

**Zbrodnie  
międzynarodowe  
w prawie krajowym  
wybranych państw**

**redakcja**

**Patrycja Grzebyk**



**Zbrodnie  
międzynarodowe  
w prawie krajowym  
wybranych państw**



**Zbrodnie**  
**międzynarodowe**  
**w prawie krajowym**  
**wybranych państw**

**redakcja**

**Patrycja Grzebyk**

Współfinansowano ze środków Funduszu Sprawiedliwości, którego dysponentem jest Minister Sprawiedliwości

RECENZENCI *dr hab. Joanna Nowakowska-Małusecka, prof. uś*  
*dr hab. Karolina Wierczyńska, prof. INP PAN*

OPRACOWANIE REDAKCYJNE *Agata Tkaczyk, Ilona Kalamon*

PROJEKT OKŁADKI *Tomasz Smółka*

Na okładce wykorzystano fotografię Ye Jinghan z Unsplash

SKŁAD, ŁAMANIE *Wiaczesław Kryształ*

Copyright © by Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2022

ISBN 978-83-67149-24-2

WYDAWNICTWO INSTYTUTU WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

ul. Krakowskie Przedmieście 25, 00-071 Warszawa

SEKRETARIAT tel. (22) 630-94-53, e-mail: [wydawnictwo@iws.gov.pl](mailto:wydawnictwo@iws.gov.pl)

DRUK, OPRAWA „Elpił”, ul. Artyleryjska 11, 08-110 Siedlce

# Spis treści

- PATRYCJA GRZEBYK Trudności w penalizacji zbrodni międzynarodowych w prawie krajowym – uwagi wstępne 7
- PATRYK GACKA Zasady legalizmu, sprawiedliwego oznaczenia i praw autorskich a transpozycja zbrodni międzynarodowych do krajowych systemów prawnych 13
- EUROPA**
- BARTŁOMIEJ KRZAN Niemiecki kodeks zbrodni przeciwko prawu międzynarodowemu – perspektywa zewnętrzna 31
- ALEXANDRE GUERREIRO Ściganie zbrodni międzynarodowych – doświadczenia Portugalii 45
- TAMÁS HOFFMANN Zbrodnia ludobójstwa w węgierskim prawie karnym – pozornie idealna implementacja 63
- NEDŽAD SMILAGIĆ Penalizacja zbrodni międzynarodowych w Bośni i Hercegowinie. Różnorodność norm prawnych oraz implikacje wynikające z zasady legalizmu 77
- BARBARA JANUSZ-POHL Przemoc na tle seksualnym lub ze względu na płeć jako element zbrodni przeciwko ludzkości. Wpływ orzecznictwa sądów międzynarodowych na ściganie przed sądami krajowymi na przykładzie Bośni i Hercegowiny 111
- KAROLINA SIKORA Ochrona ofiar zbrodni międzynarodowych w prawie polskim oraz Statucie Rzymskim – analiza porównawcza 133

A Z J A

- AMAN KUMAR Szukając zobowiązań Indii  
z zakresu międzynarodowego prawa karnego  
w ich prawie krajowym 153
- ISHITA CHAKRABARTY Masowe zbrodnie – doświadczenia Indii:  
lekcje do odrobienia i podzielenia się z innymi 179
- AYESHA JAWAD, SADIA FAROOQ Pakistańskie prawo karne  
a jego zgodność z międzynarodowymi standardami 203
- BRADY WRIGHT Praktyka skazywania za gwałty  
dokonane w ramach ludobójstwa: Niedociągnięcia  
Nadzwyczajnych Izb w Sądach Kambodży 219
- SHAYANA SARAH VIEIRA DE ANDRADE MOUSINHO  
ARNELLE ROLIM PEIXOTO Bezbronność kobiet  
w konfliktach zbrojnych a biopolityka:  
studium przypadku koreańskich niewolnic seksualnych  
w czasie wojny na Pacyfiku 239

STUDIA PORÓWNAWCZE

- KAROLINA AKSAMITOWSKA Regulacje krajowe dotyczące ścigania  
najpoważniejszych zbrodni międzynarodowych –  
porównanie przypadków Iraku i Ukrainy 265
- RICCARDO VECELLIO SEGATE Opór sądów krajowych  
wobec jurysdykcji uniwersalnej nad zbrodniami  
międzynarodowymi: uwagi porównawcze  
na tle porządków Chin i Włoch 283

Autorzy 319



## Trudności w penalizacji zbrodni międzynarodowych w prawie krajowym – uwagi wstępne

Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego wyróżnił „najpoważniejsze zbrodnie wagi międzynarodowej, które zagrażają pokojowi, bezpieczeństwu i pomyślności świata”<sup>1</sup> (tzw. *core crimes*), do których należą: ludobójstwo, zbrodnie przeciwko ludzkości, zbrodnie wojenne oraz zbrodnie agresji. Podobne zestawienia najpoważniejszych zbrodni były wprowadzane przy okazji tworzenia innych międzynarodowych trybunałów karnych zarówno o charakterze międzynarodowym<sup>2</sup>, jak i umiędzynarodowionym (hybrydowym)<sup>3</sup>, oraz podczas prac Komisji Prawa Międzynarodowego nad zasadami norymberskimi<sup>4</sup> czy Kodeksem przestępstw/zbrodni przeciwko pokojowi i bezpieczeństwu ludzkości<sup>5</sup>.

Z punktu widzenia państw kluczowe są jednak te dokumenty, które nakładają na nie konkretne obowiązki sądenia, a niekiedy i zapobiegania

---

<sup>1</sup> Zob. ust. 3 i 4 preambuły Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego, Dz.U. z 2003, Nr 78, poz. 708.

<sup>2</sup> Zob. np. Kartę Międzynarodowego Trybunału Wojskowego (art. VI), Dz.U. z 1947, Nr 63, poz. 367; czy Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii (art. 1–5), S/RES/827 z 1993 r. wraz z późniejszymi poprawkami, dostępny na: <https://www.icty.org/en/documents/statute-tribunal> (dostęp: 2.06.2022).

<sup>3</sup> Zob. np. ustawę o Nadzwyczajnych Izbach w Sądach Kambodży (art. 2–8) z 2004 r., NS/RKM/1004/006, dostępną na: [https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR\\_Law\\_as\\_amended\\_27\\_Oct\\_2004\\_Eng.pdf](https://www.eccc.gov.kh/sites/default/files/legal-documents/KR_Law_as_amended_27_Oct_2004_Eng.pdf) (dostęp: 2.06.2022).

<sup>4</sup> A/95(I) z 1946 r.; A/488(V) z 1950 r.

<sup>5</sup> Kodeks przestępstw przeciwko pokojowi i bezpieczeństwu ludzkości przyjęty w 1954 r., *Yearbook of the International Law Commission, 1954*, vol. II; oraz w Kodeks zbrodni przeciwko pokojowi i bezpieczeństwu ludzkości przyjęty w 1996 r., *Yearbook of the International Law Commission, 1996*, vol. II, Part Two.

zbrodniom międzynarodowym. Wśród wiążących umów międzynarodowych dotyczących *core crimes* należałoby wymienić Konwencję w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa z 1948 r.<sup>6</sup> czy Konwencje genewskie o ochronie ofiar wojny z 1949 r.<sup>7</sup> oraz protokoły dodatkowe do nich z 1977 r.<sup>8</sup> Niebagatelne znaczenie mają również dokumenty opracowane przez Komisję Prawa Międzynarodowego, takie jak wspomniane wyżej Kodeksy przestępstw przeciwko pokojowi i bezpieczeństwu ludzkości z 1954 r. i 1996 r.<sup>9</sup> czy Projekt artykułów w sprawie zapobiegania i karania zbrodni przeciwko ludzkości przyjęty w 2019 r.<sup>10</sup> Komisja bowiem potwierdziła w nich, że obowiązek sądenia sprawców zbrodni wynika nie tylko z brzmienia traktatów, ale także z wiążącego prawa zwyczajowego.

Aby sprostać powyższemu obowiązkowi, konieczne jest wydanie przepisów prawa krajowego. O ile bowiem prawo międzynarodowe określa definicje zbrodni międzynarodowych, a nawet zasady odpowiedzialności za nie, to w odpowiednich traktatach nie znajdziemy informacji o sankcjach karnych, jakie państwa są zobowiązane nałożyć na sprawców zbrodni. A w myśl zasady *nullum crimen sine poena* brak określonej sankcji karnej uniemożliwia ściganie sprawców przed sądami krajowymi. Ponadto w systemach dualistycznych sądy nie mogą powoływać się bezpośrednio na traktaty międzynarodowe, lecz jako podstawę sądenia muszą wskazać przepisy krajowe, stanowiące transpozycję norm międzynarodowych.

Niektóre konwencje podkreślają więc konieczność wprowadzenia odpowiednich przepisów w prawie krajowym<sup>11</sup>, a wejście w życie Statutu Rzymskiego stanowi dodatkowy impuls do wydania odpowiednich regulacji. Państwa – zarówno strony statutu, jak i te, które nie zdecydowały się na jego ratyfikację – chciały bowiem umożliwić swoim organom ściganie zbrodniarzy i tym samym przez powołanie się na zasadę komplementarności wykluczyć jurysdykcję Międzynarodowego Trybunału Karnego (sprawa jest bowiem

---

<sup>6</sup> Dz.U. z 1952, Nr 2, poz. 9.

<sup>7</sup> Dz.U. z 1956, Nr 38, poz. 171.

<sup>8</sup> Dz.U. z 1992, Nr 41, poz. 175.

<sup>9</sup> Odpowiednio *Yearbook of the International Law Commission, 1954*, vol. II oraz *Yearbook of the International Law Commission 1996*, vol. II, Part Two.

<sup>10</sup> *Yearbook of the International Law Commission, 2019*, vol. II, Part Two.

<sup>11</sup> Zob. np. art. 49 Konwencji genewskiej o polepszeniu losu rannych i chorych w armiach czynnych z 12 sierpnia 1949 r., Dz.U. z 1956, Nr 38, poz. 171.

niedopuszczalna przed trybunałem, jeśli jest przedmiotem postępowania karnego w państwie, do którego jurysdykcji sprawa ta należy, chyba że państwo to nie wyraża woli lub jest niezdolne do rzeczywistego przeprowadzenia postępowania karnego; lub jeśli w sprawie było prowadzone postępowanie przygotowawcze w państwie, do którego jurysdykcji sprawa ta należy i państwo to postanowiło zaniechać wniesienia oskarżenia przeciwko osobie podejrzanej, chyba że decyzja taka została spowodowana brakiem woli lub niezdolnością tego państwa do rzeczywistego ścigania; albo osoba podejrzana została już osądzona z powodu czynu będącego przedmiotem skargi, chyba że postępowanie przed sądem było prowadzone w celu uchronienia danej osoby przed odpowiedzialnością karną za zbrodnie objęte jurysdykcją Trybunału; lub nie było prowadzone w sposób niezależny lub bezstronny, stosownie do norm rzetelnego procesu uznanych przez prawo międzynarodowe, a w świetle okoliczności danej sprawy sposób jego prowadzenia wskazuje na brak zamiaru wymierzenia sprawiedliwości tej osobie – art. 1, 17 i 20 Statutu MTK). Przyznanie pierwszeństwa w wykonywaniu jurysdykcji sądom krajowym jest w pełni uzasadnione. Postępowania przed sądami krajowymi z zasady powinny być tańsze, szybsze, efektywniejsze pod kątem zbierania materiału dowodowego, w większym stopniu zapewniające – ze względu na bliskość – uczestnictwo pokrzywdzonych w procesie.

Analiza systemów krajowych wskazuje jednak, że państwa nie mają jednego modelu uregulowania na poziomie krajowym odpowiedzialności za zbrodnie międzynarodowe i często mierzą się z wątpliwościami, w jakim stopniu muszą jedynie kopiować rozwiązania międzynarodowe, a w jakim powinny modyfikować rozwiązania traktatowe czy prawa zwyczajowe ze względu na swoje specyficzne potrzeby czy kulturę prawną. Dodać należy do tego konieczność uwzględnienia zmian w interpretacji przepisów prawa międzynarodowego, wynikającą z orzeczeń sądów międzynarodowych i krajowych, które nie zawsze są spójne, oraz problemy z retroaktywnością krajowych regulacji czy stosowaniem przedawnienia i amnestii.

Od powyższych problemów nie jest wolny polski system karny, który jest ciekawym przypadkiem transpozycji norm prawa międzynarodowego do porządku krajowego. Obecnie obowiązujący kodeks karny z 1997 r. (wraz z późniejszymi zmianami wprowadzanymi również w odpowiedzi

na ratyfikację Statutu MTK)<sup>12</sup> zawiera bowiem rozdział XVI, zatytułowany „Przestępstwa przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstwa wojenne”, który przede wszystkim nawiązuje do Karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego, będącej załącznikiem do porozumienia pomiędzy Rządem Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej, Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki, Rządem Tymczasowym Republiki Francuskiej i Rządem Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej, oraz do Konwencji z 26 listopada 1968 r. o niestosowaniu przedawnienia wobec zbrodni wojennych i zbrodni przeciw ludzkości<sup>13</sup>. Polski ustawodawca jednak nie zdecydował się przypisać nazw zbrodni międzynarodowych do konkretnych przepisów kodeksowych, których treść w większości odbiega od przyjętych w prawie międzynarodowym i tym samym wiążących Polskę definicji zbrodni i zasad odpowiedzialności za nie (przykładem jest np. rozszerzenie ochrony przed czynami o charakterze ludobójczym na grupy polityczne lub o określonym światopoglądzie – art. 118 KK; czy w przypadku zbrodni przeciwko ludzkości na jakiegokolwiek grupy ludności – art. 118a KK). Dodatkowo w systemie prawnym Polski istnieje ustawa z 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu<sup>14</sup>, która również na swój użytek definiuje szereg zbrodni o charakterze międzynarodowym w określonym okresie. Niespójność polskich przepisów z traktatami i prawem zwyczajowym skutkuje orzeczeniami budzącymi wątpliwości prawne, gdyż za zbrodnię przeciwko ludzkości polskie sądy uznawały przykładowo pojedyncze przypadki internowania na 9–14 dni<sup>15</sup>.

Oprócz wątpliwości co do definiowania zbrodni i zasad odpowiedzialności za nie w prawie krajowym i ich dynamicznej interpretacji dochodzą problemy z zakresaniem jurysdykcji sądów krajowych i kontrowersje związane z wykonywaniem tzw. uniwersalnej jurysdykcji (uniezależnionej od miejsca popełnienia zbrodni czy obywatelstwa sprawcy oraz ofiary) oraz formułowaniem wyroków, tak by odpowiednio podkreślić wagę danych przestępstw.

---

<sup>12</sup> Dz.U. z 1997, Nr 88, poz. 553 ze zm.

<sup>13</sup> Dz.U. z 1970, Nr 26, poz. 208.

<sup>14</sup> T.j. Dz.U. z 2021, poz. 177.

<sup>15</sup> Zob. wyrok sądu rejonowego w Skierniewicach z 1 lutego 2017 r., II K 504/15.

Niniejsza monografia, będąca pokłosiem konferencji zorganizowanej przez Instytut Wymiaru Sprawiedliwości w dniach 14–15 czerwca 2021 r. pt. *Penalization of international crimes in national law*, mierzy się z powyższymi problemami na przykładach różnych systemów prawnych państw Europy i Azji. Tym samym czytelnik otrzymuje przegląd regulacji z jednej strony z regionu, którego państwa aspirują do miana czempionów implementacji norm międzynarodowego prawa karnego i posiadają rzekomo najskuteczniejszy regionalny system ochrony praw człowieka z Europejskim Trybunałem Praw Człowieka na czele, oraz z drugiej strony regionu (Azji i Pacyfiku), gdzie zaledwie 19 państw przyjęło statut MTK i w ramach którego nie istnieje wiążący regionalny instrument ochrony praw człowieka obejmujący wszystkie państwa Azji.

Czytelnik może się więc zapoznać z rozwiązaniami przyjętymi w Niemczech (Bartłomiej Krzan), Portugalii (Alexandre Guerreiro), na Węgrzech (Tamás Hoffmann), w Bośni i Hercegowinie (Nedžad Smilagić, Barbara Janusz-Pohl), Polsce (Karolina Sikora), a także w Indiach (Aman Kumar, Ishita Chakrabarty), Pakistanie (Ayesha Jawad, Sadia Farooq), Kambodży (Bradey Wright) czy w Japonii i Korei (Shayana Sarah Vieira de Andrade Mousinho; Arnelles Rolim Peixoto). Warto zwrócić uwagę, że kilka tekstów skupia się na ściganiu przestępstw seksualnych i problemach związanych z ich osądzeniem w sądach międzynarodowych i krajowych (Barbara Janusz-Pohl, Bradey Wright, Shayana Sarah Vieira de Andrade Mousinho, Arnelles Rolim Peixoto) oraz ochronie ofiar (Karolina Sikora). Książka zawiera też na pozór nieoczywiste porównania takich porządków krajowych, jak tandem Chiny – Włochy (Riccardo Vecellio Segate) czy Irak – Ukraina (Karolina Aksamitowska). Całość jest poprzedzona analizą problemu transpozycji zbrodni międzynarodowych do prawa krajowego z punktu widzenia m.in. zasady legalizmu (Patryk Gacka).

Czytelnik w prezentowanych tekstach znajdzie szereg uwag dotyczących zarówno definicji zbrodni, zasad jurysdykcji, zasad odpowiedzialności, jak i trudności w wyróżnianiu danych zbrodni w ramach określonego wyroku. Teksty odwołują się zarówno do praktyki sądów krajowych, jak i sądów międzynarodowych i umiędzynarodowionych.

Autorzy niniejszej publikacji mają nadzieję, że pokazanie różnych perspektyw krajowych, wpływu zarówno czynników politycznych, jak i niekiedy

kulturowych na dane rozwiązania prawne pozwoli zrozumieć wątpliwości co do obowiązującego kształtu norm prawa międzynarodowego i funkcjonującego systemu sprawiedliwości międzynarodowej oraz umożliwi wyciągnięcie wniosków na przyszłość co do kierunku zmian w regulacjach krajowych, aby błędy czy też trudności innych państw można było przekuć w stabilniejsze rozwiązania prawne.

# Zasady legalizmu, sprawiedliwego oznaczenia i praw autorskich a transpozycja zbrodni międzynarodowych do krajowych systemów prawnych

## Wprowadzenie

Międzysystemowa transpozycja rozwiązań normatywnych może zachodzić albo w relacji horyzontalnej, albo w relacji wertykalnej. Pierwszy model odnosi się do przejmowania określonej regulacji przez systemy znajdujące się na tym samym poziomie. Mowa jest zatem zarówno o zapożyczaniu rozwiązania normatywnego jednego państwa przez inne państwo<sup>1</sup>, jak i o przejmowaniu regulacji międzynarodowej w obrębie systemu prawa międzynarodowego przez jego poszczególne „subsystemy” instytucjonalne<sup>2</sup>. Z kolei model drugi, tj. transpozycja wertykalna, odnosi się do relacji pomiędzy międzynarodowym i krajowym systemem prawnym. Transpozycja wertykalna będzie zachodziła albo pomiędzy prawem krajowym a prawem międzynarodowym<sup>3</sup>, albo w kierunku odwrotnym – pomiędzy prawem międzynarodowym a prawem krajowym.

W tym opracowaniu interesować mnie będzie ostatnia z przytoczonych powyżej konfiguracji. Jej format jest ograniczony zakresem międzynarodowego

---

<sup>1</sup> E. Grande, *Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance*, „The American Journal of Comparative Law” 2000, nr 48(2), s. 227–259 (opisująca transplantację rozwiązań amerykańskich do włoskiego systemu prawa karnego).

<sup>2</sup> N. Boister, R. Cryer, *The Tokyo International Military Tribunal – A Reappraisal*, Oxford 2008, s. 38 (Karta Trybunału Norymberskiego jako inspiracja dla Karty Trybunału Tokijskiego).

<sup>3</sup> C. Steer, *Legal Transplants or Legal Patchworking? The Creation of International Criminal Law as a Pluralistic Body of Law*, [w:] E. van Sliedregt, S. Vasiliev (red.), *Pluralism in International Criminal Law*, Oxford 2014, s. 39 („As a branch of public international law, ICL has been born out of the same institutional framework that governs law-making and law-applying in this traditionally interstate playing field, yet because it deals with individual criminal responsibility, its normative content is drawn predominantly from domestic criminal law systems”).

materiału normatywnego, w tym przepisów typizujących zbrodnie międzynarodowe, których definicje podlegają przeniesieniu na poziom krajowy. Zamiast dogłębnej oceny poszczególnych wertykalnych praktyk transpozycyjnych poniższe rozważania będą jednak przede wszystkim zorientowane na ogólną refleksję dotyczącą ich założeń i skutków. Z tego względu, po przedstawieniu istoty zasady legalizmu karnego oraz koncepcji zbrodni międzynarodowych na tle innych typów czynów zabronionych (pkt 1), zagadnienie transpozycji zbrodni międzynarodowych do prawa krajowego przeanalizuję następnie z perspektywy zasady sprawiedliwego oznaczenia (*principle of fair labelling*) oraz sformułowanej *stricte* na potrzeby tego opracowania zasady praw autorskich (pkt 2). Wszystkie wspomniane powyżej zasady dostarczą argumentów wspierających podstawową tezę tego opracowania, zgodnie z którą transpozycja definicji zbrodni międzynarodowych na poziom krajowy powinna ze względów gwarancyjnych, procesowych i komunikacyjnych przyjmować możliwie dokładny i w istocie odtwórczy charakter<sup>4</sup>, tak aby kryminalizacja międzynarodowa oraz krajowa – w zakresie, w jakim odnoszą się one do zbrodni międzynarodowych – posiadały analogiczny zakres i tożsamą treść.

## 1. Transpozycja zbrodni międzynarodowych a zasada legalizmu karnego

### 1.1. Zbrodnie międzynarodowe, przestępstwa transnarodowe i przestępstwa zwykłe a transpozycja

Granice transpozycji wertykalnej na linii prawo międzynarodowe – prawo krajowe wyznaczane są przez zakres kryminalizacji międzynarodowej w postaci poszczególnych typów zbrodni międzynarodowych. Jako że pojęcie zbrodni międzynarodowej nie zostało dotąd zdefiniowane w prawie

---

<sup>4</sup> Przez odtwórczy charakter mam na myśli dążenie do osiągnięcia merytorycznego (zakresowego) celu kryminalizacji międzynarodowej na poziomie krajowym. W tym też sensie idea transpozycji, do której tutaj nawiązuję, jest wyrażana w unijnym porządku prawnym przez dyrektywy, które wiążą państwo w odniesieniu do rezultatu, nie zaś środków wykorzystanych do jego osiągnięcia. Por. art. 288 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 202 z 7 czerwca 2016 r.).



międzynarodowym, niejasne pozostaje, które czyny należy zakwalifikować do tej kategorii normatywnej. Można jednak przyjąć, iż katalog głównych zbrodni międzynarodowych (tzw. *core crimes*) obejmuje zbrodnię ludobójstwa, zbrodnie przeciwko ludzkości, zbrodnie wojenne oraz zbrodnię agresji<sup>5</sup>.

Z perspektywy praktyk transpozycyjnych za istotniejsze od samej definicji zbrodni międzynarodowych uznać należy rozróżnienie tych zbrodni od przestępstw transnarodowych oraz przestępstw zwykłych. Przestępstwa transnarodowe są oparte na idei „pośredniej supresji” określonego zachowania definiowanego jako zabronione przez prawo międzynarodowe za pośrednictwem prawa krajowego<sup>6</sup>. Dla nabycia mocy prawnej przestępstwo transnarodowe wymaga bowiem transpozycji do systemu prawa wewnętrznego<sup>7</sup>. Z kolei przestępstwo zwykłe, mimo że podobnie jak przestępstwo transnarodowe podlega kryminalizacji krajowej, nie jest produktem transpozycji wymaganej na mocy zaciągniętego przez państwo zobowiązania umownego, lecz efektem swobodnej decyzji ustawodawcy krajowego.

W przeciwieństwie do przestępstw transnarodowych i zwykłych zbrodni międzynarodowe są pierwotnie wiążące wyłącznie w sferze międzynarodowej. Ich skuteczność nie jest zatem uzależniona od transpozycji na poziom krajowy<sup>8</sup>. W praktyce jednak zbrodnie te obowiązują na obu poziomach regulacji ze względu na mniej bądź bardziej dokładną transpozycję ich treści do prawa krajowego. Zbrodnie międzynarodowe mogą z tego względu stanowić przedmiot krajowych i międzynarodowych procesów karnych. Ponadto znajdują do nich zastosowanie pewne specyficzne reguły proceduralne, czego szczególnie

---

<sup>5</sup> A.K.A. Greenawalt, *What is An International Crime?*, [w:] K.J. Heller, F. Mégret, S.M.H. Nouwen et al. (red.), *The Oxford Handbook of International Criminal Law*, Oxford 2020, s. 294.

<sup>6</sup> N. Boister, 'Transnational Criminal Law?', „European Journal of International Law” 2003, nr 14(5), s. 955.

<sup>7</sup> C. Nowak, *O pojęciu transnarodowego prawa karnego*, „Państwo i Prawo” 2012, z. 12, s. 9 („W istocie przestępstwa w transnarodowym prawie karnym nie są przestępstwami w ścisłym znaczeniu tego słowa, bo kryminalizacja ma miejsce na płaszczyźnie prawa krajowego”).

<sup>8</sup> K.J. Heller, *What Is an International Crime? (A Revisionist History)*, „Harvard International Law Journal” 2017, nr 58(2), s. 354–355 („*direct criminalization thesis*”: „certain acts are universally criminal because they are directly criminalized by international law itself, regardless of whether states criminalize them”).

istotnym przejawem jest wyłączenie klasycznych klauzul przedawnienia, ograniczających temporalnie procesy dotyczące przestępstw zwykłych<sup>9</sup>.

To od zakresu transpozycji zbrodni międzynarodowych na poziom krajowy zależeć będzie jednak, czy transponowanym typom zbrodni będą rzeczywiście przysługiwały cechy odróżniające je od przestępstw zwykłych i transnarodowych. Z perspektywy systemowej za problematyczne uznać można w tej mierze zarówno zawężenie, jak i rozszerzenie zakresu merytorycznego tych zbrodni na poziomie krajowym<sup>10</sup>.

W przypadku przyjęcia szerszej definicji zbrodni międzynarodowej na poziomie krajowym dochodzi bowiem do kuriozalnej sytuacji, w której część krajowej definicji zbrodni międzynarodowej posiada (także) charakter międzynarodowy, natomiast pozostała część pozostaje wyłącznie przestępstwem krajowym schowanym niejako za „zasłoną” kryminalizacji międzynarodowej<sup>11</sup>. Przykładowo krajowa definicja zbrodni ludobójstwa, szersza od tej obowiązującej w prawie międzynarodowym, jest w części odpowiednikiem zbrodni międzynarodowej, w części zaś wyłącznie przestępstwem zwykłym<sup>12</sup>.

W przypadku sytuacji odwrotnej, tj. wtedy, gdy to definicja zbrodni międzynarodowej jest szersza od tej transponowanej na poziom krajowy, powyższy dylemat, rzecz jasna, nie zachodzi. Skutkiem takiej niepełnej transpozycji

<sup>9</sup> Konwencja o niestosowaniu przedawnienia wobec zbrodni wojennych i zbrodni przeciw ludzkości przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych dnia 26 listopada 1968 r. (Dz.U. z 1970, Nr 26, poz. 208).

<sup>10</sup> W odniesieniu do zbrodni ludobójstwa por. T. Hoffmann, *The Crime of Genocide in its (Nearly) Infinite Domestic Variety*, [w:] M. Odello, P. Łubiński (red.), *The Concept of Genocide in International Criminal Law. Developments after Lemkin*, Abingdon – New York 2020, s. 68 („100 countries and the Special Administrative Region of Macao have opted to change – through their national implementations – at least some aspects of the internationally recognized definition of genocide, often significantly expanding or limiting the scope of application of the crime”).

<sup>11</sup> W podobnym tonie: J.K. Kleffner, *The Impact of Complementarity on National Implementation of Substantive International Criminal Law*, „Journal of International Criminal Justice” 2003, nr 1, s. 100 („some States have established offences under the rubric of international crimes that do not find a basis in international law, for instance by widening the groups against whom ‘genocide’ can be committed. Strictly speaking, these are domestic crimes in ‘international disguise’”).

<sup>12</sup> Np. art. 118 Kodeksu karnego (6 – zamiast 4 – grup chronionych) – Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1997, Nr 88, poz. 553); T. Hoffmann, *op. cit.*, s. 93 („a simultaneous co-existence of international and domesticated norms at one and the same time”).

jest jednak brak możliwości pociągania do odpowiedzialności karnej przed sądami krajowymi sprawców zbrodni za wszystkie czyny kryminalizowane na poziomie międzynarodowym<sup>13</sup>. Oczywiście, o ile sądy krajowe nie posiadają prawa do bezpośredniego stosowania definicji międzynarodowej.

## 1.2. Zasada legalizmu karnego a praktyki transpozycyjne

W prawie międzynarodowym zasada legalizmu została wyrażona między innymi w art. 7 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności<sup>14</sup>, który wprowadza wymogi formalne i merytoryczne, pozwalające ocenić jakość prawa karnego w odniesieniu do konkretnego sprawcy i jego czynu. Z perspektywy formalnej odpowiedzialność karną sprawca zbrodni może ponosić albo na podstawie prawa krajowego, albo na podstawie prawa międzynarodowego (art. 7 ust. 1 EKPC). Z perspektywy merytorycznej natomiast konwencyjny standard legalizmu przypisuje istotne znaczenie między innymi zasadzie pewności prawa (*lex certa*), zasadzie ścisłej wykładni (*lex stricta*) oraz zakazowi retroaktywności (*lex praevia*)<sup>15</sup>.

Binarny pod względem źródeł odpowiedzialności karnej charakter zasady legalizmu określonej w art. 7 ust. 1 EKPC dopuszcza jednak pewne pozorne odstępstwa od zasady *lex praevia*; „odstępstwa” szczególnie istotne w kontekście ścigania i karania tzw. zbrodni historycznych, popełnionych pod auspicjami poprzedniego reżimu<sup>16</sup>. Jeżeli określone zachowanie naruszało

<sup>13</sup> Por. art. 1 oraz art. 17 Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego (Dz.U. z 2003, Nr 78, poz. 708); K. Wierczyńska, *Przesłanki dopuszczalności wykonywania jurysdykcji przez międzynarodowy trybunał karny: studium międzynarodowoprawne*, Warszawa 2016; E. Socha, *Zbieżność a komplementarność jurysdykcji Międzynarodowych Trybunałów Karnych i sądów krajowych*, Wrocław 2004.

<sup>14</sup> Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 r. (Dz.U. z 1993, Nr 61, poz. 284).

<sup>15</sup> Por. J.L. Corsi, *An Argument for Strict Legality in International Criminal Law*, „Georgetown Journal of International Law” 2018, nr 49, s. 1332–1339; M. Timmerman, *Legality in Europe. On the principle nullum crimen, nulla poena sine lege in EU law and under the ECHR*, Cambridge 2018; Wyrok w sprawie *Pantalon przeciwko Chorwacji*, ETPC, 19 listopada 2020 r., skarga nr 2953/14, pkt 46, 48.

<sup>16</sup> Wyrok w sprawie *Streletz, Kessler i Krenz przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ETPC, 22 marca 2001 r., skargi nr 34044/96, 35532/97, 44801/98, pkt 81; wyrok w sprawie *Kononov przeciwko Łotwie*, ETPC, 17 maja 2010 r., skarga nr 36376/04, pkt 241 („it is legitimate

prawo międzynarodowe<sup>17</sup>, to winna jednostka nie będzie mogła *post factum* argumentować, że jej czyn nie był czynem zabronionym, ponieważ w chwili realizacji nie był on kryminalizowany także w prawie wewnętrznym<sup>18</sup>. Oparcie wyroku karnego na wprowadzonej następnie ustawowej podstawie kryminalizacji czynu dotąd kryminalizowanego wyłącznie przez normy międzynarodowe, nie będzie więc stanowiło naruszenia zasady legalizmu, o ile dany czyn rzeczywiście podlegał kryminalizacji międzynarodowej w chwili jego popełnienia, jego kryminalny charakter był przewidywalny, a obowiązująca regulacja krajowa transponująca daną zbrodnię mieści się w zakresie normowania wyznaczanego dotąd wyłącznie przez źródła prawa międzynarodowego<sup>19</sup>.

W odniesieniu do wymogu przewidywalności karalności (*foreseeability*) z orzecznictwa ETPC wynika, że czyn zabroniony powinien być w sposób

---

and foreseeable for a successor State to bring criminal proceedings against persons who have committed crimes under a former regime and that successor courts cannot be criticised for applying and interpreting the legal provisions in force at the material time during the former regime, but in the light of the principles governing a State subject to the rule of law and having regard to the core principles on which the Convention system is built”). Por. K. Karski, *Zasada lex retro non agit a międzynarodowe prawo karne: kilka refleksji na tle genezy pojęcia*, [w:] J. Nowakowska-Małusecka, I. Topa (red.), *Międzynarodowe i europejskie prawo karne – osiągnięcia, kierunki rozwoju, wyzwania*, Katowice 2015, s. 45–61.

<sup>17</sup> Wyrok w sprawie *Milanković przeciwko Chorwacji*, ETPC, skarga nr 33351/20, 20 stycznia 2022 r., pkt 54 („the Court must satisfy itself that the applicant’s conviction for war crimes [...] had sufficiently clear basis in international law at the time when those crimes were committed, that is, having regard to the state of international law in 1991”); wyrok w sprawie *Korbely przeciwko Węgrom*, ETPC, 19 września 2008 r., skarga nr 9174/02, pkt 78.

<sup>18</sup> Wyrok w sprawie *Sinan Çetinkaya i Ağyar Çetinkaya przeciwko Turcji*, ETPC, 24 maja 2022 r., skarga nr 74356/10, pkt 37 („a contemporaneous legal basis for the applicant’s conviction”); wyrok w sprawie *Antia i Khupenia przeciwko Gruzji*, ETPC, 18 czerwca 2020 r., skarga nr 7523/10, pkt 37; wyrok w sprawie *Kadagishali przeciwko Gruzji*, ETPC, 14 maja 2020 r., skarga nr 12391/06, pkt 184; *Streletz, Kessler i Krenz przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, pkt 74, 77–79, 105–106.

<sup>19</sup> *Milanković przeciwko Chorwacji*, pkt 10–26, 53 („The applicant’s conviction for war crimes was, therefore, primarily based on international law and must, in the Court’s view, be examined chiefly from that perspective”); wyrok w sprawie *Parmark i Bakir przeciwko Turcji*, ETPC, 3 grudnia 2019 r., skargi nr 22429/07 i 25195/07, pkt 58 („it prohibits in particular extending the scope of existing offences to acts which previously were not criminal offences”); *Antia i Khupenia przeciwko Gruzji*, pkt 36 („an offence must be clearly defined in the law, be it national or international”); *Kononov przeciwko Łotwie*, pkt 243 („the applicant’s prosecution (and later conviction) by the Republic of Latvia, based on international law in force at the time of the impugned acts and applied by its courts, cannot be considered unforeseeable”).

„czytelny zdefiniowany” przez normę prawną<sup>20</sup>. Trybunał nie wyklucza zarazem „stopniowej klaryfikacji zasad odpowiedzialności karnej w drodze interpretacji sądowej dotyczącej poszczególnych spraw, pod warunkiem, że rozwój ten pozostaje zgodny z trzonem przestępstwa i może być rozsądnie przewidziany”<sup>21</sup>. Test przewidywalności karalności nie powinien być przy tym odczytywany w kategoriach pewności, że określone zachowanie jest kryminalizowane, lecz wyłącznie w odniesieniu do możliwości rozpoznania perspektywy takiej karalności<sup>22</sup>.

Organizowane w okresie przejściowym procesy historyczne, w których wyroki skazujące sprawców zbrodni międzynarodowych wydawane przez sądy krajowe były uzasadniane faktem obowiązywania *ex ante* definicji międzynarodowych, budziły dotąd wątpliwości normatywne przede wszystkim w świetle wymogów merytorycznych zasady legalizmu<sup>23</sup>. Wątpliwości formalne nie powstawały natomiast tak długo, jak długo przyjęta *ex post* krajowa definicja danej zbrodni międzynarodowej nie rozszerzała międzynarodowego zakresu kryminalizacyjnego i nie była stosowana wstecz przez sąd krajowy<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Wyrok w sprawie *Chodorkowski i Lebediew przeciwko Rosji* (nr 2), ETPC, 14 stycznia 2020 r., skargi nr 51111/07 i 42757/07, pkt 568 („an offence must be clearly defined in law”); wyrok w sprawie *Jidic przeciwko Rumunii*, ETPC, 18 lutego 2020 r., skarga nr 45776/16, pkt 79 („qualitative requirements, notably those of accessibility and foreseeability”); wyrok w sprawie *Vasiliauskas przeciwko Litwie*, ETPC, 20 października 2015 r. skarga nr 35343/05, pkt 154.

<sup>21</sup> Wyrok w sprawie *Jorgic przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, ETPC, 12 lipca 2007 r., skarga nr 74613/01, pkt 101; *Milanković przeciwko Chorwacji*, pkt 59 („In the Court’s view this applies equally to the development of national as well as of international law”).

<sup>22</sup> *Jorgic przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, pkt 114 („could reasonably be foreseen”).

<sup>23</sup> Por. m.in. *Vasiliauskas przeciwko Litwie*, *Kononov przeciwko Łotwie*.

<sup>24</sup> *Vasiliauskas przeciwko Litwie*, pkt 184 („The Court cannot accept the argument by the Supreme Court that the 1998 amendments to the Criminal Code, expanding the definition of genocide to include “political groups”, could be justified on the basis of Article V of the Genocide Convention. While Article V of the Genocide Convention does not prohibit expanding the definition of genocide, it does not authorise the application of a broader definition of genocide retroactively”); wyrok w sprawie *Drélingas przeciwko Litwie*, ETPC, 12 marca 2019 r., skarga nr 28859/16, pkt 108 („The Court considers that the Drélingas ruling, adopted by the Supreme Court acting in plenary session, has dispelled the lack of clarity identified in Vasiliauskas arising out of the discrepancy within the domestic law, namely Article 99 of the Criminal Code, and Article II of the Genocide Convention. In addition, the Supreme Court has brought clarification as regards the scope of review when the charges of genocide are examined by the domestic courts, including the prohibition on retroactive prosecution for genocide of individuals belonging to a political group [...]. In this way the domestic system, based on the international law (the Genocide Convention), and case-law of the domestic

Współczesny krajobraz normatywny jest jednak znacząco odmienny od tego, który istniał jeszcze trzydzieści lat temu. Obecnie podstawowa wątpliwość gwarancyjna dotyczy dlatego nie tyle naruszenia zasady *lex praevia* czy dostępności informacji kryminalizacyjnej, lecz stanu swoistego *eklektyzmu kryminalizacyjnego* w odniesieniu do zbrodni międzynarodowych, który może skutkować poczuciem konfuzji po stronie adresatów norm prawa karnego, a więc prowadzić także do uzasadnionego stwierdzenia naruszenia wymogu przewidywalności kryminalizacji.

Dla zobrazowania powyższego problemu posłużę się hipotetyczną sytuacją, w której profesjonalny pełnomocnik zostaje poproszony o opinię<sup>25</sup>, czy określone zachowanie wypełnia znamiona zbrodni międzynarodowej<sup>26</sup>. Przeciwnik prowadzonej w tej pracy argumentacji mógłby stwierdzić, że pełnomocnik powinien wyłącznie zwrócić uwagę potencjalnego sprawcy zbrodni międzynarodowych na fakt, że jego czyn *może* zostać zakwalifikowany jako – przykładowo – zbrodnia ludobójstwa, nawet jeśli zostanie popełniony przeciwko grupie politycznej czy innej grupie, która nie jest jednak chroniona na podstawie międzynarodowej definicji tej zbrodni. Jeżeli nawet uzna się taką nieprecyzyjną przecież poradę za wystarczającą, czy można wymagać – nawet od profesjonalisty – znajomości wszystkich krajowych systemów prawnych, wszystkich odmienności definicyjnych oraz reguł jurysdykcyjnych istotnych z perspektywy odpowiedzialności potencjalnego

---

courts [...] no longer displays the contrast that the Court identified in *Vasiliauskas* [...]. The statutory obligation on the domestic courts to take into account the Supreme Court's case-law provides an important safeguard for the future [...]).

<sup>25</sup> Opinia doradcza dotycząca zastosowania „odwołania blankietowego” lub techniki „legislacji przez odesłanie” w definicji przestępstwa oraz standardów porównawczych pomiędzy prawem karnym obowiązującym w chwili popełnienia przestępstwa a znowelizowanym prawem karnym, ETPC, wniosek nr P16–2019–001, 29 maja 2020 r., pkt 61 („A law may still satisfy the requirement of foreseeability even if the person concerned has to take appropriate legal advice to assess, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail”); wyrok w sprawie *Norman przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, ETPC, skarga nr 41387/17, 6 lipca 2021 r., pkt 59.

<sup>26</sup> *Jorgic przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, pkt 113 („the Court finds that the applicant, if need be with the assistance of a lawyer, could reasonably have foreseen that he risked being charged with and convicted of genocide for the acts he committed in 1992”); *Kononov przeciwko Łotwie*, pkt 238. Jeszcze inny problem powstaje, gdy analizie poddane zostaną praktyki interpretacyjne. Por. Opinia doradcza dotycząca zastosowania „odwołania blankietowego”, pkt 62.

sprawcy? Z jeszcze innej perspektywy można także zapytać, czy nie jest zasadne oczekiwanie, aby zbrodnia międzynarodowa – z racji na *quantum* wpisanej w jej znamiona karygodności – posiadała jednolitą treść na każdym poziomie regulacji, w jednoznaczny sposób komunikując, które czyny są zakazane przez społeczność międzynarodową? Obecnie pytania te nie są niestety brane pod uwagę ani przez państwa dokonujące transpozycji, ani przez społeczność międzynarodową. Trudno, jak się zdaje, przyjąć, że jest to stan właściwy i pożądany, zwłaszcza z perspektywy gwarancyjnie zorientowanej zasady legalizmu karnego<sup>27</sup>.

## 2. Transpozycja zbrodni międzynarodowych a zasada sprawiedliwego oznaczenia oraz zasada praw autorskich

Sprawy historyczne, które były dotąd kierowane do ETPC w związku z argumentem naruszenia zasady legalizmu, stanowią dowód, że przyjmowanie przez państwa odmiennych, tj. w praktyce szerszych zakresowo definicji zbrodni międzynarodowych wraz z ich transpozycją na poziom krajowy, może być wystarczającą podstawą do stwierdzenia naruszenia przez nie obowiązujących standardów praw człowieka<sup>28</sup>. Oprócz tego, jednakże, można argumentować, że taka praktyka transpozycyjna jest przykładem niewłaściwego wykorzystania oznaczenia (*label*) danej zbrodni przez państwo podejmujące się nie tyle transpozycji jako takiej, co transpozycji połączonej z rozszerzeniem zakresu normowania danej zbrodni międzynarodowej w ustawodawstwie wewnętrznym. Chociaż oznaczenie samo w sobie nie ma bowiem charakteru prawnie wiążącego, zbyt swobodne stosowanie go nie zasługuje na aprobatę. Merytorycznego wsparcia dla tego stanowiska

<sup>27</sup> Przyznać należy, że tzw. argument z karygodności zbrodni powyższe rozumowanie odnośnie do przewidywalności karalności znacząco osłabia, por. *Milanković przeciwko Chorwacji*, pkt 64 („to the flagrant unlawful nature of the war crimes”); *Kononov przeciwko Łotwie*, pkt 241; *Jorgic przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, pkt 113; *Streletz, Kessler i Krenz przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, pkt 87. P. Gacka, *Klauzula norymberska siedemdziesiąt lat później*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2020, nr 4, s. 167–198.

<sup>28</sup> Por. *Vasiliauskas przeciwko Litwie*, pkt 191.

dostarczają zasada sprawiedliwego oznaczenia (*principle of fair labelling*) oraz zasada praw autorskich.

*Fair labelling* jest traktowana jako jedna z fundamentalnych zasad prawa karnego zarówno w systemie *common law*<sup>29</sup>, jak i w systemie prawa kontynentalnego (typizacja)<sup>30</sup>. Została ona pomyślana jako zasada pozwalająca „stwierdzić, że daleko idące dystynkcje pomiędzy rodzajami przestępstw i stopniami bezprawności muszą być respektowane i sygnalizowane przez prawo, jak i to, że przestępstwa powinny zostać podzielone i oznaczone tak, by sprawiedliwie reprezentowały naturę i wymiar naruszenia prawa”<sup>31</sup>.

W literaturze przedmiotu zauważa się, że w poszczególnych ustawodawstwach definiowane w podobny sposób przestępstwa są częstokroć odmiennie nazywane<sup>32</sup>. O ile taka praktyka jest trudna do podważenia, gdy to przestępstwa zwykle są przedmiotem analizy, o tyle ciężko zaakceptować podobny wniosek w przypadku analogicznych odmienności zachodzących pomiędzy międzynarodowym a krajowym systemem prawnym w odniesieniu do zbrodni międzynarodowych. Nazwy przyjęte dla oznaczenia poszczególnych zbrodni międzynarodowych są stosowane celowo w drodze pewnej utrwalonej konwencji semantycznej i prawodawczej. Jako takie posiadają one praktyczne oraz symboliczne znaczenie<sup>33</sup>. Zwłaszcza ten drugi aspekt jest widoczny, gdy uwzględni się stanowiska wyrażane przez same ofiary zbrodni. Szczególna waga przypisywana jest w tej mierze zbrodni ludobójstwa, której nazwa ma ich zdaniem świadczyć o najwyższym stopniu karygodności ludobójstwa pośród wszystkich typów zbrodni międzynarodowych<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> A. Ashworth, J. Horder, *Principles of Criminal Law*, Oxford 2013, s. 77–79.

<sup>30</sup> Por. I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu: typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978.

<sup>31</sup> Jak definiują Andrew Ashworth oraz Jeremy Horder w A. Ashworth, J. Horder, *op. cit.*, s. 77.

<sup>32</sup> Por. J. Chalmers, F. Leverick, *Fair Labelling in Criminal Law*, „The Modern Law Review” 2008, nr 71(2), s. 218 (wykazujący różnice pomiędzy ustawodawstwem angielskim a szkockim).

<sup>33</sup> D. Robinson, *The Identity Crisis of International Criminal Law*, „Leiden Journal of International Law” 2008, nr 21, s. 927 („A third is the principle of ‘fair labelling’, which requires that the label of the offence should fairly express and signal the wrongdoing of the accused, so that the stigma of conviction corresponds to the wrongfulness of the act”); N. Kersting, *On Symbolism and Beyond: Defining Ecocide*, „Völkerrechtsblog”, 8 lipca 2021 r.

<sup>34</sup> H.R. Garry, *For victims in Ukraine, saying ‘genocide’ does matter*, „The Hill”, 30 kwietnia 2022 r. (<https://thehill.com/opinion/international/3472617-for-victims-in-ukraine-saying-genocide-does-matter/>). Por. K. Wierczyńska, *Hierarchia zbrodni w prawie międzynarodowym*,



Przenosząc zasadę oznaczoności na grunt międzynarodowego prawa karnego, należy jednak rozróżnić dwa aspekty. Z jednej strony analiza treści poszczególnych zbrodni międzynarodowych, w tym zwłaszcza zbrodni przeciwko ludzkości oraz zbrodni wojennych, prowadzi do wniosku, że posiadają one szeroki zakres normowania. Rozróżniając poszczególne typy zbrodni międzynarodowych, międzynarodowe prawo karne niewątpliwie implementuje zatem zasadę sprawiedliwego oznaczenia, lecz czyni to w inny sposób, aniżeli ustawodawstwa krajowe, gdyż kryterium przyjmowanych dystynkcji stanowi w tym przypadku przede wszystkim kontekstowość poszczególnych zbrodni, w mniejszej zaś mierze charakter chronionych przez nie dóbr prawnych<sup>35</sup>. Z typizacją zbrodni międzynarodowych wiążą się ponadto ogólne wątpliwości dotyczące tego, czy rzeczywiście tak szerokie zakresowo typy zbrodni, które obejmują rozmaite zakazane czynności sprawcze o różnym poziomie karygodności, mogą wypełnić w pełni dyspozycję zasady sprawiedliwego oznaczenia. Wątpliwości te narastają także przy bliższej analizie praktyki sądowej<sup>36</sup>.

Z drugiej strony zasada *fair labelling* może być także analizowana z perspektywy prawa wewnętrznego, do którego transponowane zostają zbrodnie międzynarodowe. Jest to zasadniczo odmienne ujęcie wspomnianej zasady od podejścia zaprezentowanego w odniesieniu do typizacji przestępstw zwykłych w prawie krajowym oraz zbrodni międzynarodowych w prawie międzynarodowym. W tym przypadku poprawność typizacji krajowej z perspektywy zasady sprawiedliwego oznaczenia musi być bowiem oceniana nie tyle przez wzgląd na generalne zasady sprawiedliwości czy dotychczasową praktykę legislacyjną danego państwa<sup>37</sup>, lecz z uwzględnieniem oznaczeń i definicji przyjętych w międzynarodowym prawie karnym. Na tym tle stwierdzić zatem

---

„Państwo i Prawo” 2016, z. 1, s. 71 („ocena zbrodni następuje ze względu na jej ciężar, a nie na ewentualne miejsce w hierarchii”).

<sup>35</sup> W odróżnieniu od metod stosowanych w prawie wewnętrznym. Por. J. Chalmers, E. Leverick, *op. cit.*, s. 221 („At a macro-level, most systems of criminal law – either formally or informally – group individual offences into broader categories”).

<sup>36</sup> Por. H.M. Zawati, *Fair Labelling and the Dilemma of Prosecuting Gender-Based Crimes at the International Criminal Tribunals*, Oxford 2014, s. 88 i 105 („the current broad labelling of gender-based crimes [...] has led to inconsistent prosecutions and verdicts, resulting in the failure of these judicial bodies to adequately address grievous offences”).

<sup>37</sup> V. Tadros, *Fair Labelling and Social Solidarity*, [w:] L. Zedner, J.V. Roberts (red.), *Principles and values in criminal law and criminal justice: essays in honour of Andrew Ashworth*,

należy, iż akceptacja szerszej transpozycji przy wykorzystaniu domyślnego oznaczenia skutkuje w praktyce negacją zasady sprawiedliwego oznaczenia. Prowadzi to bowiem do sytuacji, w której określona nazwa zbrodni (np. ludobójstwo), zawierająca określony komunikat i ładunek karygodności, zostaje wykorzystana do oznaczenia zachowań, które daną zbrodnią w istocie nie są. Przyjęty przez państwo model transpozycji zbrodni międzynarodowej do krajowego porządku prawnego może zatem zasadniczo zmodyfikować następczą jej ocenę z perspektywy zasady sprawiedliwego oznaczenia.

Z tą ostatnią uwagą ściśle wiąże się także druga rozwijana w tym opracowaniu zasada, a mianowicie zasada praw autorskich. W odróżnieniu od zasady sprawiedliwego oznaczenia, która jest domyślnie akceptowana zarówno w prawie krajowym, jak i w prawie międzynarodowym<sup>38</sup>, zasada praw autorskich nie jest w ogóle ujmowana ani w jednym, ani w drugim systemie normatywnym. Nie jest ona także znana nauce międzynarodowego prawa karnego. Jej sformułowanie w tym opracowaniu służy jednak wykazaniu jeszcze jednego, nieco odmiennego od kwestii poruszonych powyżej, aspektu związanego z transponowaniem definicji zbrodni międzynarodowych na poziom krajowy.

Zasada praw autorskich odnosi się do problemu, który powstaje w przypadku transpozycji albo nieoddającej w pełni, albo wykraczającej zakresowo poza definicję zbrodni obowiązującej na poziomie międzynarodowym. Czy państwo dokonujące transpozycji powinno posiadać swobodę w zakresie samodzielnego określania treści i wymiaru transponowanej zbrodni do jego prawa wewnętrznego? Pytanie to zdaje się zasadne o tyle, iż można wyobrazić sobie sytuację, w której mianem przykładowo zbrodni ludobójstwa jedno państwo zacznie określać ataki wymierzone nie tylko w cztery, lecz w kilkanaście albo nawet w kilkadziesiąt różnych grup chronionych.

Przyjęcie zasady praw autorskich prowadzi do negatywnej oceny swobodnego korzystania z oznaczeń przyjętych pierwotnie w prawie międzynarodowym na poziomie krajowym. Skoro przedmiotem transpozycji jest określona zbrodnia międzynarodowa, to państwo dokonujące tego zabiegu nie powinno być traktowane jako *posiadacz (twórca)* koncepcji danej zbrodni,

---

Oxford 2012, s. 67 („justice imposes restrictions not only on the scope of the criminal law, but also on the way that content is divided up and described”).

<sup>38</sup> Por. H.M. Zawati, *op. cit.*, s. 33 („Applying the principle of fair labelling in international criminal law could be justified under Article 38(1)(c) of the ICJ”).

lecz wyłącznie jako jej *użytkownik*. Nie powinno być ono zatem także uprawnione do tego, by swobodnie kształtować zakres transponowanej na poziom krajowy zbrodni międzynarodowej przy wykorzystaniu tego samego oznaczenia (np. *ludobójstwo*). To społeczność międzynarodowa nadaje danej zbrodni wiążący charakter, a zatem to ona powinna decydować o tym, jak wykorzystana zostanie jej koncepcja i nazwa na różnych poziomach regulacji. Przykładowo skoro ludobójstwo zostało poddane kryminalizacji przez społeczność międzynarodową państw w 1948 r., to przyjęta wówczas definicja międzynarodowa powinna wyznaczać ramy, w których zbrodnia ta będzie podlegała kryminalizacji pod tą *zajętą już nazwą* nie tylko w systemie prawa międzynarodowego, ale również w systemach wewnętrznych państw. Odrzucenie tego założenia oznaczałoby bowiem w praktyce, że państwa nie są w ogóle skrupowane w podejmowanych działaniach transpozycyjnych, zaś każdy czyn, niezależnie od swojej treści, może być przez nie nazwany np. zbrodnią ludobójstwa<sup>39</sup>.

W związku z tym, że zasada praw autorskich nie posiada obecnie wiążącego charakteru, taka praktyka jest niestety *de lege lata* dopuszczalna. Trudno jednak uznać tę lukę regulacyjną za zjawisko pozytywne<sup>40</sup>. Przeczy ona bowiem unifikacyjnemu charakterowi klauzul obligujących państwa do tego, by dokonywać transpozycji zbrodni na poziom krajowy<sup>41</sup>, jak i generalnej zasadzie spójności systemowej oraz komunikacyjnej funkcji prawa karnego.

---

<sup>39</sup> B. Saul, *The Implementation of the Genocide Convention at the National Level*, [w:] P. Gaeta (red.) *The UN Genocide Convention. A Commentary*, Oxford 2009, s. 64 („Overly-broad national definitions of genocide may not be internationally unlawful as such, since there is no prohibitive rule that misusing or misapplying the terminology of an international crime is internationally wrongful”).

<sup>40</sup> J.K. Kleffner, *op. cit.*, s. 100 („While nothing prevents States from criminalizing such acts in principle, for each State is entitled to adopt whatever criminal laws it considers appropriate, such an approach of unilaterally broadening the scope of international offences and the punitive regime applicable to them gives rise to a number of problems”).

<sup>41</sup> Por. art. 5 Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa, uchwalonej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 9 grudnia 1948 r. (Dz.U. z 1952, nr 2, poz. 9); art. 6 Draft articles on Prevention and Punishment of Crimes Against Humanity (2019 r.).

## Wnioski

Celem tego opracowania było wyszczególnienie kilku problemów związanych z transpozycją zbrodni międzynarodowych do wewnętrznych systemów prawnych. Dotychczasowa praktyka państw dowodzi bowiem, iż jednolite normatywnie definicje zbrodni międzynarodowych zostały w mniejszym bądź większym zakresie poddane modyfikacjom, skutkując stanem swoistego *eklektyzmu kryminalizacyjnego*. Wszystkie przytoczone powyżej ujęcia, tj. zasada legalizmu, zasada sprawiedliwego oznaczenia (typizacji), jak i sformułowana na potrzeby tego artykułu zasada praw autorskich, dostarczają rozmaitych argumentów krytykujących ten stan rzeczy.

Przyjmując odmienne definicje krajowe zbrodni międzynarodowych, państwa zdają się wyrażać w ten sposób swój sprzeciw wobec stanu kryminalizacji międzynarodowej. Gdyby definicja międzynarodowa odpowiadała bowiem ich stanowisku, nie dokonywałyby one zawężenia albo rozszerzenia definicji zbrodni międzynarodowych w ustawodawstwie krajowym. Orzecznictwo ETPC dowodzi przy tym, że państwa decydują się na modyfikację zakresu kryminalizacji międzynarodowej w ich wewnętrznych systemach prawnych, chcąc w ten sposób wyposażyć się w takie instrumenty prawne, które – zwłaszcza w przypadku zawirowań historycznych – pozwolą im na skuteczne rozliczanie zbrodni popełnionych przez osoby działające na rzecz poprzedniego reżimu. To z kolei może rodzić znaczne problemy z perspektywy zakazu *lex praevia* oraz standardu przewidywalności kryminalnego charakteru zbrodni.

Przyznać trzeba, że w wielu przypadkach ta niewysłowiona *explicite* krytyka stanu kryminalizacji międzynarodowej, wpływająca z praktyki poszczególnych państw, jest wspierana przez argumenty i intuicje artykułowane przez przedstawicieli nauki. Być może licząca już ponad 70 lat międzynarodowa definicja zbrodni ludobójstwa rzeczywiście powinna zostać poddana rewizji prowadzącej do rozszerzenia jej zakresu o inne grupy chronione<sup>42</sup>. Ale nawet jeśli formułowane w bogatej literaturze przedmiotu argumenty uzna się za

---

<sup>42</sup> Por. T. Hoffmann, *op. cit.*, s. 82 („The closed list of groups of people protected by the Genocide Convention has been a source of contention ever since the adoption of the Convention”).

zasadne z perspektywy ogólnego celu kryminalizacyjnego, określającego istotę międzynarodowego prawa karnego, do momentu gdy to społeczność międzynarodowa jako całość, nie zaś wyłącznie jednostkowe państwa, nie podejmie takiej inicjatywy, wszelkie zmiany wprowadzane oddolnie będą zasługiwały na negatywną ocenę przez wzgląd na zasady legalizmu, sprawiedliwego oznaczenia oraz praw autorskich. *De lege ferenda* postulować zatem należy, aby państwa dążyły do utrzymania systemowej spójności międzynarodowego prawa karnego i współpracowały ze sobą w zakresie częstszego modyfikowania treści tego prawa, jeżeli uznają one jego treść za nieodpowiednią. Tylko w ten sposób międzynarodowe prawo karne będzie mogło stanowić skuteczny i posiadający legitymizację mechanizm prawny. Zarówno rozszerzanie, jak i zawężanie definicji zbrodni międzynarodowej na poziomie krajowym tego celu zrealizować nie pozwoli. Może natomiast stać się źródłem praktycznych i gwarancyjnych komplikacji podważających obowiązujące standardy międzynarodowe.



EUROPA





# Niemiecki kodeks zbrodni przeciwko prawu międzynarodowemu – perspektywa zewnętrzna

## Wprowadzenie

Nie ulega wątpliwości, że rozwój międzynarodowego prawa i sądownictwa karnego jest od samego początku ściśle powiązany z Niemcami<sup>1</sup>. To względem funkcjonariuszy tego państwa z różnym skutkiem próbowano uruchomić międzynarodową sprawiedliwość karną. Kraj ten aktywnie uczestniczył w pracach nad Statutem Międzynarodowego Trybunału Karnego (MTK), stanowczo opowiadając się za szeroką podstawą uruchomienia jurysdykcji trybunału (bazując na uniwersalnej jurysdykcji państw-stron projektowanego statutu)<sup>2</sup>, a następnie odegrał kluczową rolę w negocjacjach definicji i warunków wykonywania jurysdykcji w odniesieniu do zbrodni agresji. I wreszcie, Niemcy są pionierem, gdy idzie o implementację Statutu Rzymskiego. Celem opracowania jest właśnie analiza podejścia niemieckiego, a w szczególności spojrzenie na Kodeks zbrodni przeciwko prawu międzynarodowemu i jego przełożenie na praktykę sądową RFN.

---

<sup>1</sup> G. Werle, F. Jessberger, *International Criminal Justice Is Coming Home: The New German Code of Crimes against International Law*, „Criminal Law Forum” 2002, nr 13, s. 196.

<sup>2</sup> Jurysdykcja Międzynarodowego Trybunału Karnego: dokument roboczy złożony przez Niemcy, A/AC.249/1998/DP.2; Zob. też E. Wilmshurst, *Jurisdiction of the Court*, [w:] R.S. Lee (red.), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, The Hague 1999, s. 132–133.

## 1. Niemcy a ściganie zbrodni międzynarodowych

Niemcy podpisały Statut Rzymski 10 grudnia 1998 r., a ratyfikowały go prawie dokładnie dwa lata później, w grudniu 2000 r. Można w tym kontekście zauważyć zatem symboliczne nawiązanie do daty przyjęcia Powszechnej deklaracji praw człowieka. Z kolei w dniu 26 czerwca 2002 r. niemiecki Bundestag uchwalił ustawę o wprowadzeniu kodeksu zbrodni przeciwko prawu międzynarodowemu (*Völkerstrafgesetzbuch*, VStGB)<sup>3</sup>.

Uzasadnienie rządowe<sup>4</sup> obejmowało cztery cele przyświecające wprowadzeniu tego aktu. W pierwszej kolejności wymieniono lepsze ujęcie specyfiki zbrodni przeciwko prawu międzynarodowemu, niż jest to obecnie możliwe w ramach ogólnego prawa karnego. Obok tego jako cel podano promowanie jasności prawnej i możliwości zarządzania w praktyce poprzez standaryzację w jednolitym zestawie zasad. Ponadto, w odniesieniu do komplementarności jurysdykcji Międzynarodowego Trybunału Karnego, wskazano zapewnienie ponad wszelką wątpliwość, że Niemcy są zawsze w stanie ścigać przestępstwa podlegające jurysdykcji MTK. Nie można też pominąć promowania międzynarodowego prawa humanitarnego poprzez tworzenie odpowiednich przepisów krajowych i przyczynianie się do jego rozpowszechniania.

Ustawa weszła w życie 30 czerwca 2002 r. Artykuł 1 ustawy zawierał kodeks zbrodni przeciwko prawu międzynarodowemu, a kolejne przepisy wprowadzały m.in. zmiany w kodeksie karnym (*Strafgesetzbuch*, StGB) i kodeksie postępowania karnego. Ratyfikacja Statutu Rzymskiego wymagała również zmian konstytucyjnych. Chodziło tu w pierwszej kolejności o modyfikację art. 16 II Ustawy zasadniczej (*Grundgesetz*, GG)<sup>5</sup>, która zmierzała do umożliwienia wydania do MTK obywatela niemieckiego. Przeszkody natury konstytucyjnej nie pozwalały na bezpośrednie stosowanie międzynarodowego prawa zwyczajowego ani na odesłanie do norm Statutu Rzymskiego. W myśl art. 103 II GG czyn podlega karze tylko wtedy, gdy został określony w ustawie jako przestępstwo przed popełnieniem czynu. Zgodnie z art. 25 GG zwyczajowi

<sup>3</sup> Ogłoszoną w BGBl. 2002 I, s. 2254.

<sup>4</sup> Deutscher Bundestag, Drucksache 14/8524, Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches, s. 12.

<sup>5</sup> M. Böhm, V. Teubert, *Völkerstrafgesetzbuch und Grundgesetz*, [w:] Ch. Safferling, S. Kirsch (red.), *Völkerstrafrechtspolitik: Praxis des Völkerstrafrechts*, Heidelberg 2014, s. 447–470.

międzynarodowemu przysługuje pierwszeństwo przed ustawą, ale nie ma on rangi konstytucyjnej, stąd zbrodnie międzynarodowe nie mogą być karane wyłącznie na podstawie zwyczajowej, tj. podlegają zasadzie *nullum crimen sine lege scripta*. Ich ujęcie w Statucie Rzymskim (i Elementach Zbrodni) jest rozbudowane, ale z perspektywy niemieckich standardów konstytucyjnych ogólne ramy kar i ich wymierzania, zawarte w art. 77–78 Statutu Rzymskiego, były niewystarczające, gdyż nie połączono ich bezpośrednio z konkretnymi przestępstwami<sup>6</sup>.

Teoretycznie można było przyjąć różne drogi implementacji Statutu Rzymskiego: albo nowelizując (wzbogacając już istniejące ustawodawstwo karne), albo też poprzez stworzenie odrębnej ustawy. Rządowy projekt optował za oddzielną kodyfikacją. Możliwym rozwiązaniem byłoby skopiowanie przepisów Statutu MTK do niemieckiej ustawy słowo w słowo, choć i w takiej sytuacji wszystkie definicje musiałyby być zgodne z konstytucyjnymi standardami pewności prawa. Ostatecznie zdecydowano się na zmodyfikowaną kodyfikację. Pojawiła się wręcz krytyka, że poprzez stworzenie odrębnej kodyfikacji obok kodeksu karnego międzynarodowe prawo karne zostaje zdegradowane do „zwykłej ustawy uzupełniającej”<sup>7</sup>. Ale zamiast tego uzyskano klarowną strukturę i okazję do podjęcia tych kwestii, których nie udało się rozwiązać na poziomie negocjacji Statutu Rzymskiego<sup>8</sup>. Warto wreszcie też pamiętać o jasnym sygnale, jaki w ten sposób został wysłany, o swoistej emancypacji<sup>9</sup>.

Szereg zmian wymagało też niemieckie ustawodawstwo, które było zasadniczo ślepe na ściganie zbrodni międzynarodowych. Poza zbrodnią ludobójstwa, przewidzianą w art. 220a niemieckiego kodeksu karnego (StGB), brakowało odniesienia do zbrodni międzynarodowych. Teoretycznie istniała możliwość subsumpcji większości czynów zabronionych pod dotychczas

---

<sup>6</sup> H. Satzger, *German Criminal Law and the Rome Statute – A Critical Analysis of the New German Code of Crimes against International Law*, „International Criminal Law Review” 2002, vol. 2, s. 264.

<sup>7</sup> Rozprawia się z nią G. Werle, *Konturen eines deutschen Völkerstrafrechts: Zum Arbeitsentwurf eines Völkerstrafgesetzbuchs*, *JuristenZeitung*, 56. Jahrg., 21 września 2001 r., nr 18, s. 886.

<sup>8</sup> C. Kreß, *Vom Nutzen eines deutschen Völkerstrafgesetzbuchs*, Berlin 2000, s. 2, 21.

<sup>9</sup> H. Satzger, *op. cit.*, s. 266.

obowiązujące przepisy StGB lub kodeksu karnego wojskowego, ale jednak takie zabiegi prowadzić by mogły do zatarcia specyfiki tych zbrodni<sup>10</sup>.

Przed wejściem w życie kodeksu zbrodni przeciwko prawu międzynarodowemu, a zatem do 30 czerwca 2002 r. niemieckie zaangażowanie w odniesieniu do rozwijania międzynarodowego prawa i sądownictwa karnego nie znajdowało zatem odzwierciedlenia w prawie karnym materialnym. Można je potraktować jako wyraz tradycyjnie sceptycznego stosunku do sprawiedliwości międzynarodowej<sup>11</sup>.

Trzeba pamiętać, że przez wiele dekad Republika Federalna zadowalała się „opcją zerową”<sup>12</sup>. Wypada przypomnieć, że chociaż artykuł 2(1)(c) Ustawy nr 10 Sojuszniczej Rady Kontroli o karaniu osób winnych zbrodni wojennych, zbrodni przeciwko pokojowi i ludzkości<sup>13</sup> przewidywał ściganie zbrodni przeciwko ludzkości w ramach prawa okupacyjnego w powojennych Niemczech, nie zostały one włączone do ustawodawstwa Republiki Federalnej Niemiec. Jak zauważono w piśmiennictwie, niemiecki system prawny w dużej mierze nie poradził sobie z nazistowską niesprawiedliwością, nie podejmując żadnych śledztw ani procesów lub robiąc to z niewystarczającym zaangażowaniem<sup>14</sup>. Natomiast Niemiecka Republika Demokratyczna włączyła prawo norymberskie do swojego ustawodawstwa krajowego<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> E. Zielińska, *Implementacja Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego w Niemczech – kodeks karny międzynarodowy*, [w:] A. Łopatka et al. (red.), *Prawo – społeczeństwo – jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Leszkowi Kubickiemu*, Warszawa 2003, s. 338.

<sup>11</sup> G. Werle, F. Jessberger, *op. cit.*, s. 198. Por. też G. Werle, *Die Entwicklung des Völkerstrafrechts aus deutscher Perspektive*, [w:] G. Hankel (red.), *Die Macht und das Recht. Beiträge zum Völkerrecht und Völkerstrafrecht am Beginn des 21. Jahrhunderts*, Hamburg 2008, s. 97 i n.

<sup>12</sup> Zob. G. Werle, *Konturen...*, *op. cit.*, s. 887, który wspomina o przygotowanym w ramach Federalnego Ministerstwa Sprawiedliwości projekcie ustawy dot. karania międzynarodowego prawa wojennego z 10 czerwca 1980 r., który nie został złożony w Bundestagu.

<sup>13</sup> Official Gazette of the Control Council for Germany, 31 stycznia 1946 r., nr 3.

<sup>14</sup> H. Kreicker, *Deutschland*, [w:] A. Eser, H. Kreicker (red.), *Nationale Strafverfolgung völkerrechtlicher Verbrechen*, vol. 1: *Deutschland*, Berlin 2003, s. 87.

<sup>15</sup> Zbrodnie przeciwko ludzkości były karalne na podstawie sekcji 91 wschodniemieckiego kodeksu karnego. Zob. G. Werle, F. Jessberger, *op. cit.*, s. 192. Por. R. Steinke, *The Politics of International Criminal Justice. German Perspectives from Nuremberg to The Hague*, Oxford 2012, s. 66.

Sądy (zachodnio-)niemieckie nie odniosły się do zasad norymberskich przy karaniu zbrodni nazistowskich<sup>16</sup>. Dopiero w latach 90. XX wieku, a zatem kilkadziesiąt lat później, w związku ze ściganiem zbrodni popełnionych pod auspicjami Niemieckiej Republiki Demokratycznej, Federalny Sąd Najwyższy (*Bundesgerichtshof*, BGH) wyraźnie uznał zasady międzynarodowego prawa karnego<sup>17</sup>.

Wtedy też niemieccy prokuratorzy zaczęli chętniej ścigać osoby podejrzane o popełnienie zbrodni wojennych poza granicami Republiki Federalnej. Warto pamiętać, że Republika Federalna była popularną destynacją, atrakcyjną z punktu widzenia emigrantów z miejsc dotkniętych krwawymi konfliktami o charakterze etnicznym<sup>18</sup>. Naturalnym kierunkiem emigracji z byłej Jugosławii były Niemcy. Zgodnie z § 7 StGB niemieckie prawo karne ma zastosowanie do czynów popełnionych przeciwko obywatelowi Niemiec za granicą, jeśli czyn jest karalny w miejscu jego popełnienia lub miejsce jego popełnienia nie podlega żadnej jurysdykcji karnej. Z kolei w ustępie 2 tego przepisu rozszerzono zastosowanie niemieckiego prawa karnego także do innych przestępstw popełnionych za granicą.

W tym kontekście należy zauważyć, że zasadę represji wszechświatowej statuował także § 6 StGB<sup>19</sup>, ale sądy stosowały jego zawężającą interpretację. W sprawie Tadicia niemiecki Sąd Najwyższy (BGH) uznał, że w celu wykonywania jurysdykcji uniwersalnej musi istnieć „legitymizujący związek” (*ein legitimierender Anknüpfungspunkt*) między podejrzanym a państwem, ponieważ „w przypadku braku takiego powiązania z państwem forum, oskarżenie

---

<sup>16</sup> Poza zakresem naszych rozważań pozostaje działalność Centrali Badania Zbrodni Narodowosocjalistycznych w Ludwigsburgu (niem. *Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen*) i jej ocena.

<sup>17</sup> Zob. G. Werle, *Völkerstrafrecht und geltendes deutsches Strafrecht*, *JuristenZeitung*, 11 sierpnia 2000 r., 55. Jahrg., nr 15/16 (11 sierpnia 2000 r.), s. 756. Zob. BGHSt 41, 101 – Mauerschützen III, *Bundesgerichtshof, Urteil*, 20 Marca 1995 r., *Zur Beurteilung vorsätzlicher Tötungshandlungen von Grenzsoldaten der DDR an der innerdeutschen Grenze*.

<sup>18</sup> T. Ostropolski, *Zasada jurysdykcji uniwersalnej w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2008, s. 174.

<sup>19</sup> Powołany przepis rozszerzał obowiązywanie kodeksu, niezależnie od prawa miejsca popełnienia czynu, na następujące czyny popełnione za granicą: ludobójstwo (§ 6 ust. 1 StGB w brzmieniu obowiązującym przed wejściem w życie kodeksu zbrodni międzynarodowych) oraz czyny popełnione za granicą, ścigane na podstawie wiążących RFN umów międzynarodowych (§ 6 ust. 9 StGB, w niezmienionym brzmieniu).

naruszyłyby zasadę nieingerencji, zgodnie z którą każde państwo ma obowiązek szanować suwerenność innych państw”<sup>20</sup>. Nawiązano w ten sposób do legitymizującego łącznika, wyprowadzonego przez BGH w latach 70. XX w. w sprawie Dosta<sup>21</sup>, a wychodzącego ponad to, czego literalnie wymagał § 6 StGB. Kolejne tego nawiązania w orzecznictwie Sądu Najwyższego wywołały rozbudowaną krytykę<sup>22</sup>. Pierwszą osobą<sup>23</sup> skazaną za ludobójstwo (na podstawie dawnego art. 220a StGB) przez niemiecki sąd był Nicola Jorgić, którego 26 września 1997 r. Wyższy Sąd Okręgowy (*Oberlandesgericht*) w Düsseldorfie skazał na dożywotnią karę pozbawienia wolności. Natomiast pierwszy niemiecki wyrok przeciwko rwandyjskim obywatelom, którzy uciekli do Niemiec, został wydany w 2014 r.<sup>24</sup>

## 2. Kodeks zbrodni przeciwko prawu międzynarodowemu

Sytuację zmieniło zasadniczo wejście w życie kodeksu zbrodni przeciwko prawu międzynarodowemu. Część 1 Kodeksu („Przepisy ogólne”) otwiera § 1, określający jego zakres zastosowania. Ustawę stosuje się do wszystkich określonych w niej przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu, nawet

<sup>20</sup> Bundesgerichtshof, Ermittlungsrichter, Beschluß v. 13 lutego 1994 r., BGs 100.94 [przedrukowany w:] „Neue Zeitschrift für Strafrecht” 1994, s. 233.

<sup>21</sup> Zob. T. Ostropolski, *op. cit.*, s. 165–166.

<sup>22</sup> Zob. K. Ambos, S. Wirth, *Genocide and War Crimes in the Former Yugoslavia Before German Criminal Courts*, [w:] H. Fischer, C. Kreß, S.R. Lüder (red.), *International and National Prosecution of Crimes under International Law: Current Developments*, Berlin 2001, s. 783.

<sup>23</sup> F. Jessberger, *Jorgić*, [w:] A. Cassese (red.), *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, Oxford 2009, s. 738.

<sup>24</sup> OLG Frankfurt am Main, wyrok z dnia 18 lutego 2014 r. (5-3 StE 4/10-4-3/10), Wyższy Sąd Okręgowy we Frankfurcie nad Menem uznał Rwandyjczyka Onesphore’a Rwabukombe winnym ludobójstwa, które miało miejsce w kościele w Kiziguro w Rwandzie w 1994 r. i skazał go na dożywotnią karę pozbawienia wolności. Rwabukombe został początkowo skazany za pomocnictwo i podżeganie do zbrodni ludobójstwa. Po rozpatrzeniu sprawy przez Federalny Sąd Najwyższy (BGH 3 StR 575/14 – Beschluss vom 21. Mai 2015 (OLG Frankfurt)) i skierowaniu z powrotem do Wyższego Sądu Okręgowego we Frankfurcie, Rwabukombe został skazany za popełnienie ludobójstwa jako współsprawca na podstawie § 220a StGB – OLG Frankfurt, 29.12.2015, 4-3 StE 4/10-4-1/15, ECLI:DE:OLGHE:2015:1229.4.3STE4.10.4.1.15.0A, potwierdzone ostatecznie przez BGH, 26.07.2016 – 3 StR 160/16. Zob. też G. Werle, B. Burghardt, *Der Völkermord in Ruanda und die deutsche Strafjustiz*, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Bd. 10/2015, s. 46–56.

jeśli przestępstwo zostało popełnione za granicą i nie ma związku z Niemcami. Natomiast w odniesieniu do czynów określonych w § 13 (zbrodni agresji), które zostały popełnione za granicą, ustawa ta obowiązuje niezależnie od prawa miejsca popełnienia przestępstwa, jeżeli sprawca jest Niemcem lub czyn jest skierowany przeciwko Republice Federalnej Niemiec. Zasadniczo zatem ustanowiono pełną jurysdykcję uniwersalną.

Na podstawie § 2 przyjęto, że postanowienia części ogólnej kodeksu karnego stosuje się również w odniesieniu do kodeksu zbrodni międzynarodowych, chyba że ten ostatni stanowi inaczej. Ustanowienie alternatywnej, równoległej części ogólnej doprowadziłoby do nieprzewidywalnych trudności w stosowaniu prawa. W związku z tym kodeks nie zawiera żadnych szczególnych przepisów w odniesieniu do większości „zasad ogólnych” zawartych w artykułach 22–33 Statutu MTK. § 3 wyklucza winę sprawcy, który w wykonaniu rozkazu wojskowego lub polecenia o porównywalnym skutku dopuszcza się zbrodni wojennych lub czynów szczególnych uregulowanych w kodeksie zbrodni przeciwko prawu międzynarodowemu, o ile nie ma świadomości, że rozkaz lub polecenie czynu określonego w §§ 8–14 jest bezprawny, a jego bezprawność nie jest oczywista. Z kolei § 4 wyjaśnia, że przełożony, któremu przysługują odpowiednie uprawnienia nadzorcze i który nie przeszkadza podwładnemu w popełnieniu ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości lub zbrodni wojennej będzie karany jak sprawca przestępstwa popełnionego przez podwładnego. W części ogólnej uregulowano także przedawnienie. § 5 kodeksu wyklucza przedawnienie karalności ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości, zbrodni wojennych oraz zbrodni agresji. Natomiast w odniesieniu do przestępstw polegających na naruszeniu obowiązku nadzoru (§ 14) i zaniechaniu zgłoszenia przestępstwa (§ 15) kodeks nie określa przedawnienia, przez co zastosowanie będzie miało ogólne prawo karne (§§ 78–78 niemieckiego kodeksu karnego).

Część druga stanowi część szczególną i jest poświęcona poszczególnym typom przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu. Wykorzystano tu kolejność wypracowaną w Statucie Rzymskim. Wypada jednak podkreślić, że w przeciwieństwie do Statutu MTK każda ze zbrodni zawiera ustawowy wymiar kary, co pozwala też rozróżnić wagę poszczególnych zbrodni. W pierwszym rozdziale zbiorczo potraktowano zbrodnię ludobójstwa (§ 6) oraz zbrodnie przeciwko ludzkości (§ 7). Co oczywiste, o wiele bardziej

rozbudowane regulacje dotyczą zbrodni wojennych. W przeciwieństwie do Statutu Rzymskiego, w kodeksie zbrodni przeciwko prawu międzynarodowemu nie utrzymano rozróżnienia między konfliktami międzynarodowymi i niemiędzynarodowymi. Zamiast tego kodeks hołduje rozróżnieniu na „prawo genewskie”, mające na celu ochronę osób i mienia oraz na „prawo haskie”, ograniczające metody i środki prowadzenia wojny. I tak § 8 odnosi się do zbrodni wojennych przeciwko ludziom, § 9 – przeciwko własności i innym prawom, a § 10 reguluje zbrodnie wojenne przeciwko operacjom humanitarnym i znakom chronionym. Z kolei w kolejnych przepisach uregulowano odpowiednio zbrodnie wojenne z użyciem zabronionych metod walki (§ 11) oraz zbrodnie wojenne z użyciem zabronionych środków walki (§ 12).

W wyniku nowelizacji z 2016 r.<sup>25</sup> dodano oddzielny rozdział poświęcony zbrodni agresji (§ 13), co wymusiło zmianę numeracji przepisów ostatniego, obecnie czwartego rozdziału części drugiej, poświęconego pozostałym (innym przestępstwom): naruszeniu obowiązku nadzoru (§ 14) oraz niezgłoszeniu przestępstwa (§ 15).

Wprowadzenia zbrodni agresji dokonano na mocy art. 1 ustawy z dnia 22 grudnia 2016 r., obowiązującej od 1 stycznia 2017 r. Jest to pokłosie konferencji rewizyjnej w Kampali, na której przy znaczącym udziale dyplomacji niemieckiej udało się zdefiniować tę zbrodnię i warunki wykonywania jurysdykcji MTK w odniesieniu do niej. Wcześniej niemieckie ogólne prawo karne zawierało podobny przepis w dawnym § 80 StGB, który został uchylony. Warto w tym kontekście pamiętać, że w myśl art. 26 GG przygotowywanie lub prowadzenie wojny jest przestępstwem.

Procedura karna w Niemczech bazuje na zasadzie legalizmu. Kodeks postępowania karnego (*Strafprozessordnung*, StPO)<sup>26</sup> ustanawia obowiązek podjęcia ścigania karnego w przypadku każdego przestępstwa, jeśli istnieją wystarczające podstawy faktyczne (§ 152 ust. 2 StPO), a także powinność wniesienia oskarżenia przeciwko sprawcy przestępstwa (§ 170 StPO)<sup>27</sup>. Niezależnie

<sup>25</sup> BGBl. 2016 I, s. 3150.

<sup>26</sup> BGBl. 2019 I, s. 1066.

<sup>27</sup> M. Rogacka-Rzewnicka, *Oportunizm i legalizm ścigania przestępstw w świetle współczesnych przeobrażeń procesu karnego*, Warszawa 2007, s. 85. Zob. też J. Schulenburg, *Zasady legalizmu i oportunizmu w niemieckim kodeksie postępowania karnego – zależności i sprzeczności*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 5, s. 89 i n.



jednak od tych czytelnych sygnałów, ustanowiono także szereg odstępstw na rzecz oportunistu<sup>28</sup>, co podważa realność normatywną rozwiązania<sup>29</sup>. Z perspektywy naszych rozważań kluczowe znaczenie ma § 153f ust. 1 StPO, zgodnie z którym prokurator może odmówić wszczęcia postępowania w przypadku, gdy osoba ścigana nie przebywa na terytorium RFN i jej obecność nie jest przewidywana. W odniesieniu do obywatela niemieckiego odmowa wszczęcia może nastąpić, gdy postępowanie przeciwko tej osobie prowadzone jest albo przez międzynarodowy trybunał, albo sąd państwa, na którego terytorium popełniono dany czyn, albo wreszcie też przez sąd państwa, którego obywatelem jest pokrzywdzony. Z kolei w kolejnym ustępie przepis § 153f dopuszcza szersze zastosowanie oportunistu ścigania, gdy ani osoba ścigana, ani pokrzywdzony nie mają obywatelstwa niemieckiego i nie antycypuje się obecności osoby ściganej na terytorium Niemczech, w stosunku do której postępowanie prowadzi trybunał międzynarodowy, sąd *loci commissi delicti* albo obywatelstwa sprawcy bądź pokrzywdzonego. Powyższe sugeruje trójstopniową strukturę: pierwszeństwo dla jurysdykcji miejsca popełnienia czynu, obywatelstwa sprawcy bądź pokrzywdzonego, następnie jurysdykcji międzynarodowej, a dopiero w ostatniej kolejności przed niemieckimi sądami wykonującymi jurysdykcję uniwersalną<sup>30</sup>. W przeciwnym razie wykonywanie przez Niemcy jurysdykcji uniwersalnej mogłoby zwiększyć napięcia pomiędzy państwami, traktującymi wykonywanie jurysdykcji uniwersalnej jako mieszanie się w ich wewnętrzne sprawy<sup>31</sup>. Takie ujęcie niełatwo łączy się z wizją komplementarnej jurysdykcji stałego MTK<sup>32</sup>.

Ponadto konieczne jest uwzględnienie przepisów ustawy o ustroju sądowym (*Gerichtsverfassungsgesetz*). Zgodnie z jej § 120(1)(8) w zw. z § 142(1) zd. 1 ściganie przestępstw na podstawie kodeksu jest zadaniem Federalnego

<sup>28</sup> §§ 153–154e StPO.

<sup>29</sup> M. Rogacka-Rzewnicka, *op. cit.*, s. 91.

<sup>30</sup> Tak w uzasadnieniu, Drucksache 14/8524, s. 37. Podtrzymane następnie przez Sąd Najwyższy, zob. BGH-Ermittlungsrichter: Verfahren wegen Verbrechen gegen die Menschlichkeit – Akteneinsicht, NStZ 2012, 223, § 17.

<sup>31</sup> K. Ambos, *Prosecuting International Crimes at the National and International Level: Between Justice and Realpolitik*, [w:] W. Kaleck et al. (red.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*, Berlin 2007, s. 66. Por. M. Langer, *Universal Jurisdiction as Janus-Faced: The Dual Nature of the German International Criminal Code*, „Journal of International Criminal Justice” 2013, vol. 11, s. 758.

<sup>32</sup> Zob. art. 17 Statutu Rzymskiego.

Prokuratora Generalnego (*Generalbundesanwalt*). Natomiast na gruncie § 18–20 tej ustawy niemiecka jurysdykcja karna nie może być wykonywana względem osób, którym przysługują immunitety wynikające z prawa dyplomatycznego, konsularnego, a także przedstawicieli innych państw i ich towarzyszy, którzy przebywają w Niemczech na oficjalne zaproszenie RFN i wreszcie także innych osób, o ile są one z niej wyłączone na podstawie prawa międzynarodowego.

### 3. Praktyka stosowania kodeksu

Pierwsze próby pociągnięcia do odpowiedzialności osób na gruncie kodeksu zbrodni przeciwko prawu międzynarodowemu były nieudane<sup>33</sup>. Głośnym echem odbiła się płonna próba wszczęcia postępowania przeciwko Donaldowi Rumsfeldowi<sup>34</sup>. Zarówno wniosek z 30 listopada 2004 r. Centrum Praw Konstytucyjnych, jak i późniejszy z 2006 r., skierowany przez byłych więźniów z Abu Ghraib i Guantanamo, zostały przez prokuratora federalnego rozpatrzone negatywnie w oparciu o § 153f StPO<sup>35</sup>. Z kolei zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa przez byłego chińskiego prezydenta Jianga Zemina względem Falun Gong zostało załatwione odmownie także w oparciu o § 20 *Gerichtsverfassungsgesetz*, tj. z przywołaniem immunitetu funkcjonalnego<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> N. Geißler, F. Selbmann, *Fünf Jahre Völkerstrafgesetzbuch – Eine kritische Bilanz*, *Humanitäres Völkerrecht: Informationsschriften*, 20. Jahrgang, 3/2007, s. 160 i n.

<sup>34</sup> Zob. A. Fischer-Lescano, *Torture in Abu Ghraib: The Complaint against Donald Rumsfeld under the German Code of Crimes against International Law*, „*German Law Journal*” 2005, vol. 6, s. 689 i n.; K. Ambos, *International Core Crimes, Universal Jurisdiction and § 153f of the German Criminal Procedure Code: A Commentary on the Decisions of the Federal Prosecutor General and the Stuttgart Higher Regional Court in the Abu Ghraib/Rumsfeld Case*, „*Criminal Law Forum*” 2007, vol. 18, s. 43 i n.

<sup>35</sup> Zob. K. Gallagher, *Universal Jurisdiction in Practice: Efforts to Hold Donald Rumsfeld and Other High-Level United States Officials Accountable for Torture*, „*Journal of International Criminal Justice*” 2009, vol. 7, nr 5, s. 1107. Szerzej zob. T. Ostropolski, *op. cit.*, s. 170 i n.

<sup>36</sup> W. Kaleck, *German International Criminal Law in Practice: From Leipzig to Karlsruhe*, [w:] W. Kaleck et al. (red.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*, Heidelberg 2007, s. 106.

Odmowa została także wydana odnośnie do wniosku o wszczęcie postępowania przeciwko byłemu uzbeckiemu ministrowi spraw wewnętrznych Zokirionowi Ałmatowowi, któremu zarzucano czyny z tytułu tortur i zbrodni przeciwko ludzkości stosowanych przez policję i służbę bezpieczeństwa Uzbekistanu w Andidżanie w 2005 r. Gdy grupa uchodźców z Uzbekistanu składała wniosek, Ałmatow przebywał na leczeniu klinicznym w Niemczech, a postanowienie o odmowie wszczęcia zostało wydane już po jego powrocie do ojczyzny<sup>37</sup>.

W dniu 28 września 2015 r. Wyższy Sąd Okręgowy w Stuttgarcie wydał wyroki skazujące w procesie dwóch rwandyjskich przywódców organizacji bojowej *Forces Democratiques de Libération du Rwanda* (FDLR)<sup>38</sup>. Z uzasadnienia wyroku w pamięci opinii publicznej najbardziej zapisało się otwierające zdanie przewodniczącego składu orzekającego, Jürgena Hetticha, który dobitnie oddał nieprzystawalność krajowego instrumentarium prawnego do prowadzenia tak olbrzymiego („mamuciego”) postępowania<sup>39</sup>. Opinia Hetticha wywołała duży ferment<sup>40</sup>, który przełożył się też na dodatkowe inicjatywy w Bundestagu<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> S. Zappalà, *The German Federal Prosecutor's Decision not to Prosecute a Former Uzbek Minister: Missed Opportunity or Prosecutorial Wisdom?*, „Journal of International Criminal Justice” 2006, vol. 4, nr 3, s. 602 i n. W. Kaleck, *op. cit.*, s. 109; T. Ostropolski, *op. cit.*, s. 172.

<sup>38</sup> OLG Stuttgart Urteil vom 28.9.2015, 5-3 StE 6/10. Ignace Murwanashyaka, przewodniczący FDLR, i Straton Musoni, jego wiceprzewodniczący, zostali oskarżeni o popełnienie poważnych naruszeń prawa międzynarodowego we wschodniej Demokratycznej Republice Konga w latach 2008–2009 i skazani: główny oskarżony Murwanashyaka – za pomoc w zbrodniach wojennych i kierowanie obcą grupą terrorystyczną (§ 129b StGB), a jego zastępca Musoni – za przywództwo zagranicznej grupy terrorystycznej, odpowiednio na 13 i 8 lat więzienia.

<sup>39</sup> Przewodniczący Hettig stwierdził: „To tak nie działa. Takiego gigantycznego postępowania nie da się opanować za pomocą Kodeksu postępowania karnego.” („So geht es nicht. Ein solches Mammutverfahren ist mit den Mitteln der Strafprozessordnung nicht in den Griff zu kriegen”).

<sup>40</sup> Zob. S. Bock, *International Adjudication Under Particular Consideration of International Criminal Justice: The German Contribution*, [w:] P. Hilpold (red.), *European International Law Traditions*, Berlin 2021, s. 299.

<sup>41</sup> Zob. D. Bentele, *Völkerstrafprozesse in Deutschland vortragen – Eine rechtpolitische Betrachtung*, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik” 2016, nr 11, s. 803.

Analizując sądowe stosowanie kodeksu zbrodni przeciwko prawu międzynarodowemu, można zauważyć wyraźne przesunięcie uwagi na Irak i Syrię<sup>42</sup>. Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na bardziej szczegółową ich analizę<sup>43</sup>. Nierzadko spotykają się one z dużym zainteresowaniem, co doskonale widać na przykładzie procesu dwóch byłych syryjskich urzędników rządowych za stosowanie tortur, rozpoczętym przed OLG w Koblencji w kwietniu 2020 r.<sup>44</sup> Zakończyły się one wyrokami skazującymi<sup>45</sup>. Z kolei OLG we Frankfurcie wydał pod koniec 2021 r. pierwszy wyrok skazujący za ludobójstwo względem Jazydów<sup>46</sup>. Rozwijana praktyka pozwala zmierzyć się z zarzutami, traktującymi kodeks jako tępy miecz albo papierowego tygrysa<sup>47</sup> i daje też mocny asumpt do traktowania hasła „*no safe haven Germany*” poważnie<sup>48</sup>.

<sup>42</sup> Zob. L. Büngener, *Aus der Praxis des Generalbundesanwalts im Völkerstrafrecht – Aktuelle Entwicklungen*, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik“ 2017, nr 12, s. 755 i n.; Ch. Ritscher, *Aktuelle Entwicklung in der Strafverfolgung des Generalbundesanwalts auf dem Gebiet des Völkerstrafrechts*, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik“ 2018, nr 12, s. 543 i n. oraz 12/2019, s. 519 i n.

<sup>43</sup> OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 1.08.2018 – 4 U 188/17; OLG Stuttgart Urteil vom 4.04.2019, 2 U 101/18; OLG Düsseldorf, Urteil vom 24.09.2018 – 5-3 StE 7/16; 6 BGH, Urt. vom 20.12.2018 – 3 StR 236/17.

<sup>44</sup> To pierwszy proces karny dotyczący tortur państwowych w Syrii. 24 lutego 2021 r. Wyższy Sąd Okręgowy w Koblencji uznał Eyada Al-Ghariba za winnego pomagania i podżegania do tortur oraz przymusowego więzienia jako zbrodni przeciwko ludzkości. Został skazany na 4,5 roku więzienia. Zob. E. Baier, *A Puzzle Coming Together – The Henchmen of Assad’s Torture Regime on Trial in Germany*, Völkerrechtsblog, 23 kwietnia 2020 r., <https://doi.org/10.17176/20200423-182318-0>. Por. B. Burghardt, *Endlich! – Erster Haftbefehl gegen einen ranghohen Vertreter des syrischen Assad-Regimes*, Völkerrechtsblog, 11 czerwca 2018 r., <https://doi.org/10.17176/20180611-135326-0>.

<sup>45</sup> Najpierw na początku 2021 r. w stosunku do jednego z oskarżonych orzeczono karę 4,5 roku pozbawienia wolności za pomocnictwo, Urteil vom 24 lutego 2021 r., Az. 1 StE 3/21; zob. też <https://olgko.justiz.rlp.de/de/startseite/detail/news/News/detail/urteil-gegen-einen-mutmasslichen-mitarbeiter-des-syrischen-geheimdienstes-wegen-beihilfe-zu-einem-ver/>. Przed tym sądem w styczniu 2022 r. wobec drugiego z oskarżonych orzeczono dożywotnią karę pozbawienia wolności w odniesieniu do domniemanego członka syryjskich służb specjalnych, OLG Koblenz, Urteil vom 13.1.2022, Az. 1 StE 9/19. Zob. też <https://olgko.justiz.rlp.de/de/startseite/detail/news/News/detail/lebenslange-haft-ua-wegen-verbrechens-gegen-die-menschlichkeit-und-wegen-mordes-urteil-gegen-ein-1>.

<sup>46</sup> OLG Frankfurt/Main, Urteil vom 30.11.2021, Az. 5-3 StE 1/20-4-1/20.

<sup>47</sup> B. Burghardt, *Zwischen internationaler Solidarität und „not in my backyard“: Eine Bilanz der bisherigen Strafverfolgung von Völkerrechtsverbrechen auf der Grundlage des VStGB*, Kritische Justiz, 1/2018, s. 26.

<sup>48</sup> Zob. Th. Beck, *Das Völkerstrafgesetzbuch in der praktischen Anwendung*, [w:] F. Jeßberger, J. Geneuss, *Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch: Bilanz Perspektiven eines „deutschen*

## Wnioski

Powyższe rozważania pokazują zarówno potencjał, jak i niebezpieczeństwa związane z wykonywaniem jurysdykcji uniwersalnej. Kodeks zbrodni przeciwko prawu międzynarodowemu stanowi kamień węgielny niemieckiego międzynarodowego prawa karnego, mając też kapitalne znaczenie symboliczne, również poza RFN<sup>49</sup>. Nierzadko traktuje się tę krajową regulację jako wzór na przyszłość i dla innych państw<sup>50</sup>. Jeśli nawet młyny sprawiedliwości miały wolno, to i tak, pomimo wielu krytycznych uwag wskazanych powyżej, warto wziąć pod uwagę doświadczenia niemieckie.

---

*Völkerstrafrechts*”, Baden-Baden, Bern 2013, s. 161. Por. J. Geneuss, *Völkerrechtsverbrechen und Verfolgungsermessen: § 153f StPO im System völkerrechtlicher Strafrechtspflege*, Baden-Baden 2013, s. 263.

<sup>49</sup> Przykładowo odniesienie do niego zawarto we wspólnej opinii odrębnej sędziów Higginsa, Kooijmansa i Buergenthala w rozstrzyganym przez MTS sporze *Kongo przeciwko Belgii*, ICJ Rep. 2002, s. 69, § 20.

<sup>50</sup> A. Klip, *Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch: Mitfeiern aus europäischer Perspektive*, [w:] F. Jeßberger, J. Geneuss, *Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch: Bilanz Perspektiven eines „deutschen Völkerstrafrechts“*, Baden-Baden, Bern 2013, s. 241. Podobnie Kaul traktował kodeks jako „duży postęp w polityce prawnej o znaczącym efekcie sygnalizacyjnym, [...] jako „wartościowe i ukierunkowane na przyszłość wzmocnienie międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych”, zob. H.-P. Kaul, *Das Völkerstrafgesetzbuch aus Sicht der internationalen* [w:] F. Jeßberger, J. Geneuss, *Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch: Bilanz Perspektiven eines „deutschen Völkerstrafrechts“*, Baden-Baden, Bern 2013, s. 224.



# Ściganie zbrodni międzynarodowych – doświadczenia Portugalii

## Wprowadzenie

Ze względu na swój charakter określone zbrodnie mogą wywierać negatywny wpływ na sumienie ludzkości. Jeżeli czyny takie jednocześnie stanowią zagrożenie dla pokoju i bezpieczeństwa międzynarodowego, to na wszystkich państwach ciąży obowiązek przyjęcia niezbędnych środków w celu prewencji i karania zbrodni międzynarodowych o takim charakterze.

Różnicę między ogółem zbrodni o wadze międzynarodowej a zbrodniami stanowiącymi naruszenie norm *ius cogens* widać wyraźnie w podejściu przyjętym przez Portugalię, gdzie uznaniu potrzeby wdrażania przepisów dotyczących niektórych rodzajów przestępstw towarzyszy uznanie potrzeby opracowania strategii prawnej, służącej zwalczaniu i ściganiu przestępstw uregulowanych na poziomie *ius cogens*, gdy do ich popełnienia doszło poza terytorium objętym jurysdykcją krajową Portugalii.

W odniesieniu do zobowiązań *obligatio erga omnes*, związanych ze zbrodniami o statusie unormowania *ius cogens*, Portugalia dość wcześnie podjęła się ambitnego zadania wprowadzenia niezbędnych zmian w krajowym systemie prawnym, które odzwierciedlałyby zaangażowanie tego państwa w walkę ze zbrodniami o najwyższej wadze, budzącymi niepokój całej społeczności międzynarodowej. W związku z takim celem Portugalia wszczęła niezbędne procedury dla zdefiniowania takich przestępstw międzynarodowych w krajowym porządku prawnym, z uwzględnieniem tych samych elementów zbrodni, które określono w traktatach międzynarodowych, mierząc się jednocześnie z wyzwaniem, wynikającym z ograniczeń nałożonych przez konstytucję Portugalii.

## 1. Przystąpienie do Statutu Rzymskiego jako punkt zwrotny

Portugalia była jednym z pierwszych państw, które podpisały Statut Rzymski, a rząd Portugalii formalnie złożył dokumenty ratyfikacyjne w dniu 5 lutego 2002 r. Decyzja ta istotnie wpłynęła na portugalski system prawa karnego. Zbrodnie międzynarodowe były wcześniej uregulowane w portugalskim kodeksie karnym (PKK), pierwotnie przyjętym w 1982 r. i gruntownie nowelizowanym w 1995 r.<sup>1</sup> W okresie od 1995 do 5 maja 2022 r. kodeks był nowelizowany 54 razy.

Katalog zbrodni o wadze międzynarodowej stypizowanych w portugalskim porządku prawnym zasadniczo ograniczał się do ludobójstwa i określonych czynów uznawanych za zbrodnie wojenne jako akty pogwałcenia konwencji genewskich międzynarodowego prawa humanitarnego oraz konwencji haskich z 1899 i 1907 r.<sup>2</sup> Zbrodnie przeciwko ludzkości nie były nazwane tym mianem, a jeżeli określone czyny popełniane w ich ramach miały być osądzone w procesach sądowych, podlegały rozproszonym w treści PKK regułom dotyczącym innych rodzajów czynów przestępnych (np. zniewolenie ludzi jako odrębne przestępstwo, przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i samostanowieniu również jako czyny uregulowane autonomicznie, niezależnie od perspektywy międzynarodowej).

W takich uwarunkowaniach przystąpienie Portugalii do Statutu Rzymskiego doprowadziło do głębokich zmian w portugalskim systemie prawnym, nie tylko zmian merytorycznych, tj. zmian materialnoprawnych, ale także zmian formalnych i strukturalnych. W pierwszej kolejności portugalski ustawodawca przyjął ustawę nr 31/2004 z dnia 22 lipca Prawo karne dotyczące naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego i zbrodni z nimi

<sup>1</sup> Decreto-Lei n.º 48/95 z dnia 15 marca 1995 r., Diário da República no. 63/1995, SérieI-A z dnia 15 marca 1995 r., s. 1350–1416.

<sup>2</sup> W ówczesnej wersji, portugalski kodeks karny penalizował 10 różnych zbrodni jako „zbrodnie przeciwko pokojowi i ludzkości” z art. 236–245 (podżeganie do wojny; rekrutacja sił zbrojnych; rekrutacja najemników; ludobójstwo; dyskryminacja rasowa lub religijna; zbrodnie wojenne przeciwko ludności cywilnej; niszczenie zabytków; tortury i inne okrutne, nieludzkie i poniżające traktowanie; tortury i inne okrutne, nieludzkie i poniżające traktowanie o podwyższonym stopniu karygodności; niezgłoszenie przez dowódcę lub przełożonego faktu popełnienia zbrodni).



związanych<sup>3</sup>. Ustawę tę przyjęto w celu odzwierciedlenia zarówno krajowych, jak i międzynarodowych obaw w kontekście zagrożenia globalnego powodowanego przez takie naruszenia, z uwzględnieniem faktu, że zbrodnie ludobójstwa, zbrodnie przeciwko ludzkości i zbrodnie wojenne są uznawane za najbardziej karygodne akty pogwałcenia uniwersalnych wartości godności ludzkiej, wolności, równości i solidarności, poszanowania praw człowieka i podstawowych swobód.

Należy podkreślić fakt, że wraz z Chorwacją Portugalia należy do grupy państw członkowskich Unii Europejskiej (UE), które jako jedyne nie stosują kary dożywotniego pozbawienia wolności. Zgodnie z portugalską konstytucją wyroki nie mogą mieć charakteru bezterminowego, nie mogą także obowiązywać w czasie nieokreślonym<sup>4</sup>, a kodeks karny Portugalii stanowi, że maksymalny wymiar kary za najcięższe zbrodnie wynosi 25 lat pozbawienia wolności<sup>5</sup>. Z okoliczności tej zrodziła się troska o zapewnienie zgodności wdrażanych w porządku prawnym zmian z przepisami konstytucji, a także konieczność spełnienia kryteriów, wynikających z portugalskich zasad podstawowych, w celu ograniczenia w racjonalnym zakresie prawdopodobieństwa, że osoba będąca obywatelem Portugalii lub cudzoziemcem przebywającym na jej terenie mogłaby – ze względu na jurysdykcję Międzynarodowego Trybunału Karnego (MTK) – zostać objęta sankcją polegającą na dożywotnim pozbawieniu wolności.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że zgodnie z art. 6 ust. 1 lit. f) i art. 6 ust. 2 lit. b) ustawy nr 144/99 z dnia 31 sierpnia<sup>6</sup>, która określa zasady międzynarodowej współpracy sądowniczej w sprawach karnych, władze portugalskie nie powinny dokonywać ekstradycji osób ściganych pod zarzutem popełnienia przestępstwa zagrożonego karą dożywotniego pozbawienia wolności, chyba że państwo wnioskujące o ekstradycję może zagwarantować, że sankcja taka nie zostanie zastosowana<sup>7</sup>. Podobną zasadę przewidziano w art. 13 ust. 1 lit. a)

<sup>3</sup> Diário da República no. 171/2004, Série I-A z dnia 22 lipca 2004 r., s. 4560–4565.

<sup>4</sup> Art. 30 ust. 1.

<sup>5</sup> Art. 41 ust. 2. Poza zabójstwem kwalifikowanym (art. 132 PKK), tylko zbrodnie określone w ustawie nr 31/2004 z dnia 22 lipca 2004 r. podlegają najwyższemu wymiarowi kary, tj. 25 lat pozbawienia wolności.

<sup>6</sup> Diário da República no. 203/1999, Série I-A z dnia 31 sierpnia, s. 6012–6040.

<sup>7</sup> J. Harrington, *Extradition of transnational criminals*, [w:] N. Boister, R.J. Currie (red.), *Routledge Handbook of Transnational Criminal Law*, New York 2015, s. 157.

ustawy nr 65/2003 z dnia 23 sierpnia, na mocy której przyjęto ramy prawne europejskiego nakazu aresztowania<sup>8</sup>. Zgodnie z tym przepisem władze portugalskie przekazują podejrzanego wydającemu nakaz organowi sądowemu wyłącznie wówczas, gdy system prawny państwa organu przewiduje możliwość ubiegania się o przedterminowe zwolnienie z upływem okresu nie dłuższego niż 20 lat, a organ sądowy zapewnia gwarancję, że takie reguły rewizji wyroku zostaną zastosowane w konkretnej sprawie.

Obecnie ogólne zasady portugalskiego systemu prawnego otwierają drogę do inicjowania procesów przed sądami portugalskimi i zgodnie z przepisami portugalskiego prawa karnego w odniesieniu do określonych czynów przestępnych popełnionych za granicą, nawet jeśli zostały popełnione przez cudzoziemca lub przeciwko cudzoziemcom, w przypadkach, gdy oskarżony przebywa na terytorium Portugalii i nie może zostać poddany ekstradycji ani wydany wobec grożącej mu kary dożywotniego pozbawienia wolności lub kary śmierci<sup>9</sup>. Co do zasady, zgodnie z art. 6 PKK sądy portugalskie stosują przepisy państwa, w którym doszło do popełnienia czynu przestępnego, o ile przepisy te są korzystniejsze dla oskarżonego niż przepisy ustanowione w portugalskim systemie prawnym w odniesieniu do tego samego czynu<sup>10</sup>. Natomiast w odniesieniu do zbrodni o wadze międzynarodowej ustawa nr 31/2004 wprowadziła wyjątek w odniesieniu do popełnionych poza terytorium Portugalii czynów przestępnych stanowiących zbrodnię ludobójstwa, zbrodnie wojenne, zbrodnie przeciwko ludzkości i zbrodnie agresji.

I tak, art. 5 ust. 2 ustawy nr 31/2004 wyraźnie uniemożliwia stosowanie tej zasady, przewidując właściwość wyłącznie przepisów portugalskich określonych w ustawie i pomijając przepisy obowiązujące w miejscu popełnienia czynu, niezależnie od tego, czy dany reżim prawny jest korzystniejszy dla oskarżonego czy też nie. Wynika to głównie z faktu, że zasada komplementarności jurysdykcji MTK stanowi, iż państwa mają pierwszeństwo w prowadzeniu spraw podlegających ich jurysdykcji, a MTK podejmuje działanie jedynie

---

<sup>8</sup> Diário da República no. 194/2003, Série I-A z dnia 23 sierpnia 2003 r., s. 5448–5458.

<sup>9</sup> Zgodnie z art. 5 i 6 portugalskiego kodeksu karnego.

<sup>10</sup> K.S. Gallant, *International Criminal Jurisdiction – Whose Law Must We Obey?*, Oxford 2022, s. 524.

wówczas, gdy państwa nie chcą lub nie są w stanie rzeczywiście prowadzić postępowania przygotowawczego czy czynności ścigania<sup>11</sup>.

Ponadto należy również wziąć pod uwagę fakt, że niektóre państwa nie dokonują nawet wyraźnej kategoryzacji określonych przestępstw uznawanych za zbrodnie o wadze międzynarodowej, a jeszcze inne państwa przyjęły lub mogą chcieć przyjąć specjalne zasady dotyczące immunitetu, amnestii i wyjątkowych zasad skrócenia kary w stopniu, który sprawia, że ich wola ścigania takich czynów będzie jedynie pozorna<sup>12</sup>. Przyjęcie reguły wyjątkowej, przewidującej zastosowanie przepisów prawa portugalskiego do przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu, podlegających osądzeniu przez sądy portugalskie, należy zatem uznać za rozwiązanie stworzone w celu ograniczenia ryzyka sytuacji, w których Portugalia mogłaby faktycznie przyczynić się do bezkarności podejrzanych, w sprzeczności z podstawowymi celami i założeniami międzynarodowego porządku prawnego.

Jednocześnie na mocy ustawy nr 31/2004 wyjęto zbrodnie międzynarodowe z zakresu PKK i uregulowano je autonomicznie w treści tegoż nowego instrumentu prawnego. Przewidziano ponadto nową kategorię zbrodni nazwaną „zbrodniami przeciwko ludzkości”, obejmującą wszystkie czyny uznawane za zbrodnie na gruncie Statutu Rzymskiego. Tak więc to, co wcześniej było tylko krótką listą czynów przestępnych, pośród wielu innych przestępstw, w tym drobnych wykroczeń, stało się teraz katalogiem przestępstw szczególnych podlegających specjalnemu reżimowi prawnemu i specjalnemu traktowaniu ze względu na znaczenie dla całej ludzkości<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> Zob. Governo, *Proposta de Lei n.º 72/IX/1*, „Parlamento”, 28 maja 2003 r., s. 2–3.

<sup>12</sup> Przykładowo Japonia jest krajem, gdzie nie ma możliwości nowelizacji ustaw, po to, aby odróżnić przypadki ludobójstwa od masowego morderstwa; zob. J. Meierhenrich, K. Ko, ‘How Do States Join the International Criminal Court? The Implementation of the Rome Statute in Japan’, „Journal of International Criminal Justice” 2009, vol. 7, nr 2.

<sup>13</sup> Rząd Portugalii uznał ten krok za symboliczny jako wyraźne przesłanie dla społeczności międzynarodowej, podkreślające rosnące przekonanie, że zbrodnie te domagają się dobitnych i silnych instrumentów ochrony. Zob. Governo, *op. cit.*, s. 3–4.

## 2. Wyjątki od ustawowych terminów przedawnienia

Należy również podkreślić zmiany dotyczące ustawowych okresów przedawnienia. W Portugalii karalność wszystkich czynów przestępnych podlega ustawowym terminom przedawnienia. Zasady ogólne określone w art. 118–121 PKK przewidują, że karalność czynu ustaje po maksymalnie 15 latach od momentu jego popełnienia, w zależności od rodzaju przestępstwa, chyba że istnieją podstawy do zawieszenia lub przerwania biegu terminu przedawnienia. Jest to zasada stosowana do wszelkiego rodzaju przestępstw, nawet tych, które można uznać za przestępstwa najbardziej karygodne, jak np. zabójstwo kwalifikowane wielu osób<sup>14</sup>. Przed wejściem w życie ustawy nr 31/2004 wszystkie zbrodnie międzynarodowe podlegały tej zasadzie. W przepisie art. 7 ustawa wprowadziła regułę szczególną przewidującą wyjątek od zasady ogólnej i narzuciła niestosowalność ustawowych terminów przedawnienia dla zbrodni międzynarodowych.

Analiza losów ustawy nr 31/2004 pozwala stwierdzić, że jej treść w pierwszej wersji nie obejmowała zbrodni agresji, a odnosiła się jedynie do zbrodni ludobójstwa, zbrodni wojennych oraz zbrodni przeciwko ludzkości. Kategoryzacja zbrodni agresji zyskała wymiar realny dopiero w 2019 r., ponieważ dopiero w 2017 r. Portugalia zdecydowała się na uwzględnienie poprawek do Statutu Rzymskiego, przyjętych przez Konferencję Rewizyjną w Kampali<sup>15</sup>. Po wdrożeniu jurysdykcji MTK Zgromadzenie Republiki Portugalii, w drodze uchwały nr 31/2017 z 20 lutego<sup>16</sup>, formalnie przyjęło te poprawki, uruchamiając jednocześnie inicjatywę ustawodawczą, której przebieg można określić jako spokojny i konsensualny. Ostatecznie na mocy ustawy nr 11/2019 z dnia 7 lutego<sup>17</sup> do ustawy nr 31/2004 dodano nowy artykuł 16-A.

<sup>14</sup> Jak podkreśla Paula Escarameia, portugalskie podejście do przedawnienia, dla którego kodeks karny przewiduje konkretne terminy, jest jedynie kwestią „politycznej woli”, a nie „ograniczeń konstytucyjnych”; zob. P. Escarameia, *Notes on the Implementation of the Rome Statute in Portugal*, [w:] C. Kreß, F. Lattanzi (red.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders*, vol. 1, Baden-Baden, 2000, s. 167.

<sup>15</sup> Powszechnie wiadomo, że wejście w życie poprawek dotyczących zbrodni agresji wymagało ratyfikacji przez 30 państw-stron oraz jednorazowej decyzji większości dwóch trzecich państw-stron po 1 stycznia 2017 r. Portugalia ratyfikowała poprawki w dniu 20 lutego 2017 r.

<sup>16</sup> Diário da República no. 36/2017, Série I z dnia 20 lutego 2017 r., s. 1002–1005.

<sup>17</sup> Diário da República no. 27/2019, Série I z dnia 7 lutego 2019 r., s. 990–991.

Warto zwrócić uwagę na sposób, w jaki portugalski porządek prawny traktuje zbrodnie wojenne. Z jednej strony ustawa nr 31/2004 kategoryzuje zbrodnie wojenne z art. 10–16, wyodrębniając zbrodnie polegające na użyciu metod walki, które są przedmiotem zakazu ogólnego (art. 11), oraz zbrodnie wojenne polegające na użyciu środków walki zabronionych na mocy prawa międzynarodowego (art. 12). Z drugiej strony brzmienie przepisów dotyczących tych zbrodni, a także wymiary kary, dokładnie odpowiadają przepisom ustawy nr 100/2003 z dnia 15 listopada, na mocy której wprowadzono kodeks sądownictwa wojskowego<sup>18</sup>. Główna różnica polega na tym, że różne zbrodnie wojenne sklasyfikowane jako takie w kodeksie sądownictwa wojskowego mają dodatkowy element: zbrodnie są popełniane w „czasie wojny”, czyli jedynie wówczas, gdy Portugalia „jest w stanie wojny wypowiedzianej obcemu państwu”<sup>19</sup>, niezależnie od obywatelstwa podejrzanego. Niemniej jednak, jeżeli stan wojny nie został ogłoszony, ale Portugalia faktycznie uczestniczy w działaniach wojennych, przepisy określone w kodeksie sądownictwa wojskowego nie mają zastosowania, natomiast stosują się przepisy ustawy nr 31/2004. Zbrodnie te w każdym przypadku będą zatem penalizowane jako zbrodnie wojenne, choć na podstawie innego instrumentu prawnego.

Zbrodnie wskazane w treści ustawy nr 31/2004 są jednak zbrodniami popełnianymi podczas działań wojennych i trwającego międzynarodowego lub niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego, niezależnie od miejsca i obywatelstwa sprawców. Ponieważ czyny te stanowią zbrodnie wojenne, karalność przestępstw kategoryzowanych w obu ustawach nie podlega przedawnieniu. W tym miejscu należy podkreślić fakt, że chociaż stanowisko Portugalii w sprawie przedawnienia karalności zbrodni wojennych jest zgodne z zasadami określonymi w Konwencji o niestosowaniu przedawnienia wobec zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości, Portugalia nie należy do grona sygnatariuszy tej Konwencji.

---

<sup>18</sup> Diário da República no. 265/2003, Série I-A z dnia 15 listopada 2003 r., s. 7800–7821. Na temat ewolucji sądownictwa wojskowego w Portugalii od XVII wieku oraz jego głównych cech zob. B.J. Kyle, A.G. Reiter, *Military Courts, Civil-Military Relations, and the Legal Battle for Democracy – The Politics of Military Justice*, New York 2021, s. 94–103.

<sup>19</sup> Art. 8. Wskazane zbrodnie porównano do przestępstw popełnionych w stanie oblężenia, a dany czyn przestępny podlega karze niezależnie od tego, czy został popełniony przez Siły Zbrojne czy przez cywilów.

Jednocześnie Portugalia rozszerzyła niestosowalność ustawowych terminów przedawnienia na zbrodnie ludobójstwa, zbrodnie agresji i zbrodnie przeciwko ludzkości<sup>20</sup>. Decyzję tę podjęto, ponieważ wypełnia ona zasadę określoną w art. 29 Statutu Rzymskiego, co pozwala na uniknięcie ryzyka braku komplementarności między MTK a sądami portugalskimi, gdyby w prawie portugalskim takie przestępstwa zostały w jakiś sposób objęte przedawnieniem, głównie w ramach reżimu prawnego określonego w PKK.

Sytuacje takie *de facto* prowadziłyby do ograniczenia możliwości spełnienia wymogu rezolucji 3074 (XXVIII) Zgromadzenia Ogólnego ONZ przewidzianego w jej pkt. 2, tj. wymogu poszanowania „prawa” „każdego państwa” do „sądzenia własnych obywateli za zbrodnie wojenne lub zbrodnie przeciwko ludzkości”. Należy również pamiętać, że według sprawozdania Pierwszego Komitetu Przygotowawczego do Zgromadzenia Ogólnego z 1996 r. możliwość wystąpienia sytuacji, w których państwa stosujące ustawowe terminy przedawnienia mogłyby okazać się „niezdolne” do ścigania sprawców po upływie takich terminów, stanowiła ogromne ryzyko, które należało wziąć pod uwagę, gdyby uzgodnienia przewidywały wprowadzenie ustawowych terminów przedawnienia karalności do treści Statutu Rzymskiego.

W ramach wypracowanego rozwiązania Portugalia wyraźnie uznaje zbrodnie przeciwko ludzkości, ludobójstwo, zbrodnie wojenne i agresję za szczególne zagrożenia dla pokoju i bezpieczeństwa ludzkości, podkreślając jednocześnie, że takie naruszenia prawa międzynarodowego stanowią wstrząs dla sumienia ludzkości w stopniu, który domaga się ich odrębnego traktowania i nadania odmiennego statusu w zakresie nieustawowych terminów przedawnienia karalności w porównaniu do wszystkich pozostałych czynów przestępnych. Biorąc pod uwagę fakt, że dotychczas osiągnięcie minimalnego konsensusu w sprawie katalogu norm peremptoryjnych okazało się niemożliwe ze względu na istotne rozbieżności doktrynalne, a także na zjawisko, które Cezary Mik nazywa „błędnym kołem”<sup>21</sup>, Portugalia wydaje się dawać wyraźny

---

<sup>20</sup> G. Mettraux, *International Crimes: Law and Practice*, vol. 1, *Genocide*, Oxford 2019, s. 145.

<sup>21</sup> C. Mik, *Jus Cogens in Contemporary International Law*, [w:] *XXXIII Polish Yearbook of International Law*, 2013, s. 58–60.

sygnał o uznaniu czynów wskazanych powyżej za zbrodnie międzynarodowe objęte statutem *ius cogens*<sup>22</sup>.

Niezależnie jednak od wątpliwości i braku pewności, czy istnieje zwyczajowa reguła narzucająca niestosowalność ustawowych terminów przedawnienia karalności wobec zbrodni unormowanych na poziomie *ius cogens*<sup>23</sup>, państwa-strony Statutu Rzymskiego zobowiązane są do powstrzymania się od przyjmowania i stosowania ustawowych terminów przedawnienia. Wynika to nie tylko z faktu, że stosowanie ustawowych terminów przedawnienia mogłoby być postrzegane jako naruszenie postanowień Statutu Rzymskiego<sup>24</sup>, ale także z tego, że brzmienie art. 29 Statutu odzwierciedla wspólny pogląd i zaangażowanie wszystkich państw-stron w konkretnym obszarze dotyczącym wszystkich zbrodni podlegających jurysdykcji Trybunału, a niekoniecznie związanym z samym postępowaniem przed Trybunałem.

### 3. Elementy zbrodni

Biorąc pod uwagę cztery rodzaje zbrodni przeciwko społeczności międzynarodowej określone w portugalskim systemie prawnym, dane zachowanie wypełnia znamiona czynu przestępnego jedynie wówczas, gdy narusza dobro prawne podlegające ochronie zgodnie z Konstytucją Portugalii<sup>25</sup>. W tych czterech przypadkach społeczność międzynarodowa stanowi główne dobro prawne objęte ochroną. Wskazane zbrodnie zostały po raz pierwszy ujęte w PKK w 1982 r., ze względu na konieczność kryminalizacji czynów

---

<sup>22</sup> M.C. Bassiouni, *International Criminal Law – Sources, Subjects, and Contents*, wyd. 3, t. 1, Leiden 2008, s. 176.

<sup>23</sup> Zob. S.R. Ratner, J. Abrams, J. Bischoff, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law: Beyond the Nuremberg Legacy*, Oxford 1997, s. 126; C.v.d. Wyngaert, J. Dugard, *Non-applicability of Statute of Limitations*, [w:] A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (red.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Oxford 2002, s. 879.

<sup>24</sup> W.A. Schabas, *Article 29*, [w:] O. Triffterer, K. Ambos (red.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, wyd. 3., Munich–Oxford–Baden-Baden 2016, s. 1110.

<sup>25</sup> J.J.G. Canotilho, V. Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, wyd. 4, t. 1, Coimbra 2007, s. 495.

naruszających rdzeń wartości uznanych przez społeczność międzynarodową za istotne dla jej rozwoju.

Czyny te odpowiadają, ogólnie rzecz biorąc, katalogowi tzw. „zbrodni międzynarodowych” w ścisłym tego określenia znaczeniu, które z kolei dla większości publicystów sprowadza się do zbrodni wojennych, zbrodni przeciwko pokojowi i zbrodni przeciwko ludzkości, z których wszystkie stypizowano już wcześniej w Karcie Międzynarodowego Trybunału Wojskowego w Norymberdze z 1945 r. Poprzez kategoryzację takich czynów jako zbrodni w kodeksie karnym Portugalia zamierzała włączyć do prawa krajowego rdzeń reguł i zasad prawa międzynarodowego o charakterze humanitarnym, który często wywodzi się z międzynarodowych konwencji ratyfikowanych, zatwierdzonych i opublikowanych na podstawie art. 8 konstytucji Portugalii.

Analiza tych czynów, kategoryzowanych w portugalskim systemie prawnym jako zbrodnie międzynarodowe, wskazuje, że kluczowym elementem zbrodni ludobójstwa, który skutkuje zakwalifikowaniem jej jako zbrodni, jest katalog czynów zawarty w art. 8, który pozwala rozróżnić ludobójstwo fizyczne i ludobójstwo biologiczne, tj. dwie formy ludobójstwa objęte art. 2 Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa.

Pierwsza z nich dotyczy czynów popełnionych w zamiarze zniszczenia w całości lub części grupy narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej: zabójstwa członków grupy, spowodowania poważnego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia psychicznego członków grupy oraz rozmyślnego stworzenia dla członków grupy warunków życia obliczonych na spowodowanie ich całkowitego lub częściowego zniszczenia fizycznego. W przypadku ludobójstwa biologicznego są to czyny, które mimo braku bezpośredniego zamiaru zniszczenia grupy w perspektywie długoterminowej, stanowią preludeum do zniszczenia grupy narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej przez rozproszenie jej członków przez nałożenie środków, które mają na celu wstrzymanie urodzin w obrębie grupy lub przez przymusowe przekazywanie dzieci członków grupy do innej grupy. Należy jednak podkreślić, że szeroko ujęta zbrodnia ludobójstwa, obejmująca zarówno „ludobójstwo polityczne”, jak i „ludobójstwo kulturowe”, nie podlega karze na mocy prawa portugalskiego<sup>26</sup>.

---

<sup>26</sup> Zob. I.M. Barroso, *O acordo com vista à prática de genocídio: o conceito, os requisitos e o fundamento da punição do «contrato criminal»*, [w:] A.M. Cordeiro, L.M. Leitão, J.C. Gomes



Jednocześnie, chociaż Portugalia zachowała te elementy zbrodni ludobójstwa w sposób identyczny z jej wcześniejszą kategoryzacją sprzed 2004 r.<sup>27</sup>, ewolucja zbrodni międzynarodowych widoczna w orzecznictwie międzynarodowych trybunałów karnych domaga się aktualizacji poglądu obowiązującego w Portugalii jeszcze kilkadziesiąt lat temu. W istocie, zdaniem członków komisji odpowiedzialnej za opracowanie propozycji zmian do PKK w 1993 r., ówczesny, ale też wcześniejszy (od 1982 r.) konsensus sprowadzał się do kryterium, że zakwalifikowanie czynu jako ludobójstwa wymaga popełnienia wielości czynów<sup>28</sup>. Interpretacja ta nie uwzględniała jeszcze treści orzeczeń Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii, MTS czy MTK.

Analiza sprawy *Prokurator przeciwko Tolimirowi* pozwala zrozumieć, że zakres orzeczenia nie polegał na uwzględnieniu liczby zabitych osób, ale ich postawy i wpływu, jaki wywierały na społeczność, a także symbolicznego znaczenia każdej z ofiar dla społeczności, na podstawie czego Trybunał stwierdził, że zabicie takiej osoby może być decydujące dla losów „grupy”<sup>29</sup>. Jednocześnie w wyroku z dnia 26 lutego 2007 r., w toczącej się przed MTS sprawie dotyczącej stosowania Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa (Bośnia i Hercegowina przeciwko Serbii i Czarnogórze), Trybunał zasugerował, że takie „kryteria nie są wyczerpujące”<sup>30</sup>.

Wreszcie brzmienie przepisów prawa portugalskiego wskazuje, że zabicie jednej ofiary może mieć decydujące znaczenie dla skazania sprawcy z zarzutu zbrodni ludobójstwa<sup>31</sup>. Zgodnie z art. 8 ust. 1 lit. a) ustawy nr 31/2004, sformułowanie *homicídio de membros do grupo* (zabicie członków grupy) podkreśla

---

(red.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, t. 5, Coimbra 2003, s. 121.

<sup>27</sup> Zob. M.J. Antunes, *Artigo 239.º: Genocídio*, [w:] J.F. Dias (red.), *Comentário Conimbricense do Código Penal – Vol. II: Artigos 202.º a 307.º*, Coimbra 1999, s. 570–574.

<sup>28</sup> Zob. M.J. Antunes, *op. cit.*, s. 572.

<sup>29</sup> Międzynarodowy trybunał ds. ścigania osób odpowiedzialnych za poważne łamanie międzynarodowych praw człowieka na terytorium byłej Jugosławii od 1991 r., *Prokurator przeciwko Tolimirowi (IT-05-88/2-T)*, wyrok z dnia 12 grudnia 2012 r., s. 343–344, pkt. 780–782.

<sup>30</sup> MTS, *Sprawa dotycząca stosowania Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa (Bośnia i Hercegowina przeciwko Serbii i Czarnogórze)*, wyrok z dnia 26 lutego 2007 r., pkt. 198–201 (oryginalny tekst w języku angielskim).

<sup>31</sup> Jest to zgodne z interpretacją S. Sayapina, *The Implementation of Crimes Against Peace and Security of Mankind in the Penal Legislation of the Republic of Kazakhstan*, „Asian Journal of International Law” 2020, vol. 10, nr 1, s. 3; C. Soler, *The Global Prosecution of Core Crimes under International Law*, Hague 2019, s. 92.

brak bezpośredniego związku z płcią czy liczbą ofiar, ponieważ przyimek *de* jest tu przyimkiem zupełnie neutralnym. Dlatego też konsekwentne użycie słowa *membros* należy rozumieć tak, że z zestawu elementów zbrodni nie wyklucza się zabicia jednej osoby, mającej wpływ na przetrwanie całej społeczności.

Porównanie sformułowań, którymi posłużył się ustawodawca w odniesieniu do zbrodni ludobójstwa, ze sformułowaniami zastosowanymi w przypadku innych przestępstw, nie pozostawia wątpliwości co do zakresu tej zasady: przepis art. 132 ust. 1 lit. h) PKK stanowi, że kwalifikowaną zbrodnią zabójstwa jest popełnienie przez sprawcę tego czynu ze współudziałem co najmniej *mais duas pessoas* (dwóch innych osób), przepis art. 151 ust. 1, dotyczący udziału w bójce, mówi zaś że przestępstwo może zostać popełnione jedynie wówczas, gdy w zdarzeniu bierze udział *duas ou mais pessoas* (dwie lub więcej osób), a przepis art. 144-B ust. 4 przewiduje odniesienie do *as pessoas* (osób), tj. wyraźnie do co najmniej dwóch osób<sup>32</sup>.

W odniesieniu do zbrodni wojennych Portugalia stosuje brzmienie wiernie odpowiadające sformułowaniom Statutu Rzymskiego. I tak, czyn przestępny polega na niszczeniu mienia nieuzasadnionym koniecznością wojskową i jest wymierzony przeciwko zabytkom historycznym lub kulturalnym, kierowaniu ataków na budynki przeznaczone do celów religijnych, edukacyjnych, artystycznych, naukowych lub charytatywnych. Co ciekawe, Portugalia nie ściga czynów polegających na wykorzystywaniu takich zabytków i budynków do wsparcia wysiłków wojskowych, choć ściganie takie jest sugerowane w Protokołach Dodatkowych I i II (odpowiednio art. 53 i 16) do Konwencji genewskich.

I wreszcie, w odniesieniu do agresji, siedem punktów określających, jakie czyny stanowią zbrodnię agresji, przetransponowano w brzmieniu dokładnie odpowiadającemu art. 8 *bis* Statutu Rzymskiego. Można jednak zauważyć różnice. Po pierwsze, nie można zapominać o całym procesie, który doprowadził do poprawek urzeczywistniających ściganie zbrodni agresji w Statucie Rzymskim. W istocie, statutowy katalog wydaje się wyczerpywać listę możliwych czynów, które można zakwalifikować jako zbrodnię agresji, choć w interpretacji Otto Triffterera i Kai Ambosa sformułowania „którykolwiek

<sup>32</sup> Zob. J.F. Dias, 'Artigo 132.º: Homicídio qualificado', [w:] J.F. Dias (red.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. 1, *Artigos 131.º a 201.º*, Coimbra 1999, s. 36; A.T. Carvalho, 'Artigo 151.º: Participação em rixa', [w:] J.F. Dias, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. 1, *Artigos 131.º a 201.º*, Coimbra 1999, s. 317.

z następujących czynów” nie można rozumieć jako „wyłącznie następujących czynów”<sup>33</sup>; interpretacja ta z punktu rodzi szereg wątpliwości, a jeśli wziąć pod uwagę naczelną zasadę prawa karnego, to trudno sobie wyobrazić, jak pogodzić zasadę legalizmu z listą czynów podlegających karze na mocy przepisów, które wprost nie klasyfikują ich jako czyny przestępne.

W tym zakresie, na przykład, Portugalia przyjęła podejście ambitne, przewidując w treści art. 16-A ust. 3, że oprócz siedmiu przypadków wskazanych w Statucie Rzymskim, akty agresji obejmują „inne czyny wypełniające przesłanki zawarte w ustępach poprzedzających”, tj. przesłanki „użycia przez państwo siły zbrojnej przeciwko suwerenności, integralności terytorialnej lub niezależności politycznej innego państwa”. Portugalia bierze tu przykład z uregulowania zawartego w art. 4 Rezolucji nr 3314 (XXIX) Zgromadzenia Ogólnego ONZ, który przyznaje Radzie Bezpieczeństwa wyłączne prawo do klasyfikowania innych czynów jako aktów agresji. Tym samym, na gruncie czysto teoretycznym, można wyobrazić sobie wsparcie udzielane grupom zbrojnym, których nie można uznać za „wysłane przez państwo lub działające w jego imieniu”, tj. grupom niebędących „*de facto* jednostkami” lub siłami współdziałającymi z Siłami Zbrojnymi za granicą, a nawet tym, nad którymi państwo nie sprawuje skutecznej kontroli i jedynie wspiera ich operacje. To właśnie dlatego, zgodnie z prawem portugalskim, pojęcie zbrodni agresji nie może wykluczać innych metod prowadzenia współczesnej wojny, takich jak ataki cybernetyczne.

#### 4. Aspekty prawnoprocesowe dotyczące zbrodni międzynarodowych

W analizie aspektów prawnoprocesowych, istotnych z perspektywy tematu niniejszego artykułu, należy wskazać, że sprawy z aktu oskarżenia o zbrodnie międzynarodowe wnoszonego przez organy prokuratury mogą być rozpoznawane przez ławę przysięgłych<sup>34</sup> lub – w przypadku braku wniosku

---

<sup>33</sup> A. Zimmermann, E. Freiburg, 'Article 8 bis', [w:] O. Triffterer, K. Ambos (red.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, wyd. 3, Munich–Oxford–Baden–Baden, 2016, s. 606.

<sup>34</sup> Art. 13 ust. 1 kodeksu postępowania karnego

o rozpoznanie sprawy przez ławę przysięgłych – zawsze przez sąd w składzie mieszanym<sup>35</sup>. Ponadto każda osoba może wystąpić z wnioskiem o dopuszczenie do postępowania w charakterze oskarżyciela posiłkowego (*constituir-se assistente*) wspierającego prokuratora, w odniesieniu do każdej zbrodni przeciwko prawu międzynarodowemu<sup>36</sup>. Oprócz spraw o takie zbrodnie, jedynymi sytuacjami wyjątkowymi, w których dopuszcza się udział dowolnej osoby w charakterze oskarżyciela posiłkowego, są sprawy o przestępstwa popełnione przez osoby piastujące urzędy polityczne. W 2014 r. opinię publiczną w Portugalii poruszyła sprawa przeciwko byłemu premierowi, José Sócratesowi, o przestępstwa korupcji i prania brudnych pieniędzy<sup>37</sup>. W jej przebiegu wnioski o udział w charakterze oskarżycieli posiłkowych złożyli dziennikarze, co umożliwiło im obecność przy czynnościach prowadzonych w ramach postępowania przygotowawczego oraz dostęp do akt sprawy w zakresie zależnym od zezwolenia udzielonego przez prokuratora.

Powołaniu instytucji oskarżyciela posiłkowego przyświecała idea, aby zapewnić określone prawa osobom, które wykazały swój bezpośredni interes prawny w przebiegu procesu sądowego, tj. nie tylko osobom będącym pokrzywdzonymi, co było równoznaczne z uznaniem, że dobro każdej osoby może stanowić bezpośredni przedmiot zamachu w ramach przestępstwa<sup>38</sup>. W przypadku czterech wymienionych powyżej zbrodni w grę wchodzi interes czy też dobro całej ludzkości. Logiczną konsekwencją tego założenia jest dopuszczenie każdej osoby do udziału w postępowaniu w charakterze

---

<sup>35</sup> Art. 14.

<sup>36</sup> Art. 68.

<sup>37</sup> W sprawie „Operação Marquês” portugalski prokurator postawił zarzuty 19 osobom i 9 firmom dotyczące różnych przestępstw. Wśród oskarżonych znalazł się były premier José Sócrates, postawiono mu 3 zarzuty biernej korupcji podczas pełnienia obowiązków służbowych, 16 przestępstw prania brudnych pieniędzy, 9 przestępstw fałszowania dokumentów i 3 przestępstwa uchylania się od płacenia podatków. José Sócrates został oskarżony o prowadzenie interesów na rzecz Ricardo Espírito Santo Salgado, byłego prezesa Espírito Santo Bank, i kilku portugalskich przedsiębiorców (np. Carlosa Santosa Silvy, Joaquina Barroca i Zeinala Bavy). Więcej informacji na temat zarzutów postawionych przez portugalskiego prokuratora w sprawie, w której nie rozpoczęła się faza procesowa, można znaleźć w: Ministério Público, Nota para a Comunicação Social: Operação Marquês – Acusação, *Ministério Público*, 11 października 2017 r.

<sup>38</sup> M.J. Antunes, *Direito Processual Penal*, Coimbra 2021, s. 50–52.

oskarżyciela posiłkowego, przy czym nie ma wyraźnych zastrzeżeń co do obywatelstwa lub miejsca zamieszkania osoby składającej taki wniosek.

O ile duch tej normy dopuszcza taką wykładnię, że dopuszczenie do postępowania w charakterze oskarżyciela posiłkowego wymaga wykazania związku pomiędzy przestępstwem a osobą składającą wniosek – o ile w przypadku przestępstw korupcyjnych zasadne jest wymaganie, aby osoba wykazująca interes prawny podała miejsce zamieszkania w Portugalii – o tyle w przypadku zbrodni przeciwko społeczności międzynarodowej wykazanie takiego związku, gdy interes prawny należy do całej ludzkości, jest utrudnione<sup>39</sup>. Dopuszczenie do postępowania osób w charakterze oskarżycieli posiłkowych jest równoznaczne z uznaniem, że osoby takie mają bezpośredni interes w przebiegu procesu sądowego. I tak, mogą one uczestniczyć w postępowaniu przygotowawczym, dowodowym oraz składać wnioski procesowe, formułować zarzuty niezależnie od prokuratora i odwoływać się od wydanych orzeczeń, nawet jeśli nie zdecyduje się na to prokurator<sup>40</sup>. W każdym jednak przypadku konieczne jest formalne wszczęcie śledztwa przez prokuratora, co oznacza, że bez tej czynności osoba nie może rozpocząć z własnej inicjatywy postępowania o przestępstwa, o których sądzi, że zostały popełnione.

## 5. Zasada jurysdykcji uniwersalnej a portugalski porządek prawny

W obecnym brzmieniu art. 5 PKK przewiduje tzw. *princípio da universalidade* (zasadę uniwersalności) lub *princípio da aplicação universal* (zasadę uniwersalnej stosowalności), które są regułami wywodzącymi się z procesu integracji Portugalii ze społecznością międzynarodową i zapewniającymi ochronę wartości, dóbr lub interesów ludzkości jako całości, oraz wspólnotę innych wartości i zasad z każdym innym państwem lub organizacją międzynarodową w kontekście konieczności ścigania określonych zbrodni, niezależnie od tego, kto jest ich sprawcą. W ujęciu portugalskim państwo penalizuje

---

<sup>39</sup> *Ibidem*, s. 47–49.

<sup>40</sup> Art. 68 i 69.

wszelkie prawnie istotne czyny przeciwko dobru ludzkości, niezależnie od obywatelstwa zarówno sprawcy, jak i ofiary czy miejsca popełnienia zbrodni.

Z reguły ta krajowa zasada jurysdykcji uniwersalnej ma zastosowanie pomocnicze w stosunku do jurysdykcji o charakterze uniwersalnym, jeżeli takie w ogóle istnieją. Przewidziano również regułę specjalną dotyczącą przypadków określonych w Konwencji w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania, z której Portugalia wywodzi stosowalność zasady jurysdykcji uniwersalnej wynikającej z zobowiązania do przestrzegania traktatów międzynarodowych (art. 5 ust. 2 PKK).

Co nie mniej istotne, prawo portugalskie co do zasady respektuje regułę terytorialności, uznając jurysdykcję każdego państwa w zakresie stosowania własnego prawa karnego w stosunku do czynów popełnionych na jego terytorium. Stan ten obowiązuje od 1852 r., tj. od pierwszej autonomicznej kodyfikacji i powszechnie znanych, doniosłych orzeczeń trybunałów międzynarodowych w tej kwestii, takich jak w sprawach „statku Lotus”, „Pytań dotyczących obowiązku ścigania lub ekstradycji”, „Barcelona Traction” oraz „Nakazu aresztowania z dnia 11 kwietnia 2000 r.”.

Od reguły tej są jednak wyjątki. Portugalski pogląd na zasadę jurysdykcji uniwersalnej podlega dwóm kryteriom stosowalności: jedynie wówczas, gdy podejrzany o popełnienie zbrodni znajduje się na terytorium Portugalii i jedynie wówczas, gdy niemożliwa jest jego ekstradycja lub wydanie go Międzynarodowemu Trybunałowi Karnemu (art. 5 ust. 1 ustawy nr 31/2004). Stanowisko to różni się od poglądu sędzi Christine van den Wyngaert w sprawie *Nakazu aresztowania z dnia 11 kwietnia 2000 r.*, w której opowiedziała się ona za legalnością wydania nakazu aresztowania przez państwo wobec osoby, która nie znajduje się na terytorium państwa wydającego nakaz<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> MTS, *Sprawa dotycząca nakazu aresztowania z dnia 11 kwietnia 2000 r. (Demokratyczna Republika Konga przeciwko Belgii)*, wyrok z dnia 14 lutego 2002 r.: Zdanie odrębne sędzi *ad hoc* Van den Wyngaert (oryginalny tekst w języku angielskim).

## Wnioski

Na przestrzeni ostatnich dziesięcioleci zobowiązania wynikające z traktatów międzynarodowych lub z pojawienia się zasad zwyczajowych dotyczących zbrodni międzynarodowych wywarły silny wpływ na portugalski wymiar sprawiedliwości, skłaniając ustawodawcę do rozszerzania listy wyjątków od podstawowych wartości zapisanych w portugalskim porządku prawnym od 1976 r. Jednym z najbardziej dobitnych tego przykładów tego jest fakt, że karalność wszystkich przestępstw, w tym zbrodni zabójstwa, podlega przedawnieniu, jednak nie dzieje się tak w przypadku zbrodni uznawanych za „naruszające prawo międzynarodowe”, takich jak zbrodnia ludobójstwa, zbrodnie przeciwko ludzkości, zbrodnie wojenne i zbrodnia agresji.

Możliwy jest zatem tylko jeden wniosek: o ile zbrodnie przeciwko życiu, zbrodnie o charakterze wojskowym i przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu państwa są w powszechnej opinii społeczeństwa portugalskiego uważane za przestępstwa o największym ciężarze gatunkowym, o tyle zbrodnie unormowane na poziomie *ius cogens*, gdy zostaną uznane za takie właśnie, są postrzegane jako uzasadniające wyższy poziom ochrony, ponieważ wykraczają poza interes jednego państwa czy całej portugalskiej społeczności narodowej: waga zbrodni *ius cogens* dotyczy bowiem całej ludzkości.





# Zbrodnia ludobójstwa w węgierskim prawie karnym – pozornie idealna implementacja

## Wprowadzenie

Od przyjęcia Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych w dniu 9 grudnia 1948 r.<sup>1</sup>, zbrodnia ludobójstwa jest powszechnie uznawana za „najcięższą zbrodnię wśród zbrodni” przewidzianą w międzynarodowym prawie karnym<sup>2</sup>. Wydawałoby się rzeczą naturalną, aby zbrodnia, której popełnienie „wstrząsa sumieniem ludzkości”<sup>3</sup>, była jednolicie uregulowana we wszystkich jurysdykcjach krajowych, jednak większość państw, które wprowadziły kryminalizację zbrodni ludobójstwa, dokonała modyfikacji definicji międzynarodowej<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa (1951) 78 UNTS 277.

<sup>2</sup> MTKR, *Prokurator przeciwko Kambanda* (ICTR-97-23-S), orzeczenie i wyrok z dnia 4 września 1998 r., pkt 16 r. Izba Odwoławcza MTKR podkreśliła, że „Statut nie hierarchizuje zbrodni, a [...] wszystkie zbrodnie w nim określone stanowią poważne naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego i jako takie mogą skutkować tym samym wymiarem kary”. *Prokurator przeciwko Kayishema i Ruzindana* (ICTR-95-1-A), wyrok Izby Odwoławczej z dnia 1 czerwca 2001 r., pkt 367 r. W orzecznictwie sądów międzynarodowych widać jednak tendencję do wymierzania znacznie surowszych wyroków za ludobójstwo niż za zbrodnie wojenne lub zbrodnie przeciwko ludzkości. Zob. J.W. Doherty, R.H. Steinberg, *Punishment and Policy in International Criminal Sentencing: An Empirical Study*, „American Journal of International Law” 2016, t. 110, s. 49–81, 72.

<sup>3</sup> Zbrodnia ludobójstwa, ZO ONZ Rez. 96/1946 (I), 11 grudnia 1946 r., sygn. ONZ A/RES/96.

<sup>4</sup> Przynajmniej niektóre aspekty definicji międzynarodowej w swoim ustawodawstwie krajowym zmieniło 100 państw oraz Specjalny Region Administracyjny Makau, podczas gdy definicję międzynarodową w brzmieniu niezmienionym zachowało jedynie tylko 41 państw-stron Konwencji w sprawie ludobójstwa. Zob. T. Hoffmann, *The Crime of Genocide in Its (Nearly) Infinite Domestic Variety*, [w:] M. Odello, P. Łubiński (red.), *The Concept of Genocide in International Criminal Law – Developments after Lemkin*, Abington 2020, s. 67–97, 70–74.

Implementacja zbrodni ludobójstwa w węgierskim prawie karnym na pierwszy rzut oka wydaje się podręcznikowym przykładem wdrożenia norm międzynarodowych do krajowego porządku prawnego. W czasie procedowania nad najnowszym węgierskim kodeksem karnym, tj. Ustawą C z 2012 r., ustawodawca podkreślił wolę respektowania międzynarodowych zobowiązań prawnych Węgier, a tym samym zachowania treści zbrodni międzynarodowych w węgierskim prawie karnym, w oparciu przede wszystkim o Statut Rzymski Międzynarodowego Trybunału Karnego. Niemniej jednak w tym rozdziale postaram się wykazać, że chociaż zgodność tekstowa krajowych definicji prawnych z ich międzynarodowymi odpowiednikami jest ważna, na wdrażanie zbrodni międzynarodowych często jeszcze bardziej istotny wpływ ma interpretacja doktrynalna, która na Węgrzech może potencjalnie radykalnie zmieniać stosowanie definicji zbrodni ludobójstwa w rzeczywistych postępowaniach karnych. Choć teza ta wydaje się mieć charakter czysto hipotetyczny, ze względu na fakt, że sądy węgierskie dotychczas nigdy nie musiały właściwie rozpoznawać sprawy dotyczącej ludobójstwa, w dniu 11 października 2021 r. Sąd Okręgowy dla miasta stołecznego Budapesztu wydał pierwszy węgierski wyrok oparty na wykonywaniu jurysdykcji uniwersalnej. Sąd skazał oskarżonego Hassana Farouda na karę dożywotniego pozbawienia wolności bez możliwości zwolnienia warunkowego za popełnienie zbrodni przeciwko ludzkości w Syrii<sup>5</sup>. Fakt ten pokazuje dobitnie, że zbrodnie międzynarodowe, takie jak ludobójstwo, mogą być przywoływane w przyszłości również w postępowaniach karnych przed sądami węgierskimi.

## 1. Definicja zbrodni ludobójstwa przed przyjęciem Ustawy C z 2012 r.

Węgry przystąpiły do Konwencji w sprawie ludobójstwa w dniu 7 stycznia 1952 r. i wdrożyły jej tekst do prawa węgierskiego w 1955 r.<sup>6</sup> Choć tekst ogłoszony zasadniczo pokrywał się z treścią konwencji, to jego zastosowanie

---

<sup>5</sup> Podstawowe informacje o sprawie dostępne na [www.trialinternational.org/latest-post/hassan-faroud](http://www.trialinternational.org/latest-post/hassan-faroud) (dostęp: 2.05.2022).

<sup>6</sup> Węgry, Dekret z mocą ustawy nr 16 z 1955 r.

w prawie karnym przyniosło znaczące zmiany w definicji zbrodni ludobójstwa w porównaniu do definicji międzynarodowej. Przepis art. 137 pierwszego socjalistycznego kodeksu karnego, Ustawy V z 1961 r., pomijał kwalifikację grup chronionych „jako takich”, zastępując jednocześnie pojęcie „zniszczenia” sformułowaniem „eksterminacja”. W przepisie podkreślono również, że pierwszy *actus reus* obejmuje „zabójstwo [jednego] członka grupy”, co stanowiło zmianę w stosunku do liczby mnogiej użytej w brzmieniu oryginalnym. Drugi czyn zabroniony – „Spowodowanie poważnego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia psychicznego członków grupy” – został całkowicie pominięty, natomiast w treści art. 138 wprowadzono nową kategorię „Zbrodni przeciwko grupie narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej”, kryminalizując takie zachowania jako zbrodnię *sui generis*, której popełnieniu jednak niekoniecznie musiał towarzyszyć zamiar ludobójczy.

Kolejny kodeks karny, tj. Ustawa IV z 1978 r., w przepisie art. 155 początkowo powielał wcześniejszą regulację. Jednakże w ramach dokonanej w 1996 r. nowelizacji kodeksu karnego przywrócono *actus reus* w węgierskiej definicji ludobójstwa („Spowodowanie poważnego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia psychicznego członków grupy”), a także zmieniono brzmienie pierwszego czynu zabronionego na „Zabójstwo członków grupy”, dostosowując je do definicji międzynarodowej<sup>7</sup>.

## 2. Definicja zbrodni ludobójstwa w obecnym obowiązującym węgierskim kodeksie karnym

W ramach szeroko zakrojonej reformy prawa, w 2012 r. przyjęto nowy węgierski kodeks karny<sup>8</sup>. Tym razem ustawodawca szczególną uwagę zwrócił na harmonizację krajowego prawa karnego z międzynarodowymi zobowiązaniami prawnymi Węgier, w szczególności w zakresie dostosowania do postanowień Statutu Rzymskiego Międzynarodowego Trybunału Karnego<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Węgry, Ustawa XVII z 1996 r. o zmianie Ustawy IV z 1978 r. – Kodeks Karny.

<sup>8</sup> Węgry, Ustawa C z 2012 r. – Kodeks Karny.

<sup>9</sup> W uzasadnieniu do projektu ustawy przedstawionym przez Ministra Sprawiedliwości podkreślono, że „w treści ustawy dokonano przeformułowania przepisów [dotyczących zbrodni międzynarodowych] ze szczególnym uwzględnieniem zapisów Statutu Rzymskiego

Ludobójstwo zdefiniowano w art. 142 ust. 1 węgierskiego kodeksu karnego. W oficjalnym tłumaczeniu na język angielski jest mowa o zbrodni ludobójstwa, której dopuszcza się:

każda osoba, która w ostatecznym celu zniszczenia w całości lub w części grupy narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej:

- a) dokonuje zabójstwa członków grupy;
- b) powoduje poważne uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia psychicznego członków grupy;
- c) stwarza dla grupy warunki życia obliczone na zniszczenie grupy jako całości lub jej określonych członków;
- d) podejmuje wszelkie działania mające na celu wstrzymanie urodzin w obrębie grupy;
- e) porywa dzieci członków grupy i umieszcza je w innej grupie<sup>10</sup>.

Choć w języku angielskim użyte sformułowania wydają się znacząco różnić od definicji międzynarodowej, w rzeczywistości ich brzmienie w języku węgierskim jest niemal dosłownym odzwierciedleniem art. II Konwencji w sprawie ludobójstwa, co przypomina jedynie, że nawet oficjalne tłumaczenia mogą nie być rzetelne. Jedyna różnica polega na tym, że w węgierskiej definicji użyto sformułowania „w celu” zamiast „w zamiarze” i że w ogóle pominięto kwalifikację „jako takich”. W świetle tak niewielkiej rozbieżności treściowej można by przyjąć, że stosowanie definicji zbrodni ludobójstwa będzie pokrywać się z praktyką międzynarodową. W dalszej części chciałbym jednak zwrócić uwagę na cztery kwestie, które mogą mieć doniosłe konsekwencje praktyczne ze względu na rozbieżności poglądów wśród przedstawicieli węgierskiej doktryny prawnej.

---

Międzynarodowego Trybunału Karnego...” – Uzasadnienie do projektu Ustawy C z 2012 r. – Kodeks Karny.

<sup>10</sup> [www.thb.kormany.hu/download/a/46/11000/Btk\\_EN.pdf](http://www.thb.kormany.hu/download/a/46/11000/Btk_EN.pdf) (dostęp: 15.06.2021).

### 3. Potencjalne problemy dotyczące stosowania definicji zbrodni ludobójstwa w węgierskiej praktyce karnoprawnej

#### 3.1. Definicja grupy chronionej

Konwencja w sprawie ludobójstwa ogranicza zakres ochrony do grup narodowych, etnicznych, rasowych i religijnych. Mimo że Konwencja nie zawiera definicji tych grup, brak ten budzi stosunkowo mało kontrowersji, a przedstawiciele doktryny na ogół akceptują analizę przedstawioną przez Międzynarodowy Trybunał Karny dla Rwandy (MTKR) w sprawie Akayesu<sup>11</sup>. Pojawiły się jednak pewne kontrowersje dotyczące tego, czy przynależność pokrzywdzonych do grupy chronionej należy ustalać w podejściu obiektywnym, które opiera się na koncepcji grupy jako bytu stabilnego i trwałego, czy też w podejściu subiektywnym, które koncentruje się na samoidentyfikacji jej członków lub ich postrzeganiu jako takich przez osoby z zewnątrz<sup>12</sup>. Jakkolwiek w orzecznictwie MTKR co do zasady próbowano połączyć zarówno kryteria obiektywne, jak i subiektywne<sup>13</sup>.

Węgierska doktryna prawna odwołuje się do międzynarodowego orzecznictwa dotyczącego definicji grup chronionych<sup>14</sup>, ale zachowuje dość sztywne stanowisko w kwestii przynależności do grup, które nie uległo zmianie od lat 60. XX wieku. Stanowisko to, powielane niemal dosłownie w każdym

<sup>11</sup> MTKR zdefiniował grupy narodowe jako zbiór osób mających to samo obywatelstwo (pkt 512); grupy etniczne jako ludzi posługujących się tym samym językiem i mających wspólną kulturę (pkt 513); grupy rasowe jako ludzi o „dziedzicznych cechach fizycznych często utożsamianych z regionem geograficznym ich pochodzenia” (pkt 514); natomiast grupy religijne miała charakteryzować „ta sama religia, wyznanie lub sposób sprawowania i wykonywania praktyk religijnych” (pkt 515). *Prokurator przeciwko Akayesu*, sprawa nr ICTR-96-4-T, wyrok z dnia 2 września 1998 r.

<sup>12</sup> G. Mettreaux, *International Crimes: Law and Practice*, t. 1, *Genocide*, Oxford 2019, s. 197–199.

<sup>13</sup> K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law – t. 2, The Crimes and Sentencing*, Oxford 2014, s. 7–9.

<sup>14</sup> Zob. np. N. Kis (red.), *A Büntető Törvénykönyv magyarázata – II. kötet, Különös Rész (I)*, Magyar Hivatalos Közlönykiadó, Budapest 2008, s. 468; F. Sántha, *XIII. fejezet – Az emberiség elleni bűncselekmények*, [w:] I. Görgényi et al. (red.), *A magyar büntetőjog különös része*, Budapest 2013, s. 17–30, s. 19; S. Törő, *XIII. fejezet – Az emberiség elleni bűncselekmények*, [w:] K. Karsai (red.), *Nagykommentár a Büntető Törvénykönyvhöz*, Budapest 2019, s. 305–313, 305; Sz. Hornyák, *Emberiség elleni bűncselekmények*, [w:] M. Tóth, Z. Nagy (red.), *Magyar büntetőjog – Különös rész*, Budapest 2014, s. 19–29, 21.

podręczniku węgierskiego prawa karnego i w każdym komentarzu, głosi, że przynależność do grupy zasadniczo opiera się na obiektywnym stanie faktycznym, tj. bierze pod uwagę te same warunki życia członków grupy, uznając jednocześnie, że przynależność do grupy może wynikać z dobrowolnej decyzji o przystąpieniu do grupy lub też z dołączenia do niej poprzez zawarcie małżeństwa. Pierwsza analiza doktrynalna oparta na takiej linii argumentacji pochodzi z 1969 r.<sup>15</sup> i od tego czasu jest powielana z jedynie drobnymi modyfikacjami<sup>16</sup>, a nawet została oficjalnie usankcjonowana w uzasadnieniu do projektu ustawy przedstawionym przez Ministra Sprawiedliwości w 2012 r.<sup>17</sup>

Chociaż interpretacja ta na pierwszy rzut oka wydaje się zapewniać użyteczną definicję do zastosowania w praktyce, obarczona jest fatalnym niedopatrzeniem, ponieważ nie bierze pod uwagę faktu, że w większości przypadków status, jaki pokrzywdzony ma z perspektywy sprawcy, jest bardziej istotny niż to, czy pokrzywdzony faktycznie poczuwa się do więzi z grupą czy nie<sup>18</sup>. Podczas II wojny światowej wielu obywateli Węgier zostało zidentyfikowanych, a następnie zabitych, jako należący do żydowskich grup etnicznych/religijnych, mimo że w swojej samoidentyfikacji wielu z nich nie określało się jako Żydzi. W konsekwencji węgierska interpretacja doktrynalna może nie zapewniać sprawiedliwości ofiarom ludobójstwa.

<sup>15</sup> J. Földvári, *Büntetőjog – Különös Rész*, Budapest 1969, s. 81.

<sup>16</sup> T. Horváth, *XI. fejezet – Az emberiség elleni bűncselekmények*, [w:] L. Fehér, T. Horváth, M. Lévy, *A magyar büntetőjog különös része I*, Bóbor Kiadó, Miskolc 2003, s. 47–73, 54. V. Maráz, *Az emberiség elleni bűncselekmények*, [w:] B. Kereszty, V. Maráz, F. Nagy, M. Vida (red.), *A magyar büntetőjog különös része*, Korona Kiadó, Budapest 2005, s. 47–58, 52; F. Sántha, *XIII. fejezet – Az emberiesség elleni bűncselekmények*, [w:] I. Görgényi, J. Gula, T. Horváth, J. Jacsó, M. Lévy, F. Sántha, E. Váradi (red.), *A magyar büntetőjog különös része*, Budapest 2013, s. 17–30, 19. S. Törő, *XIII. fejezet – Az emberiesség elleni bűncselekmények*, [w:] K. Karsai (red.), *Nagykommentár a Büntető Törvénykönyvhöz*, Budapest 2019, s. 305–313, 305; Sz. Hornyák, *Emberiesség elleni bűncselekmények*, [w:] M. Tóth, Z. Nagy (red.), *Magyar büntetőjog – Különös rész*, Budapest 2014, s. 19–29, 21; M.G. Molnár, *Az emberiesség elleni bűncselekmények – Btk. XIII. fejezet*, [w:] E. Belovics (red.), *Büntetőjog II. – Különös Rész*, Budapest 2019, s. 19–36, 25.

<sup>17</sup> W treści uzasadnienia zdefiniowano grupę jako „społeczność osób, które łączą ze sobą ich narodowość, pochodzenie etniczne, rasa lub religia, lub które deklarują przynależność do tych grup” – Uzasadnienie Ministra Sprawiedliwości do projektu Ustawy C z 2012 r.

<sup>18</sup> Zob. W.A. Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge 2009, s. 125.

### 3.2. Wymogi dotyczące strony podmiotowej (*mens rea*) ludobójstwa

Jednym z najważniejszych elementów zbrodni ludobójstwa jest przesłanka popełnienia czynów zabronionych „w zamiarze zniszczenia w całości lub części” czterech grup chronionych. Zakresu tego specjalnego zamiaru popełnienia ludobójstwa (*dolus specialis*) nie można jednak ustalić wyłącznie na podstawie tekstu konwencji. Zgodnie z poglądem dominującym, bez udowodnienia sprawcy zamiaru specjalnego, oskarżony nie może zostać uznany za winnego ludobójstwa, nawet jeśli zachowania sprawcy stanowiły jeden z czynów zabronionych i miały miejsce w kontekście działań o charakterze ludobójczym. I tak, w sprawie Akayesu MTKR orzekł, że wobec sprawcy należało wykazać, że działał „w wyraźnym zamiarze spowodowania zbrodni”<sup>19</sup>, natomiast Komisja Śledcza w sprawie Darfuru podkreśliła, że *dolus specialis* „oznacza, że sprawca świadomie dążył do tego, aby popełnione przez niego czyny zabronione skutkowały zniszczeniem, w całości lub w części, grupy jako takiej i wiedział, że jego czyny zniszczą, w całości lub w części, grupę jako taką”<sup>20</sup>. Pogląd ten podziela również większość przedstawicieli doktryny<sup>21</sup>.

Pogląd mniejszościowy opowiada się za przyjęciem „standardu opartego na wiedzy”, tj. koncepcji, zgodnie z którą zamiar specjalny można wywieść z wiedzy sprawcy, że działania, w których uczestniczył, mogły potencjalnie prowadzić do zniszczenia, w całości lub w części, chronionej grupy<sup>22</sup>. Choć węgierska definicja zbrodni wyraźnie wymaga działania „w celu” zniszczenia, pewna część węgierskich przedstawicieli doktryny poparła stosowanie standardu opartego na wiedzy. Według tych komentatorów świadomość ryzyka, że popełniane czyny zabronione mogą spowodować ludobójstwo

<sup>19</sup> MTKR, *Prokurator przeciwko Akayesu*, sprawa nr ICTR-96-4-T, wyrok z dnia 2 września 1998 r., pkt 518.

<sup>20</sup> Międzynarodowa Komisja Śledcza w sprawie Darfuru, *Raport Międzynarodowej Komisji Śledczej w sprawie Darfuru dla Sekretarza Generalnego*. Zgodnie z Rez. RB ONZ 1564, 18 września 2004 r., załącznik do pisma Sekretarza Generalnego z dnia 31 stycznia 2005 r. skierowanego do Przewodniczącego KB, S/2005/60, 1 lutego 2005 r., pkt 491.

<sup>21</sup> Zob. K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, t. 1, *Foundations and General Part*, Oxford 2013, autorzy cytowani w przypisie 227.

<sup>22</sup> Zob. np. A.K.A. Greenawalt, *Rethinking Genocidal Intent: The Case for a Knowledge-Based Interpretation*, „Columbia Law Review” 1999, t. 99, s. 2259–2294; O. Triffterer, *Genocide, Its Particular Intent to Destroy in Whole or in Part the Group as Such*, „Leiden Journal of International Law” 2001, t. 14, s. 404–405.

(*dolus eventualis*) zaspokaja wymóg *mens rea* zbrodni ludobójstwa, a ani Konwencja w sprawie ludobójstwa, ani statuty międzynarodowych organów karnych nie przewidują elementu zamiaru specjalnego<sup>23</sup>. W ostatnim czasie najbardziej prestiżowy internetowy portal z komentarzami do kodeksu karnego również przyjął ten pogląd, posuwając się do stwierdzenia, że taka interpretacja jest zgodna z utrwalonym orzecznictwem międzynarodowym<sup>24</sup>.

Pogląd ten jest jednak nie do utrzymania. Jak wynika z powyższej analizy, zarówno ugruntowane orzecznictwo sądów międzynarodowych, jak i przeważająca opinia doktryny odrzuca obniżenie wymogu zamiaru specjalnego, a waga *dolus specialis* jako nieodzownego elementu zbrodni ludobójstwa została uznana zarówno w oficjalnych uzasadnieniach do obecnego i poprzedniego węgierskiego kodeksu karnego<sup>25</sup>, jak też przez większość przedstawicieli węgierskiej doktryny prawnej<sup>26</sup>. Nie jest to zaskakujące, ponieważ już w treści Ustawy IV z 1978 r. w definicji ludobójstwa zawarto sformułowanie „w celu”.

### 3.3. Istnienie planu lub polityki ludobójczej

W międzynarodowym orzecznictwie toczy się ostra debata na temat istnienia ludobójczego planu lub polityki jako przesłanki koniecznej do ustalenia zbrodni ludobójstwa, tj. czy zachowanie sprawcy musiało mieć miejsce w jakichś ramach organizacyjnych, czy też – w skrajnym przypadku – zbrodnia

<sup>23</sup> N. Kis, B. Gellér, *A nemzetközi bűncselekmények hazai kodifikációja, de lege ferenda*, [w:] K. Ligeti (red.), *Ünnepi kötet Wiener A. Imre 70. születésnapjára*, Budapest 2005, s. 385; P.M. Nyitrai, *Nemzetközi és európai büntetőjog*, Budapest 2006, s. 199; G. Balázs, *Az emberiség elleni bűncselekmények*, [w:] P. Péter (red.), *Új Btk Kommentár – 3. kötet, Különös rész*, Budapest 2013, s. 9–46, 16.

<sup>24</sup> Wolters Kluwer Jogtár (baza informacji prawnych).

<sup>25</sup> Uzasadnienie Ministra Sprawiedliwości do projektu ustawy IV z 1978 r.; Uzasadnienie Ministra Sprawiedliwości do projektu ustawy C z 2012 r.

<sup>26</sup> F. Sántha, *XIII. fejezet – Az emberiség elleni bűncselekmények*, [w:] I. Görgényi, J. Gula, T. Horváth, J. Jacsó, M. Lévy, F. Sántha, E. Váradi (red.), *A magyar büntetőjog különös része*, Budapest 2013, s. 17–30, 21; S. Törő, *XIII. fejezet – Az emberiség elleni bűncselekmények*, [w:] K. Karsai (red.), *Nagykommentár a Büntető Törvénykönyvhöz*, Budapest 2019, s. 305–313, 306; M.G. Molnár, *Az emberiség elleni bűncselekmények – Btk. XIII. fejezet*, [w:] E. Belovics (red.), *Büntetőjog II. – Különös Rész*, Budapest 2019, s. 19–36.



ludobójstwa może zostać popełniona nawet przez pojedyncze osoby bez żadnego wsparcia organizacyjnego.

O ile Rafał Lemkin, twórca koncepcji ludobójstwa, uznał za oczywiste, że popełnienie ludobójstwa wymaga skoordynowanej realizacji szerszego planu<sup>27</sup>, Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii odrzucił ten pogląd. W sprawie Jelisić MTKJ uznał, że chociaż istnienie ludobójczego planu lub polityki mogłoby pomóc w udowodnieniu popełnienia ludobójstwa, nie stanowi ono prawnej przesłanki popełnienia zbrodni, a zatem zbrodnię może popełnić nawet sprawca działający w pojedynkę<sup>28</sup>. Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości zgodził się z tą oceną<sup>29</sup>. Chociaż wielu komentatorów przyjęło tę linię argumentacji<sup>30</sup>, inni utrzymywali, że w praktyce:

niemal niemożliwe jest wyobrażenie sobie ludobójstwa, które nie zostałyby zaplanowane i zorganizowane przez państwo lub przez podmiot podobny do państwa, albo przez jakąś powiązaną z nim klikę<sup>31</sup>.

Międzynarodowy Trybunał Karny próbował znaleźć kompromis między tymi dwoma stanowiskami. W dokumencie Elementy definicji zbrodni wymaga się, aby „czyn miał miejsce w kontekście oczywistego wzorca podobnych zachowań skierowanych przeciwko tejże grupie lub stanowił zachowanie, które samo mogło skutkować takim zniszczeniem”<sup>32</sup>. Tym samym popełnienie ludobójstwa wymagałoby zwykle przystąpienia do realizowanego przez państwo lub wysoce zorganizowany podmiot niepaństwowy ludobójczego planu

<sup>27</sup> R. Lemkin: *Axis Rule in Occupied Europe*, Washington 1944, s. 79.

<sup>28</sup> MTKJ, *Prokurator przeciwko Jelisić*, sprawa nr IT-95-10-A, wyrok z dnia 5 lipca 2001 r., pkt 48.

<sup>29</sup> MTS, *Sprawa dotycząca stosowania Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa (Bośnia i Hercegowina przeciwko Serbii i Czarnogórze)*, wyrok z dnia 26 lutego 2007 r., pkt 373 r.; 11 państw przewidziało w swoich kodeksach karnych, że istnienie planu lub polityki ludobójczej jest nieodzownym elementem zbrodni ludobójstwa. Zob. T. Hoffmann, *op. cit.*, s. 71–73.

<sup>30</sup> Zob. m.in. A. Cassese, *International Criminal Law*, Oxford 2008, s. 140–141; G. Werle, *Principles of International Criminal Law*, The Hague 2009, s. 271–273.

<sup>31</sup> W.A. Schabas, *State Policy as an Element of International Crimes*, „The Journal of Criminal Law and Criminology” 2008, t. 98, s. 953–982, 966.

<sup>32</sup> MTK, *Elementy definicji zbrodni*, art. 6 lit. a) pkt 4; art. 6 lit. b) pkt 4; art. 6 lit. c) pkt 5; art. 6 lit. d) pkt 5; art. 6 lit. e) pkt 7.

lub polityki, chyba że w pewnych mało prawdopodobnych okolicznościach pojedyncza osoba mogłaby zniszczyć chronioną grupę w całości lub w części. Mimo że MTKJ stwierdził, że interpretacja MTK odbiega od ustalonego zwyczaju<sup>33</sup>, Międzynarodowy Trybunał Karny nadal stosuje to podejście<sup>34</sup>.

Rozstrzygnięcie tej kwestii ma wyjątkowo istotne znaczenie dla sądów krajowych, ponieważ przestępstwa z nienawiści na tle rasistowskim mogą obiektywnie spełniać wymogi zarówno *mens rea*, jak i *actus reus* zbrodni ludobójstwa. Kreß przekonująco argumentuje, że przyjęcie podejścia przewidzianego w Elementach Definicji Zbrodni jest jedynym realnym rozwiązaniem, ponieważ czyn zabroniony musi stanowić realne zagrożenie dla przetrwania chronionej grupy, a zatem w praktyce jest prawie nie do pomyślenia, by samotny ludobójca lub kilku sprawców działających w porozumieniu mogło popełnić ludobójstwo<sup>35</sup>. Co ciekawe, w postępowaniach karnych wobec sprawców jedynych po II wojnie światowej seryjnych zabójstw na tle rasowym na Węgrzech nigdy nie sugerowano, że przestępstwa te można zakwalifikować jako ludobójstwo. W okresie od 21 lipca 2008 r. do 3 sierpnia 2009 r. 4 sprawców przeprowadziło 9 ataków na członków społeczności romskiej w zamiarze wywołania wojny rasowej między mniejszością romską a etniczną ludnością węgierską. W atakach zginęło 6 osób, 3 zostały ranne, a sprawcy działali z pobudek nienawiści do całej populacji Romów i chcieli zniszczyć ich społeczność<sup>36</sup>. Ich czyny zostały zakwalifikowane jednak jako przestępstwa z nienawiści, co oznacza, że władze węgierskie – przynajmniej nieoficjalnie – zaakceptowały stanowisko prezentowane przez MTK.

<sup>33</sup> MTKJ, *Prokurator przeciwko Krstić* (IT-98-33-A), wyrok z dnia 19 kwietnia 2004 r., pkt. 224.

<sup>34</sup> MTK, *Al Bashir (decyzja w sprawie nakazu aresztowania)* (ICC-02/05-01/09), decyzja z dnia 4 marca 2009 r., pkt 132.

<sup>35</sup> C. Kreß, *The ICC's First Encounter with the Crime of Genocide: The Case against Al Bashir*, [w:] C. Stahn (red.), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford 2015, s. 678–679.

<sup>36</sup> Przegląd sprawy, zob. M. Subert, *Motives and Legacies behind 2008–2009 Hungarian Roma Murders and Apologies*, „Contemporary Justice Review” 2019, t. 22, s. 3–22.

### 3.4. Czyny przeciwko jednemu z członków grupy chronionej

Konwencja w sprawie ludobójstwa typizuje czyny zabronione w liczbie mnogiej, np. „zabójstwo członków grupy” czy „przymusowe przekazywanie dzieci członków grupy do innej grupy”. Ścisła interpretacja językowa mogłaby zatem prowadzić do wniosku, że *actus reus* popełniony wobec jednego z członków chronionej grupy nie stanowi ludobójstwa. Na przykład zabójstwo jednego członka chronionej grupy nie może być uznawane za ludobójstwo – sprawca musiałby zabić co najmniej dwie osoby. Argumentacja taka może jednak prowadzić do absurdalnych wniosków w hipotetycznej sytuacji, w której zniszczona zostaje znaczna część chronionej grupy, wszyscy sprawcy spełnili przesłankę zamiaru specjalnego, jednak każdy z nich zabił „tylko” jedną osobę. Skutkiem takiego zachowania byłoby ludobójstwo, przy czym żaden ze sprawców faktycznie nie popełniłby przedmiotowej zbrodni. *Mutatis mutandis* to samo dotyczy również wszystkich innych czynów zabronionych.

Nic dziwnego, że orzecznictwo międzynarodowe<sup>37</sup> i większość przedstawicieli doktryny prawnej<sup>38</sup> popiera stanowisko, zgodnie z którym zabójstwo choćby jednego członka grupy może stanowić ludobójstwo, a czyny zabronione popełnione przeciwko jednej osobie można uznać za ludobójstwo, znalazło się w przepisach krajowych szeregu państw<sup>39</sup>. W tym właśnie duchu dokument Elementy Definicji Zbrodni stwierdza, że czyn zabroniony musi zostać popełniony przeciwko „jednej lub większej liczbie osób”<sup>40</sup>.

Niemniej jednak w węgierskim piśmiennictwie prawniczym badacze zajmujący się tym zagadnieniem twierdzą, że ze względu na użycie liczby mnogiej węgierski kodeks karny wymaga, aby *actus reus* dotyczył co najmniej dwóch osób. Tym samym zabójstwo tylko jednej osoby stanowi jedynie

<sup>37</sup> MTKR, *Prokurator przeciwko Mbampara*, sprawa nr ICTR-01-65-T, wyrok z dnia 11 września 2006 r., pkt 8.

<sup>38</sup> Zob. np. G. Werle, *Principles of International Criminal Law*, s. 265; W.A. Schabas, *Genocide in International Law*, s. 179. K. Ambos z kolei opowiada się za odczytaniem zawężającym, opartym na zasadzie *lex stricta*. K. Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, t. 2, s. 10.

<sup>39</sup> Należą do nich Fidżi, Niemcy, Włochy i Urugwaj. Zob. T. Hoffmann, *op. cit.*, s. 75.

<sup>40</sup> MTK, *Elementy Definicji Zbrodni*, art. 6 lit. b) pkt 1; art. 6 lit. c) pkt 1; art. 6 lit. d) pkt 1; art. 6 lit. e) pkt 1.

usiłowanie ludobójstwa<sup>41</sup>. Choć interpretację tę wydają się potwierdzać faktyczne sformułowania użyte w przepisie kodeksowym, osobiście uważam, że międzynarodowe zobowiązania Węgier domagają się odczytania tego przepisu w zgodzie z jego ogólnie uznawaną treścią. Nawet jeśli oznaczałoby to odejście od potocznego znaczenia użytych sformułowań, zasada legalizmu pozostałaby nienaruszona, ponieważ węgierski Sąd Konstytucyjny już kilkadziesiąt lat temu uznał, że:

prawo międzynarodowe stosuje gwarancję *nullum crimen sine lege* do siebie, a nie do prawa krajowego [...] niezależnie od tego, czy prawo krajowe typizuje porównywalne czyny przestępne i czy czyny te zostały włączone do wewnętrznego porządku prawnego [...]<sup>42</sup>.

## Wnioski

Na krajową implementację norm prawa karnego międzynarodowego wpływa wiele czynników, takich jak konieczność ich dostosowania do krajowego porządku prawnego, celowa modyfikacja przez ustawodawcę (rozszerzenie lub zawężenie zakresu definicji zbrodni, często poprzez wprowadzenie nowych czynów zabronionych lub grup chronionych) czy wreszcie niekiedy nierzetelne tłumaczenie oryginalnej normy<sup>43</sup>. Jednak nawet jeśli przepisy wdrażające normę międzynarodową wiernie oddają jej pierwotną treść, to to, czy faktyczne jej stosowanie jest zgodne z praktyką międzynarodową w dużej

<sup>41</sup> B. Gellér, *Az emberiség elleni bűncselekmények*, [w:] P. Polt (red.), *Új Btk Kommentár – 3. kötet, Különös rész*, Budapest 2013, s. 9–46, s. 14; Sz. Hornyák, *Emberiség elleni bűncselekmények*, [w:] M. Tóth, Z. Nagy (red.), *Magyar büntetőjog – Különös rész*, Budapest 2014, s. 19–29, 21; P. Polt, *Btk. XIII. Fejezet – Az emberiség elleni bűncselekmények*, [w:] B. Blaskó, S. Madai, A. Pallagi, P. Polt, L. Schubauer (red.), *Büntetőjog – Különös rész I*, Budapest–Debrecen 2018, s. 13–29, 16.

<sup>42</sup> Sąd Konstytucyjny Republiki Węgierskiej, orzeczenie nr 53/1993, 13 października 1993 r., rozdział V. W późniejszym orzeczeniu Sąd Konstytucyjny wskazał, że „to właśnie prawo międzynarodowe określa zbrodnie, które podlegają ściganiu i karaniu, jak również wszystkie przesłanki ich karalności”. Sąd Konstytucyjny Republiki Węgierskiej, orzeczenie nr 36/1996, 4 września 1996 r., rozdział II. ust. 1.

<sup>43</sup> Zob. T. Hoffmann, *op. cit.*, s. 91–93.

mierze zależy od wiedzy i doświadczenia organów sądownictwa w zakresie prawa międzynarodowego. Jak starałem się wykazać w tym artykule, nawet przepisy dotyczące „najcięższej zbrodni wśród zbrodni” podlegają radykalnie odmiennym interpretacjom. Ponieważ w węgierskim porządku prawnym zasada *iura novit curia* przyczynia się do stanu niemożliwej do zakwestionowania fikcji, w której sędziowie mieliby jakoby posiadać gruntowną wiedzę w dziedzinie każdego systemu prawa, w tym prawa międzynarodowego publicznego i wcześniejszego węgierskiego orzecznictwa w zakresie stosowania prawa dotyczącego zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości, sądy zwykle dochodziły do swoich konkluzji bez przeprowadzenia oceny międzynarodowego orzecznictwa czy analizy doktryny, a konkluzje te często radykalnie odbiegały od przyjętych na arenie międzynarodowej interpretacji<sup>44</sup>. Choć obecnie węgierskie sądownictwo odmawia dopuszczenia ekspertów prawnych do udziału w postępowaniach sądowych<sup>45</sup>, rozwiązanie takie wydaje się być najpewniejszym sposobem na uniknięcie w przyszłości niefortunnych orzeczeń w ramach stosowania norm międzynarodowego prawa karnego.

---

<sup>44</sup> Zob. np. T. Hoffmann, *Trying Communism Through International Criminal Law? – The Experiences of the Hungarian Historical Justice Trials*, [w:] K.J. Heller, G. Simpson (red.), *Hidden Histories of War Crimes Trials*, Oxford 2013, s. 229–247.

<sup>45</sup> Na przykład Curia (węgierski sąd najwyższy) stwierdziła, że eksperci mogą być angażowani w postępowanie „jedynie wówczas, gdy kwestia podlegająca rozstrzygnięciu wykracza poza zakres kompetencji prawniczych” – Curia orzeczenie sygn. Bt.III.1.604/2015/4.



# Penalizacja zbrodni międzynarodowych w Bośni i Hercegowinie. Różnorodność norm prawnych oraz implikacje wynikające z zasady legalizmu

## Wprowadzenie

Zbrodnie międzynarodowe<sup>1</sup> stanowią pogwałcenie prawa międzynarodowego i prawa traktatowego, naruszające podstawowe wartości społeczności międzynarodowej i skutkujące powstaniem indywidualnej odpowiedzialności karnej<sup>2</sup>. Wprowadzenie odpowiednich ram prawnych ma fundamentalne znaczenie z perspektywy położenia kresu kulturze bezkarności, niezależnie od tego, czy ściganie tych zbrodni następuje przed sądami międzynarodowymi czy krajowymi. Kwestia prawa karnego materialnego mającego zastosowanie w postępowaniach o zbrodnie przed sądami w Bośni i Hercegowinie (BiH) stanowi jedną z kluczowych kwestii prawnych we współczesnym orzecznictwie i krajowej doktrynie prawniczej. Problem ujawnił się w następstwie przyjęcia Strategii zamknięcia Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej

---

\* Autor dziękuje prof. Patrycji Grzebyk za wnikliwe pytania zadane podczas konferencji oraz za elastyczność i cierpliwość w procesie pisania artykułu. Szczególne podziękowania kieruję do mojej przyjaciółki, Neli Sefić, LL.M., za wsparcie w kwerendzie materiałów badawczych i uwagi do wstępnych wersji artykułu. Zastosowanie ma zwyczajowa klauzula wyłączenia odpowiedzialności.

<sup>1</sup> W niniejszym artykule pojęcie „zbrodnie międzynarodowe” jest używane zamiennie jako ogólny termin odnoszący się do najpoważniejszych zbrodni tego typu, tj. zbrodni ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości i zbrodni wojennych.

<sup>2</sup> Definicje zbrodni międzynarodowych można znaleźć w A. Cassese et al., *Cassese's International Criminal Law*, Oxford 2013, s. 18; Lj. Bavcon, *Mednarodna hudoletstva*, [w:] Lj. Bavcon, M. Škrk (red.), *Mednarodno kazensko pravo*, Ljubljana 2012, s. 149. O procesie i kryteriach kryminalizacji przestępstw międzynarodowych można przeczytać w M.Ch. Bassiouni, *Principles of International Criminal Law*, Leiden 2013, s. 142–150.

Jugosławii (MTKJ)<sup>3</sup> oraz utworzenia izb specjalnych ds. zbrodni wojennych w ramach Wydziału Karnego Sądu BiH (tj. Izby ds. Zbrodni Wojennych, IZW) oraz Prokuratury Krajowej BiH (Wydział Specjalny ds. Zbrodni Wojennych, WSZW PK BiH), które początkowo kwalifikowały zarzuty o zbrodnie międzynarodowe jako zarzuty o przestępstwa unormowane w kodeksie karnym BiH przyjętym w 2003 r. (KK BiH 2003)<sup>4</sup>. Natomiast inne sądy krajowe niemalże z reguły stosują kodeks karny Socjalistycznej Federalnej Republiki Jugosławii (KK SFRJ 1976)<sup>5</sup>, uznając go za kodeks obowiązujący w czasie wojny w BiH w latach 1992–1995<sup>6</sup>. Przeciwstawne stanowiska w kwestii korpusu prawa krajowego, który ma zastosowanie w sprawach o zbrodnie międzynarodowe, wynikają z odmiennych poglądów i interpretacji zasad oraz przepisów związanych ze stosowaniem kodeksów karnych w odniesieniu do czasu popełnienia czynu, a także zasady legalizmu w ujęciu ogólnym.

We współczesnych porządkach prawnych fundamentalne znaczenie ma spełnienie wymogów zasady legalizmu (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), będącej podstawową zasadą prawa karnego<sup>7</sup>, ponieważ stanowi ona ucieleśnienie jego funkcji gwarancyjnej<sup>8</sup>. Stawia ona wobec ustawodawcy konkretne wymagania dotyczące zakreślenia definicji przestępstwa i wymiaru kary w formie prawa pisanego (*lex scripta*), które wystarczająco precyzyjnie i jednoznacznie wyraża ustawowe znamiona typizowanych czynów zabronionych (*lex certa*), zakazuje stosowania niekorzystnej dla sprawcy wykładni rozszerzającej (*lex stricta*) oraz wyłącza stosowanie przepisów ze skutkiem

<sup>3</sup> Rez. RB ONZ nr 1503 (28 sierpnia 2003 r.), S/RES/1503 (2003).

<sup>4</sup> KK BiH 2003 (Służbeni glasnik BiH, nr 3/03, z późniejszymi zmianami).

<sup>5</sup> KK SFRJ 1976 (Służbeni list SFRJ, nr 44/76, z późniejszymi zmianami); Uredba sa zakonskom snagom o preuzimanju i primjenjivanju saveznih zakona koji se u Bosni i Hercegovini primjenjuju kao republički zakon (Służbeni list R BiH nr 2/92); Zakon o potvrđivanju uredbi sa zakonskom snagom (Służbeni list R BiH nr 13/93).

<sup>6</sup> Szczegółowe omówienie wczesnego orzecznictwa IZW oraz sądów w Jednostkach Autonomicznych (JA) i Dystryktie Brčko BiH (DB BiH), zob. OBWE, *Moving towards a Harmonized Application of the Law Applicable in War Crimes Cases before Courts in Bosnia and Herzegovina*, „Misja do BiH” 2008.

<sup>7</sup> M.N. Simović, D. Jovašević, *Leksikon krivičnog prava Bosne i Hercegovine*, Sarajevo 2018, s. 244.

<sup>8</sup> H.H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, wyd. 5, Berlin 1996, s. 126 i n.; Z. Tomić, *Krivično pravo I*, Sarajevo 2008, s. 111; P. Novoselec, *Opći dio kaznenog prava*, Osijek 2016, s. 47; P. Novoselec, I. Martinović, *Komentar Kaznenog zakona. I. knjiga: opći dio*, Zagreb 2019, s. 8.



wstecznym (*lex praevia*)<sup>9</sup>. Ponadto prawo to określa szczegółowe wymagania dla sądów w zakresie wykładni kodeksów karnych i reguluje ich stosowanie w odniesieniu do czasu popełnienia czynu w kontekście ustalenia i potencjalnego zastosowania przepisów łagodniejszych (względniejszych) dla sprawy (*lex mitior*). Zasada legalizmu w tej formie jest powszechnie przyjęta w prawie porównawczym, a konkretnie w systemach prawnych opartych na tradycji prawa cywilnego i stanowi integralną część międzynarodowego systemu praw człowieka<sup>10</sup>.

Przestrzeganie tej zasady jest istotne w kontekście ścigania zbrodni międzynarodowych i innych naruszeń praw człowieka z przeszłości przed mechanizmami wymiaru sprawiedliwości karnej w sytuacjach pokonfliktowych. Procesy karne, przy całej krytyce i ograniczeniach wskazywanych w badaniach nad wymiarem sprawiedliwości okresu przejściowego, pozostają istotnym mechanizmem ponownego urzeczywistnienia norm praworządności w kontekście ustalenia indywidualnej odpowiedzialności karnej za popełnione w przeszłości na szeroką skalę czyny przestępne<sup>11</sup>. Jednym z warunków wstępnych ścigania zbrodni międzynarodowych przed sądami krajowymi, wynikającym z zasady legalizmu, jest wymóg, aby zbrodnie te, tzn. ich elementy i wymiar kary, były zdefiniowane w prawie krajowym<sup>12</sup>.

Niniejsze opracowanie skupia się na analizie zakresu penalizacji zbrodni międzynarodowych w prawie karnym stosowanym przez sądy Bośni i Hercegowiny w kontekście współczesnych postępowań przed sądami krajowymi w sprawach o zbrodnie międzynarodowe popełnione w latach 1992–1995.

<sup>9</sup> Zob. J. Pradel, *Droit pénal compare*, wyd. 4, Paris 2016, s. 59–60; H. Sijerčić-Čolić, Dž. Mahmutović, N. Smailagić, *Bosnia and Herzegovina*, [w:] F. Verbuggen, V. Franssen (red.), *International Encyclopedia of Laws: Criminal Law*, Alphen aan den Rijn 2021, s. 53–54; M.D. Dubber, T. Hörnle, *Criminal Law. A Comparative Approach*, Oxford 2014, s. 73–74; Lj. Bavcon et al., *Kazensko pravo, Splošni del*, Ljubljana 2013, s. 131–132; Ž. Horvatić, D. Derenčionić, L. Cvitanović, *Kazneno pravo. Opći dio I: kazneno pravo i kazneni zakon*, Zagreb 2016, s. 132–140.

<sup>10</sup> Zob. K.S. Gallant, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge 2009, s. 11 i n.; B. Petrović, N. Smailagić, *Načelo zakonitosti u savremenom međunarodnom krivičnom pravu: srednji put između kontinentalnog i angloameričkog koncepta zakonitosti?*, „Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu“ 2016, t. 59, s. 302 i n.

<sup>11</sup> Szczegółowy opis historii międzynarodowych procesów karnych w kontekście wymiaru sprawiedliwości w okresach przejściowych, zob. R. Teitel, *Tranziciona pravda*, Belgrade 2014, s. 47–61.

<sup>12</sup> V.Đ. Degan, B. Pavišić, *Međunarodno kazneno pravo*, Rijeka 2005, s. 68.

W celu ustalenia ram prawnych, na podstawie których zbrodnie międzynarodowe są ścigane przed sądami krajowymi, oraz biorąc pod uwagę zasady stosowania prawa karnego w odniesieniu do czasu popełnienia czynu, w artykule tym postaram się zidentyfikować kodeksy karne obowiązujące w okresie ostatnich trzydziestu lat oraz przeanalizować odpowiednie ich przepisy dotyczące zbrodni międzynarodowych. Analiza opiera się na zbadaniu zbrodni kwalifikowanych jako zbrodnie międzynarodowe, ze szczególnym uwzględnieniem zakresu kryminalizacji, przewidzianych sankcji karnych oraz modeli odpowiedzialności karnej, w tym z odniesieniem do instytucji odpowiedzialności dowódców oraz związku przestępnego. Ponadto, biorąc pod uwagę rozległy zakres czasowy między popełnieniem zbrodni a faktycznymi procesami oraz różnice między mającymi zastosowanie kodeksami karnymi, w artykule zbadano, jakie są implikacje zasady legalizmu. Szczególny nacisk kładę na wymóg niedziałania prawa wstecz (*lex praevia*) i wyjątki od tej reguły, mianowicie stosowanie przepisów *lex mitior* i karanie zbrodni według ogólnych zasad prawa z art. 7 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPC)<sup>13</sup> i art. 4a KK BiH 2003<sup>14</sup>. Wskazuję na przełomowe orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) w sprawie *Maktouf i Damjanović przeciwko BiH* z dnia 18 lipca 2013 r., w którym zawarto określone wytyczne w kontekście wymogów wynikających z art. 7 EKPC i późniejszego orzecznictwa krajowego.

## 1. Uwagi ogólne uwagi dotyczące przepisów karnych Bośni i Hercegowiny oraz ścigania zbrodni międzynarodowych przed sądami krajowymi

Powszechnie uważa się, że kontekst i ramy prawne rozpatrywania spraw o zbrodnie międzynarodowe w Bośni i Hercegowinie należą do najbardziej złożonych i wielowarstwowych<sup>15</sup>. Można stwierdzić, że na tę ocenę wpływają

---

<sup>13</sup> *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, „ETS” 1950, t. 5.

<sup>14</sup> Art. 4a KK BiH 2003 (Osądzenie i karanie zbrodni zgodnie z ogólnymi zasadami prawa międzynarodowego).

<sup>15</sup> *Delivering Justice in Bosnia and Herzegovina. An Overview of War Crimes Processing from 2005 to 2010*, Organizacja Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie, Misja do BiH, maj 2011, s. 11; M.A. Drumbl, *Atrocity, Punishment, and International Law*, New York 2007, s. 99.

dwa czynniki: (a) rozdrobnienie systemu sądowniczego i prawnego oraz (b) prawie trzydziestoletni okres oddzielający wojnę z lat 1992–1995 od procesów karnych będących przedmiotem naszej analizy.

(a) *Rozdrobniony system prawno-sądowniczy* odzwierciedla złożoną strukturę konstytucyjną państwa, obejmując cztery strukturalnie niezależne hierarchie sądownicze na poziomie całego państwa, w każdej z dwóch Jednostek Autonomicznych oraz w Dystrykcie Brčko BiH (DB BiH), który posiada własny zbiór przepisów karnych<sup>16</sup>. Każda z nich składa się z sądów pierwszej instancji i sądów apelacyjnych<sup>17</sup> wypracowujących własne orzecznictwo, które w sumie często wiąże się z przeciwstawnymi stanowiskami w określonych kwestiach prawnych<sup>18</sup>. Krajowy system sądownictwa karnego w jego obecnej formie jest wynikiem szeroko zakrojonych reform wymiaru sprawiedliwości na początku 2000 r., obejmujących reformy instytucjonalne, proces weryfikacji sędziów i prokuratorów oraz przyjęcie nowych przepisów prawa karnego materialnego i procesowego<sup>19</sup>. Wyłączna właściwość do spraw o zbrodnie międzynarodowe należy do sądownictwa na poziomie państwowym, tzn. do IZW oraz WSZW PK BiH<sup>20</sup>. IZW i WSZW, początkowo ustanowione jako instytucje umiędzynarodowione, posiadające wspólną kancelarię i zatrudniające

<sup>16</sup> BiH składa się z dwóch Jednostek Autonomicznych: Federacji BiH (FBiH) i Republiki Serbskiej (RS). Zob. art. I ust. 3 (*Części składowe państwa*) Załącznik nr 4 (Konstytucja BiH) do Ogólnej umowy ramowej na rzecz pokoju w Bośni i Hercegowinie (GFAP). Ponadto w 2000 r., w wyniku arbitrażu, na podstawie Załącznika nr 2 (*Porozumienie w sprawie linii granicznej pomiędzy Jednostkami Autonomicznymi i w kwestiach z nią związanych*) oraz Załącznika nr 10 (*Porozumienie w sprawie wdrożenia aspektów cywilnych Porozumienia Pokojowego*) do Umowy GFAP utworzono DB BiH. Zob. *Arbitral Tribunal for Dispute Over Inter-Entity Boundary in Brčko: The Federation of Bosnia and Herzegovina v. The Republika Srpska (Final Award)*, „International Legal Materials” 1999, t. 38(3), s. 534–550.

<sup>17</sup> Przegląd ogólny krajowego systemu sądownictwa, zob. K. Trnka, *Ustavno pravo*, wyd. 2, s. 345–352 oraz H. Sijerčić-Čolić et al., *op. cit.*, s. 27–36.

<sup>18</sup> Zob. *Opinion on Legal Certainty and the Independence of the Judiciary in Bosnia and Herzegovina*, CDL-AD(2012)014-e (Komisja Wenecka, 15–16 czerwca 2012 r.).

<sup>19</sup> Szerzej na ten temat, zob. L.J. Nettelfield, *Courting Democracy in Bosnia and Herzegovina*, New York 2010, s. 238–241.

<sup>20</sup> Właściwość rzeczowa sądu BiH w sprawach karnych obejmuje m.in. postępowania w sprawach o wszystkie przestępstwa typizowane w KK BiH 2003, będące kodeksem obowiążującym na szczeblu całego państwa. Zob. art. 7 (właściwość sądu w sprawach karnych) Ustawy o sądzie BiH, wersja ujednoliconą (Służbeni glasnik BiH, nr 49/09, z późniejszymi zmianami).

personel międzynarodowy (w tym sędziów, prokuratorów i personel pomocniczy) obok personelu krajowego, mają obecnie charakter w pełni krajowy, choć działają przy znacznym wsparciu międzynarodowym<sup>21</sup>. Niemniej jednak znaczące zaległości w rozpatrywaniu spraw o zbrodnie międzynarodowe wymusiły przyjęcie polityki działania, w myśl której ciężar ich procedowania został częściowo przeniesiony na organy sądownicze na poziomie Jednostki Autonomicznej oraz Dystryktu Brčko BiH. Zgodnie z Krajową strategią dotyczącą postępowania w sprawie zbrodni wojennych, przyjętą w grudniu 2008 r.<sup>22</sup> i znowelizowaną we wrześniu 2020 r.<sup>23</sup>, podział spraw między sądami na poziomie państwa oraz JA/DB BiH zależy od złożoności sprawy<sup>24</sup>, przy czym Izba ds. Zbrodni Wojennych rozpatruje tylko sprawy skomplikowane, natomiast postępowanie w sprawach mniej skomplikowanych jest przekazywane do sądu JA/DB BiH właściwego miejscowo ze względu na teren popełnienia domniemanej zbrodni<sup>25</sup>. Z powyższego wynika, że w praktyce postępowania

<sup>21</sup> Szersza relacja na temat ustanowienia IZW i WSWZ, zob. T. Abdulhak, *Building Sustainable Capacities – From an International Tribunal to a Domestic War Crimes Chamber for Bosnia and Herzegovina*, „International Criminal Law Review” 2009, t. 9(2), s. 333 i n.; N. Smilagić, *Diversity of Internationalised Criminal Courts: Fragmentation or Consolidation of International Criminal Justice?*, [w:] M.C. Baruffi, M. Ortino (red.), *Trending Topics in International and EU Law: Legal and Economic Perspectives*, Naples 2019, s. 139–141.

<sup>22</sup> Državna strategija za rad na predmetima ratnih zločina (Rady Ministrów BiH, grudzień 2008), [www.mpr.gov.ba/web\\_dokumenti/drzavna%20strategije%20za%20rad%20na%20predmetima%20rz.pdf](http://www.mpr.gov.ba/web_dokumenti/drzavna%20strategije%20za%20rad%20na%20predmetima%20rz.pdf) (dostęp: 11.07.2021).

<sup>23</sup> Revidirana Državna strategija za rad na predmetima ratnih zločina (Rady Ministrów BiH, wrzesień 2020), [www.mpr.gov.ba/dokumenti/projekti/default.aspx?id=10813&langTag=bs-BA](http://www.mpr.gov.ba/dokumenti/projekti/default.aspx?id=10813&langTag=bs-BA) (dostęp: 11.07.2021).

<sup>24</sup> Kryteria oceny wstępnej spraw określone w (zmienionej) Strategii pozwalają na prawno-faktyczną ocenę ich złożoności w ramach dwuaspektowej analizy wariantów postępowania w zależności od ciężaru [karygodności] zbrodni i roli podejrzanego. W odniesieniu do kryterium ciężaru zbrodni, sprawa jest uznawana za złożoną, jeśli obejmuje zarzuty zbrodni ludobójstwa, zbrodnie przeciwko ludzkości i poważniejsze akty zbrodni wojennych (w tym systematyczne zabójstwa i poważne formy innych przestępstw kwalifikowanych jako takie zbrodnie, np. gwałty, pozbawianie wolności itp.). Według drugiego kryterium, sprawa jest oceniana jako złożona, jeżeli podejrzany pełnił funkcję na określonym szczeblu w hierarchii wojskowej lub cywilnej (np. w formacjach wojskowych lub na stanowisku cywilnym, stanowisku dowódczym itp.) lub sprawa obejmuje zarzuty dotyczące odpowiedzialności dowódcy lub członkostwa w związku przestępnym. Zob. Aneks A: *Kriteriji za pregled predmeta*, Državna strategija..., s. 41–42; Revidirana Državna strategija..., s. 51–62.

<sup>25</sup> Art. 27a (Przeniesienie postępowania w sprawach o przestępstwa, o których mowa w Rozdziale XVII KK BiH) kodeksu postępowania karnego (KPK) BiH (Službeni glasnik BiH, nr 3/03, z późniejszymi zmianami). Należy jednak podkreślić, że instytucję przeniesienia

w sprawach o zbrodnie międzynarodowe prowadzone są zarówno na szczeblu państwowym (IZW i WSZW zajmujące się rozpatrywaniem spraw najbardziej złożonych merytorycznie i prawnie), jak i przez sądy na szczeblu JA<sup>26</sup>/DB BiH (rozpatrywanie spraw mniej skomplikowanych)<sup>27</sup>. Do Sądu Konstytucyjnego BiH należy między innymi jurysdykcja odwoławcza w sprawach związanych z unormowaniami Konstytucji BiH, wynikłych z postępowań przed dowolnym sądem w kraju, w tym w kwestiach konstytucyjnych dotyczących rozpatrywania spraw o zbrodnie międzynarodowe<sup>28</sup>.

(b) *Upływ czasu.* Drugim czynnikiem przyczyniającym się do złożoności spraw jest *prawie trzydziestoletni upływ czasu* między początkiem 1992 r., kiedy to wybuchła trwająca do końca 1995 r. wojna w BiH, podczas której popełniono zbrodnie, a faktycznym prowadzeniem postępowań przygotowawczych i sądowych w sprawie tych zbrodni w czasach współczesnych. W okresie tym prawo karne uległo zmianom nie tylko w kontekście penalizacji zbrodni międzynarodowych, ale także w wymiarze pojęciowym, w ramach odzwierciedlenia nowych osiągnięć teorii prawa karnego, wdrożenia zobowiązań z prawa międzynarodowego oraz uwzględnienia potrzeb społeczeństwa

---

postępowania, o której mowa w art. 27a KPK BiH należy odróżnić od instytucji delegowania jurysdykcji przewidzianej w karnym prawie procesowym. Delegowanie jest powszechnie uznawane za przeniesienie kompetencji do orzekania w danej sprawie z sądu właściwego rzeczowo i miejscowo do sądu o równoważnej właściwości rzeczowej, jednak bez właściwości miejscowej. W pierwszym zaś przypadku następuje przeniesienie kompetencji do orzekania w sprawie o zbrodnie wojenne z sądu właściwego rzeczowo i miejscowo (IZW) do innego sądu, który nie posiada właściwości rzeczowej ani miejscowej, jednak miejsce popełnienia zbrodni leży w obrębie jego jurysdykcji terytorialnej (w tym przypadku albo do jednego z dziesięciu sądów kantonalnych w FBiH, jednego z sześciu sądów rejonowych w RS lub sądu pierwszej instancji DB BiH).

<sup>26</sup> W FBiH dziesięć sądów kantonalnych (jako sądy pierwszej instancji) oraz Sąd Najwyższy FBiH (jako sąd o pełnej jurysdykcji odwoławczej); w RS sześć sądów rejonowych (jako sądy pierwszej instancji) oraz Sąd Najwyższy RS (jako sąd o pełnej jurysdykcji odwoławczej).

<sup>27</sup> Sąd Pierwszej Instancji DB BiH jako sąd pierwszej instancji oraz Sąd Apelacyjny DB BiH jako sąd o pełnej jurysdykcji odwoławczej.

<sup>28</sup> Art. VI ust. 3 lit. b) (Sąd Konstytucyjny) Załącznika nr IV (*Konstytucja*) do Umowy GFAP. Szerszy opis dotyczący składu i jurysdykcji Sądu Konstytucyjnego BiH, w tym przegląd odpowiedniego orzecznictwa, zob. N. Smailagić, *Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina (Ustavni sud Bosne i Hercegovine)*, [w:] R. Grote, F. Lachenmann, R. Wolfrum (red.), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law [MPECCoL]*, Oxford 2020, www.oxcon.oup.com/view/10.1093/law-mpeccol/law-mpeccol-e804 (dostęp: 17.07.2021).

powojennego i potrzeb polityki wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych. Patrząc wstecz, dynamiczna działalność ustawodawcza w dziedzinie prawa karnego, w trakcie i po zakończeniu wojny, obejmuje czas od włączenia ustawodawstwa SFRJ w 1992 r. do porządku prawnego Republiki BiH (która uzyskała wówczas niepodległość)<sup>29</sup> do przyjęcia obecnie obowiązujących przepisów prawa karnego w 2003 r. w ramach szerszych reform wymiaru sprawiedliwości przeprowadzonych na początku lat 2000. Rozwój prawa karnego w BiH od 1992 r. można podzielić na trzy fazy<sup>30</sup>. O ile pierwsza faza obejmuje okres wojenny, charakteryzujący się włączeniem KK SFRJ 1976<sup>31</sup>, druga faza rozciąga się na okres powojenny po wejściu w życie Umowy GFAP i charakteryzuje się przyjęciem ustawodawstwa karnego w Jednostkach Autonomicznych i DB BiH<sup>32</sup>. I tak, w 1998 r. KK SFRJ 1976 został zastąpiony w FBIH kodeksem karnym BiH (KK FBIH 1998)<sup>33</sup>, w 2000 r. w RS kodeksem karnym RS (KK RS 2000)<sup>34</sup> i w 2000 r. w DB BiH kodeksem karnym DB BiH (KK DB BiH 2000)<sup>35</sup>. Reformy te opierały się na *horyzontalnym podziale kompetencji w sprawach karnych*, ze względu na fakt, że każdy ze wskazanych trzech kodeksów stanowił pełną kodyfikację prawa karnego, składającą się z części ogólnej i części szczególnej, zawierającej katalog zbrodni międzynarodowych<sup>36</sup>. Wreszcie, przyjęcie nowego prawa karnego w 2003 r. jest wyznacznikiem trzeciej fazy, charakteryzującej się *pionowym i poziomym podziałem kompetencji w sprawach karnych*<sup>37</sup>, przewidującym wyłączne kompetencje – na poziomie państwa – w sprawach karnych w odniesieniu do niektórych przestępstw, w tym zbrodni międzynarodowych, a także

<sup>29</sup> Uredba sa zakonskom snagom...; Zakon o potvrđivanju uredbi sa zakonskom snagom...

<sup>30</sup> Bardziej szczegółowy opis rozwoju wymiaru sprawiedliwości karnej w BiH w tym okresie można znaleźć w H. Sijerčić-Čolić et al., s. 36–46; B. Petrović, D. Jovašević, A. Ferhatović, *Krivično pravo I (Uvod u krivično pravo, krivično djelo, krivnja)*, Sarajevo 2015, s. 60–62; Z. Tomić, *op. cit.*, s. 72–77.

<sup>31</sup> Szerzej na temat wydarzeń, które doprowadziły do przyjęcia Umowy GFAP, zob. K. Trnka, *op. cit.*, s. 95–107, a na temat warunków wpływających na inicjatywy ustawodawcze w zakresie prawa karnego w latach 1992–1995, zob. Z. Tomić, *op. cit.*, s. 72–73.

<sup>32</sup> Zob. tamże, s. 73–74.

<sup>33</sup> KK FBIH 1998 (Službene novine Federacije BiH, nr 43/98, z późniejszymi zmianami).

<sup>34</sup> KK RS 2000 (Službeni glasnik RS, nr 22/00, z późniejszymi zmianami).

<sup>35</sup> KK DB BiH 2000 (Službeni glasnik DB BiH, nr 6/00, z późniejszymi zmianami).

<sup>36</sup> H. Sijerčić-Čolić et al., s. 43; Z. Tomić, *op. cit.*, s. 74.

<sup>37</sup> Tamże.

wprowadzającym nowe kodeksy karne w JA<sup>38</sup> oraz DB BiH<sup>39</sup>. KK BiH 2003 został wprowadzony decyzją Wysokiego Przedstawiciela ONZ, będącego międzynarodowym organem wyposażonym w mandat do nadzorowania realizacji cywilnych aspektów Umowy GFAP<sup>40</sup>, a następnie przyjęty przez Zgromadzenie Parlamentarne BiH<sup>41</sup>.

Z powyższego wynika, że podstawy prawa krajowego, służącego do ścigania zbrodni międzynarodowych popełnionych w czasie wojny 1992–1995, można uznać za bardzo skomplikowane. Ocena taka bierze pod uwagę dwa zasadnicze kryteria: z jednej strony fragmentaryczny system prawny i sądowiczy, a z drugiej – znaczny upływ czasu od chwili popełnienia tych zbrodni do rozpoczęcia dochodzeń i procesów karnych.

## 2. Różnorodność obowiązującego prawa krajowego i zakres penalizacji zbrodni międzynarodowych

Krajowe ramy prawne dotyczące penalizacji zbrodni międzynarodowych odzwierciedlały istotne zmiany w prawie międzynarodowym na przestrzeni czasu, w odniesieniu do ustawodawstwa karnego zarówno SFRJ, jak i BiH. Obecnie BiH jest państwem-stroną, poprzez sukcesję<sup>42</sup> lub ratyfikację<sup>43</sup>

<sup>38</sup> Kodeks karny FBIH 2003 (Służbene novine FBIH, nr 36/03, z późniejszymi zmianami); Kodeks karny RS 2003 (Służbeni glasnik RS, nr 49/03, z późniejszymi zmianami, zastąpiony przez Kodeks karny RS 2017, Służbeni glasnik RS, nr 46/17, z późniejszymi zmianami).

<sup>39</sup> Kodeks karny DB BiH 2003 (Służbeni glasnik BD BiH, nr 19/20, tekst jednolity).

<sup>40</sup> Szerzej na temat Wysokiego Przedstawiciela ONZ i jego roli we wdrożeniu Umowy GFAP, zob. N. Smilagić, *Međunarodne organizacije*, [w:] D. Banović, S. Gavrić (red.), *Država, politika i društvo u Bosni i Hercegovini: analiza postdejtonskog političkog sistema*, Sarajevo 2011, s. 551–554.

<sup>41</sup> KK BiH 2003 (Służbeni glasnik BiH, nr 37/03, z późniejszymi zmianami).

<sup>42</sup> Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa (Konwencja w sprawie ludobójstwa z 1948 r.), „UNTS” 1951, t. 78, s. 277 (zawiadomienie o sukcesji z dnia 29 grudnia 1992 r.); Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, „UNTS” 1976, t. 999, s. 1057 (instrument sukcesji państw z 1 września 1993 r.). Szerzej na temat sukcesji w odniesieniu do Konwencji genewskich z 1949 r. oraz Protokołów dodatkowych z 1977 r. i innych stosownych traktatów, zob. *Treaties, States Parties and Commentaries: Bosnia and Herzegovina*, Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża, [www.ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountrySelected.xsp?xp\\_countrySelected=BA](http://www.ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/vwTreatiesByCountrySelected.xsp?xp_countrySelected=BA) (dostęp 11.07.2021).

<sup>43</sup> Np. Statut Rzymski Międzynarodowego Trybunału Karnego, „UNTS” 2004, t. 2187, s. 3 (dokument ratyfikacyjny z dnia 11 kwietnia 2002 r.).

odpowiednich traktatów międzynarodowych. Konstytucja BiH jednoznacznie wskazuje zakres stosowania prawa międzynarodowego w porządku krajowym. Po pierwsze, przewiduje bezpośrednią stosowalność i nadrzędność praw i wolności określonych w EKPC i protokołach do niej<sup>44</sup>, stosowalność szeregu kluczowych traktatów dotyczących praw człowieka, w tym Konwencji w sprawie ludobójstwa z 1948 r, Konwencji genewskich z 1949 r. oraz Protokołów dodatkowych z 1977 r., a także Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych z 1966 r. (MPPPOP)<sup>45</sup>. Po drugie, stanowi dalej, że ogólne zasady prawa międzynarodowego stanowią integralną część prawa krajowego na wszystkich poziomach<sup>46</sup>. Abstrahując od tych zasad, prawny obowiązek prawny implementacji wiążących wymogów traktatowych wynika zatem zarówno z krajowego prawa konstytucyjnego, podlegającego kontroli na poziomie krajowym, jak i prawa międzynarodowego, jako że BiH działa w charakterze państwa-strony albo w drodze sukcesji albo akcesji do określonych traktatów.

Dynamiczne działania legislacyjne na wszystkich szczeblach w BiH na przestrzeni ostatnich trzech dekad przyczyniły się do zróżnicowania kodeksów karnych, mających zastosowanie w krajowych procesach w sprawach o zbrodnie międzynarodowe. Biorąc pod uwagę różnicę czasową między popełnieniem przestępstwa a procesem, a także obowiązek stosowania zasady *lex mitior* wynikający z zasady legalizmu, oprócz kodeksu obowiązującego w czasie procesu, sądy zobowiązane są ustawowo do uwzględniania nie tylko kodeksu karnego *tempore criminis*, ale także wszystkich innych kodeksów karnych mających zastosowanie już po popełnieniu przestępstwa, ale przed rozpoczęciem procesu, tj. kodeksów tymczasowych lub przejściowych<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Art. II ust. 2 (Standardy Międzynarodowe) Konstytucji BiH przewiduje bezpośrednią stosowalność i nadrzędność praw i wolności określonych w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka (EKPC) i protokołach do niej. Zob. Załącznik nr IV (Konstytucja) do Umowy GFAP.

<sup>45</sup> Zob. Załącznik nr I (Umowy dodatkowe dotyczące praw człowieka, których stosowanie jest przewidziane w BiH) do Załącznika nr IV (Konstytucja) do Umowy GFAP.

<sup>46</sup> Art. III ust. 3 lit. b) (Prawo i obowiązki Jednostek Autonomicznych i Instytucji) Załącznika nr IV (Konstytucja) do Umowy GFAP.

<sup>47</sup> Art. 4 KK SFRJ 1976, art. 4 KK FBiH 1998, art. 4 KK RS 2000, art. 4 KK DB BiH 2000 oraz art. 4 KK BiH 2003.



Zgodnie z tymi zasadami oraz w zależności od miejsca popełnienia konkretnego czynu wymagane jest uwzględnienie co najmniej trzech kodeksów:

- ♦ KK SFRJ 1976, mającego zastosowanie terytorialne do BiH jako kodeksu obowiązującego w latach 1992–1995;
- ♦ KK FBiH 1998, KK RS 2000 CC i KK DB BiH 2000, mających zastosowanie terytorialne do odpowiedniej Jednostki Autonomicznej lub DB BiH jako kodeksów przejściowych (tymczasowych); oraz
- ♦ KK BiH 2003, mającego zastosowanie terytorialne do BiH jako kodeksu aktualnie obowiązującego.

Zakres penalizacji zbrodni międzynarodowych ocenia się w kontekście tych kodeksów, ze szczególnym uwzględnieniem katalogu zbrodni, przewidzianych sankcji karnych oraz rodzajów odpowiedzialności. W odniesieniu do katalogu zbrodni wszystkie kodeksy typizowały zbrodnie ludobójstwa i zbrodnie wojenne, natomiast KK BiH 2003 typizuje zbrodnie przeciwko ludzkości. Odmienne sposoby uregulowania sankcji karnych dodatkowo pogłębiają zakres różnic między kodeksami, które wykraczają poza różnice samych wymiarów kar za poszczególne zbrodnie i dotyczą katalogu kar oraz warunków ich wymierzania. Ostatnia różnica dotyczy wreszcie rodzajów odpowiedzialności, ponieważ tylko KK BiH 2003 wyraźnie przewiduje indywidualną odpowiedzialność karną i odpowiedzialność dowódców za zbrodnie międzynarodowe. Omówmy zatem szczegółowo każdy z powyższych punktów.

## 2.1. Katalog zbrodni międzynarodowych

Z wyjątkiem zbrodni przeciwko ludzkości zdefiniowanych dopiero w KK BiH 2003, wszystkie kodeksy typizują zbrodnie ludobójstwa i zbrodnie wojenne. Z uwagi na sposób klasyfikowania zbrodni w zależności od wartości chronionych, przeciwko którym były one kierowane, zbrodnie zgrupowano w jednym rozdziale poświęconym zbrodniom przeciwko ludzkości i wartościom

chronionym prawem międzynarodowym<sup>48</sup>. Tak więc wartości chronione prawem karnym to *ludzkość*<sup>49</sup> oraz *prawo międzynarodowe*<sup>50</sup>.

(a) *Zbrodnia ludobójstwa*. Definicja zbrodni ludobójstwa zawarta w analizowanych kodeksach odzwierciedla podstawowe elementy przewidziane prawem międzynarodowym. W tym duchu zbrodnia polega na działaniu w zamiarze zniszczenia w całości lub części grupy narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej poprzez popełnienie jednego z pięciu czynów dających podstawę do takiej kwalifikacji, tj. (i) zabójstwa członków grupy, (ii) spowodowania poważnego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia psychicznego członków grupy, (iii) rozmyślnego stworzenia dla członków grupy warunków życia obliczonych na spowodowanie ich całkowitego lub częściowego zniszczenia fizycznego, (iv) stosowania środków, które mają na celu wstrzymanie urodzin w obrębie grupy oraz (v) przymusowego przekazywania dzieci członków grupy do innej grupy<sup>51</sup>. Tym samym krajowa definicja zbrodni ludobójstwa we wszystkich pięciu kodeksach karnych odzwierciedla definicję tej zbrodni zawartą w art. II Konwencji w sprawie ludobójstwa z 1948 r.<sup>52</sup>, art. 4 Statutu MTKJ oraz art. 6 Statutu Rzymskiego w odniesieniu do KK BiH 2003<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> Rozdz. 16 KK SFRJ 1976, rozdz. 16 KK FBiH 1998, rozdz. 34 KK RS 2000, rozdz. 16 KK DB BiH 2000 oraz rozdz. 17 KK BiH 2003.

<sup>49</sup> W opinii przedstawicieli doktryny i komentatorów, w tym kontekście ludzkość należy traktować jako poszanowanie podstawowych praw i wolności człowieka w czasie pokoju oraz jako zakaz nieludzkiego traktowania walczących i niewalczących w czasie wojny lub konfliktu zbrojnego. Zob. N. Srzentić et al., *Komentar KZ SFRJ*, Belgrade 1982, s. 493; Z. Rajić, Lj. Filipović, *Glava XVII – Zločini protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom*, [w:] M. Babić (red.), *Komentari KZ u BiH*, Sarajevo 2005, s. 556; M. Babić, I. Marković, *Krivično pravo, Posebni dio*, Banja Luka 2014, s. 414–418; Z. Tomić, *Krivično pravo II, Posebni dio*, Sarajevo 2007, s. 414.

<sup>50</sup> W tym samym duchu prawo międzynarodowe jest rozumiane w kategoriach norm prawa międzynarodowego, które typizuje określone czyny jako zbrodnie międzynarodowe, przewidując indywidualną odpowiedzialność karną za ich popełnienie. Zob. N. Srzentić et al., *op. cit.*, s. 493; Z. Rajić, Lj. Filipović, *op. cit.* s. 556; Z. Tomić, *Krivično pravo II, op. cit.*, s. 414.

<sup>51</sup> Art. 141 (KK SFRJ 1976); art. 153 (KK FBiH 1998); art. 432 (KK RS 2000); ust. 147 (KK BiH 2000); art. 171 (KK BiH 2003).

<sup>52</sup> Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa, „UNTS” 1951, t. 28.

<sup>53</sup> Z. Rajić, Lj. Filipović, *op. cit.*, s. 559.

(b) *Zbrodnie przeciwko ludzkości*. Jedynie KK BiH 2003 szczegółowo definiuje zbrodnie przeciwko ludzkości<sup>54</sup>. W swoich zasadniczych elementach definicja zawarta w art. 172 KK BiH 2003 w dużej mierze odzwierciedla definicję z art. 7 Statutu Rzymskiego. I tak, elementy kontekstowe zbrodni polegają na popełnieniu dowolnego ze wskazanych czynów będących podstawą do takiej kwalifikacji, w ramach określonych, leżących u jego podstaw czynów i w ramach rozległego i systematycznego ataku skierowanego przeciwko dowolnej ludności cywilnej, przy świadomości ataku o takim charakterze. Znamiona strony przedmiotowej zbrodni w kontekście art. 172 ust. 1, przy jedynie niewielkich różnicach terminologicznych w stosunku do art. 7 Statutu Rzymskiego, obejmują: i) zabójstwo, ii) eksterminację, iii) zniewolenie, iv) deportację lub przymusowe przesiedlenie ludności, v) pozbawienie wolności lub innego rodzaju poważne pozbawienie wolności fizycznej z naruszeniem podstawowych zasad prawa międzynarodowego, vi) tortury, vii) gwałt, niewolnictwo seksualne, przymusową prostytutkę, wymuszoną ciężę, przymusową sterylizację lub jakąkolwiek inną formę poważnej przemocy seksualnej, viii) prześladowanie dowolnej, możliwej do zidentyfikowania grupy lub zbiorowości na tle politycznym, rasowym, etnicznym, kulturowym, religijnym, płciowym lub z innego powodu, który jest powszechnie uznawany za niedopuszczalny na mocy prawa międzynarodowego, w związku z każdym czynem dającym podstawę do kwalifikacji jako zbrodni przeciwko ludzkości, ix) wymuszone zaginięcie osób, x) zbrodnię apartheidu oraz xi) inne nieludzkie czyny o podobnym charakterze popełnione w zamiarze spowodowania ogromnych cierpień lub poważnego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia psychicznego lub fizycznego. Podobnie jak w Statucie Rzymskim, typizację tę uzupełniają definicje konkretnych terminów stosowanych do nazwania elementów kontekstowych oraz znamion strony przedmiotowej, w tym m.in. definicje ataku na ludność cywilną, eksterminację lub zniewolenie<sup>55</sup>.

Rozszerzenie katalogu zbrodni międzynarodowych o zbrodnie przeciwko ludzkości w KK BiH 2003 opierało się m.in. na zobowiązaniu do wprowadzenia Statutu Rzymskiego z roku 1998 do prawa krajowego<sup>56</sup>. Przedstawiciele

---

<sup>54</sup> Art. 172 KK BiH 2003.

<sup>55</sup> Art. 172 ust. 2 KK BiH 2003.

<sup>56</sup> Będący jednocześnie kodyfikacją i owocem postępującego rozwoju prawa międzynarodowego Statut Rzymski zawiera wyczerpującą definicję zbrodni przeciwko ludzkości.

doktryny i komentatorzy na ogół zgadzają się, że chociaż zbrodnie przeciwko ludzkości jako takie stanowią nową kategorię czynów przestępnych w prawie krajowym, niektóre z czynów stanowiących podstawę do ich kwalifikacji były już czynami karalnymi na mocy wcześniejszych kodeksów, w szczególności jako czyny wyczerpujące znamiona strony przedmiotowej zbrodni wojennych wymierzonych w ludność cywilną i innych zbrodni<sup>57</sup>. Ze względu na podobieństwa listy znamion strony przedmiotowej tych dwóch typów zbrodni, niektórzy przedstawiciele doktryny argumentowali dalej, że zarzut zbrodni przeciwko ludzkości nie stanowi zarzutu o nowy rodzaj zbrodni w kontekście obowiązującego prawa karnego stosowanego w krajowych procesach o zbrodnie międzynarodowe, ale raczej „nowe opakowanie” zbrodni wojennych wymierzonych w ludność cywilną, biorąc pod uwagę, że różnica między tymi zbrodniami jest w dużej mierze ograniczona „jedynie” do elementów kontekstowych<sup>58</sup>. Mając na uwadze materialne różnice kontekstowe między zbrodniami przeciwko ludzkości a zbrodniami wojennymi, należy stwierdzić, że argumentu tego nie da się utrzymać, gdyż nie znajduje on poparcia w naukach prawnych i utrwalonym orzecznictwie. Zbrodnie przeciwko ludzkości i zbrodnie wojenne znacznie różnią się od siebie pod względem elementów kontekstowych – pierwsze z nich nie są opisywane jako odosobnione akty przemocy, ale raczej jako część szeroko zakrojonej systematycznej praktyki realizowanej lub wspieranej przez rząd albo podobne rodzaje władzy przeciwko ludności cywilnej, poprzez zbiorowe działanie siły sprawującej władzę<sup>59</sup>. Tym samym fakt, że katalogi

---

Analiza i interpretacja elementów zbrodni, zob. C.K. Hall, K. Ambos, *Article 7 (Crimes against humanity)*, [w:] O. Triffterer, K. Ambos (red.), *RS Commentary*, München 2016, s. 145 i n.

<sup>57</sup> W tym np. dyskryminacja rasowa karana na podstawie art. 154 KK SFRJ 1976. Zob. Z. Rajić, Lj. Filipović, *op. cit.*, s. 565; Z. Tomić, *Krivično pravo II*, s. 418; M. Babić, I. Marković, *op. cit.*, s. 423.

<sup>58</sup> M. Babić, *Komentar KZ RS*, Banja Luka 2021, s. 60; M. Babić, *Da li je zločin protiv čovječnosti novo krivično djelo?*, „Nezavisne novine”, 26 sierpnia 2014 r., [www.nezavisne.com/novosti/kolumne/Da-li-je-zlocin-protiv-čovječnosti-novo-krivično-djelo/259982](http://www.nezavisne.com/novosti/kolumne/Da-li-je-zlocin-protiv-čovječnosti-novo-krivično-djelo/259982) (dostęp: 17.07.2021).

<sup>59</sup> A. Cassese et al., *op. cit.*, s. 91; C.K. Hall, K. Ambos, *op. cit.*, s. 164; M. Simović, D. Jovašević, *op. cit.*, s. 729. W tym duchu, zob. C. Stahn, *A Critical Introduction to International Criminal Law*, Cambridge 2019, s. 52. Co więcej, Mettraux identyfikuje cztery elementy odróżniające zbrodnie przeciwko ludzkości od zbrodni wojennych: (i) w przeciwieństwie do zbrodni wojennych, zbrodnie przeciwko ludzkości mogą być popełniane zarówno w czasie wojny, jak i pokoju; (ii) zbrodnie przeciwko ludzkości może być popełniona przeciwko obywatelom dowolnego państwa; (iii) w przeciwieństwie do zbrodni wojennych, które mogą być popełniane zarówno przeciwko

znamion strony przedmiotowej zbrodni przeciwko ludzkości i zbrodni wojennych wymierzonych w ludność cywilną w dużej mierze się pokrywają, nie jest czynnikiem decydującym, ponieważ te dwa typy zbrodni różnią się między sobą elementami kontekstowymi, tj. generalnym kontekstem zbrodni oraz liczbą pokrzywdzonych. Z powyższego wynika, że *differentia specifica* zbrodni przeciwko ludzkości polega na określonym kontekście, a teza, jakoby były one formą zbrodni wojennych wymierzonych w ludność cywilną „w nowym opakowaniu”, nie znajduje podstaw ani w stanie rozwoju prawa międzynarodowego (karnego) w przedmiotowym czasie, ani w obecnej doktrynie i orzecznictwie.

(c) *Zbrodnie wojenne*. Jako poważne naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego<sup>60</sup> zbrodnie wojenne są kryminalizowane we wszystkich pięciu analizowanych kodeksach w ramach spójności z wymogami, które zwykle określa się mianem „prawa genewskiego” i „prawa haskiego”<sup>61</sup>. Kontekstowym elementem zbrodni wojennych we wszystkich analizowanych kodeksach jest popełnienie dowolnego czynu wyczerpującego znamiona strony przedmiotowej tej kategorii – w czasie wojny<sup>62</sup>, konfliktu zbrojnego<sup>63</sup> lub

---

cywilom, jak i bojownikom wroga, zbrodnie przeciwko ludzkości mogą być popełnione tylko przeciwko cywilom; oraz (iv) zbrodnie przeciwko ludzkości mogą być popełniane jedynie w ramach rozległego i systematycznego ataku. Zob. G. Mettraux, *International Crimes and the Ad Hoc Tribunals*, Oxford 2006, [www.oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199207541.001.0001/acprof-9780199207541-chapter-24?q=population](http://www.oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780199207541.001.0001/acprof-9780199207541-chapter-24?q=population) (dostęp: 17.07.2021). Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem, choć istnienie określonego planu lub polityki nie jest uznawane za element zbrodni na gruncie samego prawa, może być ono przydatne do ustalenia „[Ż]e dany atak był skierowany przeciwko ludności cywilnej i że miał charakter rozległy lub systematyczny”. Zob. *Prokurator przeciwko Dragoljubowi Kunaracowi i in.* (IT-96-23 i 23/1), wyrok Izby Apelacyjnej z dnia 12 czerwca 2002 r., §98; *Prokurator przeciwko Tihomirowi Blaškićowi* (IT-95-14-A), wyrok Izby Apelacyjnej z dnia 29 lipca 2004 r., §120; *Prokurator przeciwko Laurentowi Semanzie* (ICTR-97-20-A), wyrok Izby Apelacyjnej z dnia 20 maja 2005 r., §296.

<sup>60</sup> A. Cassese et al., *op. cit.*, s. 65; M. Cottier, *Article 8 (War crimes)*, [w:] O. Triffterer, K. Ambos (red.), *RS Commentary*, München 2016, s. 304 i n.

<sup>61</sup> H. Satzger, *International and European Criminal Law*, München 2018, s. 312.

<sup>62</sup> Wojna w tym kontekście traktowana jest w ujęciu klasycznym jako konflikt zbrojny między co najmniej dwoma państwami, spełniający formalne wymogi wojny. Zob. N. Srzentić i in., *op. cit.*, s. 434; M. Babić, I. Marković, *op. cit.*, s. 428.

<sup>63</sup> Konflikt zbrojny rozumiany jest nie tylko jako międzynarodowy konflikt zbrojny, który nie spełnia formalnych wymogów wojny, ale także jako konflikt zbrojny o charakterze niemiędzynarodowym, tj. wojny domowe. N. Srzentić et al., *op. cit.*, s. 434; M. Babić, I. Marković, *op. cit.*, s. 428.

okupacji<sup>64</sup>. Wynika z tego, że element ten jest zdefiniowany szerzej niż element kontekstowy przewidziany w prawie międzynarodowym (konflikt zbrojny o charakterze międzynarodowym lub niemiędzynarodowym).

Definicje zbrodni wojennych zawarto w kilku przepisach szczególnych w celu wskazania konkretnej chronionej grupy/wartości, w szczególności:

- *Zbrodnie wojenne wymierzone w ludność cywilną*<sup>65</sup>. Ta kategoria czynów opiera się przede wszystkim na sformułowaniach Konwencji genewskiej (IV) z 1949 r. o ochronie osób cywilnych w czasie wojny i Protokołach dodatkowych z 1977 r.<sup>66</sup> W ramach tej definicji kryminalizuje się popełnienie lub rozkaz popełnienia szerokiego wachlarza różnego rodzaju czynów, w tym m.in. ataku na życie lub nieetykalność cielesną ludności cywilnej, narzucanie surowych warunków życia lub zmuszanie ludności cywilnej do służby w siłach lub administracji wroga<sup>67</sup>.
- *Zbrodnie wojenne wymierzone w rannych i chorych*<sup>68</sup>. Na podstawie Konwencji genewskiej (I) z 1949 r. o polepszeniu losu rannych i chorych w armiach czynnych, Konwencji genewskiej (II) z 1949 r. o polepszeniu losu rannych, chorych i rozbitków sił zbrojnych na morzu oraz Protokołów dodatkowych z 1977 r. zbrodnie te zdefiniowano jako popełnienie lub wydawanie rozkazu do popełnienia aktów (i) nieludzkiego

<sup>64</sup> Za okupację uważa się za podbój terytorium jednego państwa przez drugie przy użyciu siły. Zob. M. Babić, I. Marković, *op. cit.*, s. 428.

<sup>65</sup> Art. 142 KK SFRJ 1976, art. 154 KK SFRJ 1998, art. 433 KK RS 2000, art. 148 KK DB BiH 2000 oraz art. 173 KK BiH 2003.

<sup>66</sup> Z. Tomić, *Krivično pravo II*, s. 420–421.

<sup>67</sup> Znamiona strony przedmiotowej zbrodni obejmują: (i) atak na ludność cywilną skutkujący śmiercią lub poważnym rozstrojem zdrowia, (ii) atak masowy powodujący rozstrój zdrowia u ludności cywilnej, (iii) zabójstwa, tortury, a także przeprowadzanie eksperymentów, (iv) przesiedlenie lub wysiedlenie lub przymusową konwersję na inną narodowość lub religię, (v) gwałt, przymusową prostytutkę, stosowanie środków zastraszania i terroru, branie zakładników, nakładanie kar zbiorowych, bezprawne sprowadzanie do obozów koncentracyjnych i bezprawne pozbawienie wolności, pozbawienie prawa do rzetelnego procesu sądowego, wymuszona służba w siłach zbrojnych, służbach wywiadu lub administracji wroga oraz (vi) praca przymusową, głodzenie ludności, konfiskatę mienia, grabież, nielegalne i arbitralne niszczenie oraz grabież mienia na dużą skalę nieuzasadnione potrzebami wojskowymi, narzucanie bezprawnej i nieproporcjonalnej kontrybucji lub reparacji, dewaluację waluty krajowej lub bezprawną emisję pieniądza. Zob. Z. Tomić, *Krivično pravo II*, s. 422; M. Simović, D. Jovašević, *op. cit.*, s. 548–549.

<sup>68</sup> Art. 143 KK SFRJ 1976, art. 155 KK SFRJ 1998, art. 434 KK RS 2000, art. 149 KK DB BiH 2000 oraz art. 174 KK BiH 2003.

traktowania rannych, chorych i rozbitków, a także personelu pełniącego misję lekarską i religijną oraz (ii) niszczenia lub przywłaszczenia środków medycznych, pojazdów przeznaczonych do transportu medycznego oraz zapasów zaopatrzenia medycznego<sup>69</sup>.

- ♦ *Zbrodnie wojenne wymierzone w jeńców wojennych*<sup>70</sup>. Konwencja (III) z 1949 r. dotycząca traktowania jeńców wojennych z 1949 r. i Protokoły dodatkowe z 1977 r. zakreśliły zakres kryminalizacji na poziomie krajowym, obejmujący następujące czyny: (i) zabójstwo, tortury, nieludzkie traktowanie, przeprowadzanie różnego rodzaju eksperymentów, a także pobieranie tkanek lub narządów do przeszczepów, (ii) spowodowanie ogromnego cierpienia lub poważnego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia oraz (iii) przymusowe wcielenie do sił zbrojnych wroga lub pozbawienie prawa do rzetelnego i bezstronnego procesu sądowego<sup>71</sup>.

Kodeksy karne typizują inne zbrodnie – choć nie przypisują ich formalnie do tej kategorii – które ze względu na swój charakter i unormowanie w wiążącym prawie międzynarodowym mieszczą się w kategorii zbrodni wojennych<sup>72</sup>. Katalog tych zbrodni obejmuje: (i) bezprawne zabójstwo lub zranienie wroga<sup>73</sup>, (ii) grabież<sup>74</sup>, (iii) stosowanie zakazanych środków walki<sup>75</sup> lub naruszenie praw i zwyczajów wojennych<sup>76</sup>, (iv) okrutne traktowanie rannych, chorych i jeńców wojennych<sup>77</sup> oraz (v) niszczenie zabytków kultury i historii<sup>78</sup>. Ponadto wszystkie analizowane kodeksy penalizują, jako odrębną

<sup>69</sup> Z. Tomić, *Krivično pravo II*, s. 424; M. Simović, D. Jovašević, *op. cit.*, s. 549–550.

<sup>70</sup> Art. 144 KK SFRJ 1976, art. 156 KK SFRJ 1998, art. 435 KK RS 2000, art. 150 KK DB BiH 2000 oraz art. 175 KK BiH 2003.

<sup>71</sup> Z. Tomić, *Krivično pravo II*, s. 426; M. Simović, D. Jovašević, *op. cit.*, s. 550.

<sup>72</sup> M. Babić, I. Marković, *op. cit.*, s. 428; M. Babić, *Međunarodno krivično pravo*, Banja Luka 2011, s. 169.

<sup>73</sup> Art. 146 KK SFRJ 1976, art. 158 KK FBiH 1998, art. 438 KK RS 2000, art. 152 KK DB BiH 2000 oraz art. 152 KK BiH 2003.

<sup>74</sup> Art. 147 KK SFRJ 1976, art. 159 KK FBiH 1998, art. 439 KK RS 2000, art. 153 KK DB BiH 2000 oraz art. 178 KK BiH 2003.

<sup>75</sup> Art. 148 KK SFRJ 1976, art. 160 KK FBiH 1998 oraz art. 154 KK DB BiH 2000.

<sup>76</sup> Art. 172 KK BiH 2003.

<sup>77</sup> Art. 150 KK SFRJ 1976, art. 163 KK FBiH 1998, art. 441 KK RS 2000 oraz art. 157 KK DB BiH 2000.

<sup>78</sup> Art. 151 KK SFRJ 1976, art. 164 KK FBiH 1998, art. 443 KK RS 2000, art. 158 KK DB BiH 2000 oraz art. 183 KK BiH 2003.

zbrodnię, czyn polegający na organizowaniu grupy mającej na celu popełnianie zbrodni międzynarodowych<sup>79</sup>.

Definiując zbrodnie wojenne, ustawodawca zastosował dyspozycje blankietowe („Kto narusza prawo międzynarodowe...”), ponieważ ich elementy opierają się na wiążącym prawie międzynarodowym. Taka technika legislacyjna została uznana za odpowiednią, gdyż pozwala na uwzględnienie późniejszego rozwoju prawa międzynarodowego bez konieczności wprowadzania dodatkowych zmian w kodeksie karnym<sup>80</sup>. W ten sposób zapewniono w ramach samego kodeksu karnego możliwość ustalenia prawa międzynarodowego obowiązującego w czasie popełnienia zbrodni.

## 2.2. Wymierzanie kar

Analizowane kodeksy karne znacznie różnią się pod względem przepisów dotyczących karania zbrodni. O ile kary (*kazne*) stanowią główną sankcję karną przewidzianą w sprawach o zbrodnie międzynarodowe we wszystkich pięciu kodeksach karnych, o tyle znaczące są różnice w zakresie katalogu kar oraz wymiaru kar.

Kary stanowią najwyższy rodzaj sankcji karnych przewidzianych w kodeksach karnych. Z perspektywy czasu, z uwagi na stopień karygodności zbrodni międzynarodowych, katalog kar obejmował kary związane z pozbawieniem życia i pozbawieniem wolności, przy czym w przypadku tych ostatnich ich wymiar był bardzo surowy<sup>81</sup>. Analiza wszystkich wskazanych kodeksów karnych pokazuje, że katalog kar obejmuje karę śmierci (KK SFRJ 1976), karę dożywotniego pozbawienia wolności (KK RS 2000), karę pozbawienia wolności w wyższych przedziałach (KK FBiH 1998, KK DB BiH 2000, KK BiH 2003) oraz terminową karę pozbawienia wolności (wszystkie kodeksy). Żadna z tych

<sup>79</sup> Art. 145 KK SFRJ 1976, art. 157 KK FBiH 1998, art. 437 KK RS 2000 oraz art. 176 KK BiH 2003.

<sup>80</sup> N. Srzentić et al., *op. cit.*, s. 494.

<sup>81</sup> Zob. N. Srzentić, A. Stajić, Lj. Lazarević, *Krivično pravo Jugoslavije – Opšti deo*, Beograd 1998, s. 343 i n.; M. Simović, D. Jovašević, *op. cit.*, s. 147; Ž. Horvatić, D. Derenčinović, L. Cvitanović, *Kazneno pravo. Opći dio II: kazneno djelo i kaznenopravne sankcije*, Zagreb 2017, s. 213.



kar nie została zastrzeżona dla konkretnej zbrodni – kary te są stosowane jako połączenie terminowej kary pozbawienia wolności z jednej strony oraz kary śmierci, dożywotniego pozbawienia wolności lub kary pozbawienia wolności w wyższych przedziałach w przypadku zbrodni o dużym ciężarze lub poważnych konsekwencjach z drugiej.

I tak, w analizowanych kodeksach przewidziano następujące wymiary kar za najpoważniejsze zbrodnie międzynarodowe:

- ♦ *Pozbawienie wolności na okres co najmniej pięciu lat lub kara śmierci na mocy KK SFRJ 1976*<sup>82</sup>. Biorąc pod uwagę fakt, że katalog zbrodni wyjątkowo przewiduje dolną granicę kary pozbawienia wolności, zastosowanie ma ogólna górna granica kary w wymiarze 15 lat pozbawienia wolności<sup>83</sup>. Wymierzenie kary śmierci podlega warunkowi zaistnienia dalszych, opisanych w kodeksie przesłanek. Po pierwsze, wyrok taki mógł być wydany jedynie w przypadku zbrodni o największym ciężarze gatunkowym, za które został przewidziany<sup>84</sup>. Po drugie, możliwość wydania takiego wyroku została wykluczona w stosunku do osób niepełnoletnich i kobiet w ciąży<sup>85</sup>. Wreszcie, z uwagi na skrajny charakter tego wymiaru kary, przewidziano możliwość wymierzenia terminowej kary pozbawienia wolności na okres 20 lat zamiast kary śmierci<sup>86</sup>. Komentatorzy zwrócili uwagę, że jeśli popełnienie określonej zbrodni, w tym zbrodni ludobójstwa lub zbrodni wojennej, jest zagrożone karą śmierci, to według prawidłowej interpretacji kodeksowego wymiaru kary należałoby rozważyć zastosowanie kary pozbawienia wolności na okres od 5 do 15 lat lub kary pozbawienia wolności na okres 20 lat, albo kary śmierci<sup>87</sup>.
- ♦ *Kara pozbawienia wolności na okres co najmniej pięciu lat lub kara pozbawienia wolności w wyższym przedziale na mocy KK FBiH 1998*<sup>88</sup> oraz *KK DB BiH 2000*<sup>89</sup>. Biorąc pod uwagę fakt, że ogólna górna granica

<sup>82</sup> Art. 141–145 KK SFRJ 1976.

<sup>83</sup> Art. 38 ust. 2 KK SFRJ 1976.

<sup>84</sup> Art. 37 ust. 2 KK SFRJ 1976.

<sup>85</sup> Art. 37 ust. 2 KK SFRJ 1976.

<sup>86</sup> Art. 38 ust. 2 KK SFRJ 1976; N. Srzentić et al., *op. cit.*, s. 184.

<sup>87</sup> N. Srzentić et al., *op. cit.*, s. 183.

<sup>88</sup> Art. 153–156 KK FBiH 1998.

<sup>89</sup> Art. 147–150 KK DB BiH 2000.

kary pozbawienia wolności wynosiła 15 lat<sup>90</sup>, a za zbrodnie międzynarodowe o największym ciężarze gatunkowym przewidziano karę pozbawienia wolności w wyższym przedziale<sup>91</sup>, stosowany wymiar kary wynosił od 5 do 15 lat (kara pozbawienia wolności) oraz 20–40 lat (dłuższa kara pozbawienia wolności)<sup>92</sup>.

- *Kara pozbawienia wolności na okres co najmniej 10 lat lub kara dożywotniego pozbawienia wolności na mocy KK SFRJ 2000*<sup>93</sup>. Ponieważ ogólna górna granica kary pozbawienia wolności za zbrodnie międzynarodowe wynosiła od 10 do 20 lat<sup>94</sup>, stosowany był przedział rozpiętości kar pozbawienia wolności za zbrodnie międzynarodowe wynoszący od 10 do 20 lat lub kara bezterminowa. Zgodnie z art. 35 ust. 2 KK RS 2000 wymierzenie kary dożywotniego pozbawienia wolności było ograniczone do przypadków o największym ciężarze gatunkowym i obwarowane warunkami szczególnymi, według których było to niedopuszczalne wobec oskarżonego, który w czasie popełnienia zbrodni nie ukończył 21. roku życia lub wobec kobiety w ciąży<sup>95</sup>.
- *Kara pozbawienia wolności na okres co najmniej 10 lat lub kara pozbawienia wolności w wyższym przedziale na mocy KK BiH 2003*<sup>96</sup>. Biorąc pod uwagę fakt, że określono tylko ustawową dolną granicę kary, zastosowanie ma ogólna górna granica kary w wymiarze 20 lat<sup>97</sup>. Stosowanie kary pozbawienia wolności w wyższym przedziale od 21 do 45 lat<sup>98</sup> ogranicza się do przypadków o największym ciężarze gatunkowym;

<sup>90</sup> Art. 37 ust. 1 KK FBiH 1998 i art. 37 ust. 1 KK DB BiH 2000.

<sup>91</sup> Art. 38 ust. 1 KK FBiH 1998 i art. 38 ust. 1 KK DB BiH 2000.

<sup>92</sup> Art. 38 ust. 3 KK FBiH 1998 i art. 37 ust. 3 KK DB BiH 2000. Wymierzenie kary pozbawienia wolności w wyższym przedziale rozpiętości obwarowano określonymi warunkami koniecznymi, według których było to niedopuszczalne wobec oskarżonego, który w czasie popełnienia zbrodni nie ukończył 21. roku życia (art. 38 ust. 4 KK FBiH 1998 i art. 37 ust. 4 KK DB BiH 2000) lub wobec kobiety w ciąży (art. 37 ust. 4 KK DB BiH 2000).

<sup>93</sup> Art. 432–436 KK RS 2000.

<sup>94</sup> Art. 36 ust. 1 KK RS 2000.

<sup>95</sup> Art. 35 ust. 3 KK RS 2000.

<sup>96</sup> Art. 171–150 KK BiH 2003.

<sup>97</sup> Art. 42b ust. 1 KK BiH 2003.

<sup>98</sup> Wymiar kary pozbawienia wolności w wyższym zakresie, aż do nowelizacji z 2010 r., wynosił od 20 do 45 lat.

kara ta nie może być wymierzana wobec oskarżonego, który w czasie popełnienia zbrodni nie ukończył 21. roku życia<sup>99</sup>.

Ustawowe przepisy dotyczące wymierzania kar pozostawiają sądom znaczną swobodę w zakresie indywidualizacji kar we wskazanych granicach rozpiętości. W związku z tym, ustalając rodzaj i zakres kary w danej sprawie, sąd bierze pod uwagę kodeksowy wymiar kary za zbrodnię oraz ogólne kryteria wymierzania kary wynikające ze wszystkich analizowanych kodeksów<sup>100</sup>. Kryteria te, oprócz celu kary, dotyczą oceny okoliczności obciążających i łagodzących; można tu wyróżnić dwie główne kategorie, tj. kryteria odnoszące się do oskarżonego (np. stopień winy, motyw, zachowanie w przeszłości, okoliczności osobiste lub zachowanie po popełnieniu przestępstwa) oraz kryteria związane z okolicznościami przestępstwa (okoliczności popełnienia przestępstwa oraz stopień naruszenia chronionej wartości)<sup>101</sup>. Złagodzenie kary to opcja fakultatywna przewidziana we wszystkich analizowanych kodeksach, która pozwala sądowi na wymierzenie kary poniżej ustawowej dolnej granicy w przypadku wystąpienia nadzwyczajnych okoliczności łagodzących, wskazujących, że osiągnięty zostanie cel kary, nawet po jej złagodzeniu<sup>102</sup>. W sprawach o zbrodnie międzynarodowe kara pozbawienia wolności może zostać skrócona do nie mniej niż jednego roku pozbawienia wolności na mocy KK SFRJ 1976<sup>103</sup> i KK FBiH 1998<sup>104</sup>, dwóch lat na mocy KK DB BiH 2000<sup>105</sup> oraz pięciu lat na mocy KK RS 2000<sup>106</sup> i KK BiH 2003<sup>107</sup>.

<sup>99</sup> Art. 42b ust. 3 KK BiH 2003.

<sup>100</sup> Art. 41 KK SFRJ 1976, art. 40 KK FBiH 1998, art. 38 KK RS 2000, art. 40 KK DB BiH 2000 oraz art. 48 KK BiH 2003. Zob. również M. Simović, D. Jovašević, s. 335.

<sup>101</sup> Art. 41 ust. 1 KK SFRJ 1976, art. 40 ust. 1 KK FBiH 1998, art. 38 ust. 1 KK RS 2000, art. 40 ust. 1 KK DB BiH 2000 oraz art. 48 ust. 1 KK BiH 2003.

<sup>102</sup> Art. 42 KK SFRJ 1976, art. 41 KK FBiH 1998, art. 39 KK RS 2000, art. 41 KK DB BiH 2000 oraz art. 49 KK BiH 2003. Zob. również M. Simović, D. Jovašević, *op. cit.*, s. 650.

<sup>103</sup> Art. 43 ust. 1 pkt 1 KK SFRJ 1976.

<sup>104</sup> Art. 42 ust. 1 pkt 1 KK FBiH 1998.

<sup>105</sup> Art. 42 ust. 1 pkt 2 KK DB BiH 2000.

<sup>106</sup> Art. 40 ust. 1 pkt 1 KK RS 2000.

<sup>107</sup> Art. 50 ust. 1 lit. a) KK BiH 2003.

### 2.3. Rodzaje odpowiedzialności

Wyraźną definicję rodzajów odpowiedzialności za popełnienie zbrodni międzynarodowych, tj. indywidualną odpowiedzialność karną i odpowiedzialność dowódców, przewidziano w KK BiH 2003. Przepis art. 180, zasadniczo na podstawie odpowiednich przepisów Statutu MTKJ<sup>108</sup>, definiuje nie tylko (współ)sprawstwo wykonawcze i rodzaje uboczne współdziałania w popełnieniu zbrodni, ale również odpowiedzialność dowódców, przewidując jednocześnie ustawowe wyłączenie wyjątków w zakresie odpowiedzialności urzędników państwowych lub osób wykonujących rozkazy<sup>109</sup>. Indywidualna odpowiedzialność karna obejmuje, na podstawie art. 180 ust. 1, planowanie, wydawanie rozkazów, sprawstwo wykonawcze oraz pomocnictwo w popełnieniu zbrodni ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości, zbrodni wojennych, a także zbrodni bezprawnego zabójstwa i zranienia wroga, grabieży oraz łamania praw i zwyczajów wojennych. IZW uznała, że w zakresie definicji sprawstwa wykonawczego w rozumieniu art. 180 ust. 1 mieści się koncepcja związku przestępnego<sup>110</sup>. Definicja i elementy odpowiedzialności dowódców zawarte w KK BiH również odzwierciedlają definicję zawartą w art. 7 ust. 3 Statutu MTKJ. I tak, zgodnie z art. 180 ust. 2, fakt popełnienia dowolnej zbrodni międzynarodowej przez podwładnych nie zwalnia przełożonego z odpowiedzialności karnej, jeżeli wiedział lub miał zasadne podstawy do wiedzy, że podwładny miał zamiar popełnić zbrodnię lub ją popełnił, a przełożony nie podjął niezbędnych i racjonalnych środków w celu zapobieżenia popełnieniu takich zbrodni lub ukarania sprawców. Wreszcie przepis art. 180 ust. 1 i 3 wyraźnie wyklucza status urzędnika państwowego i wykonywanie rozkazów jako podstawę wyłączenia odpowiedzialności karnej indywidualnej lub jako podstawę złagodzenia wymiaru kary.

Pozostałe cztery kodeksy karne, w tym KK SFRJ 1976, nie zawierają podobnej definicji, a zatem w sprawach o zbrodnie międzynarodowe zastosowanie mają przepisy dotyczące rodzajów indywidualnej odpowiedzialności karnej w sprawach o wszystkie przestępstwa.

<sup>108</sup> Art. 7 (indywidualna odpowiedzialność karna) Statutu MTKJ.

<sup>109</sup> Zob. również Z. Rajić, Lj. Filipović, *op. cit.*, s. 594.

<sup>110</sup> Zob. IZW, sygn. X-KR-06/275, wyrok w I instancji z dnia 28 lutego 2008 r., s. 114–115, powtórzony w IZW, sygn. S1 I K 003485 12 Kžk, wyrok w drugiej instancji z dnia 18 grudnia 2013 r., § 351.

### 3. Implikacje zasady legalizmu

Różnorodność obowiązujących kodeksów karnych i istotne różnice między nimi rodzą pytanie o implikacje wynikające z zasady legalizmu. Czy KK SFRJ 1976 jest jedynym mającym zastosowanie kodeksem, biorąc pod uwagę fakt, że obowiązywał w przedmiotowym czasie? Czy mają zastosowanie kodeksy przejściowe? Czy KK BiH 2003 należy stosować z mocą wsteczną, w odniesieniu do jakich zbrodni i na jakich warunkach? Jakie zasady i reguły należy wziąć pod uwagę przy ustalaniu mającego zastosowanie kodeksu? Obecnie w doktrynie przeważa pogląd, że problem został w dużej mierze rozwiązany głównie przez zastosowanie standardów międzynarodowych<sup>111</sup>. Konkretną normą odniesienia w tym zakresie jest wyrok ETPC z 2013 r. w sprawie *Maktouf i Damjanović przeciwko BiH*<sup>112</sup>, która dotyczyła naruszenia art. 7 EKPC wobec dwóch skarżących skazanych za zbrodnie wojenne przeciwko ludności cywilnej wskutek zastosowania z mocą wsteczną KK BiH 2003. Chociaż orzeczenie to zawiera pewne wskazówki co do głównego pytania stanowiącego meritum sprawy, tj. mającego zastosowanie kodeksu w odniesieniu do zbrodni podlegających karze zarówno na podstawie KK SFRJ 1976, jak i KK BiH 2003 w sprawie dotyczącej skutków innych niż te o największym ciężarze gatunkowym, argumentuje się, że kwestia zakresu temporalnego stosowania kodeksów karnych w procesach o zbrodnie międzynarodowe w BiH wykracza daleko poza zakres podniesionych w tej sprawie pytań. Pytania te dotyczą odpowiedzialności karnej z mocy prawa międzynarodowego przed sądami krajowymi oraz wymiaru kar w sprawach dotyczących zarzutów dotyczących najpoważniejszych postaci zbrodni międzynarodowych. W tej części w pierwszej kolejności zbadamy kontekst i zakres sprawy *Maktouf i Damjanović* oraz jej wpływ na późniejsze orzecznictwo sądów krajowych. Następnie przeanalizujemy kluczowe implikacje wynikającego z zasady legalizmu wymogu *lex praevia*, tj. niedziałania prawa wstecz, zasady *lex mitior*, a także szczególnych okoliczności związanych z karaniem zbrodni na podstawie ogólnych zasad prawa międzynarodowego.

<sup>111</sup> R. Higgins et al., *Oppenheim's International Law – United Nations*, t. 2, Oxford 2017, s. 1430.

<sup>112</sup> *Maktouf i Damjanović przeciwko BiH*, skarga nr 2312/08 i nr 34179/08, Wyrok Wielkiej Izby (Meritum sprawy i słuszne zadośćuczynienie) z dnia 18 lipca 2013 r.

### 3.1. Wyrok w sprawie Maktouf i Damjanović a późniejsze orzecznictwo

W sprawie *Maktouf i Damjanović* ETPC stwierdził naruszenie art. 7 ust. 1 EKPC ze względu na niedokonanie przez IZW oceny okoliczności szczególnych w sprawach dotyczących skarżących i brak ustalenia, czy zastosowano najkorzystniejsze dla skarżących przepisy kodeksowe<sup>113</sup>. W szczególności obaj skarżący byli sądzeni za zbrodnie wojenne przeciwko cywilom, tj. za zbrodnię, którą w sposób identyczny definiował zarówno KK SFRJ 1976, jak i KK BiH 2003, i wymierzono im kary mieszczące się w przedziale zgodnym z obydwoma kodeksami<sup>114</sup>. Pierwszy skarżący, Abduladhim Makfouf, został uznany za współwinnego brania zakładników jako zbrodni wojennych przeciwko ludności cywilnej i skazany na pięć lat pozbawienia wolności<sup>115</sup>. Drugi skarżący, Goran Damjanović, został skazany na jedenaście lat pozbawienia wolności za tortury jako zbrodnie wojenne przeciwko ludności cywilnej<sup>116</sup>. Obaj zostali skazani i ukarani na podstawie zastosowania KK BiH 2003 z mocą wsteczną za zbrodnie popełnione odpowiednio w 1993 i 1992 r.<sup>117</sup> Obaj skarżący zostali oskarżeni i skazani za zbrodnię, która była jednobrzmiąco zdefiniowana zarówno w KK BiH 2003, jak i w KK SFRJ 1976 (zob. pkt 2.1 powyżej). Jednak, jak pokazano we wcześniejszej analizie, między tymi dwoma kodeksami istnieje istotna różnica dotycząca wydawania wyroków skazujących w kontekście rodzajów kar oraz ich wymiaru (pkt 2.2). Tym samym Trybunał stwierdził naruszenie art. 7 ust. 1 EKPC, biorąc pod uwagę fakt, że skarżący mogliby otrzymać niższe wyroki, gdyby w ich sprawie

<sup>113</sup> *Maktouf i Damjanović przeciwko BiH*, § 65 i n.

<sup>114</sup> Tamże, §§ 67 i 70.

<sup>115</sup> Art. 173 w zw. z art. 31 KK BiH 2003. Zob. IZW, sygn. sprawy Kpž-32/05, wyrok drugiej instancji z dnia 4 kwietnia 2006 r. W dniu 30 marca 2007 r. Sąd Konstytucyjny BiH oddalił jako bezzasadną skargę konstytucyjną uznając, że zastosowanie KK BiH 2003 było zgodne z art. 7 ust. 2 EKPC. Zob. sygn. sprawy AP-1785/06, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi i meritum sprawy z dnia 30 marca 2007 r. (Dziennik Urzędowy BiH nr 57/07).

<sup>116</sup> Art. 173 KK BiH 2003. Zob. IZW, sygn. sprawy X-KRŽ/05/107, wyrok drugiej instancji z dnia 19 listopada 2007 r. (podtrzymujący wyrok pierwszej instancji z dnia 18 czerwca 2007 r., sygn. sprawy X-KR/05/107). Sąd Konstytucyjny BiH uznał skargę konstytucyjną za niedopuszczalną. Zob. sygn. sprawy AP-565/08, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi z dnia 15 kwietnia 2009 r.

<sup>117</sup> *Maktouf i Damjanović przeciwko BiH*, § 11 i 19.

zastosowano KK SFRJ 1976<sup>118</sup>. W szczególności Trybunał zauważył, że ze względu na charakter postawionych im zarzutów, żaden ze skarżących nie został „[...] pociągnięty do odpowiedzialności karnej za spowodowanie utraty życia, a zbrodnie, za które zostali skazani, wyraźnie nie należały do tej kategorii”<sup>119</sup>. Ich wyroki zostały złagodzone znacznie poniżej ustawowej dolnej granicy i nieco powyżej dolnej granicy wymiaru kary zgodnie z KK BiH 2003, jednakże w przedziale zgodnym z KK SFRJ 1976<sup>120</sup>. Trybunał podniósł również uwagę ogólną, że sądy krajowe „[...] nie mają innej możliwości niż stosować kodeks karny z 2003 r.” w sprawach dotyczących zarzutów o zbrodnie przeciwko ludzkości, ponieważ tylko ten kodeks przewiduje definicję tych zbrodni<sup>121</sup>. W ten sposób ETPC podtrzymał swoje wcześniejsze stanowisko zajęte w sprawie Šimšić przeciwko BiH, która dotyczyła skarżącego skazanego przez IZW za zbrodnie przeciwko ludzkości<sup>122</sup>.

ETPC oparł to orzeczenie na stanowisku przyjętym w sprawie *Scoppola przeciwko Włochom*, zgodnie z którym stosowanie łagodniejszego prawa karnego mieści się w zakresie przepisu art. 7 ust. 1<sup>123</sup>, odchodząc od stanowiska zajętego przez Europejską Komisję Praw Człowieka RE w sprawie *X przeciwko Niemcom*<sup>124</sup>. Z wyjątkiem nielicznych przypadków można stwierdzić, że do czasu orzeczenia w sprawie *Maktouf i Damjanović* IZW i Sąd Konstytucyjny BiH co do zasady uznawały, że kwestia właściwego prawa karnego w sprawach dotyczących zarzutów o zbrodnie międzynarodowe mieści się w zakresie osądzania i karania zbrodni na ogólnych zasadach prawa międzynarodowego w ramach wyjątku określonego w art. 7 ust. 2 EKPC<sup>125</sup>. W następstwie

<sup>118</sup> Tamże, §§ 70 i 76.

<sup>119</sup> Tamże, § 69.

<sup>120</sup> Tamże, § 69.

<sup>121</sup> Tamże, § 55.

<sup>122</sup> Šimšić przeciwko BiH, skarga nr 51552/10, orzeczenie Izby z dnia 10 kwietnia 2012 r.

<sup>123</sup> *Scoppola przeciwko Włochom* (nr 2), skarga nr 10249/03, Wyrok Wielkiej Izby (Meritum sprawy i słuszne zadośćuczynienie) z dnia 17 września 2009 r., § 105–109.

<sup>124</sup> *X przeciwko Niemcom*, skarga nr 7900/77, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi z dnia 6 marca 1978 r., s. 2.

<sup>125</sup> Zob. np. sygn. sprawy AP-519/07, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi i meritum sprawy z dnia 30 stycznia 2010 r. W tej sprawie, która dotyczy skazania skarżącego za zbrodnie przeciwko ludzkości na karę 24 lat pozbawienia wolności w reżimie wyższego przedziału, Sąd Konstytucyjny BiH uznał, że nie doszło do naruszenia art. 7 EKPC „[...] ponieważ ust. 2 tego artykułu przewiduje wyjątki, gdy jego przepis dotyczy spraw związanych ze zbrodniami wojennymi i zbrodniami naruszającymi międzynarodowe prawo humanitarne

orzeczenia w sprawie *Maktouf i Damjanović*, Sąd Konstytucyjny BiH zmienił swoje dotychczasowe orzecznictwo, stwierdzając naruszenie art. 7 EKPC i uchylił wydane przez IZW w co najmniej 21 sprawach prawomocne wyroki skazujące za zbrodnie ludobójstwa i zbrodnie wojenne *sensu stricto* na podstawie KK BiH 2003, w tym te, które dotyczyły zarzutów wielokrotnych zabójstw i wydane w górnych granicach wymiaru kary. Należą do nich sprawy dotyczące masowych egzekucji bośniackich cywilów w lipcu 1995 r., zakwalifikowanych jako ludobójstwo<sup>126</sup> i zbrodnie wojenne o dużym ciężarze gatunkowym, takie jak masakra w Tuzli w maju 1995 r.<sup>127</sup> oraz inne<sup>128</sup>. W sprawach tych IZW wznowiła postępowania, zastosowała KK SFRJ 1976 jako *lex mitior* i wydała wyroki od 5 do 15 lat lub 20 lat pozbawienia wolności. Sąd Konstytucyjny BiH

---

uznawane przez „narody cywilizowane”, a sprawa wnoszącego odwołanie faktycznie stanowi wyjątek do zasady z art. 7 ust. 1 Konwencji Europejskiej” (§ 81).

<sup>126</sup> Zob. np. sygn. sprawy AP-4239/12, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi i meritum sprawy z dnia 26 października 2016 r.; sygn. sprawy AP-3113/12, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi i meritum sprawy z dnia 27 października 2015 r.; sygn. sprawy AP-1240/11, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi i meritum sprawy z dnia 6 listopada 2014 r.; sygn. sprawy AP-4606/13, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi i meritum sprawy z dnia 28 marca 2014 r.; sygn. sprawy AP-4100/09, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi i meritum sprawy z dnia 22 października 2013 r.; sygn. sprawy AP-4126/09, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi i meritum sprawy z dnia 22 października 2013 r. oraz sygn. sprawy AP-4065/09, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi i meritum sprawy z dnia 22 października 2013 r.

<sup>127</sup> Sygn. sprawy AP-5161/10, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi i meritum sprawy z dnia 23 stycznia 2014 r.

<sup>128</sup> Zob. np. sygn. sprawy AP-3939/12, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi i meritum sprawy z dnia 10 listopada 2015 r.; sygn. sprawy AP-3227/12, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi i meritum sprawy z dnia 21 lipca 2015 r.; sygn. sprawy AP-717/11, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi i meritum sprawy z dnia 15 kwietnia 2015 r.; sygn. sprawy AP-929/12, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi i meritum sprawy z dnia 17 marca 2015 r.; sygn. sprawy AP-4613/12, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi i meritum sprawy z dnia 17 marca 2015 r.; sygn. sprawy AP-1751/11, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi i meritum sprawy z dnia 6 listopada 2014 r.; sygn. sprawy AP-556/12, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi i meritum sprawy z dnia 4 lipca 2014 r.; sygn. sprawy AP-4378/10, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi i meritum sprawy z dnia 24 kwietnia 2014 r.; sygn. sprawy AP-1705/10, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi i meritum sprawy z dnia 5 listopada 2013 r.; sygn. sprawy AP-116/09, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi i meritum sprawy z dnia 22 października 2013 r.; sygn. sprawy AP-503/09, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi i meritum sprawy z dnia 22 października 2013 r.; sygn. sprawy AP-2948/09, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi i meritum sprawy z dnia 22 października 2013 r. oraz sygn. sprawy AP-325/08, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi i meritum sprawy z dnia 27 września 2013 r.



uznał, że nie rodzi wątpliwości zgodność z art. 7 w sprawach dotyczących skarżących, którzy zostali skazani przez IZW zarówno za zbrodnie przeciwko ludzkości, co pociąga za sobą zastosowanie KK BiH 2003, jak i za zbrodnie wojenne, co może wiązać się z zastosowaniem innego kodeksu karnego niż KK BiH 2003, w oparciu o przepisy dotyczące zbiegu zbrodni, ponieważ wykazanie, że skarżący w innym przypadku otrzymaliby niższe wyroki jest niemożliwe<sup>129</sup>.

Orzeczenie ETPC w sprawie *Maktouf i Damjanović* zmieniło późniejsze orzecznictwo krajowe w zakresie stosowania przez IZW KK SFRJ 1976 nie tylko w sprawach dotyczących zarzutów, których przesłanki nie pozwalają na rozważenie wymierzenia kary w wymiarze zbliżonym do dolnej granicy ustawowej lub poniżej niej, ale również we wszystkich sprawach o zbrodnie ludobójstwa i zbrodnie wojenne zgodnie z definicją zawartą zarówno w KK SFRJ 1976, jak i KK BiH 2003. IZW nadal stosuje KK BiH 2003 w sprawach o zbrodnie przeciwko ludzkości. Jednym ze skutków takiego orzecznictwa jest pojawiające się pytanie o ustawową górną granicę wymiaru kary za zbrodnię ludobójstwa i zbrodnie wojenne z jednej strony, a za zbrodnie przeciwko ludzkości z drugiej.

### 3.2. Współczesne orzecznictwo dotyczące zbrodni międzynarodowych przez pryzmat przepisów dotyczących zakresu temporalnego stosowania kodeksów karnych

Implikacje zasady legalizmu wykraczają daleko poza kwestie poruszone w sprawie *Maktouf i Damjanović* i znajdują odzwierciedlenie w przeciwnym orzecznictwie i poglądach doktryny. Odnoszą się one do kwestii ustawowej górnej granicy wymiaru kary według KK SFRJ 1976 w kontekście zniesienia kary śmierci, typizacji zbrodni przeciwko ludzkości oraz harmonizacji zasad wymierzania kar, a także ogólnie ustalenia przepisów *lex mitior*. Wyszukane są tezy, że krystalizacja możliwych rozwiązań tych kwestii może nastąpić jedynie poprzez ich zestawienie w kontekście przepisów dotyczących temporalnego zakresu stosowania kodeksów karnych, mianowicie (a) reguły

<sup>129</sup> Zob. np. sygn. sprawy AP-2789/08, orzeczenie w sprawie dopuszczalności skargi i meritum sprawy z dnia 28 marca 2014 r.

niedziałania prawa wstecz, (b) wymogu stosowania *lex mitior* oraz (c) osądzenia i karania zbrodni na podstawie ogólnych zasad prawa międzynarodowego.

(a) *Zakaz wstecznego działania prawa*. Wynikająca z zasady legalizmu oraz fundamentalnej zasady temporalnego zakresu stosowania kodeksu karnego reguła zakazuje wstecznego działania kodeksu karnego, przewidując – co do zasady – właściwość kodeksu, który obowiązywał w czasie popełnienia zbrodni (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*). Jako taka jest ona zawarta we wszystkich pięciu analizowanych kodeksach karnych, zarówno w zakresie definicji zbrodni, jak przewidzianych za nie sankcji karnych<sup>130</sup>. KK SFRJ 1976, który został przyjęty jako ustawa Republiki BiH z dniem 11 kwietnia 1992 r. i obowiązywał do 27 listopada 1998 r. w FBiH i do 30 września 2000 r. w RS, stanowi kodeks *tempore criminis*, tj. kodeks obowiązujący w przedmiotowym czasie. W kontekście katalogu zbrodni międzynarodowych zawartego we wszystkich analizowanych kodeksach oraz ograniczeń czasowych dotyczących stosowalności kodeksów karnych należy stwierdzić, że co do zasady za kodeks obowiązujący w przedmiotowym czasie w sprawach dotyczących zarzutów o ludobójstwo, zbrodnie wojenne oraz zbrodnie z nimi związane należy uznać KK SFRJ 1976.

(b) *Lex mitior*. Stosowanie (naj)względniejszych dla oskarżonego przepisów kodeksowych jest uznawane za zasadny wyjątek od ogólnej zasady niedziałania prawa wstecz, a w teorii prawa karnego za wyraz podejścia eklektycznego<sup>131</sup>. Wszystkie analizowane kodeksy przewidują obowiązkowe stosowanie *lex mitior*<sup>132</sup>, a jego ustalenie odbywa się na podstawie oceny konkretnych okoliczności w indywidualnych sprawach<sup>133</sup>. Ustalenie *lex mitior* ogranicza

<sup>130</sup> Art. 3 oraz art. 4 ust. 1 KK SFRJ 1976, art. 3 oraz art. 4 ust. 1 KK FBiH 1998, art. 3 oraz art. 4 ust. 1 KK RS 2000, art. 3 oraz art. 4 ust. 1 KK DB BiH 2000 oraz art. 3 i art. 4 ust. 1 KK BiH 2003.

<sup>131</sup> Ž. Horvatić, D. Derenčinović, L. Cvitanović, *Kazneno pravo. Opći dio I*, s. 140.

<sup>132</sup> Art. 4 ust. 2 KK SFRJ 1976, art. 4 ust. 2 KK FBiH 1998, art. 4 ust. 2 KK RS 2000, art. 4 ust. 2 KK DB BiH 2000 oraz art. 4 ust. 2 KK BiH 2003.

<sup>133</sup> Z. Tomić, *op. cit.*, s. 155; P. Novoselec, *op. cit.*, s. 61–63; Ž. Horvatić, D. Derenčinović, L. Cvitanović, *Kazneno pravo. Opći dio I*, s. 140; H. Sijerčić-Čolić et al., *op. cit.*, s. 57–60. Zob. również A. Cassese, *Opinion on the possible retroactive application of some provisions of the new Criminal Code of Bosnia and Herzegovina*, PCRED/DG1/EXP (2003) 32, 5 czerwca 2003 r., [www.archives.eui.eu/en/fonds/257095?item=ACA-10](http://www.archives.eui.eu/en/fonds/257095?item=ACA-10) (dostęp: 17.07.2021).

się do kryteriów związanych z wymierzaniem kary, ze względu na ciągłość penalizacji ludobójstwa i zbrodni wojennych *sensu stricto*, zarówno w zakresie definicji, jak też ich elementów.

W orzecznictwie i doktrynie pojawiają się przeciwstawne poglądy dotyczące górnej granicy wymiaru kary przewidzianej za najpoważniejsze postacie zbrodni międzynarodowych w KK SFRJ 1976. Według poglądu dominującego w orzecznictwie, w tym Sądu Konstytucyjnego BiH i IZW, dopuszczalna górna granica wymiaru kary pozbawienia wolności wynosi 20 lat<sup>134</sup>. Jednakże niektórzy przedstawiciele doktryny twierdzą, że granica ta wynosi 15 lat, ze względu na zniesienie kary śmierci na mocy Umowy GFAP<sup>135</sup>. W istocie przeciwstawne poglądy opierają się na pytaniu, czy kara pozbawienia wolności na okres 20 lat stanowi samoistny wymiar kary zgodnie z KK SFRJ 1976 czy też substytut kary śmierci. Jak wspomniano powyżej, kara śmierci była uznawana za wyjątkowy rodzaj kary i mogła być wymierzana jedynie w przypadkach najcięższych zbrodni, za popełnienie których była przewidziana<sup>136</sup>. Alternatywnie dopuszczano możliwość jej zastąpienia terminową karą pozbawienia wolności na okres 20 lat<sup>137</sup> w sprawach, w których sąd – w kontekście indywidualizacji wymiaru kary – stwierdzi, że ani kara śmierci, ani kara pozbawienia wolności na okres 15 lat nie służyłyby osiągnięciu celu kary<sup>138</sup>. Komentatorzy byli zdania, że sąd miał w świetle art. 38 ust. 2 k.k. SFRJ wówczas możliwość wymierzenia kary pozbawienia wolności na okres 15 lat, 20 lat, albo ostatecznie kary śmierci<sup>139</sup>. IZW, mając na uwadze zmieniony kontekst i reżim prawny ścigania zbrodni wojennych przed krajowym wymiarem sprawiedliwości, stwierdzał w niektórych sprawach, że krajowe ramy prawne powinny przewidywać odpowiednie sankcje karne za czyny będące zbrodniami w świetle prawa międzynarodowego<sup>140</sup>.

<sup>134</sup> Zob. np. IZW, sygn. sprawy S1 I 014263 13 Krż, wyrok w drugiej instancji z dnia 23 stycznia 2014 r., § 453 i n.

<sup>135</sup> Zob. M. Babić, s. 64, w nawiązaniu do G.P. Ilić, *O predvidljivosti retroaktivne primene blažeg krivičnog zakona – osvrt na Odluku Evropskog suda za ljudska prava: Mikulović i Vujisić protiv Srbije*, [w:] *Idem, Identitetski preobražaj Srbije*, Belgrade 2016, s. 115–126.

<sup>136</sup> Art. 37 ust. 2 KK SFRJ 1976.

<sup>137</sup> Art. 38 ust. 2 KK SFRJ 1976.

<sup>138</sup> N. Srzentić et al., *op. cit.*, s. 183.

<sup>139</sup> Tamże.

<sup>140</sup> Zob. IZW, sygn. sprawy S1 K 015222 14 Krż, wyrok w drugiej instancji z dnia 11 kwietnia 2014 r., § 168.

(c) *Osądzenie i karanie zbrodni na podstawie prawa międzynarodowego i ogólnych zasad prawa.* Z utrwalonego orzecznictwa, zarówno IZW, Sądu Konstytucyjnego BiH, jak i ETPC w sprawach *Šimšić przeciwko BiH* oraz *Maktouf i Damjanović przeciwko BiH*, wynika, że stosowanie KK BiH 2003 w sprawach zakwalifikowanych jako zbrodnie przeciwko ludzkości jest objęte wyjątkiem określonym w art. 7(1) ust. 2 EKPC. Ponadto przepis art. 4a KK BiH 2003 opartego na podstawie art. 7 ust. 2 EKPC stanowi, że wymogi zasady legalizmu oraz przepisy dotyczące temporalnego zakresu stosowania kodeksu karnego „[...] nie stanowią uszczerbku dla osądzenia i ukarania kogokolwiek za każdy czyn lub zaniechanie, które w chwili popełnienia miały charakter przestępny według ogólnych zasad prawa międzynarodowego”. Ponadto utrwalone orzecznictwo IZW dopuszcza stosowanie instytucji odpowiedzialności dowódców oraz związku przestępnego jako zasad zwyczajowego prawa międzynarodowego<sup>141</sup>. Ten wyjątek od reguły niedziałania prawa (krajowego kodeksu karnego) wstecz nie tylko ma charakter konstytucyjny – w świetle przepisu art. II ust. 2 Konstytucji BiH, który przewiduje nadrzędność i bezpośrednią stosowalność praw i wolności określonych w EKPC – ale także jest zasadą obowiązującego prawa międzynarodowego, w tym EKPC i MPPOP<sup>142</sup>. Choć ustawowa górna granica wymiaru kary za zbrodnie przeciwko ludzkości na podstawie art. 172 KK BiH 2003 to kara pozbawienia wolności w wyższym przedziale (do 45 lat), zgodnie z najnowszym orzecznictwem IZW wyroki za te zbrodnie są wydawane w rozpiętości wymiaru kar za pozostałe zbrodnie międzynarodowe wynikającej z obowiązującego prawa<sup>143</sup>.

## Wnioski

Krajowe ramy prawne ścigania zbrodni międzynarodowych w Bośni i Hercegowinie są złożone i wieloaspektowe w dużej mierze ze względu na złożoność porządku prawnego i sądowiczego państwa oraz prawie 30-letni odstęp czasowy między wojną a okresem, gdy podejmowane są postępowania karne.

<sup>141</sup> Zob. IZW, sygn. sprawy S1 1 K 003485 12 Kžk, § 351.

<sup>142</sup> Zob. H. Sijerčić-Čolić et al., *op. cit.*, s. 60–61.

<sup>143</sup> Zob. np. IZW, sygn. sprawy S1 1 K 017626 18 krž 6, wyrok w drugiej instancji z dnia 26 kwietnia 2019 r., § 226–230.

W tym stanie rzeczy mamy do czynienia z wielością mających zastosowanie w postępowaniach przed sądami krajowymi kodeksów karnych, w których występują istotne różnice w zakresie penalizacji zbrodni międzynarodowych. Różnice te dotyczą nie tylko katalogu zbrodni międzynarodowych – w tym względzie tylko KK BiH 2003 typizuje zbrodnie przeciwko ludzkości i zawiera jednoznaczną definicję odpowiedzialności dowódców – ale także reżimów wymiaru kar i zasad odpowiedzialności karnej. Choć z orzecznictwa ETPC w przełomowych sprawach *Šimšić przeciwko BiH* oraz *Maktouf i Damjanović przeciwko BiH* wynikają pewne wytyczne, wiele kwestii nie zostało jeszcze rozstrzygniętych przez sądy krajowe. Uznaje się, że sądy będą nadal stosować różne kodeksy karne, w szczególności KK SFRJ 1976 jako kodeks obowiązujący w przedmiotowym czasie oraz KK BiH 2003 jako kodeks obowiązujący obecnie. Pogląd ten opiera się na wymogach wynikających z zasady legalizmu i temporalnego zakresu stosowania kodeksów karnych, ze szczególnym odniesieniem do zasady *lex mitior* oraz wyjątku od reguły niedziałania prawa wstecz w odniesieniu do karania zbrodni zgodnie z ogólnymi zasadami prawa międzynarodowego. W kontekście pierwszej z tych zasad, właściwość kodeksu karnego powinna być ustalana indywidualnie w oparciu o okoliczności faktyczne i prawne każdej sprawy. Zasada najwzględniejszego prawa i wyjątek od zakazu działania prawa wstecz mieszczą się natomiast w zakresie przepisu art. 7(1) ust. 2 EKPC oraz art. 4a KK BiH 2003, pozwalając na stosowanie KK BiH 2003 w mocą wsteczną w sprawach dotyczących zarzutów popełnienia zbrodni przeciwko ludzkości, ponieważ w przedmiotowym czasie były one uznawane za zbrodnie w świetle prawa międzynarodowego. Czynniki te, w tym wymogi zasady legalizmu, warunkują stosowalność różnych kodeksów karnych w postępowaniach w sprawach o zbrodnie wojenne przed sądami krajowymi.

Załącznik: Zestawienie kodeksów karnych mających zastosowanie w postępowaniach o zbrodnie międzynarodowe w BiH

	<b>KK SFRJ 1976</b>	<b>KK FBiH 1998</b>	<b>KK RS 2000</b>	<b>KK DB BiH 2000</b>	<b>KK BiH 2003</b>
<b>Okres obowiązywania</b>	11 kwietnia 1992 r. – 27 listopada 1998 r. (FBiH), 30 września 2000 r. (RS)	28 listopada 1998 r. – 31 lipca 2003 r.	1 października 2000 r. – 30 czerwca 2003 r.	1 kwietnia 2001 r. – 30 czerwca 2003 r.	od 1 marca 2003 r.
<b>Zakres terytorialny</b>	W całym kraju	Terytorium FBiH	Terytorium RS	Terytorium DB BiH	W całym kraju
<b>Katalog zbrodni</b>	Ludobójstwo (art. 141) Zbrodnie wojenne wymierzone w ludność cywilną (art. 142) Zbrodnie wojenne wymierzone w rannych i chorych (art. 143) Zbrodnie wojenne wymierzone w jeńców wojennych (art. 144)*	Ludobójstwo (art. 153) Zbrodnie wojenne wymierzone w ludność cywilną (art. 154) Zbrodnie wojenne wymierzone w rannych i chorych (art. 155) Zbrodnie wojenne wymierzone w jeńców wojennych (art. 156)**	Ludobójstwo (art. 432) Zbrodnie wojenne wymierzone w ludność cywilną (art. 433) Zbrodnie wojenne wymierzone w rannych i chorych (art. 434) Zbrodnie wojenne wymierzone w jeńców wojennych (art. 435)***	Ludobójstwo (art. 147) Zbrodnie wojenne wymierzone w ludność cywilną (art. 148) Zbrodnie wojenne wymierzone w rannych i chorych (art. 149) Zbrodnie wojenne wymierzone w jeńców wojennych (art. 150)****	Ludobójstwo (art. 171) Zbrodnie przeciwko ludzkości (art. 172) Zbrodnie wojenne wymierzone w ludność cywilną (art. 173) Zbrodnie wojenne wymierzone w rannych i chorych (art. 174) Zbrodnie wojenne wymierzone w jeńców wojennych (art. 175)*****
<b>Przewidziane sankcje karne</b>	Kara pozbawienia wolności na okres co najmniej 5 lat (5–15 lat) albo kara śmierci (albo kara pozbawienia wolności na okres 20 lat – art. 38 ust. 2)	Kara pozbawienia wolności na okres co najmniej 5 lat (5–15 lat) lub kara pozbawienia wolności w wyższym przedziale rozpiętości (20–40 lat)	Kara pozbawienia wolności na okres co najmniej 10 lat (10–20 lat) lub kara dożywotniego pozbawienia wolności	Kara pozbawienia wolności na okres co najmniej 10 lat (10–15 lat) lub kara pozbawienia wolności w wyższym przedziale rozpiętości (20–40 lat)	Kara pozbawienia wolności na okres co najmniej 10 lat (10–20 lat) lub kara pozbawienia wolności w wyższym przedziale rozpiętości (21–45 lat)
<b>Rodzaje odpowiedzialności</b>	Brak konkretnego odniesienia do odpowiedzialności dowódców; zastosowanie mają zasady przewidziane w Części Ogólnej	Brak konkretnego odniesienia do odpowiedzialności dowódców; zastosowanie mają zasady przewidziane w Części Ogólnej	Brak konkretnego odniesienia do odpowiedzialności dowódców; zastosowanie mają zasady przewidziane w Części Ogólnej	Brak konkretnego odniesienia do odpowiedzialności dowódców; zastosowanie mają zasady przewidziane w Części Ogólnej	Odpowiedzialność indywidualna i odpowiedzialność dowódców (art. 180)

\* Inne relewantne zbrodnie (objęte karą pozbawienia wolności w wymiarze skróconym): Organizowanie grupy i podżeganie do ludobójstwa i zbrodni wojennych (art. 145); Bezprawne zabójstwo lub zranienie wroga (art. 146); Grabież (art. 147); Używanie zakazanych środków walki (art. 148); Okrutne traktowanie rannych, chorych i jeńców wojennych (art. 150); Niszczenie zabytków kultury i historii (art. 151), KK SFRJ 1976.

\*\* Inne relewantne zbrodnie (objęte karą pozbawienia wolności w wymiarze skróconym): Organizowanie grupy i podżeganie do ludobójstwa i zbrodni wojennych (art. 157); Bezprawne zabójstwo lub zranienie wroga (art. 158); Grabież (art. 159); Używanie zakazanych środków walki (art. 160); Okrutne traktowanie rannych, chorych i jeńców wojennych (art. 163); Niszczenie zabytków kultury i historii (art. 164), KK FBiH 1998.

\*\*\* Inne relewantne zbrodnie (objęte karą pozbawienia wolności w wymiarze skróconym): Zbrodnie wojenne popełnione poprzez użycie zakazanych środków walki (art. 436); Organizowanie grupy i podżeganie do ludobójstwa i zbrodni wojennych (art. 437); Bezprawne zabójstwo lub zranienie wroga (art. 438); Grabież (art. 439); Okrutne traktowanie rannych, chorych i jeńców wojennych (art. 441); Bezasadne opóźnianie repatriacji jeńców wojennych (art. 442); Niszczenie zabytków kultury i historii (art. 443), KK RS 2000.

\*\*\*\* Inne relewantne zbrodnie (objęte karą pozbawienia wolności w wymiarze skróconym): Organizowanie grupy i podżeganie do ludobójstwa i zbrodni wojennych (art. 151); Bezprawne zabójstwo lub zranienie wroga (art. 152); Grabież (art. 153); Używanie zakazanych środków walki (art. 154); Okrutne traktowanie rannych, chorych i jeńców wojennych (art. 157); Niszczenie zabytków kultury i historii (art. 158), KK DB BiH 2000.

\*\*\*\*\* Inne relewantne zbrodnie (objęte karą pozbawienia wolności w wymiarze skróconym): Organizowanie grupy i podżeganie do ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości i zbrodni wojennych (art. 176); Bezprawne zabójstwo lub zranienie wroga (art. 177); Grabież poległych i rannych na polu bitwy (art. 178); Naruszenie praw i zwyczajów wojennych (art. 179); Bezasadne opóźnianie repatriacji jeńców wojennych (art. 182); Niszczenie zabytków kultury, historii i religii (art. 183), KK BiH 2003.





# Przemoc na tle seksualnym lub ze względu na płeć jako element zbrodni przeciwko ludzkości. Wpływ orzecznictwa sądów międzynarodowych na ściganie przed sądami krajowymi na przykładzie Bośni i Hercegowiny

## Wprowadzenie

Niniejszy szkic jest poświęcony analizie pojęcia przemocy seksualnej, a ściślej przemocy seksualnej, uwzględniający kulturowy aspekt płci (*sexual gender based violence*, SGBV) jako elementu definicji zbrodni przeciwko ludzkości. Przemoc seksualna jako aspekt zbrodni przeciwko ludzkości funkcjonuje w doktrynie prawa humanitarnego od niedawna. Tłem dla rozważań będzie zatem omówienie ogólnej definicji zbrodni przeciwko ludzkości w ujęciu ewolucyjnym, a więc do momentu, w którym komponent w postaci przemocy seksualnej został wpisany w jej treść. Ze względu na to, że na rozwój ten zauważalnie wpływa orzecznictwo sądów i trybunałów międzynarodowych, zwłaszcza trybunałów doraźnych, uwzględnione zostaną także konteksty orzecznicze – zwłaszcza w odniesieniu do MTKJ. Judykаты wydawane przez międzynarodowe trybunały działające *ad hoc* istotnie przyczyniły się bowiem do właściwego skodyfikowania w Statucie Rzymskim tzw. *atrocitiy crimes*, również tych typów, które penalizują szczególnie bestialskie formuły przestępczości seksualnej i przemocy ze względu na płeć jako postaci zbrodni przeciwko ludzkości.

Jak wiadomo, postępowania sądowe w sprawach zbrodnie przeciwko ludzkości, w ramach których ściganie obejmowane są przejawy przemocy seksualnej i przemocy ze względu na płeć mogą być wszczynane zarówno na szczeblu międzynarodowym (ponadnarodowym), jak i krajowym. W ramach niniejszej analizy uwagę skupię na sprawach, które początkowo ścigane były

przez MTKJ, a następnie przekazane zostały sądom krajowym, a ściślej do Sądu Bośni i Hercegowiny, Wydziału I ds. Zbrodni Wojennych, utworzonego w 2005 r. (dalej zwanego: Sądem BiH). Z tego względu oś rozważań stanowić będzie kwestia wpływu orzecznictwa MTKJ na rozstrzygnięcia sądów krajowych na przykładzie Sądu BiH. W tym kontekście można zauważyć pewne wątpliwości co do wadliwości wypełniania jurysdykcji tych sądów w zakresie zbrodni przeciwko ludzkości z elementami przemocy seksualnej. W tym kontekście zbadana zostanie zasada stosowania *lex mitior*, a więc ustawy względniejszej dla sprawcy w świetle wyroku ETPC. Orzecznictwo Sądu BiH będzie stanowiło asumpt do ukazania kluczowych problemów procesowych, m.in. prawa do rzetelnego procesu i dopuszczalności wykorzystania w procesach krajowych dowodów zgromadzonych przez Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii, wiążących się z tym typem ścigania. W ramach końcowego fragmentu analizy pewne odniesienia obejmą także kwestię wpływu MTK na zwalczanie zbrodni SGBV w skali globalnej.

## 1

Choć odnotowuje się, że pojęcie „zbrodni przeciwko ludzkości” po raz pierwszy pojawiło się w wymiarze międzynarodowym w pierwszej dekadzie XX wieku w związku z rzezią Ormian<sup>1</sup>, to jednak rozwój tego pojęcia ściśle łączy się z działalnością Międzynarodowego Trybunału Wojskowego (MTW), powołanego po II wojnie światowej dla rozliczenia zbrodni nazistowskich. W istocie Karta MTW<sup>2</sup> w art. 6 lit. c) definiowała zbrodnie przeciwko ludzkości w ramach „katalogu otwartego” *numerus apertus*, wskazując, iż są to:

[...]morderstwa, wytępienie, niewolnictwo, deportacje i inne zachowania nieludzkie, których dopuszczono się przeciwko jakiegokolwiek ludności cywilnej, przed wojną lub podczas niej (*nexus element*), albo prześladowania ze

<sup>1</sup> Zob. V.V. Dadrian, *The Historical and Legal Interconnections Between the Armenian Genocide and the Jewish Holocaust: From Impunity to Retributive Justice*, „Yale Journal of International Law” 1998/23, s. 503 i n.

<sup>2</sup> ONZ – Seria Traktatów 1951, nr 251, s. 280 i n. Dostępne w j. angielskim pod adresem: [www.untreaty.un.org/unts/1\\_60000/2/35/00003709.pdf](http://www.untreaty.un.org/unts/1_60000/2/35/00003709.pdf) (dostęp: 6.06.2021).

względów politycznych, rasowych lub religijnych przy popełnianiu jakiegokolwiek zbrodni wchodzącej w zakres kompetencji Trybunału lub w związku z nią, niezależnie od tego, czy było to zgodne, czy też stało w sprzeczności z prawem państwa, w którym zbrodni dokonano.

Okazuje się, że podobną definicję zawarto w art. 5 lit. c)<sup>3</sup> Karty Trybunału Tokijskiego z 1946 r. ustanawiającej MTW dla Dalekiego Wschodu<sup>4</sup>. Niemniej jednak zbrodnie przemocy seksualnej nie były wyraźnie wskazane w katalogu czynów ściganych przed MTW, a – jak wskazują badacze tego obszaru – Trybunał Tokijski na ogół ignorował popełniane przez armię japońską czyny zniewolenia kobiet<sup>5</sup>. Nie ulega wątpliwości, że definicja zbrodni przeciwko ludzkości nie obejmowała wówczas elementu przemocy seksualnej<sup>6</sup>.

Punktem zwrotnym dla rozwoju definicji „zbrodni przeciwko ludzkości” było powołanie w 1993 r. Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii (MTKJ)<sup>7</sup>. Przepis dotyczący zbrodni przeciwko ludzkości zawarty został w Statucie MTKJ<sup>8</sup> w następującym brzmieniu: „Trybunał

<sup>3</sup> Seria Traktatów i innych aktów międzynarodowych, s. 20 i n. Dostępne w j. angielskim pod adresem: [www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.3\\_1946%20Tokyo%20Charter.pdf](http://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.3_1946%20Tokyo%20Charter.pdf) (dostęp: 6.06.2021).

<sup>4</sup> Zob. S. Garibian, *Crimes against humanity and international legality in legal theory after Nuremberg*, „Journal of Genocide Research” 2007, nr 1, s. 93 i n.

<sup>5</sup> Podczas II wojny światowej Japończycy stworzyli sieć obozów „kobiet do towarzystwa” przeznaczonych dla swojej armii. Kobiety te były systematycznie gwałcone przez żołnierzy. MTW dla Dalekiego Wschodu wydał orzeczenie tylko w jednej sprawie dotyczącej przemocy seksualnej, zob. Y. Tanaka, *Japan's Comfort Women: Sexual Slavery and Prostitution during World War II and the US Occupation*, London 2003, s. 32; G. Peterossian, *Elements of Superior Responsibility for Sexual Violence by Subordinates*, „Manitoba Law Journal”, t. 43, z. 3, s. 126. Dostępne pod adresem: [www.themanitobalawjournal.com/wp-content/uploads/articles/MLJ\\_42.3/42.3\\_Petrossian.pdf](http://www.themanitobalawjournal.com/wp-content/uploads/articles/MLJ_42.3/42.3_Petrossian.pdf) (dostęp: 6.07.2021).

<sup>6</sup> Zob. V.C. Bassiouni, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, The Hague–London–Boston 1999, s. 26 i n.; P. Sellers, *The Prosecution of Sexual Violence in Conflict: The Importance of Human Rights as Means of Interpretation*, 2007, s. 7, [www.ohchr.org/english/issues/women/docs/Paper\\_Prosecution\\_of\\_Sexual\\_Violence.pdf](http://www.ohchr.org/english/issues/women/docs/Paper_Prosecution_of_Sexual_Violence.pdf) (dostęp: 6.07.2021); S. Sharratt, *Gender, Shame and Sexual Violence: The Voices of Witnesses and Court Members at War Crimes Tribunals*, London 2016, s. 15.

<sup>7</sup> V.C. Bassiouni, *op. cit.*; M. Banks, *Sexual Violence and International Criminal Law: An Analysis of the Ad Hoc Tribunal's Jurisprudence & the International Criminal Court's Elements of Crimes*, [w:] William & Mary Law School Scholarship Repository, 2005, s. 5 i n.

<sup>8</sup> Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii, rezolucja Rady Bezpieczeństwa nr 808, ONZ Sygn. S/25704, Załącznik (1993).

Międzynarodowy [MTKJ] jest uprawniony do ścigania osób odpowiedzialnych za następujące zbrodnie wymierzone przeciwko ludności cywilnej, popełnione podczas trwania międzynarodowego lub wewnętrznego konfliktu zbrojnego: a) zabójstwo; [...] c) niewolnictwo; f) torturowanie; g) zgwałcenie; h) przesładowania polityczne, rasowe i religijne; i) inne nieludzkie czyny”. Przepis ten uzupełnił definicję opartą na katalogu otwartym czynów i wzbogacił ją o przesłankę związku z konfliktem zbrojnym tak o charakterze zewnętrznym, jak i wewnętrznym. Okazuje się, że na gruncie art. 3 Statutu siostrzanego trybunału *ad hoc* – Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Ruandy (1994)<sup>9</sup> – sformułowano niemalże identyczną definicję, z tym zastrzeżeniem, że nie przewidziano w nim wymogu, aby zbrodnia została popełniona podczas konfliktu zbrojnego, a nadto określono przesłanki, którymi kierować się muszą sprawcy rozległego lub systematycznego ataku wymierzonego w jakąkolwiek ludność cywilną, mianowicie, iż ich działanie ma być uwarunkowane pobudkami narodowymi, politycznymi, etnicznymi, rasowymi lub religijnymi<sup>10</sup>. Należy więc podkreślić, że jurysdykcja MTKR w zakresie ścigania zbrodni przeciwko ludzkości była węższa niż jurysdykcja MTKJ. Powiedzieć zatem można, iż Statut MTKJ stosuje podejście prawa międzynarodowego zwyczajowego, natomiast MTKR wymaga, aby czyny przestępne miały związek z atakiem ukierunkowanym w konkretny sposób<sup>11</sup>. Stąd definicje zawarte w Statutach MTKJ i MTKR nie opisują wszystkich ogólnych elementów *atrocitiy crimes* – te zaś wynikają z orzecznictwa poszczególnych trybunałów.

Opisując krótką ewolucję definicji zbrodni przeciwko ludzkości, należy podkreślić, że jej najnowszy etap związany jest z powołaniem MTK w 1998 r., a następnie wejściem w życie w 2002 r. Statutu Rzymskiego<sup>12</sup>. W treści Statutu Rzymskiego pojęcie zbrodni przeciwko ludzkości zdefiniowano jako takie, które: „[...] oznacza którykolwiek z następujących czynów, popełniony

<sup>9</sup> Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Ruandy, rezolucja Rady Bezpieczeństwa nr 955, ONZ Sygn. Załącznik (1994).

<sup>10</sup> Zob. A. Cassese, *Crimes Against Humanity: Comments on some Problematical Aspects*, [w:] L. Boisson De Chazournes, V. Gowlland-Debbas (red.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality*, The Hague–London–Boston 2001, s. 429 i n.

<sup>11</sup> Zob. A.M. Banks, *op. cit.*, s. 12.

<sup>12</sup> [www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf](http://www.icc-cpi.int/sites/default/files/RS-Eng.pdf) (dostęp: 6.06.2021).

w ramach rozległego lub systematycznego, świadomego ataku skierowanego przeciwko ludzkości cywilnej”. Statut *explicite* wskazuje nadto zbrodnie przeciwko ludzkości, które mogą mieć związek z elementem przemocy seksualnej, mianowicie: zabójstwo, eksterminacja, niewolnictwo, deportacja lub przymusowe przemieszczanie ludności, uwięzienie lub inne dotkliwe pozbawienie wolności fizycznej z naruszeniem podstawowych reguł prawa międzynarodowego, tortury, zgwałcenie, niewolnictwo seksualne, przymusowa prostytutcja, wymuszona ciąża, przymusowa sterylizacja oraz jakiegokolwiek inne formy przemocy seksualnej porównywalnej wagi, prześladowanie jakiegokolwiek możliwej do zidentyfikowania grupy lub zbiorowości z powodów politycznych, rasowych, narodowych, etnicznych, kulturowych, religijnych, płci lub z innych powodów powszechnie uznanych za niedopuszczalne na podstawie prawa międzynarodowego, w związku z jakimkolwiek czynem, do którego odnosi się niniejszy ustęp, lub z jakąkolwiek zbrodnią objętą jurysdykcją Trybunału, wymuszone zaginięcia osób, zbrodnie apartheidu, inne nieludzkie czyny o podobnym charakterze celowo powodujące ogromne cierpienie lub poważne uszkodzenie ciała albo zdrowia psychicznego”. Zasadniczo Statut Rzymski zawiera definicję zbrodni przeciwko ludzkości podobną do przewidzianej w Statucie MTKR, z wyjątkiem wymogu, aby atak był dokonywany „z powodów narodowych, politycznych, etnicznych, rasowych lub religijnych”. Ponadto definicja zawarta w Statucie Rzymskim wprowadziła przesłankę „świadomego ataku” oraz najszerszą dotychczas egzemplifikację konkretnych czynów zabronionych, które mogą stanowić zbrodnie przeciwko ludzkości, jednocześnie zachowując jednak formułę otwartą katalogu<sup>13</sup>. Poza tym ewolucja definicji zbrodni przeciwko ludzkości nadal jest kwestią otwartą, a Statutu Rzymskiego nie należy traktować jako ostatecznej kodyfikacji międzynarodowego prawa karnego, chociaż przedstawiciele doktryny uznają właśnie tę definicję za najbardziej wiążącą w płaszczyźnie ogólnej<sup>14</sup>, co nie

---

<sup>13</sup> A. Cassese, *Crimes against Humanity*, [w:] A. Cassese, P. Gaeta, J.R.W.D. Jones (red.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, Oxford 2002, s. 350 i n.

<sup>14</sup> Można argumentować, że definicja ta jednoznacznie wyznacza zakres pojęciowy, ponieważ istota pojęcia nie jest zakorzeniona w definicji konwencyjnej, ale w zwyczaju (prawie naturalnym), a „rzeczywista” definicja prawna nie istnieje. Zob. V.C. Bassiouni, *Crimes Against Humanity: The Need for a Specialized Convention*, „Columbia Journal of Transnational Law” 1994, s. 457 i n.

zmienia jednak faktu, że nadal, w ramach Organizacji Narodów Zjednoczonych, podejmowane są próby uregulowania tej kwestii w sposób odrębny (zob. art. 2 projektu Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni przeciwko ludzkości [2019])<sup>15</sup>.

Ze względu na podwójny wymiar (międzynarodowy i krajowy) zbrodni przeciwko ludzkości, dodać można, że na szczeblu krajowym zbrodnie przeciwko ludzkości są w większości krajowych systemów prawa karnego określane jako czyny nieludzkie – popełnione w ramach rozległego lub systematycznego ataku na ludność cywilną<sup>16</sup>. Ten ostatni element to coś, co odróżnia zbrodnie przeciwko ludzkości od innych zbrodni prawa krajowego. Istotny jest tu atak na zbiorowość, którą jest ludność cywilna, a motywy udziału oskarżonego w ataku są nieistotne, ponieważ zbrodnię przeciwko ludzkości można popełnić również z powodów czysto osobistych. Co więcej, idąc w ślad za definicją zbrodni przeciwko ludzkości sformułowaną w Statucie Rzymskim, definicje krajowe nie zawierają elementu związku (*nexus element*); tym samym, czyn przestępny nie musi być popełniony w ramach konfliktu zbrojnego ani w związku z nim.

## 2

Orzecznictwo trybunałów *ad hoc* wywarło istotny wpływ na ukształtowanie definicji zbrodni przeciwko ludzkości, szczególnie jej aspektu obejmującego element przemocy seksualnej. Chociaż jurysdykcja MTKJ MTKR miała charakter selektywny, koncentrując się na wybranych tylko grupach sprawców najokrutniejszych zbrodni, a trybunały skupiły swoją uwagę głównie na przywódcach<sup>17</sup>, to jednak ich orzecznictwo miało ważne znaczenie symboliczne. MTKJ był także pierwszym międzynarodowym trybunałem karnym, który wydał wyroki skazujące za zgwałcenie jako formę tortur oraz za niewolnictwo seksualne jako zbrodnię przeciwko ludzkości, a nadto pierwszym

---

<sup>15</sup> [www.legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/7\\_7\\_2019.pdf](http://www.legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/7_7_2019.pdf).

<sup>16</sup> Uwagi krytyczne, zob. E. van Sliedregt, *Criminalisation of Crimes Against Humanity under National Law*, „Journal of International Criminal Justice” 2018, vol. 16, s. 729 i n.

<sup>17</sup> G. Peterossian, *op. cit.*

międzynarodowym trybunałem w Europie, który skazał oskarżonych zgwałcenie jako zbrodnię przeciwko ludzkości<sup>18</sup>.

Działalność MTKJ była też bez wątpienia bardzo istotnym czynnikiem kulturowym<sup>19</sup>. Trybunał z jednej strony udowodnił, że skuteczne ściganie przemocy seksualnej w czasie wojny jest możliwe, z drugiej zaś w postępowaniach prowadzonych przez trybunał wypracowany został pewien standard gwarancji procesowych dla pokrzywdzonych i świadków, których nie tylko poddano ochronie przed rewiktymizacją, lecz także w wymiarze ogólnospołecznym przywrócono godność (aspekty te omówione zostaną w części czwartej niniejszego szkicu). W konsekwencji więc przyczynił się do przełamania kultury „zmowy milczenia” na temat zbrodni seksualnych, której efektem była bezkarność oprawców i pewne wykluczenie ofiar ze społeczeństwa. Tytułem przykładu wskazać można na szczególne formuły przesłuchań świadków i ofiar w postępowaniach przed MTKJ, który podjął zasadnicze działania w celu zapewnienia ofiarom przemocy seksualnej możliwości odmowy składania zeznań obawy o groźbę odwetu czy zagrożenia dla ich bezpieczeństwa<sup>20</sup>. Regulamin procedowania przed MTKJ wprowadził niedopuszczalne formuły przesłuchań, w kontekście stosowania agresywnej taktyki indagacyjnej wobec świadków i pokrzywdzonych. Powołane zostało także Biuro ds. Pokrzywdzonych i Świadków. Na orzecznictwo MTKJ składa się obszerny zbiór spraw obejmujący *atrocities crimes* popełnione w latach 1992–1995 przez przede wszystkim przez sprawców obywatelstwa serbskiego na cywilnej ludności, zwłaszcza muzułmańskiej i chorwackiej<sup>21</sup>. Jednocześnie podkreślić należy, że przemoc seksualna przybierała różne formy: gwałty, tortury, zniewolenie i prześladowania jako zbrodnie przeciwko ludzkości; gwałty, tortury,

<sup>18</sup> Idąc w ślady Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Rwandy, orzekającego we wcześniejszej sprawie. Zob. G. Mettraux, *Crimes Against Humanity in the Jurisprudence of the International Criminal Tribunals for the Former Yugoslavia and for Rwanda*, „Harvard International Law Journal” 2002, s. 237 i n.

<sup>19</sup> ONZ, Departament Operacji Pokojowych, *Review of the Sexual Violence elements of the Judgments of The ICTY, ICTR and the Special Court for Sierra Leone in the Light of Security Council Resolution 1820*, United Nations, New York 2010. Dostępne pod adresem: [www.icty.org/x/file/Outreach/sv\\_files/DPKO\\_report\\_sexual\\_violence.pdf](http://www.icty.org/x/file/Outreach/sv_files/DPKO_report_sexual_violence.pdf) (dostęp: 6.06.2021).

<sup>20</sup> Zob. raport *Echoes of Witnesses: A Pilot Study into the Long-Term Impact of Bearing Witness before the ICTY*, 2017. Dostępny pod adresem: [www.icty.org/x/file/About/Registry/Witnesses/Echoes-FullReport\\_EN.pdf](http://www.icty.org/x/file/About/Registry/Witnesses/Echoes-FullReport_EN.pdf) (dostęp: 6.06.2021).

<sup>21</sup> Zob. A.M. Banks, *op. cit.*, s. 5 i n.; G. Mettraux, *op. cit.*, s. 237 i n.

znieważanie godności osobistej i nieludzkie traktowanie jako zbrodnie wojenne. Gwałt i/lub inne formy przemocy seksualnej zostały uznane za formę tortur w kilku sprawach: Bralo<sup>22</sup>, Brdanin<sup>23</sup>, Celebici<sup>24</sup>, Kunarac i in.<sup>25</sup>, Kvočka<sup>26</sup>, Milan Simic<sup>27</sup>, Vasiljevic<sup>28</sup>, Tadić<sup>29</sup>, Dragan Nikolic<sup>30</sup>. Złożoność seksualnych czynów przestępnych w tych sprawach była ogromna – wystarczy wspomnieć, że zarówno kobiety, jak i mężczyźni poddawano gwałtom i innym abuzywnym czynnościom seksualnym w formie kwalifikowanej zbrodni (przez współsprawców), m.in. sprawy Bralo, Brdanin, Furundžija<sup>31</sup> i Kvočka<sup>32</sup>.

Oficjalne statystyki MTKJ<sup>33</sup> pokazują, że od początku działalności Trybunału w aktach oskarżenia wobec 78 osób, tj. 48% spośród 161 oskarżonych, znalazły się zarzuty o przemoc seksualną, z czego 32 osoby zostały skazane za popełnienie zbrodni przemocy seksualnej. W 16 z 24 spraw Trybunał uznał, że przemoc seksualna miała miejsce w ramach rozległego i/lub systematycznego ataku skierowanego przeciwko ludności cywilnej. Aczkolwiek zauważyć należy, że akty przemocy seksualnej w orzecznictwie MTKJ były uznawane nie tylko jako postać zbrodni przeciwko ludzkości, lecz także jako zbrodnie wojenne, a nawet ludobójstwo (sprawa Krstića omawiana dalej).

Konfrontacja przywołanej wcześniej definicji zbrodni przeciwko ludzkości wysłowionej w art. 3 MTKJ ze sprawami, w których orzekł MTKJ wskazywała na jej deficyty i konieczność dalszego rozwoju.

Reinterpretacja dokonana przez MTKJ właśnie w odniesieniu do przemocy seksualnej i dyskryminacji ze względu na płeć polegająca na wpisaniu w jej treść prawa zwyczajowego stworzyła fundament pod włączenie już *expressis verbis* przemocy seksualnej do definicji zbrodni przeciwko ludzkości w Statucie Rzymskim. Dlatego poniżej dokonano subiektywnego przeglądu

<sup>22</sup> Prokurator przeciwko Bralo (IT-95-17).

<sup>23</sup> Prokurator przeciwko Brdaninowi (IT 99-36).

<sup>24</sup> Prokurator przeciwko Celebiciowi (Mucić i in.) (IT-96-21).

<sup>25</sup> Prokurator przeciwko Kunaracowi, Kovacowi, Vukovicowi (IT-96-23 i 23).

<sup>26</sup> Prokurator przeciwko Kvočce (IT-98-30).

<sup>27</sup> Prokurator przeciwko Milanowi Simicowi (IT-95-9).

<sup>28</sup> Prokurator przeciwko Vasiljevićowi (IT-98-32).

<sup>29</sup> Prokurator przeciwko Tadićowi (IT-94-1).

<sup>30</sup> Prokurator przeciwko Nikolićowi Draganowi (IT-94-2).

<sup>31</sup> Prokurator przeciwko Furundžija (IT-95-17).

<sup>32</sup> ONZ, Departament Operacji Pokojowych, *Review of the Sexual Violence Elements*

<sup>33</sup> [www.icty.org/en/features/crimes-sexual-violence](http://www.icty.org/en/features/crimes-sexual-violence) (dostęp: 6.06.2021).



wybranych spraw zawisłych przed MTKJ, które wywarły silny wpływ na przekształcanie definicji zbrodni przemocy ze względu na płeć. I tak w sprawie Mucićia i inni<sup>34</sup> gwałt został uznany za formę tortur. Dla międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości ten proces czterech byłych członków bośniackich sił zbrojnych stanowił moment przełomowy, ze względu na zapadłe w nim orzeczenie w sprawie zarzutów gwałtu postawionych zastępcy komendanta obozu Hazimowi Delićowi. Natomiast w sprawie Furundžija zredefiniowano pojęcie zgwałcenia. Ponadto, sprawa ta była pierwszą, w której zarzut przemocy seksualnej stanowiły wyłączną podstawę skazania. Proces koncentrował się na wielokrotnych gwałtach na bośniackiej muzułmance popełnionych podczas przesłuchań prowadzonych przez Furundžiję, który był dowódcą oddziału paramilitarnego „Jokers”. W uzasadnieniu wyroku MTKJ rozszerzył zakres definicji zgwałcenia i stwierdził, że może być również ścigany jako poważne naruszenie Konwencji genewskich oraz jako naruszenie praw i zwyczajów wojennych, nie tylko jako zbrodnia przeciwko ludzkości. W uzasadnieniu tego orzeczenia zawarto stwierdzenie, że w określonych przypadkach zgwałcenie może również stanowić akt ludobójstwa i jako taki podlega ściganiu<sup>35</sup>. W sprawie Kunarac, Zoran Vuković i Radomir Kovač, niewolnictwo seksualne i zgwałcenie uznano za zbrodnie przeciwko ludzkości. W wyroku dokonano rozszerzającej interpretacji katalogu czynów stanowiących niewolnictwo jako zbrodnię przeciwko ludzkości, zaliczając do nich właśnie niewolnictwo seksualne, a także wskazano związek z prawem zwyczajowym przemocy ze względu na płeć kwalifikowanych jako zbrodnie przeciwko ludzkości. Było to orzeczenie przełomowe, ponieważ dotychczas prawo międzynarodowe wiązało definicję niewolnictwa seksualnego z pracą przymusową i niewolnictwem<sup>36</sup>. W wyroku w sprawie Kunarac i in. jednoznacznie zdefiniowano zgwałcenie jako środek prowadzenia wojny, a wśród licznych orzeczeń wytyczających

---

<sup>34</sup> *Prokurator przeciwko Mucićowi i in.* (IT-96-21).

<sup>35</sup> Przełomowy precedens ustanowiono w 1998 r., kiedy MTKR wydał orzeczenie w sprawie Akayesu, w którym stwierdzono, że gwałt stanowi akt ludobójstwa, zob. *Prokurator przeciwko Jean-Paulowi Akayesu* (ICTR-96-4).

<sup>36</sup> Podejście to zostało potwierdzone w treści Protokołu o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu za handel ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi, uzupełniającego Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, przyjętego przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 15 listopada 2000 r. Protokół dostępny na: [www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/protocoltraffickinginpersons.aspx](http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/protocoltraffickinginpersons.aspx).

nowe podejście należy wymienić też to zapadłe w sprawie Krstića<sup>37</sup>, w którym ustalono związek między gwałtem a czystkami etnicznymi (przy czym czystki etniczne wiązały się zaś ściśle z ludobójstwem w kontekście zbrodni w Srebrenicy).

### 3

Jak wskazano wcześniej, jurysdykcja MTKJ miała charakter selektywny zarówno w wymiarze podmiotowym, jak i przedmiotowym, co oznaczało, że ściganie zbrodni seksualnych przed Trybunałem stanowiło jedynie substytut ich ścigania przed sądami krajowymi. Większość spraw była rozpatrywana przez sądy krajowe, przed którymi stanęli oskarżeni średniego i niższego szczebla kierowniczego, również ci przekazani przez MTKJ sądom regionu. Większość z tych spraw dotyczyła zarzutów o przemoc seksualną stanowiących zbrodnie przeciwko ludzkości lub zbrodnie wojenne<sup>38</sup>. Uwagę skupimy zatem na analizie wybranych spraw procedowanych przed Sądem BiH, co ma na celu dokonanie oceny wpływu standardów orzeczniczych MTKJ na ściganie na szczeblu krajowym. Antycypując dalszy tok rozważań, wskazać można, że ocena ta dobitnie potwierdza istotne znaczenie trybunałów doraźnych<sup>39</sup>.

Zauważmy, iż z formalnego punktu widzenia w tym kontekście istotne są Reguły Procesowe i Dowodowe MTKJ<sup>40</sup>, które ustanowiły podstawę dla przekazania spraw sądom krajowym. Co istotne, reguła II bis wprowadziła zasadę przemienności jurysdykcji, przewidywała ona bowiem możliwość przekazania sprawy nie tylko organom państwa, na którego terytorium popełniono zbrodnię, ale również tego państwa, w którym oskarżony został aresztowany, a także państwa sprawującego jurysdykcję i wyrażającego wolę procedowania oraz odpowiednio przygotowanego do poprowadzenia postępowania w takiej

<sup>37</sup> *Prokurator przeciwko Krstićowi* (IT-98-33).

<sup>38</sup> A.M. Banks, *op. cit.*, s. 12 i n.

<sup>39</sup> Zob. *Transitional Justice in the Former Yugoslavia*, International Centre for Transitional Justice, 2011, [www.ictj.org/publication/transitional-justice-formeryugoslavia](http://www.ictj.org/publication/transitional-justice-formeryugoslavia) [dostęp: 6.06.2021].

<sup>40</sup> Przyjęte 11 lutego 1994 r., kilkakrotnie nowelizowane – ostatnio 8 lipca 2015 r. – IT/32/Rev.50, 8 lipca 2015 r. Dostępne pod adresem: [www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules\\_procedure\\_evidence/IT032Rev50\\_en.pdf](http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev50_en.pdf) (dostęp: 6.06.2021).

sprawie. W ramach procedury przekazywania spraw, której realizację rozpoczęto w 2005 r., MTKJ przekazał do sądów krajowych łącznie 19 spraw<sup>41</sup>, z czego 13 spraw na etapie postępowania przygotowawczego i 6 spraw, co do których uprzednio zostały wniesione do MTKJ akty oskarżenia. Podstawę do rozpatrzenia tych sześciu spraw stanowiła zasadniczo ustawa przyjęta przez Zgromadzenie Parlamentarne Bośni i Hercegowiny w dniu 14 grudnia 2002 r. dotycząca przekazywania spraw i wykorzystywania materiałów dowodowych zgromadzonych przez MTKJ w postępowaniach przed sądami Bośni i Hercegowiny (dalej zwana: Ustawa o przekazywaniu spraw)<sup>42</sup>. Art. 11 bis Reguł Procesowych i Dowodowych MTKJ przewidywał możliwość skierowania sprawy, w której uprzednio MTKJ przyjął akt oskarżenia – do jej rozpatrzenia organom innego państwa. Zgodnie ze wskazanym przepisem, nakazy przekazania takich spraw były wydawane przez odrębne Składy ds. przekazywania spraw wyznaczone przez Prezesa MTKJ. Decydując o skierowaniu sprawy, Składy ds. przekazywania spraw brały pod uwagę ciężar gatunkowy zarzutów karnych oraz zakres odpowiedzialności oskarżonego, jako że decyzja o skierowaniu mogła być wydawana wyłącznie w sprawach przeciwko sprawcom niższego i średniego szczebla kierowniczego<sup>43</sup>. Mimo że art. 11 bis przewidywał możliwość odwołania przekazania i formalne przejęcie jej ponownie przez MTKJ, przy czym odwołanie mogło nastąpić w dowolnym czasie po przekazaniu sprawy, a przed konkluzywnym rozstrzygnięciem sprawy przez sąd krajowy – przypadek taki w rzeczywistości nigdy nie wystąpił.

Na podstawie wydanych przez MTKJ aktów oskarżenia do Sądu BiH trafiło sześć spraw, w których już wcześniej Trybunał wydał nakazy przekazania. Lista spraw, w których występował element przemocy seksualnej jako zbrodnia przeciwko ludzkości, była następująca: Janković i Stanković (Gojko Janković i Radovan Stanković) oraz Mejakić i in., (Željko Mejakić, Momčilo Gruban, Duško Knežević, Dušan Fuštar)<sup>44</sup>. Dokonując przeglądu rozstrzygnięć, jakie zapadły w sądzie krajowym, wskazać można, co następuje.

---

<sup>41</sup> Zob. *10<sup>th</sup> Anniversary of Section I for War Crimes at the Court of Bosnia and Herzegovina*, dokument opublikowany przez Sąd Bośni i Hercegowiny, Sarajevo 2015, s. 19. Dostępny na oficjalnej stronie internetowej Sądu Bośni i Hercegowiny: [www.sudbih.gov.ba](http://www.sudbih.gov.ba) (dostęp: 6.06.2021).

<sup>42</sup> Dziennik Urzędowy Bośni i Hercegowiny, nr 61/04, 46/06, 53/06, 76/06.

<sup>43</sup> Zob. *10<sup>th</sup> Anniversary of Section I...*, s. 11.

<sup>44</sup> Zob. ONZ, *Review of the Sexual Violence...*, passim.

W pierwszej sprawie przekazanej przez MTKJ do Sądu BiH, mianowicie Radovan Stanković (X-KRŽ-05/70)<sup>45</sup>, w dniu 14 listopada 2006 r. Sąd BiH wydał w pierwszej instancji wyrok skazujący, na mocy którego oskarżony został uznany za winnego zbrodni przeciwko ludzkości i skazany na karę 16 lat pozbawienia wolności. Kolejna sprawa przeciwko Gojko Jankovićowi (X-KRŽ-05/161) została przekazana w 2005 r.<sup>46</sup> W dniu 16 lutego 2007 r. sąd uznał Gojko Jankovića winnym zbrodni przeciwko ludzkości. W dniu 9 maja 2006 r. MTKJ skierował do Sądu BiH bardzo złożoną, tak w aspekcie podmiotowym jak i przedmiotowym, sprawę Željko Mejakić, Momčilo Grubanow, Dušan Fušar i Duško Knežević (X-KRŽ-06/200). W dniu 17 kwietnia 2008 r. Sąd skazał Dušana Fušara za zbrodnie przeciwko ludzkości w ramach dobrowolnego poddania się karze. Postępowanie w pierwszej instancji przeciwko pozostałym oskarżonym zostało zakończone dnia 30 maja 2008 r. – wszyscy oskarżeni zostali uznani za winnych zbrodni przeciwko ludzkości. Željko Mejakić został skazany na karę 21 lat pozbawienia wolności, Momčilo Gruban na karę 11 lat pozbawienia wolności, a Duško Knežević na karę 31 lat pozbawienia wolności. W postępowaniu odwoławczym Sąd zmienił wyrok sądu pierwszej instancji w zakresie kwalifikacji prawnej zbrodni i, opierając się na zarzucie udziału w związku przestępnym, podtrzymał ustalenia faktyczne sądu pierwszej instancji i uznał za winnych wszystkich oskarżonych. Sąd drugiej instancji utrzymał w mocy wyroki wieloletniego pozbawienia wolności wymierzone Željko Mejakićowi i Duško Kneževićowi, natomiast w przypadku Momčilo Grubana obniżył karę do 7 lat pozbawienia wolności<sup>47</sup>. Niewątpliwie ściganie w tych sprawach wydaje się skuteczne, mimo że na ogół procesy przed sądami krajowymi obarczone są pewnymi problemami, których przykłady zostaną nakreślone poniżej.

---

<sup>45</sup> Sprawa została przekazana w dniu 1 września 2005 r., a oskarżony został przeniesiony z jednostki zatrzymań MTKJ do Bośni i Hercegowiny w dniu 29 września 2005 r. W dniu 7 grudnia 2005 roku Sąd BiH przyjął skorygowany akt oskarżenia przeciwko Radovanowi Stankovićowi.

<sup>46</sup> Sprawa przeciwko Gojko Jankovićowi została przekazana do sądu BiH w dniu 15 listopada 2005 r. Oskarżony został przeniesiony z Jednostki Zatrzymań MTKJ do Bośni i Hercegowiny w dniu 8 grudnia 2005 r. Sąd BiH przyjął akt oskarżenia przeciwko Gojko Jankovićowi w dniu 20 lutego 2006 r., a uzupełniający akt oskarżenia w dniu 4 lipca 2006 r., po czym przeprowadzono połączone postępowanie w oparciu o oba akty oskarżenia.

<sup>47</sup> Zob. *10<sup>th</sup> Anniversary of Section I...*, s. 21.

## 4

Nie można tracić z pola widzenia tego, że przyznanie „jurysdykcji” Sądowi BiH w sprawach o zbrodnie przeciwko ludzkości z elementami przemocy seksualnej było obciążone pewnymi wadami, zwłaszcza w kontekście zasady stosowania tzw. *lex mitior*, a więc ustawy względniejszej dla sprawcy. W odniesieniu do tej właśnie kwestii kluczowe znaczenie ma wyrok ETPC w sprawie *Maktouf i Damjanović przeciwko Bośni i Hercegowinie*<sup>48</sup>.

Poważnym problemem w kontekście zapewnienia efektywności ścigania były kwestie intertemporalne, związane z wielością kodeksów karnych (kodeksy z 1976 r. i 2003 r.), które obowiązywały w BiH w czasie popełnienia zbrodni (lata 1992–1995) i w czasie trwania postępowań<sup>49</sup>, co ujawniało się zwłaszcza w odniesieniu do zasady legalizmu i zasady *nullum crimen sine lege*. Tę ostatnią zasadę formułuje przepis art. 7 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPC), który stanowi, że nikt nie może być uznany za winnego popełnienia czynu polegającego na działaniu lub zaniechaniu działania, który według prawa wewnętrznego lub międzynarodowego nie stanowił czynu zagrożonego karą w czasie jego popełnienia, i że nie będzie również wymierzona kara surowsza od tej, którą można było wymierzyć w czasie, gdy czyn zagrożony karą został popełniony. Sąd BiH uznał konieczność uwzględnienia standardu konwencyjnego i argumentował to następująco:

W wypadku, gdy dany czyn podlega karze na mocy obu ustaw, konieczne jest ustalenie wszystkich okoliczności, które mogą mieć znaczenie dla wskazania prawa względniejszego dla sprawcy (*lex mitior*). Okoliczności te dotyczą przede wszystkim przepisów stanowiących podstawę wydawania wyroków skazujących oraz wymierzania lub skracania wymiaru kary (tj. wskazania ustawy, która jest w tym zakresie względniejsza) – środków upominawczych, ewentualnych kar akcesoryjnych, innych środków zastępujących karę (np. praca na cele społeczne), środków zabezpieczających czy innych skutków prawnych

<sup>48</sup> Sygn. sprawy 2312/08 i 34179/08; wyrok z dnia 18 lipca 2013 r.

<sup>49</sup> Na temat wielości kodeksów karnych w Bośni i Hercegowinie, zob. *10<sup>th</sup> Anniversary of Section I...*, s. 24 i n.

skazania, a także przepisów o ściganiu karnym, tj. czy nowa ustawa przewiduje podstawę wyłączenia bezprawności, odpowiedzialności karnej lub karalności<sup>50</sup>.

Ze względu na to, że zakresy penalizacji (typizacji) i sankcji karnych przewidziane w obu kodeksach karnych (z 1976 r. i 2003 r.) nie były identyczne, w orzecznictwie Sądu BiH pojawił się problem stosowania prawa względniejszego dla sprawców. Kwestia ta w różny sposób dotyczyła poszczególnych rodzajów „zbrodni okrucieństwa” (*atrocitiy crimes*), głównie zbrodnie wojennych. Wytyczne dotyczące adekwatnej wykładni w tym przedmiocie zaprezentował ETPC w sygnalizowanym już orzeczeniu w sprawie *Maktouf i Damjanović przeciwko Bośni i Hercegowinie*, w której rozważano kwestię naruszeń art. 7 EKPC w odniesieniu do stosowania prawa karnego z mocą wsteczną, co skutkowało zaostrzeniem kar za zbrodnie wojenne w stosunku do wyroków opartych na prawie obowiązującym w czasie ich popełnienia. Nadmienić można, że podstawą skargi wniesionej przez Maktoufa i Damjanovića był zarzut, że Sąd BiH zastosował wobec nich z mocą wsteczną przepisy kodeksu karnego z 2003 r., które były surowsze niż przepisy obowiązujące w czasie, gdy popełnili przedmiotowe zbrodnie, mianowicie przepisy kodeksu karnego Socjalistycznej Federacyjnej Republiki Jugosławii z 1976 r. Skutkiem tego było niekorzystne dla osądzonych zaostrzenie wymierzonych kar. W tym zakresie ETPC stwierdził, że w jego kompetencjach nie leży ocena *in abstracto*, czy zastosowanie z mocą wsteczną kodeksu karnego z roku 2003 do spraw o zbrodnie wojenne było, jako takie, niezgodne z przepisem art. 7 Konwencji. W opinii Trybunału materię tę należało rozpatrywać indywidualnie, z uwzględnieniem szczególnych okoliczności każdej sprawy. Pytanie w przedmiotowej sprawie nie dotyczyło zatem zgodności z prawem wyroków skazujących, ale wymiarów kary za zbrodnie wojenne, które były odmienne w obu kodeksach. Zatem zasadniczy zarzut opierał się na tym, że ze względu na niższe zagrożenie ustawowe w kodeksie obowiązującym w chwili popełnienia zbrodni, skarżący mogliby otrzymać niższe wyroki. ETPC argumentował, że przepis art. 7 ust. 1 przewiduje ogólną zasadę *lex retro non agit*. Z kolei przepis art. 7 ust. 2 stanowi jedynie wyjaśnienie kontekstowe, usuwające

---

<sup>50</sup> Wyrok Sądu BiH w postępowaniu odwoławczym, sygn. X-KRŽ-06/299 z dnia 25 marca 2009 r., [w:] *10<sup>th</sup> Anniversary of Section I...*, s. 44.

wszelkie wątpliwości co do zasadności ścigania zbrodni po II wojnie światowej. Zgodnie z linią argumentacji przyjętą przez Trybunał, nie ulegało wątpliwości, że intencją twórców Konwencji nie było dopuszczenie jakiegokolwiek ogólnego wyjątku od zasady niedziałania prawa wstecz. Orzeczenie ETPC udoskonaliło w ten sposób zasadę *lex mitior* obowiązującą w prawie karnym. Dodajmy, że pomimo tego, iż komentowane orzeczenie dotyczyło zbrodni wojennych, ma ono fundamentalne znaczenie dla zbrodni przeciwko ludzkości przed sądami Bośni i Hercegowiny, ponieważ zbrodnie przeciwko ludzkości nie były w ogóle uregulowane w kodeksie z 1976 r., a wybrane rodzaje takich zbrodni zostały wprowadzone dopiero do kodeksu z 2003 r.<sup>51</sup>

## 5

Jak już sygnalizowano, problemy w kontekście postępowań krajowych prowadzonych jako sprawy przekazane przez MTKJ były różnorodne, niektóre z nich dotyczyły naruszenia prawa do rzetelnego procesu sądowego. Poważnym problemem była również kwestia dopuszczalności materiału dowodowego zgromadzonego przez MTKJ. Inne trudności dotyczyły gwarancji sprawiedliwego procesu w relacji do nadużycia prawa do obrony. W postępowaniach przed Sądem BiH widoczna była tendencja do obstrukcji procesowej oskarżonego. Najistotniejsze znaczenie zatem zdają się mieć te orzeczenia, w których Sąd BiH próbował dokonać procedury ważenia wartości wynikających z podstawowych elementów koncepcji rzetelnego procesu i racji czysto prakseologicznej efektywności postępowania. W ten sposób sąd ten wypracował sposób reagowania na obstrukcyjną taktykę obrony prezentowaną przez oskarżonych.

I tak, w kontekście realizacji prawa do stawiennictwa oskarżonego na rozprawie sądowej, Sąd BiH uznał, że zgodnie z art. 247 kpk BiH zakaz prowadzenia procesu *in absentia* przewidziany w przepisie art. 6 EKPC nie jest bezwzględny. Przepis art. 6 Konwencji stanowi, że każdy oskarżony o popełnienie czynu zabronionego ma prawo uczestniczyć w postępowaniu karnym. W związku z tym, użycie środków przymusu ani użycie rozwiązań siłowych

---

<sup>51</sup> *Ibidem.*

nie jest odpowiednim sposobem informowania oskarżonego, że proces będzie kontynuowany nawet bez jego stawiennictwa. Co więcej, „doprowadzenie oskarżonego przed sąd w bieliźnie” z użyciem siły – w ocenie Sądu BiH – mogłoby *de facto* stanowić nieludzkie traktowanie oskarżonego, jednocześnie podważając autorytet i godność sądu. Zamiast stosowania instytucji przymusowego doprowadzenia, bardziej celowe jest należyte i terminowe informowanie oskarżonego, że rozprawa będzie kontynuowana nawet bez jego obecności, oraz że może on stawić się na rozprawę, jeżeli tylko wyrazi taką wolę<sup>52</sup>.

Analizując kwestię nadużycia prawa do obrony, można wskazać także na obstrukcyjną postawę oskarżonego, który prowadzi strajk głodowy. W jednym ze swoich orzeczeń Sąd BiH stwierdził, że w przypadku pogorszenia się stanu zdrowia oskarżonego, który prowadził strajk głodowy, wskutek rozmyślnej odmowy przyjmowania posiłków, do takiego stopnia, że nie może on uczestniczyć w rozprawie, sąd przedstawi oskarżonemu transkrypcje protokołów rozprawy, dbając o to, aby jego prawo do obrony nie poniosło uszczerbku. Podane przez oskarżonego powody odmowy wstępu na salę rozpraw i stawiennictwa na rozprawie głównej nie uzasadniają odroczenia rozprawy. Co więcej, konsekwencje strajku głodowego są w pełni przewidywalne nie tylko dla składu sędziowskiego, ale także dla samego oskarżonego, ponieważ jest rzeczą oczywistą, że w wyniku rozmyślnej odmowy przyjmowania posiłków stan zdrowia głodującego ulegnie pogorszeniu<sup>53</sup>. Takie destrukcyjne działania oskarżonego zatem *de facto* umożliwiają mu efektywną realizację jego obrony, lecz jako działania dobrowolnie wybrane i wykonywane przez oskarżonego nie mogą doprowadzić do paraliżu postępowania (jego skrajnej nieefektywności).

W aspekcie analizy zakresu prawa do obrony warte odnotowania jest także stanowisko dotyczące kwestii składania wyjaśnień przez oskarżonego pod kątem gwarancji prawa do milczenia. Jeśli chodzi o wymagania szczególne dotyczące prawa do zachowania milczenia, zwłaszcza jego aspektów temporalnych i *ratione materiae*, idąc za wykładnią ETPC<sup>54</sup>, Sąd BiH wyjaśnił,

<sup>52</sup> Orzeczenie Sądu BiH, sygn. X-KR-05/70 z dnia 4 lipca 2006 r. Podobną argumentację przedstawił MTKR w sprawie przeciwko Jean-Bosco Barayagwizie (ICTR-97-19-T).

<sup>53</sup> Orzeczenie Sądu BiH, sygn. X-KR-06/202 z dnia 17 września 2007 r.

<sup>54</sup> W sprawie *Luca przeciwko Włochom* ETPC stwierdził, że wcześniejsze oświadczenie może w istotnym stopniu służyć jako podstawa do wydania wyroku skazującego i stanowi dowód dla oskarżyciela objęty gwarancjami przewidzianymi w art. 6 Konwencji. Jeżeli



że w przypadku, gdy oskarżony wykonuje przysługujące mu prawo do milczenia na rozprawie głównej, dopuszczalne jest wykorzystanie protokołów z przesłuchania oskarżonego sporządzonych na etapie postępowania przygotowawczego, które substytuują jego ustne oświadczenie przed sądem. W takiej sytuacji sąd może ustalić stan faktyczny do celów orzeczenia na podstawie wyjaśnień oskarżonego, uzyskanych zgodnie z prawem w toku postępowania przygotowawczego. Niemniej jednak, spełniony musi być jeden warunek, mianowicie oskarżony musi być obecny na sali rozpraw i musi mieć możliwość złożenia dodatkowych wyjaśnień do swoich wcześniejszych wypowiedzi lub też ich odwołania. Taka konfrontacja jest zatem koniecznym warunkiem uznania rzetelności postępowania. Tym samym Sąd BiH potwierdził, że *tacitus consensus* obejmuje przyjęcie wcześniejszych oświadczeń wiedzy oskarżonego. W rezultacie warunek, zgodnie z którym oskarżony musi mieć możliwość wyjaśnienia lub odwołania swoich wcześniejszych oświadczeń, jest zgodny z przepisem art. 6 EKPC i gwarantuje należyty standard prawa do obrony bez uszczerbku dla efektywności postępowania<sup>55</sup>.

W odniesieniu do kluczowego elementu prawa do obrony – realizacji prawa do obrony formalnej – w jednym z orzeczeń odniesiono się do sytuacji, w której obrońca został wyznaczony przez sąd z urzędu wbrew woli oskarżonego, zadając pytanie, czy naruszyło to przepis art. 6 EKPC. Sąd BiH argumentował, że nie doszło do naruszenia art. 6, jeżeli sąd wyznaczył obrońcę, nawet jeśli obrońca został wyznaczony wbrew wyraźnie wyrażonej woli oskarżonego. Wyznaczenie obrońcy bowiem nastąpiło w imię zapewnienia sprawiedliwości proceduralnej i odpowiedniej obrony<sup>56</sup>.

Oprócz naruszeń prawa do rzetelnego procesu sądowego w toku postępowań przed sądami BiH, najbardziej złożone były kwestie związane z postępowaniami dowodowymi. Kontrowersje objęły problematykę dopuszczalności dowodów gromadzonych i przekazywanych przez MTKJ, a także przekazywania spraw do sądów krajowych na mocy Ustawy o przekazywaniu

---

oskarżonemu zapewniono odpowiednią i właściwą możliwość odwołania wyjaśnień, czy to w momencie ich złożenia, czy na etapie późniejszym, ich dopuszczenie jako dowodu nie będzie samo w sobie sprzeczne z przepisem art. 6.

<sup>55</sup> Sąd BiH, Orzeczenie sygn. X-KR-05/24, 18 kwietnia 2007 r.

<sup>56</sup> Sąd BiH, Orzeczenie sygn. X-KR-05/70, 6 kwietnia 2006 r.

postępowań<sup>57</sup>. Dodać można, że ujawnione problemy uitorowały drogę do nowelizacji przepisów dotyczących dopuszczalności dowodów przekazywanych do sądów krajowych. Wspomniane przepisy Ustawy o przekazywaniu regulują szczególne rodzaje materiałów dowodowych, takich jak dowody z zeznań świadków, wyjaśnienia oskarżonego, opinie biegłych, ekspertyzy sądowe, dokumenty urzędowe itp. Ustawa o przekazywaniu postępowań dała podstawę „regule nadrzędności”, stanowiąc, że jej przepisy mają charakter *lex specialis* w odniesieniu do uregulowań krajowych. W przypadkach, w których przepisy Ustawy o przekazywaniu postępowań nie przewidywały warunków szczególnych, zastosowanie miały i przepisy krajowe, przepisy kodeksu postępowania karnego BiH, kodeksu postępowania karnego Republiki Serbskiej i Federacji Bośni i Hercegowiny oraz Dystryktu Brčko. Mimo przyjęcia ogólnej reguły dopuszczalności materiałów dowodowych legalnie zgromadzonych przez MTKJ, przewidziano wyjątek, zgodnie z którym sądy, wydając wyrok skazujący, nie powinny opierać się wyłącznie lub w decydującym stopniu na wcześniejszych zeznaniach świadków, którzy nie zostali przesłuchani na rozprawie. Stąd też ograniczenie to dotyczyło zeznań świadków przesłuchanych przez MTKJ, których zeznania utrwalone w protokołach stanowią materiał dowodowy sprawy przekazanej sądom krajowym. Przepis art. 3 Ustawy o przekazaniu stanowił, że stenogramy zeznań świadków legalnie złożonych przed MTKJ oraz protokoły z przesłuchania świadków przed MTKJ są dopuszczalne w krajowych postępowaniach sądowych, o ile zeznania lub protokoły przesłuchań mają znaczenie z perspektywy okoliczności faktycznych, co do których zachodzą wątpliwości. Jednocześnie sądy mają prawo do niedopuszczenia dowodu w sytuacji, gdy wartość dowodowa depozycji nie równoważy ich prejudycjalnego wymiaru z punktu widzenia przypisania odpowiedzialności karnej oskarżonemu. Przepis ten w żaden sposób nie narusza prawa oskarżonego do żądania stawienia świadków w celu przeprowadzenia konfrontacji. Sąd zobowiązany jest do wydania zarządzenia w sprawie wniosku o konfrontację. Obowiązująca zasada wyłączenia dowodów niedopuszczalnych ze względu na prawo oskarżonego do obrony przewiduje, że wykorzystanie w postępowaniu przed Sądem BiH zeznań obciążających, które oskarżony złożył w charakterze świadka przed

---

<sup>57</sup> Dziennik Urzędowy Bośni i Hercegowiny, nr 61/04, 46/06, 53/06, 76/06.

MTKJ jest niedopuszczalne, jako naruszające przywilej wynikający z prawa oskarżonego do milczenia, ujmowanego jako element rzetelnego procesu<sup>58</sup>.

Zgodnie z art. 4 Ustawy o przekazywaniu postępowań, uznanie okoliczności faktycznych ustalonych prawnie wiążącymi orzeczeniami MTKJ nie stanowi naruszenia zasady domniemania niewinności, prawa do obrony ani zasady, zgodnie z którą ciężar dowodu spoczywa na oskarżycielu, ponieważ strony mogą kwestionować takie ustalenia faktyczne w toku postępowania, przedstawiając dowody podważające ich wiarygodność. Nie dochodzi zatem do naruszenia zasady domniemania prawdziwości ani zasady niezależności sądów wydających orzeczenia w sprawach karnych. W myśl art. 4, na wniosek strony lub *proprio motu*, Sąd, po wysłuchaniu stron, może podjąć decyzję o uznaniu za udowodnione okoliczności faktycznych ustalonych prawomocnym orzeczeniem w jakimkolwiek innym postępowaniu przed MTKJ lub o przyjęciu dowodu z dokumentu z postępowania przed MTKJ (takim dowodem z dokumentu jest np. protokół), jeżeli dotyczy on faktów i okoliczności, co do których zachodzą wątpliwości w toczącym się postępowaniu krajowym. Ponadto Sąd może według własnego uznania decydować o przyjęciu ustaleń faktycznych przedstawionych przez oskarżyciela. Przepisy te nie formułują jednak kryteriów, na podstawie których można by takie okoliczności faktyczne uznać za udowodnione. Kryteria takie ustanowił sam MTKJ w sprawach *Prokurator przeciwko Vujadinowi Popovićowi i in.* (sygn. IT-05-88-T) oraz *Prokurator przeciwko Momčilo Krajišnikowi* (sygn. IT-00-39-T).

MTKJ uznał – w sprawie *Prokurator przeciwko Momčilo Krajišnikowi*<sup>59</sup> – że aby ustalenie faktyczne było dopuszczalne w postępowaniu:

1. powinno być wystarczająco dobitne, konkretne i możliwe do zidentyfikowania;
2. powinno być ograniczone do ustaleń faktycznych, bez odwoływania się do oceny prawnej;
3. powinno zostać zweryfikowane w przebiegu postępowania i wskazane w wyroku, od którego nie wniesiono odwołania lub który stał się prawomocny w wyniku postępowania odwoławczego;

---

<sup>58</sup> Sąd BiH, Orzeczenie sygn. X-KR-05/24 z dnia 29 marca 2007 r.

<sup>59</sup> Orzeczenie MTKJ w sprawie ustaleń faktycznych sprawy *Momčilo Krajišnik* (IT-00-39-T) z dnia 28 lutego 2003 r.

lub

4. powinno zostać zweryfikowane w przebiegu postępowania i wskazane w wyroku, od którego wniesiono odwołanie, jednak w takim wypadku musi mieścić się w zakresie kwestii, które nie są przedmiotem sporu w postępowaniu odwoławczym;
5. nie powinno świadczyć o odpowiedzialności karnej oskarżonego;
6. nie powinno być przedmiotem racjonalnego sporu między stronami;
7. nie powinno być oparte na ugodzie z oskarżycielem zawartej we wcześniejszych sprawach;
8. nie powinno naruszać prawa do rzetelnego procesu sądowego i prawa do obrony.

Zgodnie z orzeczeniem w sprawie *Prokurator przeciwko Vujadinowi Popovićowi i in.*, ustalenie faktyczne można uwzględnić pod warunkiem, że:

1. okoliczność faktyczna ma pewne znaczenie dla sprawy w toczącym się postępowaniu;
2. ustalenie faktyczne jest wystarczająco dobitne, konkretne i możliwe do zidentyfikowania;
3. ustalenie faktyczne sformułowane przez wnioskodawcę nie może w żadnym istotnym aspekcie odbiegać od sformułowania zawartego w pierwotnym orzeczeniu;
4. ustalenie faktyczne nie jest niejednoznaczne lub wprowadzające w błąd w kontekście wniosku dowodowego strony;
5. okoliczność faktyczna została ustalona w sposób rzetelny;
6. ustalenie faktyczne ta nie zawiera opisów mających zasadniczo charakter prawny;
7. ustalenie faktyczne nie opiera się na ugodzie między stronami zawartej we wcześniejszym postępowaniu;
8. ustalenie faktyczne nie dotyczy zachowania lub stanu psychicznego oskarżonego;
9. okoliczność faktyczna została ustalona w sposób niepodważalny – nie może być przedmiotem odwołania lub zaskarżenia.

Kryteria dopuszczalności ustaleń faktycznych ustanowione w ramach spraw Krajišnik i Popović są podobne, choć te określone w sprawie Popović wydają cechować się większą precyzyjnością. Jednocześnie więc przyjęto zasadę, że sądy krajowe dokonują samodzielnych ustaleń faktycznych, a tylko

pomocniczo wykorzystują ustalenia faktyczne i dowodowy przekazane przez MTKJ. Sądy krajowe są zatem samodzielne jurysdykcyjnie i dokonują swobodnej oceny dowodów. Dowody zgromadzone przez MTKJ mogą być jednak wykorzystywane przy zapewnieniu odpowiedniego poziomu ich wiarygodności i kontradyktoryjnej kontroli.

## Wnioski

Rozważania przedstawione w niniejszym artykule bez wątpienia potwierdzają tezę o wieloaspektowym wpływie MTKJ (a także siostrzanego trybunału MTKR) na ściganie przemocy seksualnej, w tym przemocy ze względu na płeć, przed sądami międzynarodowymi i krajowymi. Wykazano, że nastąpił przełom w działalności trybunałów *ad hoc*, charakteryzujących się stosunkowo wątlą strukturą organizacyjną i – ze względu na selektywny wymiar ich jurysdykcji – symbolicznym znaczeniem orzecznictwem, zaś analiza orzecznictwa Sądu BiH w oczywisty sposób świadczy o wpływie standardów trybunałów doraźnych na ściganie na szczeblu krajowym. Chociaż sam MTKJ jest postrzegany jako sąd raczej nieefektywny, dość powolny i kosztowny, jego kluczowe znaczenie przejawia się w przestrzeni kreowania międzynarodowego prawa karnego, a także w sferze kulturowej w odniesieniu do ścigania zbrodni nacechowanych przemocą seksualną, w tym przemocą ze względu na płeć<sup>60</sup>.

Obecnie w czysto naturalny sposób spuściznę trybunałów doraźnych przejął i kontynuuje Międzynarodowy Trybunał Karny. To właśnie w tym kontekście ściganie *atrocitv crimes* związanych z przemocą seksualną i przemocą ze względu na płeć stało się jednym z kluczowych celów strategicznych prokuratury tego trybunału<sup>61</sup> – póki co bardziej celem proklamowanym niż efektywnie realizowanym, jako że ogólna liczba wyroków skazujących wydanych przez MTK jest wciąż zbyt niska. Wydaje się, że pierwszy wyrok skazujący za popełnienie zbrodni przemocy seksualnej, a jednocześnie pierwszy wyrok skazujący osobę oskarżoną o odpowiedzialność dowódczą,

---

<sup>60</sup> Zob. raport *After ICTY: Accountability, Truth and Justice in Former Yugoslavia*, [www.birn.eu.com/wp-content/uploads/2018/12/After-the-ICTY-Report-2018.pdf](http://www.birn.eu.com/wp-content/uploads/2018/12/After-the-ICTY-Report-2018.pdf) (dostęp: 6.06.2021).

<sup>61</sup> Zob. Policy Paper on SGBV, [www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=policy-paper-on-sexual-and-gender-based-crimes-05-06-2014](http://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=policy-paper-on-sexual-and-gender-based-crimes-05-06-2014) (dostęp: 6.06.2021)

na podstawie art. 28 Statutu Rzymskiego, zapadł w sprawie Bemba. Była to również pierwsza sprawa, w której w ramach postępowania dowodowego przed MTK na poparcie zarzutu zgwałcenia wysłuchano zeznań mężczyzn będących ofiarami przemocy seksualnej. W dniu 21 marca 2016 r. III Izba Orzekająca MTK uznała byłego wiceprezydenta Demokratycznej Republiki Konga (DRK) Jeana-Pierre'a Bembę Gombo winnym zbrodni przeciwko ludzkości i zbrodni wojennych, w tym gwałtów. Wyrok ten jednak następnie został uchylony w toku postępowania kontrolnego<sup>62</sup>. Za kolejny krok na tej drodze można uznać niedawny, nieprawomocny wyrok skazujący dla Ongwena<sup>63</sup>.

Wskazane orzeczenie są obiecującą zapowiedzią rozwoju w zakresie ścigania zbrodni związanych z przemocą seksualną i przemocą ze względu na płeć, by ich zwalczanie było jednak efektywne, konieczne jest podejmowanie dalszych wysiłków i wyzwania. Ze względu na to, że MTK koncentruje się przede wszystkim na ściganiu zbrodni popełnionych przez osoby zajmujące stanowiska kierownicze, to przypisanie im winy za zbrodnie popełniane przez podwładnych (jako wykonawców) pozostaje dużym wyzwaniem. Mimo że warianty taktyki prokuratorskiej są różnorodne, co dotyczy nie tylko sposobu gromadzenia dowodów, ale zwłaszcza formułowania zarzutów (zarzuty zbrodni SGBV mogą być wnoszone albo jako zarzuty jednej z czterech postaci *atrocitiy crimes*, albo w formach szczególnych, np. gwałty i tortury), powodów braku skuteczności ścigania jest wiele. Do kluczowych wśród nich należą z pewnością braki materiału dowodowego i społeczne napiętnowanie ofiar, a także intencjonalne niszczenie śladów. Z tej perspektywy należy postawić postulat globalnego ścigania zbrodni nacechowanych przemocą seksualną i przemocą ze względu na płeć w ramach jurysdykcji uniwersalnej przed sądami krajowymi. Rozważania dotyczące działalności Sądu BiH stanowią doskonały przykład takich działań.

---

<sup>62</sup> MTK, *Prokurator przeciwko Jeanowi-Pierre Bemba Gombo* (ICC-01/05-01/08).

<sup>63</sup> *Prokurator przeciwko Dominikowi Ongwenowi* (ICC-02/04-01/15). W lutym 2021 roku Izba Orzekająca MTK uznała Dominica Ongwena winnym łącznie 61 zbrodni obejmujących zbrodnie przeciwko ludzkości i zbrodnie wojenne, popełnionych w północnej Ugandzie w okresie od 1 lipca 2002 r. do 31 grudnia 2005 r. W dniu 6 maja 2021 r. został on skazany na 25 lat pozbawienia wolności. Wyrok nie jest ostateczny i prawomocny.

# Ochrona ofiar zbrodni międzynarodowych w prawie polskim oraz Statucie Rzymskim – analiza porównawcza

## Wprowadzenie

Potrzeba ochrony osób pokrzywdzonych oraz wynagrodzenia im krzywdy, którą ponieśli w wyniku popełnionej zbrodni międzynarodowej jest problemem niezwykle istotnym. Waga tej tematyki wiąże się przede wszystkim ze specyfiką czynów, które mogą stać się przedmiotem postępowania przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym (MTK), dotyczącego zbrodni objętych jego jurysdykcją, tj. zbrodni ludobójstwa, przeciwko ludzkości, zbrodni wojennych oraz zbrodni agresji. Wymienione przestępstwa stanowią najpoważniejsze zbrodnie wagi międzynarodowej, a określenie stopnia ich społecznej szkodliwości niejednokrotnie przekracza ludzkie możliwości<sup>1</sup>. Nie ulega więc wątpliwości, iż rekompensata odniesionych w związku z nimi krzywd jest priorytetowa i niezbędna<sup>2</sup>. Warto również podkreślić, iż bardzo często sprawcami zbrodni międzynarodowych są osoby wysoko postawione w hierarchii państwowej, osoby dysponujące władzą oraz znajdujące się w sytuacji znacznie uprzywilejowanej względem osób pokrzywdzonych. Biorąc pod uwagę tę okoliczność, tym bardziej koniecznym jest niedopuszczenie do sytuacji pozostawienia ofiar zbrodni samym sobie i zasygnalizowanie, że mogą one liczyć na odpowiednią pomoc i wsparcie<sup>3</sup>.

Na gruncie polskiego prawa karnego przewidziane są mechanizmy umożliwiające zastosowanie polskiej ustawy karnej do obywatela polskiego lub cudzoziemca, który popełnił zbrodnię międzynarodową oraz nie został

---

<sup>1</sup> K. Kremens, *Mechanizmy ochrony świadków w międzynarodowych procesach karnych*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 6, s. 73–74.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

wydany celem pociągnięcia do odpowiedzialności (art. 113 kodeksu karnego)<sup>4</sup>. Tym samym, zdarzyć się mogą sytuacje, w których ocena odpowiedzialności karnej sprawcy przestępstwa międzynarodowego będzie spoczywać na polskich sądach, stosujących polskie normy materialne oraz proceduralne<sup>5</sup>. Niewątpliwie więc uwagi poczynione we wcześniejszej części niniejszego opracowania, odnoszące się do potrzeby ochrony osób pokrzywdzonych taką zbrodnią oraz potencjalnych płaszczyzn tej ochrony, pozostają w pełni aktualne. Podstawy normatywne dla takiej ochrony znajdują się w polskich przepisach proceduralnych, przede wszystkim w kodeksie postępowania karnego<sup>6</sup>. Trywialną, acz wymagającą podkreślenia kwestią, jest fakt, iż normy Statutu Rzymskiego<sup>7</sup> oraz kodeksu postępowania karnego nie są identyczne. W mojej ocenie standard podczas prowadzenia postępowania w sprawie o zbrodnię międzynarodową przed polskimi sądami karnymi powinien oscyłować na tym samym poziomie, co standard zapewniony przez normy prawa międzynarodowego. Postulat ten formułuję w oparciu o założenie, że rozszerzenie przez ustawodawcę polskiego jurysdykcji krajowych sądów karnych na sprawy o przestępstwa ze Statutu Rzymskiego<sup>8</sup> nie powinno przynosić w rezultacie umniejszenia uprawnień ofiar tych zbrodni. Tym samym, celowe wydaje się omówienie przepisów prawa krajowego i norm Statutu Rzymskiego, w zakresie obejmującym ochronę osób pokrzywdzonych przestępstwem, a także ocena, czy i co do których kwestii poszczególne systemy ochrony pozostają niewystarczające i powinny zostać uzupełnione.

Wyróżnia się kilka płaszczyzn, na których osoby pokrzywdzone zbrodnią międzynarodową mogą poszukiwać zadośćuczynienia swoich krzywd.

---

<sup>4</sup> Każdorazowo posługując się terminem Kodeks karny, autorka ma na myśli Ustawę z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. z 2020, poz. 1444 ze zm.).

<sup>5</sup> J. Raglewski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 2, *Komentarz do art. 53–116*, wyd. 5, Warszawa 2016, art. 113 dostępny pod adresem: [www.sip.lex.pl/#/commentary/587713015/510455/wrobel-wlodzimierz-red-zoll-andrzej-red-kodeks-karny-czesc-ogolna-tom-i-czesc-ii-komentarz-do-art...?cm=URELATIONS](http://www.sip.lex.pl/#/commentary/587713015/510455/wrobel-wlodzimierz-red-zoll-andrzej-red-kodeks-karny-czesc-ogolna-tom-i-czesc-ii-komentarz-do-art...?cm=URELATIONS) (dostęp: 10.07.2021).

<sup>6</sup> Każdorazowo posługując się terminem Kodeks postępowania karnego, autorka ma na myśli Ustawę z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (t.j. Dz.U. z 2021, poz. 534 ze zm.).

<sup>7</sup> Każdorazowo posługując się terminem Statut Rzymski, autorka ma na myśli Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r. (Dz.U. z 2003, Nr 78, poz. 708 ze zm.).

<sup>8</sup> J. Raglewski, [w:] *Kodeks karny...*, (dostęp: 10.07.2021).



W pierwszej kolejności należy tu wskazać satysfakcję czerpaną z samego pociągnięcia sprawcy przestępstwa do odpowiedzialności, co zapewniane jest przez komplet mechanizmów proceduralnych, na podstawie których funkcjonuje zarówno Międzynarodowy Trybunał Karny (dalej: Trybunał), jak i polskie sądy karne<sup>9</sup>. Niezwykle istotną jest również ochrona pokrzywdzonych podczas prowadzenia postępowania, zwłaszcza jeżeli są oni jednocześnie świadkami składającymi zeznania. Ofiary przestępstw powinny również otrzymać odpowiednią rekompensatę za poniesioną krzywdę w formie zadośćuczynienia materialnego<sup>10</sup>.

## 1. Definicja ofiary

Przed przejściem do ustalenia podstaw normatywnych dla poszczególnych sfer ochrony, jak również ich omówienia, warto zwrócić uwagę na to, w jaki sposób definiuje się pojęcie „ofiary” na potrzeby Statutu Rzymskiego, jak również polskiego kodeksu postępowania karnego. Celem odtworzenia takiej definicji legalnej, warto cofnąć się w czasie do roku 1985, kiedy to Rezolucją 40/34 Zgromadzenie Ogólne ONZ uchwaliło Deklarację dotyczącą podstawowych zasad sprawiedliwości dla ofiar przestępstw i nadużycia władzy (dalej: Deklaracja)<sup>11</sup>. Zgodnie z literą a) pkt. 1 Deklaracji za ofiarę należy uznać:

<sup>9</sup> J. Ohlin, *The Right to Punishment for International Crimes*, [w:] F. Jeßberger & J. Geneuss (red.), *Why Punish Perpetrators of Mass Atrocities? Purposes of Punishment in International Criminal Law*, Cambridge 2018, s. 20–22, podobnie: A. Jaskulska, *Międzynarodowe sądy karne a poprawa ochrony praw człowieka we współczesnych stosunkach międzynarodowych*, „Refleksje” 2018, nr 18, s. 130–131.

<sup>10</sup> Angielska wersja językowa Statutu Rzymskiego wykorzystuje pojęcie *reparations*, przez co część polskich autorów posługuje się słowem „reparacje” na określenie środków naprawienia szkody i zadośćuczynienia za krzywdę ofiar zbrodni międzynarodowych, tym słowem będzie się posługiwać również autorka w dalszej części niniejszego artykułu. Por. art. 75 ust. 1 zd. 1 angielskiej wersji językowej Statutu Rzymskiego: „The Court shall establish principles relating to reparations to, or in respect of, victims, including restitution, compensation and rehabilitation”; P. Hofmański, H. Kuczyńska, *Międzynarodowe prawo karne*, Warszawa 2020, s. 259.

<sup>11</sup> Omawiana Deklaracja, jakkolwiek nie ma charakteru wiążącego, stanowi inspirację dla tworzenia i interpretacji aktów prawa międzynarodowego nawiązujących do sytuacji ofiar zbrodni międzynarodowych. W literaturze pojawia się w odniesieniu do niej określenie

osobę, która indywidualnie lub wspólnie z innymi osobami poniosła szkodę, włączając w to uszczerbek fizyczny lub psychiczny, dolegliwość emocjonalną, stratę materialną lub znaczące naruszenie jej podstawowych praw w rezultacie działań lub zaniechań stanowiących naruszenie przepisów prawa karnego, będących w mocy na terenie państw członkowskich, włącznie z przepisami zakazującymi kryminalnego nadużycia władzy<sup>12</sup>.

W pozostałych punktach lit. a) dokonano uszczegółowienia tej definicji, wskazując, iż uznanie danej osoby za ofiarę pozostaje niezależnym względem toczącego się postępowania karnego i jego potencjalnego wyniku, jak również, iż termin „ofiara” odnosić się może także do rodziny ofiary bezpośredniej bądź też osób pozostających na jej utrzymaniu, a także osób angażujących się w pomoc bezpośredniej ofierze. Ponadto zastosowanie Deklaracji, a więc także analiza pojęcia „ofiary” powinna być wolna od wszelkiego rodzaju dyskryminacji, wynikającej z kryteriów jakiegokolwiek typu.

Należy więc stwierdzić, iż definicja ofiary stworzona na rzecz regulacji ONZ jest dość szeroką definicją, w zakresie której będą się mieścić osoby o zróżnicowanej sytuacji faktycznej oraz prawnej, jak również te, które w wyniku przestępstwa poniosły szkodę lub krzywdę w wymiarze pośrednim<sup>13</sup>. Jakkolwiek definicje zawarte w Deklaracji nie mają charakteru wiążącego, niewątpliwie stanowią one cenną wskazówkę interpretacyjną do analizy rozwiązań przyjętych już bezpośrednio na potrzeby działalności Międzynarodowego Trybunału Karnego.

Definicja „ofiary” została również zawarta w Regułach Procesowych i Dowodowych MTK (dalej: RPD)<sup>14</sup>. Zgodnie z treścią Reguły 85 za ofiarę należy uznać każdą osobę fizyczną, która poniosła szkodę lub krzywdę

---

*Magna Carta dla ofiar*, tak chociażby: M. Bachrach, *The Protection and Rights of Victims under International Criminal Law*, „The International Lawyer” 2000, vol. 34, nr 1, s. 9.

<sup>12</sup> Deklaracja podstawowych zasad wymiaru sprawiedliwości odnoszących się do ofiar przestępstw i nadużyć władzy. Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ 40/34 z dnia 29 listopada 1985 r.

<sup>13</sup> M. Bachrach, *op. cit.*, s. 9–10.

<sup>14</sup> Reguły Procesowe i Dowodowe MTK są zaliczane do źródeł prawa karnego międzynarodowego jako akt niższego rzędu względem Statutu Rzymskiego i uzupełniające treść Statutu o uregulowania, bez których stosowanie go byłoby niemożliwe, a przynajmniej znacznie utrudnione. W ten sposób: P. Hofmański, H. Kuczyńska, *op. cit.*, s. 43. Każdorazowo używając terminu Reguły Procesowe i Dowodowe, autorka ma na myśli dokument Międzynarodowego

w rezultacie popełnienia jakiegokolwiek z przestępstw podlegających jurysdykcji Trybunału. Ponadto w określonych sytuacjach<sup>15</sup> status ofiary może przysługiwać również organizacjom i instytucjom<sup>16</sup>.

Polski kodeks postępowania karnego nie posługuje się terminem „ofiara”, w jego miejsce wprowadzono termin „pokrzywdzony”. Uznając te pojęcia za równoważne<sup>17</sup>, celem odnalezienia, zbliżonej do przytaczanej wcześniej, definicji, sięgnąć należy do art. 49 § 1 kodeksu postępowania karnego, zgodnie z którym „pokrzywdzonym jest osoba fizyczna lub prawna, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo”. Cytowany przepis nie odnosi się wprost do sytuacji osób najbliższych bezpośredniego pokrzywdzonego, jednakże w dalszej części ustawy, a dokładnie w art. 52 § 1 odnaleźć można informację, iż osoby najbliższe oraz pozostające na utrzymaniu pokrzywdzonego mogą wykonywać jego uprawnienia w przypadku jego śmierci.

Porównując ze sobą opisane powyżej definicje, zawarte w Deklaracji, RPD oraz kodeksie postępowania karnego, warto zwrócić uwagę, iż nie są one tożsame, chociaż odnoszą się do tej samej problematyki. Szeroką definicję zaproponowało Zgromadzenie Ogólne ONZ, uzależniając uznanie osoby za ofiarę od faktycznego zaistnienia szkody bądź też krzywdy, podobnie przyjęto na gruncie RPD<sup>18</sup>. Polski ustawodawca natomiast łączy status pokrzywdzonego z naruszeniem dobra prawnego. Warto też podkreślić, iż w odróżnieniu od Deklaracji, na gruncie polskiego ustawodawstwa nie uznaje się za pokrzywdzonych osób najbliższych bezpośredniej ofiary, przyznając im jedynie

---

Trybunału Karnego *Rules of Procedure and Evidence*, dostępny na stronie: [www.icc-cpi.int/Publications/Rules-of-Procedure-and-Evidence.pdf](http://www.icc-cpi.int/Publications/Rules-of-Procedure-and-Evidence.pdf) (dostęp: 10.07.2021).

<sup>15</sup> Zgodnie z Regułą 85, lit. b) status ofiary może przysługiwać organizacjom i instytucjom, które poniosły bezpośredni uszczerbek w ich mieniu, jeżeli jest ono przeznaczone dla celów religijnych, edukacyjnych, artystycznych, naukowych lub charytatywnych oraz jeżeli uszczerbek dotyczy pomników historycznych, szpitali albo innych miejsc lub przedmiotów przeznaczonych dla celów humanitarnych.

<sup>16</sup> C. Schwöbel-Patel, *The 'ideal' victim of international criminal law*, „European Journal of International Law” 2018, vol. 29, nr 3, s. 719.

<sup>17</sup> Uznanie wskazanych pojęć za równoważne jest uzasadnione, biorąc pod uwagę fakt, iż polska wersja językowa Statutu Rzymskiego posługuje się słowem „pokrzywdzony” jako tłumaczeniem angielskiego *victim*, również w literaturze z zakresu międzynarodowego prawa karnego można spotkać się z zamiennym posługiwaniem się słowami „pokrzywdzony” oraz „ofiara”. Por. P. Hofmański, H. Kuczyńska, *op. cit.*, s. 259.

<sup>18</sup> M. Bachrach, *op. cit.*, s. 9–10; C. Schwöbel-Patel, *op. cit.*, s. 719.

uprawnienia proceduralne w przypadku śmierci samego pokrzywdzonego. Uzasadnionym wydaje się więc wniosek, iż standard ochrony wynikający z norm regulujących działalność MTK, oparty o definicję „ofiary” pochodzącą z RPD, będzie obejmował szerszy katalog podmiotów, aniżeli standard zapewniany na podstawie polskiej procedury karnej, co wynika z opisanych powyżej subtelnych, acz zauważalnych różnic definicyjnych.

## 2. Potrzeba ochrony ofiar

W dalszej kolejności warto wskazać, z jakich względów zagadnienie ochrony ofiar przestępstw jest istotne z perspektywy obu omawianych porządków prawnych.

Potrzebę zwrócenia uwagi na ofiary zbrodni międzynarodowych podkreślano jeszcze zanim doszło do utworzenia Międzynarodowego Trybunału Karnego<sup>19</sup>. Warto przytoczyć w tym miejscu ponownie Deklarację. Wskazano w niej między innymi na konieczność traktowania ofiar ze współczuciem i poszanowaniem ich godności, jak również zapewnienia im dostępu do mechanizmów wymiaru sprawiedliwości. Wyrażono również potrzebę ustanowienia odpowiednich ram prawnych, umożliwiających ofiarom dochodzenia swoich praw, a także udzielania im stosownych informacji na ten temat. Już sama Deklaracja odnosi się wprost do obowiązku wynagrodzenia przez sprawców krzywd poniesionych przez ofiary popełnionych przestępstw<sup>20</sup>. Przytoczony obowiązek, zgodnie z Deklaracją, obejmuje zarówno naprawienie szkody, jak i wyrównanie poniesionych strat. Podobnie w art. 75 Statutu Rzymskiego podkreślono, iż reparacje obejmują swoim zakresem „naprawienie szkody [...] włącznie z przywróceniem stanu poprzedniego, odszkodowaniem i zadośćuczynieniem”. Interesującym z punktu widzenia tematyki międzynarodowego postępowania karnego jest zwrócenie przez Zgromadzenie Ogólne ONZ uwagi zarówno na konieczność naprawienia

---

<sup>19</sup> K. Kremens, *op. cit.*, s. 74–75; C. Fernández de Casadevante Romani, *International law of victims*, „Max Planck Yearbook of United Nations Law” 2010, vol. 14, s. 221–222; P. Vega-González, *The role of victims in International Criminal Court proceedings: their rights and the first rulings of the Court*, „Sur – International Journal on Human Rights” 2006, nr 5, s. 19.

<sup>20</sup> M. Bachrach, *op. cit.*, s. 9–10.

indywidualnych szkód wobec osób pokrzywdzonych i ich rodzin, jak również szkód kolektywnych, polegających na znaczącym uszkodzeniu środowiska. Na gruncie Statutu Rzymskiego decyzja co do charakteru i rodzaju reparacji należy do Trybunału, który dostosowuje je do okoliczności konkretnej sprawy. Słusznie zwraca się uwagę, iż ze względu na charakter zbrodni podlegających jurysdykcji Trybunału, zasadniczo orzeka się o reparacjach kolektywnych. Jest to uzasadnione faktem, iż niejednokrotnie, ze względu na ilość ofiar, niemożliwa jest ich pełna identyfikacja, a co za tym idzie – orzeczenie względem każdej z ofiar reparacji indywidualnych<sup>21</sup>. W orzecznictwie Trybunału pojawiają się również tendencje do orzekania zarówno w reparacjach indywidualnych w wymiarze symbolicznym, jak i kolektywnych<sup>22</sup>.

Wskutek uchwalenia opisanej powyżej Deklaracji, jeszcze przed powołaniem trybunałów karnych *ad hoc* dla byłej Jugosławii (1993)<sup>23</sup> oraz Rwandy (1994)<sup>24</sup>, regulujące ich działalność akty prawne sygnalizowały potrzebę zapewnienia środków ochronnych ofiarom oraz świadkom<sup>25</sup>. Okoliczności te zostały dodatkowo uwypuklone w Statucie Rzymskim<sup>26</sup>. W jednym z motywów preambuły niniejszego aktu zasygnalizowano ten problem, wskazując, iż państwa-strony oddają pamięć „milionom dzieci, kobiet i mężczyzn, które padły ofiarami okrucieństw, które głęboko poruszyły sumienie ludzkości”. Bardzo podobne sformułowanie można odnaleźć we wstępie wspomianej już Deklaracji z 1985 r. Potrzeba ochrony ofiar zbrodni międzynarodowych znalazła również swoje odzwierciedlenie w obowiązkach nakładanych na poszczególne organy postępowania: Prokuratora (art. 54 ust. 1 lit. b), Izbę Przygotowawczą (art. 57 ust. 3 lit. c) oraz Izbę Orzecniczą (art. 64 ust. 2).

<sup>21</sup> P. Hofmański, H. Kuczyńska, *op. cit.*, s. 261–263.

<sup>22</sup> Por. np. sprawa Katanga, gdzie Trybunał zdecydował o zasądzeniu reparacji indywidualnych w symbolicznej (jak sam określił) kwocie 250 USD na osobę oraz reparacjach kolektywnych dla całej pokrzywdzonej społeczności: *Ordonnance de réparation en vertu de l'article 75 du Statut, ICC-01/04-01/07-3728, Case The Prosecutor v. Germain Katanga*.

<sup>23</sup> Rezolucja nr 827 przyjęta przez Radę Bezpieczeństwa Organizacji Narodów Zjednoczonych dnia 25 maja 1993 r.

<sup>24</sup> Rezolucja nr 955 przyjęta przez Radę Bezpieczeństwa Organizacji Narodów Zjednoczonych dnia 8 listopada 1994 r.

<sup>25</sup> E. Bieńkowska, *Ofiary w postępowaniu przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym*, [w:] P. Hofmański, C. Kulesza (red.), *System Prawa Karnego Procesowego*, t. 6, *Strony i inni uczestnicy postępowania*, Warszawa 2016; P. Hofmański, H. Kuczyńska, *op. cit.*, s. 259–260.

<sup>26</sup> P. Hofmański, H. Kuczyńska, *op. cit.*, s. 260.

Organy te mają obowiązek chronić osoby pokrzywdzone, uwzględniać ich interesy przy przeprowadzaniu czynności, jak również zwracać uwagę na ich cechy szczególne (przede wszystkim wiek i płeć, co ma znaczenie dla oceny czynów noszących znamiona przestępstwa seksualnej oraz przestępstwa wobec dzieci) przy podejmowaniu decyzji<sup>27</sup>. Na gruncie Statutu Rzymskiego powołano również specjalną jednostkę organizacyjną działającą przy Sekretariacie MTK – Biuro ds. Pokrzywdzonych i Świadków, którego pracownicy zajmują się doradztwem i świadczeniem pomocy osobom pokrzywdzonym. Utworzenie Biura wydawało się szczególnie celowe, biorąc pod uwagę ilość osób dotkniętych popełnionymi zbrodniami międzynarodowymi. Niemożliwym byłoby dopuszczenie ich wszystkich do udziału w postępowaniu karnym indywidualnie i do reprezentowania swoich interesów, stąd konieczne było powołanie ciała, które zatrudniając osoby odpowiednio kompetentne i doświadczone, zajmie się kompleksową pomocą prawną świadczoną ofiarom zbrodni oraz świadkom postępowania<sup>28</sup>.

W odniesieniu do polskiego porządku prawnego inspiracji dla stworzenia odpowiednich gwarancji ochronnych dla ofiar przestępstw należy poszukiwać już na gruncie podstawowych funkcji prawa oraz procesu karnego. Wyróżnia się tzw. funkcję ochronną, polegającą na konieczności zapewnienia, w drodze stosowania prawa karnego, ochrony dla dóbr prawnych (wartości) uznawanych przez społeczeństwo za istotne<sup>29</sup>. Jak zostało już wskazane we wcześniejszej części opracowania, w polskim systemie prawnym status pokrzywdzonego połączony jest ściśle z kategorią dobra prawnego oraz jego naruszenia albo zagrożenia. Niewątpliwie więc potrzeba ochrony osób, których dobra prawne zostały naruszone, wiąże się z ochronną funkcją prawa karnego. Ponadto wskazuje się również na funkcję kompensacyjną prawa karnego, polegającą na konieczności zapewnienia ofiarom przestępstw stosownego zadośćuczynienia za doświadczoną w rezultacie przestępstwa szkodę oraz krzywdę<sup>30</sup>. Warto również wskazać, iż prowadzenie postępowania karnego również ma swoje cele, przy czym jednym z nich jest osiągnięcie tzw. sprawiedliwości proceduralnej. W uproszczeniu stan sprawiedliwości proceduralnej należy

<sup>27</sup> *Ibidem*, s. 176–177.

<sup>28</sup> P. Hofmański, H. Kuczyńska, *op. cit.*, s. 177.

<sup>29</sup> W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Kraków 2014, s. 39–40.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

uznać za osiągnięty w momencie, gdy wszyscy uczestnicy procesu karnego podzielają poczucie, iż właśnie doświadczyli uczciwego, sprawiedliwego i rzetelnego procesu<sup>31</sup>. Jakkolwiek najczęściej odnosi się tę uwagę do sytuacji osób oskarżonych o popełnienie przestępstwa, którym zapewnić należy odpowiednie gwarancje proceduralne, niewątpliwie zasada sprawiedliwości proceduralnej ma również związek z sytuacją osób pokrzywdzonych. Na gruncie polskiej procedury karnej pokrzywdzony z mocy prawa pozostaje stroną postępowania karnego przygotowawczego, a na etapie postępowania sądowego może nadal uczestniczyć w nim jako oskarżyciel posiłkowy. Niezwykle często pokrzywdzony jest równocześnie świadkiem w toczącym się procesie<sup>32</sup>. Statut Rzymski (art. 68) oraz powiązane z nim RPD (Reguły 89–91) również wprowadzają stosowne mechanizmy, umożliwiające ofiarom uczestniczenie w postępowaniu. W szczególności ofiary mają możliwość przedstawienia swoich spostrzeżeń, obserwowania czynności procesowych oraz wyznaczenia profesjonalnego pełnomocnika, który będzie je reprezentował. Taka możliwość nie jest jednakże zapewniana z urzędu, konieczne jest zgłoszenie odpowiedniego wniosku, podlegającego ocenie Trybunału. Osoby pokrzywdzone mogą uczestniczyć w czynnościach procesowych w toku całego postępowania, nie są jednakże jego stroną<sup>33</sup>. Nie ulega więc wątpliwości, iż osoby pokrzywdzone, jako uczestnicy postępowania karnego, również powinny być objęte ochroną, pozwalającą im na wykształcenie poczucia sprawiedliwego procesu. Warto zwrócić uwagę na powstający na tym gruncie swoisty konflikt interesów, wymagający szczególnej ostrożności organów procesowych<sup>34</sup>. Ważeniu podlegają wtedy interesy oskarżonego oraz interesy pokrzywdzonego w doświadczeniu sprawiedliwego procesu, co niejednokrotnie będzie się wiązało z potrzebą ograniczenia zakresu gwarancji jednej z tych stron na rzecz drugiej. Jest to podstawowe zagadnienie problemowe, chociażby na gruncie oceny dopuszczalności stosowania instytucji tzw. świadka anonimowego.

---

<sup>31</sup> S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2020, s. 25–26.

<sup>32</sup> *Ibidem*, s. 190.

<sup>33</sup> P. Hofmański, H. Kuczyńska, *op. cit.*, s. 176–178.

<sup>34</sup> A. Balta, M. Bax, R. Letschert, *Trial and (potential) error: conflicting visions on reparations within the ICC system*, „International Criminal Justice Review” 2019, vol. 29(3), s. 222–225.

### 3. Ochrona ofiar w toku postępowania karnego

Przechodząc do omówienia porównywanych regulacji w zakresie standardu ochrony ofiar przestępstwa międzynarodowego, swoje rozważania rozpocznę od okresu podczas trwania postępowania karnego. Jak zostało już wskazane na gruncie niniejszego artykułu, niejednokrotnie ofiary będą również świadkami w postępowaniu karnym, a uczestnictwo w czynnościach procesowych wiązać się będzie dla nich z dużym stresem oraz ryzykiem wtórnej wiktyimizacji<sup>35</sup>. Biorąc pod uwagę poziom społecznej szkodliwości czynów uznawanych za zbrodnie międzynarodowe, wskazane ryzyko jest niewątpliwie bardzo istotne.

Art. 68 ust. 1 Statutu Rzymskiego zobowiązuje Trybunał oraz Prokuratora w postępowaniu przygotowawczym do podejmowania stosownych środków celem zapewnienia bezpieczeństwa, dobrostanu fizycznego, godności i prywatności świadków. Stosując te środki, należy brać pod uwagę wszystkie istotne elementy stanu faktycznego oraz dotyczące się właściwości osobistych osób chronionych. W Statucie Rzymskim położono tu przede wszystkim nacisk na wrażliwość w przypadku ofiar przestępstw seksualnych, jednakże ochrona ta nie jest ograniczona wyłącznie do tego typu przestępstw<sup>36</sup>. Jednocześnie, podkreślona została konieczność brania pod rozwagę praw osoby oskarżonej do sprawiedliwego procesu, co pozostaje wyrazem wspomnianego już przeze mnie konfliktu interesów w procesie karnym. W dalszej części art. 68 wymienione zostały przykładowe środki, które mogą być podejmowane przez organy procesowe, takie jak chociażby: przeprowadzenie części postępowania *in camera*, umożliwienie pokrzywdzonym przedstawienia swoich zapatrywań na toczącą się sprawę czy ograniczenie dostępu do dowodów zawierających informacje, których ujawnienie mogłoby stanowić zagrożenie bezpieczeństwa świadka lub jego rodziny<sup>37</sup>. W odniesieniu do ograniczenia jawności poszczególnych czynności podejmowanych w toku procesu ponownie położono większy nacisk na ochronę ofiar przestępstw o podłożu seksualnym, co ze względu na konieczność szczegółowej analizy przez sąd

<sup>35</sup> K. Kremens, *op. cit.*, s. 75.

<sup>36</sup> P. Hofmański, H. Kuczyńska, *op. cit.*, s. 176.

<sup>37</sup> *Ibidem*, s. 177.



szczegółów stanu faktycznego, w którym doszło do głębokiej interwencji w sferę intymności ofiar, pozostaje oczywiście, jak najbardziej, uzasadnione.

Uszczegółowienie normy z art. 68 Statutu Rzymskiego odnaleźć można w RPD – chociażby w Regule 87 i 88. Reguła 87 (1) dostarcza bardziej precyzyjnych informacji, w jaki sposób, oprócz własnej inicjatywy Trybunału, może dojść do zastosowania środków ochronnych. Zgodnie z Regułą 87 (1) środki takie mogą zostać zastosowane w rezultacie wniosku złożonego przez Prokuratora, stronę obrony, a także na podstawie prośby samej ofiary czy też jej pełnomocnika. Warto podkreślić, iż na gruncie RPD można odnaleźć wyraz uwzględnienia podmiotowości ofiary, co wynika z przyjętej szeroko w prawie międzynarodowym zasady godności ludzkiej, a co za tym idzie – również godności uczestników procesów karnych<sup>38</sup>. Mam tu na myśli nałożenie na Izbę obowiązku wzięcia pod uwagę opinii osoby, wobec której mają być zastosowane konkretne środki ochronne, tym samym zapobiegając stosowaniu ich wbrew woli samej osoby potencjalnie chronionej<sup>39</sup>. Podkreślenia wymaga również fakt, do zastosowania ochrony z własnej inicjatywy przez Izbę konieczne jest przeprowadzenie konsultacji z Biurem ds. Osób Pokrzywdzonych i Świadków, co również zasługuje na pozytywną ocenę, biorąc pod uwagę, iż to właśnie Biuro posiada najbogatszy zasób wiedzy na temat samych ofiar oraz ich potrzeb. Na gruncie Reguły 87 (3) uszczegółowiono również możliwości ograniczenia jawności rozpraw oraz poszczególnych czynności procesowych przeprowadzanych przez Izbę, wskazując, na czym takie ograniczenia mogłyby polegać. Oprócz wspomianej już możliwości przeprowadzenia części postępowania lub czynności *in camera*, wskazano również możliwość ograniczenia dostępu prasy i innych mediów do zeznań świadka, wymazanie tożsamości osoby chronionej z publicznych rejestrów rozprawy, zakaz ujawniania tożsamości chronionej osoby osobom nieuprawnionym, nadanie osobie chronionej pseudonimu czy też przeprowadzanie przesłuchania za pomocą środków komunikacji elektronicznej<sup>40</sup>.

Reguła 88 uzupełnia dodatkowo art. 68 Statutu Rzymskiego w zakresie możliwości ograniczenia możliwości dostępu do poszczególnych dowodów,

<sup>38</sup> M.M. Giannini, *The proactive power of dignity's evolution in the victims' movement*, „Drexel Law Review” 9(43), s. 44.

<sup>39</sup> K. Kremens, *op. cit.*, s. 94.

<sup>40</sup> P. Hofmański, H. Kuczyńska, *op. cit.*, s. 177.

zawierających informacje na temat ofiary lub świadka, których ujawnienie mogłoby narazić te osoby na niebezpieczeństwo. Zgodnie z Regułą 88 (1) Izba może podjąć stosowne, specjalne środki ochronne względem ofiary, które mogą w szczególności polegać na udogodnieniu zeznawania dla straszytowanej ofiary lub świadka, dziecka, osoby starszej lub ofiary przemocy seksualnej. Interpretując treść Reguły 88 w związku z treścią art. 68 Statutu Rzymskiego, a przede wszystkim ust. 5 należałoby postawić pytanie, czy ewentualnie możliwe byłoby zastosowanie w procesie przed MTK instytucji świadka anonimowego jako szczególnej formy ochrony ofiary<sup>41</sup>. Statut Rzymski oraz RPD pozostawiają margines swobody przy wybieraniu środków ochronnych przez Trybunał, nie wyliczając enumeratywnie tych środków ani też nie określając jednoznacznie przesłanek ich zastosowania. Taki kształt norm prawnych wskazywałby na możliwość zastosowania instytucji świadka anonimowego, co każdorazowo stanowi dość duże ryzyko naruszenia gwarancji procesowych oskarżonego w procesie karnym, a przede wszystkim jego prawa do obrony<sup>42</sup>. Przypomnieć należy jednakże, że zgodnie z przytaczanymi już wielokrotnie ust. 1 oraz 5 art. 68 Statutu Rzymskiego, stosowanie środków ochronnych przez Trybunał nie może naruszać praw oskarżonego.

W dalszej kolejności należy poddać analizie uregulowania polskiej procedury karnej, które wprowadzają zbliżone do tych dostępnych na gruncie Statutu Rzymskiego możliwości ochrony ofiar w toku procesu karnego. Kilkakrotnie we wcześniejszej części niniejszego artykułu wspominałam o możliwości wprowadzenia ograniczenia w jawności procedowania MTK czy też poszczególnych czynności, podejmowanych w toku procesu. Również polski kodeks postępowania karnego, a dokładnie art. 360, przewiduje możliwość wyłączenia jawności rozprawy przez sąd w części oraz w całości. Art. 360 § 1 wskazuje, w jakich sytuacjach zastosowanie takiego środka ochronnego jest dopuszczalne. Na podstawie art. 360 § 1 pkt 1 lit. c) kodeksu postępowania karnego sąd może zdecydować o wyłączeniu bądź ograniczeniu jawności w przypadku, gdy jawność postępowania mogłaby naruszyć ważny interes prywatny. Wydaje się, że interes pokrzywdzonego zbrodnią międzynarodową, który odczuwa zagrożenie związane z dostępnością szczegółów stanu

---

<sup>41</sup> K. Kremens, *op. cit.*, s. 95.

<sup>42</sup> Negatywnie do tej propozycji odnosi się K. Kremens w *idem, op. cit.*, s. 95.

faktycznego dla szerszego grona osób niż uczestnicy procesu bądź też narażony jest na wtórną wiktyimizację, w wyłączeniu jawności rozprawy mógłby prowadzić do uzasadnionego zastosowania normy z art. 360 § 1 pkt 1 lit. c) kodeksu postępowania karnego<sup>43</sup>. Przeszkodą mógłby się stać natomiast dopuszczalny na podstawie art. 360 § 2 kodeksu postępowania karnego sprzeciw prokuratora względem wyłączenia albo ograniczenia jawności, który to sprzeciw powoduje bezskuteczność decyzji sądu w tym przedmiocie, bez konsultacji z osobą, w ochronie której taki środek został podjęty.

Warto również nadmienić, iż na gruncie art. 184 kodeksu postępowania karnego możliwe jest zastosowanie w postępowaniu przed polskimi sądami karnymi instytucji świadka anonimowego. Na przeszkodzie objęcia ofiar tego rodzaju ochroną stoi ugruntowane orzecznictwo polskiego Sądu Najwyższego co do niedopuszczalności wykorzystywania mechanizmu świadka *incognito* wobec osoby pokrzywdzonej, ze względu na fakt, iż nie da się utajnić tożsamości pokrzywdzonego przed sprawcą przestępstwa<sup>44</sup>. Uwzględniając jednakże charakterystykę czynów realizujących znamiona zbrodni międzynarodowych, należy zastanowić się, czy argumentacja Sądu Najwyższego pozostaje w tym zakresie aktualna. We wcześniejszej części niniejszego artykułu zostało już wspomniane, iż sprawy zbrodni międzynarodowych charakteryzuje duża liczba ofiar. Zidentyfikowanie ich przez sprawcę na podstawie zeznań może być więc o wiele trudniejsze niż w sprawach, w których mamy do czynienia z jedną albo kilkoma osobami pokrzywdzonymi. W świetle tego, argumentacja Sądu Najwyższego, podnosząca bezcelowość stosowania instytucji świadka anonimowego wobec osób pokrzywdzonych, nie zawsze będzie w pełni trafna i będzie zależała od okoliczności konkretnej sprawy. Normy wynikające ze Statutu Rzymskiego oraz RPD opierają możliwość zastosowania szczególnego

<sup>43</sup> Por. D. Świecki, B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, D. Świecki, *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz aktualizowany*, art. 360, LEX/el. 2021., dostępny pod adresem: [www.sip.lex.pl/#/komentarz/587748685/661563/swiecki-dariusz-red-kodeks-postepowania-karnego-tom-i-komentarz-aktualizowany?cm=URELATIONS](http://www.sip.lex.pl/#/komentarz/587748685/661563/swiecki-dariusz-red-kodeks-postepowania-karnego-tom-i-komentarz-aktualizowany?cm=URELATIONS) (dostęp: 10.07.2021), „Wskazana w § 1 pkt 1 lit. d) przesłanka w postaci ważnego interesu prywatnego odnosi się do sfery życia intymnego lub sfery prywatności, które mogą być ujawnione w toku rozprawy, a które wymagają ochrony jako dobra osobiste człowieka”.

<sup>44</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z 20 stycznia 1999 r., I KZP 21/98, OSNKW 1999/1–2, poz. 3. W doktrynie mówi się *de facto* o niedopuszczalności objęcia osoby pokrzywdzonej podmiotowym zakresem zastosowania instytucji świadka anonimowego; D. Świecki, B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, *op. cit.*, art. 184 (dostęp: 10.07.2021).

środka ochrony od decyzji organu procesowego, osadzonej w warunkach indywidualnej sprawy. Biorąc pod uwagę powyższe kwestie, system ochrony na gruncie norm proceduralnych dla MTK jawi się jako adekwatniejszy, otwarty na potrzeby wynikające z konkretnych stanów faktycznych. Warto jednakże przypomnieć, iż podejmowanie szczególnych środków ochronnych względem ofiar nie może naruszać uprawnień gwarancyjnych oskarżonego, co również powinno znaleźć odzwierciedlenie w procesie decyzyjnym organów procesowych<sup>45</sup>.

### 3. Naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem i zadośćuczynienie za krzywdę

Przechodząc do szczegółowego omówienia systemu reparacyjnego na gruncie Statutu Rzymskiego, należy wskazać, iż zasady naprawienia szkody wyrządzonej pokrzywdzonym zostały uregulowane w art. 75 Statutu Rzymskiego. Wskazany przepis w pierwszej kolejności wyznacza Trybunał jako podmiot właściwy do określenia zasad naprawienia szkody. Obowiązek naprawienia szkody obejmuje przede wszystkim przywrócenie stanu poprzedniego, odszkodowanie oraz zadośćuczynienie. Zakres szkody i krzywdy wyrządzonej pokrzywdzonym zostaje przez Trybunał określony na wniosek, a w wyjątkowych okolicznościach także z urzędu. Środki finansowe, nazywane reparacjami, mogą być, podobnie jak na gruncie opisywanej we wcześniejszej części niniejszego opracowania, zarówno indywidualne, jak i kolektywne. W formie kolektywnej mogą obejmować obciążenie sprawcy zbrodni międzynarodowej kosztami odbudowania infrastruktury w miejscu, którego ludność została dotknięta skutkami zbrodni<sup>46</sup>.

Z ogromnym zakresem szkód i krzywd wynikających z popełnienia zbrodni międzynarodowej, powiązany jest również duży wymagany nakład finansowy do ich naprawienia. Rzadkością będzie sytuacja, w której sprawca

---

<sup>45</sup> Odmiennie K. Kremens, *op. cit.*, s. 95. Autorka szczególną uwagę zwróciła na niedostatecznie wysoki poziom gwarancyjności norm regulujących postępowanie przed Trybunałem, negatywnie oceniając dopuszczalność zastosowania instytucji świadka anonimowego w sprawach o zbrodnie międzynarodowe.

<sup>46</sup> P. Hofmański, H. Kuczyńska, *op. cit.*, s. 259–260.

zbrodni faktycznie dysponuje wymaganymi środkami. Odpowiedzią na przypadek, w którym sprawca nie ma możliwości samodzielnego naprawienia szkód i zadośćuczynienia za krzywdy, było powołanie – na podstawie art. 79 Statutu Rzymskiego – Funduszu Powierniczego. Fundusz Powierniczy jest jednostką działającą niezależnie od Trybunału, zarządzaną na warunkach określonych przez państwa-strony – za pośrednictwem wyznaczonej rady nadzorczej<sup>47</sup>. Środki, którymi dysponuje Fundusz, pochodzą z przekazanych na jego rzecz przez Trybunał pieniędzy i innych wartości majątkowych uzyskanych z grzywien i przepadku, jak również ze składek uiszczanych przez państwa-strony. Po obciążeniu sprawcy odpowiedzialnością materialną za szkody i krzywdy, Trybunał może wydać zarządzenie zawierające sposób naprawienia szkody bezpośrednio wobec skazanego, jak również zarządzić przekazanie świadczeń za pośrednictwem Funduszu Powierniczego. W takiej sytuacji Fundusz tworzy program reparacyjny, którego realizacja powinna być opłacana przez skazanego, a jeżeli jest to niemożliwe – jest finansowana przez sam Fundusz. Fundusz Powierniczy ma również możliwość udzielenia stosownej pomocy osobom pokrzywdzonym niezależnie od decyzji Trybunału w kwestii odpowiedzialności karnej – wtedy samodzielnie, z własnej inicjatywy, tworzy program reparacyjny i finansuje go<sup>48</sup>.

Kwestią kontrowersyjną na gruncie art. 75 Statutu Rzymskiego jest ustalenie trybu orzekania o naprawieniu szkody przez Trybunał. Można wyróżnić dwa modele. Pierwszy z nich przewidywałby rozważenie kwestii zasądzenia obowiązku naprawienia szkody, odszkodowania i zadośćuczynienia już w trakcie toczącego się postępowania karnego, a co za tym idzie – orzeczenie o reparacjach w tym samym czasie, co o odpowiedzialności karnej oskarżonego. Drugi z modeli wymaga rozdzielenia tych dwóch postępowań, dając możliwość orzekania o reparacjach dopiero w momencie, gdy wydano już wyrok skazujący względem oskarżonego. W chwili obecnej to drugi mechanizm uznano za właściwy na gruncie Statutu Rzymskiego, uzasadniając to okolicznością, iż art. 75 Statutu Rzymskiego, wprowadzający zasady orzekania o naprawieniu szkody, odnosi się do osoby skazanej<sup>49</sup>. W związku z tym,

---

<sup>47</sup> *Ibidem*, s. 261.

<sup>48</sup> P. Hofmański, H. Kuczyńska, *op. cit.*, s. 261.

<sup>49</sup> A. Balta, M. Bax, R. Letschert, *op. cit.*, s. 225–226.

uzasadnione jest wydanie decyzji dotyczącej reparacji dopiero w osobnym postępowaniu, po wydaniu wyroku skazującego. Odchodząc jednakże od kwestii językowych, należy wskazać na mankamenty tego rozwiązania. W pierwszej kolejności należy wziąć pod uwagę długotrwałość procesów toczących się przed Trybunałem. W tym czasie osoby, które poniosły szkody i krzywdy wskutek popełnionych zbrodni, oczekują na pomoc w rozwiązaniu ich problemu i zadośćuczynienie ich cierpieniu<sup>50</sup>. Jako przykład można tu wskazać chociażby sprawę Katanga – orzeczenie skazujące Germaina Katanga na karę pozbawienia wolności zapadło w marcu 2014, a decyzja w przedmiocie reparacji dla ofiar została podjęta przez Trybunał dopiero 3 lata później<sup>51</sup>. Przeniesienie orzekania o reparacjach z postępowania głównego karnego do odrębnego jego względem postępowania dodatkowo wydłuża oczekiwania osób pokrzywdzonych. Należałoby w związku z powyższym rozważyć możliwość orzekania o reparacjach albo bezpośrednio po wydaniu wyroku skazującego, albo nawet w tym samym czasie, co nie naruszyłoby wymogu orzekania względem osoby skazanej.

Orzekając o reparacjach Trybunał może również rozważyć konieczność skorzystania z pomocy prawnej państw-stron. W przypadku, gdy Trybunał skorzysta z tej możliwości, do wykonywania przez państwo-stronę orzeczenia stosuje się reguły przewidziane w Statucie Rzymskim dla wykonywania orzeczeń grzywny i przepadku (art. 75 ust. 5 Statutu Rzymskiego).

Trybunał podjął już pierwsze decyzje w zakresie orzekania o reparacjach dla ofiar zbrodni międzynarodowych. Jedną z nich jest przytaczana już powyżej sprawa Katanga, w której Trybunał sięgnął zarówno po możliwość przyznania ofiarom indywidualnej rekompensaty, jak i kolektywnej względem całej społeczności<sup>52</sup>. Decyzja reparacyjna zapadła również w sprawie Al Mahdi. Interesującym aspektem tej decyzji jest zapewnienie ofiarom możliwości utajnienia swojej tożsamości przed skazanym w procesie

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, s. 235–236.

<sup>51</sup> Pełna oś czasu dotycząca sprawy Katanga dostępna pod adresem: [www.icc-cpi.int/drc/katanga](http://www.icc-cpi.int/drc/katanga) (dostęp: 10.07.2021).

<sup>52</sup> Ordonnance de réparation en vertu de l'article 75 du Statut, ICC-01/04-01/07-3728, sprawa *The Prosecutor v. Germain Katanga*.

ubiegania się o uzyskanie zadośćuczynienia indywidualnego<sup>53</sup>. Jednocześnie więc uwidacznia się w niej aspekt ochrony związany z naprawieniem szkód i zadośćuczynieniem za krzywdy, jak również konieczności zapewnienia ofiarom przestępstwa bezpieczeństwa na każdym etapie postępowania, również na etapie starań o uzyskanie zadośćuczynienia.

W polskim systemie prawnym podstawowe unormowania dotyczące zadośćuczynienia za krzywdę odnajdujemy w ustawie kodeks karny, a dokładnie w art. 46. Zgodnie z art. 46 §1 kodeksu karnego sąd w razie skazania sprawcy może z własnej inicjatywy orzec albo orzeka na wniosek pokrzywdzonego obowiązek naprawienia szkody lub zadośćuczynienia za krzywdę, stosując w tym celu przepisy prawa cywilnego. Paragraf 2 tego przepisu umożliwia natomiast orzeczenie, zamiast wspomnianego obowiązku, nawiązki na rzecz pokrzywdzonego w wysokości do 200 000 złotych. Nawiązkę orzec można w przypadku, gdy orzeczenie obowiązku z § 1 jest znacznie utrudnione. Co więcej, nawiązkę orzec można również na rzecz osób najbliższych pokrzywdzonego, w świetle jego śmierci i pogorszenia się ich sytuacji.

## Wnioski

Analiza standardów ochrony zawartych w polskich przepisach, jak również uregulowań Statutu Rzymskiego prowadzi do wniosku, iż standardy ochrony ofiar zawarte w nich nie są identyczne. System Statutu Rzymskiego charakteryzuje się przyznaniem większego poziomu dyskrecjonalności organom procesowym co do podejmowania decyzji o tym, czy i jakie środki ochronne mają być zastosowane, podczas gdy polskie unormowania charakteryzują się wysoką określonością ustawową. Przykładowo kompetencja Trybunału do przeprowadzenia części postępowania albo poszczególnych czynności procesowych z wyłączeniem albo ograniczeniem jawności zależy od ustalenia, że podjęcie tego rodzaju środka jest potrzebne dla ochrony ofiary przestępstwa, podczas gdy zastosowanie podobnego mechanizmu

---

<sup>53</sup> Reparations Order ICC-01/12-01/15-236, sprawa *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*, Public Redacted Judgment on the Appeal of the Victims against the "Reparations Order" (ICC-01/12-01/15-259-Red2), sprawa *The Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi*.

na podstawie polskiej procedury karnej wymaga zaistnienia przynajmniej jednej z ustawowych przesłanek, chociażby „naruszenia ważnego interesu prywatnego”. Jakkolwiek system norm wynikających ze Statutu Rzymskiego oraz dokumentów precyzujących jego treść<sup>54</sup> zdaje się otwierać szersze pole dla dostosowania środków ochronnych do potrzeb ofiar w konkretnej sprawie, tak polski system norm karnych proceduralnych jawi się jako bardziej gwarancyjny względem osób oskarżonych. Na poparcie tej tezy po raz kolejny odwołam się do mechanizmów wyłączenia jawności postępowania. Należy przypomnieć, iż stosowanie ich wiąże się z ograniczeniem prawa osoby oskarżonej do publicznego procesu<sup>55</sup>. Związanie organu procesowego przesłankami ustawowymi, charakterystyczne dla polskiej procedury karnej, zmniejsza ryzyko podejmowania decyzji nieadekwatnie ingerujących w uprawnienia procesowe oskarżonego.

Kontrowersję budzi niejednolitość rozumienia pojęcia „ofiara” na gruncie Statutu Rzymskiego oraz polskiej procedury karnej, przez co w przypadku toczenia się postępowania przez sądami karnymi mogłoby dojść do nieobjęcia ochroną osób, które byłyby nią objęte w oparciu o unormowania Statutu Rzymskiego. Niewątpliwie więc oba systemy mogą czerpać z siebie nawzajem inspirację – polski system chociażby co do zakresu podmiotowego ochrony, a system międzynarodowy – co do gwarancyjności względem sprawcy.

---

<sup>54</sup> Przede wszystkim Reguł Procesowych i Dowodowych Międzynarodowego Trybunału Karnego.

<sup>55</sup> D. Świecki et al., *op. cit.*, art. 360 (dostęp: 10.07.2021).



AZJA



# Szukając zobowiązań Indii z zakresu międzynarodowego prawa karnego w ich prawie krajowym

## Wprowadzenie

Stosunek Indii do prawa międzynarodowego ma charakter wyjątkowy. Państwo to uzyskało niezależność od brytyjskich rządów kolonialnych w 1947 r., ale było członkiem-założycielem Ligi Narodów (1919) i Organizacji Narodów Zjednoczonych (1945)<sup>1</sup>. Ustrojodawca nowego państwa Indii był świadomy zobowiązań, wynikających z prawa międzynarodowego i zawarł w konstytucji pewne przepisy dotyczące prawa międzynarodowego i jego wdrożenia do systemu krajowego. Przepisy te nie są jednak jednoznacznie sformułowane, co powoduje problemy interpretacyjne.

Indie były również aktywnym uczestnikiem procesu stanowienia reguł międzynarodowych. Chociaż ich wkład w prace nad międzynarodowym prawem ochrony środowiska, zwłaszcza w zakresie przeciwdziałania zmianom klimatu, jest powszechnie uznawany<sup>2</sup>, wiedza na temat zaangażowania tego państwa w prace nad międzynarodowym prawem karnym jest fragmentaryczna<sup>3</sup>. Indie albo nie podpisały niektórych najważniejszych traktatów

---

<sup>1</sup> R.P. Anand, *The Formation of International Organizations and India: A Historical Study*, „Leiden Journal of International Law” 2010, nr 23, s. 5–21.

<sup>2</sup> B.H. Desai, B.K. Sidhu, *India*, [w:] E. Lees and J.E. Viñuales (red.), *The Oxford Handbook of Comparative Environmental Law*, Oxford 2019; S. Sengupta, *India's Engagement in Global Climate Negotiations from Rio to Paris*, [w:] N.K. Dubash (red.), *India in a Warming World: Integrating Climate Change and Development*, Oxford 2019, s. 114–141; L. Rajamani, *India's approach to international law in the climate change regime*, „Indian Journal of International Law” 2017, nr 57(1–2), s. 1–23; L. Rajamani, S. Ghosh, *India* [w:] R. Lord et al., *Climate Change Liability: Transnational Law and Practice*, Cambridge 2012, s. 139–177.

<sup>3</sup> H. Jamil, *Critical evaluation of India's position on the Rome Statute*, „Indian Journal of International Law” 2017, nr 57(3–4), s. 411–442; U. Ramanathan, *India and ICC*, „Intl Criminal Justice” 2005, s. 627; A. Weisburd, *Customary international law and torture: The case*

międzynarodowego prawa karnego, albo ich nie ratyfikowały. Co więcej, wydaje się, że władze ustawodawcza i sądownicza w Indiach mają odmienne poglądy na temat wdrażania indyjskich zobowiązań z prawa karnego do systemu krajowego. W tym artykule omówiono cztery kategorie zbrodni międzynarodowych, tj. zbrodnię ludobójstwa, zbrodnie przeciwko ludzkości, zbrodnie wojenne i tortury oraz ich wdrożenie lub brak wdrożenia do indyjskiego porządku krajowego. Przyczyny wyboru tych czterech zbrodni wyjaśniono w dalszej części wywodu. Celem artykułu jest zwrócenie uwagi na niejasne i często wzajemnie sprzeczne powody, dla których indyjskie zobowiązania z międzynarodowego prawa karnego nie zostały przetransponowane na szczebel krajowy. Zawarto tu próbę odpowiedzi na pytanie, czy utrzymująca się niechęć Indii do wdrożenia w porządku krajowym ich zobowiązań wynikających z międzynarodowego prawa karnego ma jakiegokolwiek uzasadnienie.

Rozważania zawarte w tym artykule rozpoczynają się od wyjaśnienia obecnej struktury krajowego prawa karnego w Indiach. Omówiono tu wybrane podstawowe przepisy prawa karnego i historię ich powstania. Następnie uwaga zostanie poświęcona procedurze wdrażania międzynarodowych zobowiązań Indii do porządku krajowego. Omówione zostaną przepisy konstytucji indyjskiej w tym zakresie, a także kontrowersje związane z ich wykładnią. W przedostatniej części artykułu omówione zostaną zobowiązania Indii, wynikające z międzynarodowego prawa karnego. W tej części wskazano, w jaki sposób Indie stosowały taktykę unikania w odniesieniu do wdrożenia swoich zobowiązań wynikających z międzynarodowego prawa karnego do krajowych ram prawa karnego. Artykuł kończy się uwagami podsumowującymi.

## 1. Struktura krajowego prawa karnego w Indiach

Republika Indii, która powstała 15 sierpnia 1947 r., zapożyczyła znaczącą część swojego ustawodawstwa z przepisów byłych Indii Brytyjskich, które zostały opracowane przez brytyjski (kolonialny) rząd Indii. Konstytucja Indii

---

*of India*, „Chicago Journal of International Law” 2001, nr 2(1), s. 81–100; D. Bais, *India and the International Criminal Court*, „FICHL Policy Brief Series” 2016, nr 54 2016; R. Viswanath, *Hate Crimes Against Minorities in India Locating the Value of an International Criminal Law Discourse?*, „Journal of International Criminal Justice” 2021, online first.

(Konstytucja), którą opracowano po uzyskaniu przez Indie niepodległości, przewiduje utrzymanie w mocy wcześniejszych przepisów prawa. Art. 372 ust. 1 Konstytucji zatytułowany *Utrzymanie w mocy obowiązujących ustaw i ich dostosowanie* stanowi, że:

[...] z zastrzeżeniem innych postanowień niniejszej Konstytucji, wszystkie ustawy obowiązujące na terytorium Indii bezpośrednio przed wejściem w życie niniejszej Konstytucji pozostają w mocy do czasu ich zmiany, uchylenia lub nowelizacji przez odpowiednie Ciało Ustawodawcze lub inny właściwy organ.

W dalszej treści wyjaśniono znaczenie terminu „obowiązujące ustawy” w rozumieniu art. 372 ust. 1. Zgodnie z Objasnieniem I:

Na potrzeby niniejszego artykułu wyrażenie »ustawy obowiązujące« obejmuje ustawy przyjęte lub uchwalone przez Ciało Ustawodawcze lub inny właściwy organ na terytorium Indii przed wejściem w życie niniejszej Konstytucji, a które nie zostały wcześniej uchylone, niezależnie od tego, czy takie ustawy lub ich części nie obowiązują w tym czasie wcale lub obowiązują wyłącznie na określonych obszarach.

Indyjska Komisja ds. Reformy Prawa w Piątym Raporcie omówiła ciągłość stosowalności ustaw brytyjskich. Raport zatytułowany *Ustawy brytyjskie mające zastosowanie do Indii* dotyczył następującego pytania:

Czy Indie, mając na uwadze swój nowy i niezależny status Republiki, nie powinny przyjąć własnych praw w przedmiotach unormowanych tymi ustawami tam, gdzie jest to konieczne, a także podjąć działań legislacyjnych, co wyraźnie wskazywałoby, że ustawy te nie mają już zastosowania do Indii?<sup>4</sup>

Sprawozdanie kończy się konkluzją, że „zdecydowaną większość tych ustaw należy uchylić”<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Raport nr 5: Ustawy brytyjskie mające zastosowanie do Indii (1957), Indyjska Komisja ds. Reformy Prawa, s. 1.

<sup>5</sup> *Ibidem*, s. 6. Raport zawiera trzy załączniki zatytułowane: Ustawy brytyjskie mające faktyczne lub możliwe zastosowanie Indii, Analiza ustaw brytyjskich mających faktyczne lub

Jedną z najważniejszych ustaw dotyczących prawa karnego, indyjski kodeks karny z 1860 r. (IKK)<sup>6</sup>, została stworzona z myślą o Indiach Brytyjskich i jest nadal stosowana w niepodległych Indiach. Opracowując IKK ustawodawca inspirował się angielskim prawem karnym, francuskim kodeksem karnym i kodeksem stanu Luizjana Edwarda Livingstona<sup>7</sup>. Indyjska Komisja ds. Reformy Prawa dokonała kompleksowej rewizji IKK po raz pierwszy w 1971 r.<sup>8</sup>, a następnie w 1997 r.<sup>9</sup> To samo dotyczy kodeksu postępowania karnego z 1973 r. (KPK)<sup>10</sup>. Ustawa ta w obecnej postaci powstała z rekomendacji indyjskiej Komisji ds. Reformy Prawa. W swoim 41. Raporcie Komisja przeprowadziła obszerną analizę kodeksu i przedstawiła sugestie dotyczące zmian. Raport kończył się zaleceniem, aby „Kodeks został zastąpiony Kodeksem postępowania karnego w nowym brzmieniu”<sup>11</sup>. W ten sposób KPK z 1898 r. został zastąpiony nową (a jednocześnie starą, ponieważ zachowuje większość przepisów wcześniejszej ustawy) ustawą KPK z 1973 r.

Kolejnym istotnym aktem prawnym jest indyjska Ustawa w sprawie postępowania dowodowego z 1872 r. Należy stwierdzić, że wskazane powyżej trzy ustawy stanowią korpus najważniejszych przepisów prawa karnego w Indiach. Uzupełnia je szereg innych aktów prawnych regulujących różne aspekty przestępczości<sup>12</sup>.

Ponieważ rozwój międzynarodowego prawa karnego następował głównie w latach 80. i 90. XX wieku, nie dziwi więc fakt, że zbrodnie międzynarodowe nie są w ogóle ujęte w IKK i KPK. Wraz z przyjmowaniem nowych zobowiązań międzynarodowych, Indie włączały je do swoich przepisów

---

możliwe zastosowanie do Indii, Lista obszarów objętych ustawami brytyjskimi, w odniesieniu do których *prima facie* niezbędne wydaje się podjęcie działań legislacyjnych.

<sup>6</sup> Ustawa nr 45 z 1860 r., Indyjski Kodeks karny.

<sup>7</sup> S. Yeo, *India*, [w:] K.J. Heller, M.D. Dubber (red.), *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford 2011, s. 289.

<sup>8</sup> Raport nr 42: Indyjski Kodeks Karny (1971), Indyjska Komisja ds. Reformy Prawa, s. 1–579.

<sup>9</sup> Raport nr 156: Indyjski Kodeks Karny (1997), Indyjska Komisja ds. Reformy Prawa, s. 1–572.

<sup>10</sup> Ustawa nr 2 (1974) Kodeksu postępowania karnego (1973).

<sup>11</sup> Raport nr 41 (1898, 1969), Kodeks Postępowania Karnego, Indyjska Komisja ds. Reformy Prawa, s. 372.

<sup>12</sup> Na przykład Ustawa o wymiarze sprawiedliwości wobec nieletnich (o pieczy i ochronie dzieci) (2015), Ustawa o zapobieganiu czynnościom zabronionym (1967), Ustawa o środkach odurzających i substancjach psychotropowych (1985).

krajowych – przykładem mogą być tu zobowiązania Indii wynikające z Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawach dziecka<sup>13</sup>, które wdrożono w ramach Ustawy o ochronie dzieci przed przestępstwami seksualnymi z roku 2012, oraz Ustawy w sprawie wymiaru sprawiedliwości wobec nieletnich (Ustawa o pieczy i ochronie dzieci) z 2015 r.<sup>14</sup> Brakuje natomiast transpozycji przepisów w zakresie międzynarodowego prawa karnego. W kolejnej części wyjaśnię, co rozumiem pod pojęciem zbrodni międzynarodowych. Następnie postaram się objaśnić zobowiązania Indii dotyczące tych zbrodni tam, gdzie zobowiązania takie zostały w ogóle podjęte. W ramach podsumowania dokonam analizy, w jakim stopniu są one obecne lub nieobecne w krajowym ustawodawstwie Indii.

## 2. Transpozycja prawa międzynarodowego na grunt prawa krajowego Indii

Jak wspomniano wcześniej, indyjski system prawny (w pewnych aspektach) stanowi kontynuację systemu brytyjskiego. Jednym z takich aspektów jest transpozycja prawa międzynarodowego do prawa krajowego. Ogólnie rzecz biorąc, prawo międzynarodowe odróżnia się od prawa wewnętrznego, czy też prawa krajowego, które uznawane jest za odrębny zbiór praw. Przedstawiciele doktryny prezentują odmienne poglądy na temat stopnia podobieństwa czy też nakładania się tych dwóch zbiorów przepisów. Bez zagłębiania się w szczegóły debaty akademickiej i zajmowania stanowiska w tej kwestii, w tym artykule omówię funkcjonujący w Indiach mechanizm wdrażania prawa międzynarodowego do porządku wewnętrznego Indii. Istnieją zasadniczo dwa

---

<sup>13</sup> Konwencja o prawach dziecka z dnia 20 listopada 1989 r., Seria traktatów 1577, Zgromadzenie Ogólne ONZ, s. 3, dostępny pod adresem: [www.refworld.org/docid/3ae6b38f0.html](http://www.refworld.org/docid/3ae6b38f0.html) (dostęp: 19.05.2022).

<sup>14</sup> Ustawa o ochronie dzieci przed przestępstwami na tle seksualnym (2012), Ustawa nr 32, 2012; Ustawa o wymiarze sprawiedliwości wobec nieletnich (o pieczy i ochronie dzieci) (2015), Ustawa nr 2, 2016. W preambule obu aktów czytamy: „ORAZ ZWAŻYWSZY, że rząd Indii w dniu 11 grudnia 1992 roku przystąpił do Konwencji o prawach dziecka, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych, która określiła zestaw norm, do których przestrzegania zobowiązane są wszystkie państwa-strony w celu zabezpieczenia dóbr dziecka”.

poglądy teoretyczne w odniesieniu do relacji między prawem międzynarodowym a prawem wewnętrznym, tj. szkoła monistyczna i szkoła dualistyczna. Dyskusyjna jest przy tym kwestia, czy należałoby mówić o relacjach *między* prawem międzynarodowym i prawem krajowym, czy też o związku prawa międzynarodowego z prawem krajowym.

Według monistów prawo międzynarodowe i prawo krajowe stanowią części składowe tego samego porządku prawnego lub „przynajmniej szereg powiązanych ze sobą norm, co do których należy zakładać, że są koherentne i logicznie spójne”<sup>15</sup>. Dualiści utrzymują natomiast, że prawo międzynarodowe i prawo krajowe to odrębne gałęzie prawa. W poglądzie tym państwo ma status najwyższy, a żadna z tych dwóch gałęzi prawa nie może być nadrzędna nad drugą<sup>16</sup>.

Spośród tych dwóch dominujących teorii dotyczących relacji między prawem międzynarodowym a prawem krajowym Indie wybrały ścieżkę dualizmu. Chociaż w treści Konstytucji Indii brakuje wyraźnej wzmianki na ten temat, przepis art. 253 stanowi, że:

Niezależnie od powyższych postanowień niniejszego Rozdziału, Parlamentowi przysługuje uprawnienie do uchwalania ustaw obowiązujących na całym terytorium Indii lub na jego części wdrażających traktat, umowę lub konwencję z innym państwem lub państwami albo uchwałę podjętą przez międzynarodową konferencję, organizację międzynarodową lub inny organ.

Przyjęto się uważać, że artykuł ten stwierdza, że Indie są państwem stosującym model dualistyczny. V.G. Hegde pisze, że „przepis art. 253 można uznać za ucieleśnienie ‘doktryny transformacji’, które zasadniczo odpowiada pogładowi pozytywistyczno-dualistycznemu”<sup>17</sup>. A. Chandra z kolei klasyfikuje praktykę prawa w Indiach jako dualizm *formalny*. Według autorki „w kontekście Indii [...], przynajmniej formalnie rzecz biorąc, uprawnienia do podejmowania zobowiązań międzynarodowych przysługują władzy wykonawczej, natomiast

<sup>15</sup> J. Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law*, wyd. 8, Oxford 2012, s. 48.

<sup>16</sup> M.N. Shaw, *International Law*, Cambridge 2017, s. 97.

<sup>17</sup> V.G. Hegde, *Indian Courts and International Law*, „Leiden Journal of International Law” 2010, nr 23, s. 53–77, s. 59.



ich wdrożenie do porządku krajowego wymaga ich usankcjonowania przez Parlament<sup>18</sup>. Jednak ona również zgadza się – przynajmniej formalnie – że Indie stosują model dualistyczny.

Co więcej, nie ma jednoznacznej odpowiedzi na pytanie, jakie znaczenie na prawo międzynarodowe według Konstytucji Indii. Przepis art. 51 lit. a) Konstytucji, zatytułowany *Wspieranie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa*, stanowi, że:

Państwo podejmuje działania na rzecz:

- (a) wspierania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa;
- (b) utrzymywania sprawiedliwych i opartych na wzajemnym szacunku stosunków między narodami;
- (c) wspierania poszanowania prawa międzynarodowego oraz zobowiązań traktatowych w stosunkach międzynarodowych; oraz
- (d) wspierania polubownego rozstrzygnięcia sporów międzynarodowych.

Głównym źródłem kontrowersji jest przepis lit. c). Użyto w nim osobnych terminów „prawo międzynarodowe” i „zobowiązania traktatowe”, co sprawia wrażenie, że są to dwie odrębne rzeczy. Problem ten pogłębia się, gdy zestawimy ten przepis z treścią art. 38 ust. 1 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, który wymienia cztery następujące źródła prawa międzynarodowego: traktaty, zwyczajowe prawo międzynarodowe, ogólne zasady prawa uznawane przez narody cywilizowane oraz, jako środek pomocniczy, wyroki sądów i opinie najznakomitszych znawców prawa<sup>19</sup>. Tym samym

<sup>18</sup> A. Chandra, *India and international law: formal dualism, functional monism*, „Indian Journal of International Law” 2017, 57, 25–45, s. 26.

<sup>19</sup> Art. 38 ust. 1 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości ma następujące brzmienie: „Trybunał, którego zadaniem jest orzekać na podstawie prawa międzynarodowego w sporach mu przekazanych, stosuje:

konwencje międzynarodowe, ogólne bądź specjalne, ustalające reguły wyraźnie uznane przez państwa wiodące spór;

(b) zwyczaj międzynarodowy, jako dowód istnienia powszechnej praktyki przyjętej jako prawo;

(c) ogólne zasady prawa uznane przez narody cywilizowane;

(d) z zastrzeżeniem postanowień art. 59, wyroki sądowe i opinie najznakomitszych znawców prawa publicznego w różnych krajach, jako środek pomocniczy do ustalenia reguł prawnych”.

w rozumieniu art. 38 ust. 1 Statutu, traktaty stanowią część prawa międzynarodowego. W treści Konstytucji Indii są to jednak instrumenty odrębne.

Kolejne pytanie, które rodzi się na gruncie tej kontrowersji brzmi: skoro przepis art. 51 lit. a) wymienia osobno „prawo międzynarodowe” i „zobowiązania traktatowe”, czy pojęcie „prawo międzynarodowe” obejmuje międzynarodowe prawo zwyczajowe czy nie? Autorzy tacy jak C.H. Alexandrowicz<sup>20</sup>, V.S. Mani<sup>21</sup>, B.S. Chimni<sup>22</sup>, V.G. Hegde<sup>23</sup> i A. Chandra<sup>24</sup> dokonują wprawdzie prób rozwiązania tego problemu w taki czy inny sposób, jednak brakuje zgody co do odpowiedzi na te pytania. Nie będę tu prezentował swojego stanowiska w tej kwestii. Kontynuując analizę, przejdę natomiast do omówienia tezy, że Indie podążają ścieżką dualizmu w zakresie transpozycji prawa międzynarodowego na grunt prawa krajowego. Oznacza to, że kiedy Indie podpisują traktat międzynarodowy, staje się on częścią prawa krajowego Indii, dopiero gdy zostaną uchwalone przepisy wdrażające postanowienia traktatowe. Mechanizm ten nie ma jednak zastosowania do międzynarodowego prawa zwyczajowego. Konstytucja Indii milczy na temat transpozycji międzynarodowego do prawa zwyczajowego. W omówionym powyżej przepisie art. 253 wspomniano jedynie o „traktacie, umowie lub konwencji”. W sprawie *Forum wsparcia obywateli Vellore*<sup>25</sup> indyjski Sąd Najwyższy dokonał oceny międzynarodowego prawa zwyczajowego w zakresie ochrony środowiska. Przytoczywszy przepisy indyjskiego ustawodawstwa w tej kwestii, Sąd stwierdził:

W świetle wskazanych przepisów konstytucyjnych i ustawowych nie wahamy się uznać, że zasada ostrożności i zasada „zanieczyszczający płaci” stanowią integralną część krajowego prawa ochrony środowiska. Nawet gdyby było inaczej [podkreślenie – A.K.], przyjęcie tych zasad jako zasad międzynarodowego

<sup>20</sup> C.H. Alexandrowicz, *International law in India*, „International and Comparative Law Quarterly” 1952, nr 1(3), s. 289–300.

<sup>21</sup> V.S. Mani, *Effectuation of International Law in the Municipal Legal Order: The Law and Practice in India*, [w:] K. Swan Sik et al. (red.), *Asian Yearbook of International Law* 1997, t. 5, s. 145–174.

<sup>22</sup> B.S. Chimni, *India*, [w:] S. Chesterman, H. Owada, B. Saul (red.), *The Oxford Handbook of International Law in Asia and the Pacific*, Oxford 2019, s. 552–575.

<sup>23</sup> V.G. Hegde, *Indian Courts and International Law*, „Leiden Journal of International Law” 2010, nr 23, s. 53–77, 59.

<sup>24</sup> A. Chandra, *op. cit.*, s. 26.

<sup>25</sup> *Forum wsparcia obywateli Vellore przeciwko Unii Indyjskiej i in.*, 1996 5 SCR 241.

prawa zwyczajowego oznaczałoby, że ich przyjęcie za część składową krajowego nie napotkałoby na żadne przeszkody. Według niemalże powszechnie uznanego twierdzenia w teorii prawa, zasady międzynarodowego prawa zwyczajowego, które nie są sprzeczne z prawem wewnętrznym, są uznawane za włączone do prawa krajowego i będą stosowane przez sądy powszechne.

Tym samym, zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego, transpozycja prawa międzynarodowego zwyczajowego na grunt prawa krajowego Indii następuje niemalże automatycznie. A. Chandra twierdzi zatem, że „Indie podążają za tradycją anglosaskiego *common law*, przewidując wymóg transpozycji zobowiązań traktatowych poprzez działania ustawodawcy krajowego, a jednocześnie wdrażają zasady zwyczajowego prawa międzynarodowego w sposób bezpośredni”<sup>26</sup>.

### 3. Zobowiązania Indii w zakresie międzynarodowego prawa karnego

Międzynarodowe prawo karne jest kategorią bardzo szeroką i w istocie sporną. Pytanie o to, co stanowi zbrodnię międzynarodową, to pytanie, na które nie ma jednej konkretnej odpowiedzi<sup>27</sup>. Czy kategoria ta powinna obejmować zbrodnie wstrząsające sumieniem ludzkości, czy też powinna ograniczać się do zbrodni, których zasięg wykracza poza granice terytorialne (zbrodnie transnarodowe)? Co sprawia, że zbrodnia ma charakter międzynarodowy? Kto może ścigać sprawców zbrodni międzynarodowej? Skoro każda zbrodnia z natury jest zbrodnią międzynarodową, czy powinno to oznaczać, że każdy sąd karny dowolnego kraju może ścigać te zbrodnie (jurysdykcja uniwersalna)? Te pytania, choć ważne, niekoniecznie są istotne dla naszych rozważań.

<sup>26</sup> A. Chandra, *op. cit.*, s. 34.

<sup>27</sup> K.J. Heller, *What Is an International Crime? (A Revisionist History)*, „Harvard International Law Journal” 2017, nr 2; A. Reisinger Coracini, „*What Is an International Crime?*”: *A Response to Kevin Jon Heller*, dostępny pod adresem: [www.harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/Coracini-Response.pdf](http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/sites/15/Coracini-Response.pdf); R.A. Wilson, *What Does International Actually Mean for International Criminal Trials?*, [w:] Idem, *Writing History in International Criminal Trials*, Cambridge 2011, s. 24.

Staram się ocenić, czy zobowiązania Indii wynikające z międzynarodowego prawa karnego są obecne w krajowej strukturze prawa karnego. Zanim jednak omówię zobowiązania Indii wynikające z międzynarodowego prawa karnego, muszę zawęzić zakres tych rozważań. Na potrzeby tego wywodu przyjmę, że zbrodnie międzynarodowe to ludobójstwo, zbrodnie przeciwko ludzkości, zbrodnie wojenne i tortury<sup>28</sup>. Pierwsze trzy to zbrodnie ujęte w Statucie Międzynarodowego Trybunału Karnego (MTK)<sup>29</sup>. Art. 5 Statutu wymienia bowiem ludobójstwo, zbrodnie przeciwko ludzkości, zbrodnie wojenne i zbrodnie agresji<sup>30</sup>. Czwarta zbrodnia, tj. tortury, stanowi czyn zabroniony, którego zakaz uznawany jest za normę *ius cogens*<sup>31</sup>. W tej części omówię podejście Indii do każdej z tych zbrodni.

### 3.1. Ludobójstwo

Indie, wraz z Panamą i Kanadą, należały do grupy państw, które postawiły wniosek o przyjęcie Rezolucji 96 (I) w sprawie ludobójstwa na forum Zgromadzenia Ogólnego ONZ<sup>32</sup>. Rezolucję tę uchwalono 11 grudnia 1946 r., na około osiem miesięcy przed uniezależnieniem się Indii od Wielkiej Brytanii. Prawie dwa lata później, 9 grudnia 1948 r., na podstawie Rezolucji

<sup>28</sup> Jest to oczywiście lista subiektywna. Można argumentować za jej rozszerzeniem o zbrodnie piractwa, terroryzmu, wymuszonych zaginięć. Zob. Y.M. Dutton, *Bringing Pirates to Justice: A Case for Including Piracy within the Jurisdiction of the International Criminal Court*, „Chicago Journal of International Law” 2010, t. 11, nr 1, art. 8; P.J. Wertheim, *Should “Grave Crimes of International Terrorism” be included in the Jurisdiction of the International Criminal Court?*, „Policy and Society” 2003, 22:2, s. 1–21.

<sup>29</sup> Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego (ostatnia zmiana w 2010 r.), Zgromadzenie Ogólne ONZ, 17 lipca 1998 r., dostępny pod adresem: [www.refworld.org/docid/3ae6b3a84.html](http://www.refworld.org/docid/3ae6b3a84.html) (dostęp: 21.08.2021).

<sup>30</sup> Przepis art. 5 brzmi następująco: „Jurysdykcja Trybunału jest ograniczona do najpoważniejszych zbrodni wagi międzynarodowej. Jurysdykcja Trybunału na podstawie niniejszego Statutu obejmuje następujące zbrodnie: (a) zbrodnie ludobójstwa; (b) zbrodnie przeciwko ludzkości; (c) zbrodnie wojenne; (d) zbrodnie agresji”.

<sup>31</sup> E. de Wet, *The Prohibition of Torture as an International Norm of Jus Cogens and Its Implications for National and Customary Law*, „European Journal of International Law” 2004, t. 15, nr 1, s. 97–121.

<sup>32</sup> Zbrodnia ludobójstwa, Zgromadzenie Ogólne ONZ, 11 grudnia 1946, A/RES/96, <https://www.refworld.org/docid/3b00f09753.html> (dostęp: 13.08.2021).

Zgromadzenie Ogólne ONZ przyjęło Konwencję w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa<sup>33</sup> (dalej: Konwencja w sprawie ludobójstwa). Konwencja w sprawie ludobójstwa weszła w życie 12 stycznia 1951 r. Indie, które były jednym z inicjatorów pierwszej Rezolucji 96 (I) Zgromadzenia Ogólnego ONZ, czekały z ratyfikacją Konwencji w sprawie ludobójstwa kolejne osiem lat, do roku 1959. Zgodnie z omówionym wcześniej art. 253 indyjskiej Konstytucji „Parlamentowi przysługuje uprawnienie do uchwalania ustaw obowiązujących na całym terytorium Indii lub na jego części wdrażających traktat, umowę lub konwencję”. Od ratyfikowania przez Indie Konwencji w sprawie ludobójstwa minęły już 62 lata, a Parlament nie uchwalił jeszcze ustawy wdrażającej Konwencję na grunt prawa krajowego.

W dniu 2 marca 2016 r. w Parlamencie indyjskim podniesiona została interpelacja w tej sprawie. Poseł Avinash Pande zwrócił się do Ministra Spraw Wewnętrznych z następującym pytaniem:

Czy rząd planuje uchwalić jakiegokolwiek przepisy zgodnie z zobowiązaniami Indii, wynikającymi z Konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa z 1948 roku?<sup>34</sup>.

W odpowiedzi Ministerstwo Spraw Wewnętrznych stwierdziło:

Przystępując w 1959 roku do Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa, Indie uznały ludobójstwo za zbrodnię międzynarodową. Zasady zawarte w Konwencji wchodzą w skład ogólnego prawa międzynarodowego, a tym samym stanowią integralną część powszechnie obowiązującego prawa Indii. Postanowienia indyjskiego Kodeksu Karnego, w tym prawa procesowego (Kodeks Postępowania Karnego), przewidują skuteczne kary

---

<sup>33</sup> Seria Traktatów, Zgromadzenie Ogólne ONZ, t. 78, s. 277, Zgromadzenie Ogólne ONZ, Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa, 9 grudnia 1948 r., dostępne pod adresem: [www.refworld.org/docid/3ae6b3ac0.html](http://www.refworld.org/docid/3ae6b3ac0.html) (dostęp: 13.08.2021).

<sup>34</sup> Rajya Sabha, Interpelacja nr 718, odpowiedź planowana na posiedzeniu w dniu 2 marca 2016/PHALGUNA 12, 1937 (SAKA). Uchwalenie prawa zgodnego z Konwencją ONZ w sprawie ludobójstwa i dyskryminacji rasowej.

dla osób winnych zbrodni ludobójstwa i uznają czyny, które mogą nosić inne znamiona zbrodni ludobójstwa, za czyny zabronione<sup>35</sup>.

Treść udzielonej odpowiedzi rodzi wiele wątpliwości, z których omówimy tylko niektóre. Po pierwsze w interpelacji zadano pytanie o wdrożenie zobowiązań do prawa krajowego. Zatem odpowiedź, że „Indie uznały ludobójstwo za zbrodnię międzynarodową” tak naprawdę pomija istotę pytania. Ponadto, wnosząc o przyjęcie Rezolucji 96 (I) w sprawie ludobójstwa na forum Zgromadzenia Ogólnego ONZ, Indie uznały ludobójstwo za zbrodnię międzynarodową już w 1946 r., a nie w 1959 r., jak stwierdzono w odpowiedzi. W treści Rezolucji z 1946 r. stwierdza się, że „karanie zbrodni ludobójstwa jest sprawą wagi międzynarodowej” i że „ludobójstwo jest zbrodnią w świetle prawa międzynarodowego”<sup>36</sup>.

Po drugiej odpowiedzi zawiera pokrętną tezę, według której jakoby „Zasady zawarte w Konwencji wchodzą w skład ogólnego prawa międzynarodowego, a tym samym stanowią integralną część powszechnie obowiązującego prawa Indii”. W języku prawa międzynarodowego oznaczałoby to stwierdzenie, że Indie stosują model monistyczny, a wszelkie zasady ogólnego prawa międzynarodowego wchodzą w skład prawa krajowego Indii automatycznie. Jak wskazano wcześniej, art. 253 indyjskiej Konstytucji jednoznacznie stanowi, że Indie stosują model dualistyczny. Tym samym odpowiedź na interpelację jest *prima facie* obciążona błędem. Dotychczas Parlament nie dokonał żadnej nowelizacji treści tego artykułu. Zasada ogólnego prawa międzynarodowego może zatem stać się częścią indyjskiego prawa krajowego wyłącznie wówczas, gdy zostanie przetransponowana na grunt przepisów uchwalonych przez Parlament indyjski.

Po trzecie w odpowiedzi stwierdza się, że:

postanowienia indyjskiego Kodeksu karnego, w tym prawa procesowego (Kodeks postępowania karnego), przewidują skuteczne kary dla osób winnych zbrodni ludobójstwa [...].

---

<sup>35</sup> *Ibidem.*

<sup>36</sup> A/RES/96, Zgromadzenie Ogólne ONZ, Zbrodnia ludobójstwa.

Jak wspomniano wcześniej, indyjski kodeks karny został opracowany zanim powstała Konwencja w sprawie ludobójstwa. W rzeczywistości jego przepisy sformułowano jeszcze zanim sam termin „ludobójstwo” wszedł do słownika prawa międzynarodowego czy międzynarodowego prawa karnego. IKK podlegał nowelizacjom w latach 1971 i 1997, na długo po tym, jak Indie ratyfikowały Konwencję w sprawie ludobójstwa. Mimo to określenie „ludobójstwo” nie znalazło się w jego treści. Podobna sytuacja dotyczy kodeksu postępowania karnego, który powstał w ostatniej dekadzie XIX wieku i został zastąpiony nowym, znowelizowanym kodeksem postępowania karnego w 1973 r., znów na długo po ratyfikowaniu przez Indie Konwencji w sprawie ludobójstwa. Jednak podobnie jak indyjski kodeks karny, KPK milczy na temat zbrodni ludobójstwa. Dlatego też stwierdzenie pośła, że ustawy te przewidują karanie zbrodni ludobójstwa, stanowi poważne naruszenie ciężących na nim obowiązków konstytucyjnych. Poseł Pande odpowiedział na interpelację w dniu 2 marca 2016 r., mówiąc, że zbrodnia ludobójstwa jest już uregulowana w ramach krajowego prawa Indii. Jednak w dniu 17 grudnia 2018 r., wydając wyrok w sprawie masowych zabójstw członków społeczności sikhijskiej, dokonanych w 1984 r., sędzia Sądu Okręgowego w Delhi, S. Muralidhar, ubolewał, że:

ani „zbrodnie przeciwko ludzkości”, ani „ludobójstwo” nie są uregulowane w naszym krajowym prawie karnym. Luka ta domaga się uzupełnienia w trybie pilnym<sup>37</sup>.

Wreszcie w odpowiedzi wskazano, że indyjski kodeks karny i kodeks postępowania karnego „uznają czyny, które mogą nosić inne znamiona zbrodni ludobójstwa, za czyny zabronione”. Jest to poważny błąd w ocenie zbrodni ludobójstwa. W odpowiedzi zrównano bowiem zbrodnię ludobójstwa z innymi przestępstwami penalizowanymi na podstawie indyjskiego kodeksu karnego, co jest tezą błędną, biorąc pod uwagę ciężar gatunkowy zbrodni ludobójstwa. Takie rozmycie wagi zbrodni „osłabia straszliwe piętno

---

<sup>37</sup> *Stan za pośrednictwem CBI przeciwko Sajjan Kumar i in.*, Sąd Okręgowy w Delhi, CrI.A. 1099/2013 i sprawy połączone, 2018, ust. 367 pkt 6, s. 194.

związane ze zbrodnią i umniejsza cierpienie pokrzywdzonych”<sup>38</sup>. W. Schabas zauważa, że „zbrodnia ludobójstwa znajduje się na szczycie piramidy czynów zbrodniczych”<sup>39</sup>. W odniesieniu do kryteriów, które sprawiają, że ludobójstwo jest „najcięższą wśród zbrodni”, Izba Orzekająca Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Rwandy zauważyła, że:

Zbrodnia ludobójstwa jest wyjątkowa ze względu na element *dolus specialis* (zamiar szczególnie, specjalny), zgodnie z którym zbrodnia jest popełniana w zamiarze „zniszczenia w całości lub w części grupy narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej jako takiej”; stąd Izba stoi na stanowisku, że ludobójstwo stanowi najcięższą wśród zbrodni, co należy brać pod uwagę orzekając wymiar kary<sup>40</sup>.

Żaden z czynów zabronionych wymienionych w indyjskim kodeksie karnym, czy – prawdę mówiąc – we wszystkich pozostałych przepisach karnych Indii nie posiada karygodności równej zbrodni ludobójstwa. Jak zauważa Schabas, ludobójstwo znajduje się na szczycie piramidy czynów zbrodniczych, dlatego domaga się regulujących je odrębnie przepisów szczególnych. Istniejące przepisy indyjskiego kodeksu karnego lub kodeksu postępowania karnego nie przewidują i nie mogą przewidywać karania zbrodni ludobójstwa.

### 3.2. Zbrodnie przeciwko ludzkości

Termin „zbrodnia przeciwko ludzkości” był początkowo używany do opisywania okrucieństw popełnionych przez Imperium Osmańskie wobec ludności ormiańskiej w 1915 r. W ramach procesów norymberskich nazistowskich zbrodniarzy wojennych ścigano – po raz pierwszy w historii – za popełnienie zbrodni przeciwko ludzkości. Zbrodnie te uwzględniono w Statucie Międzynarodowego Trybunału ds. ścigania osób odpowiedzialnych za poważne

<sup>38</sup> W.A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, wyd. 2, Cambridge 2010, s. 10.

<sup>39</sup> *Ibidem*, s. 10–11.

<sup>40</sup> *Prokurator przeciwko Kambanda*, wyrok i wymiar kary, ICTR-97-23-S, 4 września 1998 r., pkt 16.



łamanie międzynarodowych praw człowieka na terytorium byłej Jugosławii poczynawszy od 1991 r. (MTKJ)<sup>41</sup> oraz w Statucie Międzynarodowego Trybunału Karnego ds. ścigania osób odpowiedzialnych za ludobójstwo i inne poważne naruszenia prawa międzynarodowego popełnione na terytorium Rwandy oraz wymierzenia kary obywatelom Rwandy odpowiedzialnym za takie zbrodnie na terytoriach państw ościennych w okresie pomiędzy 1 stycznia 1994 r. a 31 grudnia 1994 r. (MTKR)<sup>42</sup>. W dalszej kolejności, na mocy art. 7 Statutu Rzymskiego, zbrodnie przeciwko ludzkości zostały również objęte jurysdykcją Międzynarodowego Trybunału Karnego.

Indie nie są stroną Statutu Rzymskiego, przez to art. 7 Statutu Rzymskiego nie jest istotny dla naszej dyskusji. Jednym z głównych powodów, dla których Indie nie podpisały Statutu Rzymskiego, był art. 7 dotyczący zbrodni przeciwko ludzkości. D. Lahri, przywódca delegacji Indii na Konferencji Dyplomatycznej w Rzymie napisał, że art. 7:

doprowadził do zatarcia prawnego rozróżnienia między normatywnym prawem zwyczajowym a zobowiązaniami traktatowymi, w szczególności w odniesieniu do definicji zbrodni przeciwko ludzkości i ich stosowalności do konfliktów wewnętrznych, stawiając państwa w sytuacji, w której są one zmuszone do zaakceptowania – poprzez przyjęcie Statutu Rzymskiego – postanowień traktatów międzynarodowych, do których jeszcze nie przystąpiły<sup>43</sup>.

Oznacza to, że Statut Rzymski złączył różnicę między międzynarodowym konfliktem zbrojnym (MKZ) a niemiędzynarodowym konfliktem zbrojnym (NKZ). Stanowisko Indii w sprawie NKZ objaśnił H. Jamil<sup>44</sup>. Jamil zauważa, że w epoce przed 1998 r. Indie nie opowiadały się za prawnym uregulowaniem

<sup>41</sup> Rada Bezpieczeństwa ONZ, Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii (ze zm. z 17 maja 2002 r.), 25 maja 1993 r., dostępny pod adresem: [www.refworld.org/docid/3dda28414.html](http://www.refworld.org/docid/3dda28414.html) (dostęp: 16.08.2021).

<sup>42</sup> Rada Bezpieczeństwa ONZ, Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Rwandy (ze zm. z 13 października 2006 r.), 8 listopada 1994 r., dostępny pod adresem: [www.refworld.org/docid/3ae6b3952c.html](http://www.refworld.org/docid/3ae6b3952c.html) (dostęp: 16.08.2021).

<sup>43</sup> D. Lahiri, „Should India Continue to Stay Out of ICC?”, Observer Research Foundation, 24 listopada 2010 r., dostępny pod adresem: [www.orfonline.org/research/should-india-continue-to-stay-out-of-icc](http://www.orfonline.org/research/should-india-continue-to-stay-out-of-icc).

<sup>44</sup> H. Jamil, *Critical evaluation of India's position on the Rome Statute*, „Indian Journal of International Law” 2017, nr 57(3–4), s. 411–442.

NKZ w prawie międzynarodowym<sup>45</sup>. Niemniej jednak podczas negocjacji przepisów Statutu Rzymskiego Indie zrewidowały swoją politykę w sprawie NKZ postulując, że „MTK powinien mieć jurysdykcję w sprawie czynów popełnionych w trakcie NKZ wyłącznie wówczas, gdy przestanie funkcjonować aparat państwa”<sup>46</sup>. Jak podkreśla Jamil, obawy Indii były jednak bezzasadne. Autor ten przytacza obecność m.in. zasady komplementarności na dowód uznania suwerenności państwa wobec jurysdykcji Międzynarodowego Trybunału Karnego<sup>47</sup>.

Ponieważ stosowalność Statutu Rzymskiego wymaga wyrażenia zgody, państwa, które nie są jego stronami, mogą cieszyć się bezkarnością. Inaczej jest w przypadku zbrodni ludobójstwa, zbrodni wojennych lub tortur, z których wszystkie są objęte zobowiązaniami traktatowymi niezależnymi od Statutu Rzymskiego. I tak, Grupa Robocza Komisji Prawa Międzynarodowego uznała, że „globalna konwencja o zbrodniach przeciwko ludzkości wydaje się być kluczowym, brakującym elementem w obecnych ramach międzynarodowego prawa humanitarnego, międzynarodowego prawa karnego i międzynarodowego prawa dotyczącego praw człowieka”<sup>48</sup>.

Na swojej 71. sesji w 2019 r. Komisja Prawa Międzynarodowego przyjęła projekt konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni przeciwko ludzkości. W dniu 14 października 2020 r., na posiedzeniu komitetu szóstego w trakcie siedemdziesiątej piątej sesji Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych, Indie wniosły uwagi do projektu konwencji. W uwagach tych wskazano, że:

istniejące instrumenty międzynarodowe uwzględniają już zbrodnie przeciwko ludzkości jako czyny zabronione. Państwa członkowskie będące stronami Statutu Rzymskiego są w pełni świadome tego faktu. Jak rozumiemy, nawet te państwa członkowskie, które jeszcze nie przystąpiły do Statutu Rzymskiego

---

<sup>45</sup> *Ibidem*, s. 417.

<sup>46</sup> Protokoły negocjacji podczas Konferencji w Rzymie, t. 2, przyp. 2, s. 323, cyt. za H. Jamil, *Critical evaluation...*, s. 417

<sup>47</sup> *Ibidem*, s. 417–422.

<sup>48</sup> Sprawozdanie Komisji Prawa Międzynarodowego, 65. sesja, Załącznik II, *Zbrodnie przeciwko ludzkości*, s. 93.

już obecnie regulują te czyny zabronione w swoich obecnych przepisach krajowych<sup>49</sup> [podkreślenie – A.K.].

Indie ponownie wyraziły te obawy 10 października 2022 r. podczas posiedzenia Szóstego Komitetu w trakcie 77. sesji Zgromadzenia Ogólnego ONZ<sup>50</sup>.

Choć zarzut tworzenia przez projekt konwencji równoległego reżimu prawnego można uznać w pewnej mierze za zasadny, twierdzenie, że państwa, które nie przystąpiły do Statutu Rzymskiego, uwzględniają już zbrodnie przeciwko ludzkości w swoim prawie krajowym, jest niezgodne z faktami. Pomijając szeroki zakres tej tezy, wynikający z użycia liczby mnogiej (państwa, a nie tylko Indie), domaga się ona rzetelnej analizy. Indie nie podpisały Statutu Rzymskiego i jeśli wierzyć powyższemu oświadczeniu, Indie „już obecnie regulują te czyny zabronione w swoich przepisach krajowych”. Nie udało mi się jednak natrafić na żaden przepis krajowy Indii, w którym choćby wspomniano o zbrodniach przeciwko ludzkości.

W preambule projektu konwencji przypomniano, że „obowiązkiem każdego państwa jest sprawowanie swojej jurysdykcji karnej w odniesieniu do zbrodni przeciwko ludzkości”. Art. 6 przewiduje „kryminalizację na mocy prawa krajowego”, stanowiąc, że „każde państwo podejmuje niezbędne środki w celu zapewnienia, aby zbrodnie przeciwko ludzkości stanowiły przestępstwa w świetle krajowego prawa karnego”. Indie z kolei wydają się nie wierzyć nawet w konieczność opracowywania projektu konwencji. Państwo to ponownie podniosło swoje stanowisko, zgodnie z którym:

ponieważ międzynarodowe mechanizmy zajmujące się wspomnianą materią już istnieją, nie zachodzi konieczność zawarcia konwencji, która regulowałaby ją odrębnie<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Oświadczenie Yedla Umasankara, pierwszego sekretarza/doradcy prawnego Stałej Misji Indii przy ONZ do pkt. 81 porządku obrad „Zbrodnie przeciwko ludzkości” na posiedzeniu Szóstego Komitetu 75. sesji Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych, 14 października 2020 r.

<sup>50</sup> Stanowisko dra Kajala Bhata, doradcy i radcy prawnego w Stałym Przedstawicielstwie przy Narodach Zjednoczonych odnośnie do punktu 78 porządku obrad pt. „Zbrodnie przeciwko ludzkości”, Szósty Komitet podczas 75. sesji Zgromadzenia Ogólnego ONZ, 10 października 2022, dostępne pod adresem: <https://pminewyork.gov.in/IndiaatUNGA?id=NDc4Mg> (dostęp: 5.12.2022).

<sup>51</sup> *Ibidem*.

Wobec braku jakichkolwiek przepisów krajowego prawa karnego dotyczących zbrodni przeciwko ludzkości, Sąd Okręgowy w Delhi, rozpatrując sprawę dotyczące masowych zabójstw członków społeczności sikhijskiej w 1984 r., stwierdził, że:

Sąd pragnie zauważyć, że sprawy tego rodzaju mają w istocie charakter nadzwyczajny i wymagają od Sądów przyjęcia odmiennego podejścia. Masowe zabójstwa Sikhów w okresie między 1 a 4 listopada 1984 r. w Delhi i w pozostałych regionach kraju, zorganizowane przez aktorów politycznych z pomocą organów ścigania, spełniają przesłanki „zbrodni przeciwko ludzkości”, którą to kategorię zbrodni po raz pierwszy uznano we wspólnej deklaracji rządów Wielkiej Brytanii, Rosji i Francji w dniu 28 maja 1915 r. skierowanej przeciwko rządowi Turcji w następstwie rzezi Ormian dokonanej przez Kurdów i Turków z pomocą i za przyzwoleniem administracji osmańskiej<sup>52</sup>.

Ubolewając nad słabością systemu prawnego, Sąd zauważył, że „ani «zbrodnie przeciwko ludzkości», ani «ludobójstwo» nie są uregulowane w naszym krajowym prawie karnym. Luka ta domaga się uzupełnienia w trybie pilnym<sup>53</sup>. W chwili ogłoszenia wyroku KPM kontynuowała pracę nad projektem konwencji. W tym zakresie Sąd stwierdził, że „Indie, zważywszy na swoje doświadczenie w tej kwestii, powinny wnieść pożyteczny wkład w ten proces negocjacyjny<sup>54</sup>. Swoje konkluzje Sąd zakończył obserwacją dotyczącą wynikających z ograniczoności indyjskiego krajowego ustawodawstwa karnego problemów związanych ze ściganiem masowych zbrodni. Sąd uznał, że „sprawy takie jak ta rozpatrywana obecnie przez Sąd należy widzieć w szerszym kontekście masowych zbrodni, które wymagają odmiennego podejścia”. Tego odmiennego podejścia brakuje w Indiach do tej pory.

---

<sup>52</sup> *Stan za pośrednictwem CBI przeciwko Sajjan Kumar i in.*, ust. 367.1, s. 191.

<sup>53</sup> *Ibidem*, ust. 367.6, s. 194.

<sup>54</sup> *Ibidem*, ust. 367.9, s. 197.

### 3.3. Zbrodnie wojenne

Pierwsza kodyfikacja zbrodni wojennych nastąpiła w ramach Konwencji genewskich z 1949 r.<sup>55</sup> Są one również wymienione w art. 8 Statutu Rzymskiego. Chociaż Indie nie przystąpiły do Statutu Rzymskiego, podpisały jednak Konwencje genewskie. W rzeczywistości Indie były piątym krajem na świecie i pierwszym w regionie, który ratyfikował Konwencje genewskie. Do Konwencji genewskich sporządzono trzy Protokoły dodatkowe<sup>56</sup>. Indie podpisały trzeci Protokół dodatkowy, ale nie pierwszy i drugi. W artykule tym nie będziemy zajmować się szczegółowo powodami, dla których Indie nie podpisały pierwszego i drugiego Protokołu dodatkowego<sup>57</sup>.

W ramach wywiązania się ze swoich zobowiązań wynikających z Konwencji genewskich, Indie przyjęły Ustawę o Konwencjach genewskich z 1960 r.<sup>58</sup> W preambule Ustawy stwierdza się, że jest to „ustawa umożliwiająca wprowadzenie w życie określonych Konwencji międzynarodowych sporządzonych w Genewie dnia 12 sierpnia 1949 r., których stroną są Indie, oraz przepisów z nimi związanych”. Ustawa ta uchyliła Ustawę o Konwencjach genewskich z 1911 r. i Ustawę wdrażającą postanowienia Konwencji genewskich z 1936 r. Ponadto w sekcji 34 Ustawy przewidziano „kary za poważne naruszenie konwencji”.

### 3.4. Tortury

Międzynarodowy Trybunał Karny nie wymienia tortur jako odrębnej kategorii zbrodni. W istocie tortury zdefiniowano jako jeden z czynów zabronionych

<sup>55</sup> , Konwencja o ochronie osób cywilnych podczas wojny (IV konwencja genewska), Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża (MKCK), 12 sierpnia 1949 r., 75 UNTS 287, dostępna pod adresem: <https://www.refworld.org/docid/3ae6b36d2.html> (dostęp: 19.05.2022).

<sup>56</sup> Protokół Dodatkowy do Konwencji genewskich z dnia 12 sierpnia 1949 r. dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (Protokół I), MKCK, 8 czerwca 1977, 1125 UNTS 3, <https://www.refworld.org/docid/3ae6b36b4.html> (dostęp: 19.05.2022).

<sup>57</sup> Zob. S. Burra, India's Strange Position on the Additional Protocols of 1977, 5 lutego 2019 r., EJIL Talk!, dostępne pod adresem: [www.ejiltalk.org/indias-strange-position-on-the-additional-protocols-of-1977](http://www.ejiltalk.org/indias-strange-position-on-the-additional-protocols-of-1977) (dostęp: 13.08.2021).

<sup>58</sup> Ustawa o Konwencjach genewskich z roku 1960, ustawa nr 6 (1960).

w ramach zbrodni przeciwko ludzkości. Zbrodnia tortur weszła jednak do słownika prawa międzynarodowego, jeszcze zanim sformułowano przepisy Statutu Rzymskiego Międzynarodowego Trybunału Karnego.

Zgromadzenie Ogólne ONZ, na podstawie Rezolucji 39/46 z dnia 10 grudnia 1984 r., przyjęło i udostępniło do podpisu, ratyfikacji i przystąpienia Konwencję w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania<sup>59</sup>. Indie podpisały Konwencję w dniu 14 października 1997 r., jednak dotychczas jej nie ratyfikowały. Szokującym wydaje się fakt, że Indie znajdują się w grupie czterech państw, które jeszcze nie ratyfikowały Konwencji<sup>60</sup>. Pozostałe trzy to: Brunei Darussalam, Haiti i Palau.

Podpisując Konwencję, Indie wniosły zastrzeżenia do art. 20, 21 i 22, które dotyczą rozpatrywania przez Komitet zawiadomień o stosowaniu tortur oraz zawiadomień o nieprzestrzeganiu postanowień Konwencji składanych przez państwa i osoby indywidualne<sup>61</sup>. Podobnie jak w przypadku zbrodni ludobójstwa i zbrodni przeciwko ludzkości, rząd Indii początkowo zajął stanowisko, według którego tortury stanowiły czyny karalne zgodnie z indyjskim kodeksem karnym (choć kodeks nie reguluje zbrodni tortur). Stanowisko to ulegało następnie ewolucji w kierunku wprowadzenia odrębnych przepisów, które unormowałyby kwestię takich zbrodni. W dniu 26 kwietnia 2010 r. do Lok Sabha (niższej izby Parlamentu Indii) wpłynął rządowy projekt Ustawy o zapobieganiu torturom, który został przyjęty w dniu 6 maja 2010 r. Następnie projekt ustawy trafił do Rajya Sabha (wyższej izby Parlamentu), a ta skierowała go do dalszych prac w ramach komisji specjalnej w celu wprowadzenia pewnych poprawek. Niestety, zanim poprawiony projekt ustawy

---

<sup>59</sup> Konwencja w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania, 10 grudnia 1984 r., Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych, Seria Traktatów, t. 1465, s. 85, dostępna pod adresem: [www.refworld.org/docid/3ae6b3a94.html](http://www.refworld.org/docid/3ae6b3a94.html) (dostęp: 15.08.2021).

<sup>60</sup> Zob. [www.treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=I-V-9&chapter=4&clang=\\_en](http://www.treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=I-V-9&chapter=4&clang=_en)

<sup>61</sup> Raport nr 273: Wdrożenie „Konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karania” w ramach inicjatywy ustawodawczej, Indyjska Komisja ds. Reformy Prawa, s. 4. Choć w raporcie wspomniano, że Indie wniosły zastrzeżenia, na stronie internetowej Biura Wysokiego Komisarza ds. Praw Człowieka nie ma wzmianki o tych zastrzeżeniach; zob. [www.indicators.ohchr.org](http://www.indicators.ohchr.org) (dostęp: 25.08.2021).

mógł zostać ponownie poddany pod głosowanie w Parlamencie, wygasły terminy ustawowe umożliwiające jego uchwalenie. W projekcie ustawy z 2010 r. wskazano, że:

Indie są sygnatariuszem Konwencji ONZ w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania; (oraz mając na uwadze, że) uznaje się za konieczne ratyfikowanie Konwencji oraz zapewnienie instrumentów jej skutecznej implementacji do prawa krajowego.

Pomimo szlachetnych intencji projektodawców, uchwalenie ustawy okazało się niemożliwe.

Głównym inicjatorem projektu Ustawy był poseł dr A. Kumar. Gdy ścieżka legislacyjna w Parlamencie okazała się ślepym zaułkiem, w 2016 r. dr Kumar zwrócił się do Sądu Najwyższego Indii z pismną petycją o: „nakazanie rządowi centralnemu uchwalenia odpowiednich, odrębnych, kompleksowych przepisów w sprawie tortur wobec osadzonych i zatrzymanych w zakładach karnych i aresztach śledczych”.

Zanim Sąd zajął się tą sprawą, rząd Indii zwrócił się do Komisji ds. Reformy Prawa z wnioskiem: „o zbadanie kwestii ratyfikacji Konwencji ONZ w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania, i przedłożenie stosownego raportu”<sup>62</sup>.

Indyjska Komisja ds. Reformy Prawa przedstawiła swój raport w październiku 2017 r., a w dniu 27 listopada 2017 r. Sąd Najwyższy oddalił pismną petycję, wskazując, że Komisja ds. Reformy Prawa przedstawiła już swój raport, nad którym z troską pochyła się rząd. Gdy okazało się, że w następstwie raportu nie podjęto żadnych pilnych działań, dr Kumar ponownie zwrócił się do Sądu Najwyższego, prosząc o wskazówki dla Ciała Ustawodawczego, które umożliwiłyby uchwalenie ustawy w sprawie tortur. Odrzucając petycję, Sąd wskazał tym razem, co następuje:

---

<sup>62</sup> Raport nr 273: Wdrożenie „Konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania” w ramach inicjatywy ustawodawczej, Indyjska Komisja ds. Reformy Prawa, s. 8.

Nie wydaje się, aby wydanie takich wskazówek przez Sąd było w ogóle możliwe, ponieważ w praktyce byłoby to równoznaczne z wydaniem wytycznych dotyczących uchwalenia prawa zgodnego z Konwencją ONZ i jako takie stanowiłoby przekroczenie uprawnień Sądu do sprawowania kontroli konstytucyjności uchwalanego prawa krajowego<sup>63</sup>.

W tym miejscu należałoby omówić treść raportu przedstawionego przez Indyjską Komisję ds. Reformy Prawa. Raport ten zatytułowany jest: *Wdrożenie „Konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania” w ramach inicjatywy ustawodawczej*.

Zawiera sześć rekomendacji, przy czym jako pierwsze zalecenie wskazano ratyfikację Konwencji w sprawie tortur. Komisja wykroczyła poza zakres wniosku i przygotowała także projekt ustawy zatytułowany *Projekt Ustawy o zapobieganiu torturom z 2017 r.* Omówienie podobieństw i różnic między tym projektem ustawy a *Projektem Ustawy o zapobieganiu torturom z 2010 r.*, która została przyjęta przez Lok Sabha, wykracza jednak poza zakres tematyczny tego artykułu. Ponadto Komisja zaleciła nowelizację istniejących ustaw, wprowadzenie kar dla osób dopuszczających się tortur, odszkodowań dla pokrzywdzonych, ochrony pokrzywdzonych, skarżących i świadków oraz zniesienie immunitetu suwerennego przysługującego urzędnikom państwowym, w przypadku, gdy dopuszczają się tortur<sup>64</sup>.

Od przedłożenia raportu upłynęły już cztery lata. Jak dotąd Ciało Ustawodawcze nie podjęło żadnych działań w celu wprowadzenia zawartych w raporcie rekomendacji w życie.

---

<sup>63</sup> Dr Ashwani Kumar przeciwko Unii Indyjskiej i in., wnioski różne nr 2560 z 2018 r., petycja pisemna (izba cywilna) nr 738 z 2016 r., pkt 33, s. 40.

<sup>64</sup> Raport nr 273: Wdrożenie „Konwencji Narodów Zjednoczonych w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania” w ramach inicjatywy ustawodawczej, Indyjska Komisja ds. Reformy Prawa, s. 69–71.



## Wnioski

Przeładowa analiza podejścia Indii do transpozycji zobowiązań wynikających z międzynarodowego prawa karnego pokazuje stanowisko bardzo niejednoznaczne i niespójne. Z jednej strony ustawodawca utrzymuje, że obowiązujące w Indiach krajowe przepisy karne już przewidują karanie zbrodni międzynarodowych. Wbrew temu twierdzeniu, jak wykazano w tym artykule, wśród przepisów krajowych nie ma żadnego, który definiowałby zbrodnie międzynarodowe, nie mówiąc już o ich karaniu.

Z drugiej strony, zaprzeczając twierdzeniom ustawodawcy, organy sądownictwa ubolewają nad brakiem przepisów dotyczących zbrodni międzynarodowych w prawie krajowym Indii. Ubolewanie to, jak wykazano w artykule, znajduje podstawę w stanie faktycznym. Można się zastanawiać, dlaczego po ratyfikowaniu Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa Indie dotychczas nie uchwaliły przepisów wdrażających jej postanowienia na gruncie prawa krajowego.

Jak podkreślono w omówionym wcześniej wyroku Sądu Okręgowego w Delhi, w Indiach toczy się wiele spraw o zbrodnie przeciwko ludzkości<sup>65</sup>. Dlatego tym bardziej zaskakujący jest sprzeciw ze strony Indii wobec projektu Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni przeciwko ludzkości. Stanowisko wyrażone przez Indie podczas dyskusji nad projektem konwencji na forum międzynarodowym jest niezgodne z faktycznym stanem rzeczy i dlatego wymaga baczniejszej uwagi ze strony społeczności międzynarodowej.

Kwestia zbrodni tortur wygląda nieco inaczej, niż w przypadku dwóch innych zbrodni omówionych w tym rozdziale, tj. ludobójstwa i zbrodni przeciwko ludzkości. Podejście Indii do przepisów w sprawie tortur powinno stanowić wzór dla stanowiska, w odniesieniu do pozostałych zbrodni międzynarodowych, w zakresie, w jakim przewiduje konieczność wprowadzenia odrębnych przepisów dotyczących stosowania tortur. Jak wskazano powyżej, zbrodni międzynarodowych nie można utożsamiać ani traktować na równi z przestępstwami unormowanymi na poziomie krajowym, co zostało również odnotowane przez Sąd Okręgowy w Delhi w sprawie *Stan za pośrednictwem*

---

<sup>65</sup> *Stan za pośrednictwem CBI przeciwko Sajjan Kumar i in.*, ust. 367.6, s. 193.

*CBI przeciwko Sajjan Kumar i in.*<sup>66</sup> Sąd uznał, że przypadki masowych zbrodni „należy rozpatrywać w szerszym kontekście masowych zbrodni, które wymagają odmiennego podejścia”<sup>67</sup>.

Podobnie jak w przypadku zbrodni wojennych w kontekście Konwencji genewskich, Indie powinny przyjąć odrębne ustawodawstwo dotyczące wszystkich zbrodni międzynarodowych. Państwo to za punkt wyjścia powinno przyjąć podejmowane wcześniej próby (choć bezskuteczne) uchwalenia przepisów w sprawie tortur, zwłaszcza, że Indyjska Komisja ds. Reformy Prawa Indii także zaleciła ich wprowadzenie w trybie pilnym. W oparciu o modelowe rozwiązanie zawarte w projekcie Ustawy o zapobieganiu torturom z 2010 r. lub projekcie Ustawy o zapobieganiu torturom z 2017 r., ustawodawca może uchwalić przepisy dotyczące również innych zbrodni międzynarodowych. Inspirację można czerpać również z procesu transpozycji Konwencji genewskich, który opierał się na Ustawie o Konwencjach genewskich z 1960 r.

Dodatkowo stanowisko Indii w sprawie wdrożenia międzynarodowego prawa karnego do prawa krajowego wymaga dalszych analiz. Według przedstawianej argumentacji, skoro prawo krajowe zapewnia już ochronę przed podobnymi zbrodniami, transpozycja zobowiązań wynikających z międzynarodowego prawa karnego nie jest konieczna. Jest to stanowisko błędne, ponieważ w większości przypadków w prawie krajowym Indii nie ma nawet wzmianki o zbrodniach międzynarodowych, a nawet jeśli taka istnieje, brakuje odniesienia do kontekstu prawa międzynarodowego. Na przykład omawiana wcześniej interpelacja przedłożona do parlamentu indyjskiego w dniu 2 marca 2016 r. dotyczyła również Międzynarodowej konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 1965 r.<sup>68</sup> W odpowiedzi na nią Ministerstwo Spraw Wewnętrznych stwierdziło:

Konstytucja Indii i inne przepisy wyraźnie zakazujące dyskryminacji rasowej we wszelkich formach przewidują odpowiednie zabezpieczenia. Konstytucja Indii jest powszechnie uznawana za dokument postępowy, zapewniający

---

<sup>66</sup> *Ibidem.*

<sup>67</sup> *Ibidem*, ust. 367.6, s. 197.

<sup>68</sup> Międzynarodowa konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej, Zgromadzenie Ogólne ONZ, 21 grudnia 1965 r., Seria Traktatów, t. 660, s. 195, dostępny pod adresem: [www.refworld.org/docid/3ae6b3940.html](http://www.refworld.org/docid/3ae6b3940.html) (dostęp: 19.05.2022).

kompleksowe ramy prawne dla gwarancji praw człowieka. Zasady sformułowane w Części III Konstytucji Indii zapewniają ramy prawne do zwalczania wszelkich form dyskryminacji, w tym ze względu na rasę, religię, kastę, kolor skóry i wyznanie<sup>69</sup>.

Zrównanie ochrony przed dyskryminacją rasową na mocy Konstytucji Indii z ochroną na mocy Międzynarodowej konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 1965 r. jest zabiegiem budzącym wątpliwości. Linia argumentacji przyjęta przez Indie wymaga dalszych badań i analiz.

---

<sup>69</sup> Rajya Sabha, Interpelacja nr 718, odpowiedź planowana na posiedzeniu w dniu 2 marca 2016/PHALGUNA 12, 1937 (SAKA), Uchwalenie prawa zgodnego z Konwencją ONZ w sprawie ludobójstwa i dyskryminacji rasowej.



# Masowe zbrodnie – doświadczenia Indii: lekcje do odrobienia i podzielenia się z innymi

## Wprowadzenie

Dekolonizacja Indii zbiegła się w czasie z utworzeniem odrębnego państwa – Pakistanu i migracją ludności na niewyobrażalną skalę. To historyczne wydarzenie znane jest formalnie pod nazwą „podziału Indii Brytyjskich”. Choć od tego wydarzenia minęło prawie 75 lat, podział Indii na grupy religijne pozostaje aktualny, często wywołując gwałtowne reakcje<sup>1</sup>. Korpus prawa międzynarodowego jest nadal postrzegany jako „obcy” i eurocentryczny, co może być jedną z przyczyn, dla których Indie nigdy nie przyjęły mechanizmów międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości karnej, postrzeganych jako przedłużone ramię większego projektu hegemonii, jakim jest prawo międzynarodowe publiczne<sup>2</sup>. Jednocześnie państwo na różne sposoby wykorzystuje należące do instrumentarium kolonialnego rozruchy społeczne, popełniając masowe zbrodnie na tych częściowo zasymilowanych, a częściowo obcych cywilach zamieszkujących na jego terytorium.

Powód, dla którego niniejszy artykuł skupia się na mniejszościach religijnych, a nie innych grupach ludności, wynika z faktu, że religia odgrywa w Indiach ogromną rolę. Jeszcze przed podziałem państwa postrzeganie muzułmanów i chrześcijan jako ludzi innej rasy, a zatem obcych kulturze indyjskiej, oraz niemal przymusowa asymilacja sikhów, dżinistów i buddystów

---

<sup>1</sup> R. Thapar, *Citizenship: The Right to be a Citizen*, [w:] edem et al. (red.), *On Citizenship*, New Delhi 2021, s. 19.

<sup>2</sup> W kwestii funkcjonowania struktury sprawczości w międzynarodowym wymiarze sprawiedliwości karnej, zob. M. Klamberg, *Rebels, The Vanquished, Rogue States and Scapegoats in the Cross-Hairs: Hegemony in International Criminal Justice*, [w:] idem et al. (red.), *Power in International Criminal Justice*, Brussels 2020, s. 643–644.

do hinduizmu, to zjawiska szeroko opisywane przez politologów<sup>3</sup>. Wydarzenia takie jak działania bojowników sikhijskich w Pendżabie w walce o odrębny stan Khalistan lub walka antyokupacyjna w Kaszmirze były również w dużej mierze oparte na narracji konfliktu pomiędzy religijną większością (hinduiści) a religijną mniejszością<sup>4</sup>. Ponadto sam indyjski kodeks karny (IPC), który jest podstawowym kodeksem regulującym kategorie przestępstw, ich ściganie i wymiary kar, przewiduje specjalne przepisy dotyczące szerszenia przez członków grupy religijnej nienawiści czy też wrogości wobec innej grupy, obrazy („zniewagi”) czyichś uczuć lub przekonań religijnych<sup>5</sup>, bezczeszczenia miejsc kultu<sup>6</sup> oraz znieważenia z zamiarem „wzburzenia niepokojów społecznych”<sup>7</sup>, która to kategoria pośrednio uznaje rolę, jaką wielość religii może odgrywać w podziałach indyjskiego społeczeństwa.

W niniejszym artykule zajmiemy się dwoma aspektami. Po pierwsze rolę orzeczniczą pełnioną przez sądy konstytucyjne w sprawach o zbrodnie masowe. Zakres przedstawionej tu analizy ogranicza się do Sądu Najwyższego (SN) i sądów okręgowych (SO) nie tylko ze względu na dostępność akt, ale również ze względu na niewzruszalność podejmowanych przez nie rozstrzygnięć. Uprawnienia indyjskiego SN obejmują na przykład wymierzanie „ostatecznej sprawiedliwości”. Jest to mandat konstytucyjny, który SN często traktuje zbyt dosłownie, czym zasłużył na miano organu o najwyższej legitymizacji wśród innych organów państwa. W toku analizy rozważamy, czy istnieje zauważalny schemat spraw, które trafiają pod rozstrzygnięcie sądów, jak sądy wykorzystują ten schemat w poszczególnych sprawach, jakiego języka używają w kontekście braku przepisów materialnoprawnych dotyczących zbrodni masowych i jakie uzasadnienia (o ile w ogóle) przedstawiają dla zastosowania wobec oskarżonych norm surowszych lub łagodniejszych (zarówno dowodowych, jak i orzeczniczych).

---

<sup>3</sup> T. Fazal, *Nation-State and Minority Rights in India: Comparative Perspectives on Muslim and Sikh Identities*, New York 2014, s. 18–19.

<sup>4</sup> Lok Sabha Debates, *Further Discussion Regarding Atrocities Committed on Minorities*, 9 grudnia 1998 r.

<sup>5</sup> IPC, art. 295A.

<sup>6</sup> *Ibidem*, art. 295.

<sup>7</sup> *Ibidem*, art. 504.

Po drugie artykuł nawiązuje do tych schematów w celu wykazania politycznego charakteru podejmowanych rozstrzygnięć. Jak się przekonamy, pokrzywdzeni borykają się z utrudnieniami w dostępie do wymiaru sprawiedliwości nie tyle ze względu na brak przepisów materialnoprawnych, ale ze względu na polityczne konsekwencje, jakie te przepisy nieodłącznie ze sobą niosą. W artykule sugerujemy również, że obsesyjny nacisk międzynarodowego porządku prawnego na wykazanie koincydencji lub bliskiej zbieżności w czasie i przestrzeni pomiędzy użyciem przemocy a liczbą ofiar nie pozwala uchwycić takich zbrodni o charakterze pogromów i czystek etnicznych, które nierzadko stanowią pierwszy krok na drodze do zbrodni o większej skali<sup>8</sup>.

W artykule przyjęto paradygmat narracji stosowanej w omawianych sprawach. Pierwsza część dotyczy spraw, w których postępowania przygotowawcze zakończyły się sukcesem, nawet jeśli były obciążone opóźnieniami. W drugiej części omówiono sprawy, w których postępowania przygotowawcze nie zostały zamknięte żadnym logicznym wnioskiem, przede wszystkim ze względu na naciski polityczne. W części ostatniej, w nawiązaniu to powyższych skrajności, sugeruję zmianę podejścia do materialnoprawnych norm międzynarodowego prawa karnego.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że dla sądów indyjskich większą wagę ma na ogół wydanie odpowiedniego wyroku skazującego niż prawidłowa kategoryzacja przestępstwa. Wynika to prawdopodobnie z przekonania, że zarówno surowe wyroki, w tym wymierzenie kary śmierci, jak i wynikająca z takiego rozstrzygnięcia aprobatą moralną wśród społeczeństwa przyczyniają się do osiągnięcia tego samego celu, tj. do odstraszenia od popełniania przestępstw<sup>9</sup>. Wobec braku przepisów materialnoprawnych zarówno ofiary, jak i organy sądowe odwołują się do konstytucji jako instrumentu umożliwiającego rozluźnienie ograniczeń procesowych oraz przejścia – na własną korzyść – uprawnień wykonawczych. Na przykład w jednej z analizowanych

<sup>8</sup> Zob. M. Sirkin, *Expanding the Crime of Genocide to Include Ethnic Cleansing: A Return to Established Principles in Light of Contemporary Interpretations*, „Seattle University Law Review” 2009, nr 33(2); R. DeFalco, *Time and the Visibility of Slow Violence*, „International Criminal Law Review”, 20 czerwca 2021.

<sup>9</sup> *Ankush Maruti Shinde i in. przeciwko Stan Maharashtra*, 30 kwietnia 2009 r.: „Na przykład zabójstwo motywowane głęboko zakorzenioną, wzajemną i osobistą rywalizacją nie może być zagrożone karą śmierci. Jednakże przestępczość zorganizowana lub masowe mordy niewinnych ludzi wymagałyby wydania kary śmierci jako środka odstrasającego”.

spraw skład orzekający określił takie przypadki przestępstw instytucjonalnych jako sprawy „karne konstytucyjne”<sup>10</sup>. Na pierwszy rzut oka terminologia taka może wydawać się nieistotna, ale po dokładniejszej analizie może być postrzegana jako próba wdrożenia międzynarodowych ram prawnych do porządku krajowego bez zgody władzy ustawodawczej lub wykonawczej. Oznacza to, że sądy indyjskie mogą wykorzystywać odniesienia do konstytucji w celu legitymizacji sposobu, w jaki dochodzą do podejmowanych przez siebie rozstrzygnięć.

## 1. Sprawy objęte analizą

### 1.1. Hashimpura (1987)

W 1987 r. władze stanu Uttar Pradesh w północnej części państwa nadzorowały realizację haniebnej masakry w Hashimpurze, w której 42–45 muzułmanów zostało masowo aresztowanych, zapakowanych na ciężarówki, przewiezionych w nieznane miejsce i zastrzelonych przez Zbrojne Siły Porządkowe Prowincji (PAC), organizację paramilitarną, której tamtego feralnego dnia wydano rozkaz opanowania zamieszek. Funkcjonariusze stanowi wrzucili ciała do pobliskiego kanału, jednak pięciu poszkodowanym udało się uciec. W późniejszym czasie odkryto zwłoki kolejnych jedenastu ofiar<sup>11</sup>.

Proces sądowy, oparty na dwóch raportach policyjnych z przyjęcia zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa (FIR) oraz sporządzonych i wniesionych z opóźnieniem aktach oskarżenia, zakończył się uniewinnieniem ponad 19 oskarżonych funkcjonariuszy stanowych po 28 latach od tamtych wydarzeń. W tym okresie SN przeniósł postępowanie do Delhi, ponieważ miejscowy sąd nie zapewnił stawiennictwa oskarżonych pomimo ponad 20 wezwań na rozprawę. Proces rozpoczął się w 2006 r. w związku z zarzutami udziału w nielegalnym zgromadzeniu, porwania lub uprowadzenia w celu popełnienia zabójstwa oraz sprawstwa kierowniczego w odniesieniu do niszczenia dowodów zbrodni<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> *Ofiara egzekucji pozasądowej przeciwko Związek Indii i in.*, 14 lipca 2017 r.

<sup>11</sup> *Zulfikar Nasir i in. przeciwko Stan Uttar Pradesh i in.*, 31 października 2018 r., ust. 1.2.

<sup>12</sup> *Ibidem*, ust. 1.6, 14–16.



Co ciekawe, w ramach ustaleń stanu faktycznego sprawy sąd pierwszej instancji skupił się na „ataku podjętym przez elementy antyspołeczne na funkcjonariuszy ze skutkiem śmiertelnym” do tego stopnia, że pojedynczy akt przemocy popełniony przez marginalną grupę uczestników zajęć nazwano haniebnym, jednocześnie banalizując doświadczenia ofiar. Zdarzenie to zostało wykorzystane do uzasadnienia wprowadzenia środków opanowania rozruchów społecznych oraz masowych aresztowań ponad 644 osób z jednej dzielnicy mieszkalnej, z których wszystkie – co należy zauważyć – były muzulmanami<sup>13</sup>. Pomimo dowodów z dokumentów, relacji osób ocalałych i zeznań dwóch funkcjonariuszy policji, sąd stwierdził, że na podstawie tych zeznań, choć zostały uznane za wiarygodne, szczegółowe i wzajemnie potwierdzające się, nie można przypisać winy za popełnienie zbrodni konkretnym funkcjonariuszom PAC<sup>14</sup>. W opinii sądu fakt, że ofiary widziano po raz ostatni pod strażą tych funkcjonariuszy, nie zwalniał prokuratury z ciężaru udowodnienia ich winy. Ponadto uniewinnienie oskarżonych było bezpośrednią konsekwencją „obciążonego lukami, niewiarygodnego postępowania przygotowawczego”<sup>15</sup>. Warto zauważyć, że zgodnie z zasadami postępowania karnego w Indiach funkcje stania na straży przestrzegania prawa i porządku publicznego nie są oddzielone od funkcji śledczych, co często skutkuje uszczerbkiem dla tych ostatnich<sup>16</sup>. Zasady postępowania nie przewidują również udziału poszkodowanych w procedurze uznawanej za pozostający w gestii państwa proces wymierzania kary za zbrodnie przeciwko społeczeństwu.

W 2015 r. Krajowa Komisja Praw Człowieka (NHRC) i poszkodowani złożyli indywidualne apelacje do sądu okręgowego w Delhi, wnioskując o kontynuację dochodzenia i dopuszczenie dowodów z wielu dokumentów, w tym kart obecności, dzienników i poprzednich raportów komisji śledczej, które nie zostały przedłożone sądowi niższej instancji<sup>17</sup>. Sąd okręgowy zwrócił uwagę, że ewidencje PAC za rok, w którym doszło do zdarzenia, również uległy zniszczeniu, a rząd stanowy nie przedstawił żadnych wyjaśnień, kto i kiedy

<sup>13</sup> *Ibidem*, ust. 18.1, 22.

<sup>14</sup> *Ibidem*, ust. 22–27.

<sup>15</sup> *Ibidem*, ust. 28–31.

<sup>16</sup> *Ibidem*, ust. 105.

<sup>17</sup> *Ibidem*, ust. 34.

zlecił brakowanie dokumentacji<sup>18</sup>. Interwencja SO pozwoliła na wniesienie i dopuszczenie tych faktów jako „dalszych dowodów w sprawie”<sup>19</sup>.

Sąd okręgowy w składzie dwóch sędziów, wykraczając poza przedstawioną argumentację, stwierdził, że zdarzenie to stanowiło „celowe zabicie nieuzbrojonych, niewinnych i bezbronnych członków określonej społeczności”, i opisał nieprawidłowości po stronie aparatu państwowego jako „systemowe” lub wynikające z „uprzedzeń instytucjonalnych”<sup>20</sup>. W treści samego wyroku najpierw podano opis społeczności mieszkańców (muzułmańskich rzemieślników o niskich dochodach), z nawiązaniem do nierównego stosunku ich sił między nimi a napastnikami<sup>21</sup>, a następnie zacytowano niezależne badania, które wykazywały brak zaufania grup mniejszościowych do organów policyjnych<sup>22</sup>. Zwrócono też uwagę, że same aresztowania były niezgodne z prawem, a wynikające z nich zabójstwa były przestępstwem przeciwko osadzonemu i zatrzymanemu w zakładach karnych i aresztach śledczych. W takich okolicznościach naleganie na wyczerpanie normy „dowodu ponad wszelką wątpliwość” byłoby daleko idącą przesadą – trudno w takim przypadku o dowody z zeznań naocznych świadków, a funkcjonariusze policji zwykle kłamią lub zasłaniają się niewiedzą na korzyść swoich kolegów, będąc „związanymi więzami solidarności instytucjonalnej”<sup>23</sup>. W wyroku wskazano ponadto, że w zakresie rzetelnego i wyczerpującego przedstawienia stanu faktycznego sądy nie mogą polegać wyłącznie na prokuraturze, ponieważ często organy ścigania są „z zamierzenia nieskuteczne”. Poleganie na prokuraturze zatem „utrwałoby niesprawiedliwość”<sup>24</sup>. W uwagach końcowych sąd odwołał się także do języka prawa międzynarodowego, zauważając, że najbliżsi krewni ofiar mają prawo do poznania prawdy, nie tylko w ramach prawa do sprawiedliwości, ale jako prawa niezależnego od innych praw<sup>25</sup>.

<sup>18</sup> *Ibidem*, ust. 34.16 (1)–(3).

<sup>19</sup> *Ibidem*, ust. 37.

<sup>20</sup> *Ibidem*, ust. 1.8, 102.

<sup>21</sup> *Ibidem*, ust. 1,2.

<sup>22</sup> *Ibidem*, ust. 102–103.

<sup>23</sup> *Ibidem*, ust. 81–83.

<sup>24</sup> *Ibidem*, ust. 96–100.

<sup>25</sup> *Ibidem*, ust. 111.

## 1.2. Wymuszone zaginięcia i zabójstwa pozasądowe w Pendźabie

Kolejna kwestia dotyczy dwóch powiązanych ze sobą spraw: wymuszonych zaginięć i zabójstw (egzekucji) pozasądowych ponad 1500 sikhów (w jednym okręgu administracyjnym), popełnionych przez funkcjonariuszy policji w Pendźabie w okresie rewolty, oraz zabójstwa pozasądowego znanego aktywisty sikhijskiego, Jaswanta Singha Khalry, który jako pierwszy wniósł tę sprawę do sądów<sup>26</sup>. Śledztwo w pierwszej z tych spraw zostało wszczęte faktycznie po tym, gdy sędzia SN został poinformowany drogą telegraficzną o uprowadzeniu aktywisty. SN potraktował to pismo jako wniosek o doprowadzenie podejrzanych przed sąd w celu stwierdzenia legalności aresztowania (*habeas corpus*) i wystosował zawiadomienia do zainteresowanych organów państwa.

Sprawa ta różni się znacząco od poprzednio analizowanej. Po wystosowaniu zawiadomienia rzecznik generalny stanu zapewnił sąd, że oskarżeni funkcjonariusze policji zostaną przeniesieni ze swojego okręgu, po czym uzgodniono, że postępowanie przygotowawcze przeprowadzi Centralna Agencja Śledcza (CBI), a SN będzie je nadzorował. Wobec braku jakichkolwiek programów ochrony ofiar, SN polecił również, aby władze stanowe zapewniły ochronę poszkodowanym<sup>27</sup>.

W 2007 r. oskarżeni, wszyscy skazani wyrokiem sądu pierwszej instancji (podtrzymanym przez SO) za udział w zмовie i popełnienie przestępstwa porwania lub uprowadzenia w celu dokonania zabójstwa, a następnie zniszczenia dowodów, wnieśli apelację, domagając się uniewinnienia. Jednocześnie najbliżsi krewni ofiar zwrócili się do sądu z wnioskiem o zaostrenie wymierzonej kary<sup>28</sup>. W swoim rozstrzygnięciu SN opisał przemoc policji w Indiach, określając ją jako powszechną, i wskazał na konieczność – w sprawach o przestępstwa z użyciem przemocy przeciwko osadzonemu i zatrzymanemu w zakładach karnych i aresztach śledczych – przeniesienia ciężaru dowodu na oskarżonego w momencie stwierdzenia faktycznego domniemania czynności aresztowania, wkrótce po którym nastąpił akt przemocy lub zgon<sup>29</sup>. W swojej opinii sąd odwołał się do art. 21 konstytucji (stanowiącego o prawie

<sup>26</sup> *Prithipal Singh przeciwko Stan Pendźab i in.*, 4 listopada 2011 r., ust. 2.A–2.C, 31.

<sup>27</sup> *Ibidem*, ust. 31.

<sup>28</sup> *Ibidem*, ust. 1.

<sup>29</sup> *Ibidem*, ust. 10–11, 19, 25.

życia), który zakazuje okrutnego, nieludzkiego i poniżającego traktowania<sup>30</sup>. SN potwierdził również uprawnienie sądów konstytucyjnych do zaostrzenia wymierzonych już kar z własnej inicjatywy (*suo motu*) po otrzymaniu wniosku o rewizję lub apelacji w „odpowiednich przypadkach”, w każdym przypadku z uprzednim zapewnieniem oskarżonemu możliwości zakwestionowania takiej zmiany wyroku. W swojej opinii sąd stwierdził, że tolerowanie takich czynów podważałoby zaufanie do praworządności wśród społeczeństwa, które jest przecież jednym z celów przewidzianych w konstytucji.

Rozstrzygnięcie w tej sprawie było przełomowe – przy braku wytycznych materialnych i procesowych sąd dokonał rozszerzenia mandatu organów śledczych o uprawnienie do uwzględnienia faktów powiązanych (zabójstwa pozasądowe i zaginięcia osób na terenie całego stanu) i wydał władzom stanowym polecenie rejestrowania i wszczynania postępowań wobec takich „haniebnych zbrodni”. Sprawa ta pokazała również, że rozstrzygnięcia zapadające w procesach o masowe zbrodnie prowadzonych przed sądami krajowymi są bezpośrednio uzależnione od poziomu aparatu administracji państwowej, na którym znajduje się organ zamieszany w takie zbrodnie (urzędnicy niższego szczebla lub wyższy poziom kierownictwa), a tym samym od poziomu woli politycznej.

### 1.3. „Ludobójstwo” sikhów (1984)

Ludobójstwo sikhów w ramach skoordynowanej akcji prowadzonej w różnych dzielnicach stolicy, Delhi, a na szerszą skalę w całych Indiach, było następstwem zamachu na ówczesną premier Indirę Gandhi dokonanego przez jej dwóch sikhijskich ochroniarzy. W trwających trzy dni aktach przemocy, których początki określano jako „beprawne zgromadzenie” czy „zamieszki”, w samym Delhi zabito ponad 2000 sikhów. Sikhijscy mężczyźni byli wyciągani z domostw i paleni żywcem. Domy i mieszkania sikhów były płańdrowane, a następnie niszczone, mężczyźni byli bici i zmuszani do zakładania na szyje gumowych opon, które następnie były podpalane; świątynie, miejsca kultu

---

<sup>30</sup> *Ibidem*, ust. 8.

i *guru granth* (święte księgi) były beczeszczone, podpalane i niszczone<sup>31</sup>. Akty przemocy rozgrywały się na oczach funkcjonariuszy policji, którzy odmawiali interweniowania albo sami aktywnie uczestniczyli w popełnianiu zbrodni. Jednym z głównych oskarżonych w sprawach tych zbrodni był ówczesny przewodniczący Kongresu Sajjan Kumar. Kumar dowodził rozwścieżonym tłumem, podzegał go do przemocy, a po fakcie zaapelował do niego, aby przy życiu nie pozostawić ani jednego sikha<sup>32</sup>. W 2013 r. sąd pierwszej instancji skazał wszystkich oskarżonych, z wyjątkiem Kumara, na podstawie zarzutów o udział w spisku w celu popełnienia zabójstwa oraz umyślne użycie ognia i materiałów wybuchowych w celu zniszczenia domostw (obiektów mieszkalnych i miejsc kultu). Kumar został uniewinniony od wszystkich zarzutów.

Jednakże zanim w 2013 r. odbyła się rozprawa, postępowanie w tej sprawie rozpoczynano dwukrotnie – za każdym razem kończyło się ono umorzeniem<sup>33</sup>. Co istotniejsze, rząd centralny tworzyła wówczas partia, której oskarżeni byli prominentnymi przedstawicielami. Wielokrotnie powoływano komisje wysokiego szczebla do zbadania sprawy, tylko po to, aby je odwołać i zastąpić kolejnym ciałem<sup>34</sup>. Kiedy w postępowaniu apelacyjnym sprawa trafiła przed sąd okręgowy w Delhi w składzie dwóch sędziów, okoliczności zmieniły się – u władzy, zarówno na szczeblu centralnym, jak i stanowym, była już inna partia polityczna.

Ostatnia komisja wskazywała, że zakres wszelkich postępowań w sprawie należy w najlepszym razie ograniczyć do tych przypadków, w których ofiary z nazwiska identyfikowały oskarżonych, nieuwzględnionych mimo to przez policję w aktach oskarżenia skierowanych do wydziału karnego SO, lub w których do wydziału karnego SO trafił raport końcowy (zawierający opinię policji wskazującą na brak przesłanek do wszczęcia postępowania w sprawie, mimo że istniejące materiały uzasadniały podjęcie domniemania faktycznego)<sup>35</sup>. Raport komisji wywołał duże poruszenie w parlamencie, a ówczesny minister spraw wewnętrznych (2005 r.) obiecał przekazać prowadzenie dalszego

<sup>31</sup> *Stan za pośrednictwem CBI przeciwko Sajjan Kumar i in.*, 17 grudnia 2018 r., ust. 54–58.

<sup>32</sup> *Ibidem*, ust. 178.

<sup>33</sup> *Ibidem*, ust. 44.

<sup>34</sup> *Ibidem*, ust. 43–45.

<sup>35</sup> *Ibidem*, ust. 48.

śledztwa do CBI<sup>36</sup>. W 2010 r. przedstawiono akty oskarżenia. Jednak podczas przewodu sądowego sąd, choć uznał świadectwa ofiar za wiarygodne, stwierdził, że ich relacje dowodziły jedynie agresywnych zachowań tłumu uzbrojonego w śmiertcioną broń, a nie ataków na świątynie sikhów czy podpalenia mienia<sup>37</sup>. Sąd wskazał nawet, jakimi nieprawidłowościami obciążone było postępowanie przygotowawcze – zeznań nie rejestrowano, przytaczano jedynie opisy szkód materialnych, bez żadnych zapisów potwierdzających przypadki zabójstw, rejestrując jedynie zbiorcze, ogólne raporty policyjne z przyjęcia zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa. Mimo stwierdzenia tych faktów, sąd następnie podważył wiarygodność zeznań ofiar<sup>38</sup>.

SO w Delhi nie przychylił się do argumentacji oskarżonych, wskazując na „nadzwyczajne” okoliczności zaistniałych zdarzeń, w tym „bezczynność lub aktywny współudział” policji, stanowiące niedopełnienie jej ustawowych obowiązków<sup>39</sup>, oraz wysoki status polityczny oskarżonych<sup>40</sup>. SO wyraził ubolewanie nad brakiem jakichkolwiek programów ochrony świadków, co miało bezpośredni wpływ na przebieg postępowania – osoby posiadające informacje albo boją się ujawniać, albo wręcz sabotują postępowanie, a sądom pozostają tylko relacje ofiar<sup>41</sup>. SO uznał, że obowiązkiem sądów jest szukanie „innovacyjnych dróg” pozwalających na wyjście poza zwykłe stosowanie prawa na rzecz faktycznego wymierzania sprawiedliwości<sup>42</sup>. SO ośmieszył treść wcześniejszych raportów, które opisywały zdarzenia jako „spontaniczną akcję”<sup>43</sup> i stwierdził, że sam charakter ataków dowodzi, że były one niewątpliwie inspirowane przez grupę spiskowców – sprawcy byli uzbrojeni i byli doskonale rozeznani, jakie obiekty i mienie miały być celem ataku. Także świadkowie twierdzili, że tych samych sprawców widzieli już wcześniej, przemieszczających się pomiędzy dzielnicami mieszkaniowymi przed zdarzeniem. Ataki cechowały się pewną prawidłowością, były wymierzone w określoną społeczność (skierowane przeciwko jednej wspólnocie religijnej i jej miejscom

<sup>36</sup> *Ibidem*, ust. 49–51.

<sup>37</sup> *Ibidem*, ust. 65, 217.

<sup>38</sup> *Ibidem*, ust. 61.

<sup>39</sup> *Ibidem*, ust. 136–149.

<sup>40</sup> *Ibidem*, ust. 154.1, 154.2, 155.

<sup>41</sup> *Ibidem*, ust. 176–177.

<sup>42</sup> *Ibidem*, ust. 150.

<sup>43</sup> *Ibidem*, ust. 154.5.

kultu) i były prowadzone w sposób, który świadczył o przekonaniu sprawców, że za swoje działania nie poniosą żadnych konsekwencji<sup>44</sup>.

SO domagał się innowacyjnych rozwiązań i sam takie zaproponował w sprawie. Konstrukcja spisku przestępnego w doktrynie odpowiada konstrukcji związku przestępnego stosowanej przez trybunały międzynarodowe. Zgodnie z prawem indyjskim karalne jest nie tylko przestępstwo popełnione w ramach takiego spisku, ale sam fakt jego zawiązania (zmowa, porozumienie). Sąd uznał, że takie zmony są zawierane w sposób niejawni i tym samym udowodnienie ich istnienia jest utrudnione, niemniej jednak można je wywnioskować na podstawie okoliczności, istniejących przesłanek oraz postępowania oskarżonych, w przeszłości i obecnie<sup>45</sup>. Końcowy wątek wyroku dotyczył pojęć „ludobójstwa” i „zbrodni przeciwko ludzkości” bez ostatecznego rozstrzygnięcia, czy popełniony czyn mieścił się w jednej czy też w obydwu tych kategoriach. Niemniej jednak wyrok SO był pierwszym, w którym krytycznie podniesiono brak przepisów materialnych dotyczących zbrodni masowych<sup>46</sup>.

## 2. Sprawa, która upadła

### 2.1. „Ludobójstwo” w stanie Gudżarat (2002)

Antymuzułmańska masakra w stanie Gudżarat była następstwem spalenia na stacji Godhra, w Gudżarat, pociągu wiozącego hinduistycznych fanatyków religijnych (*karsevak*), którzy postulowali budowę świątyni w miejscu, w którym kiedyś stał XVI-wieczny meczet (zburzony w 1992 r.), twierdząc, że teren ten był mitycznym miejscem narodzin hinduistycznego boga Ramy. W pożarze zginęło ponad 50 hinduistów, a podejrzenie sprawstwa padło natychmiast na wspólnotę muzułmańską. W odwecie fanatycy hinduistyczni przeprowadzili jednoczesne ataki na terytorium całego stanu. Wybuchłe na tym tle zamieszki pochłonęły łącznie ponad 2000 ofiar śmiertelnych (700 według oficjalnych danych). Ehsan Jafri, przewodniczący Kongresu i poseł do parlamentu, oraz Bilkis Bano, z których pierwszy został spalony żywcem,

<sup>44</sup> *Ibidem*, ust. 282–289.

<sup>45</sup> *Ibidem*, ust. 290–296.

<sup>46</sup> *Ibidem*, ust. 367.6, 367.9.

a druga zbiorowo zgwałcona, stali się powszechnie rozpoznawanymi twarzami kojarzonymi z masakrą<sup>47</sup>. Sprawy karne podzielono według głównych obszarów, na których zostały popełnione zbrodnie (dzielnica wspólnoty Gulbarg, Naroda Patija, Naroda Gam, itd.) – poniżej przedstawiam skrótowy opis niektórych z nich.

#### a. Piekarnia Best Bakery

W trakcie antymuzułmańskiej masakry w całym stanie w 2002 r. „rozwydrzony tłum” spalił piekarnię Best Bakery – w zdarzeniu tym śmierć poniosło ponad 14 osób. Zahira Habibullah, naoczny świadek zabójstw, została głównym skarżącym, wymieniając z nazwiska 21 oskarżonych. W 2003 r. sąd pierwszej instancji uniewinnił wszystkich oskarżonych, a SO w Gudźarat podtrzymał wyroki uniewinniające, odrzucając wnioski ofiar o ponowne rozpatrzenie sprawy i przeprowadzenie dalszych dowodów. Zahira i pozostałe ofiary twierdziły, że uciekły się do aktów przemocy, będąc do tego zmuszone m.in. przez posła partii BJP, a postępowanie przygotowawcze było prowadzone w sposób mający zapewnić ochronę oskarżonym. Proces odbywał się za zamkniętymi drzwiami, z pominięciem dowodów z zeznań świadków oskarżających konkretne osoby lub uznaniem świadków w ogóle za niezdolnych do złożenia zeznań. Po wniesieniu przed SO apelacji, SO odmówił dopuszczenia jakichkolwiek dowodów ze złożonych pod przysięgą oświadczeń ofiar, które naświetliłyby okoliczności sprawy w ramach procesu. Jednocześnie SO krytycznie wypowiedział się na temat powiązań ofiar, twierdząc, że ich działania były kierowane przez „osoby o niejasnych motywach”<sup>48</sup>.

W 2004 r. SN rozpoznał apelacje w sprawach połączonych od wyroku uniewinniającego oskarżonych wniesione przez Zahirę i kolejne wniesione przez rząd stanowy. Wniesienie apelacji przez rząd stanowy powszechnie uznano za próbę rozmycia sprawy wobec zarzutów o współudział, powodowaną wyłącznie tym, że obowiązek reprezentowania ofiar teoretycznie ciążył właśnie na nim. Niedbałe sformułowanie apelacji wytknął również

<sup>47</sup> *Czy sprawa dotyczy istotnego zagadnienia prawnego przeciwko Specjalny Zespół Docho-*  
*dzeniowy, 5 października 2017 r., ust. 2.2.*

<sup>48</sup> *Zahira Habibulla H. Sheikh i in. przeciwko Stan Gudźarat i in., 12 kwietnia 2004 r.*



sam SN. Ponadto SN wskazał, że w sprawie prokurator działał, argumentując jak obrońca, a sąd pierwszej instancji nie skorzystał ze swoich uprawnień do dochodzenia prawdy, działając jedynie jako obserwator. I wreszcie skrytykował podejście SO jako niewyważone<sup>49</sup>.

## b. Petycja NHRC

W 2008 r. SN nakazał utworzenie specjalnego zespołu śledczego (SIT) w celu dalszego zbadania zarzutów, w sprawie których postępowanie umorzyła wcześniej policja stanowa. Polecił zespołowi SIT przedstawienie raportu z postępu prac w 9 takich sprawach, wyznaczając jednocześnie termin jego sporządzenia. Zgodnie z linią wytyczoną przez poprzedników, SN podkreślił znaczenie programów ochrony świadków, wyznaczenia kompetentnych prokuratorów i rzetelnego procesu sądowego jako standardów, które mogą być spełnione wyłącznie wówczas, gdy sąd powstrzyma się od „pobłażliwej akceptacji” obciążonego wadami postępowania przygotowawczego i działań prokuratury. Wręcz przeciwnie, jak powtórzył SN, obowiązkiem sądów jest krytyczna weryfikacja materiałów w celu zgromadzenia wiarygodnych dowodów<sup>50</sup>. Na poparcie swoich uwag SN przytoczył przykłady postępowań przed międzynarodowymi trybunałami karnymi oraz w ramach jednolitych norm jurysdykcyjnych<sup>51</sup>. Niemniej jednak zdaniem SN, zadaniem najwyższej wagi, ciężącym na sądach, jest „działanie w sposób wzbudzający zaufanie publiczne”; w tym zakresie SN wskazał, że orzeczenia sądów urzeczywistniają się w zwierciadle opinii publicznej, w której oczach sądy muszą być w stanie je wybronić<sup>52</sup>. Być może obawiając się o losy postępowania – gdyby powołanie prokuratorów pozostawiono w gestii władz stanowych – SN nakazał powołanie prokuratora specjalnego przez członków zespołu SIT. W gestii zespołu SIT SN pozostawił wyznaczenie godnych zaufania urzędników, których zadaniem byłaby ochrona ofiar, jeżeli te złożyłyby taki wniosek, w tym zapewnienie bezpiecznej podróży i alternatywnego miejsca zamieszkania,

<sup>49</sup> *Ibidem*.

<sup>50</sup> *NHRC przeciwko Stan Gudżarat i in.*, 1 maja 2009 r., ust. 4, 5, 7.

<sup>51</sup> *Ibidem*, ust. 16–20, 35.

<sup>52</sup> *Ibidem*, ust. 7.

w razie potrzeby nawet poza terytorium stanu. I wreszcie SN nakazał utworzenie sądów specjalnych prowadzących postępowanie w trybie przyspieszonym, na których czele mieli stanąć wysocy rangą przedstawiciele władzy sądowniczej, i organizowanie rozpraw codziennie, przy czym postępowanie miało „uwzględniać całą historię przewodu sądowego”<sup>53</sup>.

Być może jedyną wadą tego rozstrzygnięcia było to, że jako kryteria skuteczności działania zespołu SIT wskazywało zadowolenie składu sędziowskiego z liczby wezwanych świadków oraz liczby osób objętych aktami oskarżenia<sup>54</sup>. W 2012 r. zespół SIT przedłożył „raport końcowy”, nie dostarczając ofiarom nawet niezbędnych dokumentów na potwierdzenie zasadności oddalenia zarzutów wobec oskarżonych, a w 2013 r. wydział karny SO uznał za stosowne umorzyć postępowanie<sup>55</sup>.

### c. Masakra w dzielnicy wspólnoty Gulbarg

W 2006 r. Zakia Jafri, żona ofiary Ehsana Jafri, podjęła próbę złożenia skargi na 62 przywódców politycznych, zarzucając im udział w spisku i przypisując im pomocnictwo w popełnieniu zbrodni. Skarga Jafri również odwoływała się do sformułowań zawartych w konstytucji, była jednak wyjątkowa w zakresie interpretacji obowiązków konstytucyjnych, podnosząc zarzut, że uczestnictwo w zbrodni tych osób, które wykorzystywały aparat państwowy, wypełniało przesłanki niedopełnienia obowiązku zapewnienia sprawnej administracji publicznej i stawiało pod znakiem zapytania legitymizację rządu, który użył siły przeciwko własnym obywatelom<sup>56</sup>. Sprawa ta stanowiła punkt, od którego zaczął się powrót orzecznictwa sądu w sprawach o masowe zbrodnie do utartych schematów.

Najwyższy rangą funkcjonariusz policji odmówił zarejestrowania skargi Jafri, a w apelacji SO wytknął jej, że do sądu wniosła zaledwie „prywatną skargę dotyczącą spraw będących już w toku”, nie uznając w ogóle, że zakres zarzutów wniesionych przez Jafri i w sprawach w toku były zasadniczo różne.

<sup>53</sup> *Ibidem*, ust. 36, 46.

<sup>54</sup> *Ibidem*, ust. 3.

<sup>55</sup> *Czy sprawa dotyczy...*, ust. 4.6–5, 10.

<sup>56</sup> *Ibidem*, ust. 2.3, 2.4.

Sąd skierował skarżącą na tę samą ścieżkę proceduralną, w ramach której wcześniej odmówiono zarejestrowania jej skargi<sup>57</sup>. W ramach apelacji wniesionej do SN, jej skarga została połączona z wcześniejszym wnioskiem NHRC o przeprowadzenie dochodzenia w ramach zespołu SIT i ponowne rozpatrzenie sprawy<sup>58</sup>.

Gdy Jafri odwołała się do SO w Gudźarat od postanowienia o umorzeniu postępowania wydanego w 2013 r., skład orzekający odniósł się do postanowienia SN w sprawie ponownego rozpatrzenia sprawy i uznał, że zadanie sądu jest ograniczone do zapewnienia integralności postępowania, a „nie do wchodzenia w meritum sprawy”, stwierdzając ostatecznie, że postępowanie zostało zakończone w chwili złożenia raportu końcowego<sup>59</sup>. Zarzut Jafri, że wydział karny SO nie uwzględnił dowodów z dokumentów, w tym przemówień ówczesnego szefa rządu stanowego Narendry Modiego, zeznań byłych funkcjonariuszy policji czy zapisów z prowokacji policyjnych, został oddalony. Wydział karny zasadniczo przeprowadził miniprocus na etapie wszczęcia postępowania<sup>60</sup>.

Co istotniejsze, w przeciwieństwie do sprawy Sajjana Kumara SO odmówił zbadania zarzutów o istnienie szeroko zakrojonego spisku i ograniczył badanie jedynie do spisku wewnątrz wspólnoty Gulbarg<sup>61</sup>. SO uznał, że setki winnych w tej sprawie zostało już skazanych, wysuwając jednocześnie tezę, że przeprowadzony wcześniej proces przyczynił się do wzrostu „tendencji separatystycznych i fundamentalistycznych”<sup>62</sup>. Innymi słowy, skazanie szeregowych sprawców posłużyło sądowi wobec opinii publicznej za swego rodzaju alibi do odstąpienia od dalszego badania sprawy. Rezultat ten można było zresztą wywnioskować ze sposobu, w jaki skład sędziowski chwalił Modiego za „apele o pokój” i považał wiarygodność wszystkich uczestników procesu, którzy wnosili przeciwko niemu zarzuty<sup>63</sup>.

<sup>57</sup> *Ibidem*, ust. 2.5, 2.7, 9.

<sup>58</sup> *Ibidem*, ust. 4.0.

<sup>59</sup> *Ibidem*, ust. 4.5.

<sup>60</sup> *Ibidem*, ust. 6–7.

<sup>61</sup> *Ibidem*, ust. 13.

<sup>62</sup> *Ibidem*, ust. 16.2.

<sup>63</sup> *Ibidem*, ust. 11, 14.

### 3. Lekcje z Indii

Wydarzenia w stanie Gudźarat z pewnością nie były ostatnimi w tym rodzaju – już w trakcie rozpatrywania wniesionych w związku z nimi spraw na terytorium stanu doszło do aktów przemocy w Muzaffarnagar (2013) i Delhi (2020), znów wymierzonych w ludność muzułmańską. W następstwie pierwszego z tych zdarzeń doszło do emigracji wewnętrznej blisko 75 000 ludzi, a liczba ofiar śmiertelnych wyniosła 100 osób<sup>64</sup>. Skutkiem wydarzeń w Delhi natomiast były przesiedlenia około 2000 ludzi i ponad 50 ofiar śmiertelnych. W artykule na portalu Al-Jazeera wysunęłam tezę, że wydarzenia w Delhi faktycznie spełniały przesłanki pogromu<sup>65</sup>. Zarzewiem obu tych zdarzeń, podobnie jak poprzednich, było podsycanie nastrojów społecznych wśród wspólnot religijnych w – i tak już – podzielonych społeczeństwach dla celów politycznych. W ramach odczłowieczania wspólnot i znieczulania społeczeństwa na okrucieństwa wykorzystywane są zwykle narracje o „dżihadzie miłości”, którym podobno posługują się muzułmańscy mężczyźni, aby zwabiać i nawracać na Islam hinduskie kobiety, o większej dzietności wśród muzułmanów, która ma jakoby na celu zmianę rdzennie hinduistycznego krajobrazu demograficznego Indii czy też o rzekomej większej lojalności wszystkich muzułmanów wobec Pakistanu lub Bangladeszu. W obu tych przypadkach obserwowaliśmy aktywny udział aparatu państwowego; w rezultacie obydwu z nich sytuacja społeczna ulegała też całkowitemu przeformułowaniu zgodnie z punktem widzenia społeczności dominującej. Ofiarom grożono, próbując zmusić je do wycofania zeznań, a w kilku przypadkach wniesiono przeciwko nim oskarżenia o rozbijanie jedności wspólnot lokalnych i angażowanie się w „spisek” w celu obalenia legalnie ustanowionego rządu. Nie jest to bynajmniej zjawisko nowe; na przykład po aktach przemocy w stanie Gudźarat kilkanaście osób (w większości muzułmanów) zostało oskarżonych na podstawie drakońskich

---

<sup>64</sup> H. Mander i in., *Wages of Communal Violence in Muzaffarnagar and Shamli*, „Economic and Political Weekly” 2016, t. 51, nr 43, s. 39–45, dostępny pod adresem: [www.jstor.org/stable/4416584](http://www.jstor.org/stable/4416584).

<sup>65</sup> A. Khan i I. Chakrabarty, *Why the 2020 Violence in Delhi Was a Pogrom*, Al-Jazeera, 24 lutego 2021, dostępne pod adresem: [www.aljazeera.com/opinions/2021/2/24/why-the-2020-violence-in-delhi-was-a-pogrom](http://www.aljazeera.com/opinions/2021/2/24/why-the-2020-violence-in-delhi-was-a-pogrom).

przepisów antyterrorystycznych o rzekome spiskowanie z zamiarem zamachu na życie wyższych urzędników stanowych.

Podobnie jak w sprawie stanu Gudżarat, w tych dwóch przypadkach sądy nie zapewniły ofiarom żadnego zadośćuczynienia. Przeciwnie, po aktach przemocy w Delhi jeden z przewodniczących składu orzekającego w tej sprawie, który postanowił takie zadośćuczynienie zaoferować – odtwarzając na rozprawie jawnej z udziałem publiczności filmy z mową nienawiści w przemówieniach wygłaszanych bezpośrednio przed pogromem w Delhi i pytając, dlaczego przeciwko sprawcom nie postawiono żadnych zarzutów – został przeniesiony w trybie pilnym<sup>66</sup>. Tym samym wysłano jednoznaczny komunikat, że każda interwencja krytyczna wobec ambicji politycznych partii rządzącej będzie wiązała się z reperkusjami zawodowymi. W tym samym czasie krążyły też informacje o notatce służbowej z instrukcją dla funkcjonariuszy śledczych, aby powstrzymywali się od aresztowań hinduistów ze względu na potencjalny wzrost resentymetu i niezadowolenia wśród członków tej wspólnoty religijnej. Sąd, który zapoznał się z tym oficjalnym dokumentem, odmówił interwencji, gdyż w jego opinii nie stanowił on wystarczającego dowodu na faktyczne obciążenie postępowania uprzedzeniami czy stronniczością<sup>67</sup>. Stało się tak pomimo faktu, że przytłaczająca liczba aresztowanych, którym następnie nie udało się uzyskać zwolnienia za kaucją, chociaż brakowało materiałów, na podstawie których można by oprzeć jakiegokolwiek domniemania faktyczne przeciwko nim, była muzułmanami. Przykłady te dowodzą, że wnoszenie skarg przed sądy krajowe może nie być najlepszym rozwiązaniem, zwłaszcza gdy w sprawstwo zamieszany jest jeden organ państwowy, a inny organ, choć niezaangażowany w popełnienie zbrodni, kieruje się następnie nastrojami większościowymi wśród społeczeństwa.

W niniejszym artykule świadomie unikałam kwalifikowania opisanych w nim zdarzeń jako zbrodni międzynarodowych i to z wielu powodów. Po pierwsze, chociaż międzynarodowe orzecznictwo karne już wcześniej wskazywało, że niewielki obszar gminy czy wspólnoty lokalnej stanowi wystarczający element kontekstowy („rozległość ataku”) zbrodni przeciwko ludzkości,

<sup>66</sup> Citizens Against Hate, *Darkness at Noon: Incitement to Violence, Obfuscation and Perversion of Justice in Delhi*, 2021, s. 62.

<sup>67</sup> *Ibidem*, s. 68–69.

brakuje orzecznictwa innego niż związane z państwami upadłymi i pokonfliktowymi, czy dyktaturami, które zapewniłoby podstawę materialną dla takiej kwalifikacji („rozległego lub systematycznego świadomego ataku”)<sup>68</sup>. Co więcej, pojawia się pytanie, czy istnieją podstawy, aby obalić domniemanie, że ustroj państwowy Indii, które oficjalnie uznawane są za państwo demokratyczne, zapewnia skuteczne ściganie sprawców w takich sprawach.

Po drugie, z perspektywy bardziej merytorycznej termin „zbrodnie międzynarodowe” kojarzy się z elementem „szokującego charakteru”, co powoduje zepchnięcie „zwykłych” zbrodni masowych mordów i przemocy fizycznej na sam kraniec spektrum tej kategorii. Jak zauważa jeden z badaczy, zbrodnie międzynarodowe bardzo często w ramach oceny zestawia się z wydarzeniami w nazistowskich Niemczech czy Rwandzie<sup>69</sup>. Współsprawcy na poziomie aparatu państwowego wykorzystują natomiast władzę i uprawnienia organizacyjne, które pozwalają im uniknąć bezpośredniego udziału w popełnieniu zbrodni<sup>70</sup>. W wielu przypadkach zainteresowany bezpośrednim działaniem może być tylko jeden organ czy wydział administracji, podczas gdy inny organ może po prostu zaniechać podejmowania działań. Niemniej jednak, jak zauważa prof. Margaret deGuzman, w porównaniu z przypadkami sprawstwa czynnego, brakuje orzecznictwa dotyczącego popełniania zbrodni przez zaniechanie<sup>71</sup>. Sprawa Haszimpura, w której sąd pierwszej instancji uznał działania PAC za incydent jednorazowy, niemotywowany uwarunkowaniami zewnętrznymi, doskonale wpisuje się w ten zawiły schemat. Podobnie w sprawie Gudżarat wiadomo, że rząd stanowy, pomimo dysponowania informacjami wywiadowczymi, pozwolił hinduistom na „danie upustu emocjom społecznym”, zaniechawszy sprowadzenia sił porządkowych przez okres trzech dni<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> M. deGuzman, *Systemic Racist Police Brutality Shocks the Conscience of Humanity, but is it an International Crime?*, Just Security, 11 lipca 2020 r., dostępne pod adresem: [www.justsecurity.org/71255/systemic-racist-police-brutality-shocks-the-conscience-of-humanity-but-is-it-an-international-crime](http://www.justsecurity.org/71255/systemic-racist-police-brutality-shocks-the-conscience-of-humanity-but-is-it-an-international-crime).

<sup>69</sup> R. DeFalco, *op. cit.*, s. 6.

<sup>70</sup> *Ibidem*, s. 7–8.

<sup>71</sup> M. deGuzman, *op. cit.*

<sup>72</sup> Zob. „*We Have No Orders to Save You*”, Human Rights Watch, t. 14, nr 3(C), kwiecień 2002, s. 5, 21, dostępne pod adresem: [www.hrw.org/reports/2002/india/gujarat.pdf](http://www.hrw.org/reports/2002/india/gujarat.pdf).

Jako przykład znaczenia wspomnianej powyżej władzy organizacyjnej można również wskazać przypadek Mjanmy/Birmy, gdzie procesy demokratyczne, takie jak regularne wybory, stanowiły jedynie maskę skrywającą cierpienia mniejszości etnicznych na wielką skalę, zadawane m.in. poprzez uchwalanie przepisów pozbawiających ich środków do życia<sup>73</sup>. Prof. deGuzman zauważa, że choć z moralnego punktu widzenia łatwo jest zakwalifikować określone czyny jako zbrodnie międzynarodowe, to jednak wymykają się one definicjom międzynarodowym<sup>74</sup>. Akty przemocy w Muzaffarnagar czy Delhi, choć niezbyt spektakularne w międzynarodowej wyobraźni, doprowadziły jednak do emigracji wewnętrznej kilku tysięcy ludzi. Obydwa wydarzenia naznaczone były otwartymi wezwaniami do zabijania lub przymusowego wysiedlenia mniejszości (*musalmaan ke do hi sthaan, Pakistan ya kabristan*). Wiele osób, które wcześniej uniknęły przesiedleń, wyjechało poza terytorium stanu, podczas gdy pozostali na miejscu nadal żyją w strachu. Choć same te sprawy dawałyby wystarczającą podstawę do kwalifikacji popełnianych w nich aktów jako czystek etnicznych, wątpliwe jest, aby można je było prawnie zakwalifikować jako „ludobójstwo” – możliwa jest argumentacja na korzyść oskarżonych, że nie kierowali się oni żadnym konkretnym zamiarem unicestwienia danej grupy ludności w całości lub w części, a jedynie politycznym zamiarem utworzenia jednorodnego etnicznie stanu hinduistycznego. I znów – takie postawienie sprawy jest problematyczne, ponieważ wprowadza arbitralne rozróżnienie między zamiarem unicestwienia a zamiarem osiągnięcia jednorodnego religijnie terytorium, z pominięciem faktu, że zamiarem ostatecznym jest odmówienie określonym wspólnotom prawa do istnienia<sup>75</sup>. W obecnym stanie orzecznictwa czystki etniczne mogą uprawdopodobniać ludobójstwo, natomiast same ludobójstwem nie są – jak dotąd noszą jedynie znamię kojarzone ze zbrodniami przeciwko ludzkości w postaci przymusowego wysiedlenia ludności i prześladowań<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> A.B. Plunkett, *Democratization as a Protective Layering for Crimes against Humanity, the Case of Myanmar*, „Genocide Studies and Prevention: An International Journal” 2020, t. 14, nr 3.

<sup>74</sup> M. deGuzman, *op. cit.*

<sup>75</sup> M. Sirkin, *op. cit.*, s. 501.

<sup>76</sup> *Ibidem*, s. 502.

W kontrze do *status quo* deGuzman twierdzi, że międzynarodowe orzecznictwo karne nie może być nazbyt oderwane od względów moralnych, a zatem musi rozpoznawać takie „mało spektakularne” zbrodnie<sup>77</sup>.

Co więcej, w typowych sprawach ataki na grupy społeczne charakteryzują się zbieżnością czasowo-przestrzenną. Jak przekonuje prof. Randle DeFalco, w rozumieniu tradycyjnym międzynarodowe prawo karne nie tylko nadaje jednym zbrodniom wyższą rangę nad innymi, ale także dochodzi do zagubienia jego źródeł<sup>78</sup>.

W przypadku sytuacji zakwalifikowanych jako „zamieszki” twierdzenie, że właśnie popełniana jest zbrodnia międzynarodowa, wydaje się mocno na wyrost, ponieważ według powszechnego domniemania państwu przysługuje suwerenność w sprawach użycia siły w celu „zapewnienia przestrzegania prawa i porządku” lub „stania na straży porządku publicznego”. Politolodzy, tacy jak Ashutosh Varshney i Paul Brass, którzy szczegółowo badali akty przemocy w relacjach hinduistyczno-muzułmańskich w Indiach po odzyskaniu niepodległości, twierdzą, że częste zamieszki stanowią wytwór „zinstytucjonalizowanych systemów zamieszek społecznych”, którymi posługują się urzędnicy państwowi. W skrócie rzecz ujmując, termin „zamieszki” jest niewłaściwy w kontekście indyjskim, ponieważ aparat państwa prawie zawsze jest ich aktywnym uczestnikiem<sup>79</sup>. Inni badacze poszli jeszcze dalej w takiej argumentacji, twierdząc, że termin „zamieszki” jest ułomny zarówno prawnie, jak i politycznie. W dyskursie prawa karnego termin ten umniejsza znaczenie strony podmiotowej zbrodni, przedstawiając akty przemocy jako zbiorową i nieumyślną reakcję na impuls wyzwalający<sup>80</sup>. Wręcz przeciwnie, „zamieszki” w Indiach cechują się pewnymi wyraźnymi prawidłowościami – bezpośredni sprawcy często przybywają do wspólnot/dzielnicy mieszkaniowych z zewnątrz, są uzbrojeni, prawie zawsze są podlegani przez lokalnych przywódców politycznych i posiadają gruntowną wiedzę na temat swoich celów, pochodzącą z oficjalnych źródeł.

<sup>77</sup> M. deGuzman, *op. cit.*

<sup>78</sup> R. DeFalco, *op. cit.*, s. 3.

<sup>79</sup> R. Dhattiwala, M. Biggs, *The Political Logic of Ethnic Violence: The Anti-Muslim Pogrom in Gujarat*, „Politics and Society” 2012, t. 40, nr 4, s. 2–6.

<sup>80</sup> J. Gupte, *What's Civil About Intergroup Violence? Five Inadequacies of Communal and Ethnic Constructs of Urban Riots*, Brighton 2012, s. 2–4, 11.



Powyżej opisałam wybrane przypadki aktów przemocy fizycznej w Indiach, muszę jednak wskazać, że stwierdzenie naruszenia nietykalności cielesnej, które – jak się wydaje – zajmuje naczelną rolę w międzynarodowym porządku prawnym, w ogóle pomija przemoc administracyjną czy też instytucjonalną, zwykle mu towarzyszące lub je poprzedzające. Na przykład ostatni epizod aktów przemocy w Delhi wydarzył się po wielomiesięcznych protestach, głównie społeczności muzułmańskiej, przeciwko wprowadzeniu w życie ustawy o obywatelstwie, która wyklucza muzułmanów z procedur naturalizacji. W stanie Assam, w następstwie procedur ustalenia obywatelstwa, doszło do masowego uznawania ludności muzułmańskiej za bezpaństwowców, których wprost określa się jako Banglijczyków. Sam fakt uchwalenia takich przepisów, możliwy dzięki większości w parlamencie i agitacji politycznej, daje wiarygodne powody do obaw, że przypadki uznawania obywateli za bezpaństwowców będą się powtarzały w skali ogólnokrajowej. Już wcześniej przepisy prawa były wykorzystywane jako narzędzie przeciwko mężczyznom ze wspólnot muzułmańskich, na przykład poprzez kryminalizację rozwodów i stosowanie przepisów karnych przeciwko ofiarom linczów dokonywanych przez opłacane ze środków prywatnych grupy i sojuszników hinduistycznej partii nacjonalistycznej.

Te „odosobnione” i „sporadyczne” akty przemocy, niedostrzegane przez międzynarodowy porządek prawny, w rzeczywistości stanowią soczewkę, przez którą można badać genezę przypadków masowego okrucieństwa, natomiast wzięte łącznie stanowią elementy popełnianych masowych zbrodni<sup>81</sup>. Czas ma znaczenie, a wahanie społeczności międzynarodowej, czy i kiedy wyjść poza czysty legalizm, często niweczy jej własne zamierzenia, na przykład w ramach odpowiedzialności za ochronę doktryny, zgodnie z którą państwa zobowiązują się chronić swoją ludność przed zbrodniami okrucieństwa<sup>82</sup>. Odpowiedzialność ta wyraźnie wykracza poza ściganie przestępstw, chociaż zbrodnie okrucieństwa, które uzasadniają taką interwencję związaną z ochroną, z definicji pokrywają się z jurysdykcją przedmiotową Międzynarodowego Trybunału Karnego.

<sup>81</sup> D. Scheffer, *Genocide and Atrocity Crimes*, „Genocide Studies and Prevention: An International Journal” 2006, t. 1, nr 3, s. 229–239.

<sup>82</sup> D. Kuwali, *Old Crimes New Paradigms*, [w:] R.I. Rotberg (red.), *Mass Atrocity Crimes Preventing Future Outrages*, Cambridge, MA–Washington, DC 2010, s. 29.

## Wnioski

Ze względu na brak przepisów materialnych dotyczących masowych zbrodni, Indie borykają się z wieloma problemami, takimi jak brak wytycznych proceduralnych i procesowych, brak kategoryzacji zadośćuczynienia należnego ofiarom, brak zasad pozbawiania immunitetu urzędników państwowych itd. Sądowni Najwyższemu i sądom stanowym udawało się wprawdzie w ten czy inny sposób doprowadzić do wymierzenia sprawiedliwości dzięki odwołaniu się do zasad konstytucyjnych czy też – w pewnym stopniu – do międzynarodowego porządku prawnego, a także zaostrzeniu orzekanych kar jako środka odstrasżającego. Niemniej jednak przykład sprawy stanu Gudżarat, a ostatnio wydarzeń w Delhi, pokazuje stopień upolitycznienia zapadających orzeczeń – są one wprost uzależnione od tego, kto aktualnie znajduje się u władzy. Tak więc nie tyle brak przepisów materialnych, ile polityczny charakter orzeczeń sądowych odstręcza ofiary od prób wykonywania przysługujących im praw w zakresie dostępu do wymiaru sprawiedliwości.

Innymi słowy, idealnie (i raczej optymistycznie) byłoby nakłonić państwa do uchwalania przepisów dotyczących masowych zbrodni i skutecznego ich egzekwowania. Jeżeli takie przepisy nie istnieją, wkroczyć muszą sądy krajowe z różnymi „innowacjami” w celu wymierzenia sprawiedliwości, jak stwierdzili sędziowie Muralidhar i Vinod Goel w sprawie *Sajjan Kumar*. W tym celu sądy mogą odwoływać się do istniejących przepisów dotyczących na przykład prawa do życia albo dostępu do środków prawnych po to, aby nakazać funkcjonariuszom organów ścigania przyjmowanie skarg od obywateli i prowadzenie dochodzenia lub aby nakazać państwu wdrożenie programu ochrony świadka albo wypłatę tymczasowego odszkodowania, obniżenie kryterium dowodowego, gdy istnieją przytłaczające dowody w postaci dokumentu, a także nadzór nad całością procesu. Jednak same przepisy prawnomaterialne nie zagwarantują sukcesu. W obecnej chwili sądy – które dla wielu osób w Indiach były ostoją – ulegają coraz silniejszemu upolitycznieniu, zajmując stanowiska, które są korzystne dla obecnego rządu albo z powodów ideologicznych, albo ze względu na spodziewane korzyści w postaci różnych

świadczeń w pracy lub po przejściu w stan spoczynku<sup>83</sup>. W takich sytuacjach ofiary są bardziej skłonne do szukania pomocy za granicą, co widać szczególnie dobrze na przykładzie działań wspierających ich interesy<sup>84</sup>.

Jeżeli chodzi o międzynarodową sferę prawa karnego, są obszary, w których może nastąpić znacząca poprawa po to, aby „najcięższe zbrodnie budzące niepokój całej społeczności międzynarodowej zostały rozliczone”. W oparciu o opisane tu sprawy, w artykule starałam się również zwrócić uwagę na fakt, że zbrodnie międzynarodowe muszą być rozumiane rozszerzająco. Jak pokazuje przypadek Indii, kwalifikowanie zdarzeń jako zwykłych rozruchów wewnętrznych, zamieszek społecznych itp., a także strategia obrony aparatu państwowego, polegająca na przyznaniu, że wprawdzie doszło w nich do ofiar śmiertelnych, ale były one nieliczne, mogą stanowić jedynie wygodne alibi w celu uniknięcia kontroli międzynarodowej. Indyjska dziennikarka i działaczka na rzecz praw człowieka, Fatima Khan, najlepiej opisuje ten stan rzeczy, dokumentując przejście, jakie dokonało się w ukierunkowanych atakach na wspólnoty religijne od incydentalnych zdarzeń do codzienności<sup>85</sup>. Idąc tym tokiem myślenia, należy powiedzieć, że społeczność międzynarodowa musi otworzyć się na działania wspierające i wychodzić poza narrację danego państwa, w której wyklucza się na przykład interwencje na zasadzie komplementarności, dającej pierwszeństwo krajowym sposobom naprawy krzywd oraz afirmuje suwerenność państwa, dzięki której urzędnicy państwowi nie

<sup>83</sup> M. Sebastien, *'How Has the Supreme Court Fared During the Modi Years?'*, The Wire, 12 kwietnia 2019, dostępne pod adresem: [www.thewire.in/law/supreme-court-modi-years](http://www.thewire.in/law/supreme-court-modi-years).

<sup>84</sup> Zintensyfikowane działania tego rodzaju są ostatnio ograniczane przez obecny reżim, który na przykład powołuje się na ustawę regulującą wsparcie finansowe z zagranicy (Foreign Contributions Regulation Act). Na takiej podstawie państwo zawiesiło licencje i zdelegalizowało działalność kilku znanych organizacji broniących praw człowieka, np. Amnesty International India czy Greenpeace International. W innych przypadkach niektórym aktywistom zabroniono uczestnictwa w cyklicznych sesjach kontrolnych Komisji Praw Człowieka – Wspólny wniosek Front Line Defenders, FIDH i OMCT, 41. sesja Grupy Roboczej w sprawie powszechnego okresowego przeglądu Rady Praw Człowieka ONZ, 2022; *'Arbitrary Travel Restrictions, Harassment of Activists and Targeting of Journalists in India'*, „Civics Monitor”, 15 kwietnia 2022, dostępny pod adresem: [www.monitor.civics.org/updates/2022/04/15/arbitrary-travel-restrictions-harassment-activists-and-targeting-journalists-india](http://www.monitor.civics.org/updates/2022/04/15/arbitrary-travel-restrictions-harassment-activists-and-targeting-journalists-india).

<sup>85</sup> F. Khan, *'How a Hindu Woman's Death Became a Pretext for Attacking Muslims in Agra'*, The Quint 2022.

mogą stanąć przed sądem krajowym innego państwa<sup>86</sup>. Biorąc pod uwagę niedoskonałości i ograniczenia szerszego, międzynarodowego reżimu prawnego w zakresie pociągania takich urzędników do odpowiedzialności, należy jednak podejmować międzynarodowe wysiłki dyplomatyczne, aby nakłonić dane państwo do przestrzegania i ochrony praw człowieka.

---

<sup>86</sup> Zob. np. artykuł Laury Clarke, *'Complementarity as Politics'*, „St John's Journal of International and Comparative Law” 2012, t. 2, nr 2, w którym omawia sposób, w jaki komplementarność prawa, zanim została skodyfikowana w formie doktryny prawnej w Statucie Rzymskim, była historycznie uwarunkowana czynnikami ogólnymi, takimi jak porządek i stabilność międzynarodowa (osiągana na przykład dzięki współpracy), uwarunkowania wewnętrzne, które mogłyby bezpośrednio wpłynąć na stabilność międzynarodową, oraz obawy przed pociągnięciem do indywidualnej odpowiedzialności.

# Pakistańskie prawo karne a jego zgodność z międzynarodowymi standardami

## Wprowadzenie

Konflikty etniczne i o podłożu religijnym są zjawiskiem obecnym w polityce światowej od dziesięcioleci. Są to konflikty, w ramach których uczestnicy definiują swoje cele w kategoriach etniczno-językowych<sup>1</sup>. W literaturze przedmiotu znajdujemy dwa nurty wyjaśniające ich genezę. Jedno z nich zakorzenione jest w teorii prymordializmu, która postuluje, że takie konflikty rodzą się z nienawiści narosłej między kulturami, grupami etnicznymi i narodami. Argumentuje się w niej, że definiowanie określonej grupy jako „odrębnej od innych” mieści się wśród podstawowych ludzkich instynktów<sup>2</sup>.

Wielu historyków – zwolenników drugiego podejścia – twierdzi zaś, że konflikty z użyciem przemocy wybuchają na tle związanym z bezpieczeństwem. Teoria ta nie skupia się na „tożsamości indywidualnej czy wyjątkowości zbiorowej”, którymi naznaczone są tezy prymordializmu. Wręcz przeciwnie, jej argumentacja wskazuje na znaczenie instytucji w utrzymaniu porządku społecznego. Takie podejście sugeruje, że brak silnych instytucji rządowych prowadzi do anarchii. W wynikłej wskutek tego walce grupy dominujące mogą podejmować działania w celu ograniczenia poczucia bezpieczeństwa i osłabienia innych grup, co skutkuje wytworzeniem się błędnego

---

<sup>1</sup> R. Khan, *Sources of Ethnic Conflict*, The News on Sunday, 15 marca 2020 r., dostępne pod adresem: [www.thenews.com.pk/tns/detail/629102=-sources-of-ethnic-conflict#:~:text=Ethnic%20conflict%20arises%20if%20two,the%20group's%20identity%20and%20culture](http://www.thenews.com.pk/tns/detail/629102=-sources-of-ethnic-conflict#:~:text=Ethnic%20conflict%20arises%20if%20two,the%20group's%20identity%20and%20culture).

<sup>2</sup> B. Crawford, R. Lipschutz (red.), *The Myth of Ethnic Conflict: Politics, Economics and Cultural Violence*, Berkeley 1998, dostępne pod adresem: [www.escholarship.org/content/qt7hc733q3/qt7hc733q3\\_noSplash\\_0b1b9a891995e4785aff98a42ac660a9.pdf](http://www.escholarship.org/content/qt7hc733q3/qt7hc733q3_noSplash_0b1b9a891995e4785aff98a42ac660a9.pdf).

koła gróźb, wzbudzania strachu i nieustannego zmagania się o bezpieczeństwo i zachowanie życia.

U podstaw Pakistanu jako państwa legła religijna jednorodność, niemniej jednak cena, jaką to państwo zapłaciło za rozpalane aspiracje regionalne i etniczne, ze względu na braki systemowych rozwiązań prawnych i wadliwy system zwalczania przestępczości, była bardzo wysoka. Dobitny przykładem może być tutaj secesja Pakistanu Wschodniego w 1971 r. Ponadto jednorodność religijna skutkowałą systematyczną radykalizacją mas społecznych. Wyzwania te, w połączeniu z brakiem stabilnych, demokratycznych rządów, spowodowały zanik równowagi w otoczeniu bezpieczeństwa Pakistanu.

Od zarania Pakistan borykał się z konfliktami etnicznymi i o podłożu religijnym oraz rosnącym ekstremizmem religijnym. Jednak niezależnie od występujących tam kryzysów, porządek prawny Pakistanu obarczony jest brakami i lukami w przepisach prawa zarówno materialnego, jak i procesowego. W systemie prawa karnego w Pakistanie brakuje narzędzi i rozwiązań, które zapewniałyby skuteczne ściganie zbrodni ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości itd.

Przedmiotem niniejszego artykułu jest opis stale tłącego się konfliktu o podłożu etnicznym i religijnym w Pakistanie, który w atakach na lokalne społeczności Hazarów przybrał formę ludobójstwa.

## 1. Międzynarodowe zobowiązania w zakresie prewencji i ścigania zbrodni ludobójstwa

Podstawowym traktatem, ustanawiającym międzynarodowe zobowiązania do zapobiegania zbrodniom ludobójstwa, jest Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa z 1948 r. (dalej „Konwencja w sprawie ludobójstwa”), będąca jednym z pierwszych dokumentów, w których ONZ i państwa członkowskie uznały ludobójstwo za zbrodnię międzynarodową, nakładając zarówno pozytywne, jak i negatywne zobowiązania związane z jej zapobieganiem i ściganiem.

Ludobójstwo jest zdefiniowane jako „czyn dokonany w zamiarze zniszczenia w całości lub części grup *narodowych, etnicznych, rasowych lub religijnych*, jako takich” (art. 2, podkr. autorów). Zbiór czynów zakazanych na mocy

Konwencji w sprawie ludobójstwa za ludobójstwo obejmuje: „zabójstwo członków grupy, spowodowanie poważnego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia psychicznego członków grupy, rozmyślne stworzenie dla członków grupy warunków życia, obliczonych na spowodowanie ich całkowitego lub częściowego zniszczenia fizycznego, stosowanie środków, które mają na celu wstrzymanie urodzin w obrębie grupy, przymusowe przekazywanie dzieci członków grupy do innej grupy”.

Konwencja w sprawie ludobójstwa w swoim zakresie wykracza poza karanie samej zbrodni ludobójstwa, obejmując inne elementy zbrodni, wśród których znajdują się bezpośrednie i publiczne podżeganie do popełnienia ludobójstwa, zmowa w celu popełnienia ludobójstwa i usiłowanie popełnienia ludobójstwa oraz współudział w ludobójstwie (art. 3).

W zakresie osądzania zbrodni ludobójstwa, zgodnie z art. 6 Konwencji w sprawie ludobójstwa, osoby oskarżone są sądzone przez właściwy trybunał państwa, na którego obszarze czyn został dokonany, lub przez międzynarodowy trybunał karny, którego kompetencja będzie obejmowała te umawiające się strony, które kompetencję tę przyjmą.

Konwencja ta jest znaczącym aktem prawnym, ponieważ jej treść została opracowana zgodnie z Rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ 180(II) z dnia 21 grudnia 1947 r., która wyraźnie stanowiła, że ludobójstwo jest zbrodnią międzynarodową, w odniesieniu do której jednostki i państwa mają określoną odpowiedzialność na mocy przepisów krajowych i międzynarodowych.

Ponadto państwa, oprócz odpowiedzialności za ściganie sprawców zbrodni ludobójstwa, są zobowiązane do zapobiegania popełnieniu ludobójstwa.

Problemem pozostają jednak przepisy wykonawcze. Na poziomie krajowym Konwencja zakłada istnienie i/lub uchwalenie odpowiedniego ustawodawstwa krajowego przewidującego odpowiednie sankcje karne (art. 5)<sup>3</sup> oraz kontrolę międzynarodową za pośrednictwem Organizacji Narodów Zjednoczonych i Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (art. 8 i 9).

Należy zauważyć, że Konwencja w sprawie ludobójstwa wprowadza i dopuszcza swobodę państw w formułowaniu stosownych rozwiązań w ustawodawstwie krajowym, używając zwrotu „przepisów prawnych koniecznych” (art. 5).

---

<sup>3</sup> Przepis tego artykułu zobowiązuje państwa „do wydania [...] przepisów prawnych koniecznych do wykonania” postanowień Konwencji w sprawie ludobójstwa.

Co więcej, art. 6 Konwencji w sprawie ludobójstwa przewiduje ograniczenie właściwości sądów w sprawach o zbrodnie ludobójstwa do właściwości „terytorialnej”, tj. państwa, na którego obszarze czyn został dokonany (art. 6). Sformułowanie to wręcz domaga się istnienia silnych krajowych struktur instytucjonalnych, które skutecznie radziłyby sobie z aktami ludobójstwa w danym państwie<sup>4</sup>.

Warto wspomnieć, że sama Konwencja w sprawie ludobójstwa obciążona jest systemowymi wadami w zakresie narzędzi egzekwowania jej postanowień – niektóre z nich omówimy poniżej.

Problematyczny w treści Konwencji w sprawie ludobójstwa jest element szczególnego „zamiaru” wpisany w definicję zbrodni ludobójstwa. Ludobójstwo to czyn dokonany w zamiarze zabicia/zniszczenia grupy ludzi. Chociaż Konwencja w sprawie ludobójstwa nie przewiduje wymogu ścisłej czy też zawężającej interpretacji jej postanowień, to „zamiar” jako element strony podmiotowej zbrodni jest zwykle rozumiany jako „zamiar konkretny”, co automatycznie narzuca wysoki próg interpretacyjny.

Po drugie zakres definicji ludobójstwa jest ograniczony, ponieważ obejmuje wyłącznie grupy identyfikowane w kategoriach „etnicznych, narodowych, rasowych lub religijnych”. Nie uwzględnia jednak grup społecznych i politycznych. Sformułowanie to jest problematyczne w świetle wydarzeń historycznych, takich jak nazistowska eksterminacja homoseksualistów ze względu na ich orientację seksualną czy eksterminacja psychicznie chorych Niemców.

Ponadto wydaje się, że nad realizacją zobowiązań wynikających z Konwencji w sprawie ludobójstwa górę biorą względy związane z rozwojem i interesami gospodarczymi. Na przykład sudańskie oddziały wojskowe i etniczne bojówki arabskie od 2003 r. prowadzą ludobójczą akcję przeciwko niearabskim grupom etnicznym w Darfurze. Chociaż Rada Bezpieczeństwa ONZ miała mandat do nałożenia sankcji na rząd Sudanu, nie zrobiła tego. Wynika to częściowo ze strategicznej pozycji Chin w Radzie Bezpieczeństwa<sup>5</sup> oraz interesów gospodarczych Chin w Sudanie.

<sup>4</sup> *Genocide: A Commentary on the Convention*, „The Yale Law Journal”, t. 58, 1948–1949, s. 1142–1160, dostępny pod adresem: [www.digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4830&context=yjlj](http://www.digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4830&context=yjlj).

<sup>5</sup> Należy tu wspomnieć o silnym zaangażowaniu Chin w eksploatację pól naftowych w Sudanie za pośrednictwem państwowego giganta China National Petroleum Company.



Na przestrzeganie przez państwa zobowiązań wynikających z prawa międzynarodowego duży wpływ mają również ich indywidualne agendy polityczne, na przykład związane z otoczeniem bezpieczeństwa. Podejmowane działania państwa często usprawiedliwiają „samoobroną” i „wyższą koniecznością”. Warto też zauważyć, że w określonych przypadkach państwa-strony Konwencji całkowicie ignorowały konflikty, w których dochodziło do ludobójstwa, jeżeli trwający konflikt nie miał znaczącego wpływu na kwestie bezpieczeństwa narodowego lub cele gospodarcze państwa. Tak było na przykład w 1994 r., gdy wybuchł ludobójczy konflikt w Rwandzie, a ONZ nie podjęła żadnych działań<sup>6</sup>.

## 2. Ustawodawstwo krajowe Pakistanu dotyczące penalizacji zbrodni ludobójstwa

Teoretycznie w Pakistanie funkcjonuje dualistyczny system źródeł prawa, w ramach którego istnieje wymóg przyjęcia do porządku krajowego traktatów międzynarodowych – po ich ratyfikacji – w drodze ustawodawstwa krajowego. Pakistan ratyfikował Konwencję w sprawie ludobójstwa w 1958 r., należy jednak gorzko stwierdzić, że mimo upływu 65 lat kraj ten nie był w stanie wprowadzić standardów Konwencji w sprawie ludobójstwa do swojego prawa krajowego. Obecnie nie istnieją krajowe przepisy ustawowe, które wprowadzałyby w życie postanowienia Konwencji w sprawie ludobójstwa.

Pytanie brzmi zatem, w jaki sposób Pakistan zapewnia ochronę konkretnie przed ludobójstwem mniejszościom rasowym, etnicznym i religijnym? Państwo realizuje ten obowiązek poprzez rozproszone przepisy, które znalazły się w kilkunastu aktach prawnych w pakistańskim porządku prawnym, zapewniające jedynie skąpą ochronę tak określonym grupom i poparte wykładnią/

---

To właśnie ze względu na takie zaangażowanie gospodarcze Chiny występują jako sojusznik Sudanu w konflikcie w Darfurze, zob. Sudan Disinvestment Task Force, *PetroChina, CNPC, and Sudan: Perpetuating Genocide*, Washington 2007, dostępne pod adresem: [www.investor-sagainstgenocide.org/files/PetroChina\\_CNPC\\_Sudan.pdf](http://www.investor-sagainstgenocide.org/files/PetroChina_CNPC_Sudan.pdf).

<sup>6</sup> D. Maritz, *Rwandan Genocide: Failure of the International Community*, E-international Relations, 7 kwietnia 2012 r., dostępne pod adresem: [www.e-ir.info/2012/04/07/rwandan-genocide-failure-of-the-international-community](http://www.e-ir.info/2012/04/07/rwandan-genocide-failure-of-the-international-community).

praktyką tych przepisów stosowania przez pakistańskie organy sądownictwa. Biorąc pod uwagę tak zorganizowane ramy prawne i instytucjonalne, dla nikogo nie będzie zaskoczeniem, że ochrona mniejszości w Pakistanie okazuje się niewystarczająca, a czasami wręcz jest nieobecna.

Niezależnie od powyższego stwierdzenia, podejmujemy tu próbę całościowego ujęcia tych rozproszonych przepisów dotyczących ochrony zapewnianej przez ustawodawstwo pakistańskie, szczegółowo opisując poniżej wybrane rozwiązania prawne.

## 2.1. Konstytucja Pakistanu

Konstytucja<sup>7</sup> przewiduje wyraźne postanowienia dotyczące podstawowych praw człowieka, przysługujących każdej osobie zamieszkałej w Pakistanie, niezależnie od przynależności kastowej, wyznaniowej, rasowej czy religijnej. Te podstawowe prawa człowieka określono zgodnie z zobowiązaniami Pakistanu wynikającymi z wielu konwencji międzynarodowych, w tym Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych i Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych. Zgodnie z art. 8 Konstytucji każda ustawa podważająca prawa konstytucyjne jest nieważna w zakresie takiej niezgodności.

Należy zwrócić uwagę na następujące prawa/gwarancje podstawowe<sup>8</sup>:

### a) Prawo do życia:

„Nikt nie może być pozbawiony życia lub wolności, z wyjątkiem przypadków przewidzianych prawem” (art. 9). Zgodnie z istniejącym orzecznictwem, to podstawowe prawo obejmuje między innymi prawo do prowadzenia działalności zarobkowej w celu zapewnienia utrzymania<sup>9</sup>, prawo do ochrony zabytków przed różnymi zagrożeniami oraz

<sup>7</sup> Konstytucja Islamskiej Republiki Pakistanu z dnia 10 kwietnia 1973 r., dostępna pod adresem: [www.na.gov.pk/uploads/documents/1333523681\\_951.pdf](http://www.na.gov.pk/uploads/documents/1333523681_951.pdf).

<sup>8</sup> Konstytucja przewiduje również następujące prawa i gwarancje podstawowe: swobodę przemieszczania się, swobodę działalności gospodarczej i wykonywania zawodu, swobodę zrzeszania się, równość wobec prawa, gwarancje ochrony przed dyskryminacją oraz prawo do zachowania języka, pisma i kultury.

<sup>9</sup> Sprawa *Imran Sajid przeciwko dyrektor zarządzający Telephone Industries of Pakistan*, PLC 2015 (CS) 1487, Sąd Najwyższy.

prawo do korzystania z dziedzictwa kulturowego<sup>10</sup>, a także prawo do sensownego, pełnego i dobrze przeżywanego życia<sup>11</sup>.

- b) Gwarancje ochrony przed bezprawnym aresztowaniem i zatrzymaniem oraz prawo do rzetelnego procesu sądowego:

Prawo do rzetelnego procesu sądowego, zawarte w art. 10 i 10A konstytucji, odnosi się do podstawowych funkcji organów sędziowskich i obejmuje prawo każdej osoby do rzetelnego i właściwego rozpatrzenia jej sprawy przed bezstronnym sądem lub trybunałem<sup>12</sup>.

- c) Nienaruszalność godności człowieka:

„Godność człowieka oraz – z zastrzeżeniem obowiązującego prawa – mir domowy są nienaruszalne” (art. 14 ust. 2) oraz „Nikt nie może być poddawany torturom w celu pozyskania dowodów” (art. 14 ust. 2). Każdej osobie gwarantuje się prawa pokrewne do nienaruszalności godności człowieka, takie jak gwarancje ochrony przed torturami, swobodę poruszania się, prawo do życia i wolności<sup>13</sup>.

- d) Wolność sprawowania kultu i wyznawania religii:

„Z zastrzeżeniem przepisów prawa, zasad porządku publicznego i zasad moralnych: a) każdy obywatel ma prawo wyznawać, praktykować i nauczać swojej religii; oraz (b) każde wyznanie religijne i każdy jego odłam ma prawo zakładać, utrzymywać i prowadzić instytucje sprawowania kultu religijnego”. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego Pakistanu, takie prawo nie ma zatem charakteru absolutnego, ponieważ podlega regulacjom mającym na celu ochronę społeczeństwa<sup>14</sup>.

Należy zauważyć, że prawa podstawowe chronione i gwarantowane na mocy konstytucji podlegają racjonalnym ograniczeniom. Wyżej wymienione prawa skutkują między innymi zakazem zabójstw pozasądowych, przestępstw z nienawiści ze względu na podziały społeczne (np. ze względu na religię, kastę, wyznanie i pochodzenie etniczne), gwarancją sprawiedliwego

---

<sup>10</sup> Sprawa *Kamil Khan Mumtaz przeciwko Prowincji Pendżab*, PLD 2015, Sąd Okręgowy w Lahore 699.

<sup>11</sup> Sprawa *Fakheryar Khan przeciwko Uniwersytetowi Rolniczemu w Peszawarze*, PLD 2016, Sąd Okręgowy w Peszawarze 266.

<sup>12</sup> Sprawa *Partia Watan przeciwko Federacji Pakistanu*, PLD 2012, Sąd Najwyższy 292.

<sup>13</sup> Sprawa *Partia Watan przeciwko Federacji Pakistanu*, PLD 2011, Sąd Najwyższy 997.

<sup>14</sup> Sprawa *Jibendra Kishore Accharya Chowdhary przeciwko Prowincji Pakistanu Wschodniego*, PLD 1957, Sąd Najwyższy 9.

procesu sądowego, zgodnie z którą pokrzywdzony i oskarżony mają prawo do odwołania się do procedury przewidzianej prawem, zamiast dokonywania samosądu. Przepisów tych nie można pominąć w kontekście Konwencji w sprawie ludobójstwa, ponieważ pokazują one, że w ramach niezbędnych wymogów minimalnych w Pakistanie funkcjonują gwarantowane konstytucyjnie prawa podstawowe przysługujące każdej osobie, niezależnie od określonej grupy, do której taka osoba należy.

## 2.2. Kodeks karny Pakistanu z 1860 r.

Kodeks karny Pakistanu z 1860 r. (dalej: KKP) określa podstawowe przepisy karne w formie odziedziczonej po brytyjskich rządach kolonialnych i modyfikowanej przez lata w duchu odzwierciedlającym tendencje teokratyczne w Pakistanie.

Warto wspomnieć, że KKP nie przewiduje konkretnego zakazu zbrodni międzynarodowych, takich jak zbrodnie agresji czy ludobójstwa. W ramach niezbędnego minimum można wskazać następujące przepisy, które zapewniają pewne fundamentalne podstawy do zapobiegania zbrodniom przeciwko określonym grupom społecznym:

### a) Podżeganie do wrogości między różnymi grupami

Przepis art. 153A KKP penalizuje następujące czyny:

- i. „Promowanie lub podżeganie do antagonizmu lub nastrojów wrogości, nienawiści lub złej woli między różnymi grupami religijnymi, rasowymi, językowymi lub regionalnymi, ze względu na ich religię, rasę, miejsce urodzenia, miejsce zamieszkania, język, kastę lub społeczność, z której się wywodzą, lub z jakiegokolwiek innego powodu”;
- ii. „Popęlnienie lub podżeganie innej osoby do popełnienia czynu niosącego szkodę dla harmonijnego współżycia między różnymi grupami”;
- iii. „Organizowanie lub podżeganie innej osoby do organizowania ćwiczeń, przemieszczeń grupowych, musztry lub innych podobnych działań mających na celu użycie lub przeszkolenie uczestników takiego ćwiczenia, przemieszczenia grupowego, musztry

lub działania w zakresie użycia siły przestępczej, lub przemocy wobec dowolnej grupy odrębnej religijnie, rasowo, językowo lub regionalnie, lub dowolnej kasty i wspólnoty, lub dowolnej grupy ludzi identyfikowanej na podstawie takich kryteriów”.

Karą przewidzianą w art. 153A KKP jest kara pozbawienia wolności w wymiarze do 5 lat wraz z karą grzywny.

Wyżej wymienione przepisy konstytuują być może jedyne rozwiązanie w porządku prawnym Pakistanu przewidujące szeroką listę czynów, które są penalizowane w przypadku, gdy są popełniane przeciwko określonej grupie społecznej.

Ponadto przepisy rozdziału XV KKP (Przestępstwa związane z religią) penalizują przestępstwa związane z religią, w tym:

- a) uszkodzenie lub zbezczeszczenie miejsca kultu dowolnej religii (art. 295);
- b) rozmyślne i złośliwe czyny mające na celu obrażę uczuć dowolnej klasy/grupy poprzez znieważenie wyznawanej przez nią religii (art. 295A);
- c) zakłócanie zgromadzenia religijnego (art. 296);
- d) obraza uczuć religijnych poprzez wypowiedź słowną (art. 298).

Podstawowy problem dotyczący stosowania tych przepisów wynika z towarzyszących im klauzul dodatkowych, których niejednoznaczność powoduje, że penalizacja przewidzianych w nich czynów ma charakter subiektywny.

### 2.3. Ustawa antyterrorystyczna z 1997 r.

W art. 6 ustawy „terroryzm” określa się jako działanie lub groźbę podjęcia działania, gdzie:

działanie lub groźba podjęcia działania ma na celu realizację postulatów religijnych, wyznaniowych lub etnicznych, lub zastraszenie i terroryzowanie ogółu społeczeństwa, grup społecznych, przedstawicieli środków masowego przekazu, firm i organizacji biznesowych lub zaatakowanie ludności cywilnej, w tym zniszczenie mienia poprzez splądrowanie, grabież, podpalenie lub

w jakikolwiek inny sposób, urzędników państwowych, instalacji, sił bezpieczeństwa lub organów ścigania<sup>15</sup>.

Niemniej jednak wskutek tej ustawy, ze względu na przewidziane w niej wymogi proceduralne, np. oparcie w dużej mierze na zeznaniach świadków, brak ochrony świadków, duże opóźnienia i ograniczone możliwości dochodzeniowo-śledcze, orzecznictwo specjalnych sądów antyterrorystycznych (ATC) zaroilo się od uwag na temat wadliwego działania organów prowadzących postępowania przygotowawcze, a odzwierciedlającego wady wynikające z przepisów o postępowaniu dowodowym. Można tu przywołać sprawę o przeprowadzenie aktów terrorystycznych, w której przewodniczący składu sędziowskiego starał się dokonać wykładni rozszerzającej, wskazując ostatecznie, że „wady proceduralne, a niekiedy nawet bezprawność działań podejmowanych w ramach śledztwa, nie unieważniają argumentacji oskarżyciela publicznego ani zasadności samego procesu”<sup>16</sup>. Orzeczenia takie stanowią jednak wyjątki i zapadają niezwykle rzadko; ponadto wydawane do nich uzasadnienia nie są wystarczającym narzędziem do poprawy sytuacji, ze względu na brak solidnych i skutecznych przepisów, które usunęłyby wady proceduralne.

### **3. Struktura demograficzna państwa a historia społeczności Hazarów w Pakistanie**

Jak zauważył Monis Ahmer, krajobraz prowincji Pakistanu jest definiowany w kategoriach etnicznych. Autor ten wyjaśnia, że nazwy wszystkich prowincji Pakistanu pochodzą od zamieszkujących je społeczności etnicznych, np. nazwa prowincji „Sindh” pochodzi od Sindhów, „Pendżab” od używanego tu języka pendżabskiego, w Beludżystanie mieszkają Beludżowie, a prowincja

---

<sup>15</sup> Ustawa antyterrorystyczna, 1997, dostępna pod adresem: <https://nacta.gov.pk/wp-content/uploads/2017/08/Anti-Terrorism-Act-1997.pdf>

<sup>16</sup> M. Zaidi, *Terrorism Prosecution in Pakistan*, Washington 2016, dostępne pod adresem: [www.usip.org/sites/default/files/PW113\\_Terrorism-Prosecution-in-Pakistan.pdf](http://www.usip.org/sites/default/files/PW113_Terrorism-Prosecution-in-Pakistan.pdf).

Chajber Pasztunchwa zamieszkała jest przez Pasztunów<sup>17</sup>. Pokazuje to, że w Pakistanie tożsamość etniczna jest istotnym czynnikiem identyfikacji ludności.

Ze względu na brak wspólnego języka i poczucia wspólnoty pomiędzy poszczególnymi społecznościami, Pakistan wykorzystywał „islam” jako kategorię jednoczącą społeczeństwo państwa. Polityka ta nie powiodła się, a rząd Pakistanu uwikłał się głęboko w konflikty etniczne, zwłaszcza pod koniec lat 70. XX w. Wraz z islamską rewolucją w Iranie w 1978 r., wojną zastępczą prowadzoną przez Pakistan w Afganistanie w 1979 r. i dojściem do władzy konserwatywnego reżimu wojskowego w 1978 r., Pakistan stanął w obliczu narastających konfliktów etnicznych i o podłożu religijnym na swoim terytorium.

Jak zauważa Amin, głównym nierozwiązanym problemem Pakistanu były od zawsze etniczne i regionalne sub-nacjonalizmy w prowincjach. Chociaż spojrzenie na mapę Pakistanu, po odłączeniu się Pakistanu Wschodniego, pokazuje państwo bardzo spójne, krytyczne problemy kraju pozostają nierozwiązane po dziś dzień.

W naznaczonym wspomnianą powyżej różnorodnością religijną, kulturową i językową Pakistanie zamieszkuje druga co do liczebności społeczność szyitów po Iranie, przy czym w strukturze ludności państwa 80–85% to sunnici, a 15–20% to szyici<sup>18</sup>. Hazarowie zamieszkujący stolicę Beludżystanu, Quettę, to perskojęzyczna grupa etniczna pochodząca ze środkowego Afganistanu. Liczebność tej należącej do szyickiego odłamu islamu społeczności, posiadającej wyraźnie orientalne rysy twarzy<sup>19</sup>, wynosi około 500 000 do 550 000 ludzi<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> M. Ahmar, *Conflict Prevention and the New Provincial Map of Pakistan: A Case Study of Hazara Province*, „Journal of Political Studies” 2013, t. 20, z. 2.

<sup>18</sup> M. Kalin, N. Siddiqui, *Religious Authority and the Promotion of Sectarian Tolerance in Pakistan*, raport specjalny, Washington 2014, dostępny pod adresem: [www.usip.org/sites/default/files/SR354\\_Religious-Authority-and-the-Promotion-of-Sectarian-Tolerance-in-Pakistan.pdf](http://www.usip.org/sites/default/files/SR354_Religious-Authority-and-the-Promotion-of-Sectarian-Tolerance-in-Pakistan.pdf).

<sup>19</sup> UK Home Office, *Country Policy and Information Note: Hazaras, Pakistan, July 2022*, dostępny pod adresem: [www.gov.uk/government/publications/pakistan-country-policy-and-information-notes/country-policy-and-information-note-hazaras-pakistan-july-2022-accessible](http://www.gov.uk/government/publications/pakistan-country-policy-and-information-notes/country-policy-and-information-note-hazaras-pakistan-july-2022-accessible).

<sup>20</sup> H. Gazdar, S. Ahmad Maker, I. Khan, *Buffer Zone, Colonial Enclave or Urban Hub? Quetta: Between Four Regions and Two Wars*, Crisis States Research Centre working papers series 2 (69), London 2010.

Masakra tej społeczności, motywowana względami religijnymi i etnicznymi, trafiła niedawno na czołówki międzynarodowych i krajowych mediów.

#### 4. Akty okrucieństwa wobec społeczności Hazarów a brak skutecznego systemu reagowania

U podłoża historii niszczenia, prześladowania i okrucieństw wobec społeczności Hazarów leży konflikt na tle różnic religijnych. Akty przemocy na tle religijnym między szyitami i sunnitami przybrały na sile po wydarzeniach 11 września 2001 r., w warunkach szerzącej się islamofobii, który to kryzys bojownicy uznali za okazję do narzucenia swojego światopoglądu innym.

Akty przemocy wobec społeczności Hazarów w Pakistanie miały przebieg etapowy: faza początkowa, która trwała mniej więcej od lat 70. do lat 90. XX w., miała charakter kampanii propagandowej przeciwko ich przekonaniom religijnym; druga faza, od lat 90. XX w. do roku 2000, była naznaczona brutalnymi wystąpieniami, w tym identyfikacją, nękaniami i zabijaniem jej członków, a faza najbardziej przerażająca, w której jesteśmy świadkami masowych ataków na Hazarów, rozpoczęła się na początku 2000 r. i trwa do dziś. Oplakane położenie Hazarów, w którym znaleźli się oni w 2003 r. w następstwie ataku na wiernych podczas piątkowych modlitw na ulicy Mekongi w Quetcie czy ataku na kadetów hazarskiej policji, znalazło się w centrum uwagi na scenie prawnej i politycznej, a relacjom tym towarzyszyła krytyka zaniedbań rządu pakistańskiego. Dochodziło do ataków na procesje religijne, pokojowe wiece czy nawet bawiące się na zewnątrz dzieci w imię oczyszczenia Pakistanu z szyitów. Do przeprowadzenia ataków przyznała się wówczas organizacja Lashkar-e Jhangvi. Jeszcze później całym Pakistanem do głębi wstrząsnęły brutalne ataki na wiernych zgromadzonych na modlitwach podczas Święta Ofiarowania czy też haniebne zabójstwa w mieście Mastung<sup>21</sup>.

Co więcej, narada przedstawicieli społeczności Hazarów w styczniu 2021 r., skutkująca odmową pochowania ciał ofiar ataków w nieczynnej kopalni węgla,

---

<sup>21</sup> S. Shah, *Timeline of Attacks on the Hazara community*, The News, 8 stycznia 2021 r., dostępny pod adresem: [www.thenews.com.pk/print/771143-timeline-of-attacks-on-the-hazara-community](http://www.thenews.com.pk/print/771143-timeline-of-attacks-on-the-hazara-community).



stanowiła wyraźny sygnał, że Pakistan nie poradził sobie z tym poważnym i trudnym do rozwiązania problemem. Jak podano w serwisie SATP (południowoazjatycki portal dot. terroryzmu)<sup>22</sup>, tylko w 2014 r. w państwie doszło do 51 ataków na tle religijnym, w których 140 osób poniosło śmierć, a 198 zostało rannych. Należy zauważyć, że do większości tych zabójstw przyznała się organizacja Lashkar-e-Jhangvi, której działalność została zakazana w Pakistanie. Z kolei odpowiedzialność za niedawny atak na górników w 2021 r. wzięła na siebie grupa bojowników Państwa Islamskiego (PI lub Da'ish).

Przed sądy trafili jedynie nieliczni sprawcy, których i tak uniewinniono ze względu na „brak dowodów”. Dobitym przykładem jest sprawa Malika Ishaq, lidera LeJ, którego Sąd Najwyższy Pakistanu w 2011 r. zwolnił z więzienia po odbyciu 14 lat kary pozbawienia wolności za udział w atakach bojówkarskich. Po zwolnieniu Ishaq otwarcie brał udział w publicznych wiecach i podlegał do mowy nienawiści wobec szytów. Głośna była też inna sprawa, w której doszło do ucieczki z więzienia o zastrzonym rygorze przywódcy beludżystańskiego oddziału LeJ, Usmana Kurda, wraz z jego zastępcą Dawoodem Badini. Są to jedynie wybrane sprawy, które wśród wielu podobnych pokazują stopień niedołęжности systemu sądownictwa karnego Pakistanu.

## 5. Reakcja administracji rządowej

Mając na uwadze wspomnianą powyżej definicję ludobójstwa, w kontekście Pakistanu spełnione są jednoznacznie dwa elementy zbrodni: naruszenie nietykalności cielesnej przez organizacje, takie jak Lashkar-e-Jhangvi (LeJ), które otwarcie deklarowały, że celem ich działań jest „oczyszczenie Pakistanu”, co spełnia jeden z warunków definicji ludobójstwa, tj. „rozmyślane stworzenie dla członków grupy warunków życia obliczonych na spowodowanie ich całkowitego lub częściowego zniszczenia fizycznego”. W liście otwartym opublikowanym w czerwcu 2011 r. przywódcy LeJ zadeklarowali zamiar „unicestwienia nieczystej sekty” szytów i szytów hazarskich<sup>23</sup>. Po drugie

<sup>22</sup> *Fatalities in Terrorist Violence in Pakistan 2000–2019*, South Asia Terrorism Portal, dostępny pod adresem: [www.satp.org/satporgtp/countries/pakistan/database/casualties.htm](http://www.satp.org/satporgtp/countries/pakistan/database/casualties.htm).

<sup>23</sup> DFAT, 20.02.2019, s. 36; Zob. także USCIRF, kwiecień 2020 r., s. 33; USDOS, 10.06.2020, rozdział II.

w przypadku społeczności Hazarów spełnione jest też kolejne kryterium, tj. „spowodowanie poważnego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia psychicznego członków grupy”, ponieważ jej prześladowania mają charakter systematyczny.

Uprawniony jest zatem wniosek, że sądownictwo Pakistanu wykazuje daleko posuniętą nieskuteczność w karaniu sprawców bezpośrednich, kierowniczych i osób dokonujących zbrodni na mocy ustaw dotyczących zwalczania terroryzmu, jednakże jednocześnie należy wskazać, że sądy – z braku jednoznacznych, konkretnych przepisów – nie dysponują odpowiednimi narzędziami do egzekwowania istniejącego prawa. Czynniki, takie jak brak skutecznie reagującego systemu sądownictwa karnego, brak ochrony świadków i napięcia między wspólnotami religijnymi, to tylko niektóre z wielu wyzwań.

Niemniej jednak niepokojąca jest bezczynność rządu centralnego, który nie potrafi zapobiegać przypadkom przenikania bojowników do głównego nurtu polityki krajowej. Pomimo członkostwa w objętych zakazem działalności organizacjach, ludzie tacy jak Maulana Ludhanvi i Azam Tariq (przywódcy organizacji Sipah-e-Sahaba i Lashkar-e-Jhangvi) startowali w wyborach w latach 2002 i 2005<sup>24</sup>.

Jak zauważa Harff, „ludobójstwo charakteryzuje się raczej wystąpieniami społecznymi, w których grupy ofiar, przeciwko którym są one skierowane, są identyfikowane na podstawie kryteriów etnicznych, narodowościowych lub religijnych”<sup>25</sup>. W Pakistanie ludobójstwo na społeczności Hazarów przyspieszyły mowa nienawiści, zmiana układu w obozie władzy, zaangażowanie zewnętrzne, niestabilność regionalna, a przede wszystkim luki w systemie prawnym. Pakistan można jednoznacznie określić jako państwo obarczone wysokim ryzykiem występowania masowych mordów ukierunkowanych na mniejszości religijne i etniczne.

---

<sup>24</sup> ‘Incidents and Statements involving Sipah-e-Sahaba Pakistan: 1986–2012’, South Asia Terrorist Portal, 2012, dostępny pod adresem: [www.satp.org/satporgtp/countries/pakistan/terroristoutfits/ssp\\_tl.htm](http://www.satp.org/satporgtp/countries/pakistan/terroristoutfits/ssp_tl.htm).

<sup>25</sup> B. Harff, *No Lessons Learned from the Holocaust? Assessing Risks of Genocide and Political Mass Murder since 1955*, „The American Political Science Review” 2003, t. 97, nr 1, s. 57–73, dostępny pod adresem: [www.jstor.org/stable/3118221](http://www.jstor.org/stable/3118221).

Niewątpliwie na Pakistanie spoczywa ogromna odpowiedzialność wynikająca z międzynarodowych zobowiązań dotyczących ochrony grup religijnych społeczeństwa państwa narażonych na akty ludobójstwa. Dotrzymanie tych zobowiązań jest jednak niemożliwe bez uświadomienia sobie skali problemu, a to wymaga od rządu Pakistanu przyznania, że ataki antyżydowskie stanowią zdarzenia wyzwalające akty ludobójstwa i potencjalnie zagrażają całemu społeczeństwu.

## Wnioski

Powyższe rozważania dowodzą, że Pakistan powinien przeformułować swoje strategie i priorytety bezpieczeństwa, koncentrując się na bezpieczeństwie człowieka i powstrzymując od legalizowania każdego działania administracji państwowej jako środka podejmowanego w imię bezpieczeństwa narodowego. Bezpieczeństwo na obszarach niekontrolowanych, takich jak prowincja Beludżystan, należy uregulować poprzez wzmocnienie miejscowych struktur ścigania. Zamiast zamykania członków społeczności Hazarów w „getcie” zamieszkiwanego przez nich miasta, rząd Pakistanu powinien podjąć energiczne i skuteczne działania w celu powstrzymania zagrożeń. Będąc członkiem społeczności międzynarodowej, Pakistan od zawsze wypowiadał się na temat trudnego położenia mieszkańców Kaszmiru czy Palestyńczyków, lecz nie zdołał zaproponować żadnego konkretnego i trwałego rozwiązania kwestii Hazarów mieszkających na jego terytorium.

Konieczne jest również uświadomienie sobie, że problem wynika głównie z faktu, że Pakistan nie zalicza aktów okrucieństwa przeciwko Hazarom do kategorii ludobójstwa wskutek braku skutecznych ram prawnych. Niewątpliwie Pakistan narusza ciężące na nim zobowiązania międzynarodowe, ponieważ jego obecne ustawodawstwo w ogóle nie klasyfikuje ludobójstwa jako zbrodni, nie mówiąc już o jej zdefiniowaniu. Obecne ustawodawstwo Pakistanu jest niewystarczające, zarówno pod względem materialnym, jak też procesowym, aby skutecznie radzić sobie z takimi zbrodniami, jak ludobójstwo, zbrodnie przeciwko ludzkości, itp. Konstytucja Pakistanu przewiduje wprowadzić prawa podstawowe, jak wspomniano i omówiono powyżej, jednak

brakuje ich skonkretyzowania, wskutek czego opisane tu haniebne zbrodnie przechodzą niezauważone i nieukarane.

W świetle powyższych rozważań i analiz, sprawą pierwszorzędnej wagi dla Pakistanu powinno być przyjęcie krajowych rozwiązań ustawowych w celu wprowadzenia w życie postanowień Konwencji w sprawie ludobójstwa. Po drugie państwo powinno powołać skuteczną i bezstronną komisję dochodzeniową zgodnie z Mechanizmami Badania Zbrodni ONZ i Protokołem z Minnesoty do zbadania przypadków naruszeń prawa międzynarodowego na szczeblu krajowym. Po trzecie należy wprowadzić kolejne innowacyjne metody ścigania w celu uniknięcia opóźnień w postępowaniach przygotowawczych i procesach sądowych, a po czwarte wdrożyć działania na rzecz wzmocnienia systemu reagowania w sprawach karnych.

# Praktyka skazywania za gwałty dokonane w ramach ludobójstwa: Niedociągnięcia Nadzwyczajnych Izb w Sądach Kambodży

## Wprowadzenie

Z początkiem 1979 r. w Kambodży dobiegła końca epoka „piekła na ziemi” i „więzienia bez ścian”<sup>1</sup>. Przez prawie cztery lata w kraju rządzonym przez reżim Czerwonych Khmerów pod kierownictwem Pol Pota panował terror przemocy i opresji. Pol Pot i przywódcy Komunistycznej Partii Kampuczy (KPK) ustanowili państwo totalitarne pod nazwą Demokratycznej Kampuczy, które w historii Kambodży stanowi okres naznaczony grozą i śmiercią. W ramach zaprowadzania nowych porządków KPK doprowadziła do zniszczenia wszystkich dotychczasowych struktur gospodarczych, politycznych i prawnych, dokonując egzekucji każdego, kto został uznany za wroga rewolucji<sup>2</sup>. Ofiarami rządów terroru Czerwonych Khmerów padło ponad półtora miliona Kambodżan<sup>3</sup>. Panowaniu Pol Pota nad Kambodżą i ludobójstwu ostatecznie położyła kres inwazja Wietnamu i ustanowienie Ludowej Republiki Kampuczy. O ile w literaturze przedmiotu szczegółowo opisano ludobójczą politykę KPK realizowaną w okresie czterech lat rządów Pol Pota, znacznie mniej uwagi poświęcono aktom niewyobrażalnej przemocy seksualnej, jakich reżim dopuszczał się na obywatelach kraju, które później ścigane były przez Trybunał ds. ścigania zbrodni Czerwonych Khmerów.

---

<sup>1</sup> A.L. Hinton, *Why Did They Kill?: Cambodia in the Shadow of Genocide*, Berkeley 2005, s. 1.

<sup>2</sup> Sprawa nr 001, sprawa nr 001/18-07-2007/ECCC/TC, orzeczenie z dnia 26 lipca 2010 r., § 82.

<sup>3</sup> ECCC, *Introduction to the ECCC*, dostępne pod adresem: [www.eccc.gov.kh/en/introduction-eccc](http://www.eccc.gov.kh/en/introduction-eccc) (dostęp: 14.07.2021).

W ramach ścigania przywódców reżimu odpowiedzialnych za haniebne zbrodnie i mordy popełnione przez Czerwonych Khmerów Kambodża ustanowiła nadzwyczajne izby w sądach Kambodży (ECCC), tj. Trybunał ds. ścigania zbrodni Czerwonych Khmerów. W 2001 r. w Kambodży uchwalono ustawę ustanawiającą Trybunał w celu osądzenia zbrodni popełnionych w latach 1975–1979<sup>4</sup>. W 2003 r. Kambodża podpisała z Organizacją Narodów Zjednoczonych porozumienie określające zakres i tryb zaangażowania społeczności międzynarodowej w przyszłe procesy karne. Ustawa o nadzwyczajnych izbach w sądach Kambodży przewidywała umocowanie Trybunału do „postawienia przed wymiarem sprawiedliwości wyższych przywódców [Demokratycznej Kampuczy] i osób, na których ciążyła największa odpowiedzialność za zbrodnie i poważne naruszenia kambodżańskiego prawa karnego, międzynarodowego stanowionego i zwyczajowego prawa humanitarnego oraz konwencji międzynarodowych”<sup>5</sup>. Trybunał, w którego skład weszli sędziowie kambodżańscy i międzynarodowi, rozdzielił postępowania przeciwko funkcjonariuszom KPK na wiele odrębnych procesów, w których opierał się głównie na przepisach prawa cywilnego<sup>6</sup>. Sprawa nr 001 dotyczyła ścigania Kaing Guek Iew za sprawstwo kierownicze zabójstw ponad 12 000 osób w czasie, gdy pełnił on funkcję zastępcy komendanta więzienia i obozu zagłady Tuol Sleng<sup>7</sup>. Ponieważ sprawa nr 001 objęła tylko jeden zarzut gwałtu, skupimy się tutaj na sprawie nr 002. Aktem oskarżenia w sprawie nr 002 zostali objęci dwaj wysocy rangą przywódcy: Nuon Chea i Khieu Samphan. Chea był między innymi zastępcą sekretarza KPK, sprawując jednocześnie wiele innych funkcji, w tym pełniącego obowiązki premiera i ministra propagandy i informacji<sup>8</sup>. Samphan pełnił funkcję głowy państwa począwszy od 1976 r.<sup>9</sup> Trybunał

<sup>4</sup> ECCC, *About ECCC*, dostępne pod adresem: [www.eccc.gov.kh/en/about-eccc](http://www.eccc.gov.kh/en/about-eccc) (dostęp: 11.12.2019).

<sup>5</sup> Sprawa nr 001, § 13.

<sup>6</sup> A.T. Cayley, *Prosecuting Mass Atrocities at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia (ECCC)*, „Washington University Global Studies Law Review” 2012, t. 11, nr 2, s. 445.

<sup>7</sup> E. Stover et al., *Confronting Duch: Civil party participation in Case 001 at the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia*, „International Review of the Red Cross”, t. 93, nr 883, s. 503–504.

<sup>8</sup> Sprawa nr 002/01, sprawa nr 002/19-09-2007/ECCC/TC orzeczenie z dnia 7 sierpnia 2014 r., § 9.

<sup>9</sup> ECCC, *Khieu Samphan*, dostępne pod adresem: [www.eccc.gov.kh/en/indicted-person/khieu-samphan](http://www.eccc.gov.kh/en/indicted-person/khieu-samphan) (dostęp: 3.12.2019).

rozdzielił sprawę nr 002 na dwa postępowania, w ramach których miano osądzić niewyobrażalną liczbę zbrodni popełnionych z rozkazu oskarżonych. Sprawa nr 002/01 dotyczyła zbrodni przeciwko ludzkości tj. przymusowych przesiedleń ludności i egzekucji byłych urzędników Republiki Khmerów. Kolejna sprawa nr 002/02 koncentrowała się na czystkach, miejscach egzekucji, traktowaniu grup etnicznych i religijnych, przeciwko którym kierowano ataki, oraz regulacji dotyczących małżeństw<sup>10</sup>.

W tym artykule przeanalizujemy przyjętą przez nadzwyczajne izby w sądach Kambodży (ECCC) praktykę skazywania oskarżonych w sprawie nr 002 w zakresie dotyczącym przymusowych małżeństw zawieranych pod rządami Czerwonych Khmerów. W części pierwszej przedstawię ogólne informacje na temat praktyk przymusowego małżeństwa i gwałtów w tym kontekście popełnianych przez Czerwonych Khmerów. Część druga dotyczy głównie kwestii odrzucenia przez nadzwyczajne izby modelu karania przywódców przyjętego w Międzynarodowym Trybunale Karnym (MTK) i Międzynarodowym Trybunale Karnym dla byłej Jugosławii oraz Międzynarodowym Trybunale Karnym dla Rwandy. W części trzeciej przedstawiam model orzekania kar przyjęty w Statucie Rzymskim MTK. Część czwarta obejmuje analizę podejścia nadzwyczajnych izb do wydawania wyroków skazujących, odwołując się do zasad buddyzmu kambodżańskiego i nastrojów społecznych w kwestii pojednania narodowego. W świetle uwarunkowań kulturowych Kambodży, jak argumentuję w tym artykule, nadzwyczajne izby powinny były wydać konkretne wyroki odnoszące się z osobna do każdego popełnionego przestępstwa, a nie jeden ogólny wyrok przewidujący szeroko zdefiniowaną karę za wiele popełnionych przestępstw. Proponowane przeze mnie rozwiązanie zapewniłoby większe poczucie wśród społeczeństwa, że sprawiedliwość została faktycznie wymierzona, a także wysunięcie na pierwszy plan cierpień, jakich doświadczyły ofiary przymusowych małżeństw i gwałtów.

---

<sup>10</sup> Sprawa nr 002/02, sprawa nr 002/19-09-2007/ECCC/TC, orzeczenie z dnia 16 listopada 2018 r., § 3701.

## 1. Przymusowe małżeństwa pod rządami Czerwonych Khmerów

Instytucja małżeństwa oraz potomstwo odegrały kluczową rolę w wizji Kambodży realizowanej przez Pol Pota, a ich instrumentalizacja spowodowała zanik autonomii obywateli w zakresie decydowania o zawarciu małżeństwa czy dokonywania wyborów osobistych co do dysponowania własnym ciałem. Przez cały okres swoich rządów Czerwoni Khmerzy zmuszali ludzi do zawierania małżeństw, postrzegając więzy małżeńskie i rodzinne jako kluczowe dla budowy nowego społeczeństwa<sup>11</sup>. W imię niezagrożonej kontynuacji swojej władzy Pol Pot chciał doprowadzić do tego, aby obywatele zaczęli płodzić i rodzić jak najwięcej dzieci, które mogłyby indoktrynować do ślepego wykonywania jego rozkazów. Samphan był architektem propagandy nawołującej do powszechnej prokreacji, zgodnie z którą członkowie partii KPK powinni „szybko zwiększyć liczebność ludności kraju [...], zapewniając jednocześnie ludziom podstawową edukację polityczną, ideologiczną i organizacyjną”<sup>12</sup>. Mając na uwadze doprowadzenie do wzrostu populacji i wychowania całego pokolenia wyznawców, którzy zapewniliby ciągłość i pełnię rządów według ideologii KPK, Czerwoni Khmerzy wprowadzili politykę powszechnych przymusowych małżeństw.

Ponieważ strategia Czerwonych Khmerów, koncentrująca się na wzroście liczby małżeństw, prowadziła do rosnącej liczby związków zawieranych pod przymusem, gwałt stał zjawiskiem powszechnym. Każdy, kto chciał wstąpić w związek małżeński, musiał uzyskać zgodę KPK. Brak zgody oznaczał koniec nadziei na małżeństwo z wybranym partnerem, a następnie często konieczność zawarcia aranżowanego przez aparat partyjny związku z kimś innym<sup>13</sup>. Dobór par małżeńskich przez KPK był w dużej mierze oparty na zbliżonym pochodzeniu społecznym<sup>14</sup>. Kobiетom, które odmówiły zgody na małżeństwo z wybraną dla nich osobą, grozono gwałtem i śmiercią. Czerwoni Khmerzy uprowadzili męża już zamężnej kobiety, Mom Vun i nakazali jej ponowne wyjście za mąż. Kiedy odmówiła, została zbiorowo zgwałcona przez pięciu

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, § 3539.

<sup>12</sup> *Ibidem*, § 3551.

<sup>13</sup> *Ibidem*, §§ 3601–3602.

<sup>14</sup> *Ibidem*, § 3572.



bojowników, którzy ostatecznie wymusili jej zgodę na nowe małżeństwo pod groźbą zabójstwa jej dzieci<sup>15</sup>. Wskazując na fakt, że powszechne zastraszanie należało do podstawowego instrumentarium rządów Czerwonych Khmerów, Trybunał słusznie uznał, że w przypadku małżeństw zawieranych pod egidą KPK nie można mówić o domniemaniu zgody małżonków<sup>16</sup>. Według oczekiwania reżimu, po ślubie przymuszeni do niego małżonkowie mieli odbyć stosunek płciowy, a pary były obserwowane pod tym kątem podczas nocy poślubnych. Taka sytuacja przydarzyła się także Mom Vun. Bojówkarze wdarli się do pokoju i zmusili ją i jej męża do skonsumowania małżeństwa na ich oczach; w taki sam sposób potraktowali kolejne pary<sup>17</sup>. Inna kobieta, która stawiała opór mężowi w noc poślubną, a w następstwie skargi złożonej przez niego, została wezwana przez dowódcę wojskowego do pokoju, w którym ten – bez świadków – groził jej i dokonał na niej gwałtu<sup>18</sup>. Nieludzkie traktowanie obywateli było na porządku dziennym w ideologii KPK, wymuszającej niechciane małżeństwa i niedobrowolne stosunki płciowe. Izby nadzwyczajne musiały osądzić te haniebne praktyki w ramach ścigania zbrodni Czerwonych Khmerów.

## 2. Podejście nadzwyczajnych izb w sądach Kambodży do orzekania kar

Ponieważ w statucie nadzwyczajnych izb nie przewidziano wytycznych dotyczących orzekania kar, w ramach sprawy nr 001 podejście do wielokrotnych wyroków skazujących określił sam Trybunał. Decyzję o sposobach postępowania Trybunał oparł na analizie wielu źródeł prawa. W szczególności Trybunał musiał ustalić, czy w ramach postępowań stosować krajowy czy też międzynarodowy porządek prawny, czy też kombinację obu. Trybunał przeanalizował procedurę stosowaną przez wcześniejsze trybunały międzynarodowe, a także przyjętą w Statucie Rzymskim MTK. Po pierwsze, Trybunał wskazał na fakt, że pierwsze tego typu organy sędziowskie, tj. Międzynarodowe Trybunały

---

<sup>15</sup> *Ibidem*, § 3621.

<sup>16</sup> *Ibidem*, § 3623.

<sup>17</sup> *Ibidem*, § 3642.

<sup>18</sup> *Ibidem*, § 3646.

Wojskowe w Norymberdze i w Tokio, wydawały pojedyncze wyroki skazujące w sprawach osądzanych po II wojnie światowej. Następnie rozważono sposób działania międzynarodowych trybunałów karnych dla byłej Jugosławii, Rwandy i Sierra Leone, z których wszystkie uznały, że wydanie wyroku skazującego jest właściwe wyłącznie wówczas, gdy popełniono wiele czynów przestępnych w ramach ciągu przestępstw, tj. tej samej zbrodni<sup>19</sup>. Trybunał przytoczył następnie podejście MTK określone w art. 78 ust. 3 Statutu Rzymskiego. Wreszcie Trybunał przeanalizował różne przepisy kambodżańskie w tym przedmiocie. Kambodżański kodeks karny dopuszczał wymierzenie jednej kary w ramach skazania winnego wielu czynów o podobnym charakterze<sup>20</sup>. Po zapoznaniu się ze źródłami prawa i wyraźnym odrzuceniu metod stosowanych od czasów trybunałów osądzających zbrodnie II wojny światowej, Trybunał zdecydował się „wymierzyć wyrok łączny, który odzwierciedla całość zachowania przestępnego, w przypadku gdy oskarżony jest skazywany za wiele przestępstw”<sup>21</sup>. W kontrze do orzecznictwa innych sądów, a nawet przepisów konstytuującej go ustawy, dopuszczających wydanie wyroku karnego wyłącznie za wiele powiązanych ze sobą czynów przestępnych, Trybunał zdecydował się wydać jeden wyrok obejmujący wszystkie przestępstwa, bez względu na podobieństwa lub różnice między nimi. Chociaż Trybunał podjął wysiłek sporządzenia listy możliwych rozwiązań proceduralnych, w swoim orzeczeniu nie wyjaśnił powodów, dla których zdecydował się na użycie wyroku. Orzekając wielokrotne wyroki skazujące w sprawie nr 002, Trybunał oparł się zatem na precedensie ustanowionym w sprawie nr 001.

Orzeczenie Trybunału w sprawie nr 002/02 zostało poprzedzone drobiazgową analizą przypadków małżeństw przymusowych. Po przedstawieniu w postępowaniu omówionych wcześniej dowodów na wymuszanie zawierania małżeństw i gwałty, oskarżeni Samphan i Chea podjęli próbę obrony niegodziwych praktyk reżimu. Samphan wskazywał na historyczne praktyki aranżowania przez rodziny małżeństw między dziećmi bez uzyskania ich zgody. Chea dowodził, że do zawierania małżeństw dążyli rodzice, a dzieci nigdy nie kwestionowały ich decyzji w tym względzie<sup>22</sup>. Rozwijając ten argument, Chea

<sup>19</sup> Sprawa nr 001, § 587.

<sup>20</sup> *Ibidem*, § 589.

<sup>21</sup> *Ibidem*, § 590.

<sup>22</sup> Sprawa nr 002/02, § 3687.

twierdził nawet, że ściganie przymusowych małżeństw i wynikających z nich gwałtów przez nadzwyczajne izby stanowi „ni mniej, ni więcej niż zakwestionowanie w ramach prowadzonych procesów całej instytucji aranżowanego małżeństwa”<sup>23</sup>. Niemniej jednak Trybunał odrzucił argumentację Samphana i Chea, wskazując na istotne różnice między tradycyjnymi małżeństwami aranżowanymi a praktyką ich wymuszania stosowaną przez Czerwonych Khmerów. W instytucji aranżowanego małżeństwa nieobecne były elementy przymusu, a dzieci powierzały rodzicom podjęcie jak najlepszej dla nich decyzji, która miała zapewnić im szczęście w przyszłości<sup>24</sup>. Co więcej, praktyka tradycyjna różniła się diametralnie od porządków zaprowadzanych pod terrorem KPK, w których zaangażowanie rodzin było pomijane, a przyszli małżonkowie pozbawiani wszelkich pozorów sprawczości. To właśnie ze względu na te czynniki próby obrony przymusowych małżeństw należało uznać za bezzasadne.

Orzekając o karze, Trybunał postanowił zignorować rozwiązania przyjęte w MTK oraz wcześniejsze orzecznictwo sądów. Zstępując z drogi wytyczonej przez trybunały do osądzenia zbrodni II wojny światowej, Trybunał wskazał, że uznawały one wielokrotne wyroki skazujące za środek zapewniający „pełny obraz przestępnego postępowania oskarżonego”<sup>25</sup>. Choć w opinii samego Trybunału metodologia taka zapewniała najwyższą trafność wyroków, Trybunał przyjął odmienne podejście, wymieniając enumeratywnie wszystkie zbrodnie objęte aktem oskarżenia, a następnie wydając jeden wyrok łączny. Podobnie jak w sprawie nr 001, Trybunał potraktował wszystkie czyny przestępne łącznie. Oprócz wielu poważnych naruszeń konwencji genewskich i zbrodni ludobójstwa, Trybunał uznał Samphana i Chea winnymi:

zbrodni przeciwko ludzkości polegających na zabójstwie, eksterminacji, wysiedlaniu, zniewoleniu, uwięzieniu, poddawaniu torturom, prześladowaniu z motywów politycznych, religijnych i rasowych oraz innych nieludzkich zbrodni polegających na zamachu na godność człowieka i zachowaniach

---

<sup>23</sup> *Ibidem.*

<sup>24</sup> *Ibidem*, § 3688.

<sup>25</sup> Sprawa nr 001, § 560.

przestępnych określanych jako wymuszone zaginięcia, przymusowe przesiedlenia, przymusowe małżeństwa i gwałty w kontekście przymusowego małżeństwa<sup>26</sup>.

Wobec obydwu przywódców reżimu Trybunał orzekł łączną karę dożywotniego pozbawienia wolności, na którą składał się wyrok dożywotniego pozbawienia wolności za zbrodnie stwierdzone w sprawie nr 002/01 i wyrok dożywotniego pozbawienia wolności wymierzony za przestępstwa udowodnione oskarżonym w sprawie nr 002/02. Tym samym, ze względu na sam rząd wielkości zbrodni w połączeniu z orzeczoną karą, uniemożliwiono rozpoznanie stopnia karygodności każdego z przestępstw popełnionych przez skazanych. Co więcej, przyjęty przez nadzwyczajne izby sposób wydawania wyroków skazujących był niezgodny z kambodżańskimi przepisami karnymi.

### 3. Podejście MTK do orzekania kar

Mając na uwadze funkcjonujące przez lata w międzynarodowym obiegu prawnym konkurujące ze sobą definicje zbrodni, a także powoływanie międzynarodowych trybunałów karnych w trybie doraźnym, ONZ dążyła do ujednoczenia międzynarodowego orzecznictwa karnego. Prawie pięćdziesiąt lat po przyjęciu Konwencji ONZ w sprawie ludobójstwa Zgromadzenie Ogólne wysunęło postulat utworzenia Międzynarodowego Trybunału Karnego<sup>27</sup>. Po długoletnich debatach 120 krajów podpisało Statut Rzymski MTK, a 17 lipca 1998 r. uznaje się za datę oficjalnego powołania do życia międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości<sup>28</sup>. Statut, ustanawiając Trybunał, władny wykonywać jurysdykcję wobec osób, które dopuściły się najpoważniejszych zbrodni wagi międzynarodowej<sup>29</sup>. Statut przyznał MTK jurysdykcję nad zbrodniami zaklasyfikowanymi do czterech kategorii: ludobójstwo, zbrodnie przeciwko ludzkości, zbrodnie wojenne i zbrodnia agresji<sup>30</sup>. Co istotne, Statut

---

<sup>26</sup> Sprawa nr 002/02, §§ 2230–2231.

<sup>27</sup> I. Bantekas, S. Nash, *International Criminal Law*, London 2007, s. 535–536.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> Statut Rzymski Międzynarodowego Trybunału Karnego, 17 lipca 1998 r., 2187 UNTS 90.

<sup>30</sup> *Ibidem*.

skodyfikował przemoc płciową i seksualną jako zarówno zbrodnię przeciwko ludzkości, jak i zbrodnię wojenną<sup>31</sup>.

Oprócz identyfikacji konkretnych zbrodni, Statut Rzymski stworzył wzorzec karania i skazywania za przestępstwa międzynarodowe. Zasady wymierzania kary zawarte zostały w art. 78 Statutu<sup>32</sup>. Przewidywał on wymierzenie kary za każdą konkretną zbrodnię, a następnie kary łącznej, określającej całkowity czas trwania kary za wszystkie zbrodnie<sup>33</sup>. Choć może się to wydawać bez znaczenia, orzekanie kar osobnych pozwala ofiarom i ich rodzinom na dochodzenie zadośćuczynienia za konkretne wyrządzone im krzywdy, natomiast ich brak w rzeczywistości może w ogóle zamykać drogę do dochodzenia roszczeń naprawczych. Ponadto Statut ustanowił fundusz powierniczy na rzecz ofiar i ich rodzin, z którego środki są wypłacane po wydaniu wyroku skazującego<sup>34</sup>. Zarówno indywidualne wyroki skazujące, jak i instytucja funduszu powierniczego, miały zapewnić ofiarom poczucie, że sprawiedliwość faktycznie została wymierzona. Nic nie stało na przeszkodzie, aby nadzwyczajne izby postępowały zgodnie z przełomowymi standardami wyznaczonymi przez MTK, dotyczącymi wydawania wyroków skazujących, jednak stało się inaczej.

Na wiele lat przed podjęciem decyzji o stosowanej metodzie skazywania winnych zbrodni, Kambodża przystąpiła do Statutu Rzymskiego. Kambodża podpisała Statut w 2000 r., a głowa państwa ratyfikowała dokument w dniu 11 kwietnia 2002 r., po jednomyślnym przyjęciu dokumentu przez Zgromadzenie Narodowe kilka miesięcy wcześniej<sup>35</sup>. Jurysdykcja samego MTK nie obejmowałaby osądzenia przywódców Czerwonych Khmerów za zbrodnie popełnione przed powołaniem MTK. Kambodża uznała jednak wagę kodyfikacji zbrodni międzynarodowych. Sześć miesięcy po ratyfikacji Statutu zorganizowała konferencję, w trakcie której zachęcała inne państwa do ratyfikowania Statutu i promowania ideałów w nim przewidzianych

<sup>31</sup> *Ibidem*, art. 7–8.

<sup>32</sup> Statut Rzymski, art. 78: „W przypadku skazania za więcej niż jedną zbrodnię, Trybunał wymierza karę za każdą ze zbrodni i karę łączną, określającą całkowity czas trwania kary pozbawienia wolności”.

<sup>33</sup> *Ibidem*, art. 78 ust. 3.

<sup>34</sup> *Ibidem*, art. 79.

<sup>35</sup> Międzynarodowa Federacja Praw Człowieka, *Report: Implementation of the Rome Statute in Cambodian Law 2006*, s. 7, dostępne pod adresem: [www.refworld.org/pdfid/46f146300.pdf](http://www.refworld.org/pdfid/46f146300.pdf).

oraz do „podjęcia wysiłków z myślą o stworzeniu realnych podstaw działania Trybunału”<sup>36</sup>. Chociaż ustawa powołująca nadzwyczajne izby w sądach Kambodży została podpisana już w 2001 r., posiedzenie plenarne Izby, na którym omawiano wewnętrzne zasady funkcjonowania Trybunału, odbyło się dopiero w 2007 r., a pierwszy akt oskarżenia został sporządzony rok później<sup>37</sup>. W okresie od powołania nadzwyczajnych izb do pierwszych aktów oskarżenia, Trybunał rozważał sposoby dostosowania jego regulaminu do założeń ideowych i standardów MTK, zachęcając jednocześnie inne kraje do podpisania Statutu. W marcu 2005 r. Kambodża przeprowadziła rozmowy o formalnym zaangażowaniu MTK w prace nadzwyczajnych izb w ramach okrągłego stołu zorganizowanego pod hasłem „Porozumienie o współpracy między Międzynarodowym Trybunałem Karnym a Trybunałem ds. ścigania zbrodni Czerwonych Khmerów: status ofiar”<sup>38</sup>. W ramach podejmowanych decyzji o sposobach zaangażowania ofiar w postępowania i zapewnienia im odpowiedniego zadośćuczynienia, Trybunał odwoływał się do zasad orzekania MTK. Ponadto Trybunał jednoznacznie przyjął podejście MTK dotyczące uwzględniania okoliczności obciążających i łagodzących przy orzekaniu kar<sup>39</sup>. Jednocześnie nadzwyczajne izby nie przedstawiły uzasadnienia decyzji o przyjęciu jedynie pewnego aspektu modelu skazywania stosowanego przez MTK, a odrzuceniu innych. Mimo że izbom przysługiwało uprawnienie do odstąpienia od zasad orzekania MTK i określenia własnego podejścia do wymierzania kar, w następstwie zignorowania modelu skazywania przewidzianego w tym zakresie w Statucie Rzymskim, Trybunał nie mógł zapewnić ofiarom wystarczającego poczucia sprawiedliwości.

---

<sup>36</sup> *Ibidem*, s. 8, cyt. za komunikatem Konferencji w sprawie Międzynarodowego Trybunału Karnego z 10 października 2002 r.

<sup>37</sup> ECCC, *Highlights*, dostępne pod adresem: [www.eccc.gov.kh/keyevents#2001](http://www.eccc.gov.kh/keyevents#2001) (dostęp: 8.08.2021).

<sup>38</sup> Międzynarodowa Federacja Praw Człowieka, s. 5.

<sup>39</sup> Sprawa nr 002/01, § 584.

#### 4. Niedostatki nadzwyczajnych izb w świetle kultury kambodżańskiej

Wobec powszechnych zniszczeń i eksterminacji ludności dokonanych przez Czerwonych Khmerów, społeczeństwo, które przetrwało reżim Pol Pota było społeczeństwem ocalałych i pokrzywdzonych. Hun Sen, premier Kambodży, wskazywał na zasięg oddziaływania zbrodni, mówiąc: „Żadnemu z naszych obywateli nie oszczędzono ogromu cierpień, które spowodowano na nasz kraj w czasie tych trzech lat, ośmiu miesięcy i dwudziestu dni [...] panowania Pol Pota”<sup>40</sup>. Nie sposób nie zauważyć skutków, jakie totalna władza KPK wywarła na życiu każdego obywatela Kambodży. Po okresie zbrodni Trybunał odegrał kluczową rolę w naprawieniu wyrządzonych krzywd. Hun Sen wyraził nadzieję, że nadzwyczajne izby pomogą sprawić, aby Kambodżanie „poczuli, że wraz z ostatecznym wymierzeniem sprawiedliwości w imieniu ofiar, z pleców nas wszystkich spadnie olbrzymie brzmie”<sup>41</sup>. Mimo upływu dziesięcioleci, ślady cierpienia i strachu są w Kambodży wciąż widoczne.

Uznając powszechną skalę cierpień, Trybunał zaangażował ofiary w postępowania, dając im możliwość wypowiedzi w prowadzonych procesach. Przewidziano trzy formy zaangażowania ofiar: oskarżyciel posiłkowy uboczny, powód cywilny w sprawie karnej oraz świadek<sup>42</sup>. W dwóch pierwszych sprawach w charakterze strony cywilnej wystąpiło w procesach 85 Kambodżan<sup>43</sup>. Podejście Trybunału do zaangażowania ofiar było zbieżne z wagą, jaką MTK przywiązywał do uwzględniania i poszanowania interesów pokrzywdzonych. Dla wielu osób, którym umożliwiono wystąpienie przed Trybunałem – np. dla godnych podziwu kobiet, które opisując doznaną przemoc seksualną, musiały ponownie przeżywać traumę tych wydarzeń – była to pierwsza okazja do dania świadectwa. Świadkowie uczestniczący w postępowaniach w charakterze stron cywilnych wyrażali wdzięczność, że pozwolono im zabrać

<sup>40</sup> ECCC Public Affairs Section, *An Introduction to the Khmer Rouge Trials*, Phnom Penh 2004.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> M. Elander, *Figuring Victims in International Criminal Justice: The Case of the Khmer Rouge Tribunal*, Abington 2018, s. 105.

<sup>43</sup> ECCC, ‘Case 001’, [www.eccc.gov.kh/en/case/topic/90](http://www.eccc.gov.kh/en/case/topic/90), dostęp 11.12.2019; ECCC, ‘Case 002/02’, dostępne pod adresem: [www.eccc.gov.kh/en/case/topic/1298](http://www.eccc.gov.kh/en/case/topic/1298) (dostęp: 11.12.2019).

głos. Co istotniejsze, przystąpienie do procesów jako strona cywilna umożliwiło im spełnienie cięższej na nich powinności wobec zabitych członków rodzin w zakresie dochodzenia sprawiedliwości<sup>44</sup>. Według wszystkich dostępnych danych same Nadzwyczajne Izby i podejmowane przez nie działania cieszyły się szerokim poparciem całego społeczeństwa Kambodży<sup>45</sup>. Niemniej jednak, nawet uwzględniając powszechną akceptację Trybunału i pozytywne odczucia wyrażane przez strony cywilne, jedynie niewielka część poszkodowanych przez Czerwonych Khmerów dzięki uczestnictwu w procesach mogła uzyskać poczucie, że sprawiedliwość została wymierzona.

Ze względu na to, że zdecydowana większość Kambodżan nie miała możliwości dochodzenia roszczeń naprawczych poprzez złożenie zeznań, kwestią jeszcze ważniejszą dla Trybunału stało się zapewnienie, aby na mocy wydawanych wyroków wszystkie ofiary w całym kraju mogły otrzymać taką samą rekompensatę jak strony cywilne. Niezaprzeczalnie straty, jakie Kambodżanie ponieśli wskutek rządów Czerwonych Khmerów, były ogromne. Krzywdy wyrządzone Kambodżanom były tak głębokie, że każda próba odbudowania khmerskiej tożsamości narodu domagała się mechanizmów zadośćuczynienia. Aby naprawić traumy i trwałe konsekwencje przymusowych małżeństw i gwałtów, konieczne było wymierzenie sprawiedliwości. Wydając wyrok, w którym łącznie osądzono gwałty wraz z innymi zbrodniami, i nie pozwalając tym samym na wskazanie stopnia karygodności poszczególnych zbrodni, co byłoby możliwe jedynie poprzez wyroki osobne, nadzwyczajne izby zignorowały naturę i ideały społeczeństwa kambodżańskiego i utrwaliły kulturę bezkarności. W języku khmerskim słowo oznaczające pojednanie, tj. *phsa psa*, w bezpośrednim przekładzie oznacza „składanie rozbitych kawałków z powrotem w całość”<sup>46</sup>. Biorąc pod uwagę ogrom strat i krzywd całego narodu, zebranie rozbitych kawałków w całość stanowiło arcytrudne wyzwanie. Po okresie powszechnego odczłowieczenia zadaniem najwyższej wagi

---

<sup>44</sup> R. Killean, *Victims, Atrocity and International Criminal Justice: Lessons from Cambodia*, New York 2018, s. 167.

<sup>45</sup> *Ibidem*, s. 180.

<sup>46</sup> J. Ciorciari, *Cambodia's Trek Toward Reconciliation*, „Peace Review” 2011, t. 23, nr 4, s. 438.



stało się przywrócenie poszanowania godności człowieka<sup>47</sup>. Aby zapewnić adekwatne zadośćuczynienie, nadzwyczajne izby powinny być kierować się zasadami buddyzmu.

Buddyzm odgrywał kluczową rolę w kulturze i tradycji Kambodży w całej historii narodu już od jego początków. W starożytnej Kambodży wykształciła się filozofia *buddharadžah*, zgodnie z którą monarcha nosił tytuł Buddy-króla<sup>48</sup>. Rząd Kambodży ugruntował centralną rolę buddyzmu we współczesnym społeczeństwie w 1947 r., modyfikując wcześniejszy francuski system kolonialny zgodnie z kambodżańskimi ideałami monarchistycznymi i buddyjskimi obecnymi w kulturze. Nowa konstytucja po raz pierwszy uznała buddyzm za religię narodową, jednocześnie zapewniając obywatelom wolność wyznania, o ile nie wpływało ono negatywnie na porządek publiczny<sup>49</sup>. W dekadzie po upadku dyktatury Pol Pota, Heng Samrin, przywódca rządu wspieranego przez Wietnam, wygłosił przemówienie na Drugim Kongresie w 1984 r., w którym zachęcał Kambodżan do walki z wrogami w celu ochrony narodu, a także samego buddyzmu<sup>50</sup>. W 1993 r. Kambodża, na potwierdzenie tego, że państwo wciąż uznaje znaczenie religii, ogłosiła hasło „Naród, Religia, Król” jako dewizę państwa, ustanawiając jednocześnie buddyzm religią narodową<sup>51</sup>. Narodowe znaczenie tradycji buddyjskiej theravāda po dziś dzień stanowi charakterystyczny koloryt kraju i wpływa na ogólny światopogląd Kambodżan.

Oddziaływanie theravādy na każdy aspekt społeczeństwa Kambodży jest niezaprzeczalne. Theravāda, praktykowana najpowszechniej w Kambodży, Tajlandii, Sri Lance i Laosie, to konserwatywna tradycja buddyjska oparta na oryginalnym nauczaniu Buddy, którą wierni mają się kierować bezpośrednio w swoim życiu<sup>52</sup>. Pewna Amerykanka o pochodzeniu khmerskim, zapytana o znaczenie buddyzmu, odpowiedziała: „Jak mogłabym być drzewem,

<sup>47</sup> L. McGrew, *Pathways to Reconciliation in Cambodia*, „Peace Review” 2011, t. 23, s. 514, 517.

<sup>48</sup> I. Harris, *Cambodian Buddhism: History and Practice*, 2005, s. 144.

<sup>49</sup> *Ibidem*, s. 142–143.

<sup>50</sup> *Ibidem*, s. 198.

<sup>51</sup> *Ibidem*, s. 205.

<sup>52</sup> ‘*Religions: Theravada Buddhism*’, BBC, 2.10.2002, dostępne pod adresem: [www.bbc.co.uk/religion/religions/buddhism/subdivisions/theravada\\_1.shtml](http://www.bbc.co.uk/religion/religions/buddhism/subdivisions/theravada_1.shtml).

gdybym była pozbawiona korzeni?”<sup>53</sup>. Przez wieki buddyzm wpływał na sposób podejścia do życia wielu Kambodżan. Religia ta nadal kształtuje światopogląd narodu i zbiorowe ideały sprawiedliwości, przebaczenia, pokoju i pojednania<sup>54</sup>. Badacz buddyzmu, dr Ian Harris, tak wyjaśnił rolę buddyzmu w systemie rządów państwa: „Według doktryny theravādy ochrona buddyzmu jest niezbędnym i podstawowym zadaniem każdego prawidłowo funkcjonującego państwa”<sup>55</sup>. Kultuwując buddyjskie ideały, król „zapewnia ciągłość zarówno porządku fizycznego, jak i moralnego (dhamma)”<sup>56</sup>. Theravada jest tak ważna w życiu Kambodżan, że bez uznania i ochrony tej religii dobrze prosperujące rządy państwowe są niewyobrażalne.

Sądząc przywódców Czerwonych Khmerów, nadzwyczajne izby powinny były wziąć pod uwagę buddyjskie przekonania religijne. Mając na uwadze fakt, że narody często wyznają określone teoretyczne zasady karania przestępstw, odzwierciedlające poglądy społeczne na kwestie odwetu i przywrócenia dobrego imienia, w procesie orzekania o środkach naprawczych należało uwzględnić znaczenie i powszechność ideałów buddyjskich. Niektórzy twierdzili, że – niezależnie od procesów – w scaleniu rozbitych kawałków Kambodży pomoc może po prostu przeprowadzenie obrzędów buddyjskich. Były szef Khmerskiego Instytutu na rzecz Demokracji uważał, że wyznanie winy przez Czerwonych Khmerów i ceremonia z udziałem króla i mnichów buddyjskich stanowiłoby niezbędny krok w kierunku pojednania zgodnie z buddyjskimi ideałami<sup>57</sup>. Do pełnego uzdrowienia Kambodżanie potrzebowali przyznania się do win i uznania śmierci i krzywd wyrządzonych przez działania KPK. Potwierdza to tekst *Anguttara Nikaya*, w jednej z ksiąg buddyjskich w kanonie palijskim, mówiący o znaczeniu wyznania win:

[...] ci dwaj to głupcy. Którzy dwaj? Ten, kto nie uznaje swojego występku za występki, i ten, kto niesłusznie nie przebacza temu, kto swój występki wyznał

<sup>53</sup> A. Hansen, *‘Khmer Identity and Theravada Buddhism’*, [w:] J. Marston, E. Guthrie, *History, Buddhism, and New Religious Movements in Cambodia*, Honolulu 2004, s. 40.

<sup>54</sup> L. McGrew, *op. cit.*, s. 517.

<sup>55</sup> I. Harris, *op. cit.*, 227.

<sup>56</sup> *Ibidem*, s. 227.

<sup>57</sup> L. McGrew, *op. cit.*, s. 517.

[...]. Ci dwaj to mędrzy. Którzy dwaj? Ten, kto rozpoznaje swój występek za występek, i ten, kto słusznie przebacza temu, kto swój występek wyznał<sup>58</sup>.

Aby zyskać przebaczenie, Czerwoni Khmerzy musieliby przyznać się do swoich zbrodni. Realizacja buddyjskich koncepcji, kładących nacisk na wyznanie win i pojednanie, staje się utrudniona wtedy, gdy sprawca nie żałuje swoich czynów<sup>59</sup>. W najlepszym przypadku oskarżeni powinni byli przyznać się do aktów przemocy seksualnej popełnionych pod ich rozkazami i przeprosić za nie. Jeśli przyznanie do winy nie nastąpiłoby, to Trybunał mógłby wdrożyć procedury pozwalające na wskazanie osobnego wymiaru kary za poszczególne zbrodnie. Nawet jeśli sprawcy nie uznaliby bezpośrednio swoich zachowań za występki – jak w przypadku wspomnianych oskarżonych, którzy starali się bronić praktyki przymusowych małżeństw w sprawie nr 002 – wydane wyroki zmusiłyby ich wówczas do rozpoznania wymiaru kary pozbawienia wolności orzeczonej za przemoc seksualną. Wyrok taki mógł być istotnym substytutem bezpośredniego rozpoznania występków, o którym mówi kanon palijski. Wystarczyłoby, aby w dążeniu do tych ideałów Trybunał postąpił zgodnie z rozwiązaniami przyjętymi w MTK, jeśli chodzi o model jego skazywania. Istotnie, angażując ofiary do uczestnictwa w postępowaniach, Trybunał zrobił krok naprzód w ściganiu ludobójstwa. Jednak odstępując z drogi wydawania wyroków wytyczonej przez MTK, faktycznie wykluczył ofiary z procesu osądzenia zbrodni.

Dla ofiar przemocy seksualnej, biorąc pod uwagę haniebną charakter zbrodni i długotrwałe jej skutki, szczególnie istotny jest zindywidualizowany wymiar kary. Akty przemocy seksualnej dokonywane podczas konfliktów zbrojnych powodują traumę oraz wpływają na relacje społeczne<sup>60</sup>. Ze względu na obawy przed odwetem, w okresie rządów Czerwonych Khmerów rodziny ofiar gwałtu nie miały możliwości pozywać ani dochodzić sprawiedliwości od

<sup>58</sup> 'Bala-pandita Sutta: Fools & Wise People', Access to Insight, 2002, dostępne pod adresem: [www.accesstoinsight.org/tipitaka/an/an02/an02.021.than.html](http://www.accesstoinsight.org/tipitaka/an/an02/an02.021.than.html).

<sup>59</sup> S. Culbertson, *Does Nuon Chea Still Have No Regrets?*, The Diplomat, 18.12.2018, dostępne pod adresem: [thediplomat.com/2018/12/does-nuon-chea-still-have-no-regrets](http://thediplomat.com/2018/12/does-nuon-chea-still-have-no-regrets).

<sup>60</sup> C. Koos, *Sexual Violence in Armed Conflicts: Research Progress and Remaining Gaps*, „Third World Quarterly” 1935, t. 38, nr 9, s. 1941.

sprawców<sup>61</sup>. Wiele osób obawiało się opowiadać o swoich doświadczeniach, nawet po upadku ludobójczego reżimu. Dotyczyło to zwłaszcza poszkodowanych kobiet. Przez pewien czas Kambodżanie wierzyli nawet, że spośród zgwałconych przez Czerwonych Khmerów nikt nie przeżył napaści<sup>62</sup>. Wartość, jaką przywiązuje się do czystości kobiety, dobrze obrazuje przysłowie kambodżańskie: „Mężczyźni są jak złoto, a kobiety jak białe płótno. Złoto łatwo się czyści, a białe płótno łatwo się plami”<sup>63</sup>. Piętno, jakie w sposób naturalny odciska na kobiecie doświadczenie gwałtu i przemocy seksualnej, jest jeszcze bardziej nasilone w społeczeństwie, w którym istotna wartość kobiety wiąże się z zachowaniem przez nią dziewictwa. Jak to określiła jedna z ofiar przymusowego małżeństwa i gwałtu: „dla mnie jako Khmerki, nic nie jest ważniejsze od mojego ciała”<sup>64</sup>.

Zachowanie statusu szanowanych członków społeczeństwa opartego na tradycyjnych normach płci wymaga od kobiet przyjęcia służebnej roli wobec mężczyzn. Źródła tradycyjnych norm płci w Kambodży sięgają XIV wieku, kiedy to powstał *Chbab Srey*, czyli kodeks kobiecy. Programy szkolne obejmowały nauczanie tego kodeksu do roku 2007, a jego zasady po dziś dzień są głęboko zakorzenione w kulturze Kambodży. Aby zachować swoją pozycję w społeczeństwie, kobieta musi pozostawać cicha, wyrozumiała i podporządkowana mężowi<sup>65</sup>. Odwołując się do metafory „pożaru w domostwie”, w kodeksie *Chbab Srey* buddyzm akcentuje rolę płci i uczy, że kobiety muszą poradzić sobie z trzema możliwymi zarzewiami pożaru czy też konfliktu: z mężem, rodzicami i pozostałymi ludźmi<sup>66</sup>. Pożar, który powstał na zewnątrz nie powinien przedostać się do domostwa, podobnie jak pożar wewnątrz

<sup>61</sup> N. Kasumi, *Sexual Violence During the Khmer Rouge Regime: Stories of Survivors from the Democratic Kampuchea (1975–1979)*, Phnom Penh 2008, s. 29.

<sup>62</sup> *Ibidem*, s. 9.

<sup>63</sup> E. Fulu, X. Warner, S. Moussavi, *Why Do Some Men Use Violence against Women and How Can We Prevent it?* Phnom Penh 2015, dostępne pod adresem: [www.partners4prevention.org/sites/default/files/resources/p4p-report.pdf](http://www.partners4prevention.org/sites/default/files/resources/p4p-report.pdf).

<sup>64</sup> Sprawa nr 002/02, § 4452.

<sup>65</sup> S. Hagood Lee, *Ideological Inequalities: Khmer Culture and Widows' Perception of Remarriage*, „Journal of International Women's Studies” 2018, t. 29, s. 37.

<sup>66</sup> K. Brickell, *Home SOS: Gender, Violence, and Survival in Crisis Ordinary Cambodia*, Chichester 2020, s. 7.

domostwa nie powinien się wydstać się na zewnątrz<sup>67</sup>. Tłumiąc te pożary, Kambodżanka zachowuje harmonię i zajmuje właściwe sobie miejsce w społeczeństwie<sup>68</sup>. Przenikanie się zasad kodeksu *Chbab Srey* i buddyzmu wzmacnia stereotypy płciowe, wskutek czego mężczyźni utwierdzają swoją dominację, a kobiety zachowują milczenie. W rezultacie gwałty i przemoc seksualna są rzadko zgłaszane, a policja rzadko reaguje i – jak mówią doniesienia – wykazuje wręcz wrogi nastawienie do tych kobiet, które to zgłosiły<sup>69</sup>.

Trybunał nie wykorzystał szansy, aby zapoczątkować zmiany w krajowej debacie na temat gwałtu i znacząco pomóc ofiarom żyjącym w kulturze, w której samo mówienie o doświadczeniu przemocy może zniszczyć pozycję osoby w społeczeństwie i zmienić sposób jej postrzegania przez społeczność. Przemoc domowa i gwałty to obecnie poważne problemy, z jakimi boryka się Kambodża. Specjalny Sprawozdawca Narodów Zjednoczonych ds. sytuacji praw człowieka w Kambodży w raporcie z 2016 r. wyraził „ogromne zaniepokojenie ze względu na rozpowszechnienie przemocy wobec kobiet, która wciąż zachowuje charakter wszechobecnego naruszania praw człowieka”<sup>70</sup>. Kambodżańskie Ministerstwo ds. Kobiet podało dane statystyczne dotyczące powszechności zjawisk przemocy domowej w 2019 r.<sup>71</sup> Według badań ponad jedna trzecia mężczyzn przyznaje się do stosowania przemocy wobec kobiet<sup>72</sup>. Badanie wykazało, że struktury i relacje władzy między płciami składają do przemocy seksualnej „na podłożu dominujących ideałów męskości” w społeczeństwie<sup>73</sup>. Brak równowagi w relacjach władzy między płciami doprowadził do wytworzenia kultury bezkarności związanej z przemocą

<sup>67</sup> N. Graham, K. Brickell, *Sheltering from Domestic Violence: Women's Experiences of Punitive Safety and Unfreedom in Cambodian Safe Shelters*, „Gender, Place & Culture” 2019, t. 26, s. 111, 117.

<sup>68</sup> K. Brickell, *op. cit.*, s. 7.

<sup>69</sup> CEDAW/C/KHM/CO/6, s. 10; A. Kent, *Global Change and Moral Uncertainty: Why do Cambodian Women Seek Refuge in Buddhism?*, „Global Change, Peace & Security” 2011, t. 23, s. 405, 411.

<sup>70</sup> Biuro Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych d/s Praw Człowieka, ‘UN Expert Urges Cambodia to Strengthen Protection of Women and Indigenous Peoples’ Rights’, 1.04.2016, dostępne pod adresem: [www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=18552&LangID=E](http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=18552&LangID=E).

<sup>71</sup> Cambodia’s Ministry of Women’s Affairs, Cambodia Report, 2019, s. 33.

<sup>72</sup> E. Fulu et al, *op. cit.*

<sup>73</sup> *Ibidem*.

seksualną. Brak indywidualizacji kar za przymusowe małżeństwa i gwałty w wydawanych orzeczeniach oznaczał zatem, że nadzwyczajne izby mogły w rzeczywistości przyczynić się do wzmocnienia piętna, jakie noszą ofiary i umocnienia *status quo*.

## Wnioski

Osądzając zbiorczo niezliczone przestępstwa, nadzwyczajne izby nie były w stanie ukazać społeczeństwu wagi i konsekwencji poszczególnych zbrodni objętych aktami oskarżenia. Należy pamiętać, że do rozdzielenia postępowań na dwa odrębne procesy zmusiła Trybunał sama ilość zbrodni, które można przypisać Chea i Samphanowi w sprawie nr 002. W sprawie nr 002/02 Trybunał nie zawahał się wydać łącznego wyroku za liczne i różniące się charakterem zbrodnie. W sprawie nr 001 przypadki gwałtu zostały umieszczone na liście naruszeń praw człowieka wręcz na marginesie. Przyjęte podejście do orzekania kar nie pozwoliło nadzwyczajnym izbom na wskazanie stopnia karygodności poszczególnych przestępstw, zwłaszcza gwałtów. Trybunał mógł zapoczątkować zmiany w debacie na ten temat, co mogłoby stanowić ogromne wsparcie dla ofiar żyjących w kulturze, w której samo mówienie o doświadczeniu przemocy seksualnej jest potępiane i może zniszczyć pozycję osoby w społeczeństwie. Zamiast tego Trybunał ugruntował kulturę piętnowania i niemal przemilczania podobnych czynów<sup>74</sup>.

Chociaż nadzwyczajne izby podjęły próbę zapewnienia zadośćuczynienia niezliczonym ofiarom reżimu Czerwonych Khmerów, Trybunał, orzekając wobec przywódców reżimu kary za popełnione przez nich zbrodnie, nie wykorzystał dostatecznie szansy na zapoczątkowanie zmiany. Wadliwość wydanych orzeczeń jest oczywista w odniesieniu do zarzutów dotyczących przymusowych małżeństw i gwałtów. Gwałt to wyjątkowo haniebna zbrodnia, która dla poszkodowanych i ich rodzin niesie ze sobą dotkliwe skutki. Okropności wynikające z zawłaszczenia autonomii cielesnej domagały się

---

<sup>74</sup> E. Anderson, K. Grace, *From Schoolgirls to "Virtuous" Khmer Women: Interrogating Chhab Srey and Gender in Cambodian Education Policy*, *Studies in Social Justice*, t. 12, nr 2, 215, s. 216.

szczególnej uwagi i zadośćuczynienia ze strony Trybunału ds. ścigania zbrodni Czerwonych Khmerów. Gdyby Trybunał postępował zgodnie z rozważaniami dotyczącymi orzekania kar przyjętymi przez MTK, nadzwyczajne izby mogłyby w większym stopniu uznać cierpienia ofiar i naprawić ich krzywdy zgodnie z buddyjskimi wierzeniami Kambodżan. Wydanie osobnych wyroków za poszczególne zbrodnie wymusiłoby dostrzeżenie faktycznych kar orzeczonych za przymusowe małżeństwa i gwałt w kulturze społecznej, w której szerzy się przemoc wobec kobiet. Trybunał słusznie wskazał, że gwałt opisywany jest jako „jedno z najgorszych cierpień, jakie człowiek może zadać drugiemu człowiekowi”<sup>75</sup>. Jedynym właściwym krokiem, jaki Trybunał powinien był podjąć w następstwie tego stwierdzenia, byłoby wydanie osobnych wyroków skazujących, w wyraźnym świetle ukazujących ofiary koszmarnych zbrodni, legitymizując ich roszczenia naprawcze i indywidualne poczucie sprawiedliwości, na które tak bardzo zasługują.

---

<sup>75</sup> Sprawa nr 001, § 361.





# Bezbronność kobiet w konfliktach zbrojnych a biopolityka: studium przypadku koreańskich niewolnic seksualnych w czasie wojny na Pacyfiku

## Wprowadzenie

Przez całą historię ludzkości kobiety były uznawane za płeć słabszą. Częścią tej historii są także konflikty zbrojne, które stanowią nieodłączny element przeszłości większości narodów. Niektóre z nich, np. wojny światowe XX w., są wciąż przedmiotem badań.

W okresie II wojny światowej doszło do wielu aktów barbarzyństwa na miarę średniowiecznych okrucieństw. Wśród nich był zorganizowany proceder handlu ludźmi i niewolnictwa seksualnego w Azji Południowo-Wschodniej, znany pod nazwą „ośrodków pocieszenia”. Ofiarami były głównie Koreanki, wykorzystywane jako „kobiety do towarzystwa”, mające dodawać „bojowego animuszu” wojskom japońskim. Proceder, który w założeniu miał wspierać realizację celów polityki wewnętrznej i zewnętrznej państwa, a także celów wojskowych, po dziś dzień pozostał nieosądzony, a sprawcy – bezkarni.

Tymczasem na scenę dyskursu publicznego wkracza pojęcie biowładzy. Zakłada ono, że współczesne państwo nie odbiera już ludziom życia, kiedy ma na to ochotę, ale manipuluje nimi i warunkuje ich tak, aby ich zakładana funkcja pozostawała zawsze pod jego kontrolą. Pojęcie to pasuje do opisu sytuacji, w której przymusowe świadczenie usług seksualnych przez porwane kobiety rzeczywiście miało miejsce „w celu” podniesienia ducha bojowego żołnierzy walczących na froncie.

Czy można zatem powiedzieć w tym kontekście, że „ośrodki pocieszenia” stanowią przykład seksualnej instrumentalizacji kobiet w celu podniesienia morale japońskich żołnierzy, pomagając w kształtowaniu biowładzy?

Warto przyjrzeć się faktom i zastanowić się, czy wpisują się one w filozofię biowładzy Foucaulta oraz jak instrumentalizacja seksualności ofiar przyczyniła się do bezkarności sprawców.

Niniejszy artykuł wpisuje się w nurt badań nad postacią kobiety-aktywistki społecznej i jej wpływem na samo pojęcie kobiety w ujęciu społeczno-historycznym i prawnym w czasie, w którym agendy feministyczne są obecne na całym świecie. Ponadto omówione tu aspekty prawne odwołują się do instrumentów, których Japonia nadużyła, zmuszając kobiety do prostytucji w celu osiągnięcia totalnej kontroli nad żołnierzami.

W zakresie przedstawionej analizy filozoficznej omawianego przypadku artykuł opiera się na wybitnych pracach Michela Foucaulta i Anthony'ego Giddensa. Jednocześnie odwołuje się do prawa zwyczajowego oraz konwencji międzynarodowych podpisanych i ratyfikowanych przez Japonię.

## 1. Druga wojna światowa w Azji Południowo-Wschodniej i utworzenie „ośrodków pocieszenia”

W pierwszych latach XX wieku Japonia prowadziła ultranacjonalistyczną politykę skrajnej prawicowej dominacji, starając się osiągnąć pozycję regionalnego hegemonu. Polityka ta miała charakter agresywny, zwykle przypisywany wyrażanym w tamtym czasie stanowiskom monarchy i parlamentu, a powszechnie znanym jako polityka *Sankō-sakusen* („zabij wszystkich, złup wszystko i spal wszystko”) stosowana podczas II wojny światowej<sup>1</sup>. Zaczątki tej agresywnej polityki tkwią bezpośrednio w okresie następującym po apogeum restauracji Meiji (1867–1912), naznaczonym ksenofobią rewolucji społecznej spowodowaną powszechnym niezadowoleniem wobec obcych rządów po otwarciu kraju na wpływy zewnętrzne.

Rosnący imperializm stanowił podłoże do prowadzenia wojen, które Japonia rozpoczynała pod hasłem konieczności uwolnienia obszarów sąsiadujących spod panowania Zachodu. Wywoływało to zaniepokojenie Rosji i Chin, a później doprowadziło do konfliktu zbrojnego o kontrolę nad Półwyspem

---

<sup>1</sup> Y. Yoshimi, *Comfort Women: sexual slavery in the Japanese military during World War II. Japan*, tłum. S. O'Brien, wyd. popr., 2002, s. 262.

Koreańskim. Spór ten wygrała Japonia, podbijając kilkanaście terytoriów i przekształcając Koreę w protektorat. Sytuację opisywano następująco:

W retoryce prasy japońskiej i politycznych przeciwników rządu [koreańskiego – przyp. tłum.] wybrzmiewały postulaty ogólnoazjatyckiej (panazjatyckiej) solidarności i hasła niezależności Korei od Chin czy równorzędność Azji wobec Zachodu. W ich wizji jedności Azji Japonia zajmowała centralne miejsce jako przewodnik ideowy i hegemon militarny. Rząd japoński wprawdzie starał się takie głosy wyciszyć, ale nie odrzucał ich całkowicie, ostrożnie realizując politykę zmierzającą w tym właśnie kierunku<sup>2</sup>.

Agresywną narrację Japonii podsyciała i wzmacniała postawa mocarstw zachodnich, które w latach 20. XX wieku określały ją mianem „żółtej zarazy”<sup>3</sup>, mającej zdominować całą Azję i zaatakować Europę. Narastał zatem klimat coraz bardziej sprzyjający wybuchowi bezpośrednich konfliktów zbrojnych. Doprowadziło to później wybuchu do II wojny światowej na Dalekim Wschodzie, do której Japonia przystąpiła jako aktywny uczestnik po stronie państw Osi, w sojuszu z Niemcami i Włochami.

Korea przeżywała wówczas powolny okres rozwoju i modernizacji, charakteryzowany następująco:

Zbiegające się w czasie dyskursy postzimnowojennego transnarodowego feminizmu humanitarnego i południowokoreańskiego etnonacjonalizmu jeszcze bardziej przesłaniają próby dogłębnego zrozumienia szerszych zjawisk historycznych, które prowadziły do przekształcenia kolonialnej Korei – z opartej na konfucjanizmie monarchii, kraju rolniczego, społeczeństwa o kulturze skrajnie patriarchalnej, w której właściwym miejscem kobiet była rodzina – w kapitalistyczne, nowoczesne i uprzemysłowione społeczeństwo,

<sup>2</sup> A. Gordon, *A modern history of Japan: from Tokugawa times to the present*, New York 2003, s. 117.

<sup>3</sup> Jest to rasistowskie określenie wprowadzone do obiegu przez francuskiego filozofa Ernesta Renana w 1870 r. Zgodnie z nim Japończycy, i ogólnie Azjaci, byli uznawani za zagrożenie dla cywilizacji zachodniej i pokoju światowego. Określenie to stosowano później w odniesieniu do imperializmu i potęgi militarnej Japonii, zob. kurs online *Visualizing Japan (1850s–1930s)*, 2020, dostępny pod adresem: [www.edx.org/course/visualizing-japan-1850s-1930s-westernization-prote](http://www.edx.org/course/visualizing-japan-1850s-1930s-westernization-prote)).

które oferowało kobietom bezprecedensowe możliwości poszukiwania autonomii i niezależności finansowej dzięki pracy za wynagrodzenie w sektorze publicznym. Niektóre kobiety *świadomie porzucały* swoje rodziny, uciekając przed przemocą domową, dotkliwą nędzą, konfliktami rodzinnymi i aranżowanymi małżeństwami; część z tych kierujących się własnymi przekonaniami kobiet, w poszukiwaniu lepszych szans życiowych podejmujących decyzje, które miały odmienić ich życie, zostało jednak podstępnie zwerbowanych przez japońskich i koreańskich handlarzy ludźmi do służby w wojskowych ośrodkach pocieszenia imperialnej Japonii<sup>4</sup>.

Decydujące zatem znaczenie miały trzy czynniki<sup>5</sup>. Po pierwsze, traktat z Kanagawy (1876), na mocy którego Japonia otworzyła wrota do półwyspu, stosując taktykę „dyplomacji wspartej armatami”. Koreańczycy zostali oszukani, podpisując porozumienie narzucające im nierówne i uciążliwe warunki, będące instrumentem do szybszego przejścia kontroli Japonii nad krajem. Po drugie, zabójstwo neutralnej cesarzowej Myung-Sung (1895). Chociaż postawa Myung-Sun wynikała z bliskich stosunków z Rosją, jednocześnie cesarzowa uznawana była za postać, dzięki której kraj pozostawał wolny od wpływów Zachodu – i odgrywała rolę spajającą społeczeństwo. I wreszcie, traktat Eulsa (1905), który był bezpośrednim następstwem zwycięstwa Japonii w wojnie rosyjsko-japońskiej. Czynniki te pozwoliły na przekształcenie półwyspu w protektorat.

Ze względów kulturowych kampanie militarne nie trwały dłużej niż kilka dni, ale zjawiskiem powszechnym było całkowite niszczenie miast – zwłaszcza tych, które miały pewne znaczenie i niosły ze sobą symbolikę polityczną – oraz mordowanie zamieszkującej je ludności. Obrazuje to dobrze poniższa relacja:

Japońscy żołnierze otoczyli klub barykadą zbudowaną z materiałów łatwopalnych, a następnie polali ją benzyną i podpalili. Uciekający z klubu ludzie zostali w ten sposób zmuszeni do prób przedostania się przez płonąca barykadę.

<sup>4</sup> S.C. Soh, *The Comfort Women: Sexual Violence and Postcolonial Memory in Korea and Japan*, Chicago 2008, s. 2.

<sup>5</sup> M.P. Pérez, *La esclavitud sexual como arma de guerra: halmoni, la historia de una mujer confort*, Santiago 2016, s. 39.

Większość z nich, czekający wokół niej żołnierze japońscy, zadźgali bagnetami lub zastrzelili. Niektóre kobiety zgwałcono, a niemowlęta trzymane przez nie w ramionach zabito bagnetami. Zgwałconym kobietom wylewano na włosy benzynę i podpalano. Niektórym kobietom żołnierze japońscy odcinali piersi<sup>6</sup>.

Podobne akty przemocy były dokonywane na skalę powszechną; szybko rozchodzące się wieści o popełnianych okrucieństwach skłoniły cesarza Hirohito (1926–1989) do wyrażenia zaniepokojenia, że mogą one narażać na szwank wizerunek jego armii za granicą. Media szeroko opisywały gwałty we Nankinie (1932 r.) w Chinach, w których brutalna pacyfikacja ludności, zwłaszcza akty przemocy wobec kobiet, doprowadziły do masakry 300 tys. ludzi<sup>7</sup>. Stanowiło to bezpośredni powód poparcia cesarza dla utworzenia systemu tzw. „ośrodków pocieszenia”, w ramach którego żołnierzom oferowano towarzystwo kobiet w celu „zwiększenia animuszu bojowego” wojsk, jak opisał to w swoich zeznaniach generał japoński Yasuji Okamura:

We wcześniejszych kampaniach wojskowych nie funkcjonowała instytucja *ianfu*<sup>8</sup>. Przyznam szczerze, że przedsięwzięcie „kobiet do towarzystwa” zapoczątkowałem osobiście ja sam. Po tym, jak w 1932 r. podczas zdarzeń w Szanghaju doszło do aktów gwałtu dokonywanych przez japoński personel wojskowy, ja, wiceszef sztabu Szanghajskich Sił Ekspedycyjnych, wzorując się na japońskiej brygadzie marynarki wojennej, poprosiłem gubernatora prefektury Nagasaki o wysłanie grup kobiet do towarzystwa. W rezultacie całkowicie wyeliminowaliśmy akty gwałtu, co było dla mnie powodem do zadowolenia. Obecnie przy każdym korpusie armii obecna grupa kobiet do towarzystwa, stanowiąc niejako oddział w strukturze kwatermistrzostwa. Muszę jednak powiedzieć, że akty gwałtu wciąż zdarzały się w Szóstej Dywizji, mimo że przydzielono do niej grupę kobiet do towarzystwa<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> U. Dolgopól, S. Paranjape, *Comfort Women: An Unfinished Ordeal. Report of a mission*, Genewa 1994, s. 26.

<sup>7</sup> A. Gordon, *op. cit.*

<sup>8</sup> *Ianfu* oznacza w japońskim „kobietę do towarzystwa”.

<sup>9</sup> Zob. portal *Digital Museum: The Comfort Women Issue and the Asian Women's Fund*, Seul 2002, s. 302–303.

Tak więc w 1937 r. oficjalnie wprowadzono plan zaspokajania seksualnego żołnierzy, aby zapobiec takim wydarzeniom jak akty przemocy seksualnej w Nankinie. Pierwszorzędnym celem było ograniczenie liczby gwałtów i prewencja chorób przenoszonych drogą płciową, których leczenie było dla państwa bardzo czasochłonne i kosztowne. Następnie chodziło o ograniczenie liczby szpiegów i zapewnienie możliwości „rekreacji” w celu wzmocnienia morale żołnierzy i łagodzenia skutków stresu. Dodatkowym założeniem było ograniczenie nastrojów antyjapońskich na nowo podbitych terytoriach w celu ułatwienia asymilacji<sup>10</sup>.

Chociaż wojsko zniszczyło większość dokumentów dotyczących tej kwestii, wiemy, że prowadzono oficjalną rekrutację kobiet, w ramach której jednak nie przewidywano możliwości udzielenia przez nie zgody – realizacja tych procedur miała na celu jedynie poprawę wizerunku Japończyków, zwłaszcza osób nadzorujących przebieg akcji<sup>11</sup>. Dokumentacja dostępna na portalu Cyfrowego Muzeum (*Digital Museum*) dobrze oddaje ducha wydawanych w tym zakresie instrukcji: „Jednocześnie powiadamia się was o rozkazie [ministra wojny], aby zadanie to wykonać z największą dbałością o zachowanie honoru armii, unikając wywoływania konfliktów społecznych”<sup>12</sup>.

Stosowano wiele metod „rekrutacji”, jednak najpowszechniej stosowanym sposobem były uprowadzenia. Ułatwiały je opłakane warunki materialne, niedostępność edukacji szkolnej i braki zaopatrzeniowe w koloniach i na terytoriach znajdujących się pod japońskim panowaniem. Nietrudno było oszukać dziewczęta, które pracowały zarobkowo od najmłodszych lat, obiecując karierę na stanowiskach, takich jak pielęgniarki, maszynistki, służące itp. Były one wykupowane od swoich zubożałych rodzin w ramach spłaty zaciągniętych przez te rodziny długów. Powszechnym zjawiskiem były porwania młodych kobiet w ramach kontrybucji wojennych – niezaspokojenie takich żądań groziło zrównaniem całego miasteczka z ziemią. Uprowadzenia uzasadniano także często „spiskowaniem z opozycją”, którego miały się dopuszczać

---

<sup>10</sup> M.P. Pérez, *op. cit.*

<sup>11</sup> Y. Yoshimi, *op. cit.*

<sup>12</sup> *Digital Museum.*

dziewczęta. We wszystkich tych przypadkach kobiety nie były świadome charakteru pracy, którą miały wykonywać<sup>13</sup>.

W taki sposób ten katastrofalny w skutkach program objął łącznie 200 tysięcy kobiet, głównie Koreanek (stanowiących 80% ogólnej liczby), i obywaterek innych krajów, który – wskutek opłakanych warunków – przeżyło tylko 25% z nich. Kobiety te objęto totalną kontrolą wojska, a świadczona opieka medyczna była na bardzo niskim poziomie.

Podczas służby w ośrodkach kobiety były poddawane torturom, bite, przypalane ogniem itp. Gdy próbowały uciekać, bezwzględnie ścigały je uzbrojone patrole. Wiele było poddawanych przymusowym aborcjom, sterylizacji, cierpiało z niedożywienia i głodu, zmarło na choroby weneryczne. Dobrze ilustruje to następująca relacja:

Gdy żołnierze wracali z pola bitwy, do mnie do pokoju przychodziło nawet 20 mężczyzn, już od wczesnych godzin porannych. To właśnie dlatego musiałam przejść histerektoię (choć skończyłam dopiero 20 lat). Wyłapywali nawet małe dziewczynki ze szkół. Ich narządy rodne, które były jeszcze nierozwinięte, doznawały uszkodzeń, wdawały się zakażenia. Nie było żadnych lekarstw oprócz środków zapobiegających chorobom wenerycznym i merkurochromu do odkażania. Dziewczęta chorowały, ich rany ropiały, jednak nie było mowy o jakimkolwiek leczeniu<sup>14</sup>.

Dziewczęta te były często postrzegane jako rodzaj dobra luksusowego, dlatego też w przypadku obciążenia funduszy wojskowych, przegranej kampanii lub wycofania wojsk, były pozostawiane same sobie, a często rozstrzeliwane w ramach eliminacji świadków zbrodni<sup>15</sup>.

Po zakończeniu wojny na Pacyfiku sprawa kobiet do towarzystwa została wymazana z historii wraz ze zniszczeniem większości dowodów. Kobiety,

<sup>13</sup> Amnistía Internacional (España), *Japón: Continúa la Espera 60 Años Despues: justicia para las sobrevivientes del sistema de esclavitud sexual militar de japón*, Madrid 2005, s. 5–57, dostępne pod adresem: [www.amnesty.org/download/Documents/84000/asa220122005es.pdf](http://www.amnesty.org/download/Documents/84000/asa220122005es.pdf) (w jęz. hiszpańskim).

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> J.Y. Okamoto, *As „mulheres de conforto” da Guerra do Pacífico*, „Revista de Iniciação Científica em Relações Internacionais” 2013, t. 1, nr 1, s. 91–108.

które przeżyły, nie czuły się na siłach powracać do swoich domów, często wręcz – z powodu wstydu – decydowały się nigdy nie wracać, woląc umrzeć na obczyźnie.

Wiktymizacja tych kobiet polegała nie tylko na zmuszaniu ich do prostytucji, ale także na przemocy, której doświadczały nawet po wojnie. W azjatyckim społeczeństwie patriarchalnym, idealizującym postać kobiety jako czystej i poddanej mężczyźnie, piętno, które one dźwigały, i ostracyzm, któremu były poddawane, uległy pogłębieniu.

Te, którym udało się wrócić do swoich rodzin, nie mogły nawet wspominać o tym, co przeżyły. Były także przymuszane do zamążpójścia. Skutkiem była fala małżeństw, kończących się niepowodzeniem ze względu na nabyte wcześniej choroby, brak dziewictwa, a często także bezpłodność. Ze względu na to, że pozycja ekonomiczna kobiet była uzależniona od posiadania męża, często poślubiały one starszych mężczyzn tylko po to, aby uzyskać status wdowy<sup>16</sup>.

Większość z nich nigdy nie zawarła małżeństwa, żyjąc z nieformalnej pracy i cierpiąc z powodu nieustannych problemów materialnych, co pokazuje, że ich los wynikał z faktu nakładania się na siebie konfliktu kolonizacyjnego i koreańskiej kultury patriarchalnej. Co nie mniej istotne, w konsekwencji przeżyć w „ośrodkach pocieszenia” większość z nich cierpiała na zaburzenia psychiczne i psychosomatyczne oraz borykała się z trudnościami w budowaniu intymnych relacji w normalnym życiu.

Po odzyskaniu wolności wiele z tych kobiet popełniło samobójstwo, natomiast pozostałe przy życiu nigdy nie pozbyły się uczucia głębokiej odrazy do samych siebie. Przełom nastąpił w 1991 r., gdy Kim Hak-Sol postanowiła po raz pierwszy opowiedzieć swoją historię. W jej ślad poszły inne kobiety, ujawniając się jako ofiary i relacjonując przeżyte traumy<sup>17</sup>.

Według Międzynarodowej Komisji Prawników wśród czynników, które przyczyniły się do ich milczenia przez tyle lat, były niepewne warunki życia, zerwane więzy rodzinne, a także wyznawane przez społeczeństwo wartości, które powodowały ich napiętnowanie ofiar:

<sup>16</sup> Amnistia Internacional, *op. cit.*

<sup>17</sup> J.Y. Okamoto, *op. cit.*



Tym, co odróżnia „kobiety do towarzystwa” od innych ofiar wojny, jest coś, co jest charakterystyczne dla wszystkich ofiar przemocy seksualnej. Jest to trudność wypowiedzenia całej prawdy. Mimo że to nie one ponoszą odpowiedzialność za to, co przeżyły, to na nich skupia się uwaga i ciekawość opinii publicznej. Co więcej, istniejące mechanizmy społeczne sprawiają, że to one czują wstyd. Tak samo wygląda sytuacja w przypadku ofiar gwałtów<sup>18</sup>.

Dzięki pomocy działaczy, organizacji pozarządowych i założonego przez nie same stowarzyszenia sprawa zyskała międzynarodowy rozgłos. Zmusiło to Koreę do zajęcia jednoznacznego stanowiska, zgodnego z żądaniami ruchu społecznego, który domagał się od rządu japońskiego przyznania, że „kobiety do towarzystwa” były uprowadzane siłą. Ponadto władze japońskie miały wydać publiczne oświadczenie, akty ułaskawienia i wszcząć formalne śledztwo w celu zbadania zdarzeń z przeszłości. Państwo japońskie miało też wybudować pomnik lub miejsce pamięci ku czci ofiar i wypłacić odszkodowania ofiarom czy też ocalałym potomkom. Postulowano wreszcie stworzenie programów edukacyjnych w celu szerzenia wiedzy historycznej wśród społeczeństwa na temat tych wydarzeń.

## 2. Prawo międzynarodowe a poszukiwanie sprawiedliwości

Chociaż z myślą o uniknięciu odpowiedzialności międzynarodowej Japonia utrzymywała<sup>19</sup>, że w okresie przed 1949 r., tj. datą zawarcia IV Konwencji genewskiej, zgwałcenie nigdzie na świecie nie stanowiło zbrodni wojennej, już w XVII wieku, czyli na długo przed sformułowaniem Konwencji genewskich, istniały kodeksy krajowe, na mocy których gwałty podczas konfliktów zbrojnych były czynem zabronionym.

Jako przykład wskazać można regulamin wojny wydany w 1621 r. przez króla Szwecji Gustawa Adolfa II<sup>20</sup>. Art. 88 regulaminu stanowił: „któren zaś gwałtem i przemocą dziewczkę by brał, a czyn ten udowodnion będzie, ten na

<sup>18</sup> U. Dolgopól, S. Paranjape, *op. cit.*, s. 197.

<sup>19</sup> Amnistía Internacional, *op. cit.*, s. 27.

<sup>20</sup> K. Ögren, 'Humanitarian Law in the Articles of War Decreed in 1621 by King Gustavus II Adolphus of Sweden', *International Review of The Red Cross* 1996, t. 313.

karę gardła skazan będzie”. Również Kodeks Liebera z 1863 r.<sup>21</sup> (znany również jako Rozkaz Generalny nr 100), będący pierwszą próbą skodyfikowania reguł wojny, wprowadził w art. 44 zasadę, że gwałt nie może być wykorzystywany jako środek prowadzenia wojny:

Wszelka zaś swawolna przemoc wobec obywateli najechanego kraju, wszelkie niszczenie mienia inne niż według rozkazu dowodzącego oficera [...], wszelkie gwałty, rany, okaleczenia lub zabijanie mieszkańców są zabronione pod karą śmierci lub inną surową karą, jaka może być adekwatna ze względu na wagę zbrodni.

Ponadto, zgodnie z przepisem art. 37, Stany Zjednoczone uznają i chronią szczególnie kobiety i święty mir domowy, a czyny skierowane przeciwko nim podlegają surowej karze.

W tym samym duchu Deklaracja brukselska z 1874 r.<sup>22</sup> stanowiła wymóg poszanowania honoru i praw rodzinnych:

Art. 38. Honor i prawa rodzinne, życie i własność jednostek, jak również przekonania religijne i wykonywanie obrządków religijnych, winny być uszanowane. Własność prywatna nie podlega konfiskacie.

Identyczne postanowienie zawarto w art. 46 IV Konwencji haskiej z 1907 r.<sup>23</sup>, która została podpisana i ratyfikowana przez Japonię w 1911 r. i już w 1937 r. była uznawana za składową prawa zwyczajowego:

Art. 46. Honor i prawa rodziny, życie osób i własność prywatna, jak również przekonania i praktyki religijne winny być uszanowane. Własność prywatna nie podlega konfiskacie.

---

<sup>21</sup> Instrukcje dla dowództwa armii Stanów Zjednoczonych w przedmiocie zasad akcji bojowych. Kodeks Liebera, Washington, 24 kwietnia 1863 r.

<sup>22</sup> Konferencja brukselska, Projekt międzynarodowej deklaracji dotyczącej praw i zwyczajów wojny, Bruksela, 27 sierpnia 1874 r., dostępny pod adresem: [www.ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/135](http://www.ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/135).

<sup>23</sup> Konwencja (IV) dotycząca praw i zwyczajów wojny lądowej wraz z Anekssem: Regulaminy dotyczące praw i zwyczajów wojny lądowej, Haga, 18 października 1907 r.

Konwencja genewska<sup>24</sup> z 1929 r. w sprawie traktowania jeńców wojennych stanowiła, że mają oni prawo do poszanowania ich nietykalności osobistej i honoru w taki sam sposób, jak przewidziano później w Konwencji haskiej (1949). W art. 3 tej pierwszej znalazł się następujący zapis: „Kobiety mają być traktowane ze szczególnymi względami należnymi ich płci”, co stanowiło odzwierciedlenie pojęcia honoru rodzinnego, którym posługiwała się Konwencja haska:

Nawet jeśli uznać, że Konwencje genewskie z 1949 r. nie stanowią dowodu na istnienie przepisów zwyczajowego prawa międzynarodowego ze względu na *ratione temporis* oraz że zastosowania nie ma Konwencja genewska z 1929 r., ponieważ Japonia nie była jej sygnatariuszem, Japonia była stroną Konwencji haskiej dotyczącej praw i zwyczajów wojny lądowej z 1907 r., wraz z Regulaminami stanowiącymi Aneks do niej. Regulamin nie ma zastosowania, jeżeli nie wszystkie strony wojujące należą do Konwencji (art. 2), jednak jej postanowienia byłyby wyraźnym przykładem obowiązującego wówczas międzynarodowego prawa zwyczajowego. Art. 46 Regulaminów do Konwencji haskiej nakłada na państwa obowiązek ochrony honoru i praw rodzinnych. Honor rodzinny jest interpretowany jako obejmujący prawo kobiet w rodzinie do tego, by nie były poddawane upokarzającym praktykom gwałtu<sup>25</sup>.

Zgodnie z tymi konwencjami, nawet jeśli gwałt nie był jeszcze uznawany za zbrodnię wojenną, napaść seksualna była postrzegana jako czyn niehumanitarny i zasadnicze pogwałcenie praw należnych płci żeńskiej. Na podstawie tych historycznych umów do dziś powstało znacznie więcej koncepcji głęboko zakorzenionych w prawach człowieka, co stanowi jednocześnie przykład procesu krystalizacji normy międzynarodowej w kontekście prawa zwyczajowego.

Od zakończenia I wojny światowej masowe gwałty na ludności cywilnej regionów objętych wojną były postrzegane przez społeczność międzynarodową jako odrażające, chociaż nie zostały jeszcze stypizowane. Nieprzypadkowo

---

<sup>24</sup> Konwencja dotycząca traktowania jeńców wojennych, Genewa, 27 lipca 1929 r.

<sup>25</sup> Komisja Praw Człowieka ONZ, Specjalny sprawozdawca ds. przemocy wobec kobiet, jej przyczyn i konsekwencji, Raport ONZ, dok. E/CN.4/1996/53/zał.1, 4 stycznia 1996 r., § 101.

karty Międzynarodowego Trybunału Wojskowego w Norymberdze<sup>26</sup> oraz Międzynarodowego Trybunału Wojskowego dla Dalekiego Wschodu<sup>27</sup> wspominają o zniewoleniu ludzi, deportacji i innych czynach nieludzkich (które w sposób dorozumiany obejmowały przemoc seksualną), ustanawiając w ten sposób pewien rodzaj orzecznictwa w tej kwestii.

W 2001 r. Międzynarodowy Trybunał ds. Niewolnictwa Seksualnego Kobiet w wojsku japońskim<sup>28</sup> (będący trybunałem ludowym powołanym do zebrania relacji ofiar oraz ścigania grup i jednostek za okrucieństwa II wojny światowej na gruncie prawa międzynarodowego), choć nie był ciałem sądowym i został utworzony przez organizacje pozarządowe, które starały się doprowadzić do gruntownego zbadania tej kwestii (wyłączonej z zakresu prac Międzynarodowego Trybunału Wojskowego dla Dalekiego Wschodu), w wyroku końcowym wydanym w Hadze orzekł następująco:

Dowody wskazują, że ośrodki pocieszenia były tworzone i regularnie funkcjonowały w ramach polityki militarnej, a także, że na mocy obowiązującego wówczas prawa stanowiły zbrodnie przeciwko ludzkości. [...] Co się tyczy zasady *nullum crimen sine lege*, bezspornym jest, że czyny stanowiące zbrodnie przeciwko ludzkości zostały wymienione w kartach Trybunału Norymberskiego i Międzynarodowego Trybunału Wojskowego ds. Dalekiego Wschodu (morderstwa, eksterminacja, zniewolenie, deportacja i inne nieludzkie czyny) i w czasie działań wojennych na Dalekim Wschodzie i Pacyfiku były zbrodniami już stypizowanymi. Tym samym pojęcie zbrodni przeciwko ludzkości nie tworzyło nowych kategorii przestępstw, ale zostało zastosowane do czynów, które były już bezsprzecznie uznawane za przestępne: było to określenie, które podkreślało okrucieństwo zbrodni. Ponadto zbrodnie przeciwko ludzkości obejmowały przestępstwa, których dopuszczono się w zbieżności ze zbrodniami wojennymi na jednostkach – w tym przypadku kobietach z Korei i Tajwanu – znajdujących się rzekomo „pod ochroną” państwa-agresora<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Porozumienie międzynarodowe w przedmiocie ścigania i karania głównych przestępców wojennych Osi Europejskiej, Londyn, 8 sierpnia 1948 r.

<sup>27</sup> Proklamacja ustanowienia Międzynarodowego Trybunału Wojskowego dla Dalekiego Wschodu, Tokio, 19 stycznia 1946 r.

<sup>28</sup> Amnesty International, *op. cit.*

<sup>29</sup> *Ibidem*, s. 20.

Chociaż pojęcie sprawiedliwości jest dość abstrakcyjne, według powszechnego odczucia społecznego można ją osiągnąć jedynie w ramach porządku prawa, a ukaranie sprawcy przestępstwa jest niezbędnym czynnikiem, na którym to poczucie się opiera. Niemniej jednak powinność moralna wobec pokrzywdzonych wymaga czegoś znacznie więcej niż kara i zadośćuczynienie materialne – wymaga publicznego i formalnego potępienia czynu, który spowodował krzywdę i jednoznacznego wskazania, kto jest ofiarą, a kto agresorem<sup>30</sup>. Obydwa te czynniki są więc bezpośrednio związane z jednoznacznym komunikatem przekazywanym społeczeństwu – w ramach swoistej afirmacji godności człowieka przynależnej każdej osobie, a zwłaszcza pokrzywdzonym – który ma je scalać jako zbiór jednostek świadomych własnej wartości, zorganizowanych w ramach państwa, którego struktury prawne reprezentują ich interesy; jest to koncepcja wyznawana głównie na Wschodzie.

Akt skruchy jest zatem środkiem uśmierzającym ból, przy czym pierwszorzędne znaczenie ma autentyzm intencji dokonującego tego aktu, rozpoznawany przez jego adresata, właśnie ze względu na głębokie znaczenie treści i efektu emocjonalnego dla tego drugiego. Akt przeprosin za winy niejako automatycznie obejmuje akt ich wyznania, co jest istotne przede wszystkim z perspektywy dochodzenia do prawdy<sup>31</sup>.

U ofiar poczucie, że sprawiedliwość została wymierzona, wiąże się z potrzebą opowiedzenia o doznanych krzywdach, ich publicznego uznania, oczyszczenia pokrzywdzonych w oczach społeczeństwa, a także przyznania przez sprawcę, że ponosi on za nie odpowiedzialność i poddaje się karze, co nie jest równoznaczne z aktem zadośćuczynienia czy zemsty za krzywdy w potocznym rozumieniu, a stanowi raczej połączenie obu elementów, którego celem jest przywrócenie zerwanych więzi między pokrzywdzonym a społecznością, z której się wywodzi.

Ponadto u ofiar istnieje potrzeba opowiedzenia ich historii w bezpieczny sposób, bycia wysłuchanym i zrozumianym. To jasne, że ofiary nie oczekują wymierzenia kary na oślep, ale konsekwencji, które mają ponieść osoby odpowiedzialne.

---

<sup>30</sup> *Ibidem*.

<sup>31</sup> M. Foucault, *Microfísica do poder*, wyd. 5., Rio de Janeiro 1985, s. 103.

W opisywanych tu sprawach kobiety również oczekują uznania bólu oraz krzywd psychicznych i fizycznych, jakich doświadczyły, oczekują też odpowiedniego traktowania i poszanowania ich godności, możliwości swobodnego i otwartego opowiedzenia o swoich cierpieniach, o tym, co przeszły. Oczekują także przywrócenia honoru, aby mogły normalnie żyć w społeczeństwie pomimo tego, czego doświadczyły – a nie uznania ich jedynie za żywy dowód lub wieczną ofiarę, i wreszcie – przede wszystkim – oczekują, że państwo uchroni innych przed podobnymi potwornościami<sup>32</sup>.

Mimo upływu ponad 80 lat sprawa „ośrodków pocieszenia” nie została wniesiona przed Międzynarodowy Trybunał Wojskowy ds. Dalekiego Wschodu i nigdy nie została w nim osądzona. Co więcej, niepowodzeniem zakończyły się wszystkie próby wniesienia sprawy przed sądy krajowe, zwłaszcza sądy japońskie, które wskazywały na brak prawnych podstaw ścigania. Sądy koreańskie natomiast, wstrzymując się od orzekania w tych sprawach, często brały pod rozwagę potencjalne konsekwencje dyplomatyczne, nawet jeśli uznawały prawo ofiar do żądania zadośćuczynienia<sup>33</sup>.

### 3. Biowładza: korzyści za cenę krzywdy innych

Przemoc seksualna jest często postrzegana jako nieunikniona konsekwencja konfliktów zbrojnych. Zazwyczaj ofiary są zbyt przerażone, by zgłaszać gwałty, a sprawcy pozostają bezkarni ze względu na patriarchalną kulturę społeczności, w której żyją ofiary. Niewątpliwie jest to czynnik, który przyczynia się do wrażliwości i utrzymującej się wciąż bezbronności kobiet w takich przypadkach. Nawet jeśli ofiary są wykorzystywane seksualnie wbrew własnej woli, głównie w zmaskulinizowanym kontekście społecznym, w którym gwałt na kobietach postrzegany jest jako tryumf nad przeciwnikiem, za winowajcę uznawane są nadal kobiety.

Kobiety, o których tutaj mowa straciły wszystko, co miały na rzecz „poprawy” sytuacji w armii japońskiej. Z perspektywy czystej biowładzy

---

<sup>32</sup> Amnesty International, *op. cit.*

<sup>33</sup> *Ibidem.*

uznawane były ni mniej, nie więcej za luksusowe towary w czasie wojny, których zadaniem była maksymalizacja wydajności żołnierzy.

Według Foucaulta<sup>34</sup> przed nastaniem epoki nowożytnej w społeczeństwach obowiązywała zasada suwerennej władzy, wywodzącej się z rzymskiej *patria potestas*<sup>35</sup>, według której władca posiadał prawo do decydowania o życiu i śmierci swoich obywateli. Jednak w XX w. nie istnieje żadna zasada w sprawowaniu władzy, która byłaby bardziej naganna niż ta właśnie zasada „władzy ojcowskiej”.

Świat, pozbawiony władzy arbitralnego decydowania o życiu człowieka, stworzył władzę produkującą zasoby, które są ulepszone dla większej wydajności i produktywności. Umiejętność ta nie dotyczyła już możliwości dowolnego decydowania o życiu człowieka, ale możliwości wytwarzania i gwarantowania życia.

Od tego czasu władza jest rozdarta pomiędzy dwoma biegunami, które dobrze opisuje sam Foucault:

Na jednym z biegunów, który wytworzył się jako pierwszy, następuje koncentracja na ciele jako maszynie: na jego treningu, rozwijaniu umiejętności, doskonaleniu jego sił, równoległym wzroście jego użyteczności i posłuszeństwa, na zintegrowaniu go z efektywnym i ekonomicznie opłacalnym systemem kontroli. Wszystko to zapewniają procedury władzy, które charakteryzują te dyscypliny: anatomiczna polityka ludzkiego ciała. Na drugim biegunie, który powstał nieco później, około połowy XVIII wieku, następuje koncentracja na ciele, na ciele poruszonym mechaniką żywej istoty i stanowiącym przestrzeń dla procesów biologicznych: rozmnażania się, rodzenia się i umierania, poziomu zdrowotności, spodziewanej długości życia i długowieczności, wraz ze wszystkimi uwarunkowaniami. Procesy te podlegają wielu interwencjom i regulacyjnym mechanizmom kontrolnym: biopolityce populacyjnej<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> M. Foucault, *História da Sexualidade I: a vontade de saber*, wyd. 13., Rio de Janeiro 1999, s. 130.

<sup>35</sup> *Patria potestas* – w starożytnym Rzymie władza głowy rodziny rzymskiej nad zstępnyimi z prawego małżeństwa i przysposobionymi, w szerszym znaczeniu także nad żoną i niewolnikami, pozwalająca na decydowanie o ich sprzedaży, zabiciu lub pozostawieniu przy życiu; F. De Coulanges, *A cidade antiga*, São Paulo 2006, s. 73.

<sup>36</sup> M. Foucault, *op. cit.*, [cytaty z tego autora według przekładu autorów z jęz. hiszpańskiego].

Wdrażanie tych środków rozpoczęło się już w starożytności, z czasem uległy one zinternalizowaniu, a ich funkcją było inwestowanie w życie, z naciskiem na rozwój wydajności ciała lub kontrolowanie procesów życiowych. Wraz z wprowadzeniem sterowanych odgórnie jednostek do systemu środków produkcji, czynnik ten nabrał znaczenia ekonomicznego.

Z tej perspektywy płeć znajduje swoje miejsce na styku tych dwóch narzędzi władzy. Stanowi podstawę do mikrowładzy nad ciałem, ponieważ wchodzi w sferę treningu, dostosowania i oszczędzania energii, ale także sferę regulacji populacji. Jest tu miejsce na inwigilację, ciągłe kontrole, niekończące się badania itp., ale także zakrojone na szeroką skalę interwencje wymierzone w całe społeczeństwo:

Jeśli idzie o nas samych, żyjemy w społeczeństwie „seksu”, a raczej „seksualności”: mechanizmy władzy ukierunkowane są na ciało, na życie, na to wszystko, co pozwala życiu się rozprzestrzeniać, na to, co wzmacnia gatunek, na jego witalność, na możliwość sprawowania kontroli nad nim lub jego podatność na wykorzystanie do określonych celów. Zdrowie, potomstwo, rasa, przyszłość gatunku, witalność ciała społecznego, władza – to wszystko przepełnione jest seksualnością i ją afirmuje. W tym względzie nie jest ona jedynie znakiem czy symbolem, jest przedmiotem i celem<sup>37</sup>.

Z drugiej strony w historii ludzkości seksualność stała się również tematem centralnymi jako wskaźnik siły społeczeństwa w „ujawnianiu” jego witalności biologicznej:

W rzeczy samej, przez długi czas twierdzono, że każdy kraj, który chce być bogaty i potężny, musi posiadać odpowiednią liczbę ludności. Jednak to właśnie teraz po raz pierwszy, a przynajmniej po raz pierwszy w taki konsekwentny sposób, społeczeństwo doszło do wniosku, że jego przyszłość i los są związane nie tylko z liczbą i zaletami obywateli czy zasadami zawierania małżeństw i organizacji rodziny, ale także ze sposobem, w jaki każdy obywatel wykorzystuje swoją płeć<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> *Ibidem*, s. 198.

<sup>38</sup> *Ibidem*, s. 28–29.



W społeczeństwie japońskim płeć nie była już czymś pozostającym w cieniu, ale czymś cenionym jako tajemnica, o której nieustannie wszyscy mówią. W niedługim czasie w oparciu o nią wytworzyły się wzorce dostosowania i ładu, a efektem końcowym była użyteczna ekonomicznie i konserwatywna politycznie seksualność<sup>39</sup>.

Niemniej jednak, zgodnie z teorią Foucaulta<sup>40</sup> należy odrzucić koncepcję, że nowożytnie społeczeństwa przemysłowe cechowały się kulturową represją seksualności. Wręcz przeciwnie, w dziedzinie seksualności rozpowszechniły się w nich odstępstwa od norm i to do tego stopnia, że wprowadzano przepisy prawne ułatwiające rozprzestrzenianie się konkretnych praktyk seksualnych. Nigdy wcześniej nie było tak wielu ośrodków władzy czy też tak wielu punktów służących potęgowaniu doznawanej przyjemności. Władza zataczała coraz to szersze kręgi.

Jeżeli chodzi o biowładzę, intencją cesarza była poprawa wizerunku rządu (nadszarpniętego przez gwałty, antyjapońskie nastroje), zapewnienie korzyści militarnych (ograniczenie szpiegostwa) i wzmocnienie morale sił zbrojnych (prewencja chorób i zapewnienie „rekreacji”). W systemie „ośrodków pocieszenia” kobiety były rekrutowane i kontrolowane za pomocą technik stosowanych wobec żołnierzy, bez względu na wpływ, jaki wywierało to na życie i warunki egzystencji kobiet, postrzegane jako narzędzia zapewniające Japonii zwycięstwo.

System ten był tak mocno zakorzeniony, że nawet jeśli większość żołnierzy miała świadomość niewinności i przerażenia dziewcząt, po prostu go akceptowała. Jego funkcjonowanie cieszyło się poparciem większości żołnierzy, gdyż napędzał maszynę zbrodni, w której życie dziewcząt było rujnowane, mimo idei polepszenia ich bytu. Było to możliwe wyłącznie z tego względu, że:

Władza panuje i jest sprawowana w sieci. Jednostki w nią uwikłane nie tylko w niej tkwią, ale mają możliwość sprawowania władzy, ale też odczuwania jej negatywnych skutków. Nigdy bezradnie nie podlegają władzy zawsze stanowią ognia pośrednie władzy. Innymi słowy, władza nie tkwi w jednostkach, ale przez nie przepływa. [...] Innymi słowy, jednostka nie jest odwrotnością

<sup>39</sup> *Visualizing Japan (1850s–1930s)* (online).

<sup>40</sup> M. Foucault, *op. cit.*

władzy – jest jednym z jej pierwszych efektów. Jednostka jest skutkiem władzy i jednocześnie, lub przez sam fakt bycia skutkiem, jest ośrodkiem przepływu władzy. Władza przepływa przez jednostkę, którą ukonstytuowała<sup>41</sup>.

Władza ta nie jest jednak czymś, co można nabyć, ale czymś, co można wykonywać dzięki nierównym, a jednocześnie ruchomym relacjom, którymi z natury charakteryzują się inne ogniwa systemu, będące efektem nierównowagi i nierówności, które występują w nich samych. Jej źródła znajdują się również u podstawy piramidy społecznej, a jednocześnie władza odbija się echem od jej szczytu, rozprzestrzeniając się w głąb. Władza jest intencjonalna, a nie subiektywna, nie wynika z wyboru czy decyzji danej jednostki. Ponadto tam, gdzie istnieje władza, istnieje opór przeciwko władzy.

Relacje między władzami Japonii a jej armią opierały się na nierówności do tego stopnia, że funkcjonowanie żołnierzy sprowadzono do bycia mobilną bronią o określonym przeznaczeniu. Zanim żołnierze nawiązali bezpośrednie relacje z ofiarami, relacja między nimi a państwem była nierówna ekonomicznie i politycznie, stworzono więzy podporządkowania służbowego, czyniąc z nich broń wojenną do dyspozycji państwa. To właśnie ze względu na ten stosunek podległości cesarz mógł myśleć o ulepszeniu ich jako maszyn. Zasadniczo zatem więzy te miały charakter intencjonalny, tzn. były ustanowione w konkretnym celu, a „ośrodki pocieszenia” powstały po to, aby zapewnić powodzenie realizacji tego celu.

Celem tym miało być ulepszenie żołnierzy japońskich jako maszyn sięgających zniszczenie, dzięki wykorzystaniu społecznej, ekonomicznej i seksualnej bezbronności kobiet, które – po przekształceniu Korei w protektorat – były obywatelkami tego samego kraju.

Zrozumienie, do jakiej służby koreańskie kobiety zostały zmuszone i jaki był jej cel, pozwala wykazać, w jaki sposób zostały one zinstrumentalizowane i co dla nich oznaczał brak reakcji systemu sądownictwa. Z punktu widzenia Japończyków nie była to zbrodnia, ponieważ jedynym czynem, jakiego się dopuścili, było wykorzystanie dziewcząt w imię „większego dobra” cesarstwa, które sprawowało kontrolę nad terytorium Korei. Nie zmniejsza to jednak niepokoju samych kobiet, które wciąż nie wiedzą, dlaczego zostały zmuszone

<sup>41</sup> M. Foucault, *Microfísica do poder*, wyd. 5., Rio de Janeiro 1985, s. 103.

do uczestnictwa w tym planie, choć jednocześnie domagają się zadośćuczynienia za wszystkie swoje cierpienia aż do chwili obecnej.

#### 4. Polityczna instrumentalizacja seksualności

Z perspektywy Giddensa zdolność poznawcza podmiotów przyczynia się do budowy i upowszechniania modeli instytucjonalnych w strukturach władzy. Pokazuje to znaczenie prób rozwijania mechanizmów refleksyjnej samo-kontroli, nawet w grupach mniejszościowych. Choć teza ta może wydawać się niezwiązana z naszym argumentem, według niej jednostki uległy nie są pożądane.

Władzę można zrozumieć jedynie przez pryzmat działania jednostek i grup w przestrzeniach społecznych, którym refleksyjność instytucjonalna nadaje pewną wagę. Innymi słowy władza rodzi się z różnych alternatyw, które jednostka może wybrać, ale tego nie czyni, utrwalając zastany porządek i pomagając mu utrzymać przy władzy. Tak więc to działanie człowieka jest podstawowym elementem, który ułatwia zrozumienie źródła przemian społecznych, nawet jeśli napotykają na ograniczenia i bariery oraz – bezpośrednio lub pośrednio – wpływy różnych zjawisk i niezamierzonych działań.

[...] dotyczy ono zdarzeń, których sprawcą jest jednostka, w tym sensie, że na każdym etapie danego ciągu zachowań jednostka ta mogła postąpić inaczej, niż faktycznie postąpiła. Cokolwiek się wydarzyło, nie wydarzyłoby się, gdyby nie działanie podjęte przez jednostkę. Działanie jest procesem ciągłym, przepływem, w którym refleksyjne monitorowanie prowadzone przez jednostkę ma fundamentalne znaczenie dla kontroli nad ciałem, w rodzaju tej, którą do końca swojego życia zwykle utrzymują aktorzy<sup>42</sup>.

Istnieje zatem teoria interpretacyjna wykraczająca poza porządek państwowy. Najpierw następuje teoretyczne przesunięcie na osi sprawowania władzy, w ramach którego sama władza jest stopniowo zastępowana ideą rządu i możliwością uzyskania wolności. Następnie wypracowywana jest

<sup>42</sup> A. Giddens, *A constituição da sociedade*, wyd. 2, São Paulo 2002, s. 10–11.

nowa koncepcja polityki i oporu wobec politycznej dominacji, idealizowanego w postaci etyki, której celem jest tworzenie nowych form podmiotowości, które wymykają się pokusom zarówno indywidualizacji, jak i totalitaryzmu władzy<sup>43</sup>.

Mając na względzie to potrójne przesunięcie, można powiedzieć, że bieg wszystkich rzeczy zależy od indywidualności i wolności – nawet w przypadkach, gdy równowaga sił jest zaburzona. Jeśli ktoś pożąda zatem zmiany, musi kontynuować opór.

Refleksyjne zawłaszczanie procesów cielesnych i mechanizmów ich rozwoju stanowi centralny element debat i zmagania polityki życia. Uwypuklenie tej kwestii pozwala zobaczyć, że ciało nie stało się po prostu bezwolną istotą zamienioną w towar lub „dyscyplinie” w sensie Foucaultowskim. Gdyby tak było, ciało byłoby przede wszystkim przedmiotem zainteresowania polityki emancypacyjnej – pytanie mogłoby wówczas dotyczyć tego, jak wyzwolić ciało z ucisku, któremu zostałyby poddane. W wysoce nowoczesnym świecie ciało jest znacznie mniej „uległe” niż kiedykolwiek wcześniej, ponieważ w ramach refleksyjnego projektu samostanowienia dochodzi do ścisłej koordynacji pomiędzy ciałem a podmiotem. Ciało – mobilizowane do działania w praktyce – staje się bardziej istotnym elementem tożsamości, do której dąży jednostka<sup>44</sup>.

W przypadku „kobiet do towarzystwa” można mówić o następujących zjawiskach. Państwo japońskie nie byłoby w stanie utrzymać całej maszyny „ośrodków pocieszenia”, gdyby nie bezwolna akceptacja i chęć współpracy żołnierzy, a także wsparcie lub bierność ze strony ogółu ludności mimo wiedzy o tym, co się naprawdę działo. Ponadto alternatywy samych *ianfu* były ograniczone do bierności umożliwiającej przeżycie lub podjęcia działania w ramach próby ucieczki – z narażeniem się na jeszcze większe niebezpieczeństwo – lub próby popełnienia samobójstwa<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> *Ibidem*.

<sup>44</sup> *Ibidem*, s. 201.

<sup>45</sup> Y. Yoshimi, *op. cit.*

Jeżeli bez oporu czy potencjalnej niezgody nie istnieje władza, gra o hegemonię z konieczności zakłada uczestnictwo jednostki, ponieważ jednostka nie może pozostać na uboczu i ograniczyć się do swojej partykularności. Wynika to z faktu, że osoba prowokuje refleksję nad tym, co dzieje się w sferze społecznej.

Zatem sposób, w jaki jednostka konstryuuje się jako osoba kontrolująca swoje postępowanie, można opisać jako ćwiczenie, które przeprowadza na sobie, dążąc do samo-przekształcenia w celu osiągnięcia określonej pozycji lub stylu życia. To sprawia, że jej życie jest skutkiem działania pewnych wartości, które odpowiadają normom potencjalnie stanowiącym<sup>46</sup> alternatywę dla strategii upodmiotowienia obecnych we współczesnej władzy dyscyplinarnej i biopolityce.

Jednostka akceptuje rzeczy, które uznawane są za słuszne, nawet jeśli się z nimi nie zgadza, nie dlatego jedynie, że pozwala to na zaspokojenie utylitarnych celów, ale dlatego że pozwala to na urzeczywistnienie pewnej narracji o własnej tożsamości<sup>47</sup>. Ta refleksyjność rozciąga się na jej ciało, które staje się integralnym elementem decyzji dotyczących jej życia.

W czasie wojny na Pacyfiku naród japoński zasadniczo wykazywał nastawienie utylitarne, jednak nie w zachodnim sensie tego słowa, ponieważ był znacznie bardziej skoncentrowany na kolektywizmie niż na poczuciu indywidualizmu. Polityka strachu towarzysząca wojnie była niezbędnym elementem dla powstania utylitarne kolektywizmu, w którym większość ludzi, świadomych wydarzeń na polach bitewnych, zaakceptowało „ośrodki pocieszenia” nie tylko ze względu na konieczność zaspokojenia potrzeb chwili, ale także w ramach wygodnej narracji formacyjnej dla narodu. Tym samym była ona czymś więcej niż instrumentem zmiany konfiguracji władzy państwowej w oparciu o seksualność, ponieważ faktycznie wpłynęła na politykę seksualną współczesnej Japonii.

To właśnie dlatego bezbronność zniewolonych wówczas kobiet objawia się nie tylko w braku dróg wyboru innych niż podjęcie oporu. Ich walka i fakt przetrwania katastrofy, a także odwaga, jakiej wymagało od nich opowiedzenie o zadawanych im cierpieniach, to dowód na to, że jednostka może

---

<sup>46</sup> M. Foucault, *História da Sexualidade...*

<sup>47</sup> A. Giddens, *Modernidade e identidade*, Rio de Janeiro 2002.

podjmować działanie w sytuacji skrajnej nierównowagi sił. Podobnie to, że zostały one objęte w utylitarny i eugeniczny sposób polityką państwa, które widziało w nich jedynie instrument do osiągnięcia zwycięstwa, a jednocześnie pozostały silne w okresie powojennym, wskazuje, że na drugim planie oblicze wojny może być obliczem pobitej kobiety.

## Wnioski

W niniejszym artykule podjęto próbę zmierzenia się z historyczną koncepcją „kobiet do towarzystwa”, która wyłania się z doniesień z czasów poprzedzających II wojnę światową aż do pierwszego raportu z lat 90. XX wieku, obrazujących nieludzkie położenie kobiet w tym systemie.

Prawne i analityczne studium sprawy pokazuje, jak wiele norm naruszyła Japonia, tworząc system „pocieszenia” dla żołnierzy. Na pierwszy plan wybija się następująca konstatacja: nawet gdyby skazano żołnierzy biorących udział w tych praktykach, sam fakt wydania wyroku nie rozwiązałby problemu, którego zaczątkiem było powołanie do życia programu „ośrodków pocieszenia”. Równoległe pokazano, jak kobiety były zmuszane do służenia swoim ciałem żołnierzom w ramach wzmacniania ich bojowości, poprawy wizerunku armii, ograniczania rozwoju chorób wenerycznych i powstrzymywania nastrojów antyjapońskich. System ten został stworzony w ramach polityki biowładzy, a ściślej rzecz biorąc – jako środek kontroli męskiej części populacji.

Jak wskazuje analiza przeprowadzona w części poświęconej przepisom prawnym, społeczność międzynarodowa nie aprobowała realizowanych przez Japonię w sposób zinstytucjonalizowany działań, które stanowiły naruszenie zawartych umów międzynarodowych w imię próby manipulowania żołnierzami dla zwiększenia ich wydajności. Niemniej jednak, do dziś sprawa nie znalazła rozstrzygnięcia w sferze prawnej, co stanowi powód, dla którego były niewolnice seksualne nadal walczą o sprawiedliwość, choć ich liczba kurczy się z roku na rok.

Przeprowadzona analiza polityki biowładzy, w której wykazano zbieżność z japońską polityką nacjonalistyczną, pokazuje bezbronność ofiar. Na założenia biopolityczne Japonii wskazuje również fakt, że ofiary były postrzegane

jako istoty niższego rzędu i poddawane instrumentalizacji seksualnej jako obiekty władzy politycznej.

Ogólnie rzecz biorąc, system ośrodków pocieszenia był próbą zwiększenia wydajności armii kosztem przymusowej pracy seksualnej kobiet pochodzących z będącej wówczas protektoratem japońskim Korei. W nawiązaniu do myśli Giddensa wykazano, że będąc pod kontrolą, jednostka zawsze ma wybór drogi działania, może popełnić samobójstwo lub stawiać opór, jak miało to miejsce w przypadku „kobiet do towarzystwa”, o których mowa.

Podsumowując, zarówno w XX, jak i XXI w., kobiety i ich prawa są zbyt łatwo odsuwane na bok, a pierwszeństwo daje się płci przeciwnej. Wyjaśnia to, dlaczego nigdy nie doszło do definitywnego rozstrzygnięcia sprawy, w której wszystkie ofiary pragnęły po prostu wolności do życia, nie w charakterze przedmiotu, którym od urodzenia rozporządza państwo lub mężczyźni, ale jako celu samego w sobie. Spojrzenie na sprawę z perspektywy biopolityki pokazuje grozę, której nie uchwyciły ani media, ani historycy – system „ośrodków pocieszenia” stanowił zasadniczo dobrze zaplanowany manewr polityczny, mający na celu wyniszczenie „gorszych” kobiet z jednoczesnym wzmocnieniem „broni”, która miała podbić cały kraj.

Bezbronność kobiet w konfliktach zbrojnych wynika z faktu, że należą do „drugiej” płci. Płci, której prawa łatwo odebrać i którą łatwo wykorzystać jako narzędzie do osiągnięcia krótko- i długofalowych celów. Płci, której wymiar sprawiedliwości nie zdołał zapewnić odpowiedniego zadośćuczynienia, mimo upływu 80 lat od tych tragicznych wydarzeń.





# STUDIA PORÓWNAWCZE



# Regulacje krajowe dotyczące ścigania najpoważniejszych zbrodni międzynarodowych – porównanie przypadków Iraku i Ukrainy

## Wprowadzenie

Konflikty w Ukrainie i w północnym Iraku, od kilku lat toczące się równolegle, doprowadziły do spustoszenia m.in. regionów Donbasu i Sindżaru, jednak dotychczas podjęto jedynie nieliczne wysiłki w celu postawienia sprawców przed międzynarodowym wymiarem sprawiedliwości i zapewnienia zadośćuczynienia ofiarom masowych zbrodni. W następstwie rewolucji godności, aneksji Krymu przez Federację Rosyjską i wybuchu wojny we wschodniej Ukrainie, rząd tego kraju wystosował do Międzynarodowego Trybunału Karnego (MTK) dwie deklaracje z prośbą o rozpoczęcie czynności śledczych<sup>1</sup>. W dniu 11 grudnia 2020 r. Biuro Prokuratora MTK poinformowało o zakończeniu wstępnej analizy sytuacji w Ukrainie<sup>2</sup>. Ponad rok po zakończeniu analizy wstępnej, osiem lat po pierwszych doniesieniach o domniemanych naruszeniach międzynarodowego prawa karnego i, co najistotniejsze, niedługo po tym, jak Rosja zdecydowała się rozpocząć pełnowymiarową inwazję na całym obszarze Ukrainy – 24 lutego 2022 r. – MTK ostatecznie rozpoczął

---

<sup>1</sup> 'Declaration by Ukraine lodged under Article 12(3) of the Rome Statute', 8 września 2015 r., dostępny pod adresem: [www.icc-cpi.int/iccdocs/other/Ukraine\\_Art\\_12-3\\_declaration\\_08092015.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf).

<sup>2</sup> MTK, 'Statement of the Prosecutor, Fatou Bensouda, on the Conclusion of the Preliminary Examination in the Situation in Ukraine', 11 grudnia 2020 r., dostępny pod adresem: [www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=201211-otp-statement-ukraine](http://www.icc-cpi.int/Pages/item.aspx?name=201211-otp-statement-ukraine).

śledztwo<sup>3</sup>. Niemniej, zanim usłyszymy o pierwszych wyrokach uniewinniających lub skazujących, może upłynąć kilka lat lub nawet całe dziesięciolecie<sup>4</sup>.

Mając na względzie niepokojącą perspektywę trwałej bezkarności sprawców – wynikającą z braku inicjatyw zmierzających do tworzenia trybunałów karnych na szczeblu regionalnym lub międzynarodowym<sup>5</sup> czy braku wniesienia sprawy przez wiele lat przed Międzynarodowy Trybunał Karny przez Radę Bezpieczeństwa ONZ – władze Iraku i Ukrainy podjęły na szczeblu krajowym zdecydowane kroki ustawodawcze i instytucjonalne z myślą o ściganiu sprawców najpoważniejszych zbrodni o wadze międzynarodowej. Wśród tych działań znajduje się m.in. utworzenie w Prokuraturze Generalnej Ukrainy departamentu specjalnego, który zajmuje się ściganiem zbrodni wojennych oraz inicjatywa Rządu Regionalnego Kurdystanu w Iraku powołania hybrydowego (umiędzynarodowionego) trybunału karnego do osądzenia sprawców zbrodni międzynarodowych popełnionych przez tzw. Państwo Islamskie (ISIS). Pojawiają się opinie mówiące, że pogarszająca się sytuacja bezpieczeństwa w regionie Sindżar<sup>6</sup> i pełnowymiarowa inwazja wojsk rosyj-

<sup>3</sup> MTK, 'Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: Receipt of Referrals from 39 States Parties and the Opening of an Investigation', 2 marca 2022 r., dostępny pod adresem: [www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-receipt-referrals-39-states](http://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-receipt-referrals-39-states).

<sup>4</sup> W. Jordash, A. Mykytenko, 'International Criminal Court is No Panacea for Ukraine', The Atlantic Council, 17 grudnia 2020 r., dostępny pod adresem: [www.atlanticcouncil.org/blogs/ukrainealert/international-criminal-court-is-no-panacea-for-ukraine](http://www.atlanticcouncil.org/blogs/ukrainealert/international-criminal-court-is-no-panacea-for-ukraine).

<sup>5</sup> W wielu państwach analizowano możliwości pociągnięcia sprawców do odpowiedzialności, nie podjęto jednak żadnych działań na rzecz utworzenia trybunału hybrydowego lub innej instytucji, która byłaby powołana do ścigania zbrodni popełnionych przez bojowników ISIS. Zob. R. Lu Phillips, 'A Tribunal for ISIS Fighters – A National Security and Human Rights Emergency', JustSecurity, 30 marca 2021 r., dostępny pod adresem: [www.justsecurity.org/75544/a-tribunal-for-isis-fighters-a-national-security-and-human-rights-emergency](http://www.justsecurity.org/75544/a-tribunal-for-isis-fighters-a-national-security-and-human-rights-emergency). Jeżeli chodzi o Ukrainę, badane są możliwości ścigania przestępstwa agresji, zob. Rada Europy, 'PACE Calls for the Setting Up of an Ad Hoc International Criminal Tribunal to Hold to Account Perpetrators of the Crime of Aggression against Ukraine', 28 kwietnia 2022 r., dostępny pod adresem: [pace.coe.int/en/news/8699/pace-calls-for-the-setting-up-of-an-ad-hoc-international-criminal-tribunal-to-hold-to-account-perpetrators-of-the-crime-of-aggression-against-ukraine](http://pace.coe.int/en/news/8699/pace-calls-for-the-setting-up-of-an-ad-hoc-international-criminal-tribunal-to-hold-to-account-perpetrators-of-the-crime-of-aggression-against-ukraine).

<sup>6</sup> 'Estimated 3,000 people flee armed clashes in northern Iraq', Al-Jazeera, 2 maja 2022 r., dostępny pod adresem: [www.aljazeera.com/news/2022/5/2/thousands-flee-after-clashes-erupt-in-iraqis-sinjar-2](http://www.aljazeera.com/news/2022/5/2/thousands-flee-after-clashes-erupt-in-iraqis-sinjar-2).

skich na Ukrainę w 2022 r. mogą stanowić wyzwanie dla działań służących rozliczeniu zbrodni, o których mowa.

W niniejszym rozdziale omówiono krajowe ramy prawne ścigania najpoważniejszych zbrodni międzynarodowych w Iraku i w Ukrainie, a punktem wyjścia do analizy były ważne kroki śledcze podjęte przez organizacje pozarządowe<sup>7</sup>. W jakim stopniu ustawodawstwa krajowe Ukrainy i Iraku rozpoznają zbrodnie międzynarodowe? Jak prawo krajowe Ukrainy i Iraku definiuje najpoważniejsze zbrodnie międzynarodowe? Czy różnią się od definicji zbrodni międzynarodowych, a jeśli tak – w jakim stopniu? Czy istnieją rozbieżności między prawem międzynarodowym a prawem krajowym w porządkach prawnych w Ukrainie i w Iraku? Jakie są główne przeszkody związane ze ściganiem zbrodni międzynarodowych w postępowaniu krajowym/hybrydowym?

Sugeruje się, że pomimo swoich niedociągnięć, obecne wysiłki w Ukrainie i w Iraku, mające na celu postawienie sprawców przed krajowym/hybrydowym wymiarem sprawiedliwości, mogą potencjalnie przyczynić się do wszczęcia skutecznych śledztw międzynarodowych, a także doprowadzić do wyroków skazujących za najpoważniejsze zbrodnie o wadze międzynarodowej, jak wykazano w opracowaniu na temat postępowań karnych toczących się przed sądami ukraińskimi dotyczących zbrodni wojennych. Ponadto ze względu na ograniczenia krajowych systemów prawnych i ograniczoną implementację międzynarodowych definicji zbrodni, nowatorskie praktyki śledcze i strategie ścigania sprawców mogą przyczynić się do osadzenia norm międzynarodowego prawa karnego i humanitarnego w porządkach miejscowych.

---

<sup>7</sup> Zob. K. Aksamitowska, 'The Counter-Hegemonic Turn to 'Entrepreneurial Justice' in International Criminal Investigations and Prosecutions Relating to the Crimes Committed in Syria and Eastern Ukraine', [w:] F. Jeßberger, L. Steinl, K. Mehta (red.), *International Criminal Law – A Counter-Hegemonic Project?* (The Hague 2022), dostępny pod adresem: [www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4077958](http://www.papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4077958).

## 1. Obecne ramy prawne ścigania zbrodni międzynarodowych i przestępstw związanych z terroryzmem w Iraku i w Ukrainie

W związku z tym, że Irak obecnie nie posiada ram prawnych, które pozwoliłyby na ściganie najpoważniejszych zbrodni międzynarodowych jako takich<sup>8</sup>, ta część opracowania skupia się wyłącznie na ograniczonych możliwościach wykorzystania pewnych elementów irackiego prawodawstwa do ścigania domniemych zbrodni międzynarodowych popełnionych przez ISIS w północnym Iraku.

W przeciwieństwie do ukraińskiego kodeksu karnego, iracki kodeks karny nie kryminalizuje najpoważniejszych zbrodni międzynarodowych. Tymczasem, jak zauważają Mohamad Ghazi Janaby i Ahmed Aubais Alfatlawi, można oczekiwać, że na bazie irackiego kodeksu karnego zastosowanie znajdzie jurysdykcja uniwersalna w odniesieniu do niektórych pogwałceń międzynarodowego prawa humanitarnego<sup>9</sup>, nawet jeśli nie zostaną tak sklasyfikowane. Autorzy ci argumentują, że

przestępstwa popełnione przez ISIS, a dotyczące handlu kobietami, dziećmi czy niewolnikami można uznać za jawne naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego, jeżeli zostały popełnione w związku z konfliktem zbrojnym w północnym Iraku. Iracki kodeks karny nie wymaga, aby domniemane zbrodnie musiały zostać popełnione w konkretnym czasie, jeżeli ma obowiązywać jurysdykcja uniwersalna. W rezultacie wymienione zbrodnie można by uznać za naruszenie międzynarodowego prawa humanitarnego, o ile zostały popełnione podczas konfliktu zbrojnego<sup>10</sup>.

W swoich rozważaniach dwaj wymienieni autorzy dowodzą, że teoretycznie pięć rodzajów irackiego prawodawstwa „może pomóc w wypracowaniu ostatecznego stanowiska na temat statusu zbrodni międzynarodowych

<sup>8</sup> Zob. B. van Schaack, *Imagining Justice for Syria*, Oxford 2020, s. 279–280.

<sup>9</sup> Art. 4 ust. 2 pkt f) Protokołu dodatkowego II do Konwencji genewskich z 1949 r.; art. 8 Statutu Rzymskiego.

<sup>10</sup> M.G. Janaby, A.A. Alfatlawi, 'UN Efforts to Make ISIS Accountable for International Crimes: the Challenges Posed by Iraq's Domestic Law', „International Criminal Law Review” 2021, vol. 21, nr 6, s. 1103–1134, 1113.

w krajowym systemie sądownictwa karnego<sup>11</sup>. Wymieniają iracki kodeks karny nr 111 (1969), Ustawę o Wysokim Trybunale Irackim nr 10 (2005), Ustawę antyterrorystyczną nr 13 (2005) i Ustawę dotyczącą ocalałych jezydek nr 8 (2021). Dodatkowo można przeanalizować pod tym kątem Ustawę o ludobójstwie jezydów i Ustawę nowelizującą ustawę o Wysokim Trybunale Irackim nr 10 (2005)<sup>12</sup>.

Warto teraz rozważyć niektóre z wymienionych inicjatyw mających na celu kryminalizację (pośrednio lub bezpośrednio) najpoważniejszych zbrodni międzynarodowych w irackim prawodawstwie. Przy ścisłej współpracy Zespołu śledczego ONZ ds. odpowiedzialności za zbrodnie popełnione przez tzw. Państwo Islamskie (ISIS), iracka Rada Reprezentantów opracowała projekt przepisów kryminalizujących przestępstwa tzw. Państwa Islamskiego popełnione w Iraku, a mianowicie projekt ustawy o ludobójstwie jezydów i ustawę nowelizującą ustawę o Wysokim Trybunale Irackim<sup>13</sup>. Dodatkowo zespół śledczy blisko współpracował z Rządem Regionalnym irackiego Kurdystanu pod kątem opracowania projektu statutu specjalnego trybunału do osądzenia zbrodni popełnionych przez ISIS w kurdyjskim rejonie autonomicznym<sup>14</sup>.

Na tym tle warto wspomnieć o Ustawie o ludobójstwie jezydów przygotowanej w roku 2020 przez Iracką Radę Reprezentantów. W przeciwieństwie do projektu ustawy o sądzie specjalnym do osądzenia zbrodni popełnionych przez ISIS, ustawa powyższa nie wprowadza definicji użytych w Statucie Rzymskim, lecz recypuje zmodyfikowaną definicję z Konwencji ONZ w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa z 1948 r.<sup>15</sup> W definicji mowa konkretnie o „całkowitym lub częściowym zniszczeniu grupy narodowej, etnicznej, rasowej lub religijnej, w czasie pokoju lub podczas działań wojennych”<sup>16</sup>. Uznając, że zbrodnie przeciwko jezydom kwalifikują się jako ludobójstwo mieszczące się w tej definicji, Ustawa o ludobójstwie jezydów nie przewiduje żadnej odpowiedzialności, co stanowi istotną przeszkodę prawną

<sup>11</sup> *Ibidem*, 1103–1134, 1112.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> *Ibidem*, 1103–1134, 1118.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> *Ibidem*.

<sup>16</sup> Parlament Iraku, Projekt ustawy o ludobójstwie na jezydach (2020).

dla prowadzenia skutecznego śledztwa i ścigania najpoważniejszych zbrodni międzynarodowych w Iraku.

Janaby i Alfatlawi zauważają, że *actus reus*, o którym mowa w Ustawie o ludobójstwie jezydów, ma zbyt wiele ograniczeń, aby być skutecznym narzędziem do ścigania podejrzanych bojowników tzw. Państwa Islamskiego. Co więcej, ponieważ ustawa nie zawiera żadnych przepisów umożliwiających skazanie, tylko zbrodnie określone w irackim kodeksie karnym mogą być ścigane. Kodeks karny Iraku „nie obejmuje innych przestępstw, np. niewolnictwa kobiet, przymusowego rozdzielania dzieci lub ich przenoszenia. Mimo że niektóre przestępstwa popełnione przez ISIS, w tym zniewolenie kobiet, kwalifikują się jako zbrodnie podlegające uniwersalnej jurysdykcji sądów irackich, nie są traktowane jako osobne przestępstwo<sup>17</sup>.

Jak wykazano, Ustawa o ludobójstwie jezydów zwiększyła liczbę przeszkód prawnych w prowadzeniu dochodzeń i ściganiu najpoważniejszych zbrodni międzynarodowych w Iraku. Realną alternatywą pozostaje kompleksowa nowelizacja irackiego kodeksu karnego, uwzględniająca definicje zawarte w Statucie Rzymskim. Umożliwiłyby szybkie prowadzenie dochodzeń i ściganie przestępstw na gruncie międzynarodowego prawa karnego i humanitarnego w sądach irackich.

Kolejną inicjatywą mającą na celu zniwelowanie różnic w zakresie odpowiedzialności za zbrodnie popełnione na jezydach i członkach innych mniejszościach narodowych przez bojowników ISIS jest nowelizacja ustawy o Wysokim Trybunale Irackim, a także dopuszczenie dowodów dostarczonych przez UNITAD<sup>18</sup>. Jednakże ustawodawcy iraccy proponują przyjęcie przepisów tymczasowych, które będą miały zastosowanie wyłącznie do przestępstw popełnianych przez ISIS, a przez to nie zapewnią możliwości pociągnięcia

<sup>17</sup> M.G. Janaby, A.A. Alfatlawi, *op. cit.*, s. 1103–1134, 1119. Zob. także M. Mulligan, ‘*Conceptualizing an Internal Conflict: ISIS and International Law*’, „International Journal of Contemporary Iraqi Studies” 2016, vol. 10, nr 1–2, s. 73–88; C. Gibbons, ‘*CEDAW, the Islamic State, and Conflict-Related Sexual Violence*’, „Vanderbilt Journal of Transnational Law” 2018, vol. 51, nr 5, s. 1421–1465, 1424; V. Dakhil, A. Zammit Borda, A.R. Murray, ‘*Calling ISIL Atrocities Against the Yezidis by Their Rightful Name: Do They Constitute the Crime of Genocide?*’, „Human Rights Law Review” 2017, vol. 17, nr 2, s. 261–283; C. Kenny, ‘*Prosecuting Crimes of International Concern: Islamic State at the ICC?*’, „Utrecht Journal of International and European Law” 2017, t. 33, nr 84, s. 120–145; S. El-Masri, ‘*Prosecuting ISIS for the Sexual Slavery of the Yazidi Women and Girls*’, „International Journal of Human Rights” 2018, t. 22, nr 8, s. 1047–1066.

<sup>18</sup> M.G. Janaby, A.A. Alfatlawi, *op. cit.*, s. 1103–1134, 1120.



do odpowiedzialności za ewentualne przyszłe zbrodnie w Iraku<sup>19</sup>. Ponadto, podobnie jak w przypadku Ustawy o ludobójstwie jezydów, nowelizacja Ustawy o Wysokim Trybunale Irackim nie zapewni przepisów regulujących wydawanie wyroków, a zatem kodeks karny ponownie nie będzie miał zastosowania. Należy uznać, że przeszkody natury prawnej, dotyczące inicjatyw ustawodawczych opisanych powyżej, kładą zbyt duży nacisk na aspekt czasowy, co znacznie odróżnia je od – przykładowo – Ustawy nr 2689 nowelizującej ukraiński kodeks karny. Ustawodawcy ukraińscy nie zakładali, że konflikt zbrojny toczący się we wschodniej Ukrainie (od roku 2014) będzie jedynym powodem do zastosowania przepisów dotyczących zbrodni wojennych w kraju. Zgodnie z ustawodawstwem wprowadzającym międzynarodowe prawo karne i międzynarodowe prawo humanitarne w państwach członkowskich UE, prawo ukraińskie zapewnia ochronę i w czasie pokoju, i podczas wojny, a co najważniejsze nie posiada „daty ważności”. Z kolei, proponowane ustawodawstwo irackie wydaje się niespójne i niekompletne, gdyż brakuje w nim przepisów regulujących wydawanie wyroków. Sugeruje się, że instrumentem prawnym, który mógłby poprawić skuteczność międzynarodowych śledztw i postępowań karnych w Iraku, jest zmiana irackiego kodeksu karnego celem włączenia definicji zawartych w Statucie Rzymskim, proponowana w projekcie statutu specjalnego trybunału ds. zbrodni tzw. Państwa Islamskiego.

Jak wykazano, mimo że irackie prawo nie kryminalizuje najpoważniejszych zbrodni międzynarodowych, kurdyjski Rząd Regionalny, przy udziale UNITAD, zaproponował kolejną poprawkę przepisów nowelizujących prawo.

Właściwość projektowanego trybunału specjalnego ma obejmować

każdą osobę fizyczną, narodowości irackiej lub nie, która jest członkiem ISIS i została oskarżona o popełnienie jednego z przestępstw określonego w projekcie przeciwko obywatelowi irackiemu lub komukolwiek innemu.

Wymienia się takie zbrodnie jak: ludobójstwo, zbrodnie przeciwko ludzkości, zbrodnie wojenne i „wszelkie czyny podlegające irackiemu Kodeksowi

---

<sup>19</sup> *Ibidem.*

karnemu nr 111 z roku 1969 wraz z poprawkami lub innemu prawu irackiemu obowiązującemu na terenie Regionu<sup>20</sup>.

Projekt statutu przewiduje jednostkową odpowiedzialność karną i odpowiedzialność przełożonych na podstawie projektowanego art. 13 ust. 3:

jeżeli przełożony wiedział lub miał podstawy, by wiedzieć, że jego podwładny popełnił przestępstwo lub był bliski jego popełnienia, lub gdy przełożony nie podjął koniecznych i należytych środków, aby zapobiec tym przestępstwom<sup>21</sup>.

Trybunał stosowałby Ustawę prawo karne procesowe nr 23 z 1971 r. oraz Reguły procesowe i dowodowe stanowiące załącznik projektowanego statutu. Dodatkowo, zgodnie z projektem artykułu 14 ust. 2, należy stosować przepisy kodeksu karnego w sposób nienaruszający statutu i odpowiednich przepisów prawa międzynarodowego. Co więcej, zbrodnie podlegające jurysdykcji trybunału nie są objęte przedawnieniem, wraz z którym upływa okres odpowiedzialności karnej. W swoim orzecznictwie Trybunał i Sąd Najwyższy mogą powoływać się na wyroki międzynarodowych trybunałów karnych.

Projektowany art. 15 ust. 1 przewiduje, że:

śledztwo może być wszczęte z urzędu lub na podstawie informacji powziętych z dowolnych źródeł, na przykład policji lub instytucji rządowych czy pozarządowych. Zatem w gestii sędziego śledczego leży ocena uzyskanej informacji lub decyzja o rozpoczęciu dochodzenia<sup>22</sup>.

Zgodnie z art. 15 ust. 4:

sąd może oprzeć się na dowodach dostarczonych/przedstawionych przez zespoły śledcze działające z ramienia ONZ w celu wzmocnienia kompetencji sądu, który prowadzi postępowanie wobec członków ww. organizacji Państwa

---

<sup>20</sup> Art. 12, Specjalny Trybunał ds. Zbrodni Państwa Islamskiego w kurdyjskim regionie autonomicznym (projekt), maj 2021 r.

<sup>21</sup> *Ibidem*, art. 13.

<sup>22</sup> *Ibidem*, art. 15.

Islamskiego/Da'isz. Pozwoli to zachować integralność Rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ nr 2379 z roku 2017<sup>23</sup>.

W ten sposób będzie możliwe zdobycie cennego materiału dowodowego gromadzonego i opracowywanego m.in. przez organizacje pozarządowe. Dodatkowo Trybunał mógłby wykorzystać materiał dowodowy zgromadzony przez UNITAD. Materiał taki mógłby okazać się niezbędny do ścigania najwyższych przywódców ISIS.

Projekt statutu kryminalizuje zbrodnie wojenne, zbrodnie przeciwko ludzkości i ludobójstwo zgodnie ze Statutem Rzymskim. Janaby i Alfatlawi argumentują, że przez to pojawiły się poważne przeszkody prawne w odniesieniu do sprzecznej kategoryzacji:

na przykład, pomimo że statut ma dotyczyć przestępstw popełnianych przez ISIS, odwołuje się również do zbrodni wojennych popełnianych w trakcie międzynarodowego konfliktu zbrojnego. Nie jest jasne, czy tak dzieje się w przypadku, gdy konflikt z udziałem Państwa Islamskiego został uznany za konflikt zbrojny niem międzynarodowy<sup>24</sup>.

O ile znawcy tematu argumentują, że projekt statutu jest „zbyt ogólny”<sup>25</sup>, projekt ten może zostać włączony do irackiego kodeksu karnego w drodze nowelizacji z uwzględnieniem pewnych poprawek celem zapewnienia jego zgodności z iracką konstytucją. Należy za wszelką cenę unikać jurysdykcji ograniczonej czasowo (czyli tak, jak w przypadku ukraińskiej ustawy nr 2689). Z legalistycznego punktu widzenia odniesienie do przestępstw popełnianych przez ISIS jest zbędne. Nie dziwi więc fakt, że w czerwcu 2021 r. iracki Sąd Najwyższy odrzucił apele o powołanie trybunału karnego w Irbilu dla osądzenia podejrzanych bojowników ISIS<sup>26</sup>. Ustanowienie trybunału było blokowane z dwóch powodów. Po pierwsze twierdzono, że „kurdyjski Rząd Regionalny

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> M.G. Janaby, A.A. Alfatlawi, *op. cit.*, s. 1103–1134, 1121.

<sup>25</sup> *Ibidem*, s. 1122.

<sup>26</sup> K. Jangiz, 'Iraq Rejects Kurdish Attempts to Establish Court for ISIS Crimes', Rudaw, 27 czerwca 2021 r., dostępny pod adresem: [www.rudaw.net/english/kurdistan/270620212](http://www.rudaw.net/english/kurdistan/270620212).

[...] nie może powoływać nieirackich sędziów lub prokuratorów”<sup>27</sup>. Po drugie zgodnie z art. 95 irackiej konstytucji „powoływanie sądów specjalnych lub nadzwyczajnych jest zabronione”<sup>28</sup>.

Podobna sytuacja miała miejsce w Ukrainie w 2000 r. Rząd Ukrainy początkowo podpisał Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego w dniu 20 stycznia 2000 r.<sup>29</sup>, lecz w 2001 r. Sąd Konstytucyjny Ukrainy orzekł, że ratyfikacja Statutu Rzymskiego nie jest zgodna z konstytucją<sup>30</sup>. W listopadzie 2015 r., po rewolucji godności, prezydent Ukrainy przedłożył projekt ustawy nr 3524 Najwyższej Radzie Ukrainy nowelizującej konstytucję celem umożliwienia ratyfikacji Statutu Rzymskiego<sup>31</sup>. 2 czerwca 2016 r. Rada Najwyższa uchwaliła projekt ustawy, która weszła w życie w 2019 r.<sup>32</sup> Mimo że jak dotąd Ukraina oficjalnie nie ratyfikowała Statutu Rzymskiego, trwa kampania poparcia dla ratyfikacji.

Warto jednakże zauważyć, że z uwagi na ograniczenia legislacyjne w Iraku i Ukrainie sądy krajowe często stosują przepisy antyterrorystyczne w celu ścigania domniemyanych zbrodni popełnianych w kontekście konfliktów zbrojnych. Sądy w Iraku i Rząd Regionalny Kurdystanu (KRG) opierają się na przepisach dotyczących zwalczania terroryzmu w ramach ścigania podejrzanych o zbrodnie ISIS, głównie, a często wyłącznie, pod zarzutem członkostwa w ISIS, bez „dokonywania rozróżnienia ze względu na ciężar zarzutów stawianych podejrzanym oraz bez prób priorytetowego ścigania najgorszych przestępstw”<sup>33</sup>. Według raportu organizacji Human Rights Watch z 2017 r. pt. *Wadliwy wymiar sprawiedliwości – odpowiedzialność za zbrodnie ISIS w Iraku* „od lutego

---

<sup>27</sup> *Ibidem*.

<sup>28</sup> Art. 95 irackiej Konstytucji Iraku (2005).

<sup>29</sup> Dekret Prezydenta Ukrainy nr 313 o upoważnieniu Wołodymyra Jelczenki do podpisania Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego w imieniu Ukrainy, 11 grudnia 1999 r.

<sup>30</sup> Opinia Trybunału Konstytucyjnego na temat zgodności Statutu Rzymskiego z Konstytucją Ukrainy, sprawa N 1-35/2001, N 3-v/2001 z dnia 11 lipca 2001 r.

<sup>31</sup> O poprawkach do Konstytucji Ukrainy mowa jest w projekcie nr 3524 z dnia 25 listopada 2015 r.

<sup>32</sup> Ustawa o nowelizacji Konstytucji Ukrainy (w obszarze sądownictwa) nr 1401-VIII z dnia 2 czerwca 2016 r.

<sup>33</sup> Human Rights Watch, *Flawed Justice: Accountability for ISIS Crimes in Iraq*, grudzień 2017 r., dostępne pod adresem: [www.hrw.org/report/2017/12/05/flawed-justice/accountability-isis-crimes-iraq](http://www.hrw.org/report/2017/12/05/flawed-justice/accountability-isis-crimes-iraq).

do końca sierpnia 2017 r. sąd rozpoczął procesy przeciwko 5500 podejrzanym z ISIS i wydał wyroki skazujące przeciwko co najmniej 200 z nich<sup>34</sup>. Autorzy raportu podkreślili również, że zarzuty wobec podejrzanych z ISIS pomijają szereg zbrodni popełnionych przez ISIS<sup>35</sup>. Przepisy dotyczące zwalczania terroryzmu przewidują surowe kary, nawet za samo członkostwo w ISIS, mianowicie karę dożywotniego pozbawienia wolności lub karę śmierci.

Podobnie jak w przypadku pierwszych aktów oskarżenia przeciwko zagranicznym bojownikom organizacji terrorystycznych z Syrii i Iraku, sporządzanych przez europejskie organy ds. ścigania zbrodni wojennych, akty oskarżenia wobec podejrzanych z ISIS w Iraku obejmują zarzuty o przestępstwa z przepisów dotyczących zwalczania terroryzmu, a nie o inne przestępstwa z kodeksu karnego. W takich przypadkach dla władz wystarczającą podstawą do ścigania i wydawania wyroków skazujących wobec podejrzanych z ISIS jest udowodniona przynależność oskarżonego do ISIS lub jego udział w strukturach organizacyjnych lub bojowych ISIS, a nie udowodnione popełnienie konkretnych czynów przestępnych. Niemniej jednak – co uświadomiły sobie również organy europejskie wiele lat od wszczęcia pierwszych postępowań karnych dotyczących najpoważniejszych zbrodni międzynarodowych w Niemczech czy Holandii – poleganie na przepisach dotyczących zwalczania terroryzmu stwarza problemy z perspektywy priorytetyzacji ścigania i karania przestępstw o największej wadze<sup>36</sup>. Ściganie zbrodni członków ISIS jako aktów terroryzmu skutkuje wyeliminowaniem perspektywy ofiar z postępowania karnego, a ponadto umniejsza ciężar krzywd wyrządzonych całym grupom ofiar. Nadużywanie zarzutu o członkostwo w organizacji terrorystycznej jako „przestępstwa bez ofiary” w ściganiu bojowników zagranicznych nie może bowiem zapewnić ofiarom masowych zbrodni międzynarodowych poczucia, że sprawiedliwość została wymierzona<sup>37</sup>.

Zanim jeszcze nastąpiła pełnowymiarowa inwazja Federacji Rosyjskiej na Ukrainę 24 lutego 2022 r., kwalifikacja prawna przestępstw popełnianych podczas konfliktu zbrojnego we wschodniej Ukrainie po 2014 r. stawała przed

---

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> *Ibidem*, s. 2.

<sup>36</sup> *Ibidem*, s. 3.

<sup>37</sup> Zob. L. Dolci, *A Victimless Crime? A Narrative on Terrorism Victimization to Build a Case for Support*, Geneva 2017.

krajowymi śledczymi i prokuratorami duże wyzwania. Trudności w dostępie do czasowo okupowanych terytoriów Donbasu, a także – początkowo – brak przeszkolenia w zakresie prowadzenia śledztw dotyczących zbrodni wojennych, komplikowały proces oceny czynów popełnionych przez przedstawicieli tzw. Ługańskiej Republiki Ludowej i Donieckiej Republiki Ludowej. W praktyce większości podejrzanym stawiano zarzuty z art. 258 ust. 1 („Terroryzm”)<sup>38</sup> lub art. 258 ust. 3 („Stworzenie grupy terrorystycznej lub organizacji terrorystycznej”). Stworzyło to dalsze istotne problemy dla organów ścigania, którzy musieli wykazać, że podejrzany poprzez swoje działania

dążył do naruszenia bezpieczeństwa publicznego, zastraszenia ludności, wywołania konfliktu zbrojnego lub napięcia międzynarodowego lub wywarcia wpływu na podjęcie lub zaniechanie podjęcia decyzji lub działań przez organy administracji rządowej lub samorządowej, urzędników i funkcjonariuszy takich organów, stowarzyszeń obywatelskich, podmiotów prawnych, lub podejmował je w celu zwrócenia uwagi opinii publicznej na określone przekonania polityczne, religijne lub inne<sup>39</sup>.

Tak rygorystycznie określony wymóg dotyczący strony podmiotowej czynu zabronionego stanowił przeszkodę w ściganiu bojowników z czasowo okupowanych terytoriów. W miarę narastania konfliktu i zdobywania przez ukraińskie władze krajowe coraz większej wiedzy praktycznej i doświadczenia w prowadzeniu dochodzeń w sprawie zbrodni wojennych i innych przestępstw popełnionych na tymczasowo okupowanych terytoriach, specjalny Departament Nadzoru nad Ściganiem Zbrodni w Sytuacji Konfliktu Zbrojnego przy Prokuraturze Generalnej kładzie obecnie coraz większy nacisk na ściganie

<sup>38</sup> Art. 258 u.k.k.: „1. Akt terroryzmu, tj. użycie broni, środków wybuchowych, ognia lub podjęcie innych działań, które skutkują narażeniem na niebezpieczeństwo życia lub zdrowia ludzki lub powodują znaczne szkody materialne lub inne poważne konsekwencje, o ile działania te miały na celu naruszenie bezpieczeństwa publicznego, zastraszenie ludności, wywołanie konfliktu zbrojnego lub napięcia międzynarodowego, lub wywarcie wpływu na podjęcie lub zaniechanie podjęcia decyzji, lub działań przez organy administracji rządowej lub samorządowej, urzędników i funkcjonariuszy takich organów, stowarzyszeń obywatelskich, podmiotów prawnych, lub zwrócenie uwagi opinii publicznej na określone przekonania polityczne, religijne lub inne wyznawane przez sprawcę (terrorystę), a także groźba popełnienia dowolnego z tych czynów w takich samych celach – podlega karze pozbawienia wolności od 5 do 10 lat”.

<sup>39</sup> Art. 258 u.k.k.

w pierwszej kolejności przestępstw z przepisów kodeksu karnego dotyczących zbrodni wojennych, a nie przepisów dotyczących zwalczania terroryzmu z art. 258 ukraińskiego kodeksu karnego (u.k.k.).

## 2. Obecne ramy prawne dotyczące ścigania najpoważniejszych zbrodni międzynarodowych w Ukrainie

Zanim do ukraińskiego prawa krajowego implementowane zostały przepisy międzynarodowego prawa humanitarnego, powołany w ramach Prokuratury Generalnej specjalny Departament Nadzoru nad Ściganiem Zbrodni w Sytuacjach Konfliktu Zbrojnego, sporządzając akty oskarżenia o najpoważniejsze zbrodnie międzynarodowe, opierał się na art. 438 u.k.k.<sup>40</sup> Artykuł ten przewiduje sankcje karne za „naruszenia praw i zwyczajów wojennych”, które odnoszą się do środków walki zakazanych prawem międzynarodowym i obejmują traktaty międzynarodowe i zwyczajowe prawo międzynarodowe, a także za wszelkie inne naruszenia praw i zwyczajów wojennych uznawanych na mocy umów międzynarodowych ratyfikowanych przez Ukrainę.

Art. 438 obejmuje zakazy z międzynarodowego prawa zwyczajowego w zakresie naruszeń zasad dotyczących środków walki, a nie obejmuje zakazów z międzynarodowego prawa zwyczajowego regulujących metody prowadzenia działań wojennych. Niemniej jednak art. 438 przewiduje szereg podstaw do ścigania najpoważniejszych zbrodni o wadze międzynarodowej i może być wykorzystany do ich skutecznego ścigania. Na przykład w sprawie przed Słowiańskim Sądem Rejonowym Obwodu Donieckiego z 2017 r. bojownik tzw. Donieckiej Republiki Ludowej (DRL) został oskarżony o złe traktowanie jeńców wojennych na podstawie art. 438 ust. 1 u.k.k. Akt oskarżenia

<sup>40</sup> „Art. 438. Naruszenie praw i zwyczajów wojennych:

1 r., Okrutne traktowanie jeńców wojennych lub ludności cywilnej, deportacja ludności cywilnej w celach związanych z robotami przymusowymi, pładrowanie dóbr narodowych na terytoriach okupowanych, stosowanie środków walki zabronionych prawem międzynarodowym lub wszelkie inne naruszenia praw i zwyczajów wojennych uznanych za wiążące na mocy umów międzynarodowych przez Radę Najwyższą Ukrainy, a także wydawanie rozkazów do popełnienia takich czynów – podlega karze pozbawienia wolności od 8 do 12 lat.

2 r., Te same czyny, jeżeli towarzyszy im popełnienie zabójstwa w zamiarze bezpośrednim – podlegają karze pozbawienia wolności od 10 do 15 lat albo dożywotniego pozbawienia wolności”.

obejmował ponadto udział w organizacji terrorystycznej (zgodnie z art. 258–3 ust. 1 u.k.k.) oraz „pomocnictwo w prowadzeniu napaści zbrojnej poprzez uprzedni udział w spisku grupy osób” (zgodnie z art. 27 ust. 5, art. 28 ust. 2, art. 437 ust. 2 u.k.k.). Oskarżony został uznany za winnego wszystkich zarzucanych mu czynów i skazany na karę pozbawienia wolności w wymiarze 10 lat i 1 miesiąca<sup>41</sup>.

W innej sprawie przed Sądem Miejskim w Ługańsku w Obwodzie Ługańskim z 2020 r. czterech bojowników tzw. Ługańskiej Republiki Ludowej (ŁRL) zostało oskarżonych o „naruszenie praw i zwyczajów wojennych przewidzianych w traktatach międzynarodowych, wypędzenia ludności cywilnej do pracy przymusowej, popełnione przez grupę osób na podstawie art. 27 ust. 2, art. 28 ust. 2 i art. 438 ust. 1 u.k.k.”<sup>42</sup> Akt oskarżenia obejmował ponadto „udział w spisku mającym na celu zaplanowanie i przygotowanie napaści zbrojnej, prowadzenie agresywnych działań wojennych popełnionych przez grupę osób poprzez uprzedni spisek” (na podstawie art. 27 ust. 2, art. 28 ust. 2, art. 437 ust. 2 u.k.k.), uczestnictwo w działalności nielegalnej grupy zbrojnej (na podstawie art. 260 ust. 2 u.k.k.), posiadanie, przechowywanie i nabywanie broni palnej, amunicji bez zezwolenia przewidzianego prawem (na podstawie art. 263 ust. 1 u.k.k.) oraz „nielegalne uwięzienie i uprowadzenie osoby, popełnione przeciwko dwóm lub więcej osobom, w sposób stwarzający zagrożenie dla życia i zdrowia pokrzywdzonych, któremu towarzyszy zadawanie im cierpienia fizycznego, z użyciem broni, dokonywane przez długi czas, popełnione przez zorganizowaną grupę” (na podstawie art. 146 ust. 3 u.k.k.).

Oskarżeni zostali uznani za winnych wszystkich zarzucanych im czynów. Jeden podejrzany został skazany na 10 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności. Pozostali trzej otrzymali wyroki 10 lat pozbawienia wolności. Sąd Apelacyjny utrzymał wyrok w mocy<sup>43</sup>.

Jeżeli chodzi o niedawne zdarzenia związane z pełnowymiarową inwazją Rosjan na Ukrainę (po 24 lutego 2022 r.), rosyjski dowódca 4. Dywizji Kantemirowskiej z obwodu moskiewskiego został skazany na dożywocie. Uznano go winnym naruszenia prawa i zwyczaju wojennego, w połączeniu

---

<sup>41</sup> [www.reyestr.court.gov.ua/Review/66885637](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66885637).

<sup>42</sup> [www.reyestr.court.gov.ua/Review/89984664](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/89984664).

<sup>43</sup> [www.reyestr.court.gov.ua/Review/91997961](http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/91997961).



z zaplanowanymi zabójstwami, na zasadzie art. 438 u.k.k.<sup>44</sup> Jest to pierwszy przypadek skazania za zbrodnie wojenne po 24 lutego 2022 r.

Opisane powyżej sprawy pokazują, że w obecnych ramach prawnych możliwe jest prowadzenie skutecznych postępowań karnych wobec sprawców zbrodni wojennych w Ukrainie. Niemniej jednak obecne ramy prawne nie dają jednak podstaw prawnych do ścigania zbrodni przeciwko ludzkości w Ukrainie, co jest istotną wadą ukraińskiego modelu ścigania zbrodni z międzynarodowego prawa karnego i humanitarnego.

Sugeruje się, że w miarę zdobywania przez organy ds. ścigania zbrodni wojennych doświadczenia i specjalistycznej wiedzy w prowadzeniu dochodzeń i ściganiu najpoważniejszych zbrodni o wadze międzynarodowej, stawiane zarzuty będą poszerzone o spektrum przestępstw międzynarodowych. Postępowania przygotowawcze, obejmujące początkowo ściganie przestępstw związanych z terroryzmem, z czasem ewoluują, owocując bardziej rozwiniętymi aktami oskarżenia, obejmującymi zbrodnie wojenne, zbrodnie przeciwko ludzkości, a nawet ludobójstwo<sup>45</sup>. Ta sama prawidłowość może wystąpić w przyszłości w Iraku i w Ukrainie, w miarę krystalizacji w procesach krajowych specjalistycznej wiedzy w sprawach dotyczących najpoważniejszych zbrodni międzynarodowych.

### **3. Projekt nowelizacji obecnych przepisów prawnych do ścigania najpoważniejszych zbrodni międzynarodowych w Ukrainie**

Choć w chwili opracowywania niniejszego tekstu projekt nie został jeszcze podpisany przez prezydenta Ukrainy, warto zwrócić uwagę na ważną inicjatywę ustawodawczą, tj. ustawę nr 2689. W dniu 20 maja 2021 r. Rada Najwyższa przyjęła ustawę „O zmianach niektórych aktów ustawodawczych

---

<sup>44</sup> *'The First Trial Against the Russian Soldier' as an Indicator of the State Justice System of Ukraine*, Zmina, 25 maja 2022 r., dostępne pod adresem: [www.zmina.info/en/articles-en/the-first-trial-against-the-russian-soldier-as-an-indicator-of-the-state-justice-system-of-ukraine](http://www.zmina.info/en/articles-en/the-first-trial-against-the-russian-soldier-as-an-indicator-of-the-state-justice-system-of-ukraine).

<sup>45</sup> Zob. np. [www.prosecutionservice.nl/topics/international-crimes/what-cases-have-been-prosecuted/syria](http://www.prosecutionservice.nl/topics/international-crimes/what-cases-have-been-prosecuted/syria) oraz [www.justiceinfo.net/en/45808-yazidi-trial-germany-prove-genocide-single-case.html](http://www.justiceinfo.net/en/45808-yazidi-trial-germany-prove-genocide-single-case.html).

dotyczących egzekwowania międzynarodowego prawa karnego i humanitarnego”. Uchwalenie tej ustawy, w dużej mierze odzwierciedlającej definicje prawne zawarte w Statucie Rzymskim Międzynarodowego Trybunału Karnego, stanowi historyczny przełom – ukraiński departament prokuratury ds. ścigania zbrodni wojennych został wyposażony w szerszy zestaw narzędzi prawnych do ścigania najpoważniejszych zbrodni międzynarodowych popełnionych w Ukrainie w kontekście konfliktu zbrojnego (od 2014 r.) i domniemanych zbrodni popełnionych od rozpoczęcia inwazji Federacji Rosyjskiej w dniu 24 lutego 2022 r.<sup>46</sup>

Nowe przepisy w znacznym stopniu rozszerzają znaczenie i zakres obecnego art. 438 ukraińskiego kodeksu karnego o elementy zawarte w Statucie Rzymskim Międzynarodowego Trybunału Karnego, a także różne kategorie konfliktów zbrojnych (rozdzielenie konfliktów zbrojnych międzynarodowych i niemiędzynarodowych) i kategorie osób chronionych. Znowelizowany art. 438 kładzie duży nacisk na gwarancje rzetelnego procesu sądowego.

Co ważne, nowa ustawa nr 2689 po raz pierwszy wprowadza zbrodnie przeciwko ludzkości do ukraińskiego ustawodawstwa krajowego. Ich katalog przewidziany w art. 442 ust. 1 projektu ustawy nr 2689 obejmuje przestępstwa na tle seksualnym. Jest to istotna zmiana, ponieważ wcześniej władze ukraińskie mogły ścigać przestępstwa gwałtu jedynie jako zwykłe przestępstwa z krajowego kodeksu karnego, nie mając możliwości uwzględnienia pełnego zakresu czynów popełnionych przez oskarżonych na terytoriach tymczasowo okupowanych.

## Wnioski

Uchwalenie projektu ustawy nr 2689 stanowi istotny krok na drodze do zapewnienia ścigania najpoważniejszych zbrodni o wadze międzynarodowej, w szczególności w kontekście trwającej wojny w Ukrainie, jednak jej potencjał

---

<sup>46</sup> Parlamentarzyści na rzecz działań globalnych (PGA), „Parlament Ukrainy przyjął ustawę o wdrożeniu międzynarodowego prawa karnego i humanitarnego”, 20 maja 2021 r., dostępne pod adresem: [www.pgaction.org/news/ukraine-adopts-icc.html](http://www.pgaction.org/news/ukraine-adopts-icc.html) (dostęp: 21.05.2021).

należy analizować z uwzględnieniem całości ukraińskiego porządku prawnego i jego ograniczeń proceduralnych i praktycznych.

W rzeczywistości można argumentować, że znaczenie projektu ustawy nr 2689, uściślającej stan prawny w Ukrainie, jest ograniczone. O ile oczywiście są korzyści z wprowadzenia przepisów kryminalizujących zbrodnie przeciwko ludzkości, pozostałe zmiany, w tym rozszerzenia definicji zbrodni wojennych w przepisie art. 438, nie są szczególnie konieczne lub nowe w praktyce. W rzeczywistości postępowania karne bywały skutecznie prowadzone na podstawie starej wersji art. 438 w odniesieniu do przestępstw popełnianych od 2014 r., a także przestępstw popełnianych przez rosyjskich żołnierzy w 2022 r.

Ponieważ konflikt w Ukrainie był szokiem zarówno dla społeczeństwa, jak i dla ukraińskiego systemu prawnego, zdołano dostosować do nowych okoliczności cały porządek prawny, który teraz funkcjonuje nawet w sytuacji pełnoskalowej wojny.

Podejście organów prokuratury także uległo zmianie w obliczu nowej sytuacji w celu wypracowania użytecznego mechanizmu prawnego w sytuacji niepewności spowodowanej konfliktem zbrojnym. W obecnej sytuacji, gdy wejdzie w życie ustawa nr 2689, wypracowane już starannie rozwiązanie zostanie zastąpione nowymi elementami, wywodzącymi się z międzynarodowych instrumentów prawnych, w większości odzwierciedlającymi przepisy starej wersji art. 438, ale jednocześnie wymagającymi dodatkowych środków logistycznych i finansowych. Rozwiązanie to mogłoby nałożyć dodatkowe obowiązki i zadania na prawników funkcjonujących w już przeciążonym systemie prawnym, w państwie zmagającym się z trwającym konfliktem zbrojnym.

Przed podobnym dylematem stoi iracki wymiar sprawiedliwości karnej. Starając się sprostać oczekiwaniom społeczności międzynarodowej i organizacji pozarządowych, a także zwiększyć potencjał współpracy międzynarodowej i współpracy w obszarze ścigania najpoważniejszych zbrodni o wadze międzynarodowej, Rząd Regionalny Kurdystanu w swoich wysiłkach na rzecz ustanowienia trybunału hybrydowego napotyka na poważne przeszkody, w tym dotyczące konstytucyjnych kwestii suwerenności, których nie da się szybko wyeliminować.

Zarówno w przypadku Ukrainy, jak i Iraku robocze definicje „terroryzmu” i „zbrodni wojennych” nie są wystarczająco precyzyjnie zakreślone, aby zapewnić jednoznaczną wykładnię prawa. Równocześnie jednak dążenia do

„umiędzynarodowienia” ram prawnych spotykają się z tak nasilonym oporem wewnętrznym (w niestabilnej sytuacji bezpieczeństwa), że rezultatem może być całkowite osłabienie potencjału władz państwowych w zakresie ścigania zbrodni. Zaletą „umiędzynarodowienia” definicji prawnych jest możliwość współpracy władz krajowych z partnerami międzynarodowymi i zagranicznymi organami ds. ścigania zbrodni wojennych.

Stawiana jest teza, że pomimo swoich niedociągnięć, obecne wysiłki w Ukrainie i w Iraku, mające na celu postawienie sprawców przed krajowym wymiarem sprawiedliwości, przy wsparciu organizacji pozarządowych mogą potencjalnie przyczynić się do wszczynania skutecznych dochodzeń międzynarodowych i ścigania karnego, a także doprowadzić do wyroków skazujących za najpoważniejsze zbrodnie o wadze międzynarodowej. Zwiększanie świadomości i poszerzanie specjalistycznej wiedzy w zakresie międzynarodowego prawa karnego i humanitarnego wśród przedstawicieli zawodów prawniczych zarówno w Iraku, jak i w Ukrainie przyczynia się do rozpowszechniania się nowatorskich strategii śledczych i niestandardowych metod prowadzenia postępowań prokuratorskich, które łączą i godzą zarówno „lokalne”, jak i „międzynarodowe” elementy międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości karnej. W ten sposób, poza ramami Rady Bezpieczeństwa ONZ, międzynarodowy wymiar sprawiedliwości karnej zostaje osadzony w krajowych systemach prawa karnego.

# Opór sądów krajowych wobec jurysdykcji uniwersalnej nad zbrodniami międzynarodowymi: uwagi porównawcze na tle porządków Chin i Włoch\*

## 1. Wady ścigania zbrodni międzynarodowych przez organy międzynarodowe

Ściganie zbrodni międzynarodowych przez wyspecjalizowane sądy i trybunały niekrajowe powołane na mocy traktatu lub w drodze ustaleń doraźnych w ramach mandatu Organizacji Narodów Zjednoczonych (dalej: ONZ) budzi szereg obaw z perspektywy prawa procesowego i materialnego, które sprawiają, że droga międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości jest kręta i coraz częściej kwestionowana. Niektóre z tych obaw, na przykład dotyczące ochrony prawa do prywatności i zasady równości stron (tzw. „równości broni”) w postępowaniu dowodowym<sup>1</sup>, są tak głębokie, że wydają się niemożliwe do pokonania w obecnym stanie rzeczy. Dlatego też powszechnie uznaje się, że sprawowanie międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości karnej

---

\* Rozdział ten jest nieco zmienioną wersją referatu prezentowanego podczas konferencji Komitetu Młodszych Komparatystów Amerykańskiego Stowarzyszenia Komparatystyki Prawa, zorganizowanego przez Uniwersytet Wisconsin–Madison, pod przewodnictwem Dr Antonii Baraggia (Uniwersytet Mediolański). Większość badań, na których bazuje niniejsza publikacja, została wykonana przez autora w roli doktoranta prawa międzynarodowego w ramach Programu Talentów prowadzonego przez Katedrę Globalnych Studiów Prawniczych, na Wydziale Prawniczym Uniwersytetu w Makau. Autor prowadził także badania jako Visiting PhD Researcher w Ośrodku Badań Prawniczych i Technologicznych Uniwersytetu Kalifornijskiego w Berkeley, USA. Treść przytoczonych tutaj faktów, definicji i doktryn była aktualna, gdy artykuł był w fazie opracowywania (na początku stycznia 2022 r.), i mogła stać się nieaktualna z uwagi na niezwykle szybkie tempo przemian w tej dziedzinie. Autor pragnie podziękować pani prof. Karolinie Grzebyk za merytoryczne uwagi w trakcie redakcji artykułu.

<sup>1</sup> Szerzej na ten temat zob. R. Vecellio Segate, *Cognitive Bias, Privacy Rights, and Digital Evidence in International Criminal Proceedings: Demystifying the Double-Edged AI Revolution*, „International Criminal Law Review” 2021, nr 21(2), s. 242–279, 278–279.

będzie w przyszłości stopniowo przechodzić do sądów krajowych, w oparciu o specyficzny instrument prawny, jakim jest jurysdykcja uniwersalna.

Jurysdykcja uniwersalna to funkcjonujący od dość dawna, choć wciąż kontrowersyjny i wieloaspektowy instrument prawny. Odnosi się głównie do domniemania prawa przysługującego sądom krajowym na całym świecie do ścigania podejrzanych o popełnienia przestępstw międzynarodowych, a nie krajowych, z zastosowaniem bezpośrednio międzynarodowego prawa karnego (dalej: MPK) lub przepisów uznanych za równoważne zgodnie z ich transpozycją do odpowiedniego krajowego kodeksu karnego, przy słabym związku (lub jego braku) pomiędzy obywatelstwem i/lub miejscem zamieszkania oskarżonego (lub miejscem popełnienia przestępstwa) a organami ścigania. Jurysdykcję uniwersalną można jednak rozpatrywać również w odniesieniu do praktyki Międzynarodowego Trybunału Karnego (dalej: MTK) w zakresie, w jakim jego jurysdykcja rozciąga się na obywateli państw, które nie ratyfikowały jego traktatu założycielskiego (tzw. Statut Rzymski), w następstwie naczelnej dla Statutu „zasady komplementarności” lub w zgodzie z mandatem Rady Bezpieczeństwa ONZ (dalej: RB ONZ)<sup>2</sup>. Na potrzeby niniejszej analizy będą brane pod uwagę aspekty wykonywania jurysdykcji uniwersalnej zarówno przez sądy krajowe, jak też przez MTK. Bezłącznikowa (nieograniczona, bezwarunkowa) forma jurysdykcji uniwersalnej wykonywanej przez organy krajowe będzie określana jako forma „czysta”, warunkowa forma jurysdykcji uniwersalnej o słabym łączniku jurysdykcyjnym będzie definiowana jako forma „kwalifikowana”, natomiast wszelkie odniesienia do wykonywania jurysdykcji uniwersalnej przez MTK na poziomie „międzynarodowym” (czy też „globalnym”) zostaną omówione oddzielnie, a zatem w sposób samoobjaśniający się dla czytelnika. Podsumowując, identyfikuję

---

<sup>2</sup> Szerzej na ten temat zob. X. Philippe, *The principles of universal jurisdiction and complementarity: How do the two principles intermesh?*, „International Review of the Red Cross” 2006, nr 88(862), s. 375–398, 388–389; A. Abass, *The International Criminal Court and Universal Jurisdiction*, „International Criminal Law Review” 2006, nr 6(3), s. 349–385. Należy zauważyć, że niektórzy badacze definiują trzecią formę jurysdykcji uniwersalnej jako „jurysdykcję międzynarodową” MTK, zob. np. C.M.J. Ryngaert, *Universal Jurisdiction in an ICC Era: A Role to Play for EU Member States with the Support of the European Union*, „European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice” 2006, nr 14(1), s. 46–80, 47–56. Ze względu na niespójności terminologiczne w literaturze przedmiotu kwestią najwyższej wagi jest uzgodnienie znaczeń i desygnatów preferowanych pojęć.

trzy formy jurysdykcji uniwersalnej: czystą jurysdykcję uniwersalną organów krajowych, kwalifikowaną jurysdykcję uniwersalną organów krajowych oraz międzynarodową jurysdykcję uniwersalną<sup>3</sup>; w większości przypadków czytelnik będzie mógł na podstawie kontekstu zorientować się, o jakiej formie jurysdykcji uniwersalnej jest mowa w konkretnych częściach artykułu.

Należy zwrócić uwagę, że pomimo trudności nieodłącznie związanych z każdym takim wysiłkiem na rzecz możliwości odwoływania się do przepisów międzynarodowych w codziennej praktyce krajowej – a szczególnie w wypadku wykonywania jurysdykcji uniwersalnej – drogą tą (już od wielu lat funkcjonującą deklaratywnie, na papierze)<sup>4</sup> w ostatnim czasie (ponownie) poszło kilka zachodnich jurysdykcji (w tym Niemcy, Szwecja, Finlandia i Holandia), co dało im możliwość przeredagowania odpowiednich części ich kodeksów karnych w celu uspoźnienia przepisów ze Statutem Rzymskim<sup>5</sup>.

Oprócz przyznania państwu pełni praw i obowiązków w zakresie jurysdykcji sądowniczej jurysdykcję uniwersalną można również wdrożyć w sposób bardziej hybrydowy, na przykład w postaci procedury drugiego etapu, realizowanej po zakończeniu postępowania prokuratorskiego, które nadal jest prowadzone centralnie przez prokuraturę globalną w oparciu o najlepsze elementy dorobku MTK<sup>6</sup>. Niemniej jednak należy zwrócić uwagę na istotne zagrożenie dla potencjalnie efektywnego funkcjonowania jurysdykcji

<sup>3</sup> Czytelnicy mogą porównać te trzy formy jurysdykcji w wersji zaproponowanej przez M. Inazumi („jednostronna”, „delegowana”, „absolutna”) w książce *Universal Jurisdiction in Modern International Law: Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, Antwerpen–Oxford 2004, s. 110–121.

<sup>4</sup> Zob. np. K. Aksamitowska, *Digital Evidence in Domestic Core International Crimes Prosecutions*, „Journal of International Criminal Justice” 2021, dostępny pod adresem: [www.doi.org/10.1093/jicj/mqab035](http://www.doi.org/10.1093/jicj/mqab035); F. Jeßberger, *Towards a ‘complementary preparedness’ approach to universal jurisdiction: Recent trends and best practices in the European Union*, Briefing for the Policy Department for External Relations of the European Parliament’s Directorate General for External Policies of the Union, 2018, PE 603.878, EP/EXPO/B/COMMITTEE/FWC/2013-08/Lot8/21, s. 4.

<sup>5</sup> Zob. np. art. 689 francuskiego kodeksu postępowania karnego (2010) i niemieckiego *Völkerstrafgesetzbuch* „Kodeks zbrodni przeciwko prawu międzynarodowemu”, VStGB, 2002.

<sup>6</sup> Oznacza to, że zamiast Międzynarodowego Trybunału Karnego, jaki mamy dzisiaj, teoretycznie posiadającego jurysdykcję globalną, która w wielu aspektach praktycznych obciążona jest jednak poważnymi ograniczeniami, moglibyśmy mieć międzynarodową agencję ścigania karnego, która wszczyna, a nawet kończy postępowania przygotowawcze, a następnie przekazuje sprawę do odpowiedniego sądu krajowego, który ją rozpatruje i wydaje orzeczenie. Dzięki temu rozwiązaniu jurysdykcja uniwersalna takich sądów krajowych nabrałaby faktycznej treści,

uniwersalnej, jakim jest rzeczywisty stopień zaangażowania się państw, gdzie z jednej strony mamy niewielką liczbę entuzjastycznie nastawionych jurysdykcji (takich jak państwa wymienione powyżej), a z drugiej – w innych regionach świata, ale także w samej Europie – ewidentne objawy oporu lub tendencje do „jakościowej zmiany zakresu kompetencji”, które można by nazwać zastojem<sup>7</sup>, a nawet – w ostatecznym rozrachunku – krokiem wstecz. W rzeczy samej, większość jurysdykcji „Wschodu” i „Globalnego Południa” konsekwentnie wyraża obawy wobec zmian, natomiast inne, zachodnie jurysdykcje z „Globalnej Północy” także wydają się nie być jeszcze gotowe na ich przyjęcie.

### 1.1. Chiny i Włochy

Wśród jurysdykcji, które zostały już wskazane w literaturze jako deklarujące niechęć lub brak przygotowania do stawienia czoła temu stosunkowo nowemu wyzwaniu, wyróżniają się Chińska Republika Ludowa (ChRL, dalej również Chiny) oraz Włochy, ze względu na ich regionalną atrakcyjność wyrażającą się, odpowiednio, w ich sile geoeconomicznej i przywództwie regulacyjno-normatywnym, oraz na ich zaangażowanie w (stanowiące rzeczywistą alternatywę?<sup>8</sup>) dyskursy dotyczące globalnego wymiaru sprawiedliwości, a także na tysiącletnie i wzajemnie powiązane podstawy ich cywilizacji<sup>9</sup> i tradycji prawnych.

---

przy jednoczesnym zapewnieniu jednolitych sposobów postępowania prokuratorskiego na poziomie międzynarodowym.

<sup>7</sup> Zob. np. I.B. Wuerth, *International Law in the Post-Human Rights Era*, „Texas Law Review” 2017, nr 96(2), s. 279–349, 293.

<sup>8</sup> Z punktu widzenia doktryny, włoskie dyskursy na temat globalnego wymiaru sprawiedliwości opierają się na internacjonalizmie, demokratyzacji i dążeniu do bezwzględnych norm postępowania, natomiast chińskie podkreślają przede wszystkim suwerenność i prawo do rozwoju jako okoliczności łagodzące wobec utrwalania pewnych przejawów niesprawiedliwości uznawanych za przejściowe, tj. za związane z pewnym etapem rozwoju, a zatem tymczasowo uzasadnione lub przynajmniej dopuszczalne.

<sup>9</sup> Zob. M. Marinelli, G. Andornino, *Wstęp*, [w:] *idem* (red.), *Italy's Encounters with Modern China: Imperial Dreams, Strategic Ambitions*, Basingstoke: Palgrave Macmillan 2014, s. ix-xix, xii.



Jeśli chodzi o atrakcyjność regionalną, Chiny oddziałują nie tyle na Azję Wschodnią, ile raczej na Afrykę Subsaharyjską, Amerykę Łacińską, Rosję, Azję Środkową i ogólnie wszystkie te regiony, które nie sytuują się w neoliberalnym, zdominowanym przez USA porządku światowym; Włochy natomiast w sposób naturalny są zorientowane na basen Morza Śródziemnego, a ich atrakcyjność polityczna znajduje oddźwięk wśród społeczeństw zarówno europejskich, jak i pozaeuropejskich krajów śródziemnomorskich.

Jeśli chodzi o więzy chińsko-włoskie (zarówno na ogólnym poziomie historycznym, jak i – być może wbrew intuicji – pod względem tradycji prawniczej), na myśl przychodzą natychmiast przykłady sławnych podróżników – Marco Polo i Matteo Ricciego (z Wenecji i Rzymu do, najprawdopodobniej, Pekinu i Makao), jako nowożytnych podróżników zdobywających Daleki Wschód. Cztery stulecia później Włosi władali koncesją w Tianjin (天津意租界, *Tiānjīn Yì Zūjiè*) w latach 1901–1943, a następnie włoscy faszyci próbowali ujarzmić część Chin kontynentalnych, jednak przede wszystkim należy pamiętać o kilku próbach – w czasach bliższych współczesnym – opisanego językiem prawa „zblizenia” między atlantycyzmem a komunizmem, których kulminacją było przemówienie o prawach człowieka wygłoszone w Pekinie przez byłego (komunistycznego) prezydenta Włoch – Giorgio Napolitano.

Wszystkie te włosko-chińskie kontakty najmocniej symbolizują jednak dowody historyczne, wskazujące, że cywilizacje starożytnego Rzymu i starożytnych Chin były pierwszymi (czy też wśród pierwszych), które uświadomiły sobie wzajemne istnienie w kategoriach Zachodu i Wschodu, a namacalne ślady wzajemnego zainteresowania Cesarstwa Rzymskiego i Cesarstwa dynastii Han datują się na co najmniej II w. n.e. Nie jest zatem niespodzianką fakt, że nowy Kodeks Cywilny Chin jest efektem dziesięcioleci współpracy z włoskimi (i niemieckimi) badaczami prawa rzymskiego, która ukształtowała nie tylko chińskie prawo cywilne, ale także niektóre aspekty prawa karnego tego kraju. Sama jurysdykcja uniwersalna, przynajmniej w ujęciu doktrynalnym, nie ogranicza się do prawa karnego – powiązania z prawem cywilnym zyskały na znaczeniu np. w następstwie amerykańskiej ustawy o roszczeniach cudzoziemców z tytułu deliktu (ATS); w wielu przypadkach, w związku z zarzutami karnymi, wnoszone mogą być cywilnoprawne<sup>10</sup> roszczenia odszkodowawcze

<sup>10</sup> Mowa tutaj o powództwach cywilnych, a nie systemach opartych na prawie cywilnym.

oparte na jurysdykcji uniwersalnej. Należy w tym miejscu zauważyć, że Chiny przedkładały opinie przyjaciela sądu (*amicus curiae*) do amerykańskich sądów w sprawach z ustawy ATS, sprzeciwiając się wykonywaniu cywilnej jurysdykcji uniwersalnej na mocy tej ustawy; jest to stanowisko, które konsekwentnie zajmują Chiny wobec rozwoju sytuacji dotyczącej jurysdykcji uniwersalnej (w każdym jej obszarze), a prawdopodobnie opowiedziałyby się za nim również Włochy (choć ostatecznie powstrzymały się od jednoznacznego wyrażenia takiej opinii ze względu, jak sądzę, na sojusze geopolityczne).

Porównanie z Niemcami pokazałoby niezwykle ciekawe zjawisko, mianowicie, jak zakorzenienie systemu prawnego w tym samym prawie rzymskim może ulec zniekształceniu do tego stopnia, że daje podstawę do diametralnie przeciwnych reakcji na jurysdykcję uniwersalną, przynajmniej w jej aspekcie prawnokarnym; w tym krótkim artykule skupimy się jednak na Włoszech. W istocie wykazemy, że oprócz oczywistych różnic między Chinami a Włochami te dwie jurysdykcje mają wiele cech wspólnych, które mogą mieć znaczenie dla przyszłości jurysdykcji uniwersalnej i globalnego wymiaru sprawiedliwości.

Celem niniejszego opracowania jest zatem zbadanie porównawcze tych dwóch jurysdykcji pod kątem ich stanowisk dotyczących stosowalności jurysdykcji uniwersalnej w sprawach o zbrodnie wagi międzynarodowej (oraz praktyki z nią związanej). Zarówno Chiny, jak i Włochy zostały już w literaturze zidentyfikowane oddzielnie jako państwa wyrażające opór przeciwko jurysdykcji uniwersalnej, pytanie natomiast brzmi, czy u podstaw takiego wyboru leżą podzielane przez nie obawy? Jakie są długoterminowe konsekwencje systemowe potencjalnego zbliżenia tych dwóch państw i ich systemów prawa w kontekście mawianych kwestii politycznych?

## 2. Nieufność Chin

W ramach analizy powodów, dla których Chiny powstrzymują się od wsparcia jurysdykcji uniwersalnej, analizy zostaną podzielone na dwie kategorie: dotyczące konkretnych zbrodni, tj. dotyczące wyłącznie ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości, zbrodni wojennych lub zbrodni agresji, oraz ogólne. Rozważane tutaj będą przypadki należące do drugiej kategorii.

## 2.1. Powody ogólne

### 2.1.1. Tło polityczne

W pierwszym rządzie należy wskazać krajobraz polityczny, w jakim chińscy decydenci dokonują oceny jurysdykcji uniwersalnej. Pod sztandarem stabilności i wzrostu, tj. haseł, które stanowią podstawę legitymizacji Chińskiej Partii Komunistycznej i utrzymania się jej przy władzy, Chiny unikają wszelkich ruchów, które stawiałyby je w sytuacji rozgrywek w rodzaju „wet za wet”, eliminując w ten sposób możliwość przeciągających się sporów między państwowymi prowadzonych ze względów politycznych i, generalnie, odwetu politycznego innych państw; co za tym idzie, Chiny starają się rozwiązywać spory w sposób polubowny, aby nie tworzyć precedensów, na które później mogłyby się powoływać przeciwko nim sądy w innych jurysdykcjach. Strategia ta działa też w drugą stronę, mianowicie uwiarygadnia chińską krytykę wobec ingerencji sądów zagranicznych, którą dość żywo obrazuje sprawa prowadzona w Hiszpanii w 2013 r., w której Krajowy Sąd Karny i Administracyjny (*Audiencia Nacional*) skazał chińskich urzędników (m.in. byłego prezydenta Hú Jǐntào) za zbrodnie popełnione w Tybecie. Nakazy aresztowania były wówczas wydawane i przekazywane do wykonania do Interpolu, jednak orzeczenie w tej sprawie stanowiło na tyle groźny precedens sądowy, że spotkało się z poważnym sceptycyzmem ze strony rządów i potępieniem dyplomatycznym (znacznie większej liczby państw niż tylko Chin) do tego stopnia, że w 2014 r. Kongres Deputowanych dokonał nowelizacji hiszpańskiej ustawy o jurysdykcji uniwersalnej, a poprawki bezzwłocznie zatwierdził Sąd Najwyższy Hiszpanii, który jednocześnie wprowadził do treści ustawy przesłanki łącznika jurysdykcyjnego i obowiązkowej międzypaństwowej koordynacji wstępnej, wskutek czego dotychczasowa „czysta” jurysdykcja uniwersalna uległa przekształceniu w „kwalifikowaną” jurysdykcję uniwersalną. Wyciągnąwszy wnioski z tej sprawy, chińscy przywódcy uświadomili sobie niebezpieczeństwa związane z popieraniem zasad jurysdykcji uniwersalnej i ostatecznie zdecydowali się wzmocnić sprzeciw wobec nich.

Mówiąc szerzej, ponieważ większość zbrodni międzynarodowych na całym świecie jest obecnie dokumentowana i/lub ujawniana przez podmioty niepaństwowe, dopiero wskutek czego dochodzi do uaktywnienia się globalnej opinii publicznej, sprzeciw chińskich przywódców wobec jurysdykcji

uniwersalnej wpisuje się w ich wysiłki na rzecz kwestionowania roli organizacji pozarządowych (NGO) w podnoszeniu spraw związanych z naruszeniami praw człowieka, a także zwalczania prób ingerencji podmiotów niepaństwowych w sprawy wewnętrzne Chin. Aktywność Chin na ostatnim ze wskazanych powyżej pól jest widoczna zarówno wobec organizacji wewnętrznych, jak i rządów innych państw oraz w pewnym stopniu na polu międzynarodowego humanitaryzmu<sup>11</sup>. Ponadto osadzenie MTK w socjoprprawnej przestrzeni Europy może także przyczyniać się do niezadowolenia państw nieeuropejskich z zasięgu jego jurysdykcji<sup>12</sup>. „Emocje”, często ignorowane, ale mające swoją siłę, istotnie oddziałują na stosunki międzynarodowe, chociaż są z pewnością trudne do uchwycenia w języku prawa.

Na poziomie krajowym Chiny wyraziły rozczarowanie uporem, z jakim organizacja Human Rights Watch określa „obozy reedukacyjne” i inne instrumenty polityczne w Regionie Autonomicznym Sinkiang mianem aktów ludobójstwa (a w ostatnim czasie, być może ze względów strategicznych, określonych przez Human Rights Watch jako domniemanych zbrodni przeciwko ludzkości).

Na arenie międzynarodowej Chiny nie zawetowały decyzji RB ONZ o pozwaniu Sudanu (w sprawie Darfuru) i Libii przed MTK, natomiast w późniejszym czasie zawetowały wstrzymanie postępowania w sprawie Syrii, nie tyle ze względu na wiernopoddańcze deklaracje polityczne sojuszniczego reżimu syryjskiego, ile własną decyzję o wycofaniu się z dotychczasowej polityki wobec tego kraju, motywowaną przewidywanym nadużyciem przez państwa zachodnie instrumentów doktryny przejścia przez społeczność międzynarodową odpowiedzialności za ochronę ludności cywilnej („Responsibility to Protect”, R2P)<sup>13</sup>. W rzeczywistości Chiny generalnie obawiają się, że każde formalne ustępstwo wobec mocarstw zachodnich prędzej czy później

<sup>11</sup> Zob. np. L. Gong, ‘Humanitarian Diplomacy as an Instrument for China’s Image-building’, „Asian Journal of Comparative Politics” 2021, t. 6, nr 3, s. 242–243.

<sup>12</sup> Obszernie na ten temat zob. M.J. Christensen, *Justice Sites and the Fight against Atrocity Crimes*, „Law & Social Inquiry”, First View, pp. 1–29, <https://doi.org/10.1017/lsi.2022.46>.

<sup>13</sup> Szerzej na ten temat zob. M. Contarino, M. Negrón-Gonzales, K.T. Mason, *The International Criminal Court and Consolidation of the Responsibility to Protect as an International Norm*, „Global Responsibility to Protect” 2012, nr 4(3), s. 275–308, 287–294; S. Breslin, *China and the global order: Signalling threat or friendship?*, „International Affairs” 2013, nr 89(3), s. 615–634, 632.

zostanie przekształcone przez USA i „podobnie myślące koalicje państw” w obraźliwy interwencjonizm, który równie dobrze może mieć zastosowanie w sferze MPK. Nie jest to tylko kwestia wewnętrznych interesów Chin, ale ogólnie dążenia do tego, aby nie destabilizować szeroko pojętych stosunków międzynarodowych (SM), zgodnie z powtarzaniem nieustannie argumentem, że zachowanie władztwa politycznego państwa z definicji stanowi warunek rozwoju oraz że propagowanie mentalności pozimnowojennej wiąże się z prowadzeniem wielostronnego dialogu ze wszystkimi aktorami, bez dzielenia uczestników tego dialogu na państwa uprzywilejowane i te, które można zlekceważyć.

Z perspektywy teoretycznej można postawić hipotezę, że sprzeciw wobec uniwersalnej jurysdykcji (bądź co bądź w pierwotnym ujęciu owocu zachodniej myśli prawnej) jest dla Chin potężnym narzędziem do wyrażania niezadowolonia z nagłego i obłudnego przebudzenia się bogatego i od dawna nihilistycznego Zachodu w kwestii praw człowieka, następującego po tym, jak mocarstwa zachodnie rozwinęły się na przestrzeni wieków dzięki wyzyskiwaniu i podporządkowywaniu sobie ludności na całym świecie (od Indian amerykańskich po Afrykanów, mieszkańców Południowej Azji, Aborygenów australijskich i rozwiniętych cywilizacji bliskowschodnich), czemu towarzyszyły niezliczone zbrodnie popełniane w istocie „przeciwko całej ludzkości”, a następnie (wygodnie dla sprawców) uznawane za czyny „zgodne z prawem” i „szerzące cywilizację”. Tę hipotezę autora można by uznać za czystą spekulację, gdyby nie mistrzostwo, z jakim Chiny szermują dyskursami prawnymi na temat solidarności krajów Południa, alternatyw dla prawa międzynarodowego i „wspólnoty trzeciego świata”. Sceptyczne i nihilistyczne podejście do uniwersalnej jurysdykcji należy odczytywać jako symptom nieufności Chin wobec sojuszy zawieranych na Zachodzie przez przedstawicieli doktryn – sojuszy ufundowanych na tym, co „sprawiedliwe”, „moralne” i „etyczne” podług Prawa Narodów.

Jednocześnie jako państwo będące jednocześnie, co ciekawe, i krajem rozwijającym się, i supermocarstwem gospodarczym, Chiny starają się zapracować na miano państwa, które jest wyjątkowe w poszczególnych obszarach swojej ogólnie stonowanej międzynarodowej współpracy prawnej, stawiają się na pozycji przyszłego supermocarstwa na wzór USA, jako *primus inter pares*. Grunt pod ten proces oczekiwanego zastąpienia hegemonu na arenie

światowej jest przygotowywany w nienachalny sposób w ramach bieżących negocjacji dotyczących różnych aspektów prawa międzynarodowego<sup>14</sup>, w celu zapewnienia podwalin pod późniejszą suwerenną, wolną od odpowiedzialności supremację w stylu amerykańskim, w ramach której często podejmuje się współpracę w tworzeniu ram prawnych, których przestrzegać mają inne jurysdykcje, ale które nie będą zobowiązujące dla niej samej (co przypomina np. amerykańską taktykę *ad libitum*, tj. arbitralnego albo angażowania, albo wycofywania się z inicjatyw MTK).

### 2.1.2. Argumenty prawne

Oprócz nakreślonych powyżej motywów politycznych można przyjąć, że nadrzędny powód, dla którego Chiny powstrzymują się od wykonywania uniwersalnej jurysdykcji nad zbrodniami międzynarodowymi tkwi znowu w ostrożności i powściągliwości geopolitycznej, jednak ujmowanej w kategoriach prawnych pod hasłem poszanowania suwerenności jurysdykcji trzecich<sup>15</sup> (oraz w stosownych przypadkach związanej z nią nietykalności urzędników państwowych), zgodnie z ugruntowanymi zasadami suwerennej równości państw, nieingerencji w sprawy wewnętrzne<sup>16</sup>, jak również zasadą wyrażania zgody przez państwa<sup>17</sup> w stosunkach międzynarodowych, w tym wobec organizacji międzynarodowych (które z kolei są emanacją zgody wyrażonej na podstawie postanowień traktatowych)<sup>18</sup>. Z normatywnego punktu widzenia zasady nieingerencji i nieinterwencji mają dla Chin pierwszorzędne

<sup>14</sup> Zob. np. R. Vecellio Segate, 'Horizontalizing Insecurity or Securitizing Privacy? Two Narratives of a Rule-of-Law Misalignment between a Special Administrative Region and Its State', „The Chinese Journal of Comparative Law” 2022, vol. 10, nr 1, s. 30.

<sup>15</sup> Zob. również S. Freeland, *International Criminal Justice in the Asia-Pacific Region: The Role of the International Criminal Court Treaty Regime*, „Journal of International Criminal Justice” 2013, nr 11(5), s. 1029–1057, 1036.

<sup>16</sup> Zob. również E. Wong, *Australia's Extraterritorial Legislation and the Financial Sector: Challenges and Options in the Asian Century*, 2019, niepublikowana rozprawa doktorska z prawa gospodarczego na Uniwersytecie Nowej Południowej Walii w Sydney, s. 102.

<sup>17</sup> Zobacz również Z. Dan, *China, the Crime of Aggression, and the International Criminal Court*, „Asian Journal of International Law” 2014, nr 5(1), s. 94–122, 117 (przyp. 147).

<sup>18</sup> Por. T. Clark, „The Teleological Turn in the Law of International Organisations”, „International and Comparative Law Quarterly” 2021, nr 70(3), s. 533–567, 538 (przyp. 29).

znaczenie ze względu na strategię (tymczasowego?<sup>19</sup>) dystansowania się od konkurencyjnego mocarstwa światowego – USA.

W Chinach jurysdykcja sądownicza może mieć charakter wyłącznie jurysdykcji terytorialnej, personalnej lub ochronnej, przy czym ta ostatnia – w myśl której stan pokoju opisywany jest językiem stabilności i zachowania władztwa jurysdykcyjnego państw – wywodzi swoje historyczne korzenie z procesów tokijskich, w których uznano zarówno USA, jak i Wielką Brytanię za państwa objęte zbiorczą ochroną przed ściganiem. Dla Chin są to trzy jedyne możliwe formy jurysdykcji sądowniczej, co już stanowi krok naprzód w porównaniu z USA, z których znowelizowanej ustawy o stosunkach zagranicznych (*Restatement on Foreign Relations Law*) wynika, że jurysdykcja sądownicza nie może być nawet uznawana za wchodzącą w zakres prawa międzynarodowego publicznego<sup>20</sup>. W każdym razie Chiny preferują (mniej lub bardziej tradycyjne) sposoby wyrażania jurysdykcji terytorialnej. Przykładem jest sprawa Gadji-ogly dotycząca uprowadzenia samolotu ZSRR przed jego wejściem w przestrzeń powietrzną Chin w 1986 r. Pośredni Sąd Ludowy w Harbinie odwołał się do doktryny „kontynuacji skutku”, uchylając się w ten sposób od zastosowania uniwersalnej jurysdykcji<sup>21</sup>, jednocześnie wyprowadzając i utrzymując w mocy pewnego rodzaju „terytorialną” jurysdykcję Chin.

Co więcej, zdaniem Chin, uniwersalna jurysdykcja w swej najczystszej postaci nie weszła jeszcze do zasad zwyczajowych, ponieważ jest czymś innym niż zobowiązanie *aut dedere aut judicare* (do ekstradycji lub ścigania) na mocy traktatów (w którym zasada wyrażenia zgody przez państwa jest utrzymana), niż umiarkowanie stosowana praktyka jurysdykcji eksterytorialnej *odpowiednich* państw, a nawet niż jurysdykcja międzynarodowych organów

<sup>19</sup> Chiny wykorzystują obecnie prawo międzynarodowe, aby zakwestionować supremację USA, jednak niebezzasadna jest teza, że w okresie późniejszym, tj. po zdobyciu pozycji supermocarstwa, będą odwoływać się do niego dokładnie w ten sam sposób, w jaki czynią to teraz Stany Zjednoczone (tj. poprzez domaganie się przyznania im wyjątkowego statusu).

<sup>20</sup> Szerzej na ten temat zob. A.L. Parrish, *Adjudicatory Jurisdiction and Public International Law: The Fourth Restatement's New Approach*, [w:] P.B. Stephan, S.H. Cleveland (red.), *The Restatement and Beyond: The Past, Present, and Future of U.S. Foreign Relations Law*, Oxford 2020.

<sup>21</sup> Co ciekawe, według niektórych badaczy „zasada skutków stanowi »również pochyłą« w kierunku jurysdykcji uniwersalnej”; zob. D. Ireland-Piper, *Prosecution of Extraterritorial Criminal Conduct and the Abuse of Rights Doctrine*, „Utrecht Law Review” 2013, nr 9(4), s. 68–89, s. 79.

sądowniczych powołanych na mocy mandatu ONZ lub traktatu (co znowu wynika z bezpośredniego lub pośredniego przystąpienia państw do tychże, a zatem z suwerennej zgody przez nie wyrażonej).

W konsekwencji Chiny nie poparły zasad uniwersalnej jurysdykcji przewidzianych w Statucie Rzymskim, tłumacząc to ich rzekomą niezgodnością z art. 34 Konwencji Wiedeńskiej o Prawie Traktatów (KWPT)<sup>22</sup>, który to przepis według tej argumentacji uzyskał status prawa zwyczajowego. W rzeczywistości Chiny nie przystąpiły do Statutu, mimo że aktywnie występowały z inicjatywami normodawczymi w całym procesie jego sporządzania i opracowywania: jako członek Komisji Przygotowawczej, aktywny uczestnik Konferencji Dyplomatycznej w Rzymie w 1998 r. (wraz z Indiami, sprawując zresztą jej wiceprzewodnictwo) oraz obserwator posiedzeń Zgromadzenia państw-stron, zwłaszcza Specjalnej Grupy Roboczej ds. Zbrodni Agresji – i to pomimo tego, że powołanie MTK było dla nich rozwiązaniem preferowanym, bo opartym na traktatach, w przeciwieństwie do wcześniejszych uzgodnień doraźnych (MTKJ, MTKR itd.), nawet jeśli ich podstawą był mandat Rady Bezpieczeństwa ONZ.

W odniesieniu do Statutu Chiny podzielają poważne zastrzeżenia Rosji i Indii do przewidzianej w nim zasady uniwersalnej jurysdykcji, zgodnie z którą zgoda państwa właściwego terytorialnie (tj. tego, na terytorium którego popełniono zbrodnię) jest wystarczająca do postawienia oskarżonego przed MTK, niezależnie od zgody państwa, którego oskarżony jest obywatelem. Co bardziej istotne, Chiny sprzeciwiają się możliwości kierowania spraw do MTK przez Radę Bezpieczeństwa ONZ bez względu na brak łącznika jurysdykcyjnego, twierdząc, że narusza ona zasadę *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* (tj. umowa nie może przyznawać praw ani nakładać obowiązków na państwa, które nie są jej stronami), zgodnie z art. 34–35 KWPT w sprawie stron niebędących stronami umowy, których przepisy uzyskały status prawa zwyczajowego. Chociaż same Chiny – niezależnie od wysuwanych argumentów – nie uznają się za związane tymi przepisami, konkretne stanowiska

---

<sup>22</sup> Zob. H. Deng, *What can China do to develop International Criminal Law and Justice further from the perspective of the International Criminal Court?*, „Revista Tribuna Internacional” 2016, nr 5(9), s. 19–27, 21. Zob. również S. Linton, *India and China Before, At, and After Rome*, „Journal of International Criminal Justice” 2018, nr 16(2), s. 265–294, 274.



związane z obawami prawnymi, które z nich się rodzą<sup>23</sup>, należy traktować poważnie i zgłębiać w analizach doktrynalnych, mimo że specjaliści zdają się uważać, że debata kończy się w momencie wykazania formalnej (bynajmniej nie opartej na dobrej wierze) różnicy między „zobowiązaniem” a „interese”, która leży u podstaw zasady uniwersalnej jurysdykcji w myśl Statutu MTK, dopuszczającej ingerencję w interesy stron niebędących stronami umowy, bez nakładania na nie wiążących zobowiązań (ponieważ brak współpracy stron niebędących stronami umowy z sądem nie wiąże się z żadną odpowiedzialnością międzynarodową)<sup>24</sup>.

Badacze podkreślają dodatkowo, że ze względu na poszanowanie zasady ustalonej w sprawie statku *Lotus* nic nie stoi na przeszkodzie, aby państwa przekazywały swoją jurysdykcję terytorialną na poziomie ponadnarodowym na rzecz międzynarodowego organu sądowego, niezależnie od obywatelstwa oskarżonego<sup>25</sup>. Podsumowując, jest to kwestia czysto legalistyczna (co nie oznacza całkowitego umniejszenia jej roli), ponieważ w praktyce Chiny i tak mogą zawetować każdą decyzję Rady Bezpieczeństwa ONZ o skierowaniu sprawy do MTK wydaną na podstawie rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych. Niemniej jednak normatywnemu wymiarowi bezkompromisowej postawy Chin w tej kwestii należy nadać należyte znaczenie: opowiadając się za zasadą uniwersalnej jurysdykcji, nie do końca uzależnioną od woli RB ONZ, Chiny okazały swój dyplomatyczny szacunek wszystkim tym suwerennym państwom, które w odróżnieniu od nich nie mogły zawetować żadnych takich decyzji; stanowisko to jest integralną częścią bieżącego dyskursu normatywnego Chin w ramach „przeciw-hegemonicznej” narracji, której należy bronić w skali globalnej. Utrzymane ostatecznie rozwiązanie kompromisowe w kwestii uniwersalnej jurysdykcji nie było jej najczystsza postacią, jaką mogły wybrać strony Statutu MTK: w rzeczywistości, jak pokazuje dokumentacja procesu negocjacyjnego (*travaux préparatoires*), Niemcy zaproponowały wyposażenie MTK w jeszcze bardziej absolutny

---

<sup>23</sup> Zob. również A.S. Galand, *UN Security Council Referrals to the International Criminal Court: Legal Nature, Effects and Limits*, Leiden 2019, s. 68.

<sup>24</sup> Szerzej na ten temat zob. D. Zhu, *China and the International Criminal Court*, Berlin 2018, s. 60–62.

<sup>25</sup> Szerzej na ten temat zob. M. Cormier, *The Jurisdiction of the International Criminal Court over Nationals of Non-States Parties*, Sydney 2020, s. 40–50.

zakres uniwersalnej jurysdykcji, co doskonale wyjaśnia dzisiejsze niezwykle przychylnie stanowisko tego państwa wobec tego rodzaju jurysdykcji.

Ponadto ChRL sprzeciwiła się włączeniu zbrodni wojennych popełnionych w ramach niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (NKZ) w zakres wspomnianych powyżej przepisów Statutu, argumentując, że uniwersalna jurysdykcja powinna opierać się na kodyfikacji (a nie postępującym rozwojem) zwyczajów międzynarodowych. Uprawnienie MTK do podejmowania ścigania z własnej inicjatywy (*motu proprio*) również nie wzbudziło entuzjazmu Chin<sup>26</sup>, ponieważ przekształcało zasadę komplementarności MTK w jeszcze bardziej stronnice i potencjalnie niebezpieczne narzędzie pozostające w gestii prokuratury; zgodnie ze stanowiskiem Chin uzasadnienie założycielskie międzynarodowych trybunałów (karnych) powinno zawsze opierać się na wyraźnej komplementarności za zgodą państwa lub na skodyfikowanym mandacie udzielonym przez same państwa. W każdym razie zamiast instrumentu wszechobejmującego Chiny wolałyby podejście oparte na indywidualnych decyzjach o „wyrażeniu zgody” w odniesieniu do poszczególnych przypadków przestępstw, co współgra z ich bardziej ogólnymi obawami dotyczącymi przymusowej jurysdykcji międzynarodowych organów sądowych – obawami, które w regionie Azji podzielają chociażby Indie<sup>27</sup>.

Z drugiej strony Chiny nie popierają żadnych rozwiązań, które naruszałyby immunitet *ratione personae* i/lub *ratione materiae* urzędników obcego państwa i/lub przywileje dyplomatyczne i konsularne, zwłaszcza przed sądami krajowymi, ze względu na kurtuazję w stosunkach międzynarodowych i szacunek dla suwerenności innych państw; sędzia Liu Daqun, były wiceprzewodniczący Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii (MTKJ), wyraźnie i po raz kolejny wskazał na różnicę pojęciową między immunitetami przed sądami krajowymi i międzynarodowymi (które są, odpowiednio, bezwzględne i potencjalnie ograniczone). Należy zauważyć w tym kontekście, że pomimo takiej zasady w Chinach istnieją wyjątki od tej reguły w zakresie immunitetu wobec sądów krajowych, oparte na przepisach dotyczących

<sup>26</sup> Zob. A. Cassese, *The Statute of the International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, „European Journal of International Law” 1999, nr 10(1), s. 144–171, 161.

<sup>27</sup> Zob. G. Ulfstein, *International Courts and Tribunals and the Rule of Law in Asia*, [w:] T. Suami, A. Peters, D. Vanoverbeke, M. Kumm (red.), *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives*, Cambridge 2018, s. 526.

naruszeń porządku publicznego, które sprawiają, że nawet immunitet na poziomie krajowym nie jest tak naprawdę bezwzględny; niemniej jednak, aby międzynarodowe organy sądownicze spełniały zwyczajowe i traktatowe warunki dotyczące immunitetu, niezbędny jest wyraźny przepis traktatowy, wprowadzony jako *lex specialis*.

Dopełnienie obrazu ogólnego podejścia prawnego Chin do uniwersalnej jurysdykcji w wymiarze międzynarodowym wymaga przesłania ich postawy wobec prac nad tym zagadnieniem prowadzonych przez Szósty Komitet Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych (ZO ONZ)<sup>28</sup>. Chiny interpretują brak porozumienia w ramach Komitetu jako przesłankę negatywną zwyczaju międzynarodowego czy też dowód na jego zdezaktualizowanie się, jeśli wierzyć, że wśród narodów konsensus wokół uniwersalnej jurysdykcji był niegdyś silniejszy. Co więcej, Chiny wielokrotnie próbowały wycofać tę kwestię z porządku obrad Komitetu, wywierając presję polityczną z zamiarem stłumienia potencjalnego porozumienia, które mogłoby zachęcić państwa do dalszych kroków w ich praktyce karnistycznej i/lub stanowić podstawę do wykazania przekonania wśród państw o mocy wiążącej instrumentu jako zwyczaju międzynarodowego (*opinio iuris*).

Chiny nieufnie podchodzą do uniwersalnej jurysdykcji zarówno w wymiarze koncepcyjnym, jak i operacyjnym, nawet na poziomie krajowym, co odzwierciedla ich stanowisko wobec MTK. W istocie, mimo że przepis art. 9 chińskiego Kodeksu Karnego (CKK) – opracowany również w celu dostosowania ustawodawstwa ChRL do ich zobowiązań wynikających z klauzuli dotyczącej wspólnej jurysdykcji karnej zawartej w Konwencjach genewskich z 1949 r.<sup>29</sup> – uznaje wykonywanie jurysdykcji uniwersalnej w stosunku do przestępstw wymienionych w traktatach, których Chiny są stroną, wypełnienie przewidzianego w nim obowiązku jurysdykcyjnego nie wymaga niczego więcej, niż tylko uchwalenia i egzekwowania przepisów dotyczących odpowiednich przestępstw w wymiarze krajowym<sup>30</sup>, tzn. niekoniecznie

---

<sup>28</sup> Wszystkie dokumenty dotyczące tych prac są dostępne pod adresem: [www.un.org/en/ga/sixth/73/universal\\_jurisdiction.shtml](http://www.un.org/en/ga/sixth/73/universal_jurisdiction.shtml).

<sup>29</sup> Zob. Z. Lijiang [人权研究院], *The Chinese Universal Jurisdiction Clause: How Far Can It Go?*, „Netherlands International Law Review 2005, nr 52(1), s. 85–107, 93.

<sup>30</sup> Zob. C. Qi, „Death Penalty Reform in China: International Law Context”, 2018, niepublikowana rozprawa doktorska z zakresu prawa na University of Central Lancashire, s. 93.

transpozycji czy bezpośredniego „stosowania” międzynarodowego prawa karnego, a nawet zwyczajowych definicji zbrodni międzynarodowych z MPK<sup>31</sup>. Niemniej jednak ustalenie celowościowej wykładni tego przepisu może okazać się znacznie bardziej skomplikowane, niż się wydaje na pierwszy rzut oka<sup>32</sup>. Brzmienie art. 9 CKK (tłumaczone w przybliżeniu) jest następujące:

Przepisy niniejszej ustawy mają zastosowanie do zbrodni przewidzianych w traktatach międzynarodowych zawartych przez Chińską Republikę Ludową i tych, do których Chińska Republika Ludowa przystąpiła, wobec których Chińska Republika Ludowa sprawuje jurysdykcję karną w zakresie przewidzianych w tych traktatach zobowiązań, które *Chińska Republika Ludowa zgadza się wykonywać*.

Ostatnie sformułowanie, podkreślone kursywą, jest problematyczne: wydaje się ono podkreślać, że przepis artykułu miałby zastosowanie tylko do tych traktatów, do których treści Chiny nie wniosły zastrzeżeń, choć niektórzy badacze twierdzą (prawdopodobnie niesłusznie), że oznacza ono, iż Chiny w całości uwzględniły zbrodnie z tych traktatów w CKK z 1997 r.<sup>33</sup> Być może jest to kwestia niedookreśloności językowej, jednak jeśli przyjąć pierwszą z powyższych interpretacji, to ostatni fragment przepisu byłby raczej zbędny. Wydaje się sprawą otwartą, do której rozstrzygnięcia zachęca się chińskiego ustawodawcę.

Ogólnie rzecz biorąc, chińskie sądy, co zrozumiałe, niechętnie wszczynają sprawy o przestępstwa międzynarodowe na podstawie zwyczajowej jurysdykcji uniwersalnej, jeżeli przestępstwa takie nie zostały przewidziane w krajowym CKK; w istocie ta obawa organów sądownictwa jest szczególnie

<sup>31</sup> Zob. również Z. Huo [霍政欣], M. Yip, *Extraterritoriality of Chinese Law: Myths, Realities and the Future*, „The Chinese Journal of Comparative Law” 2021, s. 13–14.

<sup>32</sup> Zob. również L. Daqun, *Chinese Humanitarian Law and International Humanitarian Law*, [w:] L. v.d. Herik, C. Stahn (red.), *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, Leiden 2012, s. 349–360, 356 (przyj. 36).

<sup>33</sup> Zob. np. R. White, *Plugging the Leaks in Outer Space Criminal Jurisdiction: Advocation for the Creation of a Universal Outer Space Criminal Statute*, „Emory International Law Review” 2021, nr 35(2), s. 333–376, 365: „Chiny automatycznie nabywają uprawnienie do stosowania swoich kodeksów karnych do zbrodni określonych traktatami, których są stroną” (podkreślenie autora).

powszechna w autokracjach, gdzie sędziowie wykazują skłonność, oczekiwaną lub faktyczną, do podporządkowania się woli władzy wykonawczej i ustawodawczej (które w ChRL *de facto* na siebie się nakładają, niezależnie od faktu, że Rada Państwa i Ogólnochińskie Zgromadzenie Przedstawicieli Ludowych są formalnie odrębnymi organami). Interesujące wnioski mogłoby przynieść zbadanie powodów, dla których chińskie Specjalne Regiony Administracyjne wykazują podobny stopień powściągliwości, która prawdopodobnie wynika ze zbiegu kwestii prawnokarnych materialnych, prawnokarnych procesowych, skomplikowanych współzależności proto-konstytucyjnych pomiędzy obydwojema regionami oraz dalszych ograniczeń biurokratycznych, administracyjnych, społeczno-politycznych, a być może nawet budżetowych.

## 2.2. Przyczyny dotyczące konkretnych zbrodni

Jak wskazano powyżej, niechęć Chin do wykonywania jurysdykcji uniwersalnej można analizować również w odniesieniu do poszczególnych kategorii zbrodni. W dalszej części artykułu przedstawimy taką analizę w formie bardzo zwięzłej.

### 2.2.1. Zbrodnie przeciwko ludzkości

Pierwszym znamienym przykładem są zbrodnie przeciwko ludzkości, które przez Chiny są rozumiane w sposób szczególny – jako związane nieodzownie z konfliktami zbrojnymi i zdarzeniami wobec nich przygodnymi<sup>34</sup> oraz jako dotyczące jedynie zdarzeń o najwyższym ciężarze gatunkowym i o największej skali, natomiast zdarzenia niespełniające tych warunków wchodzą w zakres międzynarodowego prawa praw człowieka<sup>35</sup>. Stanowisko to znajduje w pewnym sensie uzasadnienie w międzynarodowym prawie zwyczajowym, jednak

---

<sup>34</sup> Szerzej na ten temat zob. B.B. Jia, *China and the International Criminal Court: The current situation*, "Singapore Yearbook of International Law" 2006, nr 10, s. 87–97, s. 92; zob. również L. Jianping, W. Zhixiang, *China's Attitude Towards the ICC*, „Journal of International Criminal Justice” 2005, nr 3(3), s. 608–620, 615–617.

<sup>35</sup> Zob. D. Zhu, *China, Crimes Against Humanity and the International Criminal Court*, „Journal of International Criminal Justice” 2018, nr 16(5), s. 1021–1041, 1035–1036.

równie możliwe do obrony jest twierdzenie, że gdyby ograniczyć się jedynie do konfliktów zbrojnych, definicje większości zbrodni przeciwko ludzkości byłyby zbędne, ponieważ byłyby już ujęte wśród zbrodni wojennych. Ponadto oddzielenie niektórych zbrodni przeciwko ludzkości od sytuacji konfliktu zbrojnego ma głęboko zakorzenioną historię w epoce po II wojnie światowej, o ile nie wcześniej (co, jak można argumentować, jest wystarczające do uzyskania statusu zwyczaju międzynarodowego).

Jeszcze bardziej przekonujący argument wybrzmiewa w pytaniach: czym jest obecnie „konflikt zbrojny”? Kim są występujący w nim „pełnoprawni kombatancki”? Wojna asymetryczna i hybrydowa, prywatne oddziały zbrojne i najemnicy, automatyczne uzbrojenie, losowe zbrodnie na ludności cywilnej, nadużywanie słownictwa związanego z pojęciem terroryzmu w celu atakowania osób cywilnych (również po to, aby ukryć wśród nich żołnierzy), kampanie dezinformacyjne, a także generalnie wojny „zastępcze” i „nowego typu” poddają w wątpliwość wszystkie ugruntowane paradygmaty prawne<sup>36</sup> do tego stopnia, że tradycyjne zbrodnie wojenne dotyczyłyby jedynie niewielkiej części współczesnych „incydentów wojennych”.

W opinii Chin konflikty zbrojne należy z kolei rozpatrywać kompleksowo, odwołując się do podobno przestarzałego rozróżnienia w świecie Zachodu między prawem do prowadzenia wojny (*ius ad bellum*) i prawem mającym zastosowanie w toku konfliktów zbrojnych (*ius in bello*). W chińskiej myśli legalistycznej to, czy cel prowadzenia wojny jest zgodny z prawem, w istocie zależy od faktycznego postępowania strony wojującej. Dla Chin „przystojne zachowanie” jest tym, co uprawomocnia każde prowadzenie wojny: żaden autorytet moralny ani prawny nie może z góry dzielić wojen na „sprawiedliwe” (które niegdyś nazwano by „świętymi”) i pozostałe; inaczej mówiąc, honorowy sposób działania sił zbrojnych czyni cel ich postępowania zgodnym z prawem, a nie odwrotnie, ponieważ prowadzenie wojny jest „moralnym obowiązkiem strony wojującej, która pragnie dowieść swoich racji w ramach *jus ad bellum*; odmowa podjęcia takiego obowiązku prowadzi do utraty słuszności

---

<sup>36</sup> Zob. np. A.L. Paulus, M. Vashakmadze, *Asymmetrical war and the notion of armed conflict: A tentative conceptualization*, „International Review of the Red Cross” 2009, nr 91(873), s. 95–125.

moralnej<sup>37</sup>. Czyn *ad bellum* może zostać oczywiście uznany za bezprawny wstecznie, w zależności od jego konsekwencji: w przypadku Pearl Harbor agresja japońska nie byłaby sama w sobie bezprawna tylko dlatego, że została dokonana z naruszeniem obowiązku wypowiedzenia wojny, jednak stała się bezprawną, ponieważ w jej następstwie Japonia zyskała możliwość kontynuowania masakry chińskich cywilów<sup>38</sup>. Wspomniana powyżej alternatywna „filozofia stosowana” – którą należy traktować poważnie – mogłaby częściowo rozwiązać problem dezaktualizacji kodyfikacji zbrodni wojennych w obliczu konfliktów współczesnych, ale zapewne nie wymagałaby jednocześnie całkowitego odrzucenia pojęcia zbrodni przeciwko ludzkości.

### 2.2.2. Ludobójstwo

W odniesieniu do ludobójstwa argumenty polityczne obecne w stanowisku chińskim to argumenty zarówno przeciwko, jak i za głębszym zaangażowaniem w zakresie uniwersalnej jurysdykcji. Argument przeciwko sprowadza się do tego, że ze strony Chin byłoby to zaproszeniem innych jurysdykcji do badania w ramach uniwersalnej jurysdykcji zarzutów o wewnętrzne akty ludobójstwa (mianowicie w Sinkiang i Tybecie), po tym, jak Chiny próbowały uniknąć tego ryzyka, wnosząc zastrzeżenia do art. 9 – w sprawie jurysdykcji Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości (dalej: MTS) – Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa, gdy przystępowały do niej w 1983 r.

Z drugiej strony wykazanie „technicznych” zdolności Chin i „autentycznej” chęci ścigania *génocidaires* chroniłoby je przed komplementarną jurysdykcją MTK nad podmiotami niebędącymi stronami na podstawie art. 17 ust. 1 Statutu Rzymskiego<sup>39</sup> (której jednak Chiny nie uznają prawnie i którą w praktyce nie muszą się zbytnio przejmować ze względu na swoje

<sup>37</sup> Z. Liang, *Chinese perspectives on the ad bellum/in bello relationship and a cultural critique of the ad bellum/in bello separation in international humanitarian law*, „Leiden Journal of International Law” 2021, nr 34(2), s. 291–320, 317.

<sup>38</sup> W tym zakresie zob. również Y. Totani, *The Case against the Accused*, [w:] Y. Tanaka, T. McCormack, G.J. Simpson (red.), *Beyond Victor's Justice? The Tokyo War Crimes Trial Revisited*, Leiden 2010, s. 147–161, 151–152.

<sup>39</sup> Zob. W. Zhu, B. Zhang, *Expectation of Prosecuting the Crimes of Genocide in China*, [w:] R. Provost, P. Akhavan (red.), *Confronting Genocide*, Berlin 2011, s. 173–191, 188.

znaczenie geoeconomiczne i dość nieliczne zaangażowanie swoich wojsk w misje „humanitarne” poza granicami kraju). Przede wszystkim nie ma potrzeby, aby dana jurysdykcja uchwałała przepisy dotyczące zbrodni międzynarodowych w swoim kodeksie karnym w celu udowodnienia realnej woli ich ścigania. Jednocześnie Chiny mają niewielką motywację do ścigania tych zbrodni na szczeblu krajowym, ponieważ MTK – zgodnie z art. 17 ust. 2 swojego Statutu – ma przyznane prawo do „rewizji” orzeczeń sądów krajowych, by upewnić się, że państwa wykazują rzeczywistą chęć do ścigania zbrodni.

W każdym razie, ponieważ wykonywanie jurysdykcji MTS zostało wyłączone, Chiny znajdują się pod presją, aby podjąć decyzję o sposobie wypełnienia dyspozycji art. 6 Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa: mogą albo wprowadzić zbrodnię ludobójstwa do swojego CKK, albo zaakceptować jurysdykcję MTK lub zagranicznych sądów krajowych. Ta potrzeba jest realna, ponieważ karanie zbrodni ludobójstwa stanowi normę bezwzględnie obowiązującą (*ius cogens*) w myśl art. 53 KWPT (*a fortiori* dlatego że Chiny ratyfikowały KWPT, akceptując tym samym przynajmniej istnienie norm peremptoryjnych, zadanie identyfikacji których delegowano w praktyce do MTS). W istocie MTKJ potwierdził konieczność kryminalizacji ludobójstwa na podstawie powszechnego prawa międzynarodowego<sup>40</sup>, a sam MTS orzekł (np. w sprawie *Bośnia i Hercegowina przeciwko Jugosławii* w 1996 r. lub w sprawie *Barcelona Traction* w 1970 r.), że karanie zbrodni ludobójstwa wykracza nawet poza zobowiązania z Konwencji, będąc obowiązkiem *erga omnes*<sup>41</sup>. Stąd dość niezwykle jest to, że Chiny upierają się przy swoim oficjalnym stanowisku, iż stosowanie jurysdykcji uniwersalnej stanowi *ius cogens* jedynie wobec piractwa<sup>42</sup> (a nie w zakresie karania zbrodni np. stosowania

<sup>40</sup> Por. D. Amoroso, ‘The Duties of Criminalization under International Law in the Practice of Italian Judges: An Overview’, „International Criminal Law Review” 2021, vol. 21, nr 4, s. 643 (przyt. 10).

<sup>41</sup> Więcej w: J.M. Florent Wouters, S.I. Verhoeven, ‘The Prohibition of Genocide as a Norm of *Ius Cogens* and Its Implications for the Enforcement of the Law of Genocide’, „International Criminal Law Review” 2005, vol. 5, nr 3, s. 401–416; P. Urs, ‘Obligations *Erga Omnes* and the Question of Standing before the International Court of Justice’, „Leiden Journal of International Law” 2021, vol. 34, nr 2, s. 505–525; G.I. Hernández, ‘A Reluctant Guardian: The International Court of Justice and the Concept of “International Community”’, „Yearbook of International Law 2013”, vol. 83, nr 1, s. 13–60.

<sup>42</sup> Stanowisko to podzielał Indie; zob. K.Y.L. Tan (red.) *The Asian Yearbook of International Law 2013*, t. 19, s. 333. Jurysdykcja uniwersalna jest konsekwentnie stosowana – a przynajmniej



tortur, zniewolenia ludzi, apartheidu, przymusowych wysiedleń, handlu narkotykami, terroryzmu, wymuszonych zaginięć, przymusowych eksperymentów medycznych, degradacji biologicznej, mimo że Chiny przy wielu okazjach werbalnie potępiały wszystkie te zbrodnie i wiele innych zresztą); w rzeczywistości dwie z pięciu spraw o piractwo, w których od 1705 r. stosowano jurysdykcję uniwersalną, to sprawy chińskie, a w odniesieniu do samego piractwa<sup>43</sup> Chiny (nieformalnie) akceptują nawet jurysdykcję uniwersalną delegowaną na poziomie między- lub ponadpaństwowym!

Powyższe rozważania można podsumować następująco. Zarzuty o akty ludobójstwa popełnione na terytorium ChRL (w tym dwóch Specjalnych Regionach Administracyjnych wobec deklaracji, którą Chiny dołączyły do Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa) będą rozpatrywane przez chińskie sądy krajowe powołujące się na tę samą Konwencję i art. 9 CKK, jednak wyłącznie z zastosowaniem definicji zwykłych przestępstw krajowych (np. zabójstwo, gwałt, wymuszanie zeznań torturami lub podżeganie do nienawiści etnicznej) – zgodnie z art. 3 CKK (*nullum crimen, nulla poena sine legem*) – ponieważ CKK nie przewiduje kategorii „zbrodni ludobójstwa”. W porządku prawnym, w którym nadal brakuje odpowiednich mechanizmów kontroli i równowagi, i którego najwyżsi przywódcy polityczni wydają się faktycznie być zwolnieni od odpowiedzialności przed sądami, ten wewnętrzny proces jest oczywiście sprowadzony do scenariusza czysto fikcyjnego; dodatkowa komplikacja wynika z faktu, że zbrodnia ludobójstwa opiera się na przesłance zamiaru specjalnego (*dolus specialis*), który pozostaje nieuchwytny w definicjach przestępstw pospolitych.

W przypadku zarzutów o akty ludobójstwa, które zostały popełnione poza terytorium ChRL, zobowiązania konwencyjne (z Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa) i zobowiązania z *ius cogens* Chin wciąż oczekują jednak na wdrożenie. W zakresie zbrodni międzynarodowych

---

doktrynalnie przewidziana – w sprawach o piractwo w prawie międzynarodowym publicznym, mimo że dogodność tego instrumentu prawnego w stosunku do piractwa jest obecnie kwestionowana; zob. M. Gavouneli, *Functional Jurisdiction in the Law of the Sea*, Leiden 2007, I, s. 2526.4.

<sup>43</sup> Zob. S.P. Shnider, *Universal Jurisdiction over Operation of a Pirate Ship: The Legality of the Evolving Piracy Definition in Regional Prosecutions*, „North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation” 2013, nr 38(2), s. 473–569, 494.

ściąganych w Chinach jako przestępstwa zwykłe można wspomnieć – oprócz ludobójstwa – sprawę *Atan Naim i in.* z 2003 r., w której Pośredni Sąd Ludowy w Szantou orzekł, że czyn splądrowania i zdobycia kontroli nad statkiem poprzez bezprawny abordaż statku pod banderą innego kraju podlega ściganiu z przepisu krajowego o przestępstwie rozboju, chociaż na chińskich wodach terytorialnych miało miejsce jedynie zatrzymanie statku (a nie wskazane przestępstwo karne)<sup>44</sup>.

Kolejnym wnioskiem, jaki można wyciągnąć z chińskiego stanowiska wobec uniwersalnej jurysdykcji w sprawach o zbrodnie ludobójstwa, jest to, że uznaje się, iż zasada *nullum crimen sine praevia lege poenali* ma zastosowanie nawet wtedy, gdy Chiny przystąpiły do danej konwencji, jednak konwencja ta nie określa kary, jaka ma zostać wymierzona za dane przestępstwo i/lub nie została wdrożona na szczeblu krajowym.

### 2.2.3. Zbrodnie wojenne

Zgodnie ze stanowiskiem Chin jedynie międzynarodowe konflikty zbrojne powinny wchodzić w zakres kompetencji MTK<sup>45</sup>, natomiast NKZ mogą być rozpatrywane w sposób jak najbardziej właściwy w postępowaniach krajowych, z zastosowaniem definicji zwykłych przestępstw.

Poza tym definicje „zbrodni wojennych” skodyfikowane w Statucie Rzymskim są uznawane za zbyt daleko idące, wskutek czego tempo postępującego rozwoju międzynarodowego prawa zwyczajowego staje się nieakceptowalne<sup>46</sup>.

<sup>44</sup> Zob. C. Cai [蔡从燕], *International Law in Chinese Courts during the Rise of China*, [w:] A.E. Roberts, P.B. Stephan, P.-H. Verdier, M. Versteeg (red.), *Comparative International Law*, Sydney 2018, s. 295–318, 315; Tenże, *The Rise of China and International Law: Taking Chinese Exceptionalism Seriously*, Beijing 2019, s. 262.

<sup>45</sup> Zob. np. D. Momtaz, *War Crimes in Non-international Armed Conflicts under the Statute of the International Criminal Court*, „Yearbook of International Humanitarian Law” 1999, nr 2, s. 177–192, 179 (przyt. 15).

<sup>46</sup> Zob. S.W. Becker, *The objections of larger nations to the International Criminal Court*, „Revue internationale de droit pénal” 2010, nr 81(1), s. 47–64, 58.

#### 2.2.4. Zbrodnie agresji

Zgodnie z art. 39 Karty Narodów Zjednoczonych tylko Rada Bezpieczeństwa ONZ może ustalić zaistnienie „zagrożenia dla pokoju”; tym samym, według stanowiska Chin, ściganie tych zbrodni na szczeblu krajowym wymaga mandatu RB ONZ. W istocie akty wypowiedzenia wojny są najbardziej ugruntowanymi, paradygmatycznymi i najwyższymi aktami suwerennych państw, dlatego też prerogatywy do wskazywania wśród nich tych aktów, które stanowią „agresję” czy „napaść”, nie można pozostawić w gestii subiektywnej polityki światowej, w tym upolitycznionych, ponadnarodowych organów sędziowskich. Jeśli wojnę jako taką można objąć reżimem prawnym i uczynić legalną (ponieważ jej prowadzenie jest *de facto*, z definicji, uregulowane w międzynarodowym prawie humanitarnym), to prowadzenie działań wojennych należy – bez zbytecznego komplikowania sprawy – również uznać za zgodne z prawem (także ze względu na specyficzne ujęcie praw *in bello/ad bellum* opisane już wcześniej), przy czym „agresja” stanowi w myśl tego podejścia jedynie „rzadko spotykany wyjątek” od tej zasady. Biorąc pod uwagę fakt, że w okresie ostatnich kilku stuleci Chiny okazały się jednym z najmniej wojujących państw na forum międzynarodowym, powyższa wyrozumiałość wobec wojny musi budzić raczej zdziwienie (lub niepokój, zależnie od punktu widzenia!).

W każdym razie Chiny zwróciły uwagę, że ponieważ MTK związany jest 6-miesięcznym terminem na formalne stwierdzenie przez RB ONZ wystąpienia aktu agresji (art. 15 *bis* Statutu Rzymskiego) i może zostać dodatkowo poinstruowany przez RB ONZ, aby wstrzymał postępowanie przygotowawcze na okres 12 miesięcy (art. 16 Statutu Rzymskiego), nawet ten mechanizm międzynarodowy może okazać się nie do zrealizowania. Jest to również kwestia wstydu i „zachowania twarzy” (we właściwym znaczeniu socjologicznym tego zwrotu w kulturze chińskiej): jeśli jakiś werdykt MTK ostatecznie okaże się sprzeczny ze stanowiskiem Rady Bezpieczeństwa (a zatem i Chin jako jednego z członków stałych tejże, nie wspominając o potencjalnych poszczególnych sędziach chińskich zasiadających w składach MTK), wiarygodność i pozycja przedstawicieli ChRL w obu instytucjach prawdopodobnie zostanie narażona na szwank.

Co równie istotne, zbrodnia agresji jest *par excellence* aktem państwa, zatem odpowiedzialność za nią nie ciąży na żadnym pojedynczym urzędniku, formalnie z wyjątkiem głowy państwa, która z kolei w przypadku Chin jest automatycznie objęta immunitetem przed ściganiem (również *post bellum*, a zwłaszcza wobec jurysdykcji zagranicznych). W pewnym uproszczeniu można by sformułować wniosek, że według stanowiska Chin zbrodnie agresji nie powinny być w ogóle ścigane w ramach jurysdykcji sądowniczej ani na szczeblu krajowym, ani za granicą.

### 3. Nieefektywność systemu włoskiego

W przeciwieństwie do Chin brak wykonywania jurysdykcji uniwersalnej w praktyce krajowej Włoch można wytłumaczyć przez pryzmat wręcz zbyt entuzjastycznego poparcia tego państwa dla MTK jako najbardziej właściwego forum ścigania zbrodni międzynarodowych. Włochy nie tylko były czwartym państwem-stroną, która ratyfikowała Statut Rzymski; waga, jaką nominalnie przywiązuje się do Statutu w tym kraju wiele mówi o retorycznym poparciu przez Włochy międzynarodowych mechanizmów wymiaru sprawiedliwości karnej w kontekście szerszego poparcia dla trendów humanizacji prawa międzynarodowego publicznego pod przewodnictwem państw zachodnich<sup>47</sup>.

W tle istotną rolę mogą odgrywać też inne względy dyplomatyczne. Na przykład Włochy od dawna opowiadają się za demokratyzacyjną reformą Rady Bezpieczeństwa ONZ, a im więcej państw przystąpi do Statutu Rzymskiego, tym mniejszy wpływ będą miały uprawnienia weta RB ONZ na procedowanie spraw wnoszonych do MTK wobec państw niebędących stronami. Obawy Włoch dzielają Chiny, jednak odpowiedź na problem (wsparcie dla jurysdykcji przystępujących do Statutu w mniejszym lub większym stopniu)

---

<sup>47</sup> Więcej o tych trendach zob. L. Pasquet, *Litigating the Immunities of International Organizations in Europe: The "Alternative-Remedy" Approach and its "Humanizing" Function*, „Utrecht Journal of International and European Law” 2021, vol. 36, nr 2, s. 192–205; E. Lieblich, *The Humanization of Jus ad Bellum: Prospects and Perils*, „European Journal of International Law” 2021, vol. 32, nr 2, s. 579–612; G. Oberleitner, *Human Rights in Armed Conflict: Law, Practice, Policy*, Cambridge 2015, s. 232–238.

jest diametralnie odmienna w świetle wszystkich pozostałych obaw, które łącznie przyczyniają się do jej kształtowania.

Znamienne są również stanowiska prezentowane przez Włochy na forum ONZ. Na przykład zgodnie z deklaracją Włoch w stosownych przypadkach jurysdykcja uniwersalna może być wykonywana na mocy traktatów o ekstradycji, jeśli jednak uwzględnić reakcje środowisk naukowych na (co prawda oszczędną w treści) rezolucję Instytutu Prawa Międzynarodowego z sesji w Krakowie w 2005 r.<sup>48</sup>, wydaje się, że władze włoskie nie do końca rozumieją, czym jest „prawdziwa” jurysdykcja uniwersalna. Porównajmy to podejście z historycznym stanowiskiem Chin. Orzekając w 1956 r. w sprawie dotyczącej przestępstwa handlu opium popełnionego przez obywateli obcego państwa na szkodę obywateli obcego państwa na terytorium Chin, Najwyższy Sąd Ludowy uznał, że „w sprawach, w których właściwość sądów chińskich jest wyłączona, gdy oskarżeni przebywają w ChRL, sprawy te mogą podjąć organy właściwe do spraw zagranicznych jeżeli ekstradycji oskarżonych zażąda rząd koreański” (podkreślenie autora); to powstrzymanie się od ścigania mogło wprawdzie świadczyć o prawdziwie antyimperialistycznym, antyhegemonicznym stanowisku sądu wobec snobistycznej „klasy burżuazyjnej”, pytanie brzmi jednak, czy instrument ekstradycji mógłby zadziałać, gdyby po drugiej stronie znajdował się rząd bardziej „wrogi” w porównaniu z koreańskim? Każda próba odpowiedzi na to pytanie będzie czystą spekulacją, jednak przedstawiciele doktryny chińskiej poparli stanowisko sądu, które – co ciekawe – wpisuje się również we współczesne podejście środowisk naukowych do tzw. „porównawczego PM”. Oficjalne stanowisko Włoch można dodatkowo porównać z oświadczeniem wygłoszonym przez Xiang Xin na sesji Zgromadzenia Ogólnego ONZ w 2013 r.:

---

<sup>48</sup> Treść rezolucji dostępna online pod adresem: [www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005\\_kra\\_03\\_en.pdf](http://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_03_en.pdf). W dokumencie tym podkreślono znaczenie instrumentu ekstradycji, jednak środowiska naukowe ostrzegają przed takim podejściem. Zob. np. J. d’Aspremont, *Multilateral Versus Unilateral Exercises of Universal Criminal Jurisdiction*, „Israel Law Review” 2010, nr 43(2), s. 301–329, 307: „Należy stwierdzić jednoznacznie, że mechanizm »osądz lub ekstraduj« jest niekoniecznie równoznaczny z uprawnieniem sądów krajowych do wykonywania jurysdykcji uniwersalnej. W rzeczy samej, obowiązek ścigania lub ekstradycji może potencjalnie dotyczyć również sytuacji, w których sędziowie decydują się podjąć postępowanie w sprawie, w której sprawują jurysdykcję nieuniwersalną, tj. w sprawie bezpośrednio związanej z porządkiem publicznym, który chronią.”

Jurysdykcja uniwersalna karna różni się zarówno od jurysdykcji wykonywanej przez międzynarodowe organy sądownicze w sprawach karnych, jak i od zobowiązania państwa do ekstradycji lub ścigania podejrzanych jako środka sprawowania jurysdykcji<sup>49</sup>.

Zaniepokojenie Włoch budzą również kryteria, jakie miałyby przyjmować jurysdykcje w kontekście „uszeregowania” konkurencyjnych roszczeń jurysdykcyjnych o prawo pierwszeństwa do ścigania zbrodni międzynarodowych w ramach uniwersalnej jurysdykcji na szczeblu krajowym.

W literaturze przedmiotu można znaleźć potencjalnie brzemiennie wnioski analizy porównawcze doświadczeń belgijskich, brytyjskich i hiszpańskich: państwa te porzuciły próby wprowadzenia wszelkich „czystych” ujęć uniwersalnej jurysdykcji na rzecz jej łagodniejszej – i faktycznie następnie odrzuconej – wersji, po tym, gdy został powołany MTK, opinie środowisk naukowych zajmujących się wykładnią uległy fragmentacji, a MTS wydał stosowne orzeczenia sprawie immunitetu suwerennych państw<sup>50</sup>.

W kolejnych dwóch częściach zajmiemy się bardziej szczegółowo specyfiką braku efektywności systemu włoskiego, które osłabiają zdolność tego państwa do prowadzenia procesów opartych na jurysdykcji uniwersalnej niezależnie od chęci wyrażanych przez Włochy. Dla uproszczenia braki te podzielimy na dwie szeroko zakrojone kategorie: materialną i procesową. Oczywiście w praktyce prawie zawsze są one ze sobą ściśle powiązane<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> [www.chnun.chinamission.org.cn/eng/chinaandun/legalaffairs/sixthcommitteel/t1091531.htm](http://www.chnun.chinamission.org.cn/eng/chinaandun/legalaffairs/sixthcommitteel/t1091531.htm).

<sup>50</sup> Zob. A. Panetta, *L'immunità dalla giurisdizione penale degli organi costituzionali in carica accusati di crimini internazionali*, 2012, niepublikowana rozprawa doktorska z zakresu prawa międzynarodowego i prawa UE na Sapienza Università di Roma, s. 112–122, 161–169.

<sup>51</sup> Poniżej zostanie zaprezentowany jedynie przegląd zagadnień w celu porównania Chin i Włoch. Najnowsze piśmiennictwo podejmuje zagadnienia niedociągnięć materialnych i proceduralnych o wiele bardziej szczegółowo. Czytelnicy mogą zapoznać się z wydaniem specjalnym czasopisma „International Criminal Law Review”, nr 21(4) pt. *Italy's Legal Obligations to Criminalise*, dostępnym pod adresem: [www.brill.com/view/journals/icla/21/4/icla.21.issue-4.xml](http://www.brill.com/view/journals/icla/21/4/icla.21.issue-4.xml). Szczególnie wartościowe są artykuły autorstwa G. Bartoliniego (zbrodnie wojenne) i L. Prosperiego (zbrodnie przeciwko ludzkości i ludobójstwo), dostępne, odpowiednio, pod adresami: [www.doi.org/10.1163/15718123-bja10069](http://www.doi.org/10.1163/15718123-bja10069) i [www.doi.org/10.1163/15718123-bja10058](http://www.doi.org/10.1163/15718123-bja10058).

### 3.1. Braki materialne

Ogólnie rzecz biorąc, ustawodawstwo włoskie w obecnym kształcie nie uwzględnia w zadowalający sposób zbrodni międzynarodowych, a braki legislacyjne w zakresie prawa materialnego są dostrzegalne zarówno w Części ogólnej (dotyczy wszystkich przestępstw czy ogólnie „czynu przestępnego”), jak i Części szczególnej (katalog przestępstw) włoskiego kodeksu karnego (dalej: WKK).

W odniesieniu do Części ogólnej jednym z (nie tak) banalnych przykładów może być minimalny wiek odpowiedzialności karnej sprawcy, tj. 18 lat według Statutu Rzymskiego i 14 lat według WKK. Kwestia ta okazuje się mieć decydujące znaczenie w sprawach dotyczących nieletnich bojowników organizacji terrorystycznych czy dzieci-żołnierzy, w których Włochom uniemożliwia się wyciąganie jednoznacznych wniosków z orzecznictwa MTK dostosowanego do nieletnich oskarżonych w nieco starszym wieku (np. co do ich dojrzałości psychicznej). Inne ogólne rozbieżności między Statutem a WKK dotyczą ujęcia strony podmiotowej przestępstwa, związku przestępnego, okoliczności łagodzących (np. *responsabilità del superiore* [odpowiedzialność sprawcy kierowniczego czy też przełożonego]), przepisów o *estinzione degli effetti penali (prescrizione) della condotta criminogena*<sup>52</sup> (wygaśnięciu skutków karnych [przedawnieniu] czynu przestępnego) czy też dość zawitych przepisów, takich jak *concorso omissivo in reato commissivo con dolo anche eventuale* (zaniechanie, którego w toku działania przestępnego dopuścił się podejrzany, nawet z zamiarem ewentualnym), które są tutaj wymienione bez szczegółowego omówienia.

W Części szczególnej WKK brakuje natomiast zadowalającego uregulowania zbrodni międzynarodowych, a mianowicie ludobójstwa (np. brakuje „zamiaru zniszczenia grupy ludzi”) i zbrodni przeciwko ludzkości (np. brak odniesienia do „rozległych i systematycznych ataków na ludność cywilną”, wykraczających np. poza „zwykłą” przemoc seksualną), ale także zbrodni

<sup>52</sup> I rzeczywiście przepisy o przedawnieniu są często źródłem frustracji, gdy chodzi o podwójną karalność, także w kontekście procedury ekstradycyjnej. Zob. I. Milazzo, *Justice for desaparecidos: Italian Court grants extradition of former Pinochet military officer*, „Extradando” 2020, dostępne na: <https://www.extradando.com/post/justice-for-desaparecidos-italian-court-grants-extradition-of-former-pinochet-military-officer>.

wojennych – włoski Kodeks karny wojskowy i wojenny jest dokumentem bardzo przestarzałym, który przewiduje na przykład, że potencjalnymi sprawcami zbrodni wojennych mogą być wyłącznie żołnierze w służbie czynnej, a zbrodnia plądrowania mienia (grabieży) jest ujmowana jedynie w kontekście konfliktu zbrojnego. Co więcej, mimo że Włochy właśnie ratyfikowały poprawkę do Statutu Rzymskiego z Kampali z 2010 r. dotyczącą zbrodni agresji, nie uchwalono krajowych przepisów kryminalizujących zbrodnię agresji, a nawet brak projektów takich ustaw<sup>53</sup>. Z perspektywy bardziej ogólnej można by zgodzić się ze spekulacjami, że włoski entuzjazm wobec jurysdykcji uniwersalnej mógł jeszcze bardziej, przez analogię, osłabnąć po niekorzystnym dla Włoch orzeczeniu MTS z 2012 r. w sprawie *Jurysdykcyjnych immunitetów państw (Niemcy przeciwko Włochom)*, które potwierdziło zwyczajowe zachowawcze podejście Trybunału do kwestii rozszerzenia jurysdykcji uniwersalnej na działania zagranicznych urzędników państwowych, choć w tym wypadku wyrok dotyczył odpowiedzialności państwa, a nie osobistej odpowiedzialności karnej<sup>54</sup>. W tym względzie

można wysunąć mocny argument, że każda reguła dopuszczająca wykonywanie jurysdykcji uniwersalnej w odniesieniu do zbrodni wojennych popełnionych w międzynarodowych konfliktach zbrojnych będzie wyraźnie uwzględniała ściganie urzędników państwowych, a zatem w praktyce będzie pokrywała się z zasadą immunitetu *ratione materiae*<sup>55</sup>.

A zatem dostrzegalne są silne podstawy przyczynowo-skutkowe.

---

<sup>53</sup> Więcej na ten temat w L. Proserpi, *Legal Effects of the Ratification by Italy of the Amendments to the ICC Statute on Aggression*, „The Italian Review of International and Comparative Law” 2022, vol. 2, nr 1; A. Lanciotti, *La punibilità per il crimine internazionale di aggressione*, „Federalismi.it” 2022, nr 17.

<sup>54</sup> Szerzej na ten temat zob. N.M. Saputo, *The Ferrini Doctrine: Abrogating State Immunity from Civil Suit for Jus Cogens Violations*, „University of Miami National Security & Armed Conflict Law Review” 2012, nr 2(1), s. 1–34, 6, 20–22.

<sup>55</sup> D. Akande, S. Shah, *Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts*, „European Journal of International Law” 2011, nr 21(4), s. 843.



### 3.2. Braki procesowe

Art. 88 Statutu Rzymskiego nie przewiduje żadnych obowiązków w zakresie reformy ustawodawstwa wewnętrznego, a wymaga jedynie od państw-stron „zapewnienia istnienia w ustawodawstwie wewnętrznym takich instytucji prawnoprocesowych, które umożliwią *realizowanie wszystkich form współpracy*” (podkreślenie autora). Co naprawdę oznacza to sformułowanie? Oczywiście oznacza ono na przykład, że państwa-strony powinny współpracować w zakresie aresztowania podejrzanych; niestety wydaje się, że Włochy w tym akurat zakresie nie są gotowe do współpracy<sup>56</sup>, o czym świadczą losy podobnych form współpracy, które są oczekiwane na szczeblu UE. Dla przykładu 28 czerwca 2017 r. Europejskie Centrum Praw Konstytucyjnych i Praw Człowieka złożyło do Komisji Europejskiej skargę, ponieważ Włochy nie dokonały aresztowania Alego Mamluka (علاجي مملوك), szefa wywiadu syryjskiego, który udał się do Włoch, mimo że w rezolucji Parlamentu Europejskiego z dnia 15 marca 2018 r. w sprawie sytuacji w Syrii wyraźnie przywołano zastosowanie jurysdykcji uniwersalnej. W rzeczywistości

jest możliwe, że Włochy są zobowiązane do przyjęcia pewnych przepisów prawa karnego w celu implementacji narzędzi prawa międzynarodowego, które jako takie nie przewidują konieczności kryminalizacji w prawie krajowym. Najlepszym tego przykładem jest Statut MTK, w świetle którego państwa nie są prawnie zobowiązane do przyjęcia krajowych przepisów prawa karnego w odniesieniu do przestępstw tam zdefiniowanych [...]. Jednakże niewłączenie takich przestępstw do włoskiego porządku prawnego może utrudnić państwu włoskiemu spełnienie niektórych z jego zobowiązań do współpracy na podstawie części 9 Statutu, co może wiązać się z koniecznością, na przykład jeżeli chodzi o wydanie osób podejrzanych, kryminalizacji zarzutów na poziomie krajowym<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Istnieje jednak kilka pozytywnych wyjątków. Zob. np. J. Rikhof, *Fewer Places to Hide? The Impact of Domestic War Crimes Prosecutions on International Impunity*, [w:] M. Bergsmo (red.) *Complementarity and the Exercise of Universal Jurisdiction for Core International Crimes*, Oslo 2010, s. 7–81, 60.

<sup>57</sup> M. Longobardo, *The Italian Legislature and International and EU Obligations of Domestic Criminalisation*, „International Criminal Law Review” 2021, vol. 21, nr 4, s. 637.

W ustawie nr 237/2012 w sprawie współpracy procesowej z MTK podjęto wprowadzić próbę wypełnienia określonych luk, jednak w WKK nadal brakuje uregulowania niezbędnych karnistycznych norm operacyjnych<sup>58</sup>; są one kluczowe, ponieważ na ich podstawie włoskie sądy powszechne zostałyby wyposażone w uprawnienia do ścigania z własnej inicjatywy podejrzanych o popełnienie zbrodni międzynarodowych niezależnie od miejsca popełnienia czynu przestępnego (*locus commissi delicti*).

Prawdę mówiąc, ogólne stanowisko władz włoskich nie jest całkowicie pozbawione poparcia dla jurysdykcji uniwersalnej wykonywanej za pośrednictwem sądów krajowych, na przykład jeśli chodzi o przestrzeganie Konwencji genewskich<sup>59</sup>; problem tkwi w niezliczonych (i najwyraźniej niekończących się) utrudnieniach biurokratycznych, pogłębianych przez przeszkody tkwiące wewnątrz systemu sądownictwa, deficyty parlamentarne i bezwład administracyjny. Szermowanie pustymi hasłami o wykonywaniu jurysdykcji uniwersalnej przez włoskie sądy krajowe wynika m.in. z faktu, że stosowne upoważnienia sądy otrzymują od Ministerstwa Sprawiedliwości w trybie indywidualnym<sup>60</sup>. Do maja 2022 r. (tj. do czasu, kiedy artykuł ten był opracowywany) okoliczności te nie uległy zmianie, mimo wielu wysiłków legislacyjnych podejmowanych na przestrzeni dziesięcioleci, które – niezależnie, co trzeba przyznać, od dość wysokiego stopnia wyrafinowania w eliminowaniu wskazanych braków<sup>61</sup> – konsekwentnie kończyły się niczym

<sup>58</sup> Zob. M. Crippa, *Sulla (perdurante?) necessità di un adeguamento della legislazione interna in materia di crimini internazionali ai sensi dello Statuto della Corte Penale Internazionale*, Diritto Penale Contemporaneo, 2016, dostępne pod adresem: [www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/CRIPPA\\_2016a.pdf](http://www.archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/CRIPPA_2016a.pdf), s. 17.

<sup>59</sup> Zob. Amnesty International, *Italy: Law reform needed to implement the Rome Statute of the International Criminal Court*, 2005, dostępne pod adresem: [www.amnesty.org/download/Documents/84000/eur300092005en.pdf](http://www.amnesty.org/download/Documents/84000/eur300092005en.pdf), s. 30–34.

<sup>60</sup> Zob. D. Hovell, *The Authority of Universal Jurisdiction*, „European Journal of International Law” 2018, nr 29(2), s. 435 (przyp. 34).

<sup>61</sup> Zob. np. Senato della Repubblica Italiana, XV Legislatura, *Disegno di Legge “Bulgarelli”* N. 528, 31 maja 2006 r., dostępny pod adresem: [www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/177838.pdf](http://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/177838.pdf). Wśród propozycji legislacyjnych, które trafiły w próżnię, znajdują się wnioski komisji parlamentarnych *Commissione Conforti* (2002); *Commissione Kessler* (2002) i pokrewne *Progetti Iovene e Pianetta*; *Progetto Cariplo* (2015). W dniu 22 marca 2022 r. była włoska Minister Sprawiedliwości, prof. Marta Cartabia, powołała komisję ministerialną pod przewodnictwem prof. Francesco Palazzo (Uniwersytet Florencki) i prof. Fausto Pocar (Uniwersytet Mediolański), której zadaniem jest opracowanie kodeksu dla recepcji przestępstw międzynarodowych do

(*nulla di fatto*). Włoski model doskonałej dwuizbowości parlamentarnej, w którym uchwalenie/nowelizacja prawa wymaga zgody obu izb, również nie pomaga we wdrożeniu zmian i skutkuje rozgrywaniem swoistej gry parlamentarnej polegającej na przerzucaniu się przez izby odpowiedzialnością, której to gry nie są w stanie przewyciężyć coraz słabiej umocowane i coraz krócej funkcjonujące koalicje rządowe (nawet według standardów zachodnich demokracji). Dotychczas włoscy sędziowie oczekiwali od krajowych organów politycznych i dyplomatycznych lojalnej i aktywnej współpracy<sup>62</sup> – szczególnie tych, które nadzorują pracę wymiaru sprawiedliwości i obszar spraw zagranicznych – w zakresie wszczęcia postępowań w oparciu o jurysdykcję uniwersalną. Doprowadziło to do przedłużającego się okresu letargu w pionie prokuratorskim, zamiast wytworzyć owocną i proaktywną synergię międzyinstytucjonalną<sup>63</sup>.

Powyższe rozważania wyraźnie uzasadniają twierdzenie, że niezwykle entuzjazm Włoch wobec ponadnarodowych rozwiązań jurysdykcji uniwersalnej może być również interpretowany jako nieszczerza strategia opóźnienia ich wdrożenia, mająca na celu uwolnienie się od obciążeń związanych z wykonywaniem takiej jurysdykcji na szczeblu krajowym, zwłaszcza w zakresie aktualizacji włoskich kodeksów prawa materialnego (w szczególności w odniesieniu do ludobójstwa i zbrodni przeciwko ludzkości)<sup>64</sup>.

---

prawa krajowego (*Decreto Ministeriale istitutivo di una Commissione per l'elaborazione di un progetto di Codice dei Crimini internazionali*). Inicjatywę tę warto uważnie śledzić, począwszy od pierwszego wniosku zgłoszonego przez komisję 30 maja 2022 r.

<sup>62</sup> Szerzej na ten temat zob. F. Mégret, *The Independence of Justice in the Cauldron of International Relations*, „Modern Law Review” 2022, vol. 85, nr 2, s. 380.

<sup>63</sup> Należy tu wspomnieć o kilku wyjątkach, takich jak wyrok nr 10/2017 wydany przez *Corte d'Assise di Milano* [mediolański sąd przysięgłych – przyp. tłum.], utrzymany przez sąd apelacyjny w wyroku nr 31/2020 (opublikowany 21 stycznia 2021 r.) oraz Najwyższy Sąd Kasacyjny w wyroku nr 480/2020 (opublikowany 4 marca 2021 r.).

<sup>64</sup> Szerzej na ten temat zob. L. Paredi, *Problemi di adeguamento degli ordinamenti interni al diritto internazionale in tema di crimini internazionali*, 2015, niepublikowana rozprawa doktorska z zakresu prawa międzynarodowego na Uniwersytecie Mediolańskim, s. 46–54.

### 3.3. Symptom europejski?

Na pierwszy rzut oka można by pokusić się o porównanie doświadczeń Włoch z doświadczeniami innych państw europejskich po ustanowieniu MTK, a następnie po orzeczeniach MTS, jednak podsumowanie takie nie uchwyciłoby istoty problemu.

To prawda, że w następstwie orzeczenia MTS w sprawie nakazu aresztowania (choć Trybunał powołał się na brak sprecyzowanych reguł prawnych dotyczących jurysdykcji uniwersalnej (*non liquet*), ograniczając się do zbadania wniosku DRK w pozostałym zakresie immunitetu *ratione personae*) Belgia uchyliła art. 7 swojej ustawy z dnia 10 lutego 1999 r. W podobnym duchu Hiszpania zastąpiła swoją Ustawę organiczną nr 6/1985 o władzy sądowniczej Ustawą organiczną nr 1/2009, a Wielka Brytania, ugiąwszy się przed żądaniem Izraela<sup>65</sup>, od 2011 r. uzależnia uprawnienie sądów krajowych do ścigania przestępstw międzynarodowych na mocy jurysdykcji uniwersalnej od wyrażenia wyraźnej zgody przez Dyrektora Prokuratury Anglii i Walii.

Czy wspomniane wybory dokonywane przez poszczególne państwa są porównywalne z doświadczeniami Włoch? Nie do końca. W rzeczywistości zmiany wprowadzane w Belgii, Wielkiej Brytanii i Hiszpanii obrazują „procesy rozmiękczenia” ustawodawstwa, które początkowo dostosowywało te jurysdykcje do wymogów Statutu Rzymskiego, natomiast Włochy nigdy w pełni nie wdrożyły zgodności ze Statutem.

## 4. Czy istnieją jakieś wątki wspólne?

Co istotne z perspektywy tematu niniejszej pracy, w przypadku Chin i Włoch zauważalnych bezpośrednio jest kilka dychotomii, np. dychotomia między, odpowiednio, stabilną a niestabilną władzą rządową oraz między monistyczną

---

<sup>65</sup> Zob. L. Proserpi, *Giurisdizione universale, Corte Penale Internazionale e principio di complementarità: Una triangolazione possibile?*, „Federalismi.it – Rivista di diritto pubblico italiano, comunitario e comparato” 2013, nr 4, s. 18.

(Chiny)<sup>66</sup> a dualistyczną (Włochy)<sup>67</sup> teorią prawa międzynarodowego (którą w przypadku Chin wzmacnia dodatkowo faktyczne nakładanie się na siebie władzy wykonawczej i ustawodawczej, jak wcześniej wykazano).

Mimo to podobieństwa są liczne i nie należy ich lekceważyć. Po pierwsze, w obu jurysdykcjach obecnie nie funkcjonuje „czysta” jurysdykcja uniwersalna na szczeblu krajowym, jedynie jej formy kwalifikowane (i w każdym wypadku jedynie teoretyczne). Po drugie, sądy wykazują niepokojący stopień nieprzygotowania techniczno-administracyjnego (a być może nawet braki w zakresie niezależności), choć jednocześnie należy wskazać, że w tym rankingu nie ustępują im sądy międzynarodowe.

Co więcej, zarówno Włochy, jak i Chiny wykazują konsekwentną niechęć do dostosowania swoich kodeksów do definicji zbrodni międzynarodowych, jednocześnie upierając się przy problematycznym podziale na przepisy wojskowe i cywilne. Oddając sprawiedliwość obu państwom, należy wskazać, że ich organy ustawodawcze niedawno potwierdziły zaniepokojenie przestarzałymi definicjami zbrodni wojennych, choć Chiny wyraziły je w kategoriach braku zastosowania do NKZ, natomiast Włochy przewidziały traktowanie czynów popełnionych w tych dwóch rodzajach konfliktów w sposób zamienny (np. w ramach *Progetto Cariplo*). Żadna z tych jurysdykcji nie dopuszcza w żadnym wypadku procesów zaocznych w ramach jurysdykcji uniwersalnej, nawet zaoczne procesy eksterytorialne są uznawane za dopuszczalne.

Wreszcie oba kraje wyrażają obawy związane z upolitycznieniem „rankingów pierwszeństwa” roszczeń jurysdykcyjnych, podtrzymując jednocześnie tradycję ignorowania wyroków i orzeczeń międzynarodowych (dla przykładu

<sup>66</sup> Jeśli mielibyśmy być wierni obecnemu w zachodniej nauce prawa rozróżnieniu między monizmem a dualizmem PM, to Chiny są zdecydowanie bliższe monizmowi; zob. np. D.L. Sloss, *Domestic Application of Treaties*, [w:] D.B. Hollis (red.), *The Oxford Guide to Treaties*, wyd. 2, New York 2020, s. 355–382, 358–362. Przedstawiciele doktryny chińskiej odrzucają jednak oba podejścia jako niedokładnie odzwierciedlające związek między prawem ChRL a prawem międzynarodowym publicznym. Szerzej na ten temat zob. Z. Keyuan, *International Law in the Chinese Domestic Context*, „Valparaiso University Law Review” 2010, nr 44(3), s. 935–956, 937–938; F. Leah, *Summary*, [w:] B. Ahl (red.), *Die Anwendung völkerrechtlicher Verträge in China*, Berlin 2009, s. 355–367, 356.

<sup>67</sup> Na temat znaczenia tego dualizmu dla oceny międzynarodowych zobowiązań Włoch do kryminalizacji pewnych czynów można obszernie przeczytać w: B.I. Bonafè, *Constitutional Judicial Review and International Obligations of Criminalization*, „International Criminal Law Review” 2021, vol. 21, nr 4, s. 661–670.

można odwołać się w przypadku Chin do orzeczenia arbitrażowego w sprawie Morza Południowochińskiego, a w przypadku Włoch do stopnia niewykonania orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka Rady Europy, tylko nieznacznie niższego od Rosji czy Turcji).

Ostatecznie, chociaż punkty ciężkości dzisiejszych orientacji geopolitycznych Chin i Włoch nie mogłyby bardziej się od siebie różnić (orientacja zachodnio-atlantycka w przypadku Włoch, orientacja na globalne południe w przypadku Chin), ich dyskursy oparte na wartościach związanych z prawami człowieka są wyraźnie rozbieżne, a ponadto państwa te kierują się innymi bezpośrednimi powodami, sprzeciwiając się jurysdykcji uniwersalnej w teorii i praktyce, niniejsza bardzo zwięzła analiza potwierdza, że na głębszym, fundamentalnym poziomie podejścia tych dwóch jurysdykcji do międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości w rzeczywistości są zbieżne i koncentrują się wokół szeregu podstawowych kwestii „historycznych”. Kwestie te dotyczą zdezaktualizowanego systemu ONZ, pogłębianego przez nadmierne upolitycznienie międzynarodowego wymiaru sprawiedliwości wskutek rywalizacji krajowych organów sądowniczych o nadrzędność ich roszczeń jurysdykcyjnych (zwłaszcza neoimperialistycznych skoncentrowanych na ściganiu afrykańskich i bliskowschodnich przywódców i ich oddziałów<sup>68</sup>), jednocześnie ujawniając pewien stopień nieufności do własnej gotowości technicznej systemów obu państw.

## Wnioski

W prezentowanym rozdziale omówiono pokrótce cztery rodzaje zbrodni międzynarodowych (ludobójstwo, zbrodnie wojenne, zbrodnie przeciwko ludzkości i zbrodnia agresji), choć kilka innych wątków można by rozwinąć, tutaj jedynie zasygnalizowanych. Otwarte pozostaje m.in. pytanie, czy debata nad potencjalną „piątą zbrodnią międzynarodową”, znaną również

<sup>68</sup> Na temat tego właśnie „regionalnego” aspektu polityki działań prokuratorskich, ale w odniesieniu do MTK, można przeczytać w: O. Dovgalyuk, R. Vecellio Segate, *From Russia and beyond: The ICC Global Standing, while Countries' Resignation is Getting Serious*, *Filodiritto*, 2017, s. 5–6, dostępny pod adresem: [www.filodiritto.com/sites/default/files/articles/documents/0000002222.pdf](http://www.filodiritto.com/sites/default/files/articles/documents/0000002222.pdf).

pod nazwą „ekobójstwa”, jeszcze bardziej zniechęci te dwa kraje do ustanowienia praktyki uniwersalnej jurysdykcji w wymiarze krajowym, czy też wręcz przeciwnie – wskrzesi ich zainteresowanie i ambicje dotyczące tego kontrowersyjnego narzędzia prawnego; pytanie to pozostawia pole do przyszłych badań<sup>69</sup>. Większą uwagę należałoby także poświęcić pojęciom „Wschód” i „Zachód”. Powstały różne opracowania na tematy takie, jak uzasadnienie istnienia Międzynarodowego Trybunału Karnego w oczach opinii publicznej w różnych jurysdykcjach<sup>70</sup>, chociaż nie wynikają z nich żadne implikacje natury społeczno-politycznej dla przyszłości uniwersalnej jurysdykcji rozumianej jako narzędzie prawne.

Na zakończenie, odwołując się do nieco górnolotnej definicji celu istnienia międzynarodowego prawa karnego, można by rzec, że celem uniwersalnej jurysdykcji wydaje się udomowienie „systemu symboli [...], który uzasadnia przekonanie, że ‘społeczność międzynarodowa’ [...] może być zarządzana podobnie jak państwo narodowe”<sup>71</sup>. Najważniejszą rzeczą, która wynika z tego rozdziału, jest to, że prawnicy i prawodawcy w Chinach i Włoszech – analizując pod kątem historycznym aspekty filozoficzne i cywilizacyjne obydwu państw, które są w niektórych punktach zbieżne – stosują różną (choć nie aż tak bardzo) optykę prawnego-geopolityczną, analizując ryzyka i możliwości rozwoju obecne w symbolice, o której była tutaj mowa.

---

<sup>69</sup> O międzynarodowych zbrodniach przeciwko środowisku i jurysdykcji międzynarodowej piszą ogólnie A. Greene, *“The Campaign to Make Ecocide an International Crime: Quixotic Quest or Moral Imperative?”*, „Fordham Environmental Law Review” 2019, vol. 30, nr 3, s. 19 (przyp. 85); R. Killean, *“The Benefits, Challenges, and Limitations of Criminalizing Ecocide”*, New York 2022, dostępny pod adresem: [www.theglobalobservatory.org/2022/03/the-benefits-challenges-and-limitations-of-criminalizing-ecocide](http://www.theglobalobservatory.org/2022/03/the-benefits-challenges-and-limitations-of-criminalizing-ecocide).

<sup>70</sup> Zob. np. N.T. Carrington, C. Sigsworth, *‘Home-State Interest, Nationalism, and the Legitimacy of the International Criminal Court’*, „Law & Social Inquiry” 2022, vol. 47, nr 2, s. 449–477.

<sup>71</sup> I. Tallgren, *“The Sensibility and Sense of International Criminal Law”*, „The European Journal of International Law” 2002, vol. 13, nr 3, s. 594.





# Autorzy

AKSAMITOWSKA KAROLINA – Uniwersytet w Tallinie w Estonii,  
ORCID: 0000-0001-9396-4420

CHAKRABARTY ISHITA – Quill Foundation w Indiach

FAROOQ SADIA – Ali Khan Law Associates, Pakistan

GACKA PATRYK – Uniwersytet Warszawski,  
ORCID: 0000-0002-0762-7418

GRZEBYK PATRYCJA – Uniwersytet Warszawski,  
ORCID: 0000-0003-4022-7018

GUERREIRO ALEXANDRE – Uniwersytet Lizboński,  
ORCID: 0000-0002-7000-7190

HOFFMANN TAMÁS – Centrum Nauk Społecznych, Instytut Nauk  
Prawnych, Węgry; Uniwersytet Korwina w Budapeszcie,  
ORCID: 0000-0001-5392-3165

JANUSZ-POHL BARBARA – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu,  
ORCID: 0000-0002-7135-4960

JAWAD AYESHA – Wydział Prawa w Kinnaird College for Women, Lahore,  
Pakistan

KRZAN BARTŁOMIEJ – Uniwersytet Wrocławski,  
ORCID: 0000-0003-3964-114X

KUMAR AMAN – IFIM Law School w Bengaluru,  
ORCID: 0000-0002-4363-2994

MOUSINHO SHAYANA SARAH VIEIRA DE ANDRADE – Study Group  
on Law and International Affairs (GEDAI-UFC),  
ORCID: 0000-0002-5188-7700

NEDŽAD SMILAGIĆ – Uniwersytet w Zagrzebiu, Centrum Prawa Karnego  
i Sprawiedliwości Karnej w Durham Law School,  
ORCID: 0000 0002 6431 0038

ROLIM PEIXOTO ARNELLE – Universidade Federal de Ceara, Brazylia,  
ORCID: 0000-0002-6173-218X

SIKORA KAROLINA – Uniwersytet Jagielloński

VECELLIO SEGATE RICCARDO – Uniwersytet Dundee, Szkocja,  
Wielka Brytania

WRIGHT BRADEY – adwokatka, Ice Miller



Analiza systemów krajowych wskazuje, że państwa nie mają jednego modelu uregulowania na poziomie krajowym odpowiedzialności za zbrodnie międzynarodowe i często mierzą się z wątpliwościami, w jakim stopniu muszą jedynie kopiować rozwiązania międzynarodowe, a w jakim powinny modyfikować rozwiązania traktatowe czy prawa zwyczajowego ze względu na swoje specyficzne potrzeby czy kulturę prawną. Czytelnik w prezentowanych tekstach znajdzie szereg uwag dotyczących zarówno definicji zbrodni, zasad jurysdykcji, zasad odpowiedzialności, jak i trudności w wyróżnianiu danych zbrodni w ramach danego wyroku. Teksty odwołują się zarówno do praktyki sądów krajowych, międzynarodowych i umiędzynarodowionych. Autorzy niniejszej publikacji mają nadzieję, że pokazanie różnych perspektyw krajowych, wpływu czynników politycznych oraz niekiedy kulturowych na dane rozwiązania prawne pozwoli zrozumieć wątpliwości co do obowiązującego kształtu norm prawa międzynarodowego i funkcjonującego systemu sprawiedliwości międzynarodowej, a także umożliwi wyciągnięcie wniosków na przyszłość co do kierunku zmian w regulacjach krajowych, aby błędy czy też trudności innych państw można było przekuć na stabilniejsze rozwiązania prawne.

ISBN 978-83-67149-24-2



9 788367 149242 >