

VIII Seminarium Warszawskie

RÓWNOŚĆ

w dostępie do praw gwarantowanych
w systemie Konwencji o Ochronie Praw
Człowieka i Podstawowych Wolności

Aktualny stan i wyzwania



VIII Warsaw Seminar

Equal Access to Rights Guaranteed under the System
of the Convention for the Protection of Human Rights
and Fundamental Freedoms

– Current State of Affairs and Challenges

VIII Seminarium Warszawskie

RÓWNOŚĆ

w dostępie do praw gwarantowanych
w systemie Konwencji o Ochronie Praw
Człowieka i Podstawowych Wolności

VIII Seminarium Warszawskie

RÓWNOŚĆ

w dostępie do praw gwarantowanych
w systemie Konwencji o Ochronie Praw
Człowieka i Podstawowych Wolności

Aktualny stan i wyzwania

Wydawca/Publisher:

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

Korekta tekstów w języku polskim/Proofreading of Polish texts:

Stämpfli Polska Sp. z o.o.

Tłumaczenie/Translation:

Ministerstwo Spraw Zagranicznych – Biuro Archiwum i Zarządzania Informacją

Projekt graficzny/Design:

Stämpfli Polska Sp. z o.o.

Fotografie/Photos:

Ministerstwo Spraw Zagranicznych
oraz Pani Anna Struk z Okręgowego Inspektoratu Służby Więziennej w Warszawie

Zdjęcie na okładce przedstawia pracę Kacpra Dąbrowskiego (11 lat) ze Szkoły Podstawowej nr 2 w Sochaczewie nagrodzoną w konkursie plastycznym zorganizowanym wśród uczniów szkół podstawowych przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych we współpracy z Ministerstwem Edukacji Narodowej

Cover photo presents the artwork of Kacper Dąbrowski (11 years old) of the Primary School no. 2 in Sochaczew awarded in a visual arts contest organised for primary school pupils by the Ministry of Foreign Affairs in collaboration with the Ministry of National Education

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

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

ISBN 978-83-63743-97-0

Druk/Printing:

Agencja Reklamowo-Wydawnicza A. Grzegorzcyk

VIII Seminarium Warszawskie

**RÓWNOŚĆ W DOSTĘPIE DO PRAW
GWARANTOWANYCH W SYSTEMIE KONWENCJI
O OCHRONIE PRAW CZŁOWIEKA
I PODSTAWOWYCH WOLNOŚCI
– AKTUALNY STAN I WYZWANIA**

Warszawa, 2015 r.

Konferencja zorganizowana przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych
we współpracy z Biurem Pełnomocnika Rządu ds. Równego Traktowania,
Warszawa, 24 października 2014 r.

Spis treści

WYSTĄPIENIA INAUGURUJĄCE

<i>Prof. Małgorzata Fuszara</i> , Pełnomocnik Rządu ds. Równego Traktowania, Sekretarz Stanu w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów	19
<i>Prof. Artur Nowak-Far</i> , Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Spraw Zagranicznych	27
<i>Prof. Mirosław Wyrzykowski</i> , Przedstawiciel Europejskiej Komisji przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji	31

PANEL I

Moderator: <i>David Milner</i> , Dyrektoriat ds. Praw Człowieka i Praworządności, Rada Europy	43
<i>Dr Łukasz Jurczyszyn</i> , Centrum Badania Solidarności i Ruchów Społecznych IS UW, Centrum Analizy i Interwencji Socjologicznych w Paryżu	
Potencjał dla postaw dyskryminacyjnych. Skłonność Polaków do potępienia mniejszości społecznych i etnicznych	47
<i>Štefica Stažnik</i> , Pełnomocnik Rządu chorwackiego do spraw postępowań przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka	
Dlaczego warto przystąpić do Protokołu nr 12 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności?	53
<i>Louise Holck</i> , Zastępca Dyrektora w Duńskim Instytucie Praw Człowieka	
Dlaczego Dania nie przystąpiła do Protokołu nr 12 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności?	63
Dyskusja	69

PANEL II

Moderator: *SSN Teresa Flemming-Kulesza*, Prezes Sądu Najwyższego kierująca Izłą Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych 79

Prof. Irena Lipowicz, Rzecznik Praw Obywatelskich

Prawa osób niepełnosprawnych: równość w korzystaniu przez osoby niepełnosprawne z praw gwarantowanych im przez Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. 81

Prof. Andrzej Świątkowski, były Wiceprzewodniczący Komitetu Praw Społecznych Rady Europy, Uniwersytet Jagielloński

Obowiązek państwa zapewnienia pomocy społecznej i medycznej cudzoziemcom. Aspekt międzynarodowy 95

Dr hab. Jacek Chlebny, prof. nadzw. Uniwersytetu Łódzkiego, Wiceprezes NSA

Wpływ orzecznictwa sądów europejskich na ochronę praw uchodźców w Polsce 125

Dyskusja 135

PANEL III

Moderator: *prof. Yvonne Donders*, Uniwersytet w Amsterdamie 143

Dr Hanna Machińska, Dyrektor Biura Rady Europy w Warszawie

Poszanowanie praw kulturalnych w nowoczesnym i różnicowanym społeczeństwie. Rola Europejskiej Konwencji Praw Człowieka 147

Dr Małgorzata Szeroczyńska, Zastępca Prokuratora Rejonowego Warszawa-Śródmieście

Praktyka ścigania przestępstw z nienawiści w świetle wytycznych Prokuratora Generalnego 167

Dominika Bychawska-Siniarska, Helsińska Fundacja Praw Człowieka

Wolność wypowiedzi w Internecie – granice kontroli przysługujące właścicielowi portalu internetowego – uwagi w świetle orzeczenia Delfi p. Estonii. 205

Dyskusja 213

WYSTĄPIENIE PODSUMOWUJĄCE

Prof. Mirosław Wyrzykowski, Europejska Komisja przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji 221

LISTA UCZESTNIKÓW VIII SEMINARIUM WARSZAWSKIEGO 225

**WYSTAWA „WSZYSCY RÓWNI – PRAWA CZŁOWIEKA OZAMI
DZIECKA”** 439

FOTOGRAFIE Z VIII SEMINARIUM WARSZAWSKIEGO 447

Contents

INTRODUCTORY REMARKS

<i>Professor Małgorzata Fuszara</i> , Government Plenipotentiary for Equal Treatment of Poland, Secretary of State at the Chancellery of the Prime Minister of Poland	239
<i>Professor Artur Nowak-Far</i> , Undersecretary of State at the Ministry of Foreign Affairs of Poland	245
<i>Professor Mirosław Wyrzykowski</i> , Representative of the European Commission against Racism and Intolerance	249

PANEL I

Moderator: <i>David Milner</i> , Directorate General of Human Rights and Rule of Law, Council of Europe	261
<i>Łukasz Jurczyszyn</i> , PhD, Directorate for Solidarity and Social Movements Studies of Warsaw University, Centre for the Sociological Analysis and Intervention in Paris	
Potential for discriminatory attitudes. Disposition of Poles to condemn social and ethnic minorities	265
<i>Štefica Stažnik</i> , Agent of the Republic of Croatia before the European Court of Human Rights	
Why to accede to Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms?	271
<i>Louise Holck</i> , Deputy Director of the Danish Institute for Human Rights	
Why has Denmark not acceded to Protocol no. 12 to the European Convention on Human Rights?	279
Discussion	285

PANEL II

Moderator: *Supreme Court Justice Teresa Flemming-Kulesza*, Supreme Court President of the Labour Law Social Security and Public Affairs Chamber 295

Professor Irena Lipowicz, Polish Human Rights Defender

Rights of the disabled: equality in the exercise of guaranteed rights of the disabled under the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms 297

Professor Andrzej Świątkowski, former Vice-President of the European Committee of Social Rights Council of Europe, Jagiellonian University

Scope of a state’s obligation to provide social assistance to foreigners. An international dimension 309

Jacek Chlebny, PhD, Vice president of the Supreme Administrative Court

Impact of the case-law of European courts on the protection of refugees’ rights in Poland 337

Discussion 347

PANEL III

Moderator: *Professor Yvonne Donders*, University of Amsterdam 355

Hanna Machińska, PhD, Director of the Council of Europe Office in Warsaw

Respect for cultural rights in a modern and diverse society. The Role of the European Convention of Human Rights. 359

Małgorzata Szeroczyńska, PhD, Deputy of the Regional Prosecutor for Warszawa-Śródmieście

The practice of the prosecution of hate crimes in the light of the Guidelines of the General Prosecutor. 379

Dominika Bychawska-Siniarska, Helsinki Foundation of Human Rights

Freedom of speech in the Internet – limits to control vested in a web portal owner – remarks in the light of the Delfi v. Estonia judgement. . . . 415

Discussion 423

CONCLUDING REMARKS

Professor Mirosław Wyrzykowski, European Commission against Racism and Intolerance 429

LIST OF PARTICIPANTS OF VIII WARSAW SEMINAR 433

EXHIBITION "ALL EQUAL – HUMAN RIGHTS IN THE CHILD'S EYES" ... 439

PHOTOS FROM VIII WARSAW SEMINAR 447

WYSTĄPIENIA INAUGURUJĄCE

Prof. Małgorzata Fuszara

*Pełnomocnik Rządu ds. Równego Traktowania,
Sekretarz Stanu w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów*

Szanowni Państwo, chciałam bardzo serdecznie Państwa powitać w kancelarii Premiera, jesteście bardzo dumni, że współorganizujemy VIII Seminarium Warszawskie. Zanim przejdę do swojego merytorycznego wystąpienia, związanego z dzisiejszym seminarium, chciałam odnieść się do wystawy, na której prezentowane są rysunki dzieci ilustrujące prawa człowieka. To bardzo ważne, że odbył się konkurs, podczas którego dzieci ilustrowały prawa człowieka i że obecnie możemy te ilustracje oglądać na wystawie i w formie utrwalonej, a więc w postaci kalendarza. Przypomina mi to zdarzenie z przełomu systemów, a więc przełomu lat 80. i 90., kiedy przywożłam z Norwegii kolorowaną dla dzieci poświęconą prawom człowieka. Pokazywałam ją wówczas na wielu seminariach poświęconych koniecznym zmianom w edukacji – stawała się ona punktem wyjścia dla refleksji o ogromnych różnicach wynikających z faktu, że w niektórych krajach dzieci uczą się czytać na zdaniu „wszyscy ludzie rodzą się wolni”, a u nas na zdaniu „Ala ma kota” i tylko na nim, gdyż poważniejsze treści uważano wówczas za zbyt trudne dla dzieci, a ich przekazywanie za zbędne w tak młodym wieku. Pokazywało to ogromny dystans w edukacji o swoich prawach między uczniami różnych krajów i trudno mi było wówczas sobie wyobrazić, że także w Polsce dzieci będą się uczyły praw człowieka w bardzo wczesnym okresie edukacji. Tym bardziej jestem dzisiaj usatysfakcjonowana, że jest to rzeczywistość także w Polsce, gdzie dzieci rysują prawa człowieka, że mają takie kapitalne pomysły, jakie na tych rysunkach widzimy, ilustrujące ideę równości, wolności, praw podstawowych wspólnych dla nas wszystkich i że od najmłodszych lat stykają się z tymi prawami. W wielu krajach Europy Zachodniej było tak już wiele lat wcześniej niż w Polsce, ale jest sprawą nie do przecenienia, że i w tym zakresie nadrabiamy dystans i że sytuacja jest obecnie zupełnie inna niż była kiedyś.

Chciałam się dzisiaj podzielić z Państwem refleksjami wynikającymi z faktu, że 22 października przewodniczyłam delegacji Rządu RP w Genewie, która broniła sprawozdania Polski z realizacji Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet. To była obrona za okres już dość dawny, bo za lata 2002-2010, ale warto o niej powiedzieć na dzisiejszym seminarium, gdyż jest to konwencja, którą można określić jako kartę praw kobiet. Dotyczy równości

plci we wszystkich dziedzinach życia. Uważam, że w tej dziedzinie jest jeszcze bardzo wiele do zrobienia i trzeba ciągle podkreślać wagę równości płci, zarówno w kontekście europejskich rozwiązań, światowych rozwiązań, a także jej wagę i konieczność realizacji praw kobiet i równości płci w Polsce. Chcę przy okazji tego zdarzenia powiedzieć, a mówiłam to także w Genewie, że jestem wielką zwolenniczką rozwiązań konwencyjnych, właśnie takich, które polegają na stałym dialogu pomiędzy państwem, a kimś kto sprawdza, jak wywiązujemy się jako kraj z przestrzegania podstawowych praw i zasad, które jako członek społeczności międzynarodowej na siebie przyjęliśmy. Mechanizmy konwencyjne z jednej strony pozwalają nam podczas sporządzania sprawozdania zdać sobie sprawę z tego, jak wielki postęp – i to rzeczywiście w tym przypadku widać – dokonuje się w różnych dziedzinach życia społecznego, ale też zastanowić się i obdarzyć refleksją to, jakie są jeszcze braki i niedociągnięcia i co w związku z nimi trzeba jeszcze poprawić. Z drugiej strony korzystamy z zewnętrznej oceny, porady, co jeszcze możemy poprawić i co zmienić. Chcę bardzo wyraźnie podkreślić, że wszystkie te mechanizmy, które z zewnątrz pomagają nam w przyjrzeniu się temu, jak się wywiązujemy z przestrzegania praw człowieka, są moim zdaniem niesłychanie cenne i każdy przypadek, kiedy wyrażane są jakieś obawy odnoszące się do takiej „zewnętrznej podpowiedzi” i kiedy pojawiają się próby niewzięcia udziału w takich mechanizmach międzynarodowych uważam za podstawowy błąd, będący w istocie próbą „wypisania się” z międzynarodowej społeczności. Myślę, że im szerzej uczestniczymy w porządku międzynarodowym, tym jest dla nas wszystkich lepiej, dla obywateli przede wszystkim, ale także dla tych, którzy odpowiadają za to, co się w kraju dzieje, a więc dla członków rządu, którzy starają się zapewnić jak najpełniejszą realizację praw obywateli.

Konwencja o eliminacji wszelkich form dyskryminacji kobiet dotyczy praw człowieka – kobiet, natomiast ja dzisiaj chciałam kilka słów powiedzieć o prawach człowieka z takiego obszaru, o którym się stosunkowo rzadko mówi, a więc o prawach człowieka osób starszych. Dostęp do praw gwarantowanych w konwencji właśnie dla tej grupy jest dosyć ograniczony, a przecież jest to grupa coraz liczniejsza i problem realizowania praw tej grupy będzie coraz bardziej narastał. Zaczynamy to coraz częściej zauważać w Polsce, problem pojawił się i w exposé Pani Premier, prawa osób starszych uwzględniane są też w pracy Pani Rzecznik Praw Obywatelskich, ale myślę, że jesteśmy jeszcze przed poważną debatą na temat praw i sytuacji osób starszych i na temat poważnych wyzwań, które niebawem się pojawią. Wyzwania te wynikają między innymi stąd, że udział osób starszych w całym społeczeństwie systematycznie rośnie. O ile w 1988 roku osoby w wieku powyżej 60 lat stanowiły 14% populacji, to w 2010 już blisko 20% (dokładnie 19,6%) – co oznacza przyrost o 2 miliony [GUS oraz „Założenia Długofalowej Polityki Se-

nioralnej na lata 2014-2020” oraz „Rządowy Program na rzecz Aktywności Społecznej 2014-2020]. Mówię to, abyśmy zdawali sobie sprawę, jak wielka jest to grupa osób. Z danych Eurostatu wynika, że w 2020 roku osoby powyżej 60. roku życia będą stanowić blisko 25% polskiego społeczeństwa. Musimy więc zdawać sobie sprawę, jak znacząca będzie to część polskiej populacji. Myśląc o polityce społecznej wobec tej grupy musimy brać pod uwagę jej charakterystyczne cechy. Jedną z cech populacji osób starszych jest – jak to się określa w literaturze – singularizacja gospodarstw domowych, a więc fakt, że są to osoby bardzo często żyjące w pojedynkę i prowadzące jednoosobowe gospodarstwa domowe. W 2030 roku ponad połowa tych jednoosobowych gospodarstw to będą takie gospodarstwa, które będą prowadzone przez osoby powyżej 65 lat, natomiast 17% gospodarstw to będą gospodarstwa osób mających powyżej 80 lat. Musimy więc zdać sobie sprawę, jak liczne to będą przypadki, a w związku z tym, jak wiele osób będzie wymagało społecznego wsparcia o zróżnicowanym charakterze, dostosowanym do indywidualnych potrzeb osób starszych. Drugą cechą charakterystyczną omawianej populacji to feminizacja – na całym świecie kobiety żyją dłużej i chociaż różnica ta w niektórych krajach zmniejsza się w ostatnich latach, to faktem jest i takie są też przewidywania, że feminizacja charakterystyczna jest i będzie zwłaszcza dla najstarszych grup wieku. Są to jednocześnie osoby wymagające największego wsparcia i największej pomocy. Aby to zilustrować wystarczy powiedzieć, że w grupie wieku tuż po pięćdziesiątce są 103 kobiety na 100 mężczyzn, w grupie po siedemdziesiątce to jest 147 kobiet na 100 mężczyzn, ale powyżej 85 lat to aż 284 kobiety na 100 mężczyzn. Tak więc budując obraz populacji osób wymagających ze względu na wiek wsparcia państwa, gwarantowania pomocy i gwarantowania pełnej realizacji ich praw trzeba zauważyć, że są to i w przyszłości będą najczęściej osoby samotne, a przede wszystkim samotne kobiety.

Podkreślić trzeba, że gwarantowanie realizacji praw tej grupy osób dotyczy bardzo różnych sfer życia, a uwzględnienie wszystkich tych sfer jest niesłychanie istotne. Pierwsza sfera to ochrona zdrowia, a więc dostępu do usług medycznych, ale dostęp do najnowszych metod leczenia bez długiego oczekiwania nie jest tu jedynym wyzwaniem. Uwzględnić trzeba także sposób traktowania osób starszych przez personel medyczny, konieczność brania pod uwagę ich potrzeb, szacunku dla tych osób, dostosowanego do wieku sposobu komunikowania. Wielki problem to przemoc wobec osób starszych, chciałam tu zwrócić uwagę na raport Pani Rzecznik Praw Obywatelskich na temat przemocy wobec kobiet starszych. Jest to problem o nieznanym rozmiarach i niesłychanie trudny do rozpoznania zwłaszcza w środowiskach wiejskich i małych miast. Najprawdopodobniej mamy tu do czynienia z bardzo dużą ciemną liczbą przypadków ofiar przemocy, która jest przemocą fizyczną, ale też niejednokrotnie ekonomiczną, często doznawaną

ze strony najbliższych, a więc taką, która jest z oczywistych powodów ukrywana i trudna do ujawnienia, co w praktyce oznacza, że szereg ofiar pozostaje w całkowitej zależności od sprawców przemocy, bez żadnej pomocy z zewnątrz. Jest sprawą najwyższej wagi, abyśmy ofiarom przemocy zapewнили jak najdalej idącą pomoc.

Inna sfera to usługi opiekuńcze, które są świadczone, ale w przyszłości będą musiały być świadczone w nieporównanie większym zakresie. Musimy też wziąć pod uwagę problem rynku pracy – a więc sposób traktowania osób starszych na rynku pracy, zwłaszcza wobec podwyższonego wieku emerytalnego. Sądzę, że przechodzimy obecnie w Polsce proces, który także już wiele lat temu obserwo wałam w krajach skandynawskich. Myśmymy się wówczas szczylicili tym, że dzięki emeryturom i rentom zapewniamy w starzejącym się społeczeństwie dezaktywację zawodową stosunkowo młodym ludziom. Natomiast tam już 20 lat temu z dumą podawano statystyki pokazujące, że coraz więcej osób po 80-tce, a nawet w wieku 90 lat pracuje i to było uważane za wskaźnik postępu i braku wykluczenia osób starszych z rynku pracy. Warto przy tej okazji zauważyć, że percepcja tego, co jest szczęściem w starszym wieku, jest zróżnicowana i zmienna, ale też wiąże się z wynikami nowszych badań wskazujących, że aktywność jest korzystna dla dobrostanu osób starszych.

Kolejna bardzo ważna sfera to dobra i usługi, a zwłaszcza różnego rodzaju nieuczciwe praktyki handlowe stosowane wobec osób starszych. Liczne medialne przekazy dają nam pewien obraz praktyk, niekiedy nieuczciwych, a niekiedy wykorzystujących słabszą orientację osób starszych we współczesnym świecie, które prowadzą do finansowego ich wykorzystania. Czasami, tak jak powiedziałam, wiąże się to z nieuczciwymi praktykami lub z wykorzystywaniem niewiedzy osób starszych, ale czasami z barierami w komunikacji i niedostosowaniem jej do wymogów związanych z wiekiem.

Sfera dóbr i usług, a także sfera pracy wiąże się koniecznością korzystania z przestrzeni publicznej, a więc pojawia się konieczność planowania uniwersalnego, które znosi bariery fizycznego dostępu osób starszych, osób niepełnosprawnych i innych grup o szczególnych potrzebach do publicznej przestrzeni. Zarówno bariery w dostępie do przestrzeni jak i bariery komunikacyjne można łączyć z konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności – mamy tutaj bowiem do czynienia z ochroną praw człowieka z art. 3, czyli z zakazem niehumanitarnego i poniżającego traktowania, z art. 5 czyli prawem do wolności i bezpieczeństwa, i art. 8 – a więc prawem do poszanowania życia prywatnego, rodzinnego, a także z art. 14, a więc z zakazem dyskryminacji.

W związku z tymi wyzwaniem i koniecznością realizacji praw osób starszych powstaje pytanie, w jaki sposób powinniśmy się do tych problemów odnieść,

w jaki sposób rząd i ja jako pełnomocniczka myślimy o rozwiązywaniu tych problemów. Kilka rozwiązań zostało już w ostatnim okresie przedstawionych. W odniesieniu do pierwszego omawianego obszaru, a więc ochrony zdrowia już w expose Pani Premier – a wcześniej też w wystąpieniu Pana Ministra Zdrowia pojawiły się projekty rozwiązań odnoszące się do opieki geriatrycznej. Obecnie liczba geriatrów w Polsce jest dalece niewystarczająca – jak się ocenia, jest około 300 geriatrów w Polsce. Jest więc oczywiste, że jest ogromny niedobór wyspecjalizowanych osób, które mogłyby się zajmować zdrowiem osób starszych. Oznacza to konieczność przygotowania personelu zarówno od strony opieki medycznej, jak i kontaktu z osobami starszymi w sposób zapewniający poszanowanie ich godności, możliwości i oczekiwań. W odniesieniu do przemocy planowane są i już realizowane działania polegające zarówno na podnoszeniu świadomości wagi tego problemu jak i rozbudowy systemu ochrony ofiar przemocy. Działania świadomościowe są tu niezwykle ważne, abyśmy nie dali się zmylić niskim statystykom i nie traktowali tego jako wskaźnika braku przemocy, ale przede wszystkim zwracali uwagę na to, w jaki sposób dowiedzieć się, sprawdzić, czy osoby starsze, często izolowane od świata zewnętrznego, są bezpieczne. Łączy się to z koniecznością rozbudowy systemu pomocy dla osób doświadczających przemocy tak, aby był to jednocześnie i system przeciwdziałania przemocy w rodzinie wobec osób starszych. W expose Pani Premier pojawiły się też zapowiedzi budowy systemu opieki nad osobami starszymi, zwłaszcza w postaci domów dziennego pobytu dla osób starszych. Oczywiście ten system, który musimy budować, jest znacznie bardziej skomplikowany i chciałabym zwrócić uwagę na to, że powinniśmy jak najszerzej rozbudowywać kwalifikacje opiekunów zawodowych, dlatego że chodzi nie tylko o tworzenie miejsc pobytu osób starszych, ale także o dbałość o wysoki poziom opieki w tych miejscach. Minimum to oczekiwanie, aby nie dochodziło tam do naruszeń praw osób starszych, z czym od czasu do czasu mamy do czynienia i w zawiadomieniach organów ścigania, i w doniesieniach medialnych. Pokazujących one naruszanie zupełnie podstawowych praw osób starszych, co może wynikać ze złej woli, ale częściej zapewne z braku kwalifikacji i faktu, że niekiedy przypadkowe osoby, bez żadnych ku temu kwalifikacji, zajmują się osobami starszymi. Bardzo ważny jest cały obszar wykonywania prawa pracy i nadzoru odnoszącego się do równego traktowania osób starszych w zatrudnieniu, podczas rekrutacji, ale także w dostępie do szkoleń. W dzisiejszych czasach, kiedy podkreśla się wagę ciągłej, permanentnej, nieustającej edukacji, obejmowanie nią pracowników w starszym wieku jest sprawą wydawałoby się oczywistą, a dla ich szans zawodowych – kluczową.

Bardzo ważną sprawą jest także wizerunek medialny osób starszych – to, w jaki sposób są one przedstawiane. Mogę powiedzieć, że razem z KRRiT pracujemy

nad tym, żeby nie tylko przeciwdziałanie dyskryminacji, ale także promowanie równości było praktyką przekazów medialnych. Odnosi się to do wszystkich sfer, w których może się pojawić dyskryminacja, a więc także wobec osób starszych. Staramy się wypracować dobre praktyki i zapobiegać ewentualnym praktykom dyskryminującym. W Polsce nie ma tak licznych jak w wielu innych krajach analiz na ten temat, ale te nieliczne analizy pokazują, że wobec kobiet stosowana jest dyskryminacja intersekcyjna – w wielu programach, wiążących się z „poważnym” przekazem występuje mniej kobiet, a odnosi się to zwłaszcza do kobiet starszych, które są eliminowane przede wszystkim z audycji informacyjnych. Występują tam niejednokrotnie starsi mężczyźni, ale kobiet starszych się nie pokazuje. Oznacza to często zaprzepaszczenie całego dorobku tych kobiet, które wcześniej zdobyte kompetencje mogłyby wykorzystać w swojej pracy. Wycofywanie z naszego oglądu starszych kobiet jest szkodliwe dla nas wszystkich, gdyż wszyscy się starzejemy, a wykluczenie z przestrzeni publicznej osób należących do pewnej kategorii oznacza nie tylko ich niewidoczność, ale też pokazanie, że ta kategoria osób i jej głos się nie liczy, że nie ma dla niej miejsca w przestrzeni publicznej.

Wśród innych, ważnych obszarów wykluczenia osób starszych, którym należy przeciwdziałać, jest wykluczenie cyfrowe, a także wykluczenie osób starszych z aktywności obywatelskiej. O tym pierwszym mówi się znacznie więcej, o tym drugim – znacznie mniej. W dziedzinie dostępu do wyborów wiele się w ostatnich latach zmieniło na lepsze, ale chciałam zwrócić uwagę, że jest to nie tylko problem poprawiającego się technicznego dostępu, ale też przewyżnianie barier świadomościowych utrudniających korzystanie ze swoich praw. Wiele osób pewnie pamięta jeszcze niedawne, niby żartobliwe hasła mówiące o zabieraniu babci dowodu przed wyborami po to, aby w nich nie uczestniczyła. To było oczywiście powiedzenie żartobliwe, ale jest to jednak niestety jednoznaczny przekaz wymierzony w równość praw osób starszych, nawet jeśli w okresie przedwyborczym jest to żart. Żart też potrafi być bardzo uderzający w prawa grupy, której dotyczy i z tego względu warto zastanowić się, co on ze sobą niesie i jaki ma potencjał niekiedy raniący, a niekiedy dezawuuujący czyjeś wybory i czyjeś prawa.

Na zakończenie chciałam wrócić do problemu osób starszych, które są ofiarami różnego rodzaju przestępstw, złego traktowania, naruszania ich praw. Chcę zwrócić uwagę na konieczność implementacji dyrektywy Parlamentu Europejskiego z 25 października 2012 roku, ustanawiającej normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw. Do 16 listopada 2015 roku mamy czas na transpozycję tej dyrektywy do naszego porządku prawnego, a wspominam o niej w kontekście praw osób starszych dlatego, że ta dyrektywa przewiduje konieczność poddania każdej ofiary przestępstwa tzw. indywidualnej ocenie w celu ustalenia jej szczególnych potrzeb w zakresie ochrony i wsparcia. Ta indywidualna ocena

powinna uwzględnić cechy osobowe ofiary, a jeżeli organ ustali, że ofiara ma szczególne potrzeby i wymaga szczególnego wsparcia, takie środki powinny jej zostać zapewnione od momentu pierwszego kontaktu z organem. Osoby starsze z pewnością takiego wsparcia wymagają – często wśród nich są osoby z pewną ograniczoną sprawnością, które są narażone na powtórny wiktymizację i na trudności z korzystaniem z rozmaitych praw i instytucjonalnych rozwiązań. Powinny one mieć zapewnione takie szczególne wsparcie i myślę, że implementacja tej dyrektywy jest z jednej strony wyzwaniem, a z drugiej – stwarza nadzieję na lepsze zabezpieczenie praw osób starszych.

Dziękuję bardzo za uwagę.

Prof. Artur Nowak-Far
Podsekretarz Stanu
w Ministerstwie Spraw Zagranicznych

UROCZYSTE OTWARCIE WYSTAWY „WSZYSCY RÓWNI – PRAWA CZŁOWIEKA OZAMI DZIECKA”

Szanowna Pani Rzecznik, Państwo Ministrowie, Szanowni Państwo,

1500 odpowiedzi na hasło Ministra Edukacji Narodowej i Ministra Spraw Zagranicznych do dzieci: „Narysujcie to, co jest nie do narysowania, narysujcie ideę abstrakcyjną, ideę, która jest ponadto różnorodna, ideę, która nazywa się prawą podstawowe, prawa człowieka!”. 1500 odpowiedzi, które nadeszły na konkurs „Wszyscy równi – prawa człowieka oczami dziecka”. Wszystkie te zgłoszenia do konkursu dały znakomity rezultat: 1500 pomysłów w większości bardzo twórczych, śmiało dokonujących plastycznej rekonstrukcji idei praw człowieka dokonanej przez najlepszych, najbardziej wrażliwych specjalistów tych praw – dzieci.

Spośród tak wielu zgłoszonych prac udało się wybrać takie prace, które mają zarówno wysoki poziom artystyczny, jak też śmiało i twórczo wyrażają pojęcie praw człowieka. Mam nadzieję, że również Państwo uznacie, że te ujęcia, które nagrodziliśmy, są artystycznie piękne i dojrzałe, pomimo niedużego wieku ich twórców. Jedynie 12 najlepszych prac zostało uznane za najbardziej wartościowe, najlepiej ujmujące zagadnienie praw człowieka i zamieszczonych w specjalnym kalendarzu – wspólnej publikacji Ministerstwa Spraw Zagranicznych i Ministerstwa Edukacji Narodowej. Chwalimy się tym kalendarzem na całym świecie przy każdej okazji wtedy, kiedy dyskutujemy o prawach człowieka. Skoro cały świat się nimi zachwyca, niech również i Państwo dołączą do grona osób, które z tymi przepięknymi i mądrymi pracami się może zapoznać. Życzę miłych wrażeń.

WYSTĄPIENIE PODCZAS VIII SEMINARIUM WARSZAWSKIEGO

Szanowni zgromadzeni, Szanowni Państwo,

Kolejna edycja Seminarium Warszawskiego to dowód na to, jak żywym instrumentem jest Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, instrumentem nieustannie poddawanym interpretacji, znajdującym swoje odzwierciedlenie w rozwijającym się sukcesywnie orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Dodajmy, że sukces Konwencji, sukces praw człowieka, ich stosowania w przestrzeni państwa, jest nie tylko rezultatem wysiłku aparatu państwowego, ale nas wszystkich, również tych osób, które reprezentują środowiska organizacji pozarządowych. Ósma edycja Seminarium Warszawskiego poświęcona jest zagadnieniu równości w dostępie do praw gwarantowanych w systemie Konwencji.

Będziemy mieli okazję rozważyć aktualnie istniejący stan oraz zdiagnozować wyzwania z tego zakresu w gronie znakomitych gości, polskich i zagranicznych przedstawicieli nauki i praktyki, specjalizujących się w tematyce konwencyjnej, którzy przyjęli nasze zaproszenie do wyznaczania ram i nadawania kierunków naszej refleksji w tej dziedzinie, podejmując się ważkiej roli moderatorów i panelistów kolejnej części naszego Seminarium. Z góry im za to serdecznie dziękuję.

Koncentrując nasze rozważania na konwencyjnym zagadnieniu równości, szczególną uwagą chcemy obdarzyć rozwiązania prawne proponowane w ramach Protokołu nr 12 do Konwencji. Przypomnijmy, że celem tego Protokołu jest wprowadzenie do praw i wolności gwarantowanych w Konwencji generalnego zakazu dyskryminacji, który nie będzie uzależniony od stwierdzenia przez Europejski Trybunał Praw Człowieka naruszenia jakiegokolwiek innego przepisu Konwencji, co stanowi krok naprzód w porównaniu ze stwierdzeniem przez Trybunał po prostu naruszenia artykułu 14 Konwencji.

Jak wiemy, artykuł 1 Protokołu 12 wprowadza ogólny zakaz dyskryminacji w korzystaniu z praw i wolności człowieka zagwarantowanych prawem krajowym i międzynarodowym. Nie ulega wątpliwości, że zakres merytoryczny Protokołu jest bardzo szeroki, a ze względu na jego ogólną treść może on mieć zastosowanie w wielu dziedzinach życia społecznego. Pozwolę sobie wskazać, że dotyczy on co najmniej tak fundamentalnych kwestii jak zatrudnienie i sprawy socjalne, prawo rodzinne, dostęp do wymiaru sprawiedliwości, nie zapominając w tym kontekście choćby o prawie jednostki do obrony już na etapie przedsądowym. Kontynuując to wyliczenie dziedzin, na które praktyczny wymiar będzie miał Protokół nr 12, nie możemy zapomnieć o oświacie, opiece zdrowotnej, dostępie do stanowisk

publicznych i służbie wojskowej, możliwości pozyskiwania subsydiów i funduszy publicznych, prawie podatkowym i skarbowym.

Przedstawiłem Państwu szeroki, jak mi nie mam, katalog zagadnień, których mogą dotyczyć postanowienia Protokołu nr 12. Pozwolę sobie przy tym wyrazić przypuszczenie, że rozwiązania wprowadzone przez ten akt będą oddziaływać na jeszcze szerszy krąg spraw istotnych społecznie niż te, które identyfikujemy obecnie. Pogląd taki znajduje potwierdzenie w dotychczasowym orzecnictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, które przecież jest stale przez ten Trybunał rozwijane. Na obecnym etapie zakładamy, że kluczem do skutecznego skorzystania z dodatkowej ochrony, jaką daje właśnie jednostce Protokół nr 12, jest wykorzystanie pełnego potencjału władzy publicznej do dogłębnego przeglądu istniejącego prawodawstwa pod względem zgodności z prawami gwarantowanymi jednostce przez ten Protokół, a następnie nakreślenie planu, nazwijmy go obrazowo, mapą drogową niezbędnych zmian w krajowym porządku prawnym, rozstrzygnięcie o konkretnym kształcie tych zmian i ustalenie realistycznego, a tym samym odpowiedzialnego harmonogramu prac zbliżających nasze krajowe rozwiązania w Polsce do wzorca, jakim jest już dzisiaj Protokół nr 12.

Dla wyrazistego zobrazowania naszej strategii przygotowania się do skorzystania z rozwiązań tego Protokołu, pewnie warto przytoczyć nieco ogólniejsze powiedzenie Henry'ego Thoreau „Prawo nie czyni ludzi wolnymi, to ludzie muszą sprawić, by dało ono wolność”. I tak, pragnąc zapewnić obywatelom jak najszerszą ochronę wynikającą z Protokołu 12, musimy osiągnąć ten wysoki poziom ochrony na gruncie prawa krajowego, co powinno być oczywiście okolicznością wyprzedzającą związanie się Protokołem 12. Musimy również zadbać o właściwe rozumienie, o rozpowszechnienie wiedzy o Protokole 12 i zapewnienie odpowiedniej zmiany wszelkich, właściwych praktyk administracyjnych, praktyk działania Państwa w tym zakresie. Jak pamiętamy, dotychczas z 47 państw członkowskich Rady Europy, Protokół nr 12 podpisało 37 państw, natomiast ratyfikowało go 18, w tym gronie znalazło się 7 państw członkowskich Unii Europejskiej. Nasi dzisiejsi paneliści, jak zapowiadają tytuły ich interesujących wystąpień, zdecydowali się podjąć próbę przekonania nas, dlaczego warto przystąpić do Protokołu nr 12, a także podjęli się wyjaśnienia, dlaczego niektóre z państw jeszcze do tego Protokołu nie przystąpiło. Już z góry ciesząc się z czekającej nas dzisiaj zapowiadającej się szczególnie ciekawie dyskusji, życzę Państwu owocnych obrad.

Sprawmy, by prawo, które przecież nie może uczynić ludzi wolnymi, sprawiło, żeby ludzie podjęli się ważnego zadania sprawienia, by ludzie przez ich własne działania byli coraz bardziej wolni.

Dziękuję Państwu bardzo.

Prof. Mirosław Wyrzykowski
Przedstawiciel Europejskiej Komisji
przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji

1. Przedmiotem seminarium jest zagadnienie równości w dostępie do praw gwarantowanych w systemie Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Równość traktowana jako zasada zasad jest – obok godności i wolności – elementem triady zasad ustrojowych Rzeczypospolitej Polskiej. Ideał równości – na użytek demokracji liberalnej – polega na niwelowaniu nierówności wynikających z „czynników przypadkowych”. Jest to ideał tyleż radykalny, co prosty, co nie jest częstym przypadkiem w sferze refleksji moralnej. Radykalizm ideału polega przede wszystkim na tym, że jego realizacja prowadzić ma do kształtowania społeczeństwa innego aniżeli to, które obserwujemy wokół nas. Prostota ideału wynika z jednej z najbardziej elementarnych intuicji moralnych, a mianowicie przekonaniu, że los człowieka powinien być kształtowany przez niego samego. Te dwie cechy ideału równości stanowiąc będą ramy refleksji przyjmując perspektywę uwzględniającą doświadczenia ponad dwudziestu lat funkcjonowania Komisji Rady Europy do spraw przeciwdziałania rasizmowi i nietolerancji (ECRI). Refleksji, która skoncentrowana będzie na istocie równości, instytucjonalnych gwarancjach równości w kontekście Protokołu 12 do Konwencji Europejskiej oraz wolności słowa konfrontowanej z narastającą falą nienawiści, mowy nienawiści i przestępstw z nienawiści.
2. Człowiek odczuwa wiele potrzeb: bliskości innego człowieka, czułości, miłości, bezpieczeństwa fizycznego, emocjonalnego i materialnego, bezpieczeństwa swego życia i bezpieczeństwa losu. Potrzebuje wolności dla realizacji swoich planów, marzeń, realizacji tychże potrzeb właśnie. Więcej – człowiek potrzebuje szacunku dla jego godności, która jest źródłem wolności i praw, źródłem statusu moralnego, także w wymiarze transcendentnym. Godności, która jest przyrodzona i niezbywalna, w obliczu której wszyscy są równi, bowiem równość w godności jest jedyną absolutną równością. To jest aksjomat dotyczący identycznej godności każdej osoby, niezależnie od tego, w jakim kręgu

kulturowym osoba się urodziła, żyje i funkcjonuje. Człowiek potrzebuje sprawiedliwości jako sensu relacji międzyludzkich, grupowych i indywidualnych.

Wreszcie – człowiek potrzebuje poczucia równości. Równość jest pojęciem kontekstowym, wymaga odpowiedniego punktu odniesienia czy punktu przyłożenia. Wszak trudność związana z rozumieniem równości związana jest przede wszystkim z tym właśnie kontekstowym jego charakterem. Tyle że kontekstowość zobowiązuje do szczególnie starannego doboru przyjmowanych kryteriów oceny. Bowiem kontekstowość jest zaprzeczeniem dowolności, uznaniowości, zaprzeczeniem sytuacji, w której kryteria ustalane są arbitralnie.

3. Konstytucja RP gwarantuje prawo do równego traktowania, rozumiane jako równość w prawie i równość wobec prawa. Tylko dla przypomnienia: równość w prawie – dotyczy procesu stanowienia prawa, tak by normy prawne nie prowadziły do nieuzasadnionego faworyzowania bądź gorszego traktowania jej adresatów. Chodzi o to, by status prawny i faktyczny członków społeczeństwa był najmniej nierówny, w największym możliwym stopniu równy. Natomiast równość wobec prawa dotyczy procesu interpretacji i stosowania norm w odniesieniu do jednostek.
4. Refleksji konstytucyjnej towarzyszy nawiązanie do klasyki filozofii, do Arystotelesa i do jego następców: zasada równości polega na tym, że wszystkie podmioty prawa charakteryzujące się daną cechą istotną w równym stopniu, powinny być traktowane równo, tzn. bez różnicowań zarówno faworyzujących jak i dyskryminujących. Zarazem zakłada to odmienne traktowanie tych podmiotów, które nie posiadają cechy wspólnej.

Pytanie najtrudniejsze – i najważniejsze – brzmi: czy porównywane podmioty rzeczywiście są tożsame lub przynajmniej tak zasadniczo podobne, że należy stosować test równości.

Odpowiedź na to pytanie jest udzielana przez podmioty władzy publicznej, każdy w zakresie własnej kompetencji. Także przez sądownictwo, tyle że z zastosowaniem dość ubogiego metodologicznie i merytorycznie testu poprawności kwalifikacji owych podmiotów. Zbyt często dokonywana jest intuicyjnie. I nie usprawiedliwia tego stanu rzeczy naturalny element procesu oceny, a mianowicie, że ocena ta dokonywana jest zawsze *ad casum*.

W każdym zarazem przypadku wszelkie odstępstwo od nakazu równego traktowania podmiotów podobnych musi zawsze znajdować podstawę w odpowiednio przekonujących argumentach (triada argumentacyjna), a mianowicie: 1. argumenty muszą pozostawać w bezpośrednim związku z celem i zasadniczą treścią przepisów, w których zawarta jest kontrolowana norma i służyć realizacji tego

celu i treści – kryterium nie może mieć cech dowolności; 2. argumenty muszą uwzględniać test proporcjonalności, wreszcie: 3. argumenty muszą być w możliwie pełnej koherencji z pozostałymi, wchodzącymi w grę, wartościami, regułami czy zasadami konstytucyjnymi.

5. Te zasady i reguły są powszechnie akceptowane w europejskiej przestrzeni konstytucyjnej. Zakotwiczone są w najważniejszych normach prawa krajowego i międzynarodowego. Źródłami zasad równości i niedyskryminacji są konstytucje, uniwersalne regulacje dotyczące praw człowieka oraz międzynarodowe regulacje o charakterze regionalnym. Regulacje regionalne to przede wszystkim Konwencja Europejska, zasady pierwotnego prawa UE i Karta Praw Podstawowych UE, tradycje konstytucyjne państw członkowskich UE, wreszcie unijne prawo pochodne, a szczególnie dyrektywy równościowe.
6. Europejski porządek prawny i krajowe porządki prawne zawierają mechanizmy i gwarancje realizacji zasady równości i zakazu dyskryminacji, zarówno na płaszczyźnie stanowienia prawa, jak i jego stosowania. W perspektywie Konwencji Europejskiej najważniejszą rolę odgrywa orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Ważnym uzupełnieniem owego mechanizmu jest działalność Europejskiej Komisji Przeciwdziałania Rasizmowi i Nietolerancji (dalej: ECRI lub Komisja)).

Przypomnijmy zatem, że ECRI jest powołanym w 1993 r. organem Rady Europy, w skład którego wchodzi niezależni eksperci, a jej zadaniem jest monitorowanie zjawisk rasizmu, ksenofobii, antysemityzmu, nietolerancji i dyskryminacji ze względu na „rasę”, pochodzenie narodowe lub etniczne, kolor skóry, obywatelstwo, religię i język (dyskryminacja rasowa).

Mandat Komisji obejmuje przegląd ustawodawstwa państw członkowskich Rady Europy, polityk i innych mechanizmów walki z rasizmem, dyskryminacją rasową, ksenofobią, antysemityzmem i nietolerancją, a także ocena skuteczności przyjętych mechanizmów; proponowanie innych działań na poziomie lokalnym, narodowym i europejskim; formułowanie ogólnych rekomendacji dotyczących poszczególnych zagadnień wchodzących w zakres mandatu Komisji oraz podejmowanie analiz i studiów tych instrumentów prawa międzynarodowego, które mają zastosowanie w celu wzmocnienia realizacji zadań Komisji. W rozumieniu Zalecenia nr 7 Polityki Ogólnej ECRI (GPR No 7) rasizm jest rozumiany jako przekonanie, że podstawa (źródło) jakim jest „rasa”, kolor skóry, język, religia, narodowość albo pochodzenie narodowe lub etniczne usprawiedliwia pogardę wobec osoby lub grupy osób albo górowanie osoby lub grupy osób. Natomiast dyskryminacja rasowa każdym, nie mającym obiektywnego i rozsądnego uzasad-

nienia, zróżnicowaniem mającym źródło w „rasie”, kolorze skóry, języku, religii, narodowości albo pochodzeniu narodowym lub etnicznym.

Komisja przedstawia państwom – członkom Rady Europy praktyczne, konkretne wskazówki podejścia do kwestii rasizmu i nietolerancji w danym państwie. W tym celu Komisja analizuje prawne podstawy walki z rasizmem i dyskryminacją rasową i ich praktyczne stosowanie, funkcjonowanie niezależnych instytucji i organów powołanych dla udzielania pomocy ofiarom rasizmu i nietolerancji, oceny sytuacji grup zagrożonych (grup narażonych na zachowania rasistowskie i nietolerancję) w poszczególnych sferach życia (edukacja, zatrudnienie, mieszkalnictwo, dostęp do dóbr i usług) oraz oceny atmosfery i charakteru debaty politycznej i dyskursu publicznego dotyczącego grup zagrożonych i osób należących do tych grup. W celu realizacji tych zadań ECRI koncentruje swoją aktywność na monitorowaniu sytuacji w poszczególnych państwach; podejmowaniu prac nad ogólnymi zagadnieniami, co przybiera formę Zaleceń ogólnych (General Policy Recommendation) oraz współpracy z organizacjami społeczeństwa obywatelskiego i wyspecjalizowanymi organami i instytucjami państwowymi i samorządowymi.

7. ECRI realizuje swój mandat biorąc pod uwagę wszystkie wolności i prawa określone w Konwencji Europejskiej oraz wszystkie sytuacje, w których występują zjawiska szeroko rozumianego rasizmu i szeroko rozumianej nietolerancji. Lista podstaw (kryteriów) zachowań rasistowskich i lista źródeł, form zjawiskowych i intensywności są otwarte i obejmować mogą zjawiska występujące we wszystkich sferach życia jednostek i grup zagrożonych. Komisja analizuje wszystkie widoczne i ukrywane formy zjawiskowe rasizmu i nietolerancji, jak również wszystkie zauważalne konsekwencje i skutki tych zjawisk. Zawsze wszak chodzi o grupy będące mniejszością w danym społeczeństwie, a przez to zawsze znajdujące się w sytuacji słabszej wobec większości. Obok grup zagrożonych tradycyjnie narażonych na dyskryminację i nietolerancję Komisja analizuje w ostatnich latach sytuację wyznawców islamu, Romów, osób homoseksualnych, transeksualnych i transpłciowych czy azylantów.
8. ECRI jako podmiot kontrolujący regulacje normatywne i praktykę stosowania przepisów mających na celu walkę z wszelkim przejawami i skutkami rasizmu i nietolerancji jest wyposażony – w odróżnieniu np. od mechanizmu sądowego ETPCz – w dość wiotkie instrumenty reakcji i egzekucji. Doświadczenie wskazuje, że rekomendacje i zalecenia zawarte w raportach dotyczących sytuacji w poszczególnych państwach Rady Europy, przygotowywane w cyklu pięcioletnim, w wielu przypadkach realizowane są z opóźnieniem, częściowo lub w ogóle nie są realizowane. Odpowiedzi rządów i instytucji publicznych

poszczególnych państw są pochodną poczucia ich odpowiedzialności wobec zobowiązań międzynarodowych, przyzwoitości, wrażliwości i gotowości uznania wagi, znaczenia i konsekwencji zjawisk rasistowskich i nietolerancji w danym państwie. Skuteczność działań ECRI jest pochodną wielu czynników, do których zaliczyć trzeba zarówno organizacyjne i finansowe możliwości danego państwa, jak i stan świadomości i poziom wrażliwości osób pełniących funkcje publiczne, także merytorycznej, społecznej i humanitarnej kompetencji. Przeciwdziałanie rasizmowi, dyskryminacji i nietolerancji może być i zwykle jest obciążone poważnymi kosztami, tyle że zaniechania dotyczące tych negatywnych zjawisk także są – zarówno w krótkiej, jak i długiej perspektywie – bardzo kosztowne.

9. Wskazane zostały dwa podstawowe instrumenty oddziaływania ECRI na państwa członkowskie, a mianowicie monitoring sytuacji w poszczególnych państwach i publikowane jako rezultat misji raporty krajowe oraz Zalecenia Ogólne (GPR).

Raporty krajowe, opracowywane co pięć lat w ramach poszczególnych cykli ocennych, stanowią najpełniejszy obraz źródeł deficytów systemu prawa i praktyki organów władzy publicznej w zakresie przeciwdziałania rasizmowi, dyskryminacji i nietolerancji. Raporty są nie tylko statycznym opisem stanu prawnego i rzeczywistości danego społeczeństwa i państwa, ale stanowią wielowymiarowy punkt odniesienia w społeczności międzynarodowej.

Po pierwsze, biorąc pod uwagę wypracowaną metodologię przygotowywania raportu, jest on miarodajnym dokumentem uwzględniającym perspektywę rze- czonych, organizacji pozarządowych, organów władzy publicznej (rządowej i samorządowej), organów stojących na straży wolności i praw jednostki w danym państwie, wreszcie minimalnych standardów praw człowieka zawartych w Konwencji Europejskiej i orzecznictwie ETPCz. Po drugie, ustalenia zawarte w rapor- tach krajowych są elementem procesu ustalania faktów naruszenia prawa w po- stępowaniu przed ETPCz i stanowią przez to element mechanizmu orzekania sądowego. Po trzecie, w tym kontekście podkreślić należy, że ECRI wykorzystuje orzecznictwo ETPCz, zarówno w kontekście oceny sytuacji w danym państwie, jak i w kontekście wpływu orzecznictwa Trybunału na stan prawny i sytuację faktyczną (standard) we wszystkich państwach podlegających monitoringowi. Po czwarte, doświadczenia, niestety powtarzalne, wielu państw, a w istocie całej spo- łeczności europejskiej, odzwierciedlone w raportach krajowych, stanowią podsta- wę dla przygotowania Zaleceń ogólnych.

10. Przedmiotem analizy i oceny w ramach trwającego piątego cyklu monitoringu (2013-2018) poszczególnych państw członkowskich RE są następujące, wspólne dla wszystkich państw, zagadnienia: regulacje normatywne dotyczące przeciwdziałaniu rasizmowi, dyskryminacji i nietolerancji; mowa nienawiści; przemoc i akty przemocy na tle rasistowskim oraz polityki integracyjne. Oprócz wskazanych czterech zagadnień ECRI monitoruje ponadto problemy specyficzne dla poszczególnych państw, ze szczególnym uwzględnieniem, jeżeli jest to zagadnienie występujące w danym państwie, dyskryminacji i przemocy wobec osób należących do grupy LGTB. W zakresie regulacji normatywnych dotyczących przeciwdziałania rasizmowi, dyskryminacji i nietolerancji szczególna uwaga zwrócona jest na kwestię ratyfikacji Protokołu 12 do Konwencji Europejskiej jako instrumentu zwalczania dyskryminacji.

W istocie Protokół 12 zawiera generalny zakaz dyskryminacji stanowiąc, że korzystanie z każdego prawa przewidzianego w prawie powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikających z takich powodów jak płeć, rasa, kolor skóry, język, przekonanie polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie lub z jakichkolwiek innych przyczyn. Nikt nie może być dyskryminowany przez jakiegokolwiek władze publiczne z którychkolwiek wskazanych powodów.

ECRI apeluje w każdym wypadku, w którym państwo nie podpisało/ ratyfikowało Protokołu 12 o jak najszybsze związanie się Protokołem. Dotyczy to również Polski, która nie podpisała Protokołu. Nie zostaje spełniona ustrojowa obietnica pełnego urzeczywistnienia zasad równości i niedyskryminacji ze względu na przeszkody i trudności o charakterze kulturowym i „mentalnym”. Równość jest bowiem także testem na postawy polityczne, kulturowe, mentalne, moralne i obywatelskie. Od wielu lat trwa dyskusja w istocie nad nieratyfikowaniem Protokołu 12. Prace analityczne dotyczące regulacji normatywnej w poszczególnych sferach życia społecznego i gospodarczego pokazują, jak zróżnicowany jest ów stan regulacji prawnej z perspektywy zasady równości.

Jakie argumenty mają przemawiać za nieratyfikowaniem Protokołu? Po pierwsze, obawa, że system prawa polskiego zawiera zbyt wiele norm naruszających zasadę równości. Zatem należałoby najpierw dokonać stosownej nowelizacji obowiązujących norm, potem ratyfikować Protokół 12. Ale przykłady, które miałyby uniemożliwiać ratyfikację, wskazują zarazem zawstydzającą świadomość najwyższej niestosowności obowiązywania takich norm w 2015 r. Chociażby taki przykład, że oto żołnierze zawodowi posiadający niepełnosprawnych członków rodziny nie mają – w odróżnieniu od cywilów – prawa do dodatkowej powierzchni mieszkaniowej, czy przykład zróżnicowania wysokości świadczenia na pokrycie

kosztów utrzymania dziecka w zależności od rodzaju rodziny zastępczej, w której umieszczone jest dziecko (rodziny zastępcze spokrewnione v. inne typy rodzin zastępczych).

Po drugie, obawa, że ratyfikacja spowodować może rozszerzenie kognicji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka – przez praktykę orzecniczą – na prawa socjalne. Tyle że brzmienie Protokołu 12 w pełni zbieżne jest z brzmieniem art. 32 i 33 Konstytucji RP. Czy zatem godzimy się na konstytucyjnie niedopuszczalne nierówności, także w sferze praw socjalnych, dlatego, że nie ma skutecznego wewnątrzpaństwowego mechanizmu kontroli równości? Czy uzasadniona jest obawa, w świetle dotychczasowej praktyki ETPCz że sąd strasburski będzie wyznaczał Polsce nieuzasadnienie wysoki standard równości? W tym kontekście warto przypomnieć sobie dyskusję przed przystąpieniem Polski do Konwencji Europejskiej na początku lat 90., (opłakany) stan systemu prawa polskiego z punktu widzenia standardów strasburskich i ówczesne nadzieje, szczęśliwie spełnione, jakie były związane z wymuszaniem zmiany prawa przez czynnik zewnętrzny, jakim były konsekwencje faktu członkostwa Polski w systemie Rady Europy. No i przypomnijmy sobie dyskusję w związku z protokołem 30 do Traktatu Lizbońskiego (protokołu brytyjsko-polskiego). Jakżeż fałszywe były, od samego początku, przesłanki mające uzasadnić intencje opt-out wobec Karty Praw Podstawowych, bo przecież nie tylko w zakresie rozdziału IV Karty „Solidarność”. Nie jest zaskoczeniem podobna argumentacja w sprawie Protokołu 12 jak było to w przypadku protokołu polsko-brytyjskiego, że tym razem Trybunał Strasburski wykroczy poza zakres swojej kompetencji (jak miał to zrobić ETS), bo zasada równości doprowadzi, poprzez judykaty, do konieczności pełnego wyeliminowania dyskryminacji np. poprzez instytucjonalizację związków partnerskich.

Fobie, ubrane w pozór racjonalności, są trwałe. Mają swoje źródła w fałszywej świadomości, determinowanej uprzedzeniami, przesądami, dogmatami, wierzeniami. Ale przecież opór wobec protokołu 12 jest substytutem jawnego oporu wobec brzmienia i funkcji art. 32 i art. 33 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Ten opór – i upór – wyraził się równie jaskrawo przy opracowywaniu tzw. ustawy równościowej z 2010 r. Uchwalenie ustawy, jak wiemy – kulawej, było wymuszone grozącymi sankcjami finansowymi ze strony Unii Europejskiej. Czy strach przed sankcjami ma być rzeczywiście najważniejszym, by nie powiedzieć – jedynym czynnikiem kształtującym świadomość konstytucyjną i kulturę konstytucyjną? Czy determinizm konstytucyjny ma być pochodną zawartości sakiewki? Czy można godzić się na to, by za stan nierówności i dyskryminacji płacić jeszcze dodatkowo fałszywą walutą pozoru wykonywania zobowiązań międzynarodowych?

Zastanawiać musi dlaczego tak niską wartość dla przeciwników popisania Protokołu 12 – w tym kontekście – mają argumenty o pozytywnym wpływie ratyfikacji tego instrumentu na umocnienie realizacji konstytucyjnej zasady równości; wzmocnienie gwarancji ochrony przed dyskryminacją, w tym gwarancji równego dostępu do praw społecznych i kulturalnych osób narażonych na dyskryminację, zapewnienie ochrony w sytuacji nieratyfikowania przez Polskę szeregu instrumentów międzynarodowych ustanawiających mechanizmy skargowe, czy też zapewnienie ochrony osobom pozostawionym poza zakresem ustawy równościowej w tych obszarach, które obecnie wykraczają poza zakres Konwencji.

11. Innym problemem jest, będąca przedmiotem seminarium – podobnie jak Protokół 12 – problematyka mowy nienawiści i przestępstw z nienawiści. Paradoksem jest, że posługując się pojęciem „mowa nienawiści” napotykamy na trudności znalezienia powszechnie akceptowanej definicji tego pojęcia. Nie oznacza to, że nie potrafimy opisać i ocenić konkretnego zjawiska jako mowa nienawiści. Możliwość opisu i oceny mowy nienawiści jest rezultatem stosowania kryteriów przyjętych we współczesnych społeczeństwach demokratycznych.
12. Analiza zarówno ustaleń nauk społecznych i humanistycznych, jak i norm prawa międzynarodowego i wewnętrznego (włącznie z orzecznictwem sądowym i refleksją nauki prawa) prowadzi do następujących konkluzji. Mowa nienawiści jest wypowiedzią, której charakter nie ma ograniczeń: może mieć charakter ustny, pisemny, symboliczny (gest), performatywny. Mowa nienawiści może mieć swój wyraz w każdej formie wypowiedzi jak i w każdej formie przekazu, włączając w to w szczególności, ze względu na siłę i zakres oddziaływania, przekaz elektroniczny (internet).

Adresatem mowy nienawiści jest jednostka lub grupa. Adresat ten definiowany jest – także wówczas, gdy pozornie wypowiedź ma charakter pozornie neutralny lub wręcz pozornie życzliwy – jako wróg. Tyle, że ów „wróg” jest zazwyczaj psychicznie bezbronny, łatwo identyfikowalny zarówno w przestrzeni lokalnej jak i ponadlokalnej, rozpoznawalny wizerunkowo lub sytuacyjnie, pozbawiony efektywnej ochrony ze strony zarówno społeczności lokalnej, jak i organów władzy publicznej. Jest adresatem zniewag wyrażanych w najbardziej wulgarnych słowach oraz jest obiektem nawoływania do przemocy psychicznej i fizycznej.

Mowa nienawiści wyraża się w języku nienawiści jako języku szczególnie obraźliwym, pogardliwym, lżącym, oskarżającym, wyszydzającym, poniżającym i godzącym w dobra osobiste drugiej osoby lub grupy. Mowa nienawiści generalizuje stereotypy lub przypisuje osobie lub grupie cechy oceniane negatywnie i re-

alizuje jednocześnie dwa cele: godzi w fundament godności człowieka i zarazem wzmacnia wrogość wobec tych osób lub grup.

Dobra naruszane mową nienawiści to psychiczna i fizyczna integralność jednostki, jej godność, miejsce w społeczeństwie, prestiż i autorytet. Oprócz dóbr osobistych naruszane są dobra powszechnie uznawane za wartości konstytucyjnie chronione, tworzące dobro publiczne, przykładowo: godność, równość, zakaz dyskryminacji, uczestnictwo w życiu publicznym, wolność słowa, wolność zgromadzeń czy wolność religijna. Istnieje oczywista zależność między skalą mowy nienawiści a poziomem naruszania dóbr konstytucyjnie chronionych.

Kryterium wyróżnienia jednostki lub grupy jako adresatów mowy nienawiści jest – w szczególności – rasa, pochodzenie etniczne, narodowe, religia, język, płeć, wiek, niepełnosprawność, cechy zewnętrzne, orientacja seksualna i tożsamość płciowa, status społeczny czy przekonania polityczne.

Dodatkowo wskazać należy inne formy nienawiści oparte na nietolerancji, włączając w to nietolerancję wyrażaną w formie ksenofobii, agresywnego nacjonalizmu lub etnocentryzmu, dyskryminacji lub wrogości wobec mniejszości, migrantów i imigrantów lub osób wywodzących się ze społeczności imigrantów.

Celem, funkcją i efektem mowy nienawiści jest wyrażanie uczuć silnej niechęci lub wręcz wrogości wobec drugiej osoby i/lub grupy, zastraszanie, groźnie, poniżanie, obrażanie, utrwalanie stereotypów, w rezultacie wykluczenie, dyskryminacja, a w skrajnych (coraz częściej występujących przypadkach), przemoc fizyczna, włącznie z pozbawianiem życia adresatów mowy nienawiści. Zawsze mowa nienawiści ma formę ataku.

Pierwsze regulacje międzynarodowe dotyczące rasizmu, antysemityzmu, ksenofobii i innych zjawisk będących konsekwencją nietolerancji, w ślad za nią mowy nienawiści, sięgają początków nowego ładu politycznego ukształtowanego po zakończeniu II wojny światowej. W kolejnych dziesięcioleciach społeczność międzynarodowa zobowiązała się – w skali globalnej i regionalnej, a także narodowej – do zwalczania i przeciwdziałania mowie nienawiści. Obserwacja analizowanego zjawiska prowadzi do deprymującego wniosku: starania związane z walką z mową nienawiści są coraz intensywniejsze, bowiem nienawiść i mowa nienawiści oraz jej skutki, dramatycznie zmieniają kondycję ludzkości. Obowiązujące instrumenty prawne, narodowe i międzynarodowe mają ograniczoną skuteczność. Narasta świadomość konieczności zintensyfikowania stosowania innych niż prawne instrumentów kształtowania świadomości i umysłów ludzkich. Nienawiść i mowa nienawiści jest zjawiskiem złożonym, ze względu na swoje źródła i ze względu na wielowymiarowe skutki i taka właśnie złożona i wielowymiarowa musi być odpowiedź społeczeństw. To jest na nowo definiowane zadanie władz publicznych

w sferze przede wszystkim edukacji, polityki, instrumentów kształtowania postaw tolerancji i tworzenia przestrzeni wolnej od nienawiści i mowy nienawiści.

Projektowane Zalecenie ogólne, przygotowywane przez ECRI, odpowiadać ma na fundamentalne pytania o źródła mowy nienawiści, skutki rozprzestrzeniania się tego zjawiska, szczególnie z zastosowaniem nowoczesnych technik informatycznych (internet) oraz remediów o charakterze edukacyjnym, organizacyjnym, prawnym i pozaprawnym.

13. Wskazane zostały dwa przykłady aktywności ECRI. Analizując szczegółowo zarówno raporty krajowe opracowane w ramach procedury monitoringu, jak i postanowienia przyjętych już piętnastu Zaleceń ogólnych można stwierdzić, że wiedza o istocie zasady równości i zakazie dyskryminacji wynika z podstawowych założeń filozoficznych, etycznych i aksjologicznych, jest uporządkowana, zobiektywizowana i ugruntowana zarówno w sferze normatywnej, orzeczniczej jak i doktrynalnej. Zróżnicowany jest jednak poziom jej przyswojenia i internalizacji. Wysokiemu poziomowi wrażliwości osób i instytucji działających w sferze pozarządowej nie odpowiada w wystarczającym stopniu wiedza i wrażliwość funkcjonariuszy aparatu państwowego, zarówno w sferze legislacji i sferze władzy wykonawczej, jak i w sferze wymiaru sprawiedliwości. Doświadczenie ECRI dowodzi zarazem wysokiego poziomu złożoności i skomplikowania materii równościowej. Błędem byłoby oczekiwanie prostych recept, podobnie jak błędem jest niewykorzystywanie dorobku normatywnego, orzeczniczego i dobrych praktyk realizowanych już to w poszczególnych państwach, już to w poszczególnych dziedzinach życia.

PANEL I

Moderator: David Milner
Dyrektoriat ds. Praw Człowieka i Praworządności,
Rada Europy

Szanowni Państwo!

Jako pracownik Rady Europy chciałbym otworzyć pierwszy panel seminarium, przedstawiając pokrótce jego główny temat: Protokół nr 12 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, otwarty do podpisu przez państwa członkowskie Rady Europy dnia 4 listopada 2000 roku.

Zasadniczo Protokół nr 12 ma zrekompenzować ograniczenie ochrony wprowadzone w art. 14 Konwencji, który ma zastosowanie jedynie do dyskryminacji w korzystaniu z praw określonych w Konwencji.

Choć działalność Komitetu Sterującego ds. Praw Człowieka opiera się na inicjatywach w zakresie równości kobiet i mężczyzn oraz dyskryminacji rasowej, organ ten – mając na uwadze powszechny charakter praw człowieka – postanowił nie przyjmować podejścia „sektorowego”. W art. 1 protokołu wyliczono powody dyskryminacji objęte zakazem, lista ta nie jest jednak wyczerpująca, gdyż zakazany jest każdy rodzaj dyskryminacji.

Ponieważ nierozłączne zasady równości i niedyskryminacji stanowią podstawowe przesłanki praw człowieka, można by oczekiwać szybkiego przyjęcia instrumentu wzmocniającego ich ochronę prawną.

A jednak, choć protokół wszedł w życie dnia 1 kwietnia 2005 roku, jedynie 18 z 47 państw członkowskich do tej pory go ratyfikowało, zaś 19 państw podpisało go bez ratyfikacji, przy czym 16 z nich dokonało tego w dniu, w którym dokument otwarto do podpisu, czyli 14 lat temu.

Wydaje się to zaskakujące, jak na instrument ustanawiający jedną z podstawowych zasad praw człowieka, a zarazem oparty na zrównoważonym i starannie ukierunkowanym podejściu.

W sprawozdaniu wyjaśniającym do protokołu wyraźnie stwierdzono, że „nie każde wyróżnienie lub odmienne traktowanie stanowi dyskryminację” oraz że „odmienne traktowanie stanowi dyskryminację, jeżeli »nie istnieje [jego] obiektywne i racjonalne uzasadnienie«”. Dany środek musi realizować „uzasadniony cel”, a różnica w traktowaniu musi być proporcjonalna do realizowanego celu.

W kwestii oceny proporcjonalności państwom pozostawiono pewien margines swobody, który podlega nadzorowi Trybunału.

Ponadto protokół celowo ma zastosowanie wyłącznie do stosunków między osobami prywatnymi, czyli do tzw. pośrednich skutków poziomych. Przewidziano, że dokument ten będzie się stosować „co najwyżej” do stosunków w sferze publicznej, które są uregulowane przez prawo i za które państwo ponosi określoną odpowiedzialność. Sprawy czysto prywatne wyraźnie wyłączono z zakresu stosowania protokołu.

W sprawozdaniu wyjaśniającym określono rodzaje działalności, które mają być objęte zakresem protokołu. Chodzi tu na przykład o korzystanie z prawa wzdług własnego uznania w takich kwestiach, jak „przyznawanie niektórych dotacji”, a także o inne działania (lub zaniechania), na przykład związane z „zachowaniem funkcjonariuszy organów ścigania podczas kontrolowania zamieszek”. Można więc uznać, że zakres stosowania protokołu jest szeroki. Czy mogą jednak być dopuszczalne sytuacje, w których to organy państwowe są winne dyskryminacji podczas takich działań, i czy nie powinno się zadbać o ochronę prawną przed takimi działaniami przede wszystkim na poziomie krajowym?

Niektóre państwa członkowskie odłożyły decyzję o ratyfikacji protokołu do czasu jego wejścia w życie i powstania orzecznictwa Trybunału w zakresie jego stosowania.

Protokół obowiązuje od dziewięciu i pół roku co najmniej w stosunku do dziesięciu państw członkowskich. Mimo to Trybunał wydał do tej pory tylko cztery wyroki w sprawach wszczętych na jego podstawie. Przez ten czas dziesiątki skarg uznał za niedopuszczalne. Takie podejście można określić jako ostrożne.

W przypadku państw członkowskich Unii Europejskiej nastąpił szereg znaczących zmian, odkąd Protokół nr 12 otwarto do podpisu. Artykuł 21 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej, który zakazuje „wszelkiej dyskryminacji”, jest wiążący dla państw członkowskich UE wdrażających prawo unijne od czasu wejścia w życie Traktatu z Lizbony pod koniec 2009 roku. Mimo że wniosek Komisji Europejskiej dotyczący „horyzontalnej dyrektywy antydyskryminacyjnej” wciąż jest rozpatrywany, od 2002 roku Unia z powodzeniem wprowadziła kilka innych dyrektyw antydyskryminacyjnych.

Jeszcze ważniejszą kwestią może być jednak fakt, że przejawy rasizmu, nietolerancji i ksenofobii, a także wynikająca z nich dyskryminacja nie tylko wciąż istnieją w Europie, ale w wielu jej miejscach stają się wręcz coraz bardziej powszechne. Niezależnie od przyczyny tego stanu rzeczy rządy muszą wykazać, że są przywiązane do zasad równości i niedyskryminacji oraz podjąć konkretne działania, aby wzmocnić ochronę prawną, między innymi poprzez ratyfikację i skuteczne wdro-

żenie Protokołu nr 12. Dopóki większość nie zaakceptuje statusu mniejszości, dopóty prawa człowieka nie będą w pełni przestrzegane.

Nie chcę jednak zabierać czasu naszym panelistom. Pani Štefica Stažnik, Pełnomocnik Rządu chorwackiego do Spraw Postępowania przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka, za chwilę wyjaśni nam, dlaczego warto – tak jak Chorwacja – przystąpić do Protokołu nr 12 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, natomiast Pani Louise Holck, Zastępca Dyrektora w Duńskim Instytucie Praw Człowieka, przedstawi powody, dla których Dania postąpiła odwrotnie.

Najpierw jednak dr Łukasz Jurczyszyn z Uniwersytetu Warszawskiego przeanalizuje potencjał dla postaw dyskryminacyjnych w Polsce oraz skłonność Polaków do potępiania mniejszości społecznych i etnicznych. Panie doktorze, oddaję Panu głos.

Dr Łukasz Jurczyszyn
Centrum Badania Solidarności i Ruchów Społecznych IS UW,
Centrum Analizy i Interwencji Socjologicznych w Paryżu

Potencjał dla postaw dyskryminacyjnych. Skłonność Polaków do potępiania mniejszości społecznych i etnicznych

Szanowni Państwo, chciałbym przede wszystkim pogratulować zorganizowania Seminarium na tak fundamentalny temat. Chciałbym również podziękować serdecznie za zaproszenie, za możliwość zaprezentowania dzisiaj Państwu wyników badań terenowych, w których uczestniczyłem. Dzisiaj mam zaszczyt zastąpić profesora Ireneusza Krzemińskiego, który kieruje Centrum Badania Solidarności i Ruchów Społecznych w Instytucie Socjologii UW, którego jestem członkiem. Profesor z powodu innych obowiązków akademickich, niestety nie mógł dzisiaj się pojawić. Uważam na początku za kluczowe, aby podkreślić, że chociaż w swoim wystąpieniu skupię się na Polsce, będę się również odwoływał do przykładów badań zagranicznych, w których uczestniczyłem. Podejście takie zgodne jest z postulatem, który jest mi bardzo bliski, socjologa niemieckiego Ulricha Becka, wedle którego w czasie galopującej globalizacji nie można uprawiać tak zwanego nacjonalizmu metodolicznego i należy wychodzić analitycznie poza kadr jednego tylko państwa narodowego i włączyć do analizy inne państwa. Precyzując, zajmuję się badawczo tematyką dyskryminacji, głównie na tle etnicznym, rasowym oraz skrajnym nacjonalizmem na przykładzie społeczeństwa polskiego, francuskiego oraz rosyjskiego. Szczególnie w kontekście dyskryminacji rasowej mogę dzięki temu porównywać tendencje w społeczeństwie, gdzie mniejszość etniczna jest tak niewielka – takim krajem jest Polska, około 2% – z przykładem Francji, gdzie mniejszości stanowią już 11% populacji i kontekst rosyjski, gdzie mniejszości etniczne i narodowe stanowią 20% populacji. Ma to olbrzymie znaczenie pod kątem badania potencjału postaw i praktyk dyskryminacyjnych wobec mniejszości etnicznych. Szczególnie na przykład w naszym kraju, gdzie fizyczny i mentalny, codzienny kontakt z innym jest zdecydowanie ograniczony, w przeciwieństwie do na przykład Rosji, gdzie jest wysoki potencjał rasizmu i nacjonalizmu; w Rosji Centrum Lewada podaje, że

ponad połowa Rosjan popiera slogan „Rosja tylko dla Rosjan”. Dziś to może być jeszcze popularniejsza postawa i taki potencjał, który obserwuje się w Polsce, znajduje ujście na co dzień, między innymi na ulicach miast.

Uczestniczyłem w trzyletnim projekcie „Zrozumieć przemoc w Rosji” realizowanym przez Centrum Badań Wschodnich CNRSu francuskiego, w ramach którego właśnie badałem tę najbardziej radykalną formę dyskryminacji, jaką jest przemoc rasistowska. Dodatkowo jeszcze, przemoc policyjna. Niestety – w Polsce, chociaż nie w takim stopniu jak w Rosji, występuje taka najbardziej radykalna forma dyskryminacji. W polskim kontekście miałem okazję badać pogromy antyromskie w Brzegu w województwie opolskim w 2008 roku, gdzie bardzo istotną rolę odgrywał obóz narodowo-radykalny „Lokalna Brygada”, która zresztą uczestniczyła w badaniu, gdzie dochodziło do bójek między częścią młodych mieszkańców Brzegu a częścią populacji romskiej. Skończyło się to rzucaniem koktajlami mołotowa w kierunku mieszkania Romów, gdzie zachodziło ryzyko zagrożenia śmiercią 9 osób, które się znajdowały w tym mieszkaniu. Aczkolwiek podkreślam, że w Polsce przykładów na przemoc rasistowską jest o wiele mniej.

Pokażę Państwu zdjęcia właśnie z Brzegu, z przystanku, zdjęcia z terenu: „strefa wolna od cygaństwa”, napis na ścianie: „Cyganie w Anglii ich nie chcą, w Brzegu też”. Było to związane z faktem, że populacja romska bardzo często wracała już z emigracji do swojego rodzinnego Brzegu. We Francji natomiast specjaliści wyróżniają coraz powszechniejsze występowanie tak zwanej dyskryminacji kulturowej, która jest bardzo bliska tego, o czym profesor Wyrzykowski mówił dotykając kwestii bardzo subtelnych form dyskryminacji.

Wykluczenie kulturowe, to marginalizacja nie ze względu na właściwości biologiczne czy społecznie, ale kulturowe. We Francji odnosi się to szczególnie do mniejszości arabskiej i muzułmańskiej. Mówiąc wprost, odrzucam Twoją kulturę, którą reprezentujesz, ponieważ nie jest kompatybilna z kulturą uznawaną przez większość społeczeństwa. Prowadziłem siedmioletnie badania zamieszek wybuchających od kilkunastu lat na przedmieściach dużych francuskich miast, dokonywanych przez obywateli Francji o korzeniach imigranckich, będących obiektem praktyk dyskryminacyjnych, społecznych, kulturowych i rasowych. Te również bardzo radykalne formy dyskryminacji zachodzą w strefach miejskich, które nazywane są strefami wrażliwymi, gdzie występuje bezrobocie na poziomie 40, 50, a nawet 60% i gdzie praktycznie już nie mieszkają tak zwani Francuzi korzenni.

Wracając natomiast do naszych polskich spraw, bardzo ciekawych ilustracji potencjału dyskryminacyjnego dostarczają badania prowadzone na grupie reprezentatywnej prowadzonej przez profesora Krzemińskiego. Antysemityzm, ksenofobia, stereotypy narodowe, które to badanie odbyło się już w trzech odsłonach. Na początku lat 90. – w 1992 roku, na początku lat 2000 i ostatnio w 2012 roku.

Pokazują one bardzo ciekawą dynamikę tego zjawiska. Proszę zwrócić uwagę na tabelę, która mówi nam dokładnie to, że po pierwsze w Polsce, jeśli chodzi o stosunek do mniejszości, dominuje tendencja w zasadzie neutralna. Czy Polska byłaby lepsza bez mniejszości? „Ani lepsza, ani gorsza” to jest tendencja dominująca, która przeważa już od badań prowadzonych w 1992 roku. Następnie, „Polska na pewno byłaby lepsza bez mniejszości”, widzimy to w tym pasku. Po drugie, Polacy w tych trzech odsłonach badania stwierdzają, że obecność jest zdecydowanie niekorzystna w porównaniu do korzyści, które miałyby płynąć z obecności mniejszości w naszym kraju. To, co zasługuje na uwagę, to że Polacy stwierdzają, że jeżeli już są te mniejszości, to nie mogą szkodzić, w zasadzie nie są tacy niebezpieczni.

Kolejną tabelą, którą chciałem Państwu pokazać, jest tabela, która pokazuje konkretne mniejszości, wobec których można zaobserwować potencjał dyskryminacyjny. Na co chciałabym zwrócić głównie uwagę to to, że akurat w Polsce niechęć czy uprzedzenia wywołują głównie mniejszości o tożsamości kulturowej czy społecznej, tak jak prostytutka czy homoseksualista, bardziej niż mniejszości o tożsamości etnicznej, tak jak Cyganie. Chociaż widać tu zdecydowanie, że Cyganie stanowią tę mniejszość, która budzi najwięcej niechęci ze strony Polaków, i to w kolejnych odsłonach badania, chociaż widać tendencję spadającą. Podobnie jest jeśli chodzi o ludzi chorych na AIDS czy alkoholików, tak że jest to dowód na to, że ten potencjał funkcjonuje, potencjał dyskryminacyjny, ale w zasadzie odnosi się do tego innego, który jest w zapleczu, jest obok nas, bardziej niż tego, którego nie ma w pobliżu.

Ciekawą kartą jest również ta, która pokazuje wybór „innego” na prezydenta Polski. Tutaj widać bardzo ciekawą dynamikę: przede wszystkim Polacy nie wybraliby oczywiście takiego prezydenta, który pochodziłby czy to z mniejszości przede wszystkim rosyjskiej czy ukraińskiej, ale też właśnie żydowskiej czy pochodzenia niemieckiego, aczkolwiek widać, że pochodzenie żydowskie stanowi najmniejszy problem w opinii naszych respondentów. Kolejne badanie, na które chciałbym zwrócić Państwa uwagę, jest to realizowane przez niemiecki zespół profesora Andreeasa Zicka. Jego zespół z Uniwersytetu w Bielefeld dokonał takich porównawczych badań ksenofobii w Europie z 2011 roku. To badanie było cytowane przez mojego kolegę Michała Bilewicza w naszym opracowaniu, które wydała Otwarta Rzeczpospolita – było ono poświęcone organizacjom skrajnym w Polsce i w Europie i w tym badaniu profesorowie mówią o czymś, co nazywają generalnym syndromem postawy uprzedzonej, po angielsku *group focus enimity*. Okazuje się, że uprzedzenia wobec wszystkich grup, które Państwo też widzieli na ekranie: czy seksizm, czy antysemityzm, czy uprzedzenia antymuzułmańskie, homofobia, rasizm, uprzedzenia antyemigranckie generalnie są ze sobą bardzo silnie skorelowane i tworzą rodzaj jednolitego syndromu. Gdy przyjrzymy się ta-

kim właśnie uogólnionym postawom uprzedzonych wedle badania, które było realizowane przez naszych niemieckich kolegów, widzimy, że to właśnie Polska i Węgry na tle innych krajów europejskich prezentują się jako te, gdzie populacja miejscowa, populacja narodowa żywi najwięcej takich uprzedzeń do grup, o których wspominałem. Szczególnie, jeśli chodzi o homofobię i to badanie również potwierdza tendencję, która jest klarowna w badaniu profesora Krzemińskiego, czyli homofobia jest w Polsce największym problemem dla osób o takich tendencjach uprzedzonych. Węgry też są takim drugim krajem w kolejności. Przykład Węgrów jest w ogóle szalenie ciekawy i oczywiście szalenie smutny. Dwa tygodnie temu miałem okazję brać udział w konferencji organizowanej przez naszych kolegów węgierskich na temat problemu skrajnej prawicy w Europie. Byłem zaproszony właśnie z ramienia polskiego głosu w tej sprawie – i co pokazuje przykład węgierski i – naprawdę w kilku słowach, że wbrew temu co stereotypowo myślimy o sympatykach skrajnej prawicy, to nie są osoby źle wykształcone, to nie są osoby biedne i zmarginalizowane, to są osoby właśnie wykształcone, które najlepiej prosperują w społeczeństwie węgierskim i jeśli popatrzymy na elektorat Jobbik’u, który właśnie rośnie w siłę, to właśnie takie tendencje są dokumentowane przez naszych kolegów, badaczy węgierskich. Jest to przykład, który powinien być brany pod uwagę przez badaczy politologów czy socjologów w Polsce, żebyśmy odchodzili od tego stereotypu narodowca, sympatyka skrajnej prawicy jako tego zmarginalizowanego, nie mającego takiego kapitału kulturowego czy społecznego, który pozwalałby mu nabierać znaczenia w społeczeństwie, czy nawet w polityce.

Ten kontekst uprzedzenia wobec gejów i lesbijek pojawił się również w innym badaniu, w którym brałem udział. Było to badanie realizowane przez firmę Nike, dotyczącej dyskryminacji w edukacji sportowej młodzieży w 11 krajach Europy, młodzieży w wieku od 10 do 15 lat. Byłem odpowiedzialny za część rosyjską, polską i serbską. To badanie również pokazuje, że ci nasi bardzo młodzi obywatele, szczególnie w Polsce, nie mają problemu w zdecydowanej większości z mniejszościami etnicznymi, ale już na poziomie szkoły mają problem z gejami i lesbijkami. To jest bardzo klarowne, jeśli porównamy te tendencje szczególnie z krajami zachodnimi, gdzie istnieje tendencja przeciwna.

Na koniec chciałbym, już konkludując, podkreślić, że właśnie zważywszy na istniejący potencjał dla postaw i praktyk dyskryminacyjnych w Polsce – co mam nadzieję, że udało mi się Państwu przedstawić – uważam, że jako społeczeństwo powinniśmy, z jednej strony, bardzo bacznie badać, analizować tendencje dyskryminacyjne właściwe dla naszego społeczeństwa, szczególnie w obliczu wielkiego problemu demograficznego, który wymaga od nas, abyśmy postawili sobie nowe pytanie dotyczące naszej polityki imigracyjnej, czyli polityki, która ma się nastawić na większe otwarcie wobec mniejszości etnicznych, wobec cudzoziemców,

którzy przyjeżdżają do Polski coraz częściej, dla których Polska staje się interesującym, ciekawym miejscem do życia i pracy. Z jednej strony należy analizować ten aspekt typowo pod kątem Polski. Z drugiej strony należy czerpać przykłady z innych krajów, które borykają się z kwestią dyskryminacji od dłuższego czasu. Takim społeczeństwem, takim krajem jest Francja, która biorąc pod uwagę dyskryminację na tle rasowym, przez ostatnie 45 lat przeszła bardzo długą drogę od moralnego potępienia rasizmu przez pogłębioną analizę społeczną zjawiska aż do wypracowania konkretnych, prawnych, instytucjonalnych instrumentów do walki z konkretnymi praktykami dyskryminacyjnymi. To się głównie odnosi do środowiska pracy i do walki z rasizmem, dyskryminacją na tle rasowym w środowisku pracy. Olbrzymi problem we Francji.

