR Judgment of 22 January 2008 in the case *E.B. v. France*, application No. 43546/02, Article 48.

However, the provisions of Article 14 of the Convention turned out to be insufficient leading to the adoption of additional Protocol No. 12 to the ECHR³². According to the Explanatory Report, the Protocol was adopted to strengthen protection against discrimination which was considered to be the fundamental element of the observance of human rights. The Preamble to the Protocol emphasised that *all persons are equal before the law and are entitled to the equal protection of the law*. Article 1 provides for the general prohibition of discrimination: *1. The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status. 2. No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 1*. This broadens the scope of prohibition of discrimination, ensuring equal treatment with regard to the enjoyment of all rights³³. Therefore it is an open and autonomous non-discrimination clause.

Prohibition of discrimination also appears in other legal documents of the Council of Europe. For instance, the Framework Convention for the Protection of National Minorities of 1 February 1995³⁴ provides that *the Parties undertake to guarantee to persons belonging to national minorities the right of equality before the law and of equal protection of the law. In this respect, any discrimination based on belonging to a national minority shall be prohibited*. (Article 4(1).) Also Article 3 of the Council of Europe

32 It was opened for signature on 4 November 2000 and entered into force on 1 April 2005 with its tenth ratification. However, it has not been ratified by all parties to the Convention, including Poland.

33 According to the guidelines contained in the Explanatory Report to the Protocol, its scope refers in particular to discrimination: 1. in the enjoyment of any right specifically granted to an individual under national law; 2. in the enjoyment of a right which may be inferred from a clear obligation of a public authority under national law; 3. by a public authority in the exercise of discretionary power; 4. by any other act or omission by a public authority. Cf. in more detail J. Kapelańska-Pręgowska, *Problem dyskryminacji na tle etnicznym w zw. z realizacją praw wyborczych – wyrok ETPC w sprawie Sejdić i Finci p. Bośni i Hercegowinie* [in:] *Europejska Konwencja Praw Człowieka i jej system kontrolny – perspektywa systemowa i orzecznicza*, M. Balcerzak, T. Jasudowicz, J. Kapelańska-Pręgowska (ed.), Toruń 2011, p. 205.

34 Dz. U. of 2002, No. 22, item 209.

Convention on Action against Trafficking in Human Beings³⁵ includes a general non-discrimination clause: *the implementation of the provisions of this Convention by Parties, in particular the enjoyment of measures to protect and promote the rights of victims, shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status.* Apparently, the same prohibited discriminating criteria were included in this document as the ones mentioned in ECHR. Worth mentioning is also the Council of Europe Convention on Access to Official Documents of 18 June 2009³⁶, which stipulates that the parties to the Convention *shall guarantee the right of everyone, without discrimination on any ground, to have access, on request, to official documents held by public authorities.* (Article 2(1).) This implies that the matter of non-discrimination had obvious impact on the provisions of legal documents adopted by the Council of Europe and that non-discrimination was considered a fundamental freedom which should be protected³⁷.

2.2. Prohibition of discrimination in EU primary and secondary law

The scope of prohibition of discrimination in the EC/EU law evolved along with the organisation itself. Initially, it was a typical economic community, yet over time other aspects of cooperation, including respect for human rights, began to play a more important role. Therefore, originally the prohibition of discrimination played a decisive role in the economic area in connection with the creation of the common market. Many prohibitions of discrimination on the grounds of nationality provided for both in the general Article 7 of TEEC (followed by Article 12 of

35 Dz. U. of 2009, No. 20, item 107.

36 English text of the Convention is available at: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/205.htm> (accessed on: 4.10.2013)

37 The European Court of Human Rights and the European Union Agency for Fundamental Rights, *Handbook on European non-discrimination law*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011, p. 13.

TEC and currently Article 18 of TFEU)³⁸ and in the more detailed provisions relating to individual freedoms, have been useful in the process of eliminating different barriers present on the intra-Community market³⁹.

The Court of Justice interpreted the prohibition of discrimination on the grounds of nationality, especially as it applied to persons, in a wide sense. According to its case law, not only employees, entrepreneurs or service providers enjoyed the right to be treated equally with citizens of the receiving Member State, but also persons moving through the territory of the Community/European Union could refer to those provisions because they received such services.⁴⁰ After the introduction of the European citizenship in the Treaty of Maastricht, the CoJ further specified the scope as to persons of the prohibition of discrimination on grounds of nationality. Consequently, the right to non-discrimination was extended to cover all citizens of the European Union who legally reside in the territory of another Member State.⁴¹ However, the scope of the subject matter of this right was limited to the area of application of Treaty provisions, as clearly shown by Article 18 of TFEU. Therefore, further measures had to be taken to include the so-called social dimension of European integration, including the respect for human rights.

Article 119 of TEEC⁴² was the starting point for the development of the prohibition of discrimination on the grounds of sex in the area of employment, including pay. It was on the basis of this Article and of the general Treaty provisions, such as Article 235 of TEEC, that in the 1970s and in 1980s many directives were adopted to regulate the principle of

38 TEEC – Treaty establishing the European Economic Community; TEC – Treaty establishing the European Community; TFEU – Treaty on the Functioning of the European Union.

39 J. Maliszewska-Nienartowicz, *Rola zasady równości w prawie Wspólnoty/Unii Europejskiej (w ujęciu ewolucyjnym)*, *Studia Europejskie* 2011, No. 4, p. 75.

40 *Ibidem*, p. 77.

41 This is reasonably mentioned by G. More, *The Principle of Equal Treatment: from Market Unifier to Fundamental Right?* [in:] *The Evolution of EU Law*, eds. P. Craig, G. de Búrca, Oxford 1999, p. 540.

42 It stipulated that [e]ach Member State shall in the course of the first stage ensure and subsequently maintain the application of the principle of equal remuneration for equal work as between men and women workers.

equal treatment of men and women⁴³. It should also be noted, that in the case of the sex criterion, the approach was not limited to the prohibition of discrimination, but also included the so-called equal opportunities. This involved ensuring that women and men had equal opportunities on the Community/EU market. In turn, the Treaty of Amsterdam enabled Member States to take the so-called positive measures to ensure full equality between men and women⁴⁴.

The Treaty also took into account the need to combat discrimination for reasons other than nationality and sex. Thus a new provision of Article 13 was included in the Treaty establishing the European Community, which authorised the Council to take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age or sexual orientation. Although this standard was merely of a competence nature and had no immediate effects, the Member States confirmed by it their willingness to combat various forms of discrimination based on the criteria indicated in Article 13 of TEC (currently Article 19 of TFEU). The doctrine stipulates that including this provision

43 E.g.: Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women, OJ L 45, 19.2.1975, p. 19–20; Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, OJ L 39, 14.2.1976, p. 40–42; Council Directive 79/7/EEC of 19 December 1978 on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security, OJ L 6, 10.1.1979, p. 24–25, and Council Directive 86/613/EEC of 11 December 1986 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity, including agriculture, in a self-employed capacity, and on the protection of self-employed women during pregnancy and motherhood, OJ L 359, 19.12.1986, p. 56–58. In early 1990s, Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding was adopted, OJ L 348, 28.11.1992, p. 1–7.

44 In the Treaty of Amsterdam, Paragraph 4 was inserted to Article 141 of TEC (currently Article 157(4) of TFEU), which stipulated that *[w]ith a view to ensuring full equality in practice between men and women in working life, the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from maintaining or adopting measures providing for specific advantages in order to make it easier for the underrepresented sex to pursue a vocational activity or to prevent or compensate for disadvantages in professional careers.*

in TEC could be considered the exact moment when the Community, considering its experiences in the area of discrimination based on sex, decided to adopt a new approach to equality based on human rights⁴⁵. On the basis of Article 13 of TEC, two important acts of secondary law were adopted which specified the scope of prohibition of discrimination with regard to prohibited discrimination criteria other than sex, i.e. Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin⁴⁶ and Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation⁴⁷, which referred to religion, disability, age and sexual orientation.

Another important step towards the development of the prohibition of discrimination in EU law was the adoption of the Charter of Fundamental Rights of the European Union. It was proclaimed in Nice in December 2000 and since the entry into force of the Treaty of Lisbon, i.e. from 1 December 2009, it forms primary law, being legally bonding both for institutions and for the Member States to the extent they apply the EU law. Article 21 of Title III of the Charter (“Equality”) includes a typical non-discrimination clause: *any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, disability, age or sexual orientation shall be prohibited*. Article 21(2) of the Charter prohibits discrimination on the grounds of nationality. Therefore, it should be pointed out that the Charter refers to a broader group of criteria⁴⁸ than the Treaties and the non-discrimination clause in the Charter is an open one, which is implied by the phrase *such as*.

45 R. Allen QC, *Article 13 EC, Evolution and Current Contexts* [in:] *Equality Law in an Enlarged European Union. Understanding the Article 13 Directives*, eds. H. Meenan, Cambridge 2007, p.77.

46 OJ L 180, 19.07.2000, p. 22–26.

47 OJ L 303, 02.12.2000, p. 16–22.

48 J. Maliszewska-Nienartowicz, *Rola zasady równości w prawie Wspólnoty/Unii Europejskiej...*, p. 89. *Idem*, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej...*, p. 59. It is discussed in more detail in section 4 of the present study.

2.3. Conclusions

Protection against discrimination has been provided for both in the Council of Europe (mainly in ECHR) and in the European Union law. However, the development of legal regulations concerning the prohibition of discrimination took a different course in the two legal systems. Article 14 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms has always contained a general non-discrimination clause, yet it was not autonomous because it was applied in the context of enjoying the rights and freedoms provided for in the Convention. Consequently, in 2000 Protocol No. 12 was adopted that included an autonomous prohibition of discrimination, which means that it can be invoked without the need of indicating its relation with other rights and freedoms provided for in the ECHR.

On the other hand, legislative provisions concerning the prohibition of discrimination in the European Communities had been long affected by the economic purposes related to the creation of the single market. The social dimension of integration became more visible in the context of combating sex-based discrimination. Nevertheless, it was limited mainly to employment, including pay and social security. It was not until 2000 that the first regulations indicating the need to extend the prohibition of discrimination to cover other areas of social life were adopted. These include mainly Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin and the Charter of Fundamental Rights of the European Union. The former act refers not only to employment, but also to social protection, including social security and healthcare, social benefits, education or access to goods and services. The non-discrimination clause found in Article 21 of the Charter could be regarded as the final crowning of the development of EU legislation in this respect. It prohibits *any discrimination*, which means that this is an independent and at the same time open clause.

3. Scope of application of the prohibition of discrimination in both legal orders

3.1. Scope of applicability as to persons

Undoubtedly, there are differences in the scope of the application of the prohibition of discrimination between the ECHR, on the one hand, and the Charter of Fundamental Rights of the European Union and EU secondary law, on the other. Differences in the scope of applicability as to persons are important when it comes to the group of persons enjoying protection against discrimination under both legal systems. In this respect, it should be noted that the ECHR guarantees protection to all persons who fall under the jurisdiction of a state party to the Convention, regardless of whether they are citizens of a given country or not, going as far as outside the territory of that country in areas that are under its actual control (such as occupied territories)⁴⁹.

The scope of protection accorded to persons under EU law is much narrower and includes mainly citizens of 28 Member States. The doctrine⁵⁰ emphasises that third-country nationals, i.e. persons who are citizens of non-EU Member States, may, as a rule, invoke rights derived from Community/EU law in the following situations: (1) as family members of an EU citizen; (2) as citizens of a third country that entered into an international (association) agreement with the Community/EU; (3) as citizens of third countries that are members of the European Economic Area; (4) as beneficiaries of Council Directives 2003/86/EC of 22 September 2003 on the right to family reunification⁵¹ and 2003/109/EC of 25 November 2003 concerning the status of third-country nationals who are long-term residents⁵². This implies that third country nationals and stateless persons enjoy those rights only when the provisions of

49 The European Court of Human Rights and the European Union Agency for Fundamental Rights, *Handbook on European non-discrimination law*, p. 64.

50 A. Wróbel, *Art. 18 [in:] Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej...*, p. 369.

51 OJ L 251, 03.10.2003, p. 12–18.

52 OJ L 16, 23.01.2004, p. 44–53.

Community/EU law so explicitly provide.⁵³ In this respect, it should be pointed out that in accordance with the abovementioned Council Directive 2003/109/EC, long-term residents⁵⁴ enjoy equal treatment with citizens of a given country in many areas⁵⁵. Therefore, in terms of the subject matter of the prohibition of discrimination, long-term residents are treated similarly to citizens of Member States.

However, if third-country nationals do not have the status of long-term residents, they are covered by a limited protection under Council Directive 2000/78/EC regulating prohibition of discrimination based on religion or belief, age, disability and sexual orientation, and so with respect to the right to vocational training and working conditions (although they do not have equal right to access to employment)⁵⁶. This transpires from a reservation made in Recital 12 of the Preamble to the Directive: *prohibition of discrimination should also apply to nationals of third countries but does not cover differences of treatment based on nationality and is without prejudice to provisions governing the entry and residence of third-country nationals and their access to employment and occupation.*

53 A. Wróbel, *Art. 18 [in:] Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej...*, p. 369.

54 *Member States shall grant long-term resident status to third-country nationals who have resided legally and continuously within its territory for five years immediately prior to the submission of the relevant application* (Article 4(1) of Directive 2003/109/EC).

55 These include: (a) access to employment and self-employed activity, provided such activities do not entail even occasional involvement in the exercise of public authority, and conditions of employment and working conditions, including conditions regarding dismissal and remuneration; (b) education and vocational training, including study grants in accordance with national law; (c) recognition of professional diplomas, certificates and other qualifications, in accordance with the relevant national procedures; (d) social security, social assistance and social protection as defined by national law; (e) tax benefits; (f) access to goods and services and the supply of goods and services made available to the public and to procedures for obtaining housing; (g) freedom of association and affiliation and membership of an organisation representing workers or employers or of any organisation whose members are engaged in a specific occupation, including the benefits conferred by such organisations, without prejudice to the national provisions on public policy and public security; (h) free access to the entire territory of the Member State concerned, within the limits provided for by the national legislation for reasons of security (Article 11(1) of Directive 2003/109/EC).

56 The European Court of Human Rights and the European Union Agency for Fundamental Rights, *Handbook on European non-discrimination law*, p. 92.

It may be inferred from this legislative provision that third-country nationals are covered by the protection provided for in Council Directive 2000/78/EC except for access to employment⁵⁷. Moreover, they are protected against discrimination on the grounds of sex with regard to access to employment and to goods and services. This follows from Directives 2006/54/EC of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast)⁵⁸ and 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services⁵⁹, which do not exclude the protection of third-country nationals⁶⁰.

Nevertheless, the abovementioned EU legislative acts relating to third-country nationals (in particular Directives 2000/78/EC and 2000/43/EC) accord minimum protection, which means that Member States may adopt measures that are more favourable for them in their national legislations. However, in general it should be noted that the prohibition of discrimination provided for under the ECHR has a broader scope as regards persons than the one provided for under EU legislation.

3.2. Scope of applicability as to subject matter

As indicated earlier, Article 14 of the ECHR links the prohibition of discrimination to the catalogue of rights and freedoms provided for under the Convention. Therefore, the subject matter of non-discrimination found in Article 14 is limited to substantive standards of the Convention⁶¹. It should be noted that by applying this provision, the European Court of Human Rights has adopted a broad interpretation of the scope of rights provided for in the ECHR:

57 *Ibidem*, p. 65.

58 OJ L 204, 26.07.2006, p. 23–36.

59 OJ L 373, 21.12.2004, p. 37–43.

60 The European Court of Human Rights and the European Union Agency for Fundamental Rights, *Handbook on European non-discrimination law*, p. 65.

61 J. Kapelańska-Pręgowska, *Problem dyskryminacji na tle etnicznym w zw. z realizacją praw wyborczych...*, p. 204.

– firstly, the Court has clearly indicated that it can examine the applications on the basis of Article 14 with regard to substantive law, even if the substantive law itself has not been breached;

– secondly, the Court has emphasised that the scope of the ECHR exceeds the literal wording of rights guaranteed by it; it is sufficient that the facts of the case generally relate to matters falling under protection by operation of the ECHR⁶². Consequently, in practice the prohibition of discrimination provided in Article 14 of the Convention was applied to assess the different facts of the case, such as the obligation to pay a tax to the Swedish national church by a Finnish citizen (in this case, a breach of Article 14 was found in conjunction with Article 1 of Protocol No. 1 to the ECHR)⁶³, refusing an applicant the right to adoption on grounds of her sexual orientation (where a breach of Article 14 was found in conjunction with Article 8 of the Convention)⁶⁴, or the refusal of awarding family benefits to the father instead of the mother in a situation where adoptive fathers were entitled to such benefits (breach of Article 14 in conjunction with Article 8 of the Convention)⁶⁵.

However, no doubt the prohibition of discrimination provided for in Article 1 of Protocol No. 12 covers a wide scope of subject matter, because it applies to the exercise of every right provided for both in international and national law. Therefore, it can be concluded that it covers different areas of life ranging from political, economic, social, private to family life. This was pointed out by the European Court of Human Rights in its Judgment of 22 December 2009 in the case *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*⁶⁶. In it, the Court emphasized that the provision in-

62 The European Court of Human Rights and the European Union Agency for Fundamental Rights, *Handbook on European non-discrimination law*, p. 68.

63 ECHR Judgment of 23 October 1991 in the case *Darby v. Sweden*, application No. 11581/85. This judgment has been discussed in more detail by B. Gronowska, *Porównywalność sytuacji jednostek jako przesłanka zakazu dyskryminacji...*, p. 6.

64 Cf. ECHR Judgment of 22 January 2008 in the case *E.B. v. France*, application No. 43546/02, Articles 96 and 98.

65 ECHR Judgment of 31 March 2009 in the case *Weller v. Hungary*, application No. 44399/05.

66 ECHR Judgment of 22 December 2009 in the case *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, applications No. 27996/06 and 34836/06, Article 53.

troduced a general prohibition of discrimination. At the same time, the Court indicated that since, like Article 14 of the Convention, Article 1 of Protocol 12 refers to discrimination without defining it, the Court saw no reason why it should depart from the already established interpretation of the term⁶⁷.

The broad scope of the subject matter of the prohibition of discrimination provided for in the ECHR and in Protocol No. 12 to the Convention is substantially different from the European Union legislation. Article 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which provides for the broadest non-discrimination clause, applies to EU institutions and bodies in the context of the exercise of powers vested in them under the Treaties and *vis-à-vis* Member States only insofar as they apply EU law. Therefore, the scope of the subject matter of the prohibition of discrimination found in Article 21 of the Charter is limited by the scope of EU competences. The prohibition of discrimination does not apply to areas with respect to which Member States have not decided to transfer their powers to the EU.

The scope of the prohibition of discrimination in force in EU law is specified by acts of secondary law. Unfortunately they do so in an inconsistent way. Directive 2000/43/EC provides that the prohibition of discrimination on racial or ethnic grounds applies not only to employment⁶⁸ but also to social protection, including social security and healthcare, social benefits, education and access to and supply of goods and services which are available to the public, including housing. Directives regulating the prohibition of discrimination on the grounds of sex apply to access to

⁶⁷ *Ibidem*, Article 55. Discrimination has been discussed in more detail in section 5.

⁶⁸ It has been broadly interpreted and includes: (a) conditions for access to employment, to self-employment and to occupation, including selection criteria and recruitment conditions, whatever the branch of activity and at all levels of the professional hierarchy, including promotion; (b) access to all types and to all levels of vocational guidance, vocational training, advanced vocational training and retraining, including practical work experience; (c) employment and working conditions, including dismissals and pay; (d) membership of and involvement in an organisation of workers or employers, or any organisation whose members carry on a particular profession, including the benefits provided for by such organisations (Article 3 of Directive 2000/43/EC).

employment, including job promotion, and vocational training, working conditions, including pay, and occupational social security schemes (Article 1 of Directive 2006/54/EC), as well as to access to and supply of goods and services, excluding education and the content of media or advertising (Article 3(2) of Directive 2004/113/EC). Therefore, their scope as to subject matter is narrower than that of Directive 2000/43/EC. The directives do not cover access to education. Moreover, the notion of social security of employees that they apply is narrower than the widely understood social protection. Whereas, Directive 2000/78/EC has the narrowest scope, since it refers solely to employment, working conditions, including pay and dismissals, vocational training and participation and involvement in workers' organisations (Article 3(1)). Therefore, legislative work is underway on an act of law that would broaden the scope of discrimination on grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation to cover social protection, social privileges, education and access to and supply of goods and services, which should ensure the same level of protection as in the case of discrimination on grounds of race and ethnic origin⁶⁹.

Therefore, the scope as to subject matter of the prohibition of discrimination found in the ECHR and in Protocol No. 12 to the Convention is much broader compared to European Union legislation, in particular its secondary law. EU Directives and the Charter of Fundamental Rights of the European Union do not regulate matters related to private and family life, political involvement (freedom of speech, assembly and association, free elections) or matters of criminal law, including the right to a fair trial, the right to freedom from arbitrary arrest etc.⁷⁰. Only the Convention provisions may apply to this subject matter. Whereas the prohibition of discrimination based on all the criteria found in EU secondary law will apply with respect to employment – the main focus of EU legislation. Discrimination on grounds of sex is also prohibited with regard to social

69 Cf. Commission Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation of 2 July 2008, COM (2008) 426.

70 The European Court of Human Rights and the European Union Agency for Fundamental Rights, *Handbook on European non-discrimination law*, p. 86–92.

security and access to goods and services, but not to education. The broadest scope of subject matter is found in the prohibition of discrimination on grounds of race or ethnic origin, because it also covers social protection, social benefits, access to goods and services and education.

4. Catalogue of prohibited discrimination criteria

This section focuses on a comparison of the catalogue of prohibited criteria set out in the ECHR, primary and secondary EU law. Their detailed characteristics, in particular the presentation of the case law of the ECHR and of the Luxembourg Court concerning the respective grounds of discrimination would fall outside the scope of this paper⁷¹.

As it has been mentioned earlier, the prohibited criteria set out in Article 14 of the ECHR and in Article 1 of additional Protocol No. 12 form an open catalogue. Apart from the characteristics clearly identified in those two articles, such as: sex, race, colour, language, religion, political or other beliefs, national or social origin, being a member of a national minority, property or birth, other features, such as disability⁷², age⁷³ or sexual orientation⁷⁴ not listed in those articles can provide grounds for prohibition of discrimination. The European Court of Human Rights has considered e.g. marital status⁷⁵, fatherhood⁷⁶, trade union membership⁷⁷

71 In this respect, with regard to EU legislation, cf. in more detail J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja pośrednia w prawie Unii Europejskiej...*, p. 114–150.

72 It was taken into account by the ECHR e.g. in the Judgment of 30 April 2009 in the case *Glor v. Switzerland*, application No. 13444/04, Article 53.

73 Cf. e.g. ECHR Judgment of 10 June 2010 in the case *Schwizgebel v. Switzerland*, application No. 25762/07.

74 Cf. e.g. ECHR Judgment of 21 December 1999 in the case *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*, application No. 33290/96, ECHR Judgment of 2 March 2010 in the case *Kozak v. Poland*, application No. 13102/02, or ECHR Judgment of 21 October 2010 in the case *Alekseyev v. Russia*, applications No. 4916/07, 25924/08 and 14599/09.

75 ECHR Judgment of 22 May 2008 in the case *Petrov v. Bulgaria*, application No. 15197/02.

76 The abovementioned ECHR Judgment of 31 March 2009 in the case *Weller v. Hungary*, application No. 44399/05.

77 ECHR Judgment of 30 July 2009 in the case *Danilenkov and Others v. Russia*, application No. 67336/01.

or the place of residence⁷⁸ to be subject to protection under *other status*. This means that several criteria, in addition to the ones identified in the ECHR, may be considered as prohibited grounds of discrimination.

The EU law addresses this problem a bit differently. Although Article 21 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union provides for an open list of criteria, which in theory would allow for the application of the prohibition of discrimination with regard to other criteria not included in the catalogue, the limitations following from Article 51 of the Charter should be taken into account⁷⁹. This mostly applies to the reservation that the Charter does not extend the field of application of Union law beyond the powers of the Union or establish any new power or task for the Union, or modify powers and tasks as defined in the Treaties. This provision is important in asserting the rights arising from the breach of the prohibition of discrimination on the grounds of new criteria that have not been regulated in the Treaties or in secondary EU law.⁸⁰ It follows from it, that the Charter does not create new rights for individuals and does not extend their protection ensured in the Directives, in particular the ones adopted in 2000; at the same time, the prohibition of discrimination relating to the open catalogue of criteria may be considered a step forward in protection against discrimination.⁸¹

78 ECHR Judgment of 16 March 2010 in the case *Carson and Others v. the United Kingdom* [GC], application No. 42184/05. Here the Court mentioned the open list of discrimination criteria provided for in Article 14 of the Convention.

79 This was pointed out by K. Lenaerts, P. Foubert, *Social Rights in the Case-Law of the European Court of Justice. The Impact of the Charter of Fundamental Rights of the European Union on Standing Case-law*, Legal Issues of Economic Integration 2001, No. 3, p. 295.

80 As it was pointed out in the Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights, Article 21 (OJ C 303, 14.12.2007, p. 2): [t]here is no contradiction or incompatibility between paragraph 1 and Article 19 of the Treaty on the Functioning of the European Union which has a different scope and purpose: Article 19 confers power on the Union to adopt legislative acts, including harmonisation of the Member States' laws and regulations, to combat certain forms of discrimination, listed exhaustively in that Article... In contrast, the provision in Article 21(1) does not create any power to enact anti-discrimination laws in these areas... Instead, it only addresses discriminations by the institutions and bodies of the Union themselves, when exercising powers conferred under the Treaties, and by Member States only when they are implementing Union law.

81 E. Howard, *EU Equality Law: Three Recent Developments*, European Law Journal 2011, vol. 17, No. 6, p. 787.

The Court of Justice may use those Charter provisions to interpret the applicable EU legislation so as to extend the existing rights.⁸²

A problem that may appear in practice is the inclusion of those criteria that have been clearly identified in Article 21(1) of the Charter, but are not defined in the Treaties or applicable acts of secondary law. Let us recall that the Charter not only includes nationality, sex, racial or ethnic origin, religion or belief, disability, age and sexual orientation, thus the criteria to which the Treaties and Directives refer, but also such features as colour, social origin, genetic features, language, political or any other opinion, membership of a national minority, property and birth. Although colour, language or membership of a national minority might be taken into account in examining alleged discrimination on grounds of race or ethnic origin, the remaining criteria can be hardly be considered under the applicable Treaties and acts of secondary law. However, it seems that the Court of Justice should account for them if the parties were to directly refer to Article 21(1) of the Charter. The Court could possibly use the case law of the ECHR, which has already adjudicated on the matter of such criteria as political or any other opinion, social origin, property and birth, although the parties relatively rarely refer to those criteria.⁸³

Therefore, the ECHR provisions permit taking into account discrimination based on different, comprehensive grounds, the list of which is not exhaustive. The EU Treaties and Directives refer to only eight criteria, such as nationality, sex, racial and ethnic origin, religion or belief, age, disability and sexual orientation. However, Article 21 of the EU Charter of Fundamental Rights contains a wider group of the grounds of discrimination, including not only the ones enumerated in the ECHR (i.e. sex, race, colour, ethnic or social origin, language, religion or belief, political and other opinion, membership of a national minority, property and birth), but also the ones mentioned in EU Directives (sex, race or ethnic

82 *Ibidem*, p. 787–788.

83 Cf. in more detail: the European Court of Human Rights and the European Union Agency for Fundamental Rights, *Handbook on European non-discrimination law*, p. 125–127.

origin, religion or belief, disability, age and sexual orientation), or even such specific ones as genetic features. Consequently, the list of prohibited criteria under Article 21 of the Charter is at present the broadest one, compared both to other EU legislation and the provisions of the ECHR. However, because of the limited application of the Charter provisions, it seems that the ECHR allows new protected features to be taken into account in a broader scope.

5. Forms of discrimination

5.1. Direct discrimination

The nature of discrimination may vary. Legislation, case law and the doctrine distinguish different forms of discrimination: direct discrimination, indirect discrimination, harassment, including sexual harassment, and instructing discrimination. The ECHR does not specify the different forms of discrimination, but the ECHR takes their occurrence into account. In the context of the definition of this term, *“the Court has established in its case-law that only differences in treatment based on an identifiable characteristic, or “status”, are capable of amounting to discrimination... Moreover... there must be a difference in the treatment of persons in analogous, or relevantly similar, situations.”*⁸⁴ The doctrine states that according to the ECHR, the requirement to prove that someone finds himself/herself in an analogous situation does not mean that the group of reference must be identical; it is enough for the individual to find himself/herself in a situation relevantly similar to other persons who had been treated differently, usually in a more favourable way⁸⁵.

EU Directives (2000/43/EC, 2000/78/EC, 2004/113/EC and 2006/54/EC) contain similar definitions of direct discrimination; it occurs when, on account of one of the prohibited criteria, such as race,

84 ECHR Judgment of 16 March 2010 in the case *Carson and Others v. the United Kingdom*, application No. 42184/05, Article 61.

85 Cf. B. Gronowska, *Porównywalność sytuacji jednostek jako przesłanka zakazu dyskryminacji...*, p. 8.

ethnic origin, sex, age, disability etc., a given person is treated in a less favourable way than another person is, was or would be treated in a comparable situation. Therefore, direct discrimination occurs when less favourable treatment is caused by the fact that a given person possesses a characteristic that is grounds of discrimination, thus distinguishing that person from others⁸⁶. Therefore, it is necessary to establish a comparable entity, e.g. a male employee, and a comparable situation, which may be a past, present or even a hypothetical one⁸⁷. It should also be demonstrated that the less favourable treatment occurred on account of one of the grounds of discrimination subject to protection. It can be assumed that direct discrimination would occur in the event of:

- possession of a specific characteristic constituting grounds of discrimination;
- the so-called association, i.e. through association with a person that possesses a specific characteristic;
- feeling the effects of discrimination applied to other persons by protecting or defending the discriminated person⁸⁸.

The Court of Justice in its Judgment of 17 July 2008 in the case *S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law*⁸⁹ found discrimination on the ground of a person's association with a disabled person to be a breach of Council Directive 2000/78/EC. Similarly, the ECHR in its judgment of 31 March 2009 in the case *Weller v. Hungary*⁹⁰ concluded that children were discriminated on the ground of the status of their biological father.

Therefore, the premises under which direct discrimination occurs are defined in a similar manner with reference to ECHR and EU Directives. However, the matter of justifying different treatment is addressed

86 E. Naumann, *Dyskryminacja w prawie pracy*, Monitor Prawa Pracy 2007, No. 6, p. 286.

87 Cf. A. Masselot, *The New Equal Treatment Directive*, *Feminist Legal Studies* 2004, vol. 12, No. 1, p. 96.

88 This is reasonably addressed in E. Naumann, *Dyskryminacja w prawie pracy...*, p. 286.

89 C-303/06, ECR 2008, p. I-5603.

90 ECHR Judgment of 31 March 2009 in the case *Weller v. Hungary*, application No. 44399/05. With regard to discrimination based on the bond, cf. also A. Zawadzka-Łojek, *Zakaz dyskryminacji ze względu na wiek w prawie Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, p. 59–60.

differently. The ECHR refers in this respect to the general formula, stating that “*such a difference of treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification; in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised.*”⁹¹ This formula has been maintained in the subsequent case law, yet the ECHR has specified the scope of margin of the assessment of the parties to the Convention in the context of justifying discrimination. It has stated that this margin would vary according to the circumstances, the subject matter and the background.⁹²

On the other hand, under the EU law direct discrimination may be justified solely by special circumstances specifically provided for in its legislation, e.g. in the context of nationality it can be justified on grounds of public policy, public security or public health (Article 45(3) of TFEU), while in the case of other criteria (sex, racial or ethnic origin, religion or belief, age, disability or sexual orientation), on grounds of a genuine and determining occupational requirement (Article 4 of Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC and Article 14(2) of Directive 2006/54/EC). Special exceptions have been provided for in the case of direct discrimination based on religion (with regard to religious institutions)⁹³ and age. The latter is provided for in detail in Article 6 of Directive 2000/78/EC, which authorises Member States to apply differences of treatment, if they are justified by a legitimate aim, including legitimate employment policy, labour market and vocational training objectives, and if the means of achieving that aim are appropriate and necessary. Therefore, it should be stated that solely direct discrimination on the ground of age may be justified in a manner similar to the one provided for in the ECHR case

91 E.g. ECHR Judgment of 29 April 2008 in the case *Burden v. the United Kingdom*, application No. 13378/05, Article 60, or the abovementioned ECHR Judgment of 16 March 2010 in the case *Carson and Others v. the United Kingdom*, application No. 42184/05, Article 61.

92 Cf. the abovementioned ECHR Judgment of 22 December 2009 in the case *Sejdić and Finci v. Bosnia and Herzegovina*, applications No. 27996/06 and 34836/06, Article 42.

93 Article 4(2) of Directive 2000/78/EC provides in this respect e.g. that it does not *prejudice the right of churches and other public or private organisations, the ethos of which is based on religion or belief, acting in conformity with national constitutions and laws, to require individuals working for them to act in good faith and with loyalty to the organisation's ethos.*

law. With regard to other criteria, EU law significantly limits the possibility of justifying direct discrimination on those grounds.

5.2. Indirect discrimination

It refers to neutral differentiation criteria, the application of which, however, affects the group of persons protected by the prohibition of discrimination. Therefore, the effect of such decision or action is identical to the one in the case of direct discrimination: the person belonging to the protected group is affected⁹⁴. In this respect, the ECHR states in general that “*where a general policy or measure has disproportionately prejudicial effects on a particular group, it is not excluded that this may be considered as discriminatory notwithstanding that it is not specifically aimed or directed at that group.*”⁹⁵ In its later case law, the ECHR has specified this description of indirect discrimination, referring to the neutral formulation of policy or measure that nevertheless causes disproportionately prejudicial consequences for a particular group of persons and thus leads to its discrimination. At the same time, the Court referred to EU legislation, e.g. Directive 2000/43/EC, according to which “*such a situation may amount to “indirect discrimination”, which does not necessarily require a discriminatory intent.*”⁹⁶

EU Directives⁹⁷ provide that indirect discrimination occurs where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons of a racial or ethnic origin, persons having a particular religion or belief, a particular disability, etc. at a particular disadvantage compared with

94 Cf. I. Boruta, *Zakaz dyskryminacji w zatrudnieniu – nowe pojęcia*, Monitor Prawa Pracy 2004, No. 2, p. 38.

95 ECHR Judgment of 4 May 2001 in the case *Hugh Jordan v. the United Kingdom*, application No. 24746, Article 154. Similar phrase appeared in ECHR Judgment of 20 June 2006 in the case *Zarb Adami v. Malta*, application No. 17209/02, Article 80.

96 ECHR Judgment of 13 November 2007 in the case *D.H. and Others v. the Czech Republic* [G]C], application No. 57325/00, Article 184. Cf. also ECHR Judgment of 9 June 2009 in the case *Opuz v. Turkey*, application No. 33401/02, Article 183.

97 Article 2(2)(b) of Directive 2000/43/EC and 2000/78/EC. Article 2(1)(b) of Directive 2006/54/EC provides for a similar definition: “*indirect discrimination*”: *where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons of one sex at a particular disadvantage compared with persons of the other sex, unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim, and the means of achieving that aim are appropriate and necessary.*

other persons, unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary. Therefore, although causation plays a crucial role in direct discrimination, in the context of indirect discrimination it is the effect of a provision, criterion or practice that is decisive, even if such an effect is unintentional. This implies that such discrimination is useful to detect more hidden discriminatory provisions or behaviour, although, on the other hand, it should not be limited to such detection. Indirect discrimination sometimes can be open⁹⁸.

In accordance with the ECHR and EU law, indirect discrimination is subject to general objective justification. In the former case, it results from the general discrimination formula, under which the ECHR refers to the *objective and reasonable justification*. It should take into account the realisation of the legitimate aim and meet the requirements of proportionality in the context of the applied measures (appropriate and necessary means to an end). EU Directives clearly provide for the possibility to objectively justify indirect discrimination already by its definition. In this respect, they refer both to the legal aim and to the appropriate and necessary means to its realisation.

5.3 Harassment and instruction to discriminate

These two forms of discrimination have been clearly defined in EU law. Pursuant to directives concerning non-discrimination, harassment is considered discrimination when:

- an unwanted conduct related to the protected characteristic takes place;
- its purpose or effect is violation of the dignity of a person;
- and creation of an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment.⁹⁹

⁹⁸ Cf. E. Ellis, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford 2005, p. 89.

⁹⁹ Article 2(3) of Directive 2000/43/EC and Article 2(3) of Directive 2000/78/EC. Article 2(1) (c) of Directive 2006/54/EC refers to the same components and stipulates that harassment is *where unwanted conduct related to the sex of a person occurs with the purpose or effect of violating the dignity of a person, and of creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment*.

Sexual harassment occurs *where any form of unwanted verbal, non-verbal or physical conduct of a sexual nature occurs, with the purpose or effect of violating the dignity of a person, in particular when creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment.*¹⁰⁰ Apparently, definitions of this form of discrimination refer both to subjective factors (unwanted conduct affecting a given person) and objective factors (violating the dignity of a person)¹⁰¹. Unwanted conduct may take various forms, from verbal or written comments, through various gestures to specific actions. At the same time, it leads to creation of a hostile or degrading environment¹⁰².

Moreover, EU directives consider the so-called instruction to discriminate to be a form of discrimination¹⁰³. Therefore, if a given entity instructs third parties to apply discriminating measures, the effect is identical to a situation where that entity applied such measures itself. This allows such persons to escape the charge of discrimination, which is particularly important in the area of employment in relations of professional subordination¹⁰⁴.

The ECHR does not directly prohibit harassment or instruction to discriminate. However, they may be taken into account in connection with the rights protected under the Convention, e.g. harassment may be taken into account in the context of violation of freedom from inhuman or degrading treatment (Article 3 of the ECHR) or the right to respect private and family life (Article 8 of the ECHR). Instruction to discriminate

¹⁰⁰ Article 2(1)(d) of Directive 2006/54/EC.

¹⁰¹ Cf. H. Szewczyk, *Molestowanie seksualne i mobbing w miejscu pracy lub w związku z pracą – nowe wyzwania dla polskiego prawa pracy*, Praca i Zabezpieczenie Społeczne 2002, No. 6, p. 6.

¹⁰² Cf. J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja ze względu na religię, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną. Dyrektywa 2000/78 i orzecznictwo TS UE. Komentarz*, Warszawa 2013, p. 19.

¹⁰³ Article 2(2)(b) of Directive 2006/54/EC clearly indicates that *instruction to discriminate against persons on grounds of sex* is a form of discrimination. Article 2(4) of Directive 2000/43/EC and Article 2(4) of Directive 2000/78/EC stipulate that *[a]n instruction to discriminate against persons on any of the grounds ... shall be deemed to be discrimination...*

¹⁰⁴ J. Maliszewska-Nienartowicz, *Dyskryminacja ze względu na religię, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną. Dyrektywa 2000/78...*, p. 20.

may be covered by the rights included in other provisions, such as freedom of religion or freedom of assembly, provided for in Article 9 or 11 of the ECHR, respectively, depending on the context¹⁰⁵.

6. Final remarks

The above analysis leads to the conclusion that legislative provisions on the prohibition of discrimination found in the ECHR are relatively general, while the relevant legislative provisions applicable in the EU are more detailed, but also dispersed, since they are found both in the primary and the secondary law. Unfortunately not one, but several directives have been adopted covering different prohibited criteria. This has led to relative lack of transparency of EU legislation as regards discrimination.

The scope of the prohibition of discrimination as to subject matter and persons has been broadly addressed in the Council of Europe law. In turn, EU legislation focuses mainly on EU citizens and employment. However, certain legislative acts have a broader scope of application, such as the ones contained in Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment of persons irrespective of their racial or ethnic origin, which refer not only to employment, but also to social protection, including social security and healthcare, social benefits, education, access to and supply of publicly available goods and services, including housing. The effect of diversification of the scope of application as to the subject matter of non-discrimination directives is that it creates a specific hierarchy of prohibited criteria, starting with racial and ethnic origin, followed by sex, religion or belief, disability, sexual orientation and finally age, as discrimination on the ground of age may still be widely justified. This legal situation is no doubt unsatisfactory. However, in order to unify the scope as to the subject matter of the prohibition of discrimination on account of different criteria, Member States would have to act unanimously in the Council (this requirement transpires from Article 19 of TFEU). Yet, Member States find it difficult to reach unanimity on this issue, as

105 The European Court of Human Rights and the European Union Agency for Fundamental Rights, *Handbook on European non-discrimination law*, p. 37.

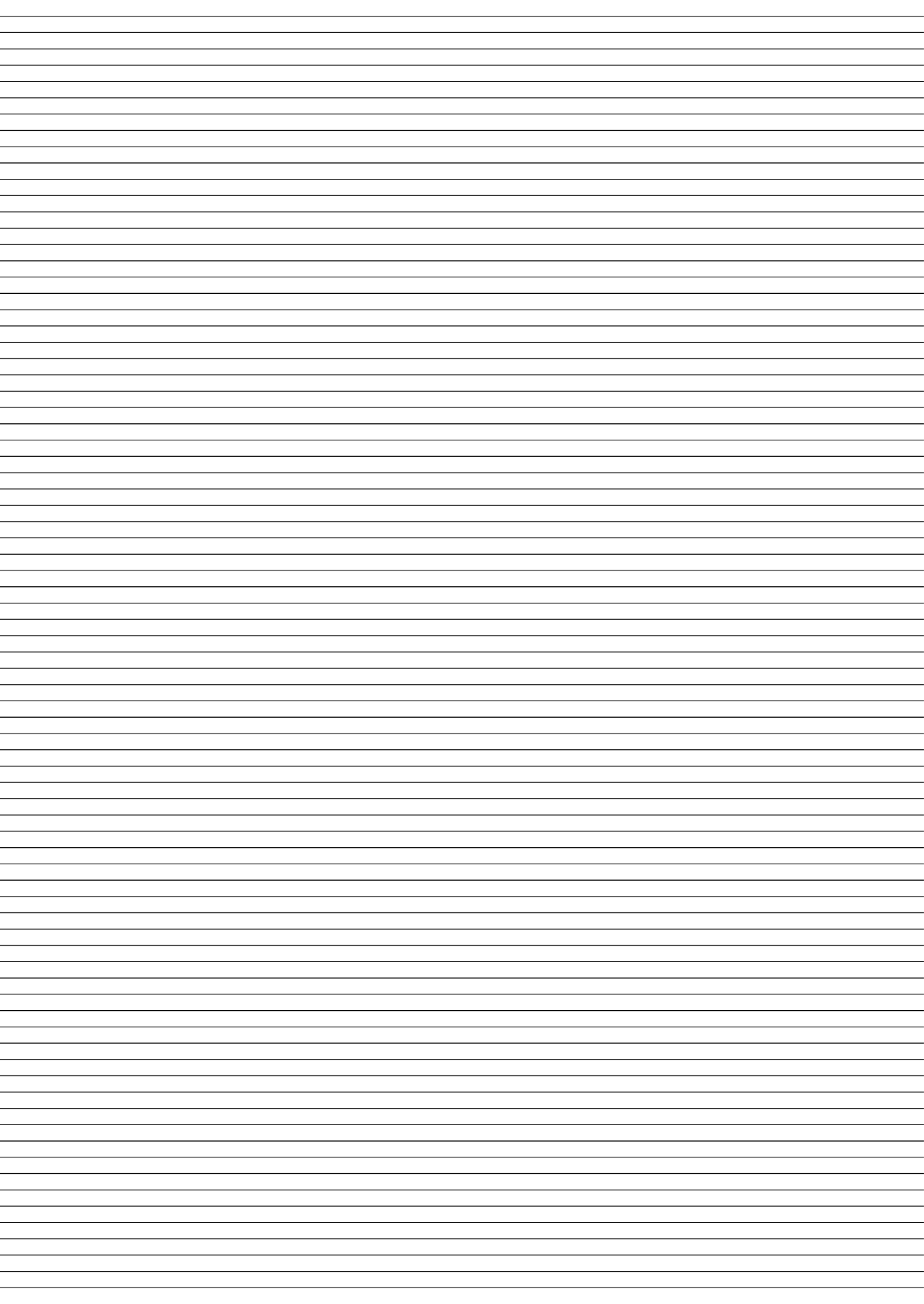
demonstrated by the work on the draft directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation.

The list of prohibited criteria provided in the ECHR, on the one hand, and in the Charter of Fundamental Rights of the European Union, on the other hand, is quite similar and open. However, due to the limited application of the Charter, it seems that in practice it is the ECHR that allows for a broader scope of inclusion of the new protected characteristics which is also confirmed by the ECHR case law.

On the other hand, such forms of discrimination as direct discrimination, indirect discrimination, harassment and instruction to discriminate are covered in more detail by EU law, in particular secondary law. To a certain extent, the ECHR applies this law, e.g. by referring to the provisions of directives relating to indirect discrimination. EU legislation permits to justify direct discrimination only as an exception, whereas the ECHR applies a general justification formula to each form of discrimination, also one *based on an identifiable characteristic, or "status"*. In addition, the ECHR often allows the parties to the Convention a very wide margin of assessment in the context of justifying unequal treatment. Therefore, in a specific case it may be found that, even though discrimination occurred, it had *objective and reasonable justification*. In this regard, provisions of EU directives seem to be more favourable for the victims of direct discrimination, because they allow for its justification solely in cases specified in their provisions, e.g. on grounds of a genuine and determining occupational requirement.

This confirms the general point that legislative provisions regulating the prohibition of discrimination provided for in the Council of Europe and the European Union law are complementary. In certain cases, it would be more advantageous for the party to invoke the ECHR, e.g. in the case of alleged discrimination in private life, which the EU legislation does not cover. In other cases, in particular if the alleged discrimination concerns employment, it would be better to invoke EU law, and more precisely the national legislation that implements non-discrimination directives. Undoubtedly, the regulations found in the two legal systems

overlap. This is evident in the non-discrimination clause found in Article 21(1) of the Charter of Fundamental Rights of the European Union which not only takes the criteria provided for in the EU legislation into account, but also accounts for the ones provided for in Article of the ECHR and Article 1 of the additional Protocol No. 12. Indirect discrimination in the context of which the ECHR referred directly to Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC is where the impact of EU law on the ECHR case law is clearly visible.



PROTECTION OF RIGHTS OF ELDERLY persons in the EU and Council of Europe legal order

JAKUB WOŁĄSIEWICZ

Ministry of Foreign Affairs of Poland, Chair of the
Drafting Group on the Human Rights of Older
Persons (CDDH-AGE, Council of Europe)

Europe is currently undergoing demographic changes through growing life-expectancy and reduced birth rates. The increasing number of older persons in European societies augments the need to address the issue of their position in societies, including the need to promote their autonomy and to ensure their protection from a human rights perspective. Even though the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms obviously applies also to older persons, and some general human rights provisions are particularly relevant for them, it is important to highlight possible barriers to the full enjoyment of human rights by older persons and measures to be taken to eliminate them.

Two years ago, during the Warsaw Seminar, I put forward the idea to draft under the auspices of the Council of Europe a non-binding instrument, which would address this issue. This position was shared by some eminent persons like Mr. Thomas Hammarberg, whose proposal was even more radical. He stressed the need to draft a Universal or European convention. His idea is still being discussed in the United Nations, while a less ambitious, but a much more pragmatic proposal has been finalized. Just after the Warsaw Seminar, the Drafting Group on Recommendation

of the Committee of Ministers to member states on the promotion of the human rights of older persons was established and, I was proud to be nominated as its chair.

The starting point of the Recommendation is the recognition that all human rights and fundamental freedoms apply to older persons, and that they should fully enjoy them on an equal basis with others. This instrument calls to respect their autonomy and legal capacity in daily life. The Recommendation aims at promoting older persons' protection in societies where the ageism is rising or in situations where they may be vulnerable. Older persons may face domestic violence, abuse, neglect or poverty; they may lack adequate care or be discriminated against because of their age. The Recommendation responds to those concerns and aims at finding the right balance between the autonomy and the protection of older persons.

The Recommendation outlines principles intended to reinforce the autonomy and, at the same time, the protection of human rights of older persons. These principles are based on existing international human rights instruments and standards.

The Recommendation is not a legally binding instrument. Member states are only bound to the extent that they have ratified the instruments on which the principles are drawn. However governments of member states are invited to ensure compliance with the principles set out in its appendix in national legislation and practice relating to older persons. Governments are also encouraged to ensure, by appropriate means and action, a wide dissemination of this instrument among competent authorities and stakeholders. Where appropriate, such dissemination may be achieved by translation of the text into a national language. Concerning follow-up to the Recommendation, governments are invited to continue providing examples of good practices related to its implementation with a view to their inclusion in a shared information system accessible to the public, and to examine its implementation within the Committee of Ministers five years after its adoption.

Up to now there is no commonly agreed legal definition of "older persons" exists. Older persons are not a homogeneous group. For these

reasons, the Recommendation adopts a flexible and illustrative approach and does not include an exhaustive definition of older persons, for example by setting a minimum age for a person to be considered as being of old age. Nevertheless, the Recommendation recognises that Council of Europe member states have identified chronological ages at national level whereby persons enjoy specific rights for being older.

The Recommendation reaffirms the principle of the full enjoyment of all human rights and freedoms by older persons without any discrimination. The Recommendation invites member states to make reference to “age” when passing new or amending existing anti-discrimination legislation. I wish to draw your attention to the Council of Europe’ Parliamentary Assembly Resolution 1793(2011) on promoting active ageing, which considered that the phenomenon of age discrimination is “often unconscious, but it undermines older people’s dignity, their human rights and self-esteem and is a huge waste of talent”. The Assembly acknowledged that ageism “is a harmful prejudice that results in widespread lack of respect for older people [...] they are the victims of physical and financial abuse, in the workplace, where they are subject to unequal treatment, or in the health sector where they do not always receive appropriate medical care and services.” However not all difference in treatment automatically leads to discrimination. National authorities enjoy a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in similar situations justify a different treatment. The European Court of Human Rights and the European Committee of Social Rights both have held that any difference in treatment is justified if the treatment furthers a legitimate aim and is proportionate to achieve that aim.

Any person has the right to be recognised everywhere as a person before the law, as laid down in Article 6 of the Universal Declaration on Human Rights and Article 16 of the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights.. Therefore older persons are presumed being capable of self-reliance (capacity to provide for one’s own needs), personal preference (capacity to express wishes and make own decisions and choices) and self-assertion (pursuit of the fulfillment of one’s desires and goals). The direct consequences to be drawn from these principles are

the following. Older persons should be enabled to lead independent lives in their familiar surroundings for as long as they wish and are able. Older persons should be able to take and communicate decisions with regard to personal and legal matters, including decisions about living conditions, and express wishes for a funeral in accordance with their beliefs.

Social cohesion and active citizenship in Europe may be achieved through the integration in society of all generations. Policies oriented towards facilitating and supporting the participation of old persons in social, cultural and economic life, even in volunteering opportunities, contribute significantly to the goals of economic growth, prosperity and social cohesion in all countries, as well as to the intellectual, social and physical state of the elderly.

Emphasising the autonomy of older persons, the Recommendation considers older persons as having the ability to decide in their own best interests about themselves and their affairs, and therefore recognizes their legal capacity on an equal basis with others. However, when an older person suffers from a mental disorder, disability or a disease, he or she may need different degrees of support to facilitate decision-making in accordance with the principle of supported decision-making including, in exceptional cases, the designation of another person to take decisions on his or her behalf.

The Recommendation deals with the serious problem of violence, abuse and neglect of older persons and calls upon member states to ensure them special protection from such acts, irrespective of whether this occurs at home or within an institution. In most cases maltreatment is a hidden phenomenon: the perpetrator may be a relative whom the older person is reluctant or unable to denounce and/or the older person may be unable to defend her/himself against. The European Court of Human Rights has considered that older persons often are not in a position to draw attention to shortcomings concerning the provision of care on their own initiative.

The Recommendation suggests to member states to take appropriate awareness-raising and other measures so that the detection of violence and abuse becomes easier. Measures may include for instance information

and advice to the medical staff, care givers and persons providing services to older persons on how to detect maltreatment and how to react if it is suspected to have occurred. In addition, member states may consider providing guidance to medical and forensic staff on how to better detect violence against older persons and death from an unnatural cause.

The Recommendation invites member states to carry out an effective investigation when there are credible claims or the authorities have reasonable grounds to suspect that violence or abuse has occurred. This is a procedural obligation deriving from Article 3 of the Convention. The European Court of Human Rights has held that, in order for an investigation to be effective, it should respect the following requirements: the investigation must be capable of leading to the identification and punishment of those responsible (“adequacy”); it must be comprehensive in scope and address all of the relevant background circumstances (“thoroughness”); persons responsible for carrying out the investigation must be impartial and independent from those implicated in the events (“impartiality”); the investigation must be commenced with sufficient promptness in order to obtain the best possible amount and quality of evidence available (“promptness”); and there should be a sufficient element of public scrutiny of the investigation to secure accountability, maintain public confidence and to prevent any appearance of collusion (“public scrutiny”).

Older persons who have suffered from abuse should receive appropriate help and support. Such support may take various forms, including appropriate medical and psychological assistance, and should be provided within reasonable time. In the light of Article 13 of the Convention, the Recommendation stipulates that older persons are entitled to an effective remedy before a national authority and should receive, where appropriate, adequate redress. Depending on the older person’s age, the national authority should decide promptly and the situation should be redressed in reasonable time.

The provisions of this Chapter should be read in accordance with the national context and legislation of the Council of Europe member states. Some considerations relative to the older persons’ participation

in social, cultural and economic life are developed under Chapter III of the Recommendation.

As regards social protection of older persons, the Recommendation is primarily based on Article 23 of the revised Charter which specifically guarantees some older persons' social rights and requires states to put in place measures designed to meet their specific needs. This article is supplemented by other provisions, namely Articles 11 (right to protection of health), 12 (right to social security), 13 (right to social and medical assistance) and Article 14 (the right to benefit from social welfare services). As Article 23 does not include the field of employment, the question of age discrimination in this field is mainly considered under Articles 1, paragraph 2 (non-discrimination in employment) and Article 24 (right to protection in cases of termination of employment).

The Recommendation resumes the part of Article 23 of the revised Charter which provides that states shall adopt or encourage appropriate measures designed in particular "to enable elderly persons to remain full members of society for as long as possible, by means of: a. adequate resources enabling them to lead a decent life and play an active part in public, social and cultural life [...]". Bearing in mind that Article 23 relates specifically to older persons who have stopped working, the resources in question are old-age pensions and any other benefits which states may grant. The European Committee of Social Rights has specified that pensions should be indexed, linked and compared to the average wage levels and cost of living, including costs of transport and of medical care.

Where countries have not accepted Article 23, the European Committee of Social Rights holds that states are nevertheless bound to ensure a minimum level of well-being for older persons, and justifies its assessment from the angle of other provisions of the revised Charter.

The Recommendation invites member states to facilitate home renovation and access to social housing for older persons with a view to ensuring them adequate and safe living conditions and preventing difficulties that may impact on the state of health or the well-being of older persons. In order for older persons to be able to adapt gradually their housing to their needs and state of health, member states should provide adequate

measures of support and anticipate possible future needs of the elderly with a view to avoiding major difficulties in their lives.

In order to continue to live at home and maintain an adequate standard of living, older persons may need some additional arrangements such as the preparation of meals, day care, nursing, and any other supplementary service, at a relatively low cost to allow the broadest possible access.

Access to employment for older workers may often be particularly difficult, the Recommendation strongly encourages member states to apply to older persons the principle of equal treatment, based on Article 14 of the Convention. Exceptions to this principle may be admissible and the Recommendation foresees a grid of analysis for such exceptions: any difference in treatment should be justified by furthering a legitimate aim of employment policy and proportionate to achieve that aim. These conditions should be assessed taking into consideration the national social and economic context in the field of employment. The Recommendation also highlights the importance of the promotion of the participation of older persons in the labour market and of the prevention and protection from recurrent schemes of negative action against older persons in the workplace.

One chapter of the Recommendation refers mainly to the provision of long-term care for older persons in both home-based and institutional care. The term “long-term care” has been defined by the Organisation for Economic Cooperation and Development as “a range of services for people who depend on ongoing help with activities of daily living caused by chronic conditions of physical or mental disability”. Older persons need specific geriatric care to meet their long term care needs, taking into due account the specific needs of persons with dementia. Geriatric care generally aims at maintaining and improving their physical and mental health. Mental health is an equally important part of overall health and well-being of a person as physical health. A variety of affordable community and home care services for older persons should be promoted.

In some countries older persons may be denied treatment because of its high cost, and therefore there is the need for appropriate legislation or collective agreements, not least in respect of dependent older persons

living in institutions or retirement homes. One of the most significant barriers to a quality and appropriate health care is the lack of competent care providers, in diagnosis and treatment, to deal with older persons. The Recommendation suggests to member states to support the training of both informal and professional caregivers and promote the cooperation of competent services through a multidimensional approach.

In the context of the Recommendation and in the light of the Convention on Human Rights and Biomedicine, the term “medical care” covers all medical acts, in particular interventions performed for the purpose of preventive care, diagnosis, treatment of a disease or rehabilitation.

The free and informed consent given by a legally capable person is an important principle of medical ethics and international human rights standards. An older person must be able to freely give or refuse consent to any intervention considered involving him or her, and no intervention should, in principle, be carried out without his or her free and informed consent. This rule makes clear patients’ autonomy in their relationship with health care professionals.

The patient’s consent is considered to be free and informed if it is given on the basis of objective information from the responsible health care professional as to the nature and the potential consequences of the planned intervention or of its alternatives, in the absence of pressure from another source. Thus the person concerned should have received appropriate (sufficient and clear) information in particular about the purpose, nature, risks and consequences of the intervention being contemplated.

Freedom of consent implies that consent may be withdrawn at any time and that the decision of the person concerned shall be respected once he or she has been fully informed of the consequences. In particular circumstances, professional standards and obligations, as well as rules of conduct may oblige doctors to continue providing care to avoid seriously endangering the health of the patient.

Some individuals may not be able to give full and valid consent to an intervention due to their mental disability or a disease. The incapacity to consent must be understood in the context of a given intervention. Considering the diversity of the legal systems in Europe – in some countries

the patient's capacity to consent must be verified for each intervention taken individually, while in others the system is based on the institution of legal incapacitation, whereby a person may be declared incapable of consenting to one or several types of act – it is for the domestic law of each country to determine whether or not persons are capable of consenting to an intervention and taking account of the need to deprive persons of their capacity for autonomy only where it is necessary and in their best interests. The Recommendation does not intend to harmonise relevant national legal systems, or to regulate possible conflicts of competences between states as far as these complex issues are concerned.

The Recommendation suggests the provision of sufficient and adequate institutional care for those older persons who are no longer able or do not wish to reside in their own homes. Article 23 of the revised Charter grants to older persons the right to participate in decisions concerning their treatment, as well as the living conditions of the institution.

The institutionalisation may deprive older persons of their independence and autonomy. The placement of older people in institution may often happen without their consent or appropriate safeguards, and may have particular impact on their freedom of movement. While noting a constant trend towards de-institutionalisation, and having underlined that older persons should be able to stay as long as possible in their homes, the Recommendation dedicates some specific provisions to residential and institutional care, in the light of specific risks of abuse related to this situation. The Recommendation reiterates the general principles that older persons have the right to freedom of movement and should only be placed in residential, institutional or psychiatric care if they have consented. Without encouraging the practice of placement in institution without consent, the Recommendation recognises, however, that there might be cases in which the consent may not be obtained because the older person is not able to give such consent, or the authorities consider that the placement in an institution is for that person's own benefit. Possible reasons could be that the person is becoming a danger to him/herself or third persons, is incapable of seeing to his or her basic personal needs, or is becoming a threat to law and order. On this basis, it

is recommended that any restrictions on the right to freedom of movement must be lawful, necessary and proportionate, in accordance with international human rights law. In addition, any individual constraints for an older person should be implemented with the free and informed consent of that person, or, if imposed without the person's consent, as a proportionate response to a risk of potential harm. It should be possible to challenge these decisions, which should also be subject to regular monitoring and review.

The European Court of Human Rights case-law has demonstrated that placement in an institution poses particular problems with regard to the right to liberty and security (Article 5, paragraph 1 of the Convention). In *H.M. v. Switzerland* case, the applicant complained that she had been placed in a nursery home against her will. The European Court of Human Rights has considered that there had not been a deprivation of liberty within the meaning of Article 5, paragraph 1 of the Convention; consequently the provision did not apply. While the European Court of Human Rights took into consideration that the domestic authorities had ordered the applicant's placement in the nursing **home** in her own interests in order to provide her with the necessary medical care and satisfactory living conditions and standards of hygiene, the decisive factor appears to have been that the applicant, after having moved to the nursery home, had agreed to stay there.

Human dignity should be respected throughout all stages in every individual's life, including the terminally-ill and dying, and that palliative care helps to preserve this dignity by providing an appropriate environment for such patients and helping them to cope with the pain and other distressing symptoms. Therefore palliative care should be proposed in all settings in response to the progressive needs of older persons. To this end, member states should ensure that trained specialists in the field are available and encourage cooperation among them. When providing palliative care, consideration should be given to the needs and preferences of older persons, including his or her beliefs, and to the use of a language that the person is able to understand.

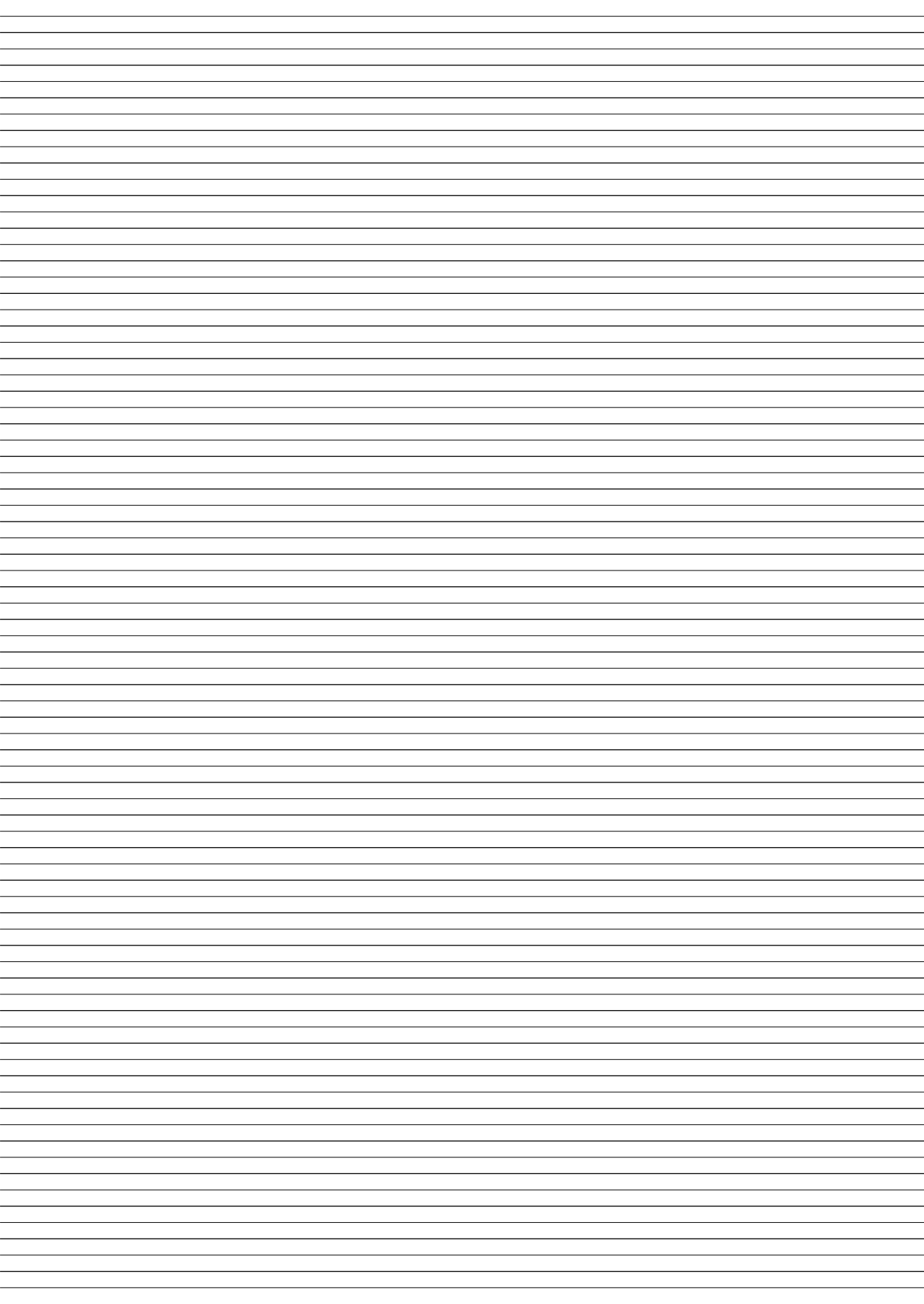
Palliative care is defined by the World Health Organisation as “an approach that improves the quality of life of patients and their families facing the problem associated with life-threatening illness, through the prevention and relief of suffering by means of early identification and impeccable assessment and treatment of pain and other problems, physical, psychosocial and spiritual”.

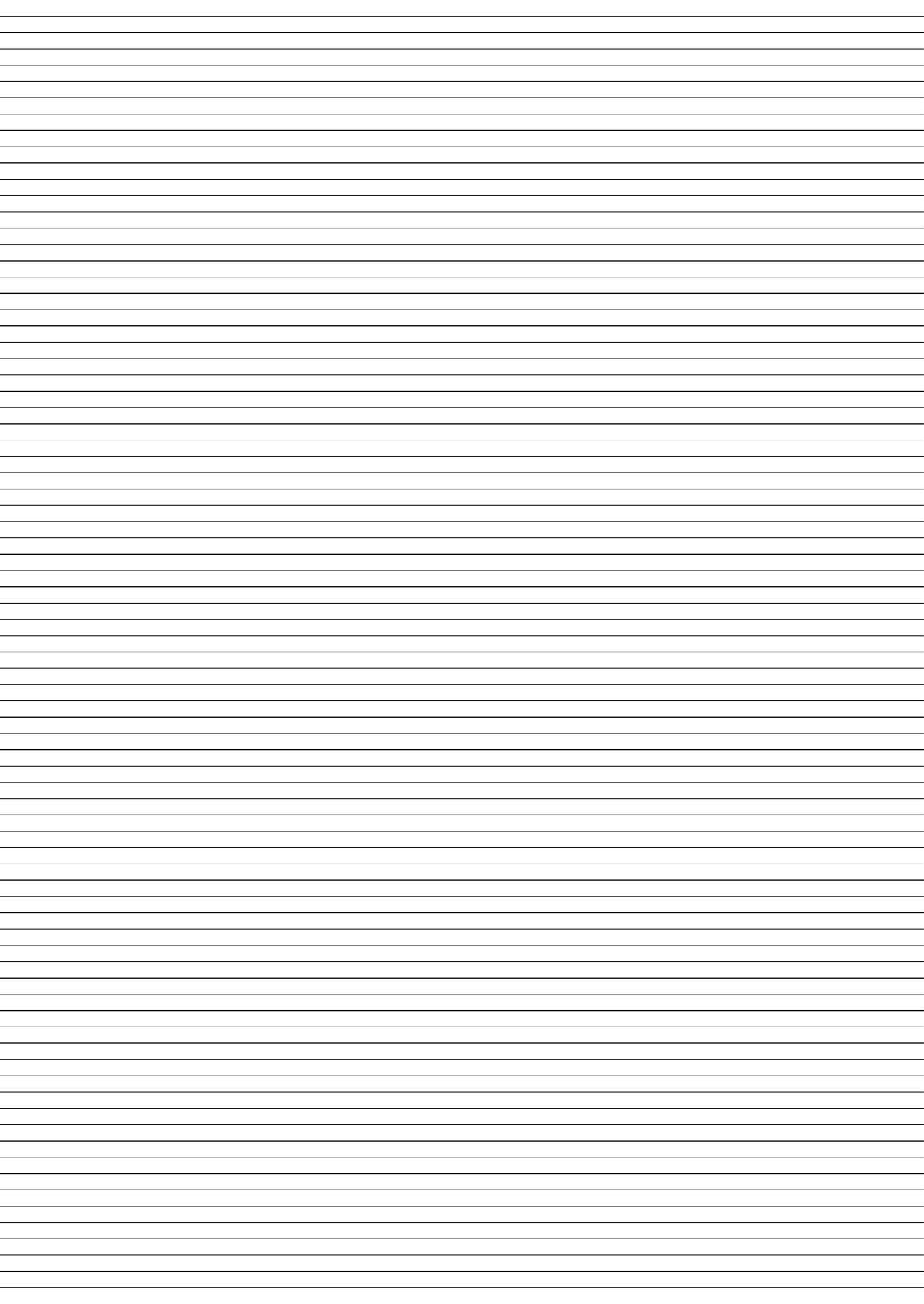
The Council of Europe has laid down detailed guidelines on the implementation of palliative care in Europe in the Committee of Ministers Recommendation Rec(2003)24 on the organisation of palliative care. In the Preamble, the Committee of Ministers considered “that palliative care is an integral part of the health care system and an inalienable element of a citizen’s right to health care, and that therefore it is a responsibility of the government to guarantee that palliative care is available to all who need it”.

Protection of human rights requires the effective functioning of the justice system, timely remedies for violations and specific guarantees that all persons are equal before the law and before courts. The Recommendation resumes Article 6 of the Convention and refers to older persons’ access to justice and right to a fair trial. In *Süssmann v. Germany* and *Jablonská v. Poland*, the European Court of Human Rights has held that the advanced age of a person may be a relevant factor in considering whether a case was dealt with “within a reasonable time” and thus may tighten the requirement for prompt trial under Article 6, paragraph 1 of the Convention.

Examples of specific measures to ensure access to justice for older persons may be found in the UN Secretary General’s Report on the follow-up to the Second World Assembly on Ageing of July 2011. Such measures include for instance the provision of legal aid or the existence of dedicated bodies to provide assistance, including technical assistance, to older persons; the deferral, reduction or exemption of litigation fees, the creation of special courts and jury systems to handle disputes involving older persons, the provision of human rights counselling services for older persons in welfare facilities, and the granting of loans to cover the expenses of trials.

The European Court of Human Rights takes the applicant's age and situation into account when rewarding pecuniary damages. In *Georgel and Georgeta Stoicescu v. Romania*, the Court found that the state had violated its positive obligation under Article 8 to protect the 72 year-old applicant from an attack by stray dogs and stated that regard must also be had to the applicant's dire financial situation, her advanced age and deteriorating state of health, as well as to the fact that she has not benefited from free medical assistance until two and half years after the incident.





DISCUSSION: PANEL II

Mirosław Wyrzykowski Thank you very much. Ladies and gentlemen, we have reached the end of this panel. According to the schedule, we have now time for discussion. Please feel free to present your comments and questions. Does anyone want to comment? Please.

Jakub Wołásiewicz I would like to comment briefly on the connection of the two systems, i.e. the European Convention and the European Union system. Indeed, anything can be done in institutional terms; indeed, the protocol that is being prepared, the memorandum, generally answers all our questions. However, as a participant in this process, I have not found an answer to one question: what specific remedies, or means of appeal, does the European Union have at its disposal, in terms of the measures provided for in the European Convention? I believe this is the main problem and the position of both the judges of the European Court of Human Rights and of the Luxembourg judges is quite clear: those measures are simply nowhere to be seen. That would be all.

Mirosław Wyrzykowski I understand it was a statement, not a question. Please.

Jakub Wołásiewicz If I ever find the answer, I will let you know.

Mirosław Wyrzykowski I understand. This was more a question to the European Union than to the participants here, although, naturally, if any of you would like to respond, the next conference will focus on the answer to this question. Please. Do we have any more questions? If not, I will close this part of the conference. Before I give the floor to Professor Lipowicz, though, I would like to abuse my position as the person with the microphone and, as the citizen of the Republic of Poland and thus the citizen of the European Union, I would like to seriously and firmly

appeal to the Government of the Republic of Poland to abandon the Polish and British protocol. Thank you very much. Professor Lipowicz, the floor is yours.

Justyna Chrzanowska Ladies and gentlemen, the 7th Warsaw Seminar has almost ended. Before we hear our today's host, Professor Irena Lipowicz, I would like to thank Professor yet again, both personally and on behalf of the Minister of Foreign Affairs, for accepting invitation to joint organisation of today's meeting. I would also like to thank all the participants, in particular the panellists and moderators, for their input and for the discussion. I would also like to thank for the critical voices addressed to the Government or to its administration, because, as Ignacy Krasicki wrote: *True virtue is not afraid of criticism. Let misdemeanour groan and grieve.* I believe such a critical discussion can provide a boost for further actions. As Antoine de Saint-Exupéry once wrote: *Your task is not to foresee the future, but to enable it.* I think at today's seminar we have somehow contributed to the construction of a coherent system of protection of human rights not only in Poland, but also in Europe. Certain valuable thoughts have been voiced. However, before we start building, on behalf of the Minister of Foreign Affairs I would like to invite all of you to a dinner organised by the Minister of Foreign Affairs at the Foksal Palace. Professor Irena Lipowicz has the floor. Thank you.

Irena Lipowicz Ladies and gentlemen, it has been my pleasure to participate in today's seminar. The conference was interesting and important social problems were mentioned. The lectures ended with strong, unexpected accents which caught everyone's attention; the legal and comparative analyses of the systems were interesting. What more could we wish for, other than the full implementation of the European standards? Let me start from the end: my summary will be brief. I would like to thank His Excellency Ambassador Wołásiewicz for choosing the perfect topic. When I took over the office in 2010, I chose three priorities: the rights of seniors, the rights of the disabled and the rights of immigrants. I thought that, despite the importance of other topics, these three had not been sufficiently exposed by my distinguished predecessors. I am pleased to see now is the time for it, because at the time I was choosing the topics,

I faced much sneering and disbelief in the media, which claimed that seniors were not discriminated against in Poland and that it was not a problem or an important matter. The year for active ageing and all the related campaigns have only occurred years later. Your Excellency was one of the persons who made this happen. This is why, as a symbol and with great honour, I would like to present the results of works of the experts' committee, which I would send to all of you upon request, entitled *Active ageing strategies – theses and recommendations*. The study was developed by fantastic experts who volunteered to work for us, encompassing a number of debates which took place here, in this room. The last debate was entitled *The language of ageing used by public authorities and the media*. I really recommend the results of that debate, as it made us realise what awful stereotypes and cruel treatment were rooted in the manner we spoke about seniors. Therefore, please accept this publication. Thank you very much.

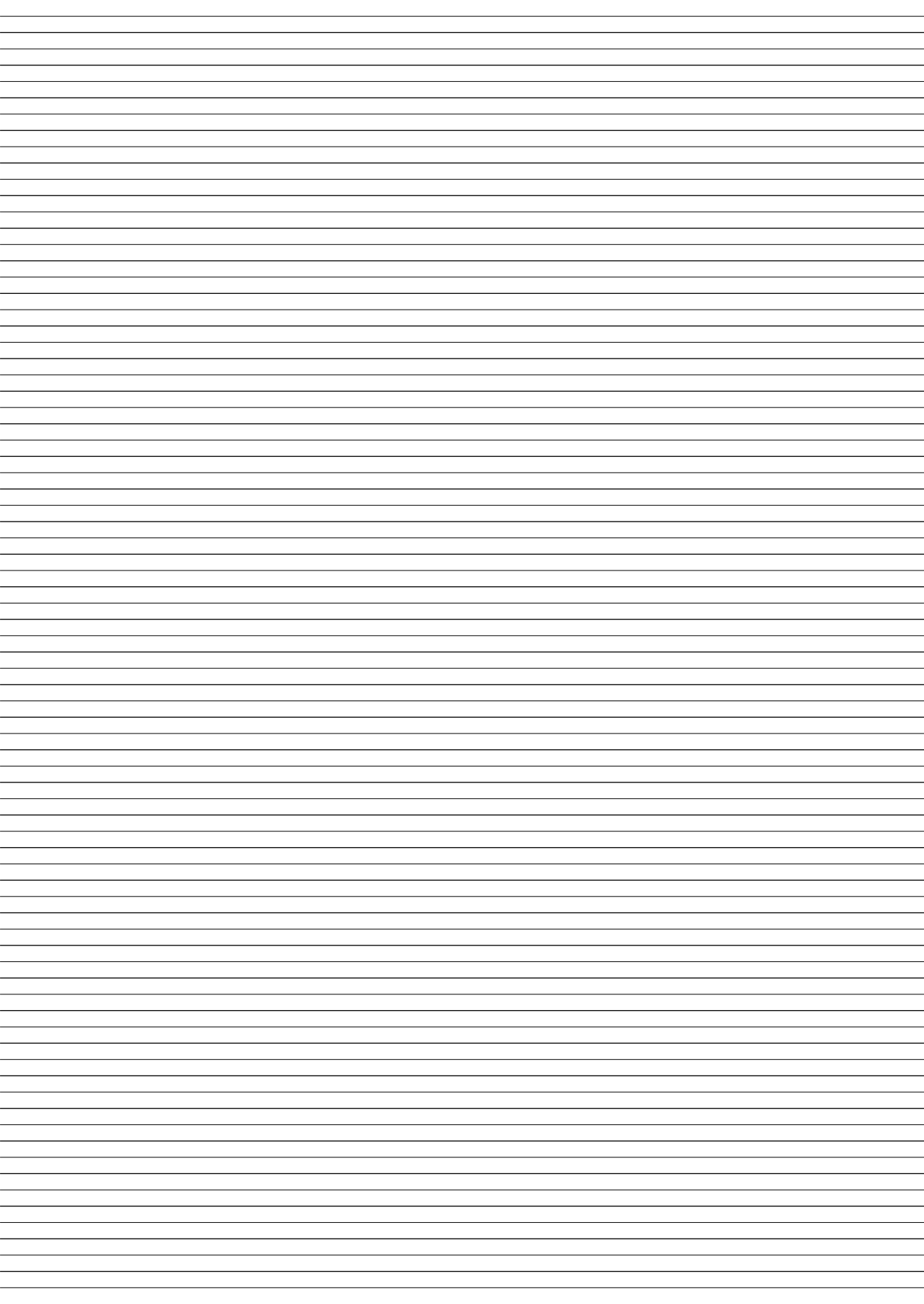
And now, if you please, just a few words, ideas and thoughts. I will not sum up and repeat once again all that we have heard. I just want to present to you once again a kaleidoscope of selected phrases, chosen, in a very subjective manner, by myself and by Director Wróblewski, whom I would like to thank as well. Thus, we began with honorary lectures. I listened to them with great care and satisfaction. The first three debates were dedicated to such notions as dignity, freedom and justice. The debate on dignity was not limited to purely academic circles. Our guests included persons with disabilities, as well as the homeless residents of St. Lazarus Asylum, who explained to us how they felt their dignity had been violated. We listened to prisoners and to a deafblind person who clearly spoke of violation of her dignity. All this was efficiently moderated by the Institute of Philosophy and Sociology of the Polish Academy of Sciences. You can receive any of these publications. When Prime Minister Suchocka spoke of our way to the Convention and of the sorrows and greatness of the last twenty years, I had been watching all those persons who led our way and who were still present in this very room. Despite all our weaknesses, we are in a difference place now. I can feel it particularly clearly now when, together with the Minister of Foreign Affairs,

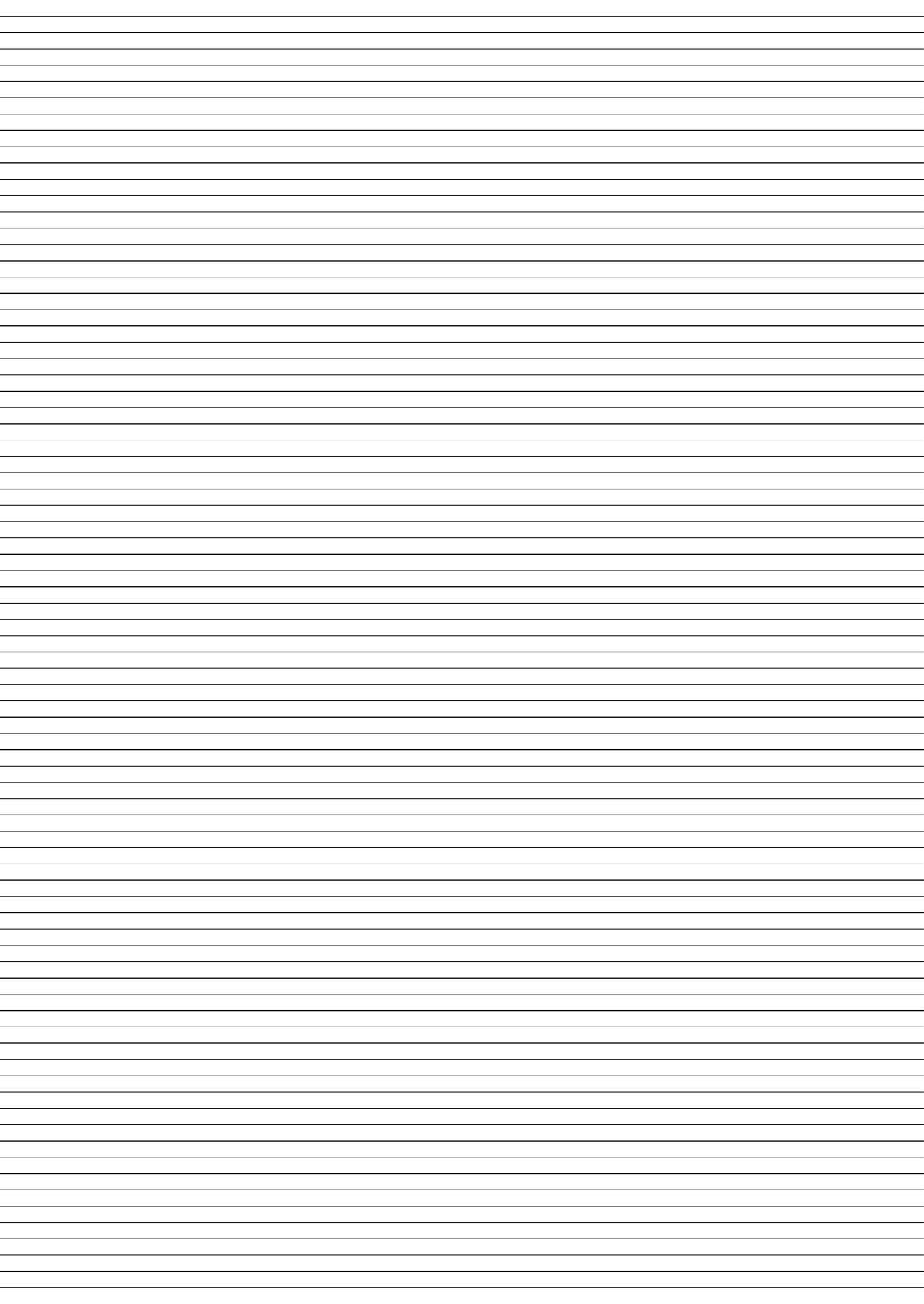
we are implementing the Eastern Partnership Programme. I can feel it when I return from Tirana, Albania, having discussed the fundamental standards of the protection of human rights with the local civic rights ombudsman, but also when I am pleased that the Swedish ombudsman came here with all her team to discuss and be inspired by some of our practices relating to the protection of the rights of seniors. When Professor Drzewicki mentioned procrastination as our main weakness, which is very characteristic in the context of criminal cases, I had the bitter realisation that it was one of our key topics, the subject of our publications, recently about temporary arrest and the right to defence. This is the last won case before the Court, this is a burning issue for us. Aside from the poor enforceability of judgments, which used to be our main problem and which has improved, as it has been mentioned in the lectures, at present I focus on combating procrastination. I feel invigorated by the fact that the very topics I mentioned in the Parliament: reprivatisation, extended criminal proceedings, as well as prison overcrowding, despite a certain improvement, are vital issues both for Poland and for the Council of Europe, in spite of its great competence and expertise. I would like to remind you how much Professor Makarczyk emphasised that the guaranteed status of a ECHR judge was their guaranteed independence. I would like to comment on the report of Ms Corinne Amat with regard to the improved position of Poland in executing judgments, but also on our weaknesses, in particular in terms of finding creative solutions, such as the pilot judgment in the Broniowski case. I would like to thank Dr Bodnar for his positive approach to our work. He has been accompanying us with his institution along the way. Such an assistance is great, and very critical at that, in particular in OPCAT cases. It prevents us from falling into complacency and it is our constant voice of conscience with regard to our mistakes. I would also like to thank for the reminder that the sub-committee would be great, but we need it now and all the efforts must be accelerated. I would like to emphasise that hosting our twin institutions is always a great satisfaction and reinforcement, and that the statement of Deputy Ombudsman of Finland was particularly significant for me in

this respect. Presentation of the role of the national ombudsmen in ensuring the protection of human rights in the context of ECHR judgments, as well as proving the spread of subsidiarity and the significance of our role in this respect, had been particularly important for me. This was in line with the final proposal of Director Wróblewski and such a vision of reinforcement of the European ombudsman I can fully support. I am aware of the fact that any aversion of any department or official to take our comments into account would have hampered our actions, had it not been for our solid competences, i.e. the request to the Court. In the context of the 62,000 complaints filed to the Polish ombudsman every year, our position would have been completely different. Let me thank Professor Póltorak for emphasising the fact that we tend to focus too much on maintaining the autonomy of the European Union law while ignoring the interests of private entities. They were the ones who were supposed to benefit from the accession and such a reminder was much needed. We will take it to heart. Professor Wyrozumska, whose role in the Polish system of the protection of human rights has been notable and I do not need to remind any of the Poles present that it was her who showed us the new approach to international law, discussed the fascinating aspects of dialogue. I believe we will follow and return to those matters. I would also like to thank my colleague, Doctor Wróblewski, for presenting us as an early warning mechanism. Last but not least, I would like to thank the moderators, in particular Professor Wyrzykowski. The role of the moderator is important, not only in terms of timing, but also in turning our attention to respective problems. Ladies and gentlemen, I regret I have no time to mention all the lectures, but I think the last ones are still vivid. Personally I found the forms of discrimination of particular interest and I believe this topic will inspire us to discuss it during one of our future seminars. I would only like to say that we are in the middle of a long way. Good practices are important. Mutual inspiration, cooperation of national ombudsmen, cooperation of the ministries of foreign affairs in the application of the standards, all this is very important. However, it would not have been such a success, had it not been for the leading role

of Strasbourg and the case law. And for this, I would like to thank all of you, who made it happen, with all my heart.

If I may, please thank our sign language interpreters. They did a great job. Also, please thank our interpreters of various languages, who assisted us in such a creative way. Thank you very much.





LIST OF PARTICIPANTS of VII Warsaw Seminar

Poland:

- Anweiler Monika* – ELSA
Balcerzak Michał – Nicolaus Copernicus University
Baran Beata – ELSA
Bednarczyk Bogusława – Jagiellonian University
Biedroń Robert – Justice and Human Rights Committee of the Sejm
Bielińska Marta – Ministry of Foreign Affairs
Bieniasz Dorota – Office of Human Rights Defender
Bobrowicz Maciej – National Chamber of Legal Advisers
Bodnar Adam – Helsinki Foundation for Human Rights
Bojarski Łukasz – National Council of the Judiciary of Poland
Borowska Magdalena – Ministry of Foreign Affairs
Bralczyk Katarzyna – Ministry of Foreign Affairs
Buczowska Elżbieta – State Treasury Solicitors' Office
Bychawska-Sinarska Dominika – Helsinki Foundation
for Human Rights
Chrzanowska Justyna – Ministry of Foreign Affairs
Czarnecka Karolina – Ministry of Foreign Affairs
Dąbrowiecka Agnieszka – Ministry of Justice
Dołowska Kamila – Office of Human Rights Defender
Draginja Nadaždin – Amnesty International
Drzewicki Krzysztof – Ministry of Foreign Affairs
Dyszlewska Agnieszka – Ministry of Foreign Affairs
Feliqa Przemysław – Regional Court in Warsaw

- Gacek Marek* – Ministry of Foreign Affairs
Gacek Urszula – Ministry of Foreign Affairs
Gajewska Martyna – Office of Human Rights Defender
Gąsiorowska Monika – Committee of Human Rights of the Polish Bar Council
Gliszczyńska-Grabias Aleksandra – Poznań Human Rights Centre
Górska-Łazarz Katarzyna – Ministry of Foreign Affairs
Gramowska Joanna – Human Rights, the Rule of Law and Petitions Committee of the Senate
Grzelak Agnieszka – Bureau of Research, Chancellery of the Sejm
Grzelak Anna – Office of Human Rights Defender
Haliniak Marek – National School of Public Administration
Hermeliński Wojciech – Constitutional Tribunal
Holy Katarzyna – Ministry of Foreign Affairs
Janicka Dominika – Office of Human Rights Defender
Kalicka-Andziak Justyna – Ministry of Foreign Affairs
Kamińska Irena – Judges Association *Themis*
Kłaczyńska Natalia – Office of Human Rights Defender – Local Representative in Wrocław
Kłos Michał – Court of Appeal in Łódź
Kobielski Piotr – Ministry of Foreign Affairs
Kolendowska-Matejczuk Marta – Office of Human Rights Defender
Kozińska Agnieszka – Ministry of Foreign Affairs
Kozłowska-Rajewicz Agnieszka – Government Plenipotentiary for Equal Treatment
Krupa-Krawczyńska Magdalena – Office of Human Rights Defender
Leszczyński Marek – Voivodeship Administrative Court in Białystok
Lewandowska Justyna – Office of Human Rights Defender
Lewicka-Szostak Wioletta – Office of Human Rights Defender
Lipowicz Irena – Office of Human Rights Defender
Luboińska-Rutkiewicz Anna – Polish Council for Refugees
Łakoma Katarzyna – Office of Human Rights Defender
Łukaszuk Marek – Office of Human Rights Defender
Macenowicz Marcin – Ministry of Foreign Affairs

- Machińska Hanna* – Council of Europe Office in Warsaw
- Makarczyk Jerzy* – the first Judge of the European Court of Human Rights in respect of Poland
- Maliszewska-Nienartowicz Justyna* – Nicolaus Copernicus University
- Małczyńska-Umeda Magdalena* – graphic artist
- Matejczuk Grzegorz* – Office of Human Rights Defender
- Metelska Justyna* – Committee of Human Rights of the Polish Bar Council
- Mężykowska Aleksandra* – Ministry of Foreign Affairs
- Michna Ewa* – Voivodeship Administrative Court in Kraków
- Miller Marek* – State Treasury Solicitors' Office
- Muskała Maria* – Office of Human Rights Defender
- Nawacki Lesław* – Office of Human Rights Defender
- Nowak-Far Artur* – Undersecretary of State at the Ministry of Foreign Affairs
- Olejniki Lidia* – Regional Inspectorate of Prison Service in Opole
- Orzeszyna Krzysztof* – John Paul II Catholic University of Lublin
- Osik Paweł* – Committee of Human Rights of the Polish Bar Council
- Pęk Ryszard* – Voivodeship Administrative Court in Wrocław
- Piebiak Łukasz* – Polish Judges Association *Iustitia*
- Pietraszko Leszek* – National School of Judiciary and Public Prosecution
- Pietrzak Mikołaj* – Committee of Human Rights of the Polish Bar Council
- Płończyk Katarzyna* – Appellate Public Prosecutor's Office in Kraków
- Półtorak Nina* – Jagiellonian University
- Pruszyńska-Bielawka Ewelina* – solicitor
- Rogalska-Piechota Agata* – Ministry of Foreign Affairs
- Ryś Rafał* – Regional Court in Gdańsk
- Sadurski Wojciech* – Voivodeship Administrative Court in Lublin
- Sanetra Walerian* – retired Supreme Court Judge
- Sitek Bronisław* – State Treasury Solicitors' Office
- Słupska-Uczkiewicz Bogdana* – Committee of Human Rights of the Polish Bar Council
- Stec Mirosław* – Legislative Board

Stefański Andrzej – Office of Human Rights Defender
Suchocka Hanna – Ambassador of the Republic of Poland
Suchożebrska Eliza – Ministry of Foreign Affairs
Szafrańska Urszula – Ministry of Justice
Szumlik Bogusław – Cardinal Stefan Wyszyński University in Warsaw
Szpunar Maciej – Advocate General of the Court of Justice of the European Union
Szyborska Barbara – Office of the Government Plenipotentiary for Equal Treatment
Śliwa Janusz – Appellate Public Prosecutor's Office in Kraków
Świątczak Małgorzata – Office of Human Rights Defender
Tadla Tomasz – Ministry of Foreign Affairs
Troszczyńska-Reyman Joanna – Office of Human Rights Defender
Turek Piotr – Prosecution General
Wąsek-Wiaderek Małgorzata – The Supreme Court Research and Analyses Office
Węgrzyn Wojciech – Undersecretary of State at the Ministry of Justice
Wilk-Ilewicz Agnieszka – Supreme Administrative Court
Wiśniewski Adam – University of Gdańsk
Wołqsiewicz Jakub – Ministry of Foreign Affairs
Wróblewski Mirosław – Office of Human Rights Defender
Wyrozumska Anna – Legislative Board
Wyrzykowski Mirosław – University of Warsaw
Zbroja Dariusz – Office of Human Rights Defender
Zieliński Adam – University of Warsaw
Zwara Andrzej – Committee of Human Rights of the Polish Bar Council
Żarkiewicz Edyta – Voivodeship Administrative Court in Gliwice

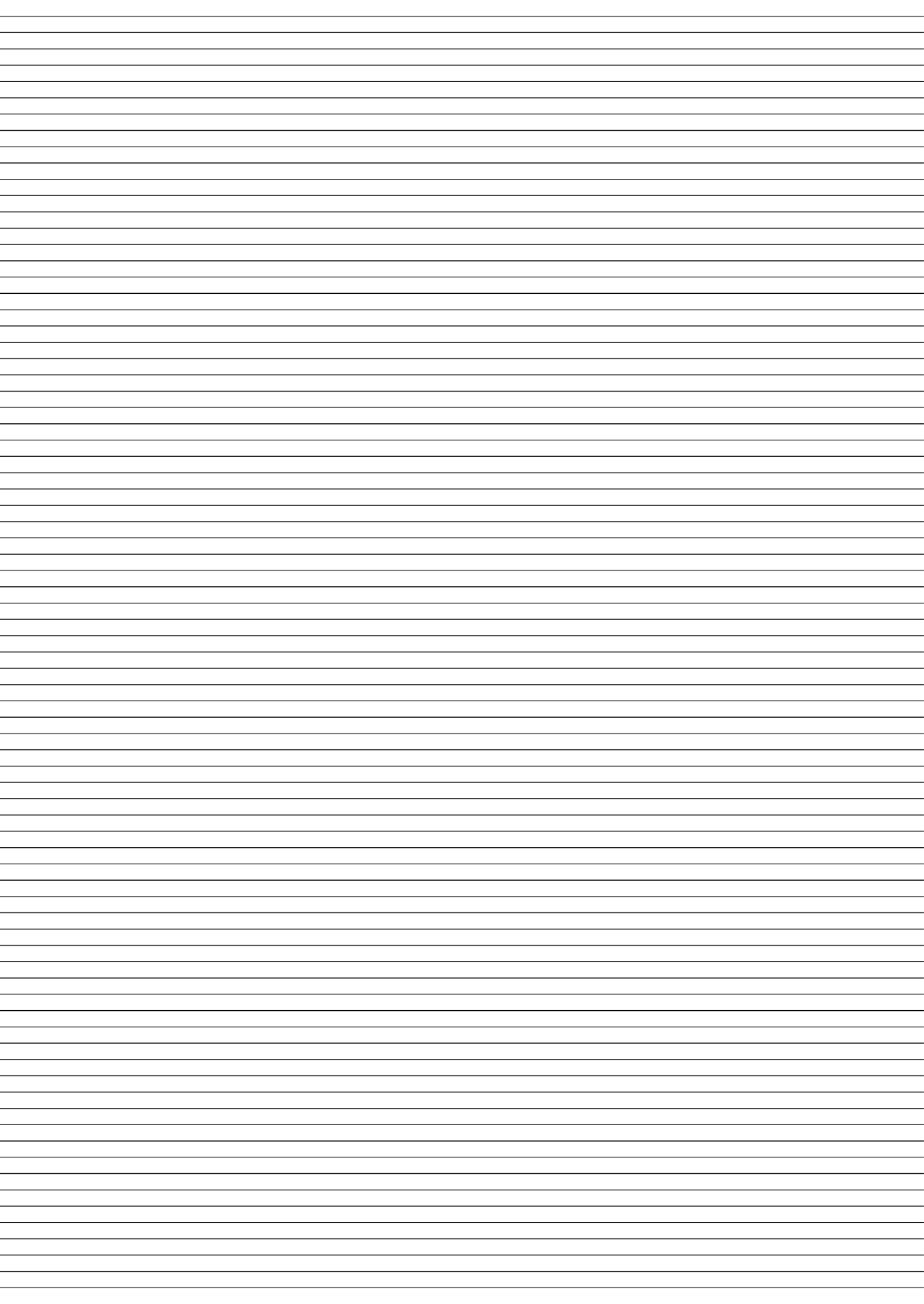
Other countries:

Amat Corinne – Council of Europe
Elens-Passos Françoise – European Court of Human Rights
Ezer Oana – Ministry of Foreign Affairs of Romania
Sakslin Maija – Deputy-Ombudsman of Finland

Satu Sistonen – Ministry of Foreign Affairs of Finland

Spielmann Dean – President of the European Court of Human Rights

Wojtyczek Krzysztof – Judge of the European Court of Human Right
in respect of Poland





FOTOGRAFIE
z VII Seminarium Warszawskiego

PHOTOS
from VII Warsaw Seminar



- ↑ **Organizatorzy VII Seminarium Warszawskiego z zaproszonymi gośćmi. Z lewej strony stołu: Stały Przedstawiciel RP przy Radzie Europy Urszula Gacek, Premier Hanna Suchocka, Prezes Europejskiego Trybunału Praw Człowieka Dean Spielmann, Kanclerz IV Sekcji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka Françoise Elens-Passos, Sędzia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z ramienia Polski Krzysztof Wojtyczek, Dyrektor Departamentu do spraw Postępowań przed Międzynarodowymi Organami Ochrony Praw Człowieka Justyna Chrzanowska. Z prawej strony stołu: Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Spraw Zagranicznych Artur Nowak-Far i Rzecznik Praw Obywatelskich Irena Lipowicz**

The organisers of the VII Warsaw Seminar and their guests. On the left side of the table: Permanent Representative of Poland to the Council of Europe Urszula Gacek, Prime Minister Hanna Suchocka, President of the European Court of Human Rights Dean Spielmann, Section IV Registrar Françoise Elens-Passos, Judge of the European Court of Human Rights in respect of Poland Krzysztof Wojtyczek, Director of the Department of Proceeding before International Human Rights Protection Bodies Justyna Chrzanowska. On the right side of the table: Undersecretary of State at the Ministry of Foreign Affairs of Poland Artur Nowak-Far and Human Rights Defender of Poland Irena Lipowicz.

→ **Wystąpienia Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Spraw Zagranicznych Artura Nowaka-Fara i Ireny Lipowicz, Rzecznika Praw Obywatelskich inaugurujące otwarcie wystawy „20 lat Polski w strasburskim systemie ochrony praw człowieka”**

Introductory speeches at the opening of the exhibition “20 years of Poland in the Strasbourg system of human rights protection” by Artur Nowak-Far, Undersecretary of State at the Ministry of Foreign Affairs of Poland and Irena Lipowicz, Human Rights Defender of Poland

→ **Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Spraw Zagranicznych Artur Nowak-Far z uczestnikami VII Seminarium Warszawskiego przed uroczystą inauguracją wystawy „20 lat Polski w strasburskim systemie ochrony praw człowieka”**

Undersecretary of State at the Ministry of Foreign Affairs of Poland Artur Nowak-Far and the participants of the VII Warsaw Seminar before the opening of the exhibition “20 years of Poland in the Strasbourg system of human rights protection”





↑ **Wystąpienie Ireny Lipowicz, Rzecznika Praw Obywatelskich**
Address by Irena Lipowicz, Human Rights Defender of Poland

→ **Wystąpienie Artura Nowaka-Fara, Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Spraw Zagranicznych**

Address by Artur Nowak-Far, Undersecretary of State at the Ministry of Foreign Affairs of Poland

→ **Wystąpienie Deana Spielmana, Prezesa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka**

Address by Dean Spielmann, President of the European Court of Human Rights



→ **Wystąpienie Premier Hanny Suchockiej**

Address by the Prime Minister Hanna Suchocka

→ **Artur Nowak-Far, Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Spraw Zagranicznych i Irena Lipowicz, Rzecznik Praw Obywatelskich**

Artur Nowak-Far, Undersecretary of State at the Ministry of Foreign Affairs of Poland and Irena Lipowicz, Human Rights Defender of Poland



- **Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Spraw Zagranicznych Artur Nowak-Far i Dyrektor Departamentu do spraw Postępowania przed Międzynarodowymi Organami Praw Człowieka Justyna Chrzanowska witają Macieja Szpunara, Rzecznika Generalnego Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej**
Undersecretary of State at the Ministry of Foreign Affairs of Poland Artur Nowak-Far and Director of the Department of Proceeding before International Human Rights Protection Bodies Justyna Chrzanowska welcome Maciej Szpunar, Advocate General of the Court of Justice of the European Union
- **Rocznicowy tort w kształcie logo Rady Europy**
The Council of Europe logo shaped anniversary cake