Aczkolwiek, nawet taki przykład pozytywny Francji pokazuje, że jeżeli doprowadzi się do powstania strukturalnego problemu dyskryminacji etnicznej, ale też społeczno-ekonomicznych mniejszości etnicznych, wtedy istnieje bardzo duża bariera dla radzenia sobie z tym problemem, jeżeli się spóźnimy te kilkanaście czy kilka lat.

Na koniec chciałem Państwu, niejako w demonstracji tego zjawiska, tej blokady decyzyjnej, jeśli chodzi o decydentów francuskich i pracy społecznej w kontekście radzenia sobie z dyskryminacją, zaprezentować mały quiz. Proszę mi powiedzieć, jak się Państwu wydaje, co to jest za budynek?

Dla kontekstu powiem tylko, że znajduje się on na przedmieściach Paryża, 20 km od Paryża, w którym przez 15 miesięcy prowadziłem badania właśnie przyczyn i konsekwencji zamieszek, które odbyły się tam w 2007 roku, w wyniku których 40 policjantów zostało postrzelonych z broni palnej i komisarz stracił oko. To jest właśnie na tym terytorium. Kto z Państwa ma pomysł? Komenda policji. To jest komisariat policji, tak wygląda odnowiony komisariat, który stał się systemowo przykładem architektonicznym dla wszystkich komisariatów, które są budowane aktualnie na terytorium tych przedmieść i tych stref miejskich, które Francuzi nazywają administracyjnie wrażliwymi. Proszę zwrócić uwagę na szerokość murów. Mieszkańcy nie tylko pochodzący z mniejszości etnicznych kojarzą ten budynek z fortecą, z takim dowodem na to, że państwo działa w logice konfrontacyjnej z mieszkańcami tych terytoriów. Tak wygląda ten komisariat policji.

Bardzo dziękuję za uwagę i będę wdzięczny za pytania i komentarze.

Štefica Stažnik

*Pełnomocnik Rządu chorwackiego do spraw postępowań
przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka*

Dlaczego warto przystąpić do Protokołu nr 12 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności?

Na początku pozwolą Państwo, że podziękuję Ministerstwu Spraw Zagranicznych RP, prof. Fuszarze, Pełnomocnikowi Polskiego Rządu do Spraw Równego Traktowania oraz Radzie Europy za zorganizowanie tego zasługującego na uwagę spotkania i podtrzymanie tradycji udostępniania naukowcom i praktykom forum dla wymiany poglądów na istotne kwestie z zakresu praw człowieka.

Moje dzisiejsze zadanie to przedstawić Państwu powody, dla których warto przystąpić do Protokołu nr 12 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Nie jest to zadanie łatwe, ponieważ Protokół wszedł w życie już 1 kwietnia 2005 r., po tym jak ratyfikowało go dziesięć państw-układających się stron Konwencji. Do dnia dzisiejszego zaledwie osiem nowych państw ratyfikowało protokół na 47 państw-stron Konwencji. Pole manewru Trybunału odnośnie do Protokołu nr 12 jest zatem również ograniczone.

Patrząc z perspektywy lat na historię powstawania Protokołu i Raportu wyjaśniającego można stwierdzić, że pomysł włączenia dodatkowych protokołów do Konwencji po raz pierwszy pojawił się na porządku obrad rozmaitych organów Rady Europy w latach 60. XX wieku (komitety międzyrządowe, Zgromadzenie Parlamentarne, etc.).

Komitet Sterujący ds. Równości Kobiet i Mężczyzn (CDEG) podkreślił potrzebę posiadania wiążącego instrumentu, który ustanawiałby prawną ochronę równości kobiet i mężczyzn jako niezależnego prawa; Europejska Komisja przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji (ECRI) uznała, że do Konwencji należy dodać protokół zawierający ogólną klauzulę przeciw dyskryminacji ze względu na rasę, kolor skóry, język, religię lub pochodzenie narodowe lub etniczne; ponadto Ko-

mitet Sterujący ds. Praw Człowieka (CDDH) stwierdził, że dodatkowy protokół do Konwencji jest rzeczą wskazaną i wykonalną.

Na koniec warto wspomnieć o Komitecie Ministrów RE (organ decyzyjny złożony z ministrów spraw zagranicznych lub ich stałych przedstawicieli dyplomatycznych w Strasburgu), który polecił CDDH sporządzenie dodatkowego protokołu do Konwencji, który poszerzałby pole zastosowania artykułu 14 oraz zawierał niewyczerpujący wykaz podstaw dyskryminacji. Należy przy tym odnotować, że w artykule 14 Europejska Konwencja zapewniała już ochronę w dziedzinie równości i niedyskryminacji. Ochrona ta miała jednak ograniczony zakres, zakazywała bowiem wyłącznie dyskryminacji odnoszącej się do korzystania z praw i wolności wymienionych w Konwencji.

Protokół został zredagowany przez rządowych specjalistów do spraw praw człowieka i odzwierciedla pragnienie umocnienia gwarancji udzielonej przez Europejską Konwencję odnośnie równości i niedyskryminacji, czyli zasadniczych elementów międzynarodowego prawa praw człowieka. Analogiczne wysiłki znalazły wcześniej swój wyraz w szeroko przyjętych instrumentach ochrony praw człowieka, zwłaszcza zaś Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (artykuł 7) oraz Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych (artykuł 26).

Komitec Ministrów Rady Europy przyjął projekt Protokołu w 2000 roku. Od 4 listopada 2000 r. Protokół nr 12 jest otwarty do podpisu. Dotychczas Protokół podpisało 29 państw-układających się stron Konwencji. Taka kolejność wydarzeń z pewnością świadczy o istnieniu politycznej woli posiadania tego rodzaju instrumentu prawnego w Europie.

Protokół nie zyskał jednak szerszej aprobaty wśród państw-układających się stron Konwencji, ponieważ większość z nich – mimo że podpisała tekst Protokołu – nie dokonała jego ratyfikacji. Gros państw, które ratyfikację mają za sobą, to młode demokracje z Europy Wschodniej, natomiast większość starych członków Rady Europy wciąż stoi przed tym krokiem.

Jeśli chodzi o treść Protokołu nr 12, należy podkreślić, że wprowadził on ogólny zakaz dyskryminacji, nakazując, aby korzystanie z każdego ustanowionego prawa było zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów jak płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne lub inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie lub z jakichkolwiek innych przyczyn oraz aby władze publiczne nie dyskryminowały nikogo z tych powodów.

Ujmując rzecz szerzej, Protokół nr 12 zakazuje dyskryminacji w związku z korzystaniem z jakichkolwiek praw ustanowionych w porządku prawnym i posiada tym samym szerszy zakres niż artykuł 14 Konwencji. W szczególności jego przepis odnosi się do dyskryminacji:

- I. w korzystaniu z wszelkich praw przysługujących jednostce na mocy przepisów krajowych;
- II. w korzystaniu z prawa, które można wyprowadzić z jednoznacznego obowiązku władzy publicznej na mocy przepisów krajowych. Chodzi o sytuację, w której przepisy krajowe nakładają na władzę publiczną obowiązek określonego zachowania;
- III. przez władzę publiczną w wykonywaniu uprawnień dyskrejonalnych,
- IV. w wyniku innych działań lub zaniechań władzy publicznej.

Protokół zapewnia jednostkom ochronę przed dyskryminacją ze strony państwa, a jednocześnie dotyczy tych relacji między osobami prywatnymi, których uregulowania zazwyczaj oczekuje się od państwa (np. arbitralne pozbawienie dostępu do pracy). Dlatego też „można powiedzieć, że zakazuje on dyskryminacji poza kontekstami o charakterze czysto osobistym, gdzie jednostki wykonują funkcje stawiające je przed decyzją, w jaki sposób oferowane są publicznie dostępne dobra i usługi”¹.

Z punktu widzenia skarżącego, powołanie się na Protokół nr 12 wymagałoby wykazania Trybunałowi, że skarżący, korzystając z jakiegokolwiek prawa określonego w prawodawstwie krajowym, został potraktowany w odmienny sposób. Powołanie się na artykuł 14 Konwencji wymagałoby natomiast wykazania przez skarżącego Trybunałowi odmiennego potraktowania w obszarze regulowanym przez Konwencję.

Można by powiedzieć, że Protokół przechodzi od zakazu dyskryminacji do uznania prawa do równego traktowania. Stanowi potwierdzenie woli politycznej wyrażonej wcześniej w zwyczajowym prawie międzynarodowym, a mianowicie, że wszyscy ludzie są równi wobec prawa i że przysługuje im jednakowa ochrona prawa bez stosowania jakiegokolwiek dyskryminacji.

DLACZEGO PROTOKÓŁ ZOSTAŁ RATYFIKOWANY PRZEZ REPUBLIKĘ CHORWACJI?

Po pierwsze, chciałabym zaznaczyć, że źródłem inspiracji dla autorów chorwackiej Konstytucji, formułujących w 1990 r. zapisy o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, była Konwencja i inne instrumenty ochrony praw człowieka. Konstytucja Chorwacji zawiera szeroko ujęty przepis dotyczący prawa do równego traktowania. Gwarantuje ona bowiem „prawa i wolności wszystkim

¹ „Handbook on European Non-Discrimination Law” (str. 64), FRA & COE 2010.

osobom znajdującym się w Republice Chorwacji, niezależnie od ich rasy, koloru skóry, płci, języka, wyznania, przekonań politycznych lub innych, pochodzenia narodowego lub społecznego, majątku, urodzenia, wykształcenia, statusu społecznego lub innych cech.” W kolejnym zdaniu stwierdza, że „wszyscy ludzie są równi w obliczu prawa”². Te konstytucyjne zapisy umożliwiły ponadto dalszy rozwój prawodawstwa dotyczącego równości na poziomie krajowym.

Parlament Republiki Chorwacji ratyfikował Protokół nr 12 w 2002 r. Parlament był zdania, że Protokół uzupełnia zasady leżące u podstaw Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz standardy wypracowane w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Podczas debaty parlamentarnej poprzedzającej decyzję w sprawie ratyfikowania Protokołu odnotowano, że poprzez swoje międzynarodowe zobowiązania w zakresie instrumentów ochrony praw człowieka Chorwacja przyjęła już szeroko rozumiane gwarancje braku dyskryminacji określone w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych (ICCPR), Międzynarodowej Konwencji w Sprawie Likwidacji Wszelkich Form Dyskryminacji Rasowej (CERD) i Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych (ICESCR). Ustawodawca doszedł do wniosku, że ratyfikowanie Protokołu nr 12 podniesie ochronę praw człowieka w Chorwacji na jeszcze wyższy poziom.

Jeśli chodzi o ewentualne skargi wnoszone do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w związku z naruszeniem Protokołu nr 12 oraz zasady subsydiarności³, władze Chorwacji stworzyły krajowe środki odwoławcze mające na celu ochronę praw konstytucyjnych oraz wynikających z Konwencji, w tym obejmujące możliwe naruszenia Protokołu.

Już w 1991 r. Parlament Chorwacji ustanowił skargę konstytucyjną⁴ jako krajowy środek odwoławczy o charakterze ogólnym w celu ochrony praw i wolności konstytucyjnych. Wniesienie skargi konstytucyjnej do Trybunału Konstytucyjnego Republiki Chorwacji zapewnia krajową ochronę każdej osobie utrzymującej, że jej prawo do równego traktowania zostało pogwałcone.

² Artykuł 14 Konstytucji Republiki Chorwacji (<http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=2408>).

³ Zasada ta jest jednym z fundamentów mechanizmu Konwencji. Władze krajowe wysokich układających się stron EKPC mają prymarny obowiązek zagwarantowania praw i wolności określonych w Konwencji. Pozwane państwo „musi w pierwszej kolejności mieć możliwość naprawienia sytuacji, której dotyczy skarga, z zastosowaniem własnych środków oraz w ramach swego krajowego systemu prawnego” (patrz *Europejska Komisja Praw Człowieka, Pięćdziesięciu siedmiu mieszkańców Louvain przeciw Belgii*, nr skargi 1994/63, rocznik ETPC 1964, 252).

⁴ Patrz ustawa konstytucyjna o Trybunale Konstytucyjnym Republiki Chorwacji (*Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske*), Dziennik Ustaw nr 13/1991.

Chorwacki ustawodawca – Parlament – uchwalił również ustawę antydyskryminacyjną,⁵ która ochronę prawa do równego traktowania i egzekwowanie zakazu dyskryminacji powierza sądom powszechnym.

Ustawa definiuje dyskryminację jako stawianie jakiegokolwiek osoby w mniej korzystnej sytuacji z powodu rasy, przynależności etnicznej, koloru skóry, płci, języka, religii, przekonań politycznych lub innych, pochodzenia narodowego lub społecznego, majątku, przynależności do związków zawodowych, wykształcenia, statusu społecznego, stanu cywilnego lub sytuacji rodzinnej, wieku, stanu zdrowia, niepełnosprawności, obciążeń genetycznych, tożsamości narodowej, wypowiedzi lub orientacji seksualnej.

Zakazuje ona *expressis verbis* wszelkich form dyskryminacji (bezpośredniej i pośredniej), jest wiążąca wobec wszystkich organów państwa, osób prawnych i fizycznych oraz przewiduje możliwość wniesienia pozwu do sądu powszechnego o ochronę przed dyskryminacją.

W pozwie przeciwko organom władzy lub osobom, które miały się dopuścić dyskryminacji wobec skarżącego, skarżący może zwrócić się do właściwego sądu o: (i) stwierdzenie dyskryminacji, (ii) podjęcie działań zmierzających do usunięcia dyskryminacji, (iii) zasądzenia odszkodowania z tytułu strat, (iv) opublikowanie orzeczenia w środkach masowego przekazu.

Ustawa antydyskryminacyjna ustanowiła Rzecznika Praw Obywatelskich centralnym organem do spraw równości w Chorwacji, któremu przysługuje prawo do: otrzymywania raportów wszystkich osób fizycznych i prawnych; udzielania niezbędnych informacji osobom fizycznym i prawnym, które złożyły skargę dotyczącą dyskryminacji w zakresie ich praw i obowiązków oraz możliwości ochrony sądowej i innej; jeżeli postępowanie sądowe nie zostało jeszcze wszczęte – analizowania konkretnych sprawozdań i podejmowania działań, które wchodzą w zakres jego kompetencji i są konieczne do wyeliminowania dyskryminacji i ochrony praw osób dyskryminowanych; ostrzegania opinii publicznej o występowaniu dyskryminacji; za zgodą stron – prowadzenia mediacji z możliwością ugody pozasądowej; wnoszenia zarzutów karnych dotyczących przypadków dyskryminacji do właściwej prokuratury; zbierania i analizowania danych statystycznych dotyczących przypadków dyskryminacji; informowania Parlamentu Chorwacji o występowaniu dyskryminacji w sprawozdaniu rocznym oraz – w razie potrzeby – w sprawozdaniach nadzwyczajnych; prowadzenia badań dotyczących dyskryminacji, wydawania opinii i rekomendacji oraz proponowania odpowiednich rozwiązań prawnych i strategicznych Rządowi Republiki Chorwacji.

⁵ Patrz ustawa antydyskryminacyjna (*Zakon o suzbiijanju diskriminacije*, Dziennik Ustaw, nr 35/05 i 41/08).

Od dnia wejścia w życie Protokołu nr 12 do chwili obecnej Trybunał nie wydał ani jednego orzeczenia przeciw Chorwacji stwierdzającego naruszenie (lub jego brak) artykułu 1 Protokołu nr 12 do Konwencji. Trybunał zajął się jednak tą sprawą w orzeczeniu *Savez crkava protiv Chorwacji*, zaś przed Trybunałem toczą się dwie sprawy dotyczące zgodności działań podjętych przez władze krajowe z zasadami określonymi w Protokole nr 12 (sprawa *Guberina⁶ przeciw Chorwacji* i *Ogden przeciw Chorwacji⁷*).

Sprawa *Guberina* dotyczy sposobu zastosowania krajowych przepisów podatkowych w sytuacji, gdy skarżący utrzymuje, że krajowe organy nie dokonały różniczenia między jego sprawą a ogólną sytuacją ujętą w odnośnych przepisach o zwolnieniach podatkowych. W sprawie *Ogden* skarżący, obywatel Wielkiej Brytanii, twierdzi, że doznał dyskryminacji na tle narodowościowym, ponieważ nie uzyskał zgody ministra sprawiedliwości na nabycie własności starego kamiennego domu oraz przylegającej działki znajdujących się w strefie obszaru chronionego na terenie Chorwacji.

W orzeczeniu *Savez crkava protiv Chorwacji*,⁸ które dotyczyło nieuzasadnionej odmowy władz zawarcia umów odnoszących się do statusu prawnego kościołów reformowanych, Trybunał ocenił dopuszczalność, stosowalność i meritum sprawy w świetle artykułu 1 Protokołu nr 12 oraz artykułu 14 Konwencji. Stwierdził naruszenie artykułu 14 oraz artykułu 9 i nie uznał za konieczne zbadanie w oddzielnym trybie, czy doszło do naruszenia artykułu 1 Protokołu nr 12 do Konwencji.

Jeśli chodzi o inne państwa-strony Protokołu 12, mimo upływu dziewięciu lat od daty jego wejścia w życie orzecznictwo dotyczące jego stosowania ma ograniczony wymiar. W ostatnim czasie Trybunał wydał dwa orzeczenia, w których stwierdził naruszenie artykułu 1 Protokołu nr 12 przez Bośnię i Hercegowinę.

W sprawie *Sejdic Finci przeciw Bośni i Hercegowinie*⁹ skarżący zakwestionowali przepisy konstytucyjne odbierające im możliwość kandydowania w wyborach prezydenckich w Bośni i Hercegowinie. Według konstytucji BiH warunkiem kandydowania w wyborach była deklaracja przynależności do jednego z narodów konstytucyjnych tego kraju (Bośniaków, Serbów lub Chorwatów). Skarżący określili swoje pochodzenie jako romskie i żydowskie i sprzeciwili się złożeniu deklaracji na temat takiej przynależności. W efekcie zostali wykluczeni z kandydowania w wyborach z przyczyn, które w ocenie Trybunału nie były oparte na obiektywnych i racjonalnych przesłankach. Choć Trybunał przyznał, że

⁶ Skarga nr 23682/13 złożona dnia 28 marca 2013 r.

⁷ Skarga nr 27567/13 złożona dnia 15 kwietnia 2013 r.

⁸ Skarga nr 7798/08, orzeczenie Izby z dnia 3 grudnia 2012 r.

⁹ Skarga nr 27996/06 i 34836/06, orzeczenie Wielkiej Izby z dnia 22 grudnia 2009 r.

tego rodzaju przepisy zostały włączone do Konstytucji BiH w celu zapewnienia pokoju po brutalnym konflikcie zbrojnym, który naznaczony był ludobójstwem i czystkami etnicznymi, przychylił się jednocześnie do opinii Komisji Weneckiej, zgodnie z którą istnieją takie mechanizmy podziału władzy, które nie prowadzą automatycznie do pełnego wykluczenia przedstawicieli określonych społeczności.

W tym przypadku wykładnia pojęcia „dyskryminacja” w świetle Protokołu nr 12 dokonana przez Trybunał pokrywała się z konsekwentną interpretacją tego terminu występującą w praktyce sądowej Trybunału związanej z artykułem 14 Konwencji, mimo że ten drugi przepis posiada inny zakres. Jak podkreślił Trybunał, z jego praktyki sądowej jasno wynika, że „dyskryminacja” oznacza odmienne traktowanie – bez obiektywnego i racjonalnego uzasadnienia – osób znajdujących się w podobnej sytuacji.

Drugie orzeczenie, w sprawie *Zornić przeciw Bośni i Hercegowinie*¹⁰, także dotyczyło Bośni i Hercegowiny. Trybunał uznał, że sprawa jest identyczna ze sprawą *Sejdić Finci*. Ponadto Trybunał stwierdził naruszenie artykułu 1 Protokołu nr 12 w związku z trwałą niemożnością kandydowania do Izby Narodów Bośni i Hercegowiny przez skarżących. Wskazując na brak obiektywnego i racjonalnego uzasadnienia, uznał też za dyskryminujące postanowienia Konstytucji BiH, które uniemożliwiły skarżącym ubieganie się o urząd prezydenta.

Jeśli chodzi o rozwój orzecznictwa Trybunału w tej dziedzinie, sądzę, że mimo szlachetnego wysiłku na rzecz wypracowania prawa równości, które byłoby zgodne z Konwencją i miało zastosowanie do wszystkich obywateli Europy, Protokół nr 12 nie może odgrywać tej roli do momentu, aż zostanie ratyfikowany przez większą liczbę państw-stron Konwencji. Mam świadomość, że niechęć niektórych krajów do ratyfikowania Protokołu wynika z możliwości jego zbyt szerokiego stosowania. Tłumaczy to decyzję tych państw, aby poczekać i przekonać się, w jakim kierunku rozwinię się orzecznictwo Trybunału.

W tym względzie istniejące orzecznictwo Trybunału ustaliło już, że pojęcie dyskryminacji zgodnie z artykułem 1 Protokołu nr 12 należy rozumieć tak samo jak w przypadku artykułu 14. Co więcej, z Protokołem 12 zgodna powinna być również pozytywna dyskryminacja, pod warunkiem że można ją uzasadnić w oparciu o obiektywne i racjonalne przesłanki.¹¹

Nie każdy przypadek różnego traktowania jest równoznaczny z dyskryminacją. Dyskryminacji nie stanowi takie odmienne traktowanie, które jest akceptowalne i podlega obwarowaniom, a także może być obiektywnie i racjonalnie uzasadnione. Istniejące orzecznictwo Trybunału przyznaje władzom krajowym

¹⁰ Skarga nr 3681/06, orzeczenie Izby z dnia 15 lipca 2014 r.

¹¹ Patrz ustęp 16 raportu wyjaśniającego do Protokołu nr 12 i preambuła do Protokołu.

pewien margines swobody w ocenie, czy taka odmienność jest uzasadniona w sytuacjach, które poza tym są do siebie podobne, a jednocześnie zwraca uwagę, że zakres tej oceny różni się w zależności od okoliczności, przedmiotu i kontekstu sprawy.

Lista powodów niedyskryminacji zawarta w artykule 1 Protokołu nr 12 jest taka sama, jak w artykule 14 Konwencji. Przyjmuje się bowiem, że włączenie powodów nie jest konieczne z prawnego punktu widzenia, ponieważ lista powodów niedyskryminacji nie jest wyczerpująca i mogłaby stworzyć podstawę do nieuzasadnionych interpretacji *a contrario*, jeśli chodzi o dyskryminację z powodów nieuwzględnionych. Trybunał zastosował już artykuł 14 wobec powodów dyskryminacji niewymienionych wyraźnie w tym przepisie.

W porównaniu z artykułem 14 Konwencji, który standardy niedyskryminacji zawęża do praw i wolności określonych w Konwencji, Protokół rozszerza takie standardy poza ten zakres, co zostało stwierdzone przez Trybunał w sprawie *Savez Crkava przeciw Chorwacji*. Trybunał zwrócił również uwagę, że „wynika to w szczególności z art. 1, ust. 2, który stanowi, że nikt nie może być dyskryminowany przez jakiejkolwiek władze publiczne. Trybunał oparł się na Raporcie wyjaśniającym w kwestii artykułu 1 Protokołu 12, który stwierdza, że zakres ochrony tego artykułu dotyczy czterech kategorii spraw”¹² (zgodnie z wyjaśnieniem na stronie 2 dokumentu). W dalszej kolejności Trybunał przytoczył Raport wyjaśniający, w którym czytamy, że „...uznano za zbędne doprecyzować, które spośród tych czterech elementów objęte są przez art.1 ust 1, a które przez art. 1 ust. 2. Te dwa ustępy mają charakter uzupełniający, zaś ich kumulatywny skutek jest taki, że wszystkie cztery elementy są objęte artykułem 1. Należy ponadto pamiętać, że różnice między kategoriami i-iv nie są wyraźnie zarysowane i że w krajowych systemach prawnych mogą istnieć różne podejścia do kategoryzacji spraw.”

Co więcej, głównym celem artykułu 1 Protokołu jest zapewnienie jednostkom ochrony przed dyskryminacją ze strony władz publicznych. Artykuł nie służy natomiast nałożeniu na państwa-strony ogólnego pozytywnego obowiązku podejmowania działań w celu zapobiegania wszystkim przypadkom dyskryminacji w relacjach między osobami prywatnymi lub naprawiania skutków takich przypadków¹³. Raport wyjaśniający sugeruje wprawdzie, że artykuł 1 może pociągać za sobą pozytywne obowiązki, mają one jednak ograniczony charakter i mogą powstać w przypadku jednoznacznej luki w ochronie przed dyskryminacją zapewnianej przez krajowy system prawny.

¹² Patrz orzeczenie *Savez crkava protiv Chorwacji*, ustępy 103-104.

¹³ Patrz ust. 25 Raportu wyjaśniającego do Protokołu nr 12.

Powyższe argumenty mogą zachęcić poszczególne państwa do przemyślenia stanowiska w sprawie ratyfikacji Protokołu nr 12. Trudno mi sobie bowiem wyobrazić rozwój rodzajowego prawa równości na mocy Konwencji bez ratyfikacji Protokołu przez szersze grono państw-układających się stron Konwencji. Ratyfikowanie Protokołu przez większą liczbę państw, w szczególności tzw. stare europejskie demokracje, stanowiłoby dobry przykład ich zaangażowania na rzecz ochrony praw człowieka i fundamentalnej zasady niedyskryminacji, umożliwiłoby im propagowanie idei równego traktowania w społeczeństwie, czy wreszcie pozwoliło wpływać na wykładnię Protokołu dokonywaną przez Europejski Trybunał Praw Człowieka.

Na zakończenie chciałabym powiedzieć, że Protokół nr 12 stanowi w mojej ocenie wartościowy dodatek do systemu Konwencji. Jak stwierdzono w jego preambule, odzwierciedla on zapisaną w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka zasadę, zgodnie z którą „wszystkie osoby są równe wobec prawa oraz są uprawnione do równej ochrony przez prawo” oraz czyni możliwym „kolejne kroki wspierające równość wszystkich osób.”

Pełna realizacja tej zasady będzie możliwa poprzez system Konwencji, jeżeli więcej państw zdecyduje się ratyfikować Protokół, co pozwoli na rozwój przepisów i praktyk krajowych oraz orzecznictwa Trybunału. Aby stało się to możliwe, niezwykle ważne jest według mnie ustanowienie, jeszcze przed ratyfikacją Protokołu nr 12, skutecznych krajowych środków odwoławczych dla ewentualnych naruszeń tego Protokołu, a także zawierzenie Europejskiemu Trybunałowi Praw Człowieka – jego autorytetowi i metodom interpretacji przepisów EKPCz.

Dziękuję Państwu za uwagę.

Dlaczego Dania nie przystąpiła do Protokołu nr 12 do Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności?

Dlaczego Dania nie przystąpiła do Protokołu nr 12 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka? Zamierzam pokazać, że z przyczyn zarówno politycznych, jak i prawnych. Aby udzielić Państwu pełnej odpowiedzi na to pytanie, pozwolę sobie przedstawić w skrócie ustawodawstwo duńskie w zakresie dyskryminacji.

Prawo duńskie nie zawiera ogólnego zakazu dyskryminacji. Na antydyskryminacyjne ustawodawstwo duńskie składa się natomiast kilkanaście ustaw wprowadzanych w różnym czasie, gdy potrzeba debaty publicznej bądź ratyfikacji zobowiązań międzynarodowych wymagała skupienia się na określonych zagadnieniach. Dlatego też ochronę przed dyskryminacją w Danii obecnie tylko częściowo gwarantują przepisy prawa cywilnego i karnego, głównie dotyczące dziedziny rynku pracy. Oznacza to, że duńskie prawo cywilne w sferach innych niż rynek pracy nie chroni przed dyskryminacją z powodu wieku, orientacji seksualnej, niepełnosprawności oraz religii i wyznania. Duńskie prawo karne zajmuje się bezpośrednim odmiennym traktowaniem w zakresie dostępu do miejsc i usług publicznych ze względu na rasę, kolor skóry, narodowość i pochodzenie etniczne, wyznanie oraz orientację seksualną, ale już nie ze względu na niepełnosprawność czy wiek. Prawo karne ponadto nie zajmuje się kwestią dyskryminacji pośredniej.

Kiedy Dania w 2009 r. ratyfikowała Konwencję ONZ o Prawach Osób Niepełnosprawnych, rząd stwierdził, że konwencja ta nie wymagała wprowadzania ogólnego zakazu dyskryminacji. Rząd ponadto powołał się na zasadę równości wobec prawa, która wynika z zasady równości w administracji.

Debata nad wprowadzeniem powszechnego zakazu dyskryminacji uwzględniającego inne sfery niż rynek pracy toczy się jednak w Danii. Wiosną 2011 r. Rada Praw Człowieka ONZ po swoim Powszechnym Przeglądzie Okresowym

dotyczącym praw człowieka w Danii zaleciła przyjęcie przez nasz kraj powszechnego zakazu dyskryminacji w celu zapewnienia lepszej ochrony. Stanowisko to podziela również Duński Instytut Praw Człowieka. Naszym zdaniem przywołanie zasady równości w prawie administracyjnym nie wystarcza, aby wyeliminować wszystkie formy dyskryminacji w Danii. Uważamy, że istnieje potrzeba powszechnego prawnego zakazu dyskryminacji. Dlaczego zatem Dania nie przystąpiła do Protokołu nr 12?

Z jednej strony, istotnym elementem debaty jest szerokie i silne poparcie dla praw człowieka, rozpowszechnione w Danii. Oprócz podpisania i ratyfikowania Europejskiej Konwencji Praw Człowieka Dania podpisała i ratyfikowała wszystkie najważniejsze konwencje ONZ dotyczące praw człowieka, z wyjątkiem Międzynarodowej Konwencji o Ochronie Praw Wszystkich Pracowników – Migrantów i Członków Ich Rodzin. W naszym pojęciu Dania jest jednym z liderów w dziedzinie praw człowieka. Z drugiej strony, w społeczeństwie duńskim i określonych środowiskach politycznych panuje głęboki sceptycyzm wobec aktualnego poszerzania zakresu praw człowieka. Sceptycy opisują dynamiczną interpretację stosowaną przez Europejski Trybunał Praw Człowieka jako prowadzącą do inflacji praw człowieka, argumentując że kompetencje zostają przenoszone z parlamentów do sądów, i że proces decyzyjny został przeniesiony z Danii na płaszczyznę organów międzynarodowych.

Strony debaty nad wprowadzeniem powszechnego zakazu dyskryminacji oczekiwały ostatnio na rezultaty pracy Komitetu ds. włączenia Konwencji o Ochronie Praw Człowieka do ustawodawstwa duńskiego. Komitet został powołany przez ministra sprawiedliwości do zbadania zalet i wad przystąpienia do Protokołu nr 12 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka.

Komitet zwrócił uwagę, że przystąpienie do Protokołu wzmocniłoby pozycję prawną obywateli przez poszerzenie zakazu dyskryminacji na obszary aktualnie nieobjęte istniejącym zakazem dyskryminacji na mocy art. 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Przystąpienie do Protokołu oznaczałoby, że każda forma dyskryminacji objęta jego zakresem będzie przedmiotem oceny w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, niezależnie od tego, czy relacja taka mieści się w zakresie zastosowania Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka. Przystąpienie do Protokołu oznaczałoby również poszerzenie zakazu dyskryminacji w porównaniu do art. 20 i 21 Karty Praw Podstawowych UE, ponieważ Karta obowiązuje tylko na gruncie prawa unijnego.

W ocenie Komitetu, art. 26 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych, do którego Dania już przystąpiła, zawiera ogólny zakaz dyskryminacji podobny do tego, jaki istnieje w Protokole nr 12. Jednak wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka mają dla Danii moc wiążącą, w odróżnieniu

od opinii Komitetu Praw Człowieka ONZ. Z przystąpieniem do Protokołu wiązałyby się zatem zdolność międzynarodowego trybunału do wydawania wyroków dotyczących powszechnego zakazu dyskryminacji, które w świetle prawa międzynarodowego byłyby wiążące dla Danii.

Komitet zaznaczył również, że przystąpienie przez Danię do Protokołu nr 12 wysłałoby wyraźny sygnał w obszarze polityki zagranicznej na temat duńskich priorytetów w zakresie praw człowieka. Akcesja mogłaby także wzmocnić działania Danii promujące prawa człowieka w innych krajach. Wspomniałam wcześniej, że konkluzje Powszechnego Przeglądu Okresowego Praw Człowieka w Danii w 2011 r. zawierały zalecenie przystąpienia Danii do Protokołu. W Przeglądzie Turcja odnotowała, że „Dania nie ratyfikowała ani nie włączyła do prawa krajowego Protokołu nr 12 do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności”, a Ekwador zalecił, aby Dania „przestrzegała zapisów Protokołu nr 12 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności w zakresie powszechnego zakazu dyskryminacji, bądź go ratyfikowała”. Przed Powszechnym Przeglądem Okresowym w 2011 r. podobne zalecenie w stosunku do Danii sformułował były Komisarz Praw Człowieka Rady Europy, Thomas Hammarberg. W rekomendacji zawartej w memorandum skierowanym do rządu duńskiego stwierdził on, że Dania powinna „podpisać i ratyfikować dodatkowy protokół do EKPC.”

Z drugiej strony Komitet zwrócił uwagę, że pozycja międzynarodowa Danii podlega ocenie nie tylko na podstawie konwencji i protokołów, do których kraj ten przystąpił, ale także na podstawie jej działań na arenie międzynarodowej i krajowej. Komitet zwrócił także uwagę, że pewna liczba państw porównywalnych do Danii nie przystąpiła do Protokołu. Istotnie tylko 18 z 47 państw członkowskich Rady Europy podpisało Protokół. Spośród państw, z którymi zazwyczaj porównuje się Danię, tylko Finlandia i Holandia ratyfikowały Protokół. Islandia, Norwegia, Niemcy i Austria podpisały Protokół bez jego ratyfikowania, a Francja, Wielka Brytania i Szwecja nie podpisały i nie ratyfikowały Protokołu.

Komitet dalej wyjaśnił, że przystąpienie do Protokołu ograniczyłoby swobodę duńskiego ustawodawcy w zakresie określania kryteriów, które mogą być stosowane do uzasadniania zarzutu faktycznej dyskryminacji. Jak argumentował dalej Komitet, istnieje ryzyko, że duńskie sądy i Europejski Trybunał Praw Człowieka będą wydawały orzeczenia zmieniające ustawodawstwo duńskie. Jednak, zgodnie z duńską tradycją prawną, prawo zmieniać może wyłącznie parlament. Kwestia ta była przedmiotem szczególnej wątpliwości rządu duńskiego, jeśli chodzi o przyznawanie świadczeń socjalnych.

Komitet stwierdził wreszcie, że skąpe orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dotyczące Protokołu także wiąże się z niepewnością co do zakresu

zakazu dyskryminacji przewidywanego przez Protokół. Komitet zalecił, aby Dania odłożyła w czasie zajęcie ostatecznego stanowiska w sprawie przystąpienia do Protokołu, dopóki nowe orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka nie wyjaśni zakresu takiego zakazu.

Po zakończeniu prac w sierpniu 2014 r. członkowie Komitetu większością głosów rekomendowali Danii przystąpienie do Protokołu. W opinii większości podkreślono, że celem ogólnego zakazu dyskryminacji przewidywanego przez Protokół jest wzmocnienie antydyskryminacyjnej ochrony prawnej obywateli. Protokół nawiązuje do niesprawiedliwego i nieproporcjonalnego traktowania z określonych powodów, z których konkretnie wymienia płeć, rasę, kolor skóry, język, wyznanie, poglądy polityczne i inne, narodowość bądź pochodzenie społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, status majątkowy, społeczny bądź inny. W ocenie większości członków Komitetu, Dania powinna przystąpić do Protokołu, jeśli pragnie lepszej ochrony prawnej swoich obywateli.

Rząd duński podjął jednak decyzję o nieprzystępowaniu do Protokołu. Oświadczenie rządowe skierowane do parlamentarnej komisji legislacyjnej nie zawierało żadnego formalnego uzasadnienia takiej odmowy.

Jak zauważyłam na wstępie, przyczyny odmowy Danii w sprawie przystąpienia do Protokołu prawdopodobnie mają charakter zarówno polityczny, jak i prawniczy.

Była minister sprawiedliwości z ramienia Konserwatywnej Partii Ludowej, Lene Espersen, w następujący sposób podsumowała stanowisko poprzedniego rządu:

„Od 2000 r., zarówno obecny, jak i poprzedni rząd nie są skłonne przystąpić do Protokołu nr 12 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Jest to spowodowane faktem, że Protokół zawiera ogólny zakaz dyskryminacji we wszystkich obszarach życia społecznego, prowadząc tym samym do pytania, czy Protokół – oraz interpretacja zakazu dyskryminacji przez Europejski Trybunał Praw Człowieka – ograniczą możliwości decyzyjne polityków w definiowaniu kryteriów uzasadniających obiektywne niejednakowe traktowanie, na przykład w dziedzinie przyznawania świadczeń socjalnych.” [Odpowiedź Ministra Sprawiedliwości na interpelację nr 88, 4 kwietnia 2005 r., Komisja Legislacyjna].

Takie same argumenty można znaleźć we wnioskach Komitetu ds. Włączenia Konwencji o Ochronie Praw Człowieka do ustawodawstwa duńskiego. Prawdopodobnie tymi samymi argumentami kierował się aktualny rząd, chociaż nie zostało to wyjaśnione. Tak więc jedną z głównych przyczyn nieprzystąpienia Danii

do Protokołu jest ryzyko daleko idących skutków ekonomicznych, np. jeśli Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdziłby, że świadczenia socjalne powinny przysługiwać większej liczbie obywateli, niż aktualnie wynika to z duńskiego prawa krajowego.

Autorzy opinii mniejszościowej Komitetu – z której prawdopodobnie korzystał rząd duński – stwierdzili, że wyżej opisane ryzyko przeniesienia kompetencji z parlamentu i rządu na szczebel Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i sądów duńskich wymaga *specjalnej uwagi*, oraz że powinno być *przedmiotem starannej analizy* przez rząd i parlament w ramach oceny zasadności przystępowania do Protokołu przez Danię.

Podsumowując: rząd duński podjął decyzję o nieprzystępowaniu do Protokołu nr 12 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Decyzja ta jest motywowana przyczynami natury politycznej oraz prawnej. Wątpliwości prawne dotyczą faktu, że z ratyfikacją wiąże się ryzyko przeniesienia kompetencji legislacyjnych – z parlamentu do sądów, oraz wykonawczych – z rządu duńskiego do organów międzynarodowych. Może to oznaczać, że sądy duńskie i Europejski Trybunał Praw Człowieka będą wydawać wyroki zmieniające ustawodawstwo duńskie np. w dziedzinie przyznawania świadczeń socjalnych. Rząd duński obawia się, że taki stan rzeczy może mieć daleko idące konsekwencje ekonomiczne. Jest to powszechnie wysuwany argument przez duńskich polityków. Dlatego też rząd duński i większość parlamentarna przykładają mniejszą wagę do argumentów *za* ratyfikacją, m.in. o tym, że wzmocni ona pozycję obywateli, poszerzając zakres zakazu dyskryminacji, a większą do dostrzeganych zagrożeń politycznych i prawnych przemawiających *przeciwko* niej.

Dyskusja

David Milner

Dziękuję bardzo. Obawiam się, że mamy lekkie opóźnienie. Mam nadzieję, że zostało nam jeszcze trochę czasu na dyskusję, ja poświęcę swoje własne prawo do dokonania podsumowań i zamiast tego od razu oddam Państwu głos, tak żeby mogła zaistnieć ogólna dyskusja. Zapraszam do korzystania z mikrofonu. Czy ktoś chciałby się w tej chwili zgłosić, bo jak sądzę teraz jest ten czas przewidziany dla nas na dyskusję. Proszę bardzo, ktokolwiek miałby ochotę wypowiedzieć się, będą podawane mikrofony. Jeżeli się Państwo nie zapiszą do głosu, to ja zacznę wszystko podsumowywać, zachęcam więc bardzo serdecznie do zabierania głosu.

Krzysztof Karsznicki

Chciałbym się odnieść do wystąpienia Pana doktora Jurczyszyna, który mówił o potencjale dyskryminacyjnym i tutaj wydaje mi się, że mówiąc o potencjale dyskryminacyjnym w Polsce, warto się odnieść do kilku czynników. To, co jest źródłem dyskryminacji, o tym Pan mówił, są stereotypy i uprzedzenia, ale co jest źródłem tych stereotypów i uprzedzeń? Warto wspomnieć o etnocentryzmie. Jeśli chodzi o etnocentryzm to tak naprawdę nikt z nas w każdym zakątku świata nie jest w stanie się go wyzbyć. Z niego samego jeszcze nic złego nie wynika, bo to nie jest nic złego; jeżeli ktoś będzie oceniał inną osobę z innej grupy kulturowej, wiadomo, że będzie przepuszczał przez własne filtry kulturowe. Jeżeli mamy taką sytuację, że rozmawiam z muzułmaninem i muzułmanin mnie zapyta o moją rodzinę, o moją żonę, o moje dzieci, zapyta mnie o wiarę, to w zależności od tego, jak odpowiem, tak potoczy się dalej nasza rozmowa. Zaprzyjaźnimy się albo się nie zaprzyjaźnimy. Na podstawie przepuszczania przez własne filtry kulturowe oceny danej osoby bardzo często wyrabiane są stereotypy i uprzedzenia. Problem tylko polega na tym, żebyśmy byli świadomi tego własnego etnocentryzmu i umieli powściągnąć własne emocje. Przypomina mi się taka sytuacja, kiedy mój kolega pojechał do jednego z krajów arabskich i był przez kilka lat

goszczony przez małżeństwo arabskie i chciał za wszelką cenę im się zrewanżować i zaprosić ich do Polski. I powiedział w ten sposób „zapraszam ciebie i twoją żonę do siebie”. Stosunki się ochłodziły i on nie wiedział dlaczego. Emire Khidarey, słowacka Minister Spraw Zagranicznych, która jest córką Irakijczyka, w swojej książce „Arabski świat” świetnie to wyjaśnia, jak mógł sobie w takiej sytuacji poradzić. Mógł powiedzieć „zapraszam ciebie do siebie, a moja żona twoją żonę do nas”. Trzeba być świadomym tego etnocentryzmu, znać własną kulturę. Problem polega na tym, żeby powściągnąć negatywne emocje. Jeśli chodzi o te negatywne emocje, to niestety bardzo często jest tak, że wywoływane są przez różne grupy polityczne. Jeżeli chodzi o nasz kraj to od 89. roku, kiedy przechodzimy przez ten proces transformacji, profesor David Ost zauważył coś bardzo niebezpiecznego obserwując nasz proces transformacji w Polsce. Mianowicie, zauważył, że żadna elita, żadna grupa polityczna nie potrafiła skanalizować buntu ekonomicznego, gniewu ekonomicznego, który jest naturalny w procesie transformacji. On nie został nigdy skanalizowany. My nigdy przy okazji kampanii wyborczych nie mówimy o programie, nie mówimy o sposobach rozwiązywania problemów, tylko za wszelką cenę dana grupa, która jest rządna, aby objąć władzę, dana partia, próbuje wykorzystać coś takiego jak eksternalizacja zła, a więc spersonifikować zło, a więc, że jest jakaś grupa winna czemuś. To jest niebezpieczne, dlatego że my w ten sposób do niczego nie dojdziemy. Oczywiście, można uratować program ekonomiczny, bo nie rozmawiamy z urny i zawsze będzie wychodził program Balcerowicza, ale my w ten sposób nigdy do niczego nie dojdziemy, bo zawsze będzie ktoś przegrany. Ja swojej tożsamości nie zmienię. Jeśli będę z kimś dyskutował, a ktoś będzie mówił, że winni są Żydzi, to przepraszam bardzo, ale ja w tej sytuacji swojej tożsamości nie zmienię. Niebezpieczeństwo polega na tym, że od wyborów do wyborów zawsze każda grupa polityczna próbuje wskazać kogoś winnego, spersonifikować zło. Tu już nawet nie chodzi o to, że mówimy o dyskryminacji danej grupy, ale dochodzi już do dyskryminacji instytucjonalnej. Ostatnio na tapecie są prokuratorzy i sędziowie. Są stereotypy odnoszące się do sędziów i prokuratorów. Jeżeli coś złego się dzieje, to bardzo często się mówi „winna prokuratura”, są takie negatywne stereotypy. Dziękuję bardzo.

Magdalena Czyż

Ja mam pytanie do Pani Louise Holck i być może również Pana Profesora Wyrzykowskiego, który mógłby mi odpowiedzieć na temat tego argumentu z przesunięciem władzy z instytucji demokratycznych, z parlamentu do sądów. Na ile racjonalny jest ten argument i nawet jeśli, to czy rzeczywiście niesie to jakieś zagrożenie dla demokracji? Dziękuję.

Krzysztof Drzewicki

Ja mam dwa pytania, jedno do Pana doktora Łukasza Jurczyszyna. Muszę Panu powiedzieć, że wiem o Pańskich przekonaniach z Pana ostatniego wniosku tego wystąpienia. Nazwanie tej twierdzy policyjnej jako konfrontacyjnego wyrazu stosunku policji francuskiej jest przesadą. Powiem Panu, że podczas pobytu na placówce dyplomatycznej we Francji przy Stałym Przedstawicielstwie przy Radzie Europy co roku dostawaliśmy regularne listy od Sekretarza Generalnego, żeby schować, na czas świąt zwłaszcza, Sylwestra, samochody, gdyż rocznie pali się tam od 100 do 140 samochodów. Palą mieszkańcy dzielnicy tureckiej, marokańskiej itd. Uważa Pan, że jakbyśmy nie chowali to jest to właściwe podejście, a z kolei myśmy zachowali się jak osoby przyjmujące pozycję konfrontacyjną. To chyba nie ten wniosek. Przyczyny społeczne tego są różne i proszę zwrócić łaskawie uwagę jak dobrze w sumie rząd francuski zareagował; nie chodzi o rozruchy, tego typu przemoc trzeba zwalczać. Natomiast jeśli chodzi o długofalowe podejście, Francuzi przyjęli bardzo dobry program integracyjny, on się powoli realizuje. Nie znam szczegółów wyników, ale wolałbym konkluzję o takich koncepcjach integracji tych grup społecznych, etnicznych i innych, niż kwestie oceny kontrowersyjnej oceny architektury budynków policyjnych we Francji.

Pytanie do naszej koleżanki z Danii. Pytanie w jakim stopniu, przede wszystkim, miała Pani podobną argumentację przeciwko ratyfikacji Protokołu 12 w ramach samej Wspólnoty Nordyckiej. Wiemy, że Szwecja idzie mniej więcej w tym samym kierunku i ma mniej więcej te same zasady i ma bardzo wiele problemów z tym *modus operandi*. Drugie pytanie, i to jest bardzo ciekawe, co Pani powiedziała, bo przecież zajęła się Pani całą gamą różnorodnych zjawisk, ale chciałbym zapytać. W gruncie rzeczy, przy okazji, nie spojrzała Pani na orzecznictwo z Protokołu 12, bo my w Polsce w trakcie konferencji kilka lat temu w ramach decyzji Ministerstwa stwierdziliśmy, że warto poczekać. Po to, żeby powstało dobrej jakości orzecznictwo, bo niektóre źródła orzecznictwa są wątpliwej jakości. Chcemy, aby Trybunał pokazał wobec nas, Europejczyków, że będzie odpowiedzialny, że w sposób odpowiedzialny podejdzie do proporcjonalności, racjonalności. My wstrzymaliśmy się, proces toczy się bardzo powoli, te dwa orzeczenia Trybunału w sprawach przeciwko Bośni i Hercegowinie to są bardzo niereprezentatywne orzeczenia. One są zawężone do struktury politycznej wewnątrz tego kraju, dlatego nie możemy pokusić się o zbyt wczesne konkluzje. Czy zechciałaby Pani skomentować?

David Milner

Mamy jeszcze czas na dwa pytania, a potem poprosimy panelistów o odpowiedź.

Paavo Kotiaho

Najpierw chciałbym podziękować organizatorom Seminarium za zorganizowanie tego fantastycznego wydarzenia na tak nośny temat. W ostatnich latach Europa zmagala się z kryzysem ekonomicznym, który dotknął nas wszystkich, może nie tak bardzo Polskę. Są również koszty społeczne, które musimy zapłacić. W odniesieniu do wystąpienia Profesora Jurczyszyna. Czy w swoich badaniach widział Pan pewne korelacje pomiędzy oddziaływaniem kryzysu a intensyfikacją zjawisk dyskryminacji, nietolerancji? A jeśli Polska w ogóle nie tak bardzo odczuła kryzys jak inne kraje, to czy proporcjonalnie mniej doświadczyła nietolerancji i nierówności niż inne kraje, które bardziej ucierpiały z powodu kryzysu? Dziękuję bardzo.

David Milner

Ostatnie pytanie.

Marta Gontarska

Ja mam pytanie do Pana doktora Jurczyszyna. W momencie, kiedy pokazywał Pan wyniki swoich badań, tam była tabela z określeniami. Z tego, co zauważyłam, kilka tych określeń było dosyć dyskryminujących już na początku, na przykład pojawiało się tam słowo „Murzyn”, też nie wszystkie były jednoznacznie dyskryminujące. Chciałabym zapytać, czy wynika to z metodologii, a jeżeli tak, to czy mógłby Pan powiedzieć coś więcej o tym? Dziękuję.

David Milner

Dziękuję. To teraz zapraszam wszystkich naszych panelistów o zwięzłe odpowiedzi na skierowane do nich pytania.

Łukasz Jurczyszyn

Dużo pytań. Postaram się odpowiedzieć w najbardziej syntetyczny sposób, w jaki potrafię. Odpowiadając na pytanie dotyczące egocentryzmu, komentarza, oczywiście, że tak. Bez dwóch zdań, jest to jedna z przyczyn takich postaw, natomiast uważam, że w epoce globalizacji ta silna tożsamość narodowa, o której Pan Prokurator raczył wspomnieć, ona jednak ulega zmianie, ulega redefinicji, również w takim kraju, jak Polska. Proszę zwrócić uwagę na badania odnoszące się do naszych emigrantów wielkiej fali 2 milionów osób, które po 2004 roku opuściło nasz kraj, cyrklują, w zasadzie nie wracają, ale kilkadziesiąt tysięcy osób wróciło. Pewnie nie

na stałe, jeszcze zobaczymy i są to osoby, które już miały za sobą doświadczenie obcowania w sposób trwały z innymi kulturami na zewnątrz naszego kraju. Nasz kraj jest ciągle krajem monoetnicznym i ten kontakt międzykulturowy na pewno jest bardziej ograniczony. Także ja bym się nie trzymał tak silnie takiej koncepcji o niezmienną się tożsamości narodowej, one się silnie zmieniają, społeczeństwo francuskie jest dobrym przykładem. Mamy białych Francuzów, z którymi zresztą pracowałem, żyłem 8 lat we Francji, którzy uczą się języka kreolskiego, z Karaibów, tylko żeby komunikować się ze swoimi kolegami ze szkoły, którzy nie chcą mówić po francusku. Zostawiłbym w sposób otwarty ten temat, nie zamknięty, to po pierwsze. Zgoda, że należy uczyć się innych kultur, to na pewno pomaga w komunikacji międzykulturowej, bez dwóch zdań.

Jeśli chodzi o konfrontacyjny model architektoniczny tego komisariatu, który Państwu pokazałem, jest to konstatacja wynikająca z badania i z kategorii, które pojawiały się w wywiadach z respondentami. Jest to również konstatacja analityczna. Zdecydowanie taki typ architektury, ale w ogóle podejście do polityki bezpieczeństwa publicznego, w kontekście, tak zwanych, wrażliwych przedmieść we Francji jest przykładem na koprodukcję tego zjawiska, na koprodukcję napięć panujących tam, zarówno społecznych, jak i etnicznych, a nie rozwiązaniem tego bardzo już strukturalnego problemu, z jakim boryka się państwo francuskie.

Z całym szacunkiem, tak, uważam, że Francja robi bardzo dużo, żeby problem zażegnać, mobilizowane są środki, cały czas, mimo przy tym kryzysie ekonomicznym, jaki dotyka nie tylko ten kraj, ale też cały region, odnosząc się też do Pana pytania dotyczącego kryzysu ekonomicznego. Nawet tam, gdzie ten model państwa opiekuńczego już się kończy, to nawet w tej sytuacji mobilizowane są środki, które niestety nie wystarczają. Populacja, o której mówimy, to jest mniej więcej 5 milionów obywateli Francji, o korzeniach imigranckich, które zamieszkuje te, już dzisiaj nazywane przez francuskich specjalistów, gettami. Bardzo długo przez 20 lat specjaliści francuscy nie chcieli używać tej bardzo amerykańskiej kategorii, dzisiaj to już jest fakt. Także, myślę, że to jest ta proporcja, która tu jest problemem, strukturalny charakter tego problemu i konstruując takie komisariaty i w ogóle z takim podejściem, bardzo takim twardym w stosunku do tamtej populacji, obrażając ją, jak to miało miejsce nazywając ich śmieciami, czy dofinansowując policję, która już coraz bardziej przypomina „robocopy”, niż pracujących policjantów ze społecznością. Taki był model we Francji, policja bliska obywatelom. Wydaje się, bazując też na literaturze francuskich specjalistów, że to nie tędy droga, że to właśnie koprodukuje te napięcia, które tam panują.

Tak, te kategorie, które zaprezentowałem, były użyte w badaniu, które było realizowane przez profesora Ireneusza Krzemińskiego, ja tylko dołączyłem w 2012 roku do tego procesu, zresztą byłem odpowiedzialny za grupy focusowe w Białymstoku i we Wrocławiu. Byłem na tym etapie badania i nie tworzyłem tych kategorii, aczkolwiek nie wiem, które miała Pani na myśli dokładnie, bo nie powiedziała Pani dokładnie, Cygan na przykład tak? – Murzyn na przykład (...). Nie będę tutaj za profesora odpowiadał, Pani pozwoli. Może kończąc, zostawiając czas innym panelistom, także bardzo dziękuję za zapytania.

Louise Holck

Dziękuję bardzo za pytania. Było jedno pytanie dotyczące przesunięcia władzy, myślę, że to jest szalenie dobre pytanie. Są dwie sprawy związane z przesunięciem: z parlamentu do sądów krajowych, z krajowego, z Parlamentu duńskiego do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Myślę, że teoretycznie jest to na rzeczy, ale Pani się zapytała, co leży u podstawy tej kwestii i czy to nastąpi, to przesunięcie. Ja uważam, że nie; nie sądzę, że to jest problem. My w Instytucie nie uważamy, że jest to problem, ponieważ tradycyjnie rzecz ujmując, Duńczycy są bardzo konserwatywni jeśli chodzi o sędziów, sędziowie duńscy nie orzekają w taki sposób, żeby zaskakiwać Parlament duński. Jeżeli spojrzymy na zakaz dyskryminacji, ten ogólny zakaz dyskryminacji, to istnieje; jeżeli przyjrzymy się innym zobowiązaniom międzynarodowym Danii, jeśli chodzi o zakaz dyskryminacji, to nie sądzę, że to jest poważna sprawa.

Ja nie sądzę, że przystąpienie do Protokołu 12 spowodowałoby utratę kontroli nad tą kompetencją, ale myślę, że niektórzy politycy tak uważają, nie czują się komfortowo z tym po prostu. Dlatego tak mówią.

Było jeszcze inne pytanie od tego Pana, nie wiem czy dobrze zapisałam szczegół, chodziło o kraje nordyckie: oficjalny argument, dlaczego Szwecja nie przystąpiła do Protokołu numer 12 brzmi m.in. to jest brak orzecznictwa, to był ten jeden z powodów. W pewnym zakresie, być może powodem był też, z perspektywy duńskiej, że ja nie mam oficjalnej odpowiedzi rządu duńskiego, dlaczego nie chcą przystąpić, a więc przedstawiam Państwu tylko niektóre argumenty, które pojawiły się w debacie publicznej, które wygłaszali członkowie tego Komitetu, ci którzy byli przeciwko temu przystąpieniu, więc przedstawiłam ich argumenty.

Nie jestem pewna, czy dobrze zrozumiałam pierwszą część pytania, czy może by Pan powtórzył?

Mirosław Wyrzykowski

Przesunięcie kompetencji z organów przedstawicielskich do organów sądowych, to ten argument używany jest bardzo często przez polityków, dlatego, że tak

się dzieje, że politycy za wszelką cenę zachować chcą monopol na wszystko, na wszystkie sfery swojej kompetencji, na wszystkie swoje racje, łącznie z racjami konstytucyjnymi. Po to doszliśmy do etapu współczesnego rozumienia konstytucjonalizmu, że do etapu, w którym odrzucamy koncepcję starą, że jedynym źródłem legitymizacji działania danego organu władzy publicznej są wybory powszechne. Legitymizacja sądów ma inne uzasadnienie, a mianowicie uzasadnienie wynikające z zasad konstytucji, która to konstytucja ma swoje uzasadnienie, swoją legitymizację poprzez sposób jej przyjęcia, również w trybie demokratycznym, jak choćby poprzez referendum konstytucyjne. To po pierwsze.

Po drugie – sprawa przesunięcia kompetencji z parlamentu narodowego do sądu międzynarodowego. Trzeba być konsekwentnym, jeżeli się podpisuje umowy międzynarodowe, jeżeli się wchodzi w struktury międzynarodowe, to wchodzi się w świadomość tego, że zmienia się struktura funkcjonowania i kompetencje organu władzy publicznej. To nie jest przesunięcie kompetencji, tylko utrata monopolu pewnej grupy zadań, monopolu organów władzy publicznej przez to, że organy międzynarodowe uzyskują kompetencję do decydowania w sposób wiążący dla danego państwa. Jeżeli mamy do czynienia z wyrokami Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, to one mają, są adresowane do Państwa, wobec którego została złożona skarga na naruszenie wolności i praw jednostki, ale mają też efekt ogólny, ponieważ wyznaczają też standard, który ma być obowiązujący we wszystkich państwach Rady Europy. To jest moja odpowiedź na argument, bronimy monopolu władzy za wszelką cenę. Nie da się obronić monopolu władzy, nie ma monopolu władzy parlament, nie ma monopolu władzy sąd, nie ma monopolu władzy władza wykonawcza.

Jeśli jestem przy głosie, to chciałbym odnieść się do wypowiedzi Pana Prokuratora i jego apelu, żeby nie ulegać stereotypom, żeby nie tworzyć stereotypów związanych z funkcją sędziego, funkcją sądów, funkcją prokuratury, funkcją prokuratorów. Ja w pełni popieram apel Pana Prokuratora, aby nie tworzyć stereotypów. Jednocześnie apeluję do sędziów i prokuratorów, żeby nie dawali podstaw do tego, żeby stereotypy powstawały. Jeżeli ja czytam w wyroku sądu polskiego, że sformułowanie „ścierwo czeczeńskie” jest elementem składowym neutralnej komunikacji społecznej, jeżeli ja czytam postanowienie prokuratora, że swastyka jest symbolem szczęścia w naszej kulturze, w naszym doświadczeniu, w naszej jedności etnocentrycznej, to apeluję o to, żebyśmy bronili zasad i żeby zasad bronili sędziowie i prokuratorzy. Żeby sędziowie i prokuratorzy powiedzieli „nie możemy zgodzić się na tego typu rozstrzygnięcia naszych kolegów”. Wtedy nie będzie żadnej pożytki dla stereotypów. Ale to jest wielowymiarowe zjawisko, a nie tylko obrona szanów Trójcy Świętej.

David Milner

Dziękuję wszystkim panelistom, dziękuję za pytania, jesteśmy już spóźnieni. Mam nadzieję, że to spóźnienie zostanie wynagrodzone przez jakość dyskusji. Życzę Państwu smacznego.

PANEL II

Moderator: SSN Teresa Flemming-Kulesza

*Prezes Sądu Najwyższego kierująca Izbą Pracy,
Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych*

Witam Państwa bardzo serdecznie, uczestników Seminarium na drugim panelu, który mam przyjemność prowadzić. Jak Państwo wiedzą z przedstawionego wszystkim programowi ten panel skupi się na osobach, których dostęp do praw gwarantowanych Europejską Konwencją Praw Człowieka jest bardzo trudny, a może nawet najtrudniejszy. Chodzi o osoby niepełnosprawne, ubogie, chore, o uchodźców. Będą Państwo mogli wysłuchać prezentacji szanownych panelistów i ewentualnie przedyskutować poruszane w nich tematy dotyczących właśnie takich grup osób.

Jak się wydaje w stosunku do tych najsłabszych osób obowiązki państwa, jego organów, a także szeroko rozumianej władzy publicznej nie sprowadzają się tylko do zakazu ich dyskryminowania, ale wydaje się, że sytuacja tych szczególnych podmiotów nakłada na te organy również pewne pozytywne obowiązki, które mogłyby pozwolić tym osobom na uzyskanie dostępu do praw gwarantowanych Europejską Konwencją Praw Człowieka. Jest jeszcze jeden element charakterystyczny dla panelu drugiego, to konieczność uwzględnienia elementu obywatelstwa, która to cecha jest nie tylko uważana za jedną najważniejszych podstaw dyskryminacji, obok takich cech jak płeć czy rasa, ale też oczywiście jak wynika z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka musi być też uwzględniana w odniesieniu do gwarantowania praw podmiotom, które nazwałabym słabymi czy najsłabszymi.

Moim może najmniej miłym obowiązkiem jest dyscyplinowanie panelistów, ale także Państwa dyskutantów, ale to wszystko w ramach zagwarantowania równego dostępu do Państwa uwagi i do mikrofonu wszystkim, którzy chcieliby wziąć aktywny udział w naszym Seminarium.

Skoro już jestem przy kwestiach formalnych, najpierw przedstawię panelistów. Pani Profesor Irena Lipowicz, Rzecznik Praw Obywatelskich, Pan Profesor Andrzej Świątkowski, Profesor Uniwersytetu Jagiellońskiego i Pan Jacek Chlebny, Sędzia Naczelnego Sądu Administracyjnego, Prezes Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie.

Proponuję ze względów obiektywnych, żeby pierwsza zabrała głos Pani Profesor Lipowicz i – gdyby Państwo mieli jakieś pytania, ewentualnie komentarze – to proszę przedstawić je po wystąpieniu Pani Profesor, a przed wystąpieniami pozostałych panelistów, gdyż Pani Profesor będzie musiała nas opuścić, a chciałaby umożliwić Państwu wzięcie udziału w dyskusji, ewentualnie zadanie pytań. Bardzo proszę Panią Profesor o zabranie głosu.

Prawa osób niepełnosprawnych: równość w korzystaniu przez osoby niepełnosprawne z praw gwarantowanych im przez Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności

Bardzo dziękuję Pani Sędzio. Na wstępie chciałabym zauważyć, że problem dyskryminacji osób niepełnosprawnych bardzo długo pozostawał w cieniu. Dziś wiemy, że dopuszczenie osób z niepełnosprawnością do pełnego uczestnictwa w życiu społecznym i gospodarczym oraz zagwarantowanie im należnych praw trzeba rozpatrywać nie tylko w kontekście zakazu dyskryminacji, ale przede wszystkim jako gwarancję poszanowania godności człowieka, która jest podstawową wartością konstytucyjną. Ponadto, poszerzanie praw i wspieranie osób z niepełnosprawnościami – z punktu widzenia interesów państwa – umożliwia pełne wykorzystanie zasobów ludzkich. Dzięki temu nie marnujemy talentów, zdolności, poświęcenia i umiejętności osób, które z powodu niepełnosprawności mają po prostu utrudniony udział w życiu społecznym.

Najpierw krótko scharakteryzuję działania Rzecznika w tej kwestii i nasze spojrzenie na międzynarodową sytuację. Ze względu na obecność ekspertów, którzy od lat zajmują się tą tematyką, zrobię to dość skrótowo.

Wielokrotnie każdy z nas spotykał się z trudnymi i przykrymi przypadkami w funkcjonowaniu państwa i prawa. Wówczas często zadajemy sobie pytanie: czy są miejsca albo okoliczności, które pozwalają nam jednak mieć nadzieję na poprawę sytuacji? Czy możemy mówić już o przełomie lub o istnieniu swoistej „małej ziemi obiecanej” w zakresie praw osób z niepełnosprawnością? Udało mi się odkryć właśnie takie miejsce w Polsce. To miasto i jego władze, które stały się nośnikiem innowacji społecznej, zainspirowały mnie tak bardzo, że zwróciłam się

do Ministra Pracy i Polityki Społecznej, aby właśnie tam stworzyć Szkołę Letnią – ośrodek kształcenia dla pracowników socjalnych i tych, którzy mają zajmować się i pracować z osobami niepełnosprawnymi. Tym miejscem jest Stargard Szczeciński. Miasto niebogate, gdzie mamy ok. 15% bezrobocia, a wielkie zakłady pracy upadły w trakcie reform lat 90. Powiedzielibyśmy, że to ostatnie miejsce, w którym szukalibyśmy takiej „ziemi obiecanej” z punktu widzenia równości. Informacje, które moi współpracownicy – również obecni na tej sali – przekazywali mi o działaniach podejmowanych w Stargardzie, były tak entuzjastyczne, że sama chciałam się przekonać, czy nie ulegli jakimś mirażom, czy nie jest to zbyt pozytywna ocena. Proszę wyobrazić sobie miasto, w którym mamy do czynienia z efektywną zdolnością zatrudnienia wszystkich osób z niepełnosprawnością intelektualną, które są w stanie taką pracę podjąć. Warsztaty służą jako trening pracy. Osoby, przeważnie z zespołem Downa, znajdują zatrudnienie po przeszkoleniu w centralnej kuchni, która wydaje ok. 1600 posiłków dla szkół, przedszkoli i innych placówek Stargardu Szczecińskiego. Posiłki są tak świetne, że ludzie zamawiają tam prywatny catering. Kucharz zatrudniony w centralnej kuchni ma zwykle skończone studia albo szkolenie w zakresie pracy z osobami niepełnosprawnymi. Należy podkreślić, że skoro te osoby pracują, to mogą opłacać czynsz w mieszkaniu komunalnym lub socjalnym, które gmina zostawia im do dyspozycji. To samodzielne mieszkania lub – ze względu na stopień niepełnosprawności – dla kilku osób. Są w nich osobne pokoje z łazienkami, a przestrzeń wspólna jest dostępna dla wszystkich. Dzięki takiemu rozwiązaniu osoba z niepełnosprawnością zamiast pozostawać na rencie – pod wieczną opieką wyczerpanego rodzica – ma zatrudnienie, żyje w przyjaznym środowisku, opłaca mieszkanie i może wypracować własną emeryturę. Należy także podkreślić, że w tym niebogatym i trapionym plagami społecznymi mieście mamy także do czynienia z czterostopniowym systemem wyprowadzania z bezrobocia: począwszy od *street workerów*, skończywszy na mieszkaniu dla byłych bezdomnych, które jest jakby ukoronowaniem całej drogi wiodącej przez ogrzewalnie i przez całodobowy dom opieki. Osoby starsze mogą natomiast pozostawać w mieszkaniach chronionych, gdzie opiekują się nimi wolontariusze. Część z nich stanowią dorośli pensjonariusze domu dziecka, którzy w zamian za ten wolontariat nie muszą przez pierwsze trzy lata opłacać swojego mieszkania. Poprzez taką działalność kształtują się trwałe więzi między osobami starszymi, a tymi młodymi ludźmi, niejednokrotnie pozbawionymi opieki i ciepła rodzinnego. Ponadto warto wskazać, że w systemie TBSu istnieją mieszkania, które dana rodzina może wynająć (a nie kupić) i na tym samym pięttrze mieć też kawalerkę dla seniora rodziny. Pozwala to na sprawowanie nad nim opieki a równocześnie gwarantuje niezbędną samodzielność osoby starszej. Nie będę już wspominała o wielu technicznych dostosowaniach

do potrzeb osób z niepełnosprawnością ruchową. W Stargardzie Szczecińskim mamy do czynienia ze stałą innowacją społeczną, która sprawia, że osoby z każdym rodzajem niepełnosprawności mają swoje miejsce w życiu społecznym i są dopuszczone do pracy. Nie są natomiast skazane na jakiś wielki anonimowy zakład pracy chronionej. Miasto zadbało o 12-14 osobowe pensjonaty z modułem na mieszkania dla opiekuna. Z punktu widzenia klimatu społecznego i otwartości należy podkreślić, że to wszystko jest robione we wzorowym partnerstwie społecznym: z Uniwersytetem Trzeciego Wieku i organizacjami seniorów. Należy zauważyć, że nie są one przedmiotem opieki i działania ze strony miasta, ale jego autentycznym partnerem i biorą aktywny udział w współtworzeniu każdego nowego elementu systemu. To taki promień słońca, który chciałam dzisiaj Państwu pokazać i postawić pytanie: czemu w całej Polsce nie mamy samych takich Stargardów Szczecińskich? Serdecznie zapraszam Państwa do złożenia tam wizyty.

Niestety – rzeczywistość, jakiej zwykle doświadczają osoby z niepełnosprawnością – zarówno fizyczną, jak i intelektualną – w wielu innych miejscach w Polsce daleka jest od ideału, również w sferze prawnej. Cztery lata temu, gdy obejmowałam urząd Rzecznika Praw Obywatelskich, prawa osób niepełnosprawnych oraz prawa osób starszych uczyniłam jednymi z moich priorytetów. Wtedy nie mieliśmy tak wielu skarg, za to musieliśmy podejmować wiele działań, aby przypominać, że 5 lat po podpisaniu Konwencji o Prawach Osób Niepełnosprawnych, najwyższy czas ją ratyfikować. Wówczas wydawało się nam, że będzie to ostateczne spełnienie naszych postulatów. Jednak jeżeli teraz spojrzymy na istniejące orzecznictwo i na to, czego brakuje w kontekście Konwencji, to – szczególnie po wypowiedzi Ministra Nowaka-Fara, należy wskazać kolejne postulaty Rzecznika Praw Obywatelskich. Jednym z nich jest Protokół nr 12 – oczekujący na decyzję polskich władz. Dopiero zawarta w nim możliwość zaskarżenia urealnienia respektowanie praw osób z niepełnosprawnościami.

Warto zauważyć, że obecnie w Polsce mamy do czynienia z taką sytuacją „wyspowa”. Mówiłam już o Stargardzie Szczecińskim, mogłabym także wskazać wielkie miasto, czyli Gdynię, która w innowacjach na rzecz praw osób niepełnosprawnych przoduje w Polsce. Mimo to można jednak zauważyć – co byłoby moją pierwszą tezą – że powstała pewna swoista wyspowość. Mamy liderów – miasta, w których są centra alzheimerowskie, centra parkinsonowskie, umożliwiające pozostawienie na osiem godzin osoby z dużą niepełnosprawnością. Mamy takie urzędy, jak w Gdyni, gdzie usługi kserowania są zarezerwowane dla spółdzielni socjalnej złożonej z osób z zespołem Downa, a bar mleczny prowadzony jest przez inną spółdzielnię zrzeszającą osoby niepełnosprawne. Jest Wrocław, gdzie dzięki Pełnomocnikowi ds. Osób Niepełnosprawnych nastąpił wielki przełom, jeżeli chodzi o bariery architektoniczne. Ale niestety mamy też miasta

nieuwzględniające potrzeb osób niepełnosprawnych. Należy również zauważyć, że w innowacjach socjalnych dla osób z niepełnosprawnością np. intelektualną, czy chorobami przewlekłymi nie mamy ogólnie wielkiego postępu – szczególnie w zakresie możliwości pracy i swoistego „otwarcia na prawa w pracy”. W wielu przypadkach sam samorząd nie może takiego postępu dokonać, bo wymagana jest zmiana prawodawstwa. Myślę, że dochodzimy do jakiejś nowej epoki w spojrzeniu na prawa niepełnosprawnych, ale potrzebny jest przełom.

Chciałam zwrócić Państwa uwagę również na inną, ważną kwestię. W ciągu życia jednego pokolenia nowotwór z choroby wysoce śmiertelnej stał się – w większości przypadków – chorobą przewlekłą, w trakcie której chorzy bardzo długo chcą i mogą pracować. Ale nasze prawo pracy nie jest do tego przystosowane, jednak zmiany są zawsze możliwe. W społeczeństwie przyjęło się już, że to przecież kobieta musi udać się na urlop macierzyński, tymczasem mamy teraz urlopy „tacierzyńskie” – to jest jasne i wiemy, że służy dobru społecznemu. Jednocześnie nie przyjmujemy do wiadomości, że coraz częściej osoba pracująca – zwłaszcza jeśli chcemy, żeby pracowała do późnego wieku – będzie potrzebowała urlopu na chemioterapię albo na okresowe świadczenia zdrowotne w chorobie związanej z nowotworem. Pozwoli to nieraz przedłużyć jej okres zatrudnienia o 4-5 lat. W wielu przypadkach takie osoby nie chcą iść na niską rentę, wolałyby dłużej pracować. W tym kontekście należy zauważyć, że choć choroba nowotworowa jest dziś coraz powszechniejsza, to nadal w prawie pracy i w podejściu do osoby niepełnosprawnej rozpatrujemy ją tylko w kategorii renty albo świadczeń dla opiekuna lub pracodawcy.

Wielką zmianą po ratyfikacji Konwencji powinna być reorientacja ustawodawstwa, w której osoba niepełnosprawna staje się podmiotem, a nie przedmiotem pieczy publicznej. Myślę, że jest to zgodne z kierunkami – z takim rozumieniem prawa administracyjnego i konstytucyjnego, jakie przedstawiał profesor Wyrzykowski, ale też profesor Jarzęcka-Siwik i wiele osób obecnych na tej sali. Oznacza to, że patrzymy na prawo, które ma być adresowane przede wszystkim do osoby niepełnosprawnej jako podmiotu, a jego celem nie jest wyłącznie służyć temu, aby pracodawca zatrudnił takie osoby. Oczywiście to też jest potrzebne, ale coraz częściej docierają do mnie głosy osób z niepełnosprawnościami, jak np. ten podczas zwołanej przez Biuro RPO konferencji: „Ja sobie dam radę na rynku pracy, jeśli otrzymam wsparcie”. Ci ludzie chcieliby tylko, aby umożliwić im skorzystanie z tych środków, które otrzymuje pracodawca, tak aby sami mogli zmienić swoją sytuację. Według nich fundusze pomocowe pozwoliłyby im na znalezienie zatrudnienia na wolnym rynku pracy. To są tylko przykłady, natomiast główna teza jest taka: ratyfikacja Konwencji była zasadniczym postępem. Chciałabym jednak podkreślić, że moim zdaniem swoisty „przewrót kopernikań-

ski” w tym obszarze nastąpi dopiero w wyniku wprowadzenia realnej możliwości zaskarżania rozstrzygnięć. Nie powinniśmy się bać dalszych kroków, nawet pomimo tego, o czym mówili również nasi zagraniczni goście – związanych z tym problemów. Chcę równocześnie powiedzieć, że duża część naszego prawodawstwa ma jeszcze archaiczny charakter, który nie dostrzega podmiotowości osoby z niepełnosprawnością. Musimy również pamiętać, że wciąż pojawiają się nowe zagrożenia, o których kiedyś nie mieliśmy pojęcia, a którym prawodawstwo powinno stawić czoła.

Pragnę także krótko przypomnieć, w jakim zakresie orzecznictwo europejskie dotknęło spraw, o których mówimy. Wbrew pozorom – inaczej niż oczekiwaliśmy – nie ma tak wielu orzeczeń. Warto jednak zwrócić uwagę m.in. na kwestię dostosowania zakładów karnych do potrzeb osób z niepełnosprawnościami. W tym momencie chciałabym podziękować Panu Dyrektorowi Olkowiczowi za przykład, który dał broniąc praw człowieka. Należy podkreślić, że tam, gdzie jest to konieczne – dostosować trzeba, ale należy przede wszystkim spojrzeć, czy dana osoba np. niepełnosprawna intelektualnie, w ogóle była zdolna do winy i poniesienia odpowiedzialności karnej. Czy w związku z tym – zamiast dostosowywać zakład karny – nie należałoby przemyśleć sposobu i zasadności odbywania kary przez tę osobę już na etapie orzekania przez biegłych oraz samej działalności prokuratury, policji i sądu. Chcę przypomnieć, że około 200 osób z niepełnosprawnością umysłową w stopniu znacznym lub umiarkowanym – co oznacza, że znajdują się mniej więcej na poziomie od 3 do 7 letniego dziecka – odbywa w dalszym ciągu karę w zakładach karnych. Panu Dyrektorowi Olkowiczowi i podobnym mu osobom zawdzięczamy zidentyfikowanie tego problemu. Muszę przyznać, że w tym kontekście bardzo pozytywnie zaskoczyło mnie, jako Rzecznika Praw Obywatelskich, że tak wielkim sojusznikiem w zakresie poprawy praw człowieka okazała się Służba Więzienna – o wiele większe problemy stanowi na tym polu nasza współpraca z Sądownictwem i Prokuraturą.

Kolejnym istotnym problemem, który poruszę, jest kwestia przymusowego umieszczenia w domu pomocy społecznej. Ilustruje ją sprawa *Kędzior v. Polska* z 2012 roku, która stanowi wierzchołek góry lodowej. Jako instytucja, Rzecznik Praw Obywatelskich nie ma jeszcze wystarczających zasobów, żeby dokonywać systematycznej inspekcji domów pomocy społecznej, gdzie przebywają osoby umieszczane przymusowo albo te, które mogą być w nich pozbawiane wolności i poddawane nieludzkiemu traktowaniu. Przypomnę o sprawie poruszanej w mediach: starszą osobę z alzheimerem – jak zeznali sami pracownicy – odwiązywano od łóżka tylko na pół godziny w ciągu dnia. Takie działania realizują definicję tortur według orzecznictwa międzynarodowego. I o ile takie przypadki w zakładach karnych, w izbach wytrzeźwień czy w zakładach psychiatrycznych

są objęte naszą systematyczną inspekcją, wykrywaniem i działaniem Krajowego Mechanizmu Prewencji, to nie mamy w tej chwili fizycznych i etatowych możliwości, by objąć taką inspekcją wszystkie domy pomocy i domy opieki dla osób starszych, co związane jest m.in. z ich prywatyzacją. Niestety, czasami zdarza się, że są to miejsca, gdzie zbiega się dyskryminacja i niebezpieczeństwo nieludzkiego traktowania osób zarówno starszych, jak i osób z niepełnosprawnością.

Warto zwrócić uwagę również na sprawę *Kudła v. Polska* z 2000 roku o niezapewnienie odpowiedniej opieki psychiatrycznej podczas tymczasowego aresztowania. Uważam, że w tej chwili jest to niezbędne z punktu widzenia legislacji, realizacji programu zdrowia psychicznego i poprawy sytuacji osób przebywających w szpitalach psychiatrycznych. Przypominam, że zdarzają się jeszcze sale 15-16 osobowe, w których ludzie w stanie zaburzonej świadomości umieszczeni są przez długie lata. Gdybym miała wyróżnić kategorię osób niepełnosprawnych, co do których w ciągu najbliższych 5 lat wymagane jest podjęcie szczególnego wysiłku i doprowadzenie do zasadniczej zmiany ich sytuacji, to wskazałabym osoby chore psychicznie i osoby po epizodach psychiatrycznych. Należy zauważyć, że wciąż mamy do czynienia z ogromnymi potrzebami w tym zakresie, z koniecznością tworzenia lokalnych ośrodków opieki środowiskowej, pozwalających na deinstytucjonalizację systemu, która w wielu krajach Europy Zachodniej już się dokonała.

Z mojego punktu widzenia nie obawiałabym się rozszerzenia zakresu kontroli ETPCZ przez Protokół nr 12 i sądzę, że jego ratyfikacja przez Polskę byłaby rzeczą niezwykle pożądaną. W Konwencji mamy zakaz jakiegokolwiek dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność. Świadomość osób niepełnosprawnych, ich rodziców i opiekunów dopiero się w Polsce budzi, ale ratyfikacja Konwencji była w tym przypadku bardzo poważnym krokiem naprzód. Doprowadziła do dużo większej pewności siebie, wzrostu poczucia własnej wartości oraz świadomości na temat posiadanych praw. Mam na myśli również kwestie zorganizowania się osób chorych na choroby rzadkie. Niestety, dotychczas ciągle nie mogę uzyskać odpowiedniej reakcji ze strony Ministerstwa Zdrowia w tym zakresie. Nie podejmuje ono żadnych działań, nawet tzw. działań miękkich. Do dziś nie stworzono m.in. strony internetowej czy rejestrów, które mogłyby – niezależnie od występujących problemów finansowych – poprawić sytuację osób cierpiących na choroby rzadkie.

Ochronę krajową ciągle należy uznawać za niewystarczającą. Co prawda mamy ustawę z 3 grudnia 2010 roku w sprawie równego traktowania, ale – tu Minister Fuszara zgodzi się ze mną – trudno uznać jej kształt za optymalny, zwłaszcza jeżeli chodzi o osoby niepełnosprawne. Istnieje szereg uzasadnionych wątpliwości, które dotyczą nawet pozycji mojego urzędu. Należy bowiem zauwa-

żyć, że wśród nowych obowiązków Rzecznika znalazła się również rola organu antydyskryminacyjnego. Wykonywanie obowiązków wynikających z Konwencji dotyczącej osób niepełnosprawnych, wykonywanie Konwencji OPCAT – choć było wielkim wysiłkiem kadrowym i finansowym, nienależycie zrekompensowanym przez Parlament – to jednak jest rzeczą, którą Rzecznik może w obecnym kształcie polskiej instytucji ombudsmana wykonywać w pełni. Niemniej jednak należy podkreślić, że w europejskim modelu antydyskryminacyjnym są pewne zadania, dotyczące zwłaszcza świadczenia pomocy ofiarom, które w związku z konstytucyjnym kształtem urzędu Rzecznika Praw Obywatelskich będą zawsze sporne i trudne do realizacji. Dlatego też mogę sobie wyobrazić w przyszłości odrębny organ antydyskryminacyjny o takim „pomocowym” charakterze. Choć jestem bardzo przeciwna rozpraszaniu funkcji ombudsmana – co czasami funduje nam przez prywatyzację zadań Unia Europejska – to w tym przypadku jestem otwarta na nowe modelowe rozwiązania tej kwestii. Pozycja prawna Rzecznika Praw Obywatelskich, jako organu kontroli władzy publicznej, zawsze będzie troszkę inna niż typowego organu antydyskryminacyjnego, który ma też inne funkcje. O ile możemy jeszcze rozszerzyć naszą aktywność na badania, na działalność naukową, to jednak typową działalność poradniczą z kwestiami skargowymi trudno połączyć. To są problemy strukturalne, konstytucyjne. Z chęcią uczestniczyłabym w seminarium eksperckim, które byłoby poświęcone temu zagadnieniu oraz sposobom rozwiązywania pewnych sprzeczności, pojawiających się w związku z oczekiwaną nowelizacją ustawy antydyskryminacyjnej. O podjęcie takiej inicjatywy apeluję do obecnych tu profesorów.

Reasumując, chciałabym powiedzieć, że w tej chwili osoby z niepełnosprawnościami nie mają możliwości składania skarg indywidualnych do organów międzynarodowych w przypadku naruszenia ich praw społecznych. Chodzi m.in. o prawo do pracy, do opieki zdrowotnej, do rehabilitacji. Jednocześnie należy wskazać, że mechanizmy przeciwdziałania dyskryminacji w prawie krajowym są wciąż niewystarczające. Zrobiono duży postęp, ale to nadal zbyt mało. Jak wskazują same osoby niepełnosprawne – obecne rozwiązania są mało skuteczne. Dopiero ratyfikacja Protokołu 12 otworzyłaby drogę do poszerzonej, właściwej ochrony przed dyskryminacją, i to w każdym aspekcie życia. Stoję więc na stanowisku, że mogłaby ona wpłynąć na skuteczną ochronę osób z niepełnosprawnościami przed dyskryminacją oraz podniesienie standardów krajowych w tym zakresie.

Dziękuję bardzo.

Teresa Flemming-Kulesza

Bardzo dziękuję Pani Profesor za tak interesujące, inspirujące wystąpienie i mam pytanie do Państwa, czy chcieliby Państwo może zadać pytanie albo zabrać głos w dyskusji?

Roman Wieruszewski

Dziękuję bardzo, chciałbym serdecznie podziękować Pani Profesor za bardzo ciekawe, inspirujące wystąpienie. Ja mam dwa krótkie pytania. Pierwsze pytanie związane jest z propozycją ratyfikowania Protokołu 12, który już wiemy, czemu nie ratyfikujemy, bo czekamy, aż Trybunał powie, udowodni, że Protokół 12 jest mało wartościowy, ale mam nadzieję, że to był tylko żart, że jednak się zmobilizujemy do tej ratyfikacji. Ale chodzi o inny instrument, który również Polska boi się ratyfikować, mianowicie Protokół Dodatkowy do Konwencji Praw Osób Niepełnosprawnych, pozwalający na składanie skarg indywidualnych do Komitetu Praw Osób Niepełnosprawnych. Jak wiemy, Polska również nie chce ratyfikować tego Protokołu, podobnie jak innych protokołów, dotychczas nie ratyfikowanych, a pozwalających na skargę. Czy Pani Profesor uważa, że też warto zabiegać o tę ratyfikację? A drugie pytanie mam takie: jak Pani Profesor diagnozuje te trudności, które mamy z realizacją chociażby właśnie tej Konwencji Praw Osób Niepełnosprawnych, czy one mają swoje podłoże takie jak na przykład ten opór przeciwko Konwencji o zapobieganiu przemocy w rodzinie czy podłoże natury ideologicznej, światopoglądowej, czy też podłożem jest brak wiedzy, brak świadomości, brak może środków materialnych, które uważamy, że trzeba przeznaczyć na inne, ważniejsze cele. Dziękuję bardzo.

David Milner

Moje pytanie dotyczy Protokołu 12, zwłaszcza z ust Pani z Chorwacji słyszeliśmy, że tam była taka sytuacja, że przepisy niedyskryminacyjne pojawiły się w konstytucji, w prawodawstwie, że były środki zaradcze w konstytucji, także grunt lokalny został dobrze przygotowany. Czy sądzi Pani, że w przepisach prawa polskiego mamy już na tyle dobrze opracowaną materię, że implementacja Protokołu 12 będzie prosta i łatwa?

Jan Żelazkowski

Pani Profesor, *verba docent exempla trahunt*, bardzo pięknie, że Pani przywołała przykład Stargardu Szczecińskiego, bo to rzeczywiście jest ziemia obiecana, ale jak odległa, tego nikt nie wie. Stargard Szczeciński jest małą miejscowością, mógłbym podać przykład metropolii, które dyskryminują niepełnosprawnych. Pani, i tu widzę światło nadziei, zaznaczyła, że zajmie się kontrolą domów opieki społecznej,

zwróci Pani na nie uwagę, nie tylko jeśli chodzi o przymusowe skierowania, ale proszę przyjrzeć się praktyce, która może spotkać każdego, kiedy mamy rodzica w podeszłym wieku, jedna z córek mieszka na jednym krańcu Polski, a druga na drugim i dzielą się tą opieką. Decyzja jest w jednym mieście przyznająca to miejsce, jeśli ta osoba przyjeżdża do drugiego miasta, to wielka metropolia potrafi zastanawiać się pół roku i w końcu wydać decyzję negatywną co do przyjęcia do dziennego domu opieki, wydawałoby się, że nic prostszego, ale jednak jest to poważny problem. Poważnym problemem jest także kwestia opieki na osobą niepełnosprawną sprawowana przez osobę niepełnosprawną. Jeśli mąż jest osobą niepełnosprawną, ale jest w stanie zaopiekować się żoną, to zasiłku opiekuńczego nie dostanie. Mamy takie sytuacje i myślę, że jako Rzecznik Pani na to spojrzy i pomoże w przełamaniu tych wielkich barier. Dziękuję.

Irena Lipowicz

Dziękuję. Bardzo proszę.

Pytanie

Króciutkie pytanie, na przedłużeniu pytania Profesora Romana, naszego kolegi. Mianowicie, czy Polska powinna iść w kierunku ratyfikacji Protokołu do Konwencji o osobach niepełnosprawnych? Pytanie rozszerzyłbym – zwłaszcza w świetle ostatnich orzeczeń Komitetu Praw Osób Niepełnosprawnych, w tym znanej dosyć niesławnie sprawy szwedzkiej, gdzie nie tylko uznano naruszenie, ale zgodnie z Konwencją przyznano spore odszkodowanie za to, że Komitet uznał, iż osoba niepełnosprawna powinna być wyposażona przez władze szwedzkie w basen i jacuzzi w swojej willi dla celów jej rehabilitacji. Problem w tym, że obciążanie rządów od razu i to takiego rządu, który dobrze działa w dziedzinie praw człowieka, tak jak rząd Szwecji, deprymuje mnóstwo innych rządów i to jest jeden z błędów w podejściu do dobrego rozwiązywania tych spraw. Takiego, jak chociażby przykład Stargardu Gdańskiego. Dziękuję.

Irena Lipowicz

Bardzo dziękuję, może zacznę od końca, a zakończę tymi sprawami ogólnymi. Powiem szczerze, że nie była mi znana sprawa z basenem i z jacuzzi.

Anna Błaszczak

Czy ja mogę tylko sprostować? To jest może dosyć ważne. To orzeczenie nie dotyczyło tego, że rząd szwedzki miał sfinansować komuś budowanie basenu w jego willi, orzeczenie było dokładnie odwrotne. To osoba z niepełnosprawnością chciała za swoje, prywatne, własne pieniądze rozbudować swoje prywatne, własne miesz-

kanie, ale przepisy prawa administracyjnego i budowlanego jej to uniemożliwiały, więc to nie chodziło o zaangażowanie środków publicznych w czyjąś rehabilitację, tylko o przeszkody prawne w zakresie administracyjnym, co zasadniczo inaczej rzutuje na tę sprawę i to orzeczenie, które uważam za bardzo istotne. Przepraszam bardzo Pani Rzecznik, że weszłam w słowo.

Irena Lipowicz

Pani Dyrektor Błaszczak, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich – proszę już w całości też odpowiedzieć i przypomnieć nasze stanowisko w tej sprawie, o której Pan Dyrektor mówił.

Anna Błaszczak

Chciałam tylko wyjaśnić to konkretne orzeczenie. Myślę, że Pani Rzecznik w swoim wystąpieniu mówiła zarówno o Protokole 12, jak i o Protokole Fakultatywnym do Konwencji o prawach osób niepełnosprawnych, o który, jak rozumiem, Pan pyta, bo to są dwie różne konwencje i oczywiście dwa różne protokoły. Należy jednak podkreślić, że w zakresie ochrony praw osób z niepełnosprawnościami równie istotne i wydaje się, że Pani Rzecznik również wspominała o tym w swojej wypowiedzi. Już nie będę chciała więcej wchodzić w słowo, tylko musiałam to sprostować. Przepraszam.

Irena Lipowicz

Myślę, że jesteśmy za to wszyscy wdzięczni, bo ja akurat tego orzeczenia nie znałam, a jak widzimy jest to zasadnicza różnica, czy ktoś w swoim mieszkaniu będąc osobą sparaliżowaną czy niewładną chce za własne pieniądze stworzyć coś takiego. Należy jednak powiedzieć, że nie możemy udawać, że w Europie wszyscy mamy takie samo spojrzenie na sytuację osób niepełnosprawnych i na domy opieki. Jeżeli chodzi o konflikt i odmienne kulturowe spojrzenie na zasady równości, szczególnie w przypadku krajów skandynawskich, to jest taki problem, który pokazuje jak trudno jest czasem znaleźć wspólny mianownik w prawie europejskim. Można tu przywołać sprawę zwolnienia pracownicy socjalnej, która podczas swojego dyżuru poświęciła czas na towarzyszenie samotnej osobie umierającej. Została później oskarżona o to, że nierówno potraktowała pacjentów. Podnoszono, że jako urzędnik państwowy powinna tak samo traktować pacjentów, a nie wyróżniać niektórych. Zwłaszcza, że nie był to pierwszy taki przypadek. Przy wszystkich słabościach naszego sądownictwa, nie wyobrażam sobie, żeby w tym przypadku stwierdzono – tutaj zwracam się do Pani Sędzi – naruszenie obowiązków pracowniczych. Jednak w rozumieniu skandynawskim – w takim ujęciu bardzo radykalnego równego traktowania i bezstronności urzędnika państwowego – naruszyła. Takie problemy

mogą się oczywiście pojawiać. Ale zgadzam się również, że od ratyfikacji odstrasza czasami przeświadczenie, że od krajów biedniejszych nie z własnej winy – jak nasz kraj dotknięty licznymi katastrofami historycznymi i wojnami – nie można od razu wymagać takiego samego poziomu ochrony, jak od innych.

Tu od razu płynnie odpowiem na kolejne pytanie. Właściwie powiedziała-bym, że kryzys jest też szansą. W moim przekonaniu, ratyfikacja Protokołu 12 mogłaby wywołać w polskim ustawodawstwie i praktyce pewien kryzys. Ale stałby się on silnym i ozdrowieńczym impulsem. Polska jest zdolna do szybkich zmian. Myślę, że wielokrotnie potrafiłszy tego dowieść. W ciągu 4 lat sprawowania mojego urzędu widzę ogromny wzrost aktywności w zabieganiu o prawa osób z niepełnosprawnością, ale także ogromny wzrost świadomości samych osób niepełnosprawnych. Postęp w tej kwestii jest obecnie bardzo szybki, ale należy zauważyć, że jeżeli nie ma stałej presji – i tu jeszcze nawiązuje do tego, o czym mówił Pan Profesor Wieruszewski – to ten postęp nie będzie taki szybki. Jednak już sama ratyfikacja Konwencji spowodowała impuls. Są dwie szkoły w tym zakresie: wielu prawników, sędziów uznaje – zwłaszcza, jeśli nie analizujemy tego tylko w kategoriach świadczeń – że to pewnego rodzaju „odzyskiwanie zasobów” dla społeczeństwa. Jest to szczególnie ważne, jeśli weźmiemy pod uwagę obecne zjawisko starzenia się społeczeństwa, z coraz mniejszą ilością młodych, wykwalifikowanych ludzi. Dlatego też osoby niepełnosprawne, które chcą lub mogą pracować i mogą być aktywne w życiu społecznym, nie powinny być ograniczane poprzez dyskryminację. Warto wskazać, że aktywizacja osób z niepełnosprawnościami jest dobrym rozwiązaniem nie tylko dla nich samych. Oczywiście, będzie to pewien wysiłek dla aparatu państwowego, ale jeszcze raz spójrzmy na przykład Stargardu Szczecińskiego. Teraz miasto nie wypłaca wielu zasiłków, bo ma do czynienia ze świadomymi obywatelami – pracującymi, zarabiającymi, dumnymi ze swojej pozycji społecznej. To jest właśnie kierunek, w którym powinniśmy zmierzać. Nie ma powodu, dla którego inne miasta nie miałyby tą drogą podążać. A więc odpowiadając na zadane pytanie: uważam, że ratyfikacja Protokołu 12 to rzeczywiście byłby pewien wstrząs, kryzys. Może na początku wiązałyby się z nim również niedoskonała realizacja i czasami konsekwencje sądowe, ale myślę, że polscy prawnodawcy oraz cały aparat państwowy bardzo szybko dokonaliby odpowiednich przekształceń w pożądanym kierunku.

Odpowiadając Panu Żelazkowskiemu, chcę podziękować za tę opinię, a jednocześnie zauważyć, że w przypadku takich konkretnych spraw m.in. jak ta przywołana przez Pana, zawsze proszę o skargę do Rzecznika Praw Obywatelskich – w razie czego przypominam – bezpłatny telefon z terenu całego kraju: 0 800 678 678. Odnosząc się bezpośrednio do przedstawionego problemu, z przykrością muszę stwierdzić, że choć chciałabym kontrolować domy pomocy społecznej, to

jednak w coraz większej liczbie przypadków nie jestem w stanie tego zrobić. W Biurze RPO do kontroli wszystkich 1800 placówek pozbawienia wolności w całym kraju wyznaczonych jest 13 osób, a co się z tym wiąże statystycznie każda z nich może zostać skontrolowana mniej więcej raz na dwadzieścia lat. Dlatego poprosiłam o przyznanie 4 dodatkowych etatów. Co roku jest więcej tych osób, ale należy pamiętać, że realizują poszczególne konwencje. W konsekwencji, możemy działać tylko punktowo i polegać przede wszystkim na sygnałach od obywateli.

Ponadto, chcę też powiedzieć o niebezpieczeństwie w skali całej Unii Europejskiej, na które wszyscy ombudsmeni zwracają uwagę. Samo prawo unijne, z którym tak często wiążemy poprawę standardów i postęp dotyczący praw niepełnosprawnych, czasami – paradoksalnie – może być źródłem ich pogorszenia. Takimi niebezpieczeństwami, na które IOI (organizacja rzeczników) zwraca uwagę są: sektorowość ombudsmenów, zabieranie z obszaru naszej kontroli wielu aktywności i związana z tym prywatyzacja usług publicznych. Myślę, że zbliżamy się do jakiejś *finalité* – do jakiejś granicy tej prywatyzacji zadań publicznych. Zwłaszcza w sprawach socjalnych coraz bardziej widoczne staje się, że odbiorca świadczenia to nie zawsze klient i nie można pewnych kwestii sprowadzać wyłącznie do rynkowych relacji, czego negatywnym przykładem jest choćby sprawa w jednym z prywatnych domów pomocy społecznej. W naszej powszechnej fascynacji zachodem Europy istniało przeświadczenie, że wszystko, co prywatne, ma być lepsze. Niestety, okazało się na przykład, że właściciel jednego z takich domów „używał” pensjonariuszy jako tzw. „słupów”, czyli osób do pobierania pożyczek i wykorzystywał je do celów prania brudnych pieniędzy. Niestety, takie sytuacje się zdarzają. Oczywiście nie oznacza to, że w publicznych placówkach nie mają one miejsca, ale naszym zadaniem powinno być przede wszystkim zapewnienie efektywnego nadzoru i kontroli, wszędzie gdzie jest to niezbędne. Przepraszam, gdybym jeszcze mogła prosić Profesora Wieruszewskiego o przypomnienie drugiego pytania.

Roman Wieruszewski

Czy te powody, dla których Polska opiera się przed ratyfikacją tych właśnie dokumentów, o których mówimy, są to powody natury ideologicznej, światopoglądowej czy też może inne? Dziękuję.

Irena Lipowicz

Myślę, że jeżeli chodzi o podmioty sprawujące władzę publiczną w Polsce, czyli szeroko rozumianą reprezentację parlamentarną, to jest to lęk przed przeciążeniem państwa, przed niewydolnością struktur i przed roszczeniowością osób zainteresowanych, jak wyobraża to sobie wielu posłów. Niemniej jednak działają w Polsce ugrupowania skrajne – zresztą jak w całej Europie – tylko u nas na

szczęście są to jeszcze przypadki incydentalne, które nieustannie staram się monitorować. Jak doskonale wiemy, organizacje neonazistowskie są napędzane m.in. nienawiścią do niepełnosprawnych czy bezdomnych. Musimy pamiętać o hitlerowskich pomysłach dotyczących eugeniki i zagłady osób psychicznie chorych. To jest część ideologii, więc tam, gdzie mamy do czynienia z neofaszyzmem – mamy też nienawiść wobec osób niepełnosprawnych i przestępstwa popełniane z tej nienawiści. Każdy taki atak, o którym się dowiaduję, jest przeze mnie monitorowany – sprawdzam czy powodem nie była właśnie nienawiść do osoby niepełnosprawnej. Takie sytuacje się już w Polsce zdarzały, choć w moim przekonaniu nie jest to jeszcze tak widoczny problem, jak w innych państwach. Odpowiadając na pytanie: uważam, że opór nie jest ideologiczny, bo cała klasa polityczna wspiera obecność osób niepełnosprawnych. Potwierdzeniem tego mogą być m.in. niepełnosprawni ruchowo parlamentarzyści, co także można uznać za swoisty „przewrót kopernikański”. Niestety, musimy mieć świadomość tego, że są również ugrupowania skrajne – zwłaszcza po prawej stronie sceny politycznej – neofaszystowskie, które posiadają negatywny komponent. Nie jestem w stanie odpowiedzieć, jak to wygląda we Francji czy w Niemczech, w tym zakresie musieliby się wypowiedzieć obecni tutaj goście.

Sądzę, że odpowiedziałam na wszystkie pytania. Z chęcią wysłucham opinii pozostałych uczestników seminarium. Dziękuję bardzo.

Prof. Andrzej Świątkowski
były Wiceprzewodniczący Komitetu Praw Społecznych Rady Europy,
Uniwersytet Jagielloński

Obowiązek państwa zapewnienia pomocy społecznej i medycznej cudzoziemcom. Aspekt międzynarodowy

1. WPROWADZENIE

Międzynarodowe systemy opieki, pomocy społecznej i medycznej, a także zabezpieczenia społecznego powinny być szczególnie wyczulone na konieczność ochrony dóbr osobistych beneficjentów, osób korzystających z tych świadczeń i/lub usług. Szczególną funkcję pełnią europejskie systemy pomocy społecznej i medycznej – traktaty międzynarodowe Rady Europy (Europejska Karta Społeczna- EKS¹ i Zrewidowana Europejska Karta Społeczna – ZEKS²) oraz Unii Europejskiej (Karta Praw Podstawowych³). Zostały one skonstruowane w sposób umożliwiający realizację dwóch podstawowych cech: europejskiego modelu socjalnego solidarności oraz prawości. Sens prawości w sprawach dotyczących ochrony socjalnej ludzi legalnie zamieszkujących na kontynencie europejskim (obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej, obywateli państw członkowskich Rady Europy oraz obywateli państw trzecich), znajdujących się w potrzebie wyraża się w: 1) konstruowaniu systemów gwarantujących odpowiedni – zgodny z normami etycznymi uznanymi za obowiązujące przez określone społeczeństwo – poziom ochrony prawnej podstawowych dóbr regulowanych przepisami prawa socjalne-

¹ 18.10.1961 r. Teksty EKS i ZEKS opublikowane zostały w zbiorze wydanym przez Radę Europy: European Social Charter. Collected Texts, 5th edition Strasbourg 2005. Polska wersja ogłoszona została w: Podstawowe dokumenty Rady Europy w dziedzinie polityki społecznej, Wybór i opracowanie R.A. Henczel, J. Maciejewska, Warszawa 1997. Zob. również Europejska Karta Społeczna, Strasbourg 2011.

² 3.5.1996 r.

³ 30.3.2010 r. Dz.Urz. UE C Nr 83, poz. 389. Zob. Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz, red. A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 854 i nast.

go: pomocy społecznej oraz ochrony zdrowia; 2) umożliwieniu organom władzy publicznej (administracji rządowej i samorządowej) oraz organom wymiaru sprawiedliwości sprawującym merytoryczny nadzór nad tymi organami dokonywania w procesie stosowania obowiązującego prawa systematycznych korekt norm prawnych, które w nietypowych sytuacjach mogą wywołać efekty odmienne od zamierzonych przez prawodawcę.⁴

Względy solidarności, wynikające z lojalności państw członkowskich regionalnych organizacji europejskich wobec wymienionych wyżej organizacji oraz obowiązków współpracy z innymi członkami organizacji międzynarodowych (Rady Europy, Unii Europejskiej) wymagają od władz poszczególnych państw działania na rzecz harmonizacji krajowych systemów prawa socjalnego, aby możliwe było zrealizowane europejskiego modelu socjalnego, obowiązującego w europejskiej przestrzeni społecznej. W sferze ponadnarodowej, w której wszyscy obywatele państw członkowskich mogą swobodnie przemieszczać się bez obawy utraty uprawnień do świadczeń usług socjalnych oraz medycznych przysługujących osobom będącym w potrzebie, ma pierwszorzędne znaczenie. Prawa socjalne zagwarantowane wszystkim osobom legalnie w systemach prawnych poszczególnych państw członkowskich europejskich organizacji regionalnych, zamieszkującym na kontynencie europejskim, a nie tylko obywatelom, mogą bowiem stanowić skuteczną barierę opóźniającą, a nawet wstrzymującą działania podejmowane przez instytucje unijne, władze państw członkowskich oraz inne podmioty – organizacje pozarządowe żywo zainteresowane w realizacji idei spójności, której symbolem w ramach Unii Europejskiej jest obywatelstwo Unii.

Nie należy zapominać o osobach zamieszkujących pozostałe państwa europejskie niezrzeszone w Unii Europejskiej, należące do Rady Europy. Standardy w zakresie ochrony praw socjalnych uważanych na podstawowe prawa człowieka są chronione wymienionymi na wstępie niniejszego opracowania traktatami międzynarodowymi: Europejską Kartą Społeczną oraz Zrewidowaną Europejską Kartą Społeczną.⁵ Obowiązująca w Radzie Europy zasada równego traktowania osób legalnie zamieszkujących, bez względu na posiadane obywatelstwo, w państwach członkowskich tej najstarszej europejskiej organizacji regionalnej, której standardy ochrony praw społecznych zostały przejęte przez Unię Europej-

⁴ A.M.Świątkowski, M. Wujczyk, *The history and current development of social rights in Poland*, *Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej*, Kraków 2014, s. 477 i nast.

⁵ A.M. Świątkowski, *Karta praw społecznych Rady Europy*, Warszawa 2006; *Charter of Social Rights of the Council of Europe*, Kluwer Law International, AH Alphen aan den Rijn 2007; *Carta de Los Derechos Sociales Europeos*, Buenos Aires 2007; *Ochrona praw człowieka w świetle przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego*, Warszawa 2009; *Labour Law: Council of Europe*, Wolters Kluwer, AH Alphen aan den Rijn 2014.

ską, zobowiązuje do przestrzegania reguł solidarności i prawości w traktowaniu osób będących w potrzebie, mających prawo oczekiwać, że ich potrzeby socjalne i medyczne zostaną zaspokojone przez fachowe instytucje w każdym państwie członkowskim, na terenie którego legalnie przebywają. Obowiązujące w Europie standardy ochrony praw socjalnych (prawa do pomocy społecznej i opieki lekarskiej) uregulowane w przepisach art. 13 obydwu wyżej wymienionych, równoległe obowiązujących, Europejskich Kart Społecznych „starej” z 1961 r. i „nowej” z 1996 r. potraktowane zostaną jako międzynarodowe wzorce prawne wyznaczające obowiązek państw członkowskich w Europie zapewnienia pomocy społecznej i medycznej cudzoziemcom. W kolejnej, drugiej części opracowania scharakteryzowane zostaną – na przykładzie orzecznictwa Europejskiego Komitetu Praw Społecznych, instytucji Rady Europy powołanej do sprawowania merytorycznego nadzoru nad przestrzeganiem przez władze państw członkowskich przepisów obydwu Kart Społecznych – europejskie standardy pomocy społecznej i medycznej. Natomiast w ostatniej, trzeciej części niniejszego opracowania przedstawione zostaną obowiązujące w Polsce przepisy o prawach cudzoziemców do korzystania z pomocy społecznej i medycznej fachowych instytucji krajowych. Takie ujęcie problematyki obowiązku państwa polskiego umożliwi osobom zainteresowanym dokonanie porównań i wyprowadzenie wniosków na temat skali rozpiętości pomiędzy rozwiązaniem modelowym sformułowanym przez Radę Europy a sytuacją istniejącą w naszym kraju w sprawie dotyczącej pomocy społecznej i medycznej cudzoziemcom legalnie zamieszkującym w Polsce.

2. STANDARDY EUROPEJSKIE W ZAKRESIE POMOCY SPOŁECZNEJ I OPIEKI MEDYCZNEJ

1) Wprowadzenie

Art.13 Karty jest normą, która wprowadza nową koncepcję pomocy społecznej i medycznej w Europie.⁶ Intencją prawodawcy było odstępianie od wcześniejszej koncepcji pomocy społecznej, wedle której pomoc społeczna była identyfikowana ze świadczeniami udzielanymi przez instytucje wyższej użyteczności lub organy administracyjne na zasadzie dobroczynności osobom ubogim.⁷ Interpretując art.13 Karty Komitet jednoznacznie doszedł do przekonania, że analizowany przepis przy-

⁶ A.M. Świątkowski, Karta praw społecznych..., op. cit., s. 393 i nast.

⁷ Conclusions I, s. 64.

znaje osobom znajdującym się w potrzebie prawo podmiotowe (*subjective right/droit subjectif*) do świadczeń pieniężnych i/lub rzeczowych.⁸ Zmiana koncepcji uprawnień do świadczeń w zakresie pomocy społecznej i medycznej spowodowana została zamiarem zerwania z utrwaloną w polityce społecznej stygmatyzacją osób korzystających ze wsparcia. W art.13 Karty zamiast określenia „osoby ubogie” (*poor*) użyto sformułowania „osoby nie posiadające dostatecznych zasobów” (*without adequate resources*).⁹ Osoby będące w potrzebie, które czynią użytek z przysługującego im prawa do pomocy społecznej i medycznej nie powinny z tego powodu doznawać żadnych ograniczeń w korzystaniu z praw politycznych lub innych praw społecznych (art.13 § 2 Karty).¹⁰ Analizując raporty państw członkowskich Komitet stoi na stanowisku, że rzeczywiste prawo podmiotowe do pomocy społecznej i medycznej zostaje zagwarantowane, gdy: pomoc społeczna i medyczna jest zagwarantowana wszystkim osobom będącym w potrzebie; świadczenia przyznane w ramach tej pomocy są odpowiednie; osoby, którym odmówiono pomocy, mają prawo zaskarżenia decyzji do niezależnego organu.¹¹

Prawo do pomocy społecznej i medycznej ma zasięg powszechny. Powinni więc korzystać z niego wszyscy uprawnieni, obywatele państw członkowskich Rady Europy legalnie przebywający na terytorium innego państwa członkowskiego. Początkowo Komitet oceniał, czy władze poszczególnych państw członkowskich wywiązują się z obowiązków określonych w art.13 Karty względem obywateli innych państw członkowskich, wtedy gdy analizował raporty krajowe przedstawiane przez władze tych państw członkowskich, które ratyfikowały art.13 § 4 Karty. Od trzynastego cyklu nadzoru Komitet zmienił stanowisko w tej sprawie i zaczął sprawować kontrolę nad przestrzeganiem art.13 § 1, 2 i 3 Karty przez państwa członkowskie, które nie ratyfikowały art.13 § 4 Karty.¹² Art.13 § 4 Karty nakłada na władze państw członkowskich obowiązek równego traktowania obywateli innych państw członkowskich, „przebywających legalnie na ich terytorium” zgodnie z zobowiązaniami wynikającymi dla państw, które ratyfikowały Europejską Konwencję o Pomocy Społecznej i Medycznej z 11.12.1953 r.¹³ W załączniku do art.13 § 4 Karty postanowiono, że państwa, które nie ratyfikowały wspomnianej konwencji mogą ratyfikować art.13 § 4 Karty z zastrzeżeniem, że będą traktować obywateli innych państw członkowskich zgodnie z postanowieniami powyższej Konwencji.

⁸ Conclusions XIII-4, s. 54.

⁹ Jw., s. 64.

¹⁰ Jw.; Conclusions XIII-4, s. 58-59.

¹¹ Conclusions XVI-2, vol. 2, s. 787 (Słowacja).

¹² Conclusions XIII-4, s. 60 i nast.

¹³ Podstawowe dokumenty Rady Europy..., op.cit., s. 83 i nast.

Prawo do pomocy społecznej i medycznej jest regulowane odrębnym przepisem Karty. Ma odrębny charakter od prawa do zabezpieczenia społecznego regulowanego art.12 Karty. Państwa członkowskie, które ratyfikowały art.13 Karty nie mają obowiązku stosowania się do obowiązków określonych w art.12 Karty. Państwa członkowskie związane postanowieniami art.12 Karty nie są automatycznie zobowiązane do przestrzegania art.13 Karty. We wprowadzeniu do konkluzji, jakie zostały przez Komitet przyjęte w trakcie trzynastego cyklu nadzoru, zamieszczone zostały uwagi na temat zależności między prawem do zabezpieczenia społecznego (*social security*) oraz prawem do pomocy społecznej i medycznej (*social and medical assistance*).¹⁴ Mimo iż oba pojęcia wchodzą w zakres koncepcji realizowanej w ramach „opieki społecznej” (*social welfare*), możliwe i zgodne z przepisami Karty jest przyjęcie przez określone państwo członkowskie zobowiązań do stosowania się tylko do jednego z dwóch wymienionych przepisów Karty.

2) Obowiązek zapewnienia odpowiedniej pomocy społecznej i niezbędnej opieki medycznej (art.13 § 1 Karty)

Art.13 § 1 Karty zobowiązuje państwa członkowskie do zapewnienia każdej osobie, która nie posiada dostatecznych zasobów i nie jest zdolna do zapewnienia takich zasobów z innych źródeł, szczególnie poprzez świadczenia z systemu zabezpieczenia społecznego, odpowiedniej pomocy oraz – w razie choroby – koniecznej opieki. Prawo do pomocy społecznej i opieki lekarskiej przysługuje osobom „nie mającym dostatecznych zasobów”, niezdolnym do zapewnienia takich zasobów z innych źródeł. Komitet nie zdefiniował pojęcia „dostateczne zasoby”, od którego krajowe przepisy o pomocy społecznej uzależniają nabycie prawa do świadczeń. Z orzecznictwa Komitetu wynika, że akceptuje on przyjętą przez państwa członkowskie praktykę stosownie do której prawo do pomocy społecznej i opieki medycznej przysługuje osobom, których przychody są niższe od minimalnego wynagrodzenia i nie pozwalają na pokrycie niezbędnych wydatków do zaspokojenia podstawowych potrzeb życiowych. Z uwagi na różnice w poziomie życia w państwach członkowskich, Komitet nie wymaga od władz państw członkowskich dostarczenia informacji na temat minimalnych przychodów lub kosztów utrzymania. Żąda przedstawienia danych na temat stosowanych procedur w celu ustalenia poziomu życia mieszkańców¹⁵ oraz kryteriów, według których dokonywana jest ocena ich stopy życiowej.¹⁶ Komitet bada, czy państwa

¹⁴ Conclusions XIII-4, s. 35.

¹⁵ Conclusions I, s. 66.

¹⁶ Addendum to Conclusions IX-2, s. 33 (Hiszpania).

członkowskie dokonując powyższej oceny uwzględniają uwarunkowania krajowe, regionalne i lokalne.¹⁷ Postępuje się zaleceniem Rady Unii Europejskiej 92/441, które przy określaniu poziomu dostatecznych zasobów nakazuje władzom państw członkowskich Unii Europejskiej mieć na uwadze ochronę godności ludzi oraz przy ustalaniu minimalnych wskaźników poziomu życia posługiwać się indeksami kosztów życia i uwzględniać poziom cen.¹⁸ W trakcie kolejnych cykli nadzoru, począwszy od szesnastego, Komitet jako punkt odniesienia dla oceny, czy osoby niemające dostatecznych zasobów mają prawo do pomocy społecznej przyjął połowę wymaganego przeciętnego miesięcznego przychodu w danym państwie. W tych przypadkach, w których świadczenia z pomocy społecznej ustalone są na poziomie niższym od połowy przeciętnego miesięcznego przychodu, Komitet wydawał orzeczenie o nieprzestrzeganiu przez władze państwa członkowskiego zobowiązań określonych w art.13 § 1 Karty.¹⁹ Przy ustalaniu poziomu zasobów majątkowych ludności Komitet brał pod uwagę także dodatkowe świadczenia, które uzupełniają minimalne wynagrodzenie, zasiłki dla bezrobotnych, inne świadczenia pieniężne z zabezpieczenia społecznego.²⁰ Jeżeli świadczenia utrzymywały się na stałym poziomie, Komitet był zainteresowany, czy podlegają one rewaloryzacji.²¹ Wymagał od państw członkowskich danych na temat wielkości wydatków na pomoc społeczną.²²

¹⁷ Conclusions XIII-4, s. 56-57.

¹⁸ Council Recommendation 92/441 on Common Criteria Concerning Sufficient Resources and Social Assistance in Social Protection Schemes, OJ 1992 L.245, 46.

¹⁹ Conclusions XVI-2, vol. 2, s. 788 (Słowacja, która zapewnia świadczenia na poziomie niższym od 25 % przeciętnego wynagrodzenia); Conclusions XVII-1, vol. 1, s. 176 (Finlandia – świadczenia z pomocy społecznej wynoszą 374,92 euro; 50% przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia wynosi 619 euro; s. 109 (Czechy – świadczenia równoważność 72 euro; 50% przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia – 132 euro); s. 76 (Belgia – świadczenia 550 euro; 50% przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia – 645 euro); Conclusions XVII-1, vol. 2, s. 294 (Malta – świadczenia na poziomie 53%); s. 327 (Holandia – świadczenia 2.452 euro rocznie; poziom ubóstwa poniżej 6.663 euro rocznie); s. 425 (Portugalia); s. 524 (Wlk.Brytania – świadczenia równoważność 690 euro miesięcznie; 50% przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia – równoważność 738 euro); Conclusions 2004, vol. 1, s. 70 (Bułgaria – świadczenia równoważność 19 euro; 50% przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia – 45 euro); s. 177 (Estonia – świadczenia równoważność 32 euro; 50% przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia – 79 euro); Conclusions 2004, vol. 2, s. 373 (Litwa – świadczenia równoważność 39 euro miesięcznie; 50% przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia – 78 euro); s. 483 (Rumunia – świadczenia równoważność 4,3 euro miesięcznie; 50% przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia 19 euro).

²⁰ Conclusions XIV-1, s. 85 (Austria); s. 537 (Malta); s. 632 (Norwegia); Conclusions XVII-1vol. 1, s. 77 (Belgia);176 (Finlandia); Conclusions XVII-1, vol. 2, s. 294-295 (Malta); s. 425 (Portugalia).

²¹ Conclusions 2002, s. 94 (Włochy).

²² Conclusions XIII-4, s. 57.

Nabywanie prawa do świadczeń z pomocy społecznej i opieki medycznej nie jest uzależnione od nieposiadania przez osobę niemającą dostatecznych zasobów wystarczających świadczeń z zabezpieczenia społecznego. W art.13 § 1 Karty świadczenia z zabezpieczenia społecznego zostały wymienione przykładowo. Prawo do świadczeń z pomocy społecznej przysługuje osobom, które nie są zdolne do zapewnienia dostatecznych zasobów z innych źródeł, aniżeli zabezpieczenie społeczne. Osoby bez dostatecznych zasobów nie nabędą prawa do świadczeń z pomocy społecznej, jeżeli mogą skutecznie żądać dostarczenia środków majątkowych od rodziny, na którą przepisy prawa rodzinnego nakładają obowiązki alimentacyjne.²³

Prawo do pomocy społecznej jest prawem podmiotowym, przeto krajowe przepisy prawa zabezpieczenia społecznego powinny określać przesłanki nabycia uprawnień do świadczeń przez osoby nieposiadające dostatecznych zasobów, regulować tryb postępowania przy podejmowaniu decyzji o przyznaniu tych świadczeń oraz określać zasady nadzoru decyzji i odmowie przyznania świadczeń.²⁴

Decyzje podejmowane przez organ uprawniony do decydowania o przyznaniu lub odmowie świadczeń z pomocy społecznej powinny podlegać kontroli obiektywnego organu odwoławczego. Oznacza to, że decyzje w sprawie świadczeń z pomocy społecznej nie mogą mieć arbitralnego charakteru. Krajowe przepisy prawa zabezpieczenia społecznego powinny więc określać kryteria podejmowania decyzji w tych sprawach.²⁵ Kryteria powinny być jednolite. Komitet wydawał orzeczenia o nieprzestrzeganiu przez państwa członkowskie obowiązków określonych w art.13 § 1 Karty w razie nieprecyzyjnego uregulowania przesłanek, jakimi powinny kierować się organy administracyjne upoważnione do podejmowania decyzji w sprawach świadczeń z pomocy społecznej.²⁶ Na orzeczenia Komitetu o nieprzestrzeganiu przez państwa członkowskie obowiązków ustanowionych art.13 § 1 Karty nie wywierały wpływu argumenty władz państw członkowskich, iż zakresem arbitralnych decyzji objęty jest bardzo wąski krąg osób (poniżej 1% społeczeństwa).²⁷ Nieuregulowanie kryteriów podejmowania decyzji w tych sprawach sprawiło, że Komitet stwierdził, iż greckie przepisy prawa zabezpieczenia społecznego nie przyznają osobom nieposiadającym dostatecz-

²³ Conclusions XIII-1, s. 188; Conclusions XIII-2, s. 128 (Grecja).

²⁴ Conclusions X-1, s. 116 (Islandia); Conclusions X-2, s. 121; Conclusions XI-2, s. 119 (Hiszpania); Conclusions XII-I, s. 188-189; Conclusions XIII-1, s. 188 (Grecja); Conclusions XV-1, s. 376 i nast. (Włochy); Conclusions XVI-2, vol. 1, s. 432 (Węgry); Conclusions XVII-1, vol. 1, s. 110 (Czechy).

²⁵ Conclusions XIII-1, s. 188 (Grecja); Conclusions XIII-3, s. 361 (Finlandia).

²⁶ Przypadek Grecji: Conclusions XIII-4, s. 177-179; Conclusions XIV-1, s. 359-360.

²⁷ Conclusions XIV-1, s. 809 (Wlk. Brytania).

nych zasobów prawa do pomocy społecznej.²⁸ Komitet interpretuje art.13 § 1 Karty jako normę międzynarodowego prawa zabezpieczenia społecznego, która nakłada na państwa członkowskie obowiązek stworzenia systemu pomocy społecznej. Zasięgiem oddziaływania krajowych przepisów o pomocy społecznej powinni być objęci wszyscy obywatele danego państwa członkowskiego oraz obywatele innych państw członkowskich przebywający legalnie na terytorium innego państwa członkowskiego. Powyższy obowiązek objęcia wszystkich potrzebujących systemem świadczeń z pomocy społecznej²⁹ nie zostaje naruszony w razie, gdy krajowe przepisy prawa zabezpieczenia społecznego zarezerwują świadczenia dla niektórych kategorii osób (starszych, inwalidów), jeżeli w razie potrzeby z uprawnienia do powyższych świadczeń skorzystać mogą również inne osoby nieposiadające dostatecznych zasobów.³⁰ Nie jest natomiast zgodne z międzynarodowymi standardami przyznanie uprawnień do świadczeń z pomocy społecznej wyłącznie wybranym kategoriom osób (inwalidom; osobom w podeszłym wieku, niemającym uprawnień do świadczeń emerytalnych; samotnie wychowującym dzieci; osobom powyżej 65 roku życia, nieubezpieczonym) i uzależnienie uprawnień pozostałych osób, które nie posiadają dostatecznych zasobów od posiadanych środków.³¹ Obowiązek sformułowania w krajowych przepisach przesłanek, od których uzależnione jest nabycie uprawnień do świadczeń z pomocy społecznej nie uniemożliwia władzom państw członkowskich prawa do sformułowania ogólnych dyrektyw i pozostawienia władzom regionalnym lub lokalnym sprawy skonkretyzowania kryteriów, od których uzależnione jest nabycie uprawnień do świadczeń z pomocy społecznej. Jeżeli jednak z przepisów wynika, że władze lokalne korzystają z określonej swobody w sprawach dotyczących ustalania warunków nabywania przez osoby potrzebujące świadczeń z pomocy społecznej, Komitet żąda od władz państw członkowskich przedstawienia informacji na temat praktyki korzystania przez władze lokalne z powyższej swobody podejmowania decyzji. W szczególności jest zainteresowany w poznaniu prawnych możliwości zaskarżenia do niezależnego organu podjętych decyzji.³² *Ex definitione*, takim organem jest sąd (administracyjny, ubezpieczeń społecznych lub pracy). Jeżeli odwołania od decyzji w sprawach świadczeń z pomocy społecznej rozpoznają inne organy,

²⁸ Conclusions XVII-1, vol. 1, s. 248.

²⁹ Conclusions IV, s. 88 (Włochy); Conclusions X-2, s. 121 (Hiszpania); Conclusions XIII-3, s. 362-363 (Portugalia); Addendum to Conclusions XIII-3, s. 73 (Luksemburg).

³⁰ Przypadek Hiszpanii: Conclusions X-2, s. 121; Conclusions XIII-2, s. 130-132; Conclusions XIII-4, s. 189; Przypadek Portugalii: Conclusions XIII-3, s. 362-363; Conclusions XIII-5, s. 224.

³¹ Conclusions XIII-4, s. 177-179 (Grecja).

³² Conclusions XIII-4, s. 56; Conclusions 2002, s. 245 (Szwecja); Conclusions XVII-1, vol. 1, s. 110 (Czechy).

których nie można zaliczyć do kategorii organów wymiaru sprawiedliwości, Komitet jako organ jest powołany do ustanowienia członków organu powołanego do rozpoznawania odwołań, w jaki sposób ustanawiani są członkowie organu odwoławczego, przez jaki okres wykonują funkcje odwoławcze, jakie kwalifikacje są wymagane od członków organu rozpatrującego odwołania oraz jakie są gwarancje statutowe zachowania przez powyższy organ oraz jego członków niezależności od organów podejmujących decyzje w sprawach świadczeń z pomocy społecznej.³³ Komitet orzekał o niezgodności krajowych przepisów prawa pracy z art.13 § 1 Karty, gdy państwo członkowskie nie poddawało decyzji w sprawie świadczeń z pomocy społecznej kontroli sądu lub innego niezależnego organu. Za organ niezależny w rozumieniu analizowanego przepisu nie może być uznany organ administracji rządowej (minister) lub samorządowej.³⁴ Natomiast nie odbiera statusu niezależnego organu fakt powołania określonej agencji przez właściwe organy administracji rządowej i zatrudnienie w tej agencji urzędników państwowych, jeżeli obowiązujące w danym państwie członkowskim przepisy gwarantują członkom niezależnej agencji autonomię w wydawaniu orzeczeń w sprawach dotyczących decyzji o świadczeniach z pomocy społecznej. Przykładem niezależnej agencji jest *Social Welfare Appeals Office*, w skład którego wchodzi urzędnicy państwowi powołani przez właściwego ministra – *Minister for Social Welfare*. Do kompetencji tego organu należy rozpoznawanie odwołań od decyzji o odmowie przyznania świadczeń z pomocy społecznej. Sąd Najwyższy Irlandii stwierdził, że urzędnicy pełniący funkcje nadzorujące legalność i zgodność z prawem wydawania decyzji przez organy administracyjne w sprawach świadczeń z pomocy społecznej powinni być „wolni i nieograniczeni” (*free and unrestricted*) w wykonywaniu obowiązków.³⁵ Powołując się na powyższe orzeczenie, Komitet orzekł – po stwierdzeniu, że powyższy organ jest uprawniony do prowadzenia postępowania dowodowego, a wydane przezeń orzeczenie podlega zaskarżeniu – że spełnia wymagania stawiane niezależnemu organowi. Ma zatem prawo, bez zarzutu naruszenia standardów międzynarodowych, rozpoznawać skargi i odwołania od decyzji w sprawach świadczeń z pomocy społecznej.³⁶ W przypadkach niejednoznacznych Komitet żąda od władz państw członkowskich przedstawienia orzeczeń wydawanych przez organy nadzorujące decyzje w sprawach dotyczących świadczeń z pomocy społecz-

³³ Conclusions XIII-1, s. 189 (Islandia); Conclusions XIII-4, s. 175 (Dania); s. 182 (Islandia); s. 184 (Irlandia); s. 189 (Norwegia); Addendum to Conclusions XIII-3, s. 71; Conclusions XIV-1, s. 504-505 (Luksemburg); Conclusions 2004, vol. 2, s. 483 (Rumunia).

³⁴ Conclusions XIII-2, s. 127 (Grecja).

³⁵ *McLoughlin v. Minister of Social Welfare*, 1958. Podaję za: Conclusions XIV-1, s. 429-431.

³⁶ Jw.

nej.³⁷ Domaga się informacji na temat liczby wniesionych odwołań.³⁸ Interesuje się, czy osoby zamierzające skorzystać z prawa odwołania od decyzji dotyczącej świadczeń z pomocy społecznej mają prawną i faktyczną możliwość skorzystania z fachowej pomocy prawnej.³⁹ Akceptuje orzecznictwo organów powołanych do nadzorowania decyzji wydawanych w sprawach świadczeń z pomocy społecznej, nawet jeżeli organy nadzorcze nie mogą być uznane za obiektywne i niezależne, gdy orzeczenia tych organów podlegają następnie kontroli sądowej.⁴⁰

Komitet uważa, że niezależny organ odwoławczy uprawniony do rozpoznawania odwołań w sprawach decyzji z zakresu świadczeń z pomocy społecznej powinien charakteryzować się następującymi właściwościami:

- powinien być władny do sprawowania merytorycznej kontroli podejmowania zaskarżonych decyzji;
- powinien mieć zagwarantowaną obiektywną możliwość skontrolowania, czy organ, który wydał zaskarżoną decyzję, postępował zgodnie z kryteriami sformułowanymi w obowiązujących przepisach w sprawach odnoszących się do stwierdzenia, że osoba ubiegająca się o świadczenia z pomocy społecznej nie posiada dostatecznych zasobów oraz nie jest zdolna do zapewnienia sobie takich zasobów z innych źródeł oraz – w razie podjęcia decyzji o przyznaniu świadczenia z pomocy społecznej – prawidłowości ustalenia wysokości tego świadczenia.⁴¹

Wprowadzenie powyższych wymagań oznacza, że państwa członkowskie są zobowiązane upoważnić organy rozpatrujące odwołania od decyzji wydawanych w sprawie świadczeń z pomocy społecznej w kompetencje w sprawach nadzoru nad wydawaniem zaskarżonych decyzji z punktu widzenia ich legalności, lecz również do badania zgodności poczynionych ustaleń ze zgromadzonymi dowodami. System nadzoru nad wydawaniem decyzji wyklucza więc możliwość dokonywania przez decydenta arbitralnej oceny sytuacji, w jakiej znajduje się osoba ubiegająca się o świadczenia z pomocy społecznej. Komitet bada, czy organy zobowiązane do sprawowania nadzoru nad decyzjami wydawanymi przez organy upoważnione do przyznawania świadczeń z pomocy społecznej wykonują spoczywające na nich

³⁷ Conclusions XIII-3, s. 362 (Finlandia); s. 364 (Turcja); Conclusions XIII-4, s. 172 (Austria).

³⁸ Conclusions XVI-2, vol. 2, s. 789 (Słowacja); Conclusions XVII-1, vol. 2, s. 487 (Turcja).

³⁹ Jw.; Conclusions XVI-2, vol. 1, s. 432 (Węgry).

⁴⁰ Conclusions XIII-4, s. 56; s. 175 (Dania); s. 182 (Islandia); Conclusions XIV-1, s. 632-633 (Norwegia).

⁴¹ Conclusions XIII-4, s. 56.

obowiązki.⁴² W tym celu Komitet żąda od władz państw członkowskich przedstawienia następujących informacji na temat: organizacji pomocy społecznej; form pomocy; organów upoważnionych do udzielania pomocy; kategorii osób uprawnionych do korzystania z pomocy; liczebności osób systematycznie korzystających z pomocy społecznej i medycznej; wysokości świadczeń; wielkości funduszy, z jakich są wypłacane powyższe świadczenia; warunków, od jakich krajowe przepisy prawa zabezpieczenia społecznego uzależniają nabycie uprawnień do świadczeń z pomocy społecznej; kryteria podejmowania decyzji w sprawach świadczeń z pomocy społecznej.⁴³

Państwa członkowskie nie mogą ani ograniczyć, ani uzależnić realizacji prawa do pomocy społecznej i medycznej od spełnienia określonych przesłanek. Rozpatrując sprawozdanie władz państw członkowskich Komitet stwierdził następujące nieprawidłowości w krajowych systemach pomocy społecznej:

1. uzależnienie uprawnień do świadczeń z pomocy społecznej od okresu zamieszkania w określonym państwie członkowskim lub na terytorium określonych regionów jednego państwa członkowskiego.⁴⁴ Komitet orzekł o niezgodności z międzynarodowymi standardami krajowych przepisów prawa zabezpieczenia społecznego, które uzależniają nabycie prawa do świadczeń z pomocy społecznej od zamieszkania na terytorium danego państwa członkowskiego przez okres 6 miesięcy,⁴⁵ jednego roku,⁴⁶ trzech,⁴⁷ pięciu⁴⁸ lub dziesięciu lat.⁴⁹ Nie oznacza to jednak, iż Komitet uważa, że państwa członkowskie nie mają prawa uzależnić nabycia uprawnień do świadczeń z pomocy społecznej od warunku zamieszkania na terytorium określonego państwa członkowskiego. Świadczenia z pomocy społecznej i medycznej przysługują osobom niemającym zasobów z innych źródeł, które są powiązane z danym państwem, w którym ubiegają się o przyznanie powyższych świadczeń. Z tego względu Komitet zmienił zapatrywania względem Wielkiej Brytanii i orzekł, iż test stosowany przez brytyjskie organy administrujące świadczeniami z pomocy społecznej w celu ustalenia związków osoby ubiegającej się o powyższe świadczenia z państwem

⁴² Conclusions XIII-5, s. 97 (Finlandia); Conclusions XIV-1, s. 126 (Belgia); Conclusions XV-1, s. 344 (Islandia); s. 447 (Norwegia).

⁴³ Conclusions XIII-4, s. 56-57.

⁴⁴ Przypadek Hiszpanii: Conclusions XIII-4, s. 189-190; Conclusions XIV-1, s. 710; Conclusions XV-1, s. 531; Conclusions XVII-1, vol. 2, s. 455-456.

⁴⁵ Conclusions XIII-2, s. 127 (Grecja); Conclusions XV-1, s. 344 (Islandia).

⁴⁶ Conclusions XIV-1, s. 193 (Dania); Conclusions 2004, vol. 1, s. 281 (Irlandia).

⁴⁷ Przypadek Francji: Conclusions XIV-1, s. 272; Conclusions 2004, vol. 1, s. 236.

⁴⁸ Przypadek Wlk. Brytanii: Conclusions II, s. 49; Conclusions XIV-1, s. 809; Conclusions XV-1, s. 644-645; Conclusions XVII-1, vol. 2, s. 525-526; Conclusions 2004, vol. 2, s. 374-375 (Litwa).

⁴⁹ Addendum to Conclusions XIII-3, s. 71-72 (Luksemburg).

brytyjskim (*Habitual Residence Test – HRT*) jest zgodny z art.13 § 1 Karty.⁵⁰ Celem tego testu jest ustalenie związków osoby ubiegającej się o świadczenia z pomocy społecznej z Wielką Brytanią. Ponieważ brytyjskie przepisy prawa zabezpieczenia społecznego nie uzależniają ustalenia powyższej zależności od zamieszkiwania na terytorium Wielkiej Brytanii lub Północnej Irlandii przez czas ściśle określony, a wyspecjalizowane organy administracyjne wydają decyzje w sprawach świadczeń z pomocy społecznej kierując się w każdym przypadku obiektywnymi, podlegającymi weryfikacji przesłankami, Komitet orzekł, iż brytyjskie przepisy są zgodne z międzynarodowymi standardami, mimo iż jednym z warunków nabycia prawa do świadczeń z pomocy społecznej jest zamieszkiwanie przez krótki okres na terytorium Wielkiej Brytanii. Komitet wziął pod uwagę, iż – zgodnie z zasadą swobodnego przepływu osób w Unii Europejskiej – władze brytyjskie administrujące świadczeniami z pomocy społecznej nie odmówiły prawa do świadczenia osobom, które zamieszkiwały na terytorium tego państwa, przeniósł się do innego państwa, a następnie ponownie zamieszkały w Wielkiej Brytanii.⁵¹

2. wyłącznie spośród osób uprawnionych do domagania się świadczeń z pomocy społecznej osób młodych, poniżej 25.⁵² lub 30.⁵³ roku życia. Komitet nie uważa, że przyznawanie osobom młodym niższych świadczeń z pomocy społecznej nie może być uważane za powód do wydania orzeczenia o sprzeczności krajowych przepisów prawa zabezpieczenia społecznego z art.13 § 1 Karty.⁵⁴ Stanowi natomiast podstawę do wydania takiego orzeczenia wprowadzenie prawnej bariery w nabyciu świadczeń z pomocy społecznej przez osoby, które nie osiągnęły wymaganego krajowymi przepisami granicy wieku. Koniecznym warunkiem nabycia prawa do świadczeń z pomocy społecznej jest nieposiadanie dostatecznych zasobów i niemożność ich uzyskania przez osobę ubiegającą się o świadczenia z pomocy społecznej. Osoby młode, które uczą się lub studiują, mogą ubiegać się o stypendia lub kredyty. W zasadzie więc nie kwalifikują się do przyznania uprawnień do świadczeń z pomocy społecznej. Komitet, mimo iż dwukrotnie debatował nad powyższym zagadnieniem, nie zajął w tej sprawie stanowiska.⁵⁵

⁵⁰ Conclusions XIV-1, s. 810; Conclusions XVII-1, vol. 2, s. 525-526.

⁵¹ Jw., s. 526. Podstawą wydania takiego orzeczenia był wyrok wydany w sprawie *Robin Swaddling v. Adjudication Officer*, Case C-90/97, 1999 E.C.R. 1075.

⁵² Przypadek Francji: Conclusions XIV-2, s. 272; Conclusions 2002, s. 48; Conclusions 2004, vol. 1, s. 236; Conclusions XVII-1, vol. 2, s. 456.

⁵³ Przypadek Luksemburga: Addendum to Conclusions XIII-3, s. 73; Conclusions XIV-1, s. 504 i nast.; Addendum to Conclusions XV-1, s. 64.

⁵⁴ Conclusions XIV-1, s. 193-194 (Dania).

⁵⁵ Przypadek Finlandii: Conclusions XIII-5, s. 98; Conclusions XIV-1, s. 123.

3. uzależnienie powyższego prawa od stosunku osób ubiegających się o świadczenia z pomocy społecznej do przedstawionej im przez właściwe władze administracyjne oferty zatrudnienia lub szkolenia. Komitet uważa, że pomoc społeczna państwa dla osób nieposiadających dostatecznych zasobów nie powinna ograniczać się do wypłacania potrzebującym świadczeń pieniężnych. Celem pomocy społecznej powinno być umożliwienie jednostkom niemającym wystarczających zasobów uczestniczenia w pewnym, akceptowanym powszechnie stopniu w życiu społeczności. Z tego względu uzależnienie realizacji prawa do świadczeń z pomocy społecznej od przyjęcia przez osobę niemającą dostatecznych zasobów oferty zatrudnienia lub odbycia szkolenia zawodowego może być uznane za zgodne z międzynarodowymi standardami, jeżeli proponowane zatrudnienie lub szkolenie zawodowe umożliwi osobie pozostającej bez dostatecznych zasobów powrót do normalnego życia.⁵⁶ Analizując przypadek, w którym koniecznym warunkiem nabycia prawa do świadczeń z pomocy społecznej przez osobę poniżej 24 roku życia jest obowiązek przyjęcia oferty zatrudnienia przy pracy wskazanej przez organ administracyjny,⁵⁷ Komitet domagał się wyjaśnienia zależności między prawem do świadczeń z pomocy społecznej a obowiązkiem podjęcia pracy zgodnie z przedstawioną ofertą. W takim stopniu był zainteresowany w wyjaśnieniu zależności między uprawnieniem do świadczeń z pomocy społecznej a obowiązkiem zarejestrowania się przez osobę nie mającą dostatecznych zasobów w charakterze bezrobotnego.⁵⁸ Komitet jest zainteresowany w zbadaniu, czy, w jakim celu i jakie warunki stawiają władze państw członkowskich osobom ubiegającym się o świadczenia z pomocy społecznej. W szczególności dąży do ustalenia następstw prawnych odmowy zaakceptowania przez osobę ubiegającą się o świadczenia z pomocy społecznej tych warunków.⁵⁹
4. nierówne traktowanie własnych i obcych obywateli. Orzeczenia o niezgodności krajowych przepisów prawa zabezpieczenia społecznego z art.13 § 1 Karty zostały wydane we wszystkich przypadkach, w których Komitet stwierdził, że władze państw członkowskich nie traktują jednakowo obywateli innych państw członkowskich. Nie ma przy tym znaczenia, czy różnicowanie uprawnień ma miejsce w fazie nabywania uprawnień do świadczeń z pomocy społecznej, czy odnawiania nabytych wcześniej uprawnień.⁶⁰

⁵⁶ Conclusions XIV-1, s. 52.

⁵⁷ Conclusions XVII-1, vol. 1, s. 177 (Finlandia).

⁵⁸ Conclusions XVII-1, vol. 2, s. 328 (Holandia)

⁵⁹ Conclusions XIV-1, s. 52.

⁶⁰ Przypadek Danii: Conclusions XV-1, s. 166; Conclusions XVII-1, vol. 1, s. 148; Przypadek Hiszpanii w części dotyczącej pomocy medycznej: Conclusions XIII-4, s. 191; Conclusions XIV-1,

Art.13 § 1 Karty zobowiązuje władze państw członkowskich do zapewnienia osobom potrzebującym, niemającym dostatecznych zasobów, niezdolnym do zapewnienia takich zasobów z innych źródeł do udzielenia odpowiedniej pomocy. Zdaniem Komitetu pomoc społeczna dla osób niemających dostatecznych zasobów nie może sprowadzać się do świadczeń majątkowych – zasiłków.

Uwagi przedstawione w stosunku do pomocy społecznej mają zastosowanie do pomocy medycznej oraz opieki na chorymi osobami, które nie mają dostatecznych zasobów. Urzeczywistnienie prawa podmiotowego do pomocy medycznej i opieki lekarskiej może przybrać prawną postać celowych świadczeń finansowych, z których osoba będąca w potrzebie opłaci usługi medyczne lub przyznanie prawa do nieodpłatnego korzystania z opieki lekarskiej w niezbędnym zakresie.⁶¹

3) Zakaz dyskryminacji osób korzystających z pomocy społecznej i medycznej (art.13 § 2 Karty)

Art.13 § 2 Karty zobowiązuje władze państw członkowskich do zapewnienia osobom korzystającym z pomocy społecznej i medycznej ochrony praw politycznych i społecznych. Już w trakcie pierwszego cyklu nadzoru Komitet podkreślił, że osoby korzystające z pomocy społecznej i medycznej nie mogą być traktowane jak obywatele drugiej kategorii tylko dlatego, że nie są w stanie zapewnić sobie dostatecznych środków utrzymania. Korzystanie z pomocy społecznej i medycznej nie może stać na przeszkodzie w korzystaniu przez obywateli z przysługujących im praw politycznych i społecznych.⁶² Komitet nie określił, jakie prawa polityczne i społeczne są chronione w przypadku osób korzystających z prawa do pomocy społecznej i medycznej. Przykładowo wymienił: bierne prawo wyborcze, prawo do sprawowania władzy publicznej, prawo do ubiegania się o przyjęcie do służby publicznej.⁶³ Komitet nie zajmował się kontrowaniem czy korzystanie z prawa do świadczeń z pomocy społecznej i medycznej nie wpływa negatywnie na czynienie użytku z przysługujących praw społecznych i ekonomicznych. Nie znany jest więc zakres tych praw, które podlegają ochronie na podstawie art.13 § 2 Karty. Można podzielić zapatrywania wyrażone w piśmiennictwie, że z pewnością pośród praw społecznych i ekonomicznych objętych ochroną prawną znajdują się prawa

s. 712; Przypadek Mały: Conclusions XIII-4, s. 187-188; Conclusions XIV-1, s. 537-538; Conclusions XV-1, s. 411; Przypadek Niemiec: Conclusions XIV-1, s. 322-323; Addendum to Conclusions XV-1, s. 40-41; Conclusions XVII-1, vol. 1, s. 214.

⁶¹ Conclusions XIII-4, s. 57.

⁶² Conclusions I, s. 64.

⁶³ Jw., s. 67; s. 203 (Irlandia).

społeczne i ekonomiczne gwarantowane Kartą.⁶⁴ Poza prawami społecznym gwarantowanymi Kartą Komitet orzekł, iż z ochrony gwarantowanej analizowanym przepisem art.13 § 2 Karty korzysta prawo do prywatności.⁶⁵

Komitet jest zdania, że art.13 § 2 Karty jest naruszony, gdy państwa członkowskie w wyraźny sposób ograniczają prawa polityczne i obywatelskie osób korzystających ze świadczeń z pomocy społecznej i medycznej.⁶⁶ Klasyczny przypadek regulacji prawnej sprzecznej z art.13 § 2 Karty dotyczy przepisu, który zabrania osobom korzystającym z pomocy społecznej i medycznej ubiegać się o stanowisko w administracji samorządowej w czasie korzystania z tych świadczeń oraz w 12 miesięcy później.⁶⁷ Mimo iż powyższy zakaz może być w pewnym zakresie zrozumiała ze względu na konflikt interesów występujący w konkretnym przypadku, który stanowił podstawę wydania orzeczenia Komitetu o stwierdzeniu niezgodności krajowych (irlandzkich) przepisów z międzynarodowymi standardami, albowiem dotyczył osoby korzystającej ze świadczeń z pomocy społecznej, która ubiegała się o urząd zajmujący się ustalaniem uprawnień i dystrybucją tych świadczeń, sam fakt korzystania z pomocy społecznej i medycznej nie może – co do zasady – ograniczać jakichkolwiek uprawnień politycznych i społecznych obywateli i osób legalnie zamieszkujących terytorium określonego państwa członkowskiego. Interpretując art.13 § 2 Karty Komitet nie ograniczył się do badania, czy państwa członkowskie nie zawierają przepisów dyskryminujących w sprawach dotyczących korzystania z praw politycznych i społecznych osoby korzystające ze świadczeń z pomocy społecznej i medycznej. Badał, czy w państwach członkowskich nie wydano przepisów, które uzasadniałyby taką dyskryminację. Jeden raz stwierdził, że przepisy duńskiej konstytucji z 1953 r. dają prawodawcy podstawę do ograniczania osób korzystających ze świadczeń do pomocy społecznej i medycznej. Stanowią, że właściwe przepisy uregulują zakres czynienia użytku z praw politycznych przez osoby korzystające z pomocy społecznej.⁶⁸ Komitet nie wydał orzeczenia o niezgodności duńskich przepisów z art.13 § 2 Karty. Zobowiązał władze tego państwa do przedstawienia szczegółowych informacji na temat przepisów, które ograniczają prawa polityczne i społeczne osób korzystających ze świadczeń z pomocy społecznej. Była to częsta praktyka Komitetu, który dążył do poznania obowiązujących przepisów gwarantujących równe prawa osobom korzystającym ze świadczeń z pomocy społecznej oraz praktyki ich stosowania. Nie zadawał

⁶⁴ D. Harris, J.Darcy, *The European Social Charter*, New York 2001, s. 171-172; A.M. Świątkowski, *Charter of Social Rights...*, op.cit., s. 287 i nast.

⁶⁵ Conclusions XIII-1, s. 324 (Niemcy); Conclusions XIV-1, s. 324-325.

⁶⁶ Conclusions I, s. 67.

⁶⁷ *Jw.*, s. 203 (Irlandia).

⁶⁸ Conclusions XIII-4, s. 195.

się deklaracjami sformułowanymi w konstytucjach lub międzynarodowych traktatach.⁶⁹ Żądał dostarczenia informacji na temat równego traktowania osób korzystających z pomocy społecznej i medycznej.⁷⁰ Nie wydawał jednak orzeczeń o braku zgodności z międzynarodowymi standardami w razie nie dostarczenia żądanych informacji.⁷¹ Odraczał wydanie orzeczenia na temat przestrzegania standardów międzynarodowych do czasu przedstawienia przez władze poszczególnych państw przepisów świadczących o zakazie dyskryminowania osób pobierających świadczenia z pomocy społecznej.⁷²

Komitet szczegółowo zajął się przypadkiem pośredniej dyskryminacji osób otrzymujących świadczenia z pomocy społecznej. Niejednokrotnie są to osoby bezdomne. Wprowadzenie w krajowych przepisach prawa zabezpieczenia społecznego przedstawienia stałego adresu zameldowania jako koniecznego wymagania dla nabycia uprawnień do świadczeń z pomocy społecznej jest traktowane przez Komitet jako dyskryminacja, ponieważ przepis wprowadzający powyższy obowiązek wywiera negatywne skutki prawne wyłącznie w stosunku do osób, które korzystają ze świadczeń z pomocy społecznej.⁷³

Zakaz dyskryminowania z powodu korzystania ze świadczeń z pomocy społecznej ma zastosowanie do obywateli innych państw członkowskich, aczkolwiek Komitet jest świadom tego, że przepisy obowiązujące w państwach członkowskich uzależniają poziom ochrony praw politycznych, społecznych i ekonomicznych od okresu zamieszkania w danym państwie.⁷⁴ Wystąpienie z wnioskiem o przyznanie świadczeń z pomocy społecznej lub korzystanie z takich świadczeń nie może stanowić podstawy dla wydania przez władze państwa członkowskiego decyzji administracyjnej o deportacji osoby nieposiadającej dostatecznych zasobów, niezdolnej do zapewnienia sobie środków utrzymania z innych źródeł.⁷⁵

Analizując sprawozdania dostarczane przez władze państw członkowskich Komitet tylko raz stwierdził niezgodność krajowych przepisów ze standardami regulowanymi art. 13 § 2 Karty. Miało to miejsce we wspomnianym już wcześniej przypadku dotyczącym przepisów irlandzkich, które zabraniały osobom korzystającym z pomocy społecznej ubiegać się o funkcję publiczną.⁷⁶

⁶⁹ Conclusions XVII-1, vol. 2, s. 295 (Malta).

⁷⁰ Conclusions 2004, vol. 2, s. 484 (Rumunia).

⁷¹ Conclusions 2002, s. 152 (Rumunia).

⁷² Conclusions XVI-2, vol. 1, s. 433 (Węgry).

⁷³ Conclusions XV-1, s. 167.

⁷⁴ Conclusions XIII-4, s. 61-62.

⁷⁵ Przypadek Danii: Conclusions XIII-4, s. 61; Conclusions XV-1, s. 166.

⁷⁶ Conclusions XV-1, s. 412.

§ 3. Prawo do uzyskania porady i niezbędnej pomocy (art.13 § 3 Karty)

Władze państw członkowskich powinny zorganizować system pomocy społecznej w taki sposób, aby każdy mógł uzyskać od właściwych służb publicznych lub prywatnych poradę i osobistą pomoc w zakresie niezbędnym do zapobieżenia, usunięcia zagrożeń dla jego sytuacji osobistej albo rodzinnej albo ulżenia mu w trudnym położeniu. Według Komitetu władze państw członkowskich powinny uczynić wszystko, co jest możliwe dla udzielenia pomocy osobom potrzebującym. Art.13 § 3 Karty jest normą o charakterze dynamicznym. Z jednej strony nakłada na władze państw członkowskich obowiązek zorganizowania skutecznej pomocy osobom potrzebującym, z drugiej natomiast doprowadzenia do sytuacji, w której zapotrzebowanie na powyższą pomoc zmniejszy się, a następnie zaniknie.⁷⁷ Art.13 § 3 Karty jest postrzegany przez Komitet jako norma gwarantująca wypełnienie obowiązków sformułowanych w art.13 § 1 Karty.⁷⁸ Powinność zapewnienia pomocy społecznej i medycznej jest realizowana między innymi za pomocą systemu poradnictwa i pomocy, z jakiej mają prawo korzystać osoby nieposiadające dostatecznych środków utrzymania.

Zakres przedmiotowy art.13 § 3 Karty pokrywa się z zakresem regulacji art.14 Karty, przepisu, który przyznaje prawo do korzystania ze służb opieki społecznej. Rozpatrując relacje, w jakich pozostają powyższe przepisy Karty, Komitet doszedł do przekonania, że art.13 § 3 Karty jest normą, która nakłada na państwa członkowskie obowiązek zorganizowania systemu porad i opieki dla osób potrzebujących, natomiast art. 14 Karty nakazuje państwom członkowskim zorganizowanie fachowej sieci służb opieki społecznej. Z tego względu Komitet ocenia niezależnie sposób, w jaki władze państwa członkowskiego wywiązują się z dobrowolnie przyjętych zobowiązań. Wydanie przez Komitet pozytywnego orzeczenia na temat stosowania się do wymagań określonych jednym z dwóch wymienionych przepisów Karty nie powoduje automatycznie wydania pozytywnego orzeczenia w kwestii dotyczącej stosowania się do standardów ustanowionych w drugim przepisie.⁷⁹ Państwa członkowskie, które ratyfikowały oba porównywane przepisy, mogą zorganizować dwa odrębne systemy opieki społecznej, jeden trudniący się wyłącznie poradnictwem na rzecz osób nieposiadających dostatecznych środków utrzymania; drugi powszechny, z usług którego mają prawo korzystać wszyscy zainteresowani. Mogą również zorganizować jeden, powszechny system służb opieki społecznej, które świadczą usługi także w zakresie udzielania porad osobom nieposiadającym dostatecznych zasobów.⁸⁰ Różnice między służbami opieki społecznej powołanymi

⁷⁷ Conclusions I, s. 64; Conclusions XIII-4, s. 55.

⁷⁸ Conclusions XIV-1, s. 52.

⁷⁹ Conclusions I, s. 64-65.

⁸⁰ Conclusions XIII-4, s. 59; Conclusions XIV-1, s. 86-87 (Austria).

do zaspakajania określonych potrzeb, wymienionymi w porównywanych przepisach polega na odrębności świadczonych usług (na podstawie art.13 § 3 Karty udzielane są wyłącznie porady) oraz kręgu podmiotów uprawnionych do korzystania z usług socjalnych. Z porad i pomocy osobistej, którą władze państw członkowskich powinny zapewnić na podstawie art.13 § 3 Karty, powinny mieć prawo korzystać osoby niemające dostatecznych środków utrzymania. Z usług socjalnych dostarczanych przez służby opieki społecznej mają prawo korzystać wszyscy obywatele zamieszkujący na terytorium określonego państwa członkowskiego. Jeżeli z raportu władz państwa członkowskiego nie wynika wyraźnie, w jaki sposób zorganizowany jest system służb opieki społecznej, Komitet domaga się od władz danego państwa odpowiedzi na pytanie, czy zorganizowało ono ośrodki zajmujące się udzielaniem porad dla osób nieposiadających dostatecznych zasobów.⁸¹

Art.13 § 3 Karty nie określa zakresu przedmiotowego porad i opieki osobistej, z jakich mają prawo korzystać osoby niemające dostatecznych zasobów, znajdujący się w sytuacji zagrożenia osobistego lub rodzinnego. W piśmiennictwie podkreśla się, że porady i osobista pomoc powinny obejmować sprawy mieszkaniowe, świadczenia socjalne, możliwość korzystania z usług służb opieki społecznej.⁸² Komitet interpretuje analizowaną normę szerzej. Nakazuje władzom państw członkowskich zapewnić osobom niemającym wystarczających środków utrzymania dostęp do poradnictwa i opiekę osobistą we wszystkich sprawach, które dotyczą pomocy społecznej i opieki medycznej regulowanych art.13 Karty.⁸³ Interesuje się zakresem usług świadczonych na podstawie analizowanego przepisu art.13 § 3 Karty.⁸⁴ W przypadku osobistej pomocy zwraca uwagę, czy osoby potrzebujące mogą liczyć na pomoc: pielęgniarki, pomocy domowej, osoby przygotowującej posiłki, kierowcy i środka transportu w przypadku koniecznej wizyty w szpitalu.⁸⁵

Poradnictwo i opieka osobista powinny być świadczone na odpowiednim poziomie. Powinny być również dostępne dla osób potrzebujących. Komitet bada liczbę, kwalifikacje zawodowe personelu świadczącego tego typu usługi.⁸⁶ W szczególnych przypadkach domaga się przedstawienia od władz państwa członkowskiego informacji na temat liczby personelu udzielającego osobom potrzebującym porad w sprawach mieszkaniowych.⁸⁷ Żąda informacji na temat środków w budżecie na

⁸¹ Przypadek Rumunii: Conclusions 2002, s. 152 Conclusions 2004, vol. 2, s. 485.

⁸² D.Harris, J.Darcy, op.cit., s. 173.

⁸³ Conclusions XIII-4, s. 59; Conclusions XIV-1, s. 743 (Szwecja).

⁸⁴ Conclusions XVII-1, vol. 2, s. 296 (Malta).

⁸⁵ Conclusions XV-1, s. 93 (Belgia); Addendum to Conclusions XV-1, s. 105 (Holandia).

⁸⁶ Conclusions XIII-4, s. 59; Conclusions XV-1, s. 167 (Dania); s. 345 (Islandia); s. 381-382 (Włochy); s. 412 (Malta); Addendum to Conclusions XV-1, s. 164-165 (Polska); Conclusions XVI-2, vol. 1, s. 148 (Dania); s. 434 (Węgry); Conclusions 2002, s. 204 (Słowenia).

⁸⁷ Conclusions 2004, vol. 1, s. 180 (Estonia).

powyższe usługi oraz wydatków poczynionych na zaspokojenie tego typu usług.⁸⁸ Jest zainteresowany zbadaniem możliwości dostępu osób potrzebujących do ośrodków świadczących usługi w zakresie porad i osobistej opieki. W tym celu wymaga od władz państw członkowskich danych na temat rozmieszczenia geograficznego instytucji publicznych lub prywatnych powołanych w celu udzielania porad i zajmujących się udzielaniem osobistej pomocy osobom potrzebującym.⁸⁹

Art.13 § 3 Karty nie zezwala na wprowadzenie w krajowych przepisach prawa zabezpieczenia społecznego warunków, od zaistnienia których uzależnione jest nabycie prawa do korzystania z usług w zakresie poradnictwa i osobistej pomocy. Bada warunki dostępu do powyższych usług.⁹⁰ Uważa, że krajowe przepisy prawa zabezpieczenia społecznego nie mogą uwarunkować korzystania z powyższych usług od okresu zamieszkiwania w określonym państwie członkowskim. Komitet zdecydowanie i jednoznacznie negatywnie oceniał przepisy wydane przez państwa członkowskie, które uzależniały prawo do korzystania z usług w zakresie porad i osobistej pomocy od ustalonego przez krajowe przepisy okresu zamieszkania na terytorium tego państwa członkowskiego, w którym osoba niemająca odpowiednich zasobów ubiega się o poradę i osobistą pomoc.⁹¹ Ma przede wszystkim w tym względzie na uwadze ochronę, jaką państwa członkowskie powinny zapewnić obywatelom innych państw członkowskich – stron traktatu międzynarodowego, jakim jest Karta – zamieszkującym legalnie na terytorium innych państw członkowskich.⁹² Komitet wydał orzeczenie o niezgodności niemieckich przepisów zabezpieczenia społecznego ze standardami ustanowionymi art. 13 § 3 Karty, ponieważ nie gwarantowały prawa do korzystania z porad i opieki obywatelom państw członkowskich, które nie należą do Unii Europejskiej lub do Europejskiej Strefy Ekonomicznej, ale uzależniają przyznanie uprawnień do skorzystania z powyższych usług od uznania służb opieki społecznej.⁹³ Art. 13 § 3 Karty zobowiązuje państwa członkowskie do dostarczenia potrzebującym stosownych porad i opieki. Nie zezwala więc na określanie przez władze państw członkowskich warunków korzystania z powyższych usług. Komitet jest zainteresowany w poznaniu

⁸⁸ Conclusions XIII-4, s. 59; Conclusions XVII-1, vol. 1, s. 111 (Czechy); s. 148 (Dania); Conclusions 2002, s. 95 (Włochy); Conclusions 2004, vol. 1, s. 113 (Cypr); s. 180 (Estonia); Conclusions 2004, vol. 2, s. 379 (Litwa); s. 534 (Słowenia).

⁸⁹ Conclusions 2004, vol. 1, s. 113 (Cypr); s. 180 (Estonia); Conclusions 2004, vol. 2, s. 534 (Słowenia).

⁹⁰ Conclusions 2004, vol. 1, s. 73 (Bułgaria); s. 180 (Estonia).

⁹¹ Conclusions XIV-1, s. 325-326 (Niemcy); Conclusions XVII-1, vol. 2, s. 296 (Malta); Conclusions 2002, s. 204 (Słowenia); Conclusions 2004, vol. 2, s. 379 (Litwa).

⁹² Conclusions XIII-4, s. 62; Conclusions 2002, s. 204 (Słowenia); Conclusions 2004, vol. 2, s. 534 (Słowenia).

⁹³ Conclusions XIV-1, s. 325-326; Addendum to Conclusions XV-1, s. 42.

ewentualnych warunków korzystania z usług,⁹⁴ najprawdopodobniej po to, by orzec ich niezgodność z przepisami Karty.

Art.13 § 3 Karty nakazuje władzom państw członkowskich dostarczenie osobom potrzebującym porady i osobistej pomocy, jaka może być konieczna dla ulżenia sytuacji osobistej lub rodzinnej osoby nieposiadające dostatecznych zasobów. Analizowany przepis wkracza w sferę chronioną art.16 Karty, normy gwarantującej rodzinie prawo do ochrony społecznej, prawnej i ekonomicznej. Komitet nie rozważał relacji między art.13 § 3 i art.16 Karty. Wydaje się, że art.13 §3 Karty gwarantuje jednostce prawo do skorzystania z porady i opieki osobistej między innymi w sytuacji, gdy uzyskanie takiej porady lub opieki może ulżyć sytuacji osobistej lub rodzinnej osoby, której przysługuje powyższe uprawnienie. Natomiast art.16 Karty nakłada na władze państw członkowskich obowiązki dotyczące popierania ochrony życia rodzinnego w sferach ekonomicznej, prawnej i społecznej.

Realizacja obowiązków sformułowanych w art.13 § 3 Karty może nastąpić przez służby publiczne lub prywatne instytucje charytatywne. Komitet pozytywnie ocenia obie formy zaspakajania usług gwarantowanych art.13 § 3 Karty. Pozytywnie odnosi się do wszelkich prawnych form partnerstwa lub koordynacji takich usług wykonywanych przez służby publiczne i organizacje charytatywne.⁹⁵

§ 4. Obowiązek równego traktowania własnych i obcych obywateli (art.13 § 4 Karty)

Państwa członkowskie są zobowiązane stosować się do obowiązków określonych w art.13 § 1, 2 i 3 Karty wobec obywateli innych państw znajdujących się legalnie na ich terytorium. Komitet orzekł, że analizowany przepis art.13 § 4 Karty rozszerzył zakres podmiotowy przepisów art.13 § 1, 2 i 3 Karty, ponieważ przyznał prawo do korzystania z pomocy społecznej i opieki medycznej także osobom, które nie zamieszkują na stałe, lecz tylko legalnie przebywają na terytorium danego państwa członkowskiego.⁹⁶ Obcokrajowcy, obywatele stron innych państw członkowskich Karty mają prawo do korzystania ze świadczeń i usług pomocy społecznej i opieki medycznej jak obywatele oraz osoby zamieszkujące na stałe w innym państwie członkowskim. Od trzynastego cyklu nadzoru Komitet wymaga od władz państw członkowskich sprawozdań z przestrzegania art.13 § 1, 2 i 3 Karty w stosunku do obywateli innych państw członkowskich.⁹⁷ Interpretuje art.13 § 4 Karty jako normę traktatu międzynarodowego, która zobowiązuje władze państw członkowskich do zagwarantowania obywatelom innych państw członkowskich, czasowo przebywa-

⁹⁴ Conclusions 2004, vol. 1, s. 73 (Bułgaria); Conclusions 2004, vol. 2, s. 534 (Słowenia).

⁹⁵ Conclusions XIII-4, s. 62; Addendum to Conclusions XV-1, s. 165 (Polska).

⁹⁶ Conclusions II, s. 51 (Norwegia); Conclusions XIV-1, s. 53-54.

⁹⁷ Conclusions XIV, s. 55.

jącym na terytorium innego państwa, prawa do korzystania z pomocy społecznej i opieki medycznej na równi z osobami, które podlegają ochronie przyznanej art.13 § 1,2 i 3 Karty. Powyższy obowiązek obejmuje więc turystów i studentów przybyłych z innych państw członkowskich.⁹⁸ Rozszerzenie kręgu osób uprawnionych do świadczeń z pomocy społecznej i opieki medycznej na podstawie art.13 Karty spowodowało ograniczenie przedmiotowego zakresu tych uprawnień w stosunku do obywateli innych państw członkowskich przejściowo przebywających na terytorium innych państw członkowskich. Komitet orzekł, że – zgodnie z art. 13 § 4 Karty – władze państw członkowskich są zobowiązane zapewnić „odpowiednią” (*adequate assistance*) pomoc społeczną i opiekę medyczną.⁹⁹ Powyższe sformułowanie Komitet pojmuje jako powinność udzielenia pomocy w nagłych przypadkach. Zakres tej pomocy obejmuje obowiązek dostarczenia schronienia, żywności, odzieży oraz zapewnienie opieki medycznej. Powyższa wykładnia art.13 § 4 Karty ma charakter zawężający. Analizowany przepis nakazuje władzom państw członkowskich postępować identycznie wobec obywateli innych państw członkowskich, jak wobec własnych we wszystkich sprawach regulowanych art.13 § 1, 2 i 3 Karty. Przepisy te nie ograniczają się do obowiązku dostarczenia osobom potrzebującym, nieposiadającym dostatecznych zasobów wsparcia wyłącznie w nagłych przypadkach.

Zakres obowiązków państw członkowskich reguluje Europejska Konwencja o Pomocy Społecznej i Medycznej, podpisana w Paryżu 11.12. 1953 r.¹⁰⁰ Art.13 § 4 Karty nakazuje władzom państw członkowskich, które ratyfikowały ten przepis, stosować postanowienia art.13 § 1, 2 i 3 Karty wobec własnych obywateli i obywateli innych państw – stron Karty – zgodnie z zobowiązaniami sformułowanymi w Europejskiej Konwencji o Pomocy Społecznej i Medycznej. Państwa członkowskie Rady Europy, które nie są stronami Europejskiej Konwencji o Pomocy Społecznej i Medycznej a ratyfikowały art.13 § 4 Karty są zobowiązane traktować obywateli innych państw – stron Karty – zgodnie z postanowieniami wymienionej konwencji.¹⁰¹ W słowniczku pojęć prawnych używanych w Europejskiej Konwencji o Pomocy Społecznej i Medycznej określenie „pomoc” jest definiowane szeroko jako każdy rodzaj pomocy przewidziany przez przepisy obowiązujące w państwach członkowskich, „mające na celu przyznanie osobom pozbawionym wystarczających dochodów środków utrzymania i opieki, jakiej wymaga ich stan” (art.2 lit.a (i)). Spod obowiązku udzielenia pomocy objętej powołanym przepisem konwencji wyłączone są wyłącznie świadczenia bezskładkowe oraz świadczenia należne ofiarom wojny lub okupacji. W art.1 Europejskiej

⁹⁸ Conclusions XIII-4, s. 62.

⁹⁹ Conclusions XIV-1, s. 55.

¹⁰⁰ Polski tekst opublikowany w: Podstawowe dokumenty Rady Europy..., op.cit., s. 83.

¹⁰¹ Załącznik do art.13 § 4 Karty.

Konwencji o Pomocy Społecznej i Medycznej powtórzony został obowiązek równego traktowania obywateli własnych i obcych. Brak jest więc podstaw prawnych do zawężonej interpretacji art.13 § 4 Karty. Ostrożność w zaciąganiu zobowiązań oznaczonych w art.13 § 4 Karty wykazują państwa Europy Centralnej i Wschodniej.¹⁰² Powyższe obawy nie są podstawne. Bogate orzecznictwo Komitetu niemal wyłącznie dotyczy przypadków dyskryminowania obywateli innych państw członkowskich w sprawach dotyczących świadczeń z pomocy społecznej i opieki medycznej.¹⁰³

3. PRAWO CUDZOZIEMCÓW ZAMIESZKAŁYCH W POLSCE DO POMOCY SPOŁECZNEJ I MEDYCZNEJ

W Polsce potencjalne bariery socjalne, hamujące proces wprowadzenia jednolitego obywatelstwa Unii Europejskiej wobec obywateli państw członkowskich, zostały w zasadzie zniesione w przypadku przepisów prawa socjalnego, regulującego przesłanki nabywania uprawnień do świadczeń z pomocy społecznej.¹⁰⁴ Art.5 pkt. 2-3 ustawy o pomocy społecznej z 12.03.2004 r., której jednolity tekst został ogłoszony w obwieszczeniu Marszałka Sejmu RP z 2.10.2009 r.¹⁰⁵ stanowią, iż prawo do świadczeń z pomocy społecznej przysługuje, poza osobami posiadającymi obywatelstwo polskie, mającymi miejsce zamieszkania w Polsce i przebywającymi na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, również cudzoziemcom zamieszkującym w Polsce i przebywającym na jej terytorium na podstawie zezwolenia na osiedlenie się lub zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego Wspólnot Europejskich oraz obywatelom państw członkowskich Unii Europejskiej, państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym lub Konfederacji Szwajcarskiej

¹⁰² Przepisu tego nie ratyfikowały: Armenia, Azerbejdżan, Bułgaria, Cypr, Estonia, Litwa, Mołdawia, Polska, Rumunia, Słowacja, Słowenia. Tables of accepted provisions. Situation at 1 January 2005 (w:) European Social Charter. Collected texts (5th edition), op.cit., s. 85, 90.

¹⁰³ Przypadki: Austrii (Conclusions XII-1, s. 196; Conclusions XIII-2, s. 139); Francji (Conclusions VI, s. 91; Conclusions 2002, s. 49; Conclusions 2004, vol. 1, s. 237); Grecji (Conclusions XI-1, s. 133; Conclusions XIII-2, s. 138); Hiszpanii (Conclusions XIV-1, s. 714); Holandii (Conclusions XV-1, s. 572-573; Conclusions XVII-1, vol. 2, s. 329); Malty (Conclusions XIII-2, s. 349; Conclusions XIII-4, s. 208; Conclusions XIV-1, s. 539; Conclusions XV-1, s. 412); Conclusions Niemiec (Addendum to Conclusions XV-1, s. 42-43); Portugalii (Conclusions XIV-1, s. 674-675; Conclusions XVII-1, vol. 2., s. 426); Conclusions XV-1, s. 491); Wlk.Brytanii (Conclusions XIV-1, s. 811-812; Conclusions XV-1, s. 648).

¹⁰⁴ A.M. Świątkowski, M. Wujczyk, op.cit., s. 487 i nast.

¹⁰⁵ Dz.U. Nr 176, poz. 1362.

oraz członkom ich rodzin. Wyłącznym ograniczeniem uprawnienia do świadczeń pomocy społecznej tych osób jest warunek posiadania prawa pobytu lub prawa stałego pobytu na terytorium RP. Inni cudzoziemcy, którzy uzyskali w Polsce status uchodźcy albo ochronę uzupełniającą, nabywają uprawnienia do świadczeń socjalnych z pomocy społecznej na zasadach i w trybie określonym w przepisach rozdziału 5 „Integracja cudzoziemców, którzy uzyskali w Rzeczypospolitej Polskiej status uchodźcy lub ochronę uzupełniającą” (art.91-95).

Opieka medyczna, pomoc społeczna są w państwach członkowskich UE finansowane nie ze składek osób bezpośrednio zainteresowanych w uzyskaniu powyższych dóbr, lecz z podatków obywateli danego państwa. W okresie poprzedzającym powołanie do życia organizacji regionalnych, poprzedniczek obecnej Unii Europejskiej (EWG, Wspólnot Europejskich, Wspólnoty Europejskiej) reguły solidarności społecznej były ograniczone do obywateli oraz rezydentów poszczególnych państw, zasilających daninami publicznymi budżety tych państw, z których finansowane były wydatki na opiekę, pomoc społeczną, ochronę zdrowia i zaspokojenie potrzeb mieszkaniowych. Współcześnie ustanowienie wspólnego rynku, gwarantującego trwałą rozwój Europy poprzez zrównoważony wzrost gospodarczy, stabilność cen, społeczną gospodarkę rynkową o wysokiej konkurencyjności, umożliwiającą stały postęp społeczny, wymaga podjęcia intensywnych działań przez wszystkie państwa członkowskie UE na rzecz transgranicznego rozpowszechnienia idei solidarności, harmonizacji wysiłków podejmowanych dotychczas odrębnie przez władze poszczególnych państw członkowskich z myślą o likwidacji i przeciwdziałaniu zjawisku ubóstwa. Jednolity status obywatelski Unii Europejskiej przysługujący wszystkim obywatelom oraz innym osobom legalnie zamieszkującym w granicach administracyjnych Unii powinien gwarantować równe traktowanie osobom ubiegającym się o świadczenia i usługi z pomocy społecznej, stanowiącej integralną część krajowego systemu zabezpieczenia społecznego, ochrony zdrowia. Systemy prawa socjalnego państw członkowskich zachowują swoją tożsamość, wynikająca z wielowiekowych doświadczeń. Jednakże powyższa odrębność nie może wpłynąć na różnicowanie uprawnień do świadczeń usług obywateli unijnych. Swoboda przepływu osób w granicach Unii nie może ograniczać uprawnień do identycznych świadczeń socjalnych przysługujących obywatelom poszczególnych państw członkowskich. Ustanowienie jednolitego obywatelstwa Unii Europejskiej stanowić będzie dowód realizacji jednolitego, identycznego z położeniem obywateli danego państwa członkowskiego, traktowania osób znajdujących się w potrzebie bez względu na ich aktualne miejsce zamieszkania.

Ustawa z 27.08.2004 r. przyznaje prawo do korzystania ze świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych osobom objętym powszech-

nym – obowiązkowym i dobrowolnym – ubezpieczeniem zdrowotnym. Osoby nieubezpieczone mają prawo do świadczeń opieki zdrowotnej, jeżeli są obywatelami polskimi, mają miejsce zamieszkania na terytorium Polski, spełniają kryterium dochodowe do uzyskania świadczeń socjalnych z pomocy społecznej.¹⁰⁶ Ponadto prawo do świadczeń opieki zdrowotnej przysługuje niepełnoletnim obywatelom polskim, zamieszkałym w Polsce. Uprawnienie do świadczeń zdrowotnych mają również pełnoletnie kobiety, obywatelki polskie, zamieszkałe w Polsce, w okresie ciąży, połogu lub porodu (art.2 ust.1). Osoby uprawnione do świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych mają status prawnych świadczeniobiorców. Osobom nieposiadającym obywatelstwa polskiego, innym niż świadczeniobiorcy, świadczenia opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych udzielone są na zasadach określonych w odrębnych przepisach i umowach międzynarodowych (art. 2 ust.2). Ubezpieczonymi w rozumieniu ustawy z 27.08.2004 r. są wymienieni w art.3 obywatele obcy – państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA), zamieszkujący w granicach administracyjnych UE albo EFTA, podlegający – stosownie do art. 66 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej – obowiązkowi ubezpieczenia zdrowotnego lub dobrowolnie objęci tym ubezpieczeniem, zgodnie z art.68 wymienionej ustawy.¹⁰⁷

W myśl ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych w odniesieniu do obywateli UE i EFTA do objęcia ich ubezpieczeniem zdrowotnym w Polsce wystarczy już sam fakt np. zatrudnienia w Polsce. Nie ma natomiast konieczności, by zamieszkiwali oni na terytorium Polski. Jedynym wymogiem dla tej grupy jest, aby osoba zatrudniona w Polsce posiadała obywatelstwo jakiegokolwiek państwa członkowskiego UE lub EFTA i zamieszkiwała na terenie któregoś z tych państw. (art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy z 27.8.2004). Z kolei w oparciu o art. 3 ust. 1 pkt 2 u.ś.o.z. ustawy z 27.08.2004 ubezpieczeniem zdrowotnym mogą być objęci ci cudzoziemcy, nieposiadający obywatelstwa żadnego z państw członkowskich UE lub EFTA, którzy przebywają w Polsce na podstawie wyszczególnionych w przepisie dokumentów, m. in. wizy (uzyskanie tych dokumentów reguluje ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o cudzoziemcach¹⁰⁸ oraz ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej¹⁰⁹). Spełnienie warunku posiadania dokumentu zezwalającego na pobyt w Polsce w celu objęcia cudzoziemca ubezpieczeniem zdrowotnym w Polsce nie jest konieczne w przypadku, gdy jest on cudzo-

¹⁰⁶ A.M. Świątkowski, M. Wujczyk, op.cit., s. 501 i nast.

¹⁰⁷ Ci sami, op. cit., s. 508 i nast.

¹⁰⁸ tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr 234, poz. 1694 z późn. zm.

¹⁰⁹ tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr 234, poz. 1695 z późn. zm.

ziemcem, który nie posiada obywatelstwa żadnego z państw członkowskich UE lub EFTA, lecz legalnie zamieszkuje na terytorium innego niż Polska państwa członkowskiego UE lub państwa członkowskiego EFTA (art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy z 27.8.2004). Tak więc obowiązkowemu ubezpieczeniu społecznemu będzie podlegać np. mieszkaniec Nowej Zelandii, jeżeli legalnie zamieszkuje we Francji lub Włoszech i nawiązał stosunek pracy na terenie Polski. Status ubezpieczonego mają także (na podstawie art. 3 ust. 2 pkt 5-6 ustawy z 27.08.2004) następujące osoby: (i) – zamieszkujący na terytorium państwa członkowskiego UE lub państwa członkowskiego EFTA członkowie rodzin osób objętych obowiązkowym lub dobrowolnym ubezpieczeniem zdrowotnym, posiadających obywatelstwo państwa członkowskiego UE lub państwa członkowskiego EFTA i zamieszkujących na terytorium państwa członkowskiego UE lub państwa członkowskiego EFTA (oczywiście tylko wówczas, jeżeli ww. członkowie rodziny nie są osobami podlegającymi obowiązkowi ubezpieczenia zdrowotnego ani nie są osobami uprawnionymi do świadczeń opieki zdrowotnej na podstawie unijnych przepisów o koordynacji systemów zabezpieczenia społecznego), (ii) zamieszkujący na terytorium państwa członkowskiego UE lub państwa członkowskiego EFTA członkowie rodzin osób objętych obowiązkowym lub dobrowolnym ubezpieczeniem zdrowotnym i nieposiadających obywatelstwa państwa członkowskiego UE lub państwa członkowskiego EFTA legalnie zamieszkujących na terytorium innego niż Rzeczypospolita Polska państwa członkowskiego UE lub państwa członkowskiego EFTA (jeżeli wspomniani członkowie rodziny nie są osobami podlegającymi obowiązkowi ubezpieczenia zdrowotnego ani nie są osobami uprawnionymi do świadczeń opieki zdrowotnej na podstawie powoływanych przepisów o koordynacji), (iii) zamieszkujący na terytorium Polski członkowie rodzin osób objętych obowiązkowym lub dobrowolnym ubezpieczeniem zdrowotnym i nieposiadających obywatelstwa państwa członkowskiego UE lub państwa członkowskiego EFTA przebywających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na podstawie wizy pobytowej w celu wykonywania pracy, zezwolenia na zamieszkanie na czas oznaczony (z wyłączeniem zezwolenia udzielonego na podstawie art. 53a ust. 2 ustawy o cudzoziemcach), zezwolenia na osiedlenie się, zezwolenia na pobyt rezydenta długoterminowego Wspólnot Europejskich, zgody na pobyt tolerowany lub posiadających status uchodźcy nadany w Rzeczypospolitej Polskiej albo korzystających z ochrony czasowej na jej terytorium. Tym samym ubezpieczenie zdrowotne jako członek rodziny może nabyć dziecko np. Holendra, który zatrudniony jest

w Polsce i został objęty polskim ubezpieczeniem społecznym oraz zdrowotnym. Nie jest konieczne, by dziecko to zamieszkiwało w Polsce.¹¹⁰

Polskie prawo reguluje również zasady dostępu do świadczeń w zakresie ochrony zdrowia obywateli państw nienależących do Unii Europejskiej. Zgodnie z art. 3 ust. 1 o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanej ze środków publicznych ze świadczeń opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych mogą korzystać (i) obywatele państw innych niż państwa członkowskie UE i EFTA, niezamieszkujący na terytorium żadnego z tych państw, jeżeli podlegają polskiemu ubezpieczeniu zdrowotnemu i są ponadto objęci ubezpieczeniem emerytalnym i rentowym lub ubezpieczeniem społecznym rolników, (ii) nieposiadający obywatelstwa państw członkowskich UE i EFTA studenci i uczestnicy studiów doktoranckich studiujący w Polsce, członkowie zakonów przebywający w RP na podstawie stosownych dokumentów i odbywający kurs języka polskiego lub kurs przygotowawczy do podjęcia nauki w tym języku, jeżeli ubezpieczają się w RP dobrowolnie, (iii) cudzoziemcy odbywający staż adaptacyjny podlegający dobrowolnemu polskiemu ubezpieczeniu zdrowotnemu. Bez względu na to, czy cudzoziemiec z państwa innego niż należącego do Unii Europejskiej podlega polskiemu ubezpieczeniu zdrowotnemu, jak też czy posiada dokumenty uprawniające do pobytu na terytorium RP, cudzoziemcom znajdującym się w stanie nagłego zagrożenia zdrowotnego udzielane są bezpłatnie świadczenia opieki zdrowotnej w postaci medycznych czynności ratunkowych. Udzielają ich w warunkach pozaszpitalnych zespoły ratownictwa medycznego na podstawie ustawy z 8.09.2006 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym.¹¹¹ Świadczenia te finansowane są z budżetu państwa. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu komentującą ustawę o Państwowym Ratownictwie Medycznym „W świetle obowiązującej definicji legalnej stan nagłego zagrożenia zdrowotnego rozumiany jest jako stan polegający na nagłym lub przewidywanym w krótkim czasie pojawieniu się objawów pogarszania zdrowia, którego bezpośrednim następstwem może być poważne uszkodzenie funkcji organizmu lub uszkodzenie ciała albo utrata życia, wymagający podjęcia natychmiastowych medycznych czynności ratunkowych i leczenia”. Tak szerokie zdefiniowanie stanu nagłego zagrożenia zdrowotnego przez ustawodawcę może stwarzać istotne problemy interpretacyjne. Szczególne trudności mogą wystąpić przy próbie dokonania podziału na zakres świadczeń zdrowotnych podejmowanych na poziomie podstawowej opieki zdrowotnej oraz medyczne czynności ratunkowe,

¹¹⁰ M. Łokaj Problematyka finansowania świadczeń opieki zdrowotnej udzielanych cudzoziemcom spoza UE oraz EFTA w przypadkach nagłych, ABC nr 179366.

¹¹¹ Dz. U. z 2006 r. nr 191, poz. 1410 z późn. zm.

których wykonywanie jest zastrzeżone dla jednostek systemu Państwowego Ratownictwa Medycznego”.¹¹²

W Polsce brak jest szerszych badań nad problematyką barier, jakie napotykają cudzoziemcy, zarówno z krajów UE jak i nienależących do Unii Europejskiej, w zakresie dostępu do ochrony medycznej. Niekiedy pojawiają się próby sformułowania przeszkód w korzystaniu przez imigrantów z systemu opieki zdrowotnej. Jako przykład można wskazać opracowanie przygotowane przez Instytut Spraw Publicznych „Strukturalne i kulturowe bariery w dostępie imigrantów do ochrony zdrowia”.¹¹³ Autorka raportu, Bogumiła Jabłecka, jako przykłady barier występujących w Polsce wskazuje następujące okoliczności:

- a) uregulowania prawne – chodzi tu o nieprecyzyjne zasady dostępu do opieki zdrowotnej, często skłaniające do nadużyć,
- b) dostęp do leków – częstokroć ich wysokie ceny są okolicznością utrudniającą z pełnego korzystania z opieki medycznej
- c) dostęp do informacji – barierą w korzystaniu ze świadczeń systemu opieki zdrowotnej jest niedostatek w przekazywaniu informacji dotyczących przysługujących imigrantom praw. Problem ten przejawia się jednak przede wszystkim w odniesieniu do cudzoziemców, których pobyt nie jest udokumentowany.
- d) brak świadomości personelu medycznego na temat sytuacji migrantów – jak wskazuje B. Jabłecka „Dla imigrantów przeszkody natury informacyjnej i świadomościowej skupiają się również wokół sposobu prezentacji i formy danych. Nie wszędzie znajomość uprawnień oznacza zrozumienie struktury działania systemu i na odwrót. Dla osoby niezorientowanej w formach funkcjonowania służby zdrowia odnalezienie odpowiedniego specjalisty może się okazać dużym wyzwaniem i często zniechęcającym do dalszego korzystania z usług doświadczeniem”.¹¹⁴
- e) bariera językowa – jest to o tyle istotna okoliczność, że prawidłowe zrozumienie informacji przekazywanych przez pacjenta lekarzowi, jak i instrukcji formułowanych przez personel medyczny dla pacjenta ma kluczowe znaczenie dla prawidłowego sformułowania diagnozy i odpowiedniego przebiegu procesu leczenia. Problemy z właściwym porozumieniem się nie

¹¹² Przemysław Guła (red.), Stefan Poździoch (red.), Tomasz Filarski, Jarosław Kycia, Marcin Mikos, Piotr Pochopień, Michał Waszkiewicz, Ustawa o Państwowym Ratownictwie Medycznym. Komentarz, Warszawa 2008, komentarz do art. 3.

¹¹³ http://isp.org.pl/uploads/filemanager/B.Jabecka_Strukturalneikulturowebarierywdostpieimigrantwdoochronyzdrowia.pdf.

¹¹⁴ B. Jabłecka, Strukturalne i kulturowe bariery w dostępie imigrantów do ochrony zdrowia, s. 15-16 http://isp.org.pl/uploads/filemanager/B.Jabecka_Strukturalneikulturowebarierywdostpieimigrantwdoochronyzdrowia.pdf.

tylko rodzą komplikacje w toku procedur medycznych, ale również często zniechęcają imigrantów do wizyty lub ponownej wizyty w placówkach zdrowia. Należy podkreślić, że nie jest to problem wyłącznie polski, ale dotyczy praktycznie każdego kraju, w którym cudzoziemcy korzystają z krajowej opieki medycznej.¹¹⁵

- f) bariery kulturowe – szereg problemów w dostępie do opieki medycznej rodzą różnice kulturowe pomiędzy obywatelami poszczególnych państw (choć należy wskazać, że w obszarze krajów Unii Europejskiej różnice te nie są bardzo znaczne). Jako przykład omawianych barier można wskazać: styl komunikacji, niezrozumienie roli rodziny, dopuszczalna w danym społeczeństwie ilość informacji i szczegółów zawartych w przekazie, zaufanie jakim darzy się system opieki zdrowotnej.
- d) koncepcja sposobu leczenia – problem w korzystaniu z systemu ochrony zdrowia może wynikać z oczekiwań, jakie cudzoziemcy wobec niego prezentują, np. w zakresie częstotliwości stosowania kuracji antybiotykowej, brak tradycji kontaktu z lekarzem w przypadku niektórych jednostek chorobowych,
- e) kwestie religijno-obyczajowe – problem ten staje się coraz istotniejszy ze względu na wzrost wśród obywateli UE osób wyznających islam, charakteryzującego się często zupełnie innymi wymaganiami do opieki zdrowotnej (np. w zakresie dostępu do lekarzy tej samej płci, w szczególności w zakresie opieki ginekologicznej).
- f) problem dyskryminacji – jeszcze raz należy powołać się na wnioski sformułowane przez B. Jabłocką „W dostępie do opieki zdrowotnej imigranci spotykają się z dyskryminacją na dwóch poziomach. Pierwszy z nich, poziom instytucjonalny, jest częściowo nie do uniknięcia, jako że, posługując się słowami zawartymi w raporcie Światowej Organizacji Zdrowia: „Kiedy pierwotnie homogeniczne społeczeństwo staje się wieloetniczne i wielokulturowe, jest niemal niemożliwe, że funkcjonujące instytucje będą optymalne dla nowoprzybyłych (...)” To zjawisko można zaobserwować na przykładzie braku lub niejasności rozwiązań legislacyjnych odnoszących się do warunków korzystania cudzoziemców ze służby zdrowia. Dyskryminacja na poziomie indywidualnym jest poważnym utrudnieniem w dostępie cudzoziemców do usług medycznych zarówno pod względem obniżenia jakości świadczeń, kształtowania się oporu

¹¹⁵ Por. Szerzej: S. Bowen, „Language Barriers in Access to Health Care”, Health Canada 2003, <http://www.hc-sc.gc.ca/hcs-sss/pubs/acces/2001-lang-acces/index-eng.php> (05.01.2014), M. Au, E. Fries Taylor, M. Gold, „Improving Access to Language Services in Health Care: A Look at National and State Efforts”, Mathematica Policy Research Inc., 2009, <http://www.ahrq.gov/populations/languageservicesbr.pdf> (05.01.2014), S. Yeo, „Language Barriers and Access to Care”, Annual Review of Nursing Research 22, 2004 s. 59-73.

wobec leczenia, jak i nawet niechęci do konsultacji lekarskiej. Z jednej strony dają tu znowu o sobie znać wszystkie poruszane już kwestie, począwszy od strukturalnych, przez językowe, kulturowe i religijne. Imigranci, jako grupa mniejszościowa, mogą czuć się dyskryminowani ze względu na jeden lub wiele, wymienionych przed chwilą czynników”. Z badań N. Kurek dotyczących barier w dostępie migrantów do ochrony zdrowia w Polsce wynika, że dyskryminacji i nieprzyjemnego traktowania doświadczyło aż 19% cudzoziemców ubiegających się o ochronę międzynarodową w Polsce. Praktyki dyskryminacyjne lekarzy mogą mieć u podstaw szereg czynników. Np. niedostateczną znajomość języka migranta personel medyczny może odbierać jako wyraz niskiego poziomu intelektualnego. Ponadto, niestety wciąż można się jeszcze spotkać z osobami, które są po prostu uprzedzone wobec cudzoziemców. Kiedy udzielający świadczenia daje to odczuć pacjentowi, takie zachowanie powinno wiązać się z poważnymi konsekwencjami dla leczącego. Uprzedzony lekarz uważający, że migrant nie powinien mieć praw do opieki zdrowotnej, może zachowywać się nieprofesjonalnie i zaniedbywać pacjenta lub swoim zachowaniem wzbudzać wątpliwości co do jakości i zasadności leczenia”.¹¹⁶

Zgodnie z danymi sporządzonymi przez Główny Urząd Statystyczny w 2011 r. odnotowano 46,8 tys. cudzoziemców korzystających ze szpitali i sanatoriów uzdrowiskowych, o 10,9% (tj. 4,6 tys.) więcej niż w roku poprzednim. Ich udział w ogólnej liczbie leczonych stacjonarnie wyniósł 8,1% i było to o 0,7 punktu procentowego więcej. Podobnie jak w latach ubiegłych, najwięcej cudzoziemców – blisko 89% (41,6 tys.) odnotowano w województwie zachodniopomorskim i było to o 15,9% więcej niż w 2010 r. Dane te nie precyzują, jaki odsetek cudzoziemców korzystających z polskiej opieki zdrowotnej stanowili obywatele UE.¹¹⁷

IV. UWAGI KOŃCOWE

Z punktu widzenia Unii Europejskiej, Polska jest krajem emigrantów.¹¹⁸ Jednakże z perspektywy Rady Europy Polska winna być traktowana jako państwo

¹¹⁶ B. Jabłocka, *Strukturalne i kulturowe bariery w dostępie imigrantów do ochrony zdrowia*, s. 22 http://isp.org.pl/uploads/filemanager/B.Jabecka_Strukturalneikulturowebarierywdostpieimigrantw_doochronyzdrowia.pdf.

¹¹⁷ *Zdrowie i ochrona zdrowia w 2011 r.*, Główny Urząd Statystyczny, s. 107 (6.01.2014), http://www.stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/gus/zo_zdrowie_i_ochrona_zdrowia_w_2011.pdf.

¹¹⁸ Według danych z 2012 r. 2,5 mln. emigrantów z Polski osiedliło się w Wlk. Brytanii, 4,8 mln. w Niemczech, 118 tys. w Irlandii, 97 tys. w Holandii, 97 tys. we Włoszech, 65 tys. w Norwegii,

imigracji, do którego napływa wzrastająca liczba osób z państw Europy Wschodniej.¹¹⁹ Członkostwo w europejskich organizacjach regionalnych, Unii Europejskiej, która stara się zrealizować założenia Europejskiego Modelu Socjalnego, oraz w Radzie Europy, ustanawiającej i nadzorującej przestrzeganie przez państwa członkowskie standardów ochrony praw socjalnych, traktowanych jako podstawowe prawa człowieka, nakłada na władze Polski obowiązek zagwarantowania cudzoziemcom równego traktowania z obywatelami polskimi w sprawach związanych z ochroną zdrowia oraz udzielaniem pomocy i opieki społecznej osobom potrzebującym, legalnie zamieszkującym w Polsce. Przegląd polskich przepisów prawa socjalnego, dotyczących pomocy społecznej i medycznej uświadamia, że obywatele państw członkowskich Rady Europy, którzy nie są obywatelami państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiej Strefy Ekonomicznej oraz obywatele pozostałych państw, klasyfikowani jako „obywatele państw trzecich” nie mają prawa do świadczeń i usług socjalnych w Polsce, gwarantowanych art.13 Karty, bez względu na to, czy zamieszkują w innych państwach UE albo ESE.

63 tys. we Francji, 48 tys. w Belgii, 38 tys. w Szwecji, 37 tys. w Hiszpanii. Do Polski wyemigrowało około 100 tys. osób, co stanowi 0,2 % mieszkańców Polski jako kraju przyjmującego emigrantów.

¹¹⁹ Imigranci przebywający w Polsce (stan w 2011 r.): 8, 5 tys. z Ukrainy, 2,3 tys. z Białorusi, 1,6 tys. z Rosji.

*Dr hab. Jacek Chlebny,
Prof. nadzw. Uniwersytetu Łódzkiego,
Wiceprezes NSA*

Wpływ orzecznictwa sądów europejskich na ochronę praw uchodźców w Polsce

1. ZAGADNIENIA WSTĘPNE

1.1. Orzecznictwo sądów krajowych powinno gwarantować jednolite traktowanie uchodźców w Unii Europejskiej. Podstawy prawne do jednolitej ochrony praw uchodźców należy wiązać z utworzeniem Wspólnego Europejskiego Systemu Azylowego. Jego funkcjonowanie od samego początku oparte zostało na zasadzie *non refoulement* i pełnego przestrzegania Konwencji genewskiej z 28 lipca 1951 r.¹ Prawo do uzyskania ochrony międzynarodowej z poszanowaniem zasad Konwencji genewskiej zostało przyjęte w Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej (art. 18 Karty). W piśmiennictwie uznaje się je za prawo podmiotowe jednostki do uzyskania azylu². Harmonizację przyjmowanych w państwach członkowskich rozwiązań prawnych miały zapewnić przede wszystkim dyrektywy. Za kluczowe dla postępowania w sprawie o nadanie statusu uchodźcy należy uznać dwie dyrektywy: proceduralną³ i kwalifikacyjną⁴. Ich celem jest zapewnienie jednolitego

¹ Pkt 13 Konkluzji przyjętych na posiedzeniu Rady Europejskiej w Tampere, 15–16.10.1999 r. Tekst Konkluzji dostępny na stronie internetowej <http://www.europarl.europa.eu/>. Zasady wspólnej polityki Unii dotyczącej problematyki azylu, ochrony uzupełniającej i tymczasowej ochrony określił art. 78 ust. 1 TFUE, jako „... mającą na celu przyznanie odpowiedniego statusu każdemu obywatelowi państwa trzeciego wymagającemu międzynarodowej ochrony oraz mającą na celu zapewnienie przestrzegania zasady non-refoulement. Polityka ta musi być zgodna z Konwencją genewską z dnia 28 lipca 1951 roku i Protokołem z dnia 31 stycznia 1967 roku dotyczącymi statusu uchodźców, jak również z innymi odpowiednimi traktatami”.

² M.-T. Gil-Bazo, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to be Granted Asylum in the Union's Law*, „Refugee Survey Quarterly” 2008, vol. 27, nr 3, s. 41.

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/32/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie wspólnych procedur udzielania i cofania ochrony międzynarodowej (wersja przekształcona) (Dz. Urz. UE z 2013 r., Nr L 180, s. 60-94).

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/33/UE z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie w sprawie ustanowienia norm dotyczących przyjmowania wnioskodawców ubiegających się o ochronę

statusu azylu i ochrony uzupełniającej oraz wspólnych procedur ich przyznawania i pozbawiania. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, interpretując akty prawa unijnego odnoszące się do udzielania cudzoziemcom ochrony, wpływa nie tylko na ustawodawstwo państw członkowskich, ale i na orzecznictwo w tych sprawach sądów krajowych⁵. Warto zwrócić przy tym uwagę, że w ramach postępowania prejudycjalnego Trybunał uznał swoją właściwość do wykładni przepisów Konwencji genewskiej wówczas, gdy jej przepis można powiązać z prawem Unii, np. gdy prawo Unii odsyła do interpretowanego przepisu Konwencji⁶. Konwencja genewska nie należy bowiem do porządku prawnego Unii.

1.2. Jednolite traktowanie uchodźców w postępowaniach krajowych jest warunkiem funkcjonowania przepisów dublińskich⁷. Umożliwiają one przekazanie uchodźcy do innego państwa członkowskiego celem rozpoznania jego wniosku o nadanie statusu uchodźcy i mają gwarantować, że każdy wniosek o udzielenie ochrony międzynarodowej zostanie merytorycznie rozpatrzony tylko przez jedno państwo członkowskie Unii. Do procedury dublińskiej odnosi się art. 41 ustawy z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej⁸. Przepis ten jest podstawą do wydania decyzji o przekazaniu cudzoziemca lub osoby, w imieniu której wnioskodawca występuje do innego państwa członkowskiego i o umorzeniu postępowania o nadania statusu uchodźcy. W 2011 roku oba trybunały europejskie wypowiedziały się w sprawach kluczowych dla funkcjonowania mechanizmu dublińskiego: Trybunał w Strasburgu w wyroku w sprawie M.S.S. przeciwko Belgii i Grecji zwrócił uwagę na to, że stosowanie mechanizmu dublińskiego w celu przekazania uchodźców nie może odnosić się do tych krajów, w których istnieją przeszkody do przekazania polegające na systemowych nieprawidłowościach w zakresie

międzynarodową (wersja przekształcona) (Dz. Urz. UE z 2013 r., Nr L 180, s. 96-116).

⁵ Na potrzebę dokonywania wykładni prawa zgodnej z przepisami dyrektyw dotyczących uchodźców Naczelny Sąd Administracyjny wskazywał wielokrotnie, np. w wyrokach: z dnia 12.03.2008 r., II OSK 126/07, LEX nr 506613; z 8.05.2008 r., II OSK 237/07, LEX nr 50530; z 5.09.2013 r., II OSK 834/12, niepubl. W sprawach dotyczących uchodźców, z powołaniem się na orzecznictwo TS UE, wskazywano również na obowiązek prowsólnotowej interpretacji prawa krajowego w świetle przepisów nawet tych dyrektyw, których termin do implementacji jeszcze nie upłynął (wyrok Marleasing, C-106/89, EU:C:1990:395, pkt 13; wyrok Adeneler i inni, C-212/04, EU:C:2006:443, pkt 123).

⁶ Zob. wyrok TS UE z 17.07. 2014 r., *Qurbani*, C-481/13, EU:C:2014:2101, pkt 28.

⁷ Stosowanie mechanizmu dublińskiego reguluje rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 604/2013 z dnia 26 czerwca 2013 r. w sprawie ustanowienia kryteriów i mechanizmów ustalania państwa członkowskiego odpowiedzialnego za rozpatrzenie wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej złożonego w jednym z państw członkowskich przez obywatela państwa trzeciego lub bezpaństwowca (wersja przekształcona) (Dz. U. UE L 180, s. 31).

⁸ Tekst jedn. Dz. U. z 2012 r. poz. 6980, dalej jako: ustawa o udzielaniu cudzoziemcom ochrony.

procedury azylowej i warunków przyjmowania osób ubiegających się o azyl⁹. Trybunał w Luksemburgu w późniejszym orzeczeniu¹⁰ wyłączył możliwość stosowania mechanizmu dublińskiego w oparciu o niewzruszalne domniemanie, że państwo członkowskie, do którego uchodźca jest przekazywany, przestrzega praw podstawowych Unii Europejskiej. Z powołanych orzeczeń wynika, że warunkiem działania mechanizmu dublińskiego jest przestrzeganie minimalnych standardów traktowania uchodźców we wszystkich państwach członkowskich. Sędziowie państw członkowskich, w tym również sędziowie polscy, mają obowiązek zagwarantowania rzetelnych standardów procedury i jednolitego stosowania przesłanek prawnomaterialnych dla udzielenia uchodźcom ochrony. Wskazane uwarunkowania funkcjonowania przepisów dublińskich zostały dostrzeżone przez NSA w wyroku z 25.09.2014 r.¹¹

1.3. Tytułem wprowadzenia należy zwrócić uwagę na istotną zmianę stanu prawnego, związaną z wejściem w życie ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach¹². W dotychczasowych przepisach realizowano model procedury uchodźczej, w której ten sam organ, w jednym postępowaniu, rozstrzygał o udzieleniu cudzoziemcowi ochrony albo o jego wydaleniu¹³. W wyniku nowelizacji ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony¹⁴ wyłączona została możliwość wydania decyzji o wydaleniu w postępowaniu o nadanie statusu uchodźcy. Po 1 maja 2014 r. jeżeli cudzoziemiec, któremu odmówiono udzielenia ochrony nie opuścił terytorium Polski w terminie 30 dni od dnia, w którym decyzja stała się ostateczna, a w przypadku wydania decyzji przez organ wyższego stopnia, od dnia, w którym decyzja ostateczna została cudzoziemcowi doręczona (art. 299 ust. 6 pkt 2 ustawy o cudzoziemcach), organ Straży Granicznej wydaje decyzję o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu (art. 302 ust. 1 pkt 16 ustawy o cudzoziemcach). W takiej decyzji należy określić termin dobrowolnego powrotu według ogólnych zasad na podstawie art. 315 ust. 1 ustawy o cudzoziemcach. W postępowaniu w sprawie o zobowiązanie cudzoziemca do powrotu jest możliwe udzielenie cudzoziemcowi zgody na pobyt tolerowany bądź zastosowanie nowej formy ochrony przed wydaleniem w postaci ochrony humanitarnej. Na skutek wprowadzonych zmian osoby ubiegające się o udzielenie ochrony w Polsce, które z niej dobro-

⁹ Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z 21.01.2011 r., skarga nr 30696/09, § 342.

¹⁰ Wyrok TS UE (wielkiej izby) z 21.12.2011 r., N.S. (C-411/10) przeciwko *Secretary of State for the Home Department* i M.E. i inni (C-493/10) przeciwko *Refugee Application Commissioner* i *Minister of Justice, Equality and Law Reform*, EU:C:2011:865, pkt 99.

¹¹ II OSK 703/13, niepubl.

¹² Dz.U. z 2013 r. poz. 1650, dalej nazywana ustawą o cudzoziemcach.

¹³ Szerzej, J. Chlebny: *Postępowanie w sprawie o nadanie statusu uchodźcy*, Warszawa 2011, s. 270-271.

¹⁴ Omawiane zmiany do ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony wprowadzono z dniem 1.05.2014 r. na mocy art. 484 pkt 10 i 11 ustawy z 12.12. 2013 r. o cudzoziemcach.

wolnie nie wyjechały, są stronami dwóch odrębnych postępowań. W pierwszym z nich, prowadzonym na podstawie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony, rozstrzyga się o potrzebie udzielenia stronie w Polsce ochrony w postaci statusu uchodźcy albo ochrony uzupełniającej (art. 48 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony). W przypadku decyzji negatywnej, w odrębnym postępowaniu dochodzi do wydania decyzji w przedmiocie zobowiązania cudzoziemca do powrotu (art. 302 ust.1 pkt 16 ustawy o cudzoziemcach). W postępowaniu tym nie jest przy tym wyłączona potrzeba oceny dopuszczalności zobowiązania cudzoziemca do powrotu ze względu na możliwość naruszenia praw chronionych przez EKPCz i przyznanie ochrony humanitarnej lub zgody na pobyt tolerowany (art. 348 pkt 1-2, art. 351 pkt 1 ustawy o cudzoziemcach). Uznać zatem należy, że orzecznictwo trybunałów europejskich odnoszące się do wydalenia cudzoziemca podlega ponownie uwzględnieniu przy ocenie sytuacji cudzoziemca, któremu odmówiono nadania w Polsce ochrony i wobec którego wszczęto postępowanie celem wydania decyzji administracyjnej o zobowiązaniu do powrotu.

2. WPŁYW ORZECZNICTWA ETPCZ NA OCHRONĘ PRAW UCHODźCÓW

2.1. Od chwili związania się przez Polskę Konwencją genewską dotyczącą uchodźców orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka ma ważny wpływ na kształtowanie się orzecznictwa w sprawach uchodźców¹⁵, aczkolwiek pamiętać należy, że EKPCz, wśród praw, które gwarantuje, nie wymienia prawa cudzoziemca do nadania statusu uchodźcy. Konwencja nie gwarantuje również prawa do sądu w sprawach o nadanie statusu uchodźcy. Artykuł 6 Konwencji, który wyznacza standardy kontroli sądowej, odnosi się wyłącznie do praw i obowiązków o charakterze cywilnym oraz oskarżenia wytoczonego w sprawie karnej¹⁶. Prawa zawarte w Konwencji dotyczą jednak każdego człowieka, bez względu na jego obywatelstwo, legalność pobytu i sposób, w jaki cudzoziemiec znalazł się na terytorium państwa. Mają zatem zastosowanie także do osób ubiegających się o status uchodźcy. W odniesieniu do ochrony praw uchodźców najważniejsze znaczenie dla polskiej praktyki miało orzecznictwo ETPCz odnoszące się do ochrony przed

¹⁵ Szerzej na ten temat por. J. Chlebny, *Stosowanie Konwencji praw człowieka w sprawach o nadanie statusu uchodźcy* [w:] *Sądownictwo administracyjne gwarantem wolności i praw obywatelskich 1980-2005 r.*, Warszawa 2005.

¹⁶ W wyroku Wielkiej Izby ETPCz w sprawie *Maaouia* przeciwko Francji z 5.10.2000 r., skarga nr 39652/98, § 40, Trybunał wyraźnie stwierdził, że decyzje dotyczące wjazdu, pobytu i deportacji cudzoziemców nie mają charakteru spraw cywilnych ani karnych w rozumieniu art. 6 ust. 1 Konwencji praw człowieka i tym samym wyłączył również sprawy o nadanie statusu uchodźcy.

wydaleniem cudzoziemca ze względu na potrzebę poszanowania prawa do życia (art. 2 EKPCz), zakazu tortur, niehumanitarnego i poniżającego traktowania albo karania (art. 3 EKPCz) oraz potrzebę zagwarantowania cudzoziemcowi skutecznego środka odwoławczego (art. 13 EKPCz). Wymaga również podkreślenia, że ustawa o udzielaniu cudzoziemcom ochrony odsyła do EKPCz w związku z definicją prześladowania. Za prześladowanie uznaje się bowiem, między innymi, poważne naruszenie praw człowieka, które gwarantuje EKPCz (art. 13 ust. 3 ustawy).

2.2. Interesującym przykładem oddziaływania orzecznictwa ETPCz na rozstrzygnięcia podejmowane w indywidualnych sprawach toczących się z wniosku o nadanie statusu uchodźcy stanowią sprawy, w których odmówiono wprawdzie cudzoziemcowi nadania statusu uchodźcy, ale udzielono ochrony przed wydaleniem ze względu na potrzebę ochrony jego życia rodzinnego i prywatnego (art. 8 EKPCz). Ochrona prawa do życia rodzinnego i prywatnego cudzoziemca jako przeszkoda do wydalenia cudzoziemca w postępowaniu o nadanie statusu uchodźcy i jednocześnie jako przesłanka do udzielenia zgody na pobyt tolerowany w ustawie o udzielaniu cudzoziemcom ochrony nie została pierwotnie przewidziana. Przesłankę życia rodzinnego, jako przeszkodę prawną do orzeczenia o wydaleniu oraz jako podstawę do udzielenia zgody na pobyt tolerowany, wprowadziła dopiero nowelizacja tej ustawy, dokonana po pięciu latach jej obowiązywania¹⁷. Ochronę życia prywatnego przewidziano zaś dopiero od 1 maja 2014 r. w art. 348 ust. 2 ustawy z 12.12.2013 r. o cudzoziemcach w związku z możliwością udzielenia cudzoziemcowi zgody na pobyt ze względów humanitarnych w postępowaniu w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu. W poprzednim stanie prawnym ochrona życia rodzinnego i prywatnego w postępowaniach o nadanie statusu uchodźcy, w których zapadały decyzje o zobowiązaniu cudzoziemca do opuszczenia terytorium Polski, następowała na skutek bezpośredniego stosowania EKPCz z uwzględnieniem orzecznictwa ETPCz. Tytułem przykładu można wskazać wyrok NSA z 25.04.2008 r.¹⁸, dotyczący uchodźcy, który w czasie trwania procedury uchodźczej założył z obywatelką polską rodzinę (pozostawał w związku faktycznym, ślub religijny zawarty według tradycji islamu). Sądy obu instancji uznały, że cudzoziemiec nie spełniał przesłanek do nadania statusu uchodźcy. W obowiązującym w dacie rozpoznawania sprawy stanie prawnym, art. 97 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony nie wiązał możliwości udzielenia zgody na pobyt tolerowany z przesłankami życia osobistego i rodzinnego cudzoziemca. Udzielenie ochrony przed wydaleniem możliwe było

¹⁷ Art. 1 pkt 12 lit. 1 ustawy z dnia 18 marca 2008 r. o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustawy (Dz. U. nr 70 poz. 416), dalej jako: ustawa z dnia 18 marca 2008 r. o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony.

¹⁸ II OSK 227/07, LEX nr 505278.

zatem tylko na podstawie bezpośredniego stosowania przepisów EKPCz. NSA, powołując się na utrwalone orzecznictwo ETPCz przyjął, że decyzja o zobowiązaniu cudzoziemca do opuszczenia terytorium Polski jest krajowym środkiem ingerencji w prawo do życia rodzinnego, który jest o tyle zgodny z EKPCz, o ile jest konieczny w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób. W wyroku z 30.01.2013¹⁹ NSA kontrolował postępowanie dotyczące cudzoziemca, który potrzebę udzielenia mu ochrony przed wydaleniem wywodził z faktu prowadzenia życia rodzinnego z osobą, która otrzymała w Polsce status uchodźcy, a z którą skarżący zawarł wyznaniowy związek małżeński. NSA stwierdził naruszenie art. 8 EKPCz przez organy oraz Sąd I instancji w związku z nieuprawnionym przyjęciem, że ochronie mogą podlegać tylko związki rodzinne usankcjonowane przez prawo. NSA przypomniał, że koncepcja rodziny w art. 8 Konwencji nie ogranicza się wyłącznie do związków opartych na małżeństwie i może obejmować inne faktyczne więzy rodzinne, które istnieją pomiędzy stronami niepozostającymi w małżeństwie.

2.3. Rozważając wpływ orzecznictwa ETPCz na praktykę sądową w sprawach uchodźców nie można pominąć problemu ochrony tymczasowej. Jej udzielenie polega na wstrzymaniu wykonania decyzji o wydaleniu do czasu rozpoznania przez sąd administracyjny skargi na decyzję o wydaleniu cudzoziemca w związku z odmową udzielenia mu ochrony. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na odnotowywane naganne przypadki wykonywania ostatecznej decyzji o wydaleniu wobec uchodźców przed zajęciem przez sąd administracyjny stanowiska co do potrzeby udzielenia ochrony tymczasowej²⁰. Wymagania wynikające z art. 13 EKPCz w zakresie ochrony tymczasowej z uwzględnieniem różnych kategorii spraw w sposób podsumowujący dotychczasowe orzecznictwo ETPCz zostały przedstawione w wyroku w sprawie de Souza Ribeiro przeciwko Francji²¹. W tej sprawie Trybunał uzależnił zasady udzielania ochrony tymczasowej od rodzaju chronionego prawa. Wymagany standard ochrony przed wydaleniem jest inny, gdy strona podnosi możliwość naruszenia prawa do życia, zakazu tortur albo zakazu zbiorowego wydalania cudzoziemców (art. 2, art. 3 EKPCz oraz art. 4 Protokołu nr 4 do Konwencji), a inny w sprawach, w których wydalenie jest związane z naruszeniem prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8 EKPCz). W odniesieniu do ochrony przed skutkami naruszenia art. 2, art. 3

¹⁹ II OSK 86/12, niepubl.

²⁰ Zob. informacje w tym zakresie zawarte na stronie internetowej Programu Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka – Pomoc Prawna dla Uchodźców i Migrantów, <http://programy.hfhr.pl/uchodzczy/>.

²¹ Wyrok Wielkiej Izby ETPCz z 13.12.2012 r., skarga nr 22689/07, §§ 82-83.

EKPCz i art. 4 Protokołu nr 4 do EKPCz, ze względu na możliwość wywołania nieodwracalnych skutków, środek odwoławczy automatycznie powinien wstrzymać wykonanie decyzji. Ochrona życia rodzinnego lub prywatnego nie wymaga zagwarantowania automatycznego skutku zawieszającego. W postępowaniach dotyczących uchodźców rozstrzyga się o potrzebie udzielenia ochrony tych praw, z którymi Trybunał wiąże obowiązek zagwarantowania automatycznego skutku zawieszającego wniesionego odwołania w odniesieniu do decyzji zobowiązującej cudzoziemca do powrotu do kraju pochodzenia. Ze względu na możliwość naruszenia art. 2 i art. 3 EKPCz i art. 4 Protokołu nr 4 do EKPCz zawsze, *ex lege*, powinna zostać udzielona ochrona przed wydaleniem do czasu rozpoznania skargi wniesionej do sądu administracyjnego, chyba że podnoszone zarzuty wskazywałyby na to, że jest ona oczywiście bezzasadna. NSA odwołał się do wyroku w sprawie de Souza Ribeiro w postanowieniu z 9.04.2014 r.²² i przyjął, że w sprawie dotyczącej decyzji o odmowie nadania statusu uchodźcy, której integralną część stanowiło orzeczenie o zobowiązaniu cudzoziemca do opuszczenia Polski, należy udzielić ochrony przed wydaleniem z uwagi na potencjalne ryzyko traktowania sprzecznego z art. 3 Konwencji. Powołane stanowisko potwierdza praktykę sądów administracyjnych, które w indywidualnych sprawach udzielały ochrony tymczasowej w sprawach skarg na decyzję o odmowie udzielenia ochrony²³. Przedstawiając zagadnienie ochrony tymczasowej udzielanej uchodźcom należy zauważyć, że z dniem 1.05.2014 r. sytuacja prawna cudzoziemca, któremu odmówiono nadanie statusu uchodźcy i ochrony uzupełniającej w zakresie obowiązku opuszczenia Polski podlega ustawie o cudzoziemcach z 12.12.2013 r. W świetle nowych przepisów, w wyniku złożenia do wojewódzkiego sądu administracyjnego skargi na decyzję o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu wraz z wnioskiem o wstrzymanie jej wykonania, termin dobrowolnego powrotu lub termin przymusowego wykonania tej decyzji z mocy prawa przedłuża się do dnia wydania przez wojewódzki sąd administracyjny postanowienia w sprawie tego wniosku (art. 331 ust.1 ustawy o cudzoziemcach).

²² II OZ 332/14, niepubl.

²³ Zob. np.: postanowienia NSA z 28.08.2014 r., II OSK 2157/14, niepubl.; z 3.04.2014 r., II OSK 769/14 niepubl.; z 9.04.2014 r., II OSK 332/14, niepubl. oraz postanowienia WSA w Warszawie z 9.06.2014., IV SA/Wa 1044/14 i z 30.04.2014 r., IV SA/Wa 826/14, publ. CBOIS.

3. WPŁYW ORZECZNICTWA TS UE

3.1. Wpływ orzecznictwa TS UE na polską praktykę w sprawach uchodźców ilustruje orzecznictwo NSA w sprawach wszczętych ponownym wnioskiem o nadanie statusu uchodźcy oraz dotyczących pozbawienia statusu uchodźcy.

3.2. Ponowny wniosek o nadanie statusu uchodźcy złożony po otrzymaniu decyzji ostatecznej o odmowie nadania statusu uchodźcy i oparty na tych samych podstawach należy uznać za niedopuszczalny a postępowanie z tego wniosku umorzyć (art. 40 ust.1, ust.2 pkt 3 ustawy o ochronie cudzoziemców). W orzecznictwie istotne i praktyczne znaczenie miała ocena skutków zmiany stanu prawnego, którą wprowadziła powołana już ustawa z dnia 18 marca 2008 r. o zmianie ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony. Zmiana polegała na wprowadzeniu nowej formy ochrony w postaci ochrony uzupełniającej, która podlegała uwzględnieniu w postępowaniu o nadanie statusu uchodźcy obok dotychczas istniejących: statusu uchodźcy i zgody na pobyt tolerowany. Wobec zmiany stanu prawnego należało ocenić dopuszczalność złożenia ponownego wniosku o nadanie statusu uchodźcy przez wnioskodawcę, któremu wcześniej decyzją ostateczną odmówiono ochrony. NSA w wyroku z 24.02.2011 r., II OSK 557/10²⁴, stwierdził, że ochrona uzupełniająca rozszerza przesłanki udzielenia ochrony w stosunku do zakresu podstaw udzielanej ochrony na podstawie dotychczasowych przepisów, w których przewidziano możliwość jedynie nadania statusu uchodźcy albo udzielenia zgody na pobyt tolerowany. Dla przyjęcia takiego stanowiska znaczenie miał wyrok TS UE w sprawie *Elgafaji*²⁵, w którym TS uznał, że ochrona uzupełniająca jest szersza od ochrony wynikającej z art. 3 EKPCz. Stwierdzenie to miało istotne znaczenie, gdyż art. 3 EKPCz stanowił podstawę do udzielenia zgody na pobyt tolerowany, której w poprzednim postępowaniu zakończonym decyzją ostateczną odmówiono cudzoziemcowi. W tych okolicznościach NSA przyjął, że złożenie ponownego wniosku, po wprowadzeniu do polskiego systemu prawnego nowej formy ochrony, wymagało jego merytorycznego rozpoznania, a nie umorzenia postępowania na podstawie art. 40 ust.1 ust. 2 pkt 2 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony z powołaniem się na tożsamość ponownego wniosku z wnioskiem poprzednim²⁶.

3.3 Pozbawienie udzielonej ochrony w formie statusu uchodźcy i ochrony uzupełniającej następuje zgodnie z ustawowymi przesłankami określonymi w art. 21 i art. 22 ustawy o udzielaniu cudzoziemcom ochrony. W wyroku

²⁴ ONSAiWSA 2011 nr 6, poz. 130.

²⁵ Wyrok TS UE z 17.02.2009 r., C-465/07, EU:C:2009:94, pkt 28.

²⁶ Podobne stanowisko NSA zajął również w późniejszym orzeczeniu z 30.10.2013 r., II OSK 1275/12, niepubl.

z 8.09.2010 r.²⁷ NSA musiał ocenić, czy dla pozbawienia przyznanej ochrony wystarczające jest wyłącznie ustalenie, że nie istnieje obawa prześladowania, która wcześniej była podstawą udzielenia ochrony. W powołanym wyroku NSA uwzględniło stanowisko TS UE przyjęte w sprawie Abdulla²⁸. W sprawie tej Trybunał stwierdził, że należy ustalić, czy istnieją inne powody uzasadniające obawę przed prześladowaniem i czy w przypadku pozbawienia ochrony cudzoziemiec będzie miał realną możliwość uzyskania ochrony. W związku ze stanowiskiem Trybunału, NSA podkreślił, że nie można ograniczyć postępowania wyjaśniającego w sprawie o pozbawienie ochrony do tych przesłanek, które były podstawą jej udzielenia²⁹.

4. PODSUMOWANIE

Wpływ orzecznictwa trybunałów europejskich na orzecznictwo krajowe jest możliwy wówczas, gdy jest ono dostępne w języku polskim. O ile polskie tłumaczenia wyroków TS UE są ogólnie dostępne, o tyle nie można tego samego powiedzieć o orzecznictwie ETPCz, zwłaszcza orzecznictwie w sprawach dotyczących innych państw niż Polska. Streszczenia wyroków ETPCz³⁰ nie mogą zastąpić tłumaczenia pełnych tekstów samych orzeczeń, gdyż dla rozstrzygnięć sądowych każde słowo może okazać się ważne i przesądzające o wyniku sprawy. Na marginesie wypada dodać, że nie są dostępne pełne tłumaczenia powołanych w tekście wyroków Wielkiej Izby ETPCz w sprawie *M.S.S.* przeciwko Belgii i Grecji oraz *de Souza Ribeiro* przeciwko Francji.

²⁷ II OSK 189/10, niepubl.

²⁸ Wyrok TS UE z 2.03.2010 r. w sprawach połączonych C-175/08, C-176/08, C-178/08 i C-179/08, EU:C:2010:105.

²⁹ Podobnie rozstrzygnięto omawiane zagadnienie w wyroku WSA w Warszawie z 21.12.2010 r., V SA/Wa 395/10, publ. CBOIS.

³⁰ Przykładowo, omówienia wybranych orzeczeń ETPCz dostępne są na stronach internetowych Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka: <http://www.hfhr.pl/omowienia-orzeczen-etpcz/>, Amnesty International: [http://amnesty.org.pl/index.php?keyword=E TPCz&x=0&y=0&sort=2&id=264&cc=1](http://amnesty.org.pl/index.php?keyword=E%20TPCz&x=0&y=0&sort=2&id=264&cc=1) czy Obserwatora Konstytucyjnego: <http://www.obserwatorkonstytucyjny.pl/>.

Dyskusja

Teresa Flemming-Kulesza

Dziękuję bardzo. Patrząc na zegar mam taki dylemat, jak bardzo Państwa zachęcać do zadawania pytań i brania udziału w dyskusji. Z zachowania zasady równości, powinniśmy zostawić jeszcze czas trzeciemu panelowi i ewentualnie pytaniom i komentarzom z nim związanych, ale bardzo proszę, Państwo mogą oczywiście zabrać głos i ewentualnie skomentować, zadać pytanie.

Roman Wieruszewski

Ja mam takie krótkie pytanie do Pana Sędziego, korzystając z okazji. Jak wiadomo trwają prace nad reformą systemu sądownictwa administracyjnego w Polsce. Czy Pan uważa, że w związku z tą reformą i możliwością tego żeby sądy administracyjne podejmowały nie tylko decyzje kasacyjne w przypadku orzeczeń administracyjnych, ale również reformacyjne, czy to może wpłynąć na system ochrony praw cudzoziemców? Czy w tej sytuacji, na przykład, będzie potrzebna dwuinstancyjność postępowania administracyjnego, bo tak to nagle sąd administracyjny stanie się w pewnym sensie również kolejną instancją administracyjną. Sądzę, że Pan Sędzia popełnił w swoim wystąpieniu lapsus, stwierdzając, że sąd administracyjny wyraził zgodę na pobyt tolerowany. Nie sądzę, żeby mógł to zrobić, mógł co najwyżej uchylić decyzję Rady ds. Uchodźców i te organy mogły taką decyzję wydać, bo jak wiadomo sądy administracyjne nie mogą podejmować decyzji reformacyjnych, tylko kasacyjne. Czy zmiana w tym kierunku może wpłynąć na aktualny model, bo mamy dość komfortową sytuację – mamy tak niewiele w porównaniu z innymi krajami europejskimi tych spraw, że możemy sobie pozwolić na różnego rodzaju eksperymenty. Dziękuję.

Teresa Flemming-Kulesza

Ja proponuję, żeby Państwo najpierw zadali pytania, skomentowali, a później paneliści udzielą odpowiedzi.

Anna Błaszczak

Ja mam pytanie do Pana Profesora Świątkowskiego. Jednym z powodów, dla których nie ratyfikowaliśmy takich instrumentów prawa międzynarodowego, jak na przykład Protokołów Dodatkowych do Konwencji o Prawach Osób Niepełnosprawnych, ale także częściowo Protokołu 12 jest taki argument, że nie ma możliwości kontrolowania przez ciała międzynarodowe realizacji praw społecznych, z tego tytułu, że mają one charakter programowy, czyli nie są zobowiązaniem rezultatu, tylko starannego działania. Od razu powiem, że nie jest to stanowisko mi bliskie, niemniej jednak jest to dosyć poważny argument prawny, który jest poważną, prawną barierą dla ratyfikacji choćby tych Protokołów Fakultatywnych i moje pytanie brzmi, jak w Pana ocenie, mając na uwadze doświadczenie Pana Profesora w Komitecie, można z takim argumentem dyskutować, czyli czy rzeczywiście możemy kontrolować państwa w zakresie realizacji praw społecznych, które mają złą sławę, tych praw wyłącznie o charakterze programowym? Dziękuję.

David Milner

Nie chciałbym nadużywać czasu, więc jeżeli ktoś inny ma pytanie, to ja chętnie oddam mikrofon. Jedna uwaga, rola artykułu 3, artykuł 3 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka jak zostało to zaznaczone w sprawie M.S.S w Trybunale, pomoc społeczna dostępna cudzoziemcom, migrantom, zagranicznym przybyszom, azylantom zasada się na art. 3 Konwencji i to była ta sprawa M.S.S, gdzie władze greckie przytrzymywały azylantów w takich warunkach, że było to urągające i naruszające art. 3, także chcę powiedzieć, że tutaj punktem wyjścia jest prawo do ochrony przed nieludzkim traktowaniem, czyli nasze podstawowe zobowiązanie jako państwa. Dziękuję.

Jacek Białas

Mam pytanie do Pana Sędziego Chlebnego. Otóż w obecnym stanie prawnym, decyzja o odmowie nadania statusu uchodźcy nie jest jednocześnie zaopatrzona w decyzję o wydaleniu i w związku z tym chciałem zapytać, jaka jest praktyka sądów administracyjnych? Czy sądy administracyjne także wstrzymują te decyzje o odmowie nadania statusu uchodźcy, już nie zaopatrywaniu ich od 1 maja o wydaleniu? Czy uznają, że te decyzje w jakiś sposób można również wstrzymać? Krótki komentarz, jeśli chodzi o stosowanie prawa Unii przez sądownictwo polskie. Rzeczywiście, w orzecznictwie sądów administracyjnych, WSA w Warszawie

czy NSA rzeczywiście można zauważyć, że często te sądy to orzecznictwo czy Konwencję i orzecznictwo stosują nawet w kierunku bardzo zaskakującym i pozytywnie, natomiast trzeba zwrócić uwagę, że Konwencji nie stosują właściwie prawie wcale, przynajmniej z mojej praktyki prawnika z organizacji pozarządowej, nie stosują prawie wcale sądy karne, które podejmują decyzje o pozbawieniu wolności cudzoziemców. Tam te decyzje niestety zbyt często są wydawane w sposób automatyczny, natomiast istnieje bardzo bogate orzecznictwo Trybunału dotyczące właśnie zasadności czy zgodności z Konwencją pozbawienia wolności właśnie cudzoziemców na tle migracyjnym czy na tle uchodźczym.

Teresa Flemming-Kulesza

Dziękuję bardzo. Proszę Pana Świątkowskiego o odpowiedź, bo pierwszy zabierał głos jako panelista.

Andrzej Świątkowski

Ta skuteczność nadzoru przestrzegania standardów – o tym już była mowa przy okazji jak Pan Dziekan Wyrzykowski przedstawiał kwestię związaną z ECRI. To jak funkcjonuje, z wyjątkiem Trybunału w Strasburgu, to cała reszta to są tak zwane miękkie przepisy, *soft law*. W związku z tym ta skuteczność jest uzależniona od tych procedur, przy czym procedury przed Komitetem Praw Społecznych są wzbogacone, ponieważ poza raportami tutaj jest również system skarg zbiorowych tak zwany *collective complains*. Potem cała sprawa, bo to jest tylko w przypadku raportów, opinia Komitetu, jest orzeczenie Komitetu, ale idzie to do Komitetu Ministrów Rady Europy i Komitet Ministrów podejmuje uchwałę po zapoznaniu się z opinią Komitetu Rządowego, gdzie są przedstawiciele ministrów pracy i polityki społecznej państw członkowskich. To już jest polityka i w związku z tym jest ciągły konflikt pomiędzy ekspertami merytorycznymi a Komitetem Rządowym. Podejmuje uchwałę, która również nie ma wiążącego charakteru, z tego punktu widzenia niektórzy prawnicy odnoszą się do tego z lekceważeniem, ale proszę zwrócić uwagę na jedną rzecz, na presję społeczności międzynarodowej, to jest błyskawicznie publikowane.

Muszę powiedzieć, że kiedyś byłem sprawozdawcą przeciwko Grecji w sprawie dotyczącej kar, nieprzestrzegania artykułu 16, tam była seria spraw, gdzie organizacja światowa przeciwko torturom wniosła serię skarg, między innymi była Grecja. Chodziło o to, żeby wydać specjalne przepisy, z których będzie akt szczególny, w których będzie zakaz stosowania kar cielesnych dzieciom w szkołach podstawowych, w szkołach średnich i w rodzinie nawet. To wzbudziło dość mocną dyskusję wśród członków Komitetu, ponieważ starsi wiekiem członkowie uważali, że dziecku można klapsa dać. Wiadomo, jakie są zwyczaje w różnych państwach, nie tylko

klaps w odpowiednią część ciała, ale czasem również w twarz. Decyzja została podjęta, nie wolno i już. Nie wystarczy powoływanie się na obowiązujące przepisy Kodeksu Karnego o ochronie nietykalności cielesnej, nie wystarczy powoływać się na przepisy kodeksu cywilnego o ochronie godności osobistej, mają być odrębne przepisy. Grecja, w trakcie tego postępowania, gdzie byłem sprawozdawcą w tej skardze zbiorowej, zmieniła przepisy, dostosowała wszystko, ale to i tak nie wystarczyło. Dlatego, że orzeczenie Komitetu było takie, że w ciągu okresu od chwili, kiedy została wniesiona skarga za jakiś czas wymienione w tej skardze, to przepisy nie były zgodne. Tutaj ewidentnie funkcjonuje presja polegająca na tym, że państwa nie chcą być wymienione publicznie jako ten kraj, który narusza odpowiedni standard mniej lub bardziej ważny. To byłaby pierwsza sprawa.

Druga jest kwestia, o ile dobrze Pana zrozumiałem, warunków społecznych – to nie odnosi się do artykułu 13, ponieważ art. 13 nakłada obowiązek na państwa członkowskie, by zagwarantować tym niefortunnym azylantom odpowiednią ochronę na czas procedury i na czas zatrzymania danej osoby. Pan Sędzia przedstawiał kwestię związaną z kwestiami rodzinnymi. Była kiedyś skarga zbiorowa przeciwko Holandii przed Komitetem Praw Społecznych, gdzie rząd holenderski, zupełnie poważnie, powiedział, że deportował całą rodzinę obcokrajowca, tylko dlatego, że miał na uwadze obowiązek łączenia, zapewnienia jedności rodzinie. W związku z tym deportował ich wszystkich, bo trzeba było deportować głowę, żywiciela rodziny. Ale to tylko na zasadzie humoru z życia wziętego. Dziękuję.

Teresa FlemmingKulesza

Bardzo proszę Pana Prezesa Chlebnego o zabranie głosu.

Jacek Chlebny

Nawiązując do tego ostatniego przykładu, Panie Profesorze proszę mi wierzyć, ja też taką sprawę w Polsce spotkałem, z podobną argumentacją zresztą. W kolejności, odpowiadając na pytanie Profesora Wieruszewskiego, ramy czasowe spowodowały, że ja dokonałem pewnego skrótu myślowego. Naczelny Sąd Administracyjny nigdy nie powiedział, że w sytuacji, kiedy ustawa nie przewiduje ochrony życia rodzinnego lub prywatnego jak przesłanka do udzielenia zgody na pobyt tolerowany, to sąd mógłby udzielić zgody na pobyt tolerowany. Ja na pewno w zbyt wielkim skrócie mówiłem. Wobec tego organy nie mogą udzielić zgody na pobyt tolerowany, ponieważ wśród przesłanek do udzielenia zgody na pobyt tolerowany w stanie prawnym wówczas nie było ani życia prywatnego, ani rodzinnego. Natomiast sąd uznał, że decyzja o wydaleniu, którą organ wydał, jest niezgodna z Europejską Konwencją Praw Człowieka, bo Europejska Konwencja Praw Człowieka chroni życie prywatne i rodzinne. Sąd wprost odniósł się do Europejskiej Kon-

wencji Praw Człowieka. Ja ten przykład dałem wskazując, pewnie niezbyt jasno, że problem polegał na tym, że w stanie prawnym naszego prawa krajowego nie było ani słowa o życiu prywatnym lub rodzinnym jako podstawy do udzielania ochrony przed wydalaniem w postępowaniu o nadanie statusu uchodźcy. I także sporu nie ma, przepraszam, zbyt wielki skrót, ale też presja czasu.

Kwestia, bo to jest bardzo ważne i bardzo trudne zagadnienie, orzekania przez sądy w sposób, sąd administracyjny, w sposób reformatoryjny czy merytoryczny jak kto woli. Nie wdając się w szczegóły, prędzej czy później, obawiam się, że prędzej w sprawach cudzoziemców, bo już są takie wymagania wynikające z orzecznictwa trybunałów, obu trybunałów, sądy w sprawach dotyczących wydalenia tam, gdzie wchodzi artykuł 3 muszą orzekać według stanu faktycznego i prawnego, nie w chwili wydania decyzji administracyjnej, ale w chwili orzekania przez sąd. To jest jednolite i twarde stanowisko Trybunału Praw Człowieka. Przy Trybunale Sprawiedliwości Unii Europejskiej tego aż tak wyraźnie nie powiedział, chociaż jest sprawa Orfanopoulos, która dotyczyła sprawy imigracyjnej, nawet nie uchodźczej, ale dotyczyła wydalenia obywatela Unii Europejskiej i Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej wywiódł taki obowiązek, *notabene*, z prawa materialnego. My tego nie robimy, ratujemy się kwestiami procesowymi, nie ma specjalnie czasu, żeby rozwijać ten temat. Mamy te same rozterki i tu w pełni się zgadzam z powodami tego pytania i tej kwestii, o której Pan Profesor wspominał. Czy likwidować drugą instancję administracyjną w związku z tym? Niekoniecznie, bo jeżeli są dwie instancje administracyjne szybko działające, to jest to pewien filtr dla sądu, bo jeśli ta druga instancja szybko rozpoznaje sprawy, tanio i szybko, bo organ administracji może zdecydowanie szybciej rozpoznać sprawę, to mniej wpływa spraw do sądu i można o tym dyskutować.

Była jeszcze kwestia wstrzymania wykonania. To jest bardzo ciekawe zagadnienie, też w sposób skrótowy je omówię. To wszystko zależy od tego, jaki ma się pogląd na wstrzymanie wykonania. Jeśli ktoś twierdzi tak, wstrzymanie wykonania decyzji można tylko taką decyzją, która nakłada obowiązek, to oczywiście w tej nowej procedurze, w której ustala się tylko status uchodźcy, ewentualnie ochronę uzupełniającą lub się jej nie ustala, wydaje się decyzję o przyznaniu lub nieprzyznaniu ochrony, można powiedzieć, że tam nie ma materii do tego, żeby wstrzymać wykonanie decyzji, bo tam się nic nie wykonuje. Przypomnę jednak stanowisko doktryny, orzecznictwa, wedle którego wstrzymujemy także i takie decyzje, które nie nakładają obowiązku, są decyzjami negatywnymi, ale mają pewien skutek prawny wstrzymania negatywnej decyzji. Powołałam się także na głosę Profesor Łętowskiej, która kiedyś pisała głosę do orzeczenia NSA w sprawie odmownej decyzji w sprawie zezwolenia. Chodziło o to, że jak się wstrzyma wykonanie, to ten cudzoziemiec, jeśli jest jeszcze legalnie w Polsce, chodzi o wstrzymanie

skutków prawnych. Wydaje mi się *prima facie*, choć proszę tego nie traktować jako takie stanowisko, zwłaszcza, że nie wiadomo, czy nie przyjdzie mi w takiej sprawie orzekać, ale widzę silne argumenty za tym, żeby cudzoziemiec twierdził, że ma interes prawny i powinna być taka decyzja negatywna wstrzymana, bo on jest ciągle jakby w procedurze administracyjnej w przedmiocie udzielenia ochrony, a z tym się wiąże prawo do świadczeń, prawo do pomocy. Decyzja ostateczna jest negatywna, ale jeżeli sąd wstrzymuje, to postępowanie się nie zakończyło. To był taki jeden z argumentów, który chciałem przytoczyć, który mógłby wskazywać na to, czy nie jest wyłączona możliwość wstrzymania decyzji, ale to w każdej indywidualnej sprawie należy ocenić, czy nie jest wyłączona możliwość wstrzymania wykonania decyzji takiej, której – wydanej w tej nowej procedurze – nie ma obowiązku opuszczenia terytorium Polski. Za sąd karny nie odpowiadam, więc uchylam się od komentarza w tej sprawie. Dziękuję bardzo.

Teresa Flemming-Kulesza

Dziękuję bardzo. Patrzę na organizatorów, wydaje mi się, że przyszła pora do zamknięcia obrad tego panelu i nie wiem, czy mamy jeszcze czas na kawę czy przystąpimy dalej, to już Pani nas poinformuje. Bardzo dziękuję Państwu wszystkim za aktywny udział, przede wszystkim panelistom za świetne prezentacje i też wyczerpujące odpowiedzi. Dziękuję bardzo.

PANEL III

Moderator: prof. Yvonne Donders
Uniwersytet w Amsterdamie

Do tej pory szeroko omówiliśmy kwestie związane z równością i niedyskryminacją, w szczególności sprawę równego dostępu do praw człowieka. Ten, ostatni już panel, dotyczy innych aktualnych spraw związanych z tym tematem, w tym kwestii wolności sumienia i wyznania oraz wolności wypowiedzi i możliwych ograniczeń tych praw.

Kwestie te koncentrują się wokół różnorodności kulturowej i pluralizmu. Związek między prawami człowieka a różnorodnością kulturową oraz ich wzajemne oddziaływanie jest aktualnym tematem. Potwierdzają to intensywne debaty prowadzone w całej Europie, dotyczące, na przykład, noszenia strojów i symboli religijnych, dostępu do edukacji dla mniejszości, kwestii religii w szkolnictwie i edukacji w językach mniejszości, uznania materialnego i niematerialnego dziedzictwa kulturowego, stosowania nieformalnych obrzędów ślubnych itd.

Międzynarodowe prawo praw człowieka zawiera wiele postanowień, które w sposób pośredni lub bezpośredni propagują i chronią różnorodność kulturową. Rozróżnia się tu dwie główne metody: tę opartą na pojęciu równości, która zakłada również prawo do odmienności, oraz tę bazującą na szczególnych prawach, propagującą i chroniącą różnorodność kulturową.

Uznaje się dziś powszechnie, że szacunek dla różnic kulturowych może istnieć w pełnej zgodzie z zasadą równości. Posiadanie równych praw nie jest tożsame z równym traktowaniem. Istotnie, równość i niedyskryminacja zakładają nie tylko, że takie same sytuacje powinny być traktowane w taki sam sposób, lecz również, że różne sytuacje powinny podlegać różnemu traktowaniu. W konsekwencji, nie każda różnica w traktowaniu stanowi dyskryminację dopóty, dopóki kryteria leżące u podstaw różnicowania są zasadne i obiektywne oraz służą uzasadnionemu celowi. Różne traktowanie może obejmować również pozytywne działanie mające na celu naprawienie historycznych niesprawiedliwości lub ochronę i popieranie różnorodności.

Obok poszanowania różnorodności w ramach zasady równości wiele międzynarodowych instrumentów prawnych dotyczących praw człowieka uwzględnia prawa w szczególny sposób popierające i chroniące różnorodność kulturową. Prawa te należą do szeroko pojętej kategorii „praw kulturowych”. Prawa kulturowe to

prawa człowieka promujące i zabezpieczające interesy kulturowe jednostek i społeczności. Ich celem jest wzmocnienie zdolności tychże jednostek lub społeczności do ochrony, rozwoju lub zmiany tożsamości kulturowej.

Jakie prawa składają się na prawa kulturowe? Żaden z międzynarodowych instrumentów prawnych nie zawiera definicji „praw kulturowych”. W związku z tym możemy stworzyć różne wykazy przepisów prawa międzynarodowego, które można by nazwać „prawami kulturowymi”. W przeciwieństwie do traktatów ONZ dotyczących praw człowieka ani Europejska Konwencja Praw Człowieka ani Europejska Karta Społeczna nie zawierają postanowień dotyczących wprost „kultury”. W latach 90. usiłowano dodać protokół odnoszący się do praw kulturowych, ale próby opracowania go nie powiodły się. Oznacza to, że prawo do udziału w życiu kulturalnym czy też prawo mniejszości do pielęgnowania własnej kultury, zawarte w traktatach ONZ, nie występuje w systemie europejskim.

Europejska Konwencja Praw Człowieka zawiera jednakowoż wiele postanowień w bezpośredni sposób związanych z kulturą, takich jak prawo do wolności wyznania, prawo do wolności słowa, chroniące również takie środki wyrazu artystycznego jak powieści, poezję czy obrazy, oraz prawo do wolności zgromadzeń, które chroni organizacje kulturalne. Prawo do edukacji jest również ważnym przykładem. Oprócz praw wyraźnie lub bezpośrednio nawiązujących do kultury, istnieje wiele praw człowieka mających silny wymiar kulturowy.

W istocie, większość praw człowieka posiada znaczenie kulturowe. Przykładowo prawo do uczciwego procesu obejmuje prawo do uzyskania informacji o stawianych zarzutach w języku zrozumiałym dla osoby zainteresowanej i prawo do skorzystania z nieodpłatnej pomocy tłumacza, jeżeli osoba zainteresowana nie rozumie języka używanego w sądzie lub nim nie włada. Inny przykład: szczególne style życia związane z kulturą, na przykład życie w cygańskich taborach, wpisują się w prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego. Państwa obowiązane są szanować kulturowy wymiar tych praw i równoważyć różne interesy, pomimo że nie zawsze ciążą na nich pozytywne zobowiązania.

To równoważenie różnych interesów odzwierciedla fakt, że państwa mogą brać pod uwagę uwarunkowania narodowe i kulturowe wdrażając międzynarodowe lub europejskie traktaty dotyczące praw człowieka. Międzynarodowe lub europejskie normy dotyczące praw człowieka nie zakładają całkowicie jednolitego wdrożenia. Za przykład mogą tu posłużyć klauzule ograniczające zawarte w większości instrumentów dotyczących praw człowieka. Zgodnie z tymi klauzulami, państwa mogą ograniczyć swobodę korzystania z praw przez wzgląd na obyczajowość, bezpieczeństwo, zdrowie, porządek publiczny oraz prawa i wolności innych osób. Równie dobrze takim powodem mogą być szczególne zachowania kulturowe lub religijne.

Przyznanie państwu nieograniczonej swobody w interpretowaniu i stosowaniu międzynarodowego prawa praw człowieka podważyłoby jednak uniwersalny i europejski charakter tych norm. Prowadziłoby to do niedopuszczalnych różnic w ochronie praw poszczególnych osób i społeczności. Swoboda działania państw w zakresie wdrażania międzynarodowego prawa praw człowieka jest zatem monitorowana przez organy krajowe i międzynarodowe. Słynna koncepcja marginesu oceny stworzona przez Europejski Trybunał Praw Człowieka ma istotne znaczenie w tym kontekście.

Nie będę teraz wchodzić w szczegóły, gdyż moją rolą jest ułatwienie zadania wspaniałym mówcom, którzy podczas tego panelu odniosą się do wielu spraw związanych z różnorodnością kulturową i pluralizmem.

Pierwszym mówcą jest dr Hanna Machińska, Dyrektor Biura Rady Europy w Warszawie, wykładowca na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Pani Machińska będzie mówić o poszanowaniu dla praw kulturowych we współczesnym i różnorodnym społeczeństwie zgodnie z zasadą niedyskryminacji.

Drugim mówcą jest dr Małgorzata Szeroczyńska, Zastępca Prokuratora Rejonowego dla Warszawy Śródmieście. Poruszy temat ścigania przestępczości spowodowanej nienawiścią, zwracając szczególną uwagę na „Wytyczne Prokuratora Generalnego w sprawie prowadzenia postępowania w związku z przestępstwami popełnionymi z nienawiści”.

Jako ostatnia wystąpi pani Dominika Bychawska-Siniarska. Jest prawniczką, pracowała w biurze Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, a od 2008 roku jest szefową Obserwatorium Wolności Mediów w Polsce będącego projektem Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka. Pani Bychawska-Siniarska jest członkiem Zespołu Doradców przy Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Jej wystąpienie dotyczyć będzie wolności wypowiedzi w Internecie i ograniczeń kontroli wykonywanej przez właściciela portalu internetowego, ze szczególnym uwzględnieniem sprawy Delfi przeciwko Estonii.

Dr Hanna Machińska
Dyrektor Biura Rady Europy
w Warszawie

Poszanowanie praw kulturalnych w nowoczesnym i różnicowanym społeczeństwie. Rola Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

1. UWAGI WSTĘPNE

Dlaczego często odwołujemy się do roli kultury w świecie pogłębiających się nierówności? Uważamy bowiem nie bez racji, że kultura może być drogą komunikacji w zróżnicowanych pod wieloma względami społeczeństwach.

Kultura powinna być postrzegana jako zespół cech materialnych, intelektualnych i uczuciowych, charakteryzujących społeczeństwo lub grupę społeczną. Obejmuje ona oprócz sztuki i literatury sposoby życia, formy wzajemnego współżycia, systemy wartości, tradycje i wierzenia – jak głosi Powszechna Deklaracja UNESCO o różnorodności kulturowej¹. Jednak zróżnicowane społeczeństwa cechuje – w miejsce poszanowania tożsamości kulturowej i harmonijnego współdziałania – postępująca dyskryminacja, nietolerancja, ksenofobia, rosnące poparcie dla populistycznych i ksenofobicznych partii politycznych.

Wielokulturowa Europa, o której będzie tu mowa, jest miejscem, w którym powstaje wiele negatywnych zjawisk, jak np. marginalizowanie wielu grup społecznych, dyskryminowanie w przestrzeni gospodarczej, społecznej i edukacyjnej współobywateli oraz ludzi przybywających na nasz kontynent w poszukiwaniu lepszego życia. Czy więc poszanowanie pluralizmu kultur nie powinno służyć procesowi integracji różnych grup społecznych?

W Raporcie przygotowanym przez grupę wybitnych osobistości pod kierunkiem Jean-Claude'a Junckera pt. „Żyjąc razem, łącząc różnorodność i wolność

¹ Deklaracja przyjęta na 31. sesji Konferencji Genewskiej UNESCO w Paryżu 2 listopada 2001 r.

w Europie XXI w.” podkreśla się istotę budowania ram kulturowych i prawnych, wspomagających dialog międzykulturowy, który staje się instrumentem strategicznym budowania otwartego społeczeństwa². Raport podkreśla liczne niebezpieczeństwa związane z alienowaniem pewnych grup społecznych, co prowadzi do budowania „równoległego społeczeństwa”, rządzonego innymi prawami, np. szariatem, w którym dochodzi do naruszania praw człowieka.

Pogłębiająca się przepaść, która występuje w Europie między społecznością imigrancką a Europejczykami, jest zjawiskiem, które świadczy o niskiej skuteczności stosowanych dotychczas instrumentów w zakresie polityki gospodarczej, edukacji, polityki azylowej czy wreszcie w sferze kultury. Wyzwaniem więc dla XXI w. jest budowanie – jak podkreśla Danuta Hübner – Europy równych obywateli³. To przesłanie ma szczególne swe uzasadnienie wobec ataków terrorystycznych, a zwłaszcza – o czym będzie tu mowa – różnych form terroryzmu w kulturze.

Kultura jest tą sferą życia, która tworzy liczne dylematy. Kultura modyfikuje świadomość społeczną, jej różne formy negują nierzadko istniejący porządek, naruszają ustalone kanony estetyki, odnoszą się do sfery religijnej i wolności słowa. Sferę kultury należy postrzegać w kontekście szeroko rozumianych praw człowieka. Czy więc XXI w. pozwoli nam łączyć różnorodność i wolność zgodnie z utrwalonymi standardami demokratycznego państwa prawnego? To pytanie jest szczególnie aktualne w związku z licznymi konfliktami dotyczącymi np. wolności słowa w sztuce czy literaturze.

2. GWARANCJE OCHRONY PRAW KULTURALNYCH W EUROPEJSKIEJ KONWENCJI PRAW CZŁOWIEKA

Pytanie dotyczące znaczenia Europejskiej Konwencji Praw Człowieka jako gwaranta praw dla tych grup i podmiotów indywidualnych, których dotyka niesprawiedliwość, dyskryminacja w sferze społecznej, gospodarczej, politycznej czy kulturalnej, jest kwestią fundamentalną. Czy Europejska Konwencja może być remedium w tym zakresie? Czy można uznać, że Konwencja odnosi się do tych wszystkich obszarów funkcjonowania społeczeństwa i jego jednostek oraz zapewnia skuteczną ochronę? Analiza przepisów Konwencji nie zawsze pozwala na jednoznaczną odpowiedź.

² 20 lat Polski w Radzie Europy. Rada Europy – Unia Europejska wobec wyzwań współczesnego świata, MSZ 2012.

³ D. Hübner, *Żyjąc razem, łącząc różnorodność i wolność w Europie XXI w.* (w:) 20 lat Polski w Radzie Europy, *op. cit.*, s. 18.

Na przestrzeni jednak ponad 60 lat Europejski Trybunał Praw Człowieka tworzył orzecznictwo w duchu odpowiedzi na najważniejsze wyzwania, przed którymi stanęła Europa. Od wielu lat takim wyzwaniem jest z jednej strony wytyczenie linii demarkacyjnej między funkcjonowaniem demokratycznego państwa opartego na zasadach rządów prawa, praw człowieka, poszanowania praw mniejszości, z drugiej zaś strony odpowiedzią na naruszenia tych zasad, wynikających z pogłębiającego się nacjonalizmu, rosnącej nietolerancji, ksenofobii, ekstremizmu, a zwłaszcza ekstremizmu islamskiego. Czy Trybunał w swym orzecznictwie stworzy przestrzeń wolności dla jednostki, zwłaszcza w tak ważnym obszarze, jakim jest kultura? Czy rozstrzygając konflikty, które powstają na tle religijnym, Trybunał wyznaczy granice dla wolności słowa? Innymi słowy, w jakim zakresie Europejska Konwencja stwarza bezpośrednią ochronę jednostce, społeczeństwu, w przypadku naruszenia praw kulturalnych?

Europejska Konwencja Praw Człowieka wprawdzie wprost nie odnosi się do praw kulturalnych i nie wymienia prawa do kultury czy prawa do uczestnictwa w życiu kulturalnym, jednakże w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka odnajdujemy standardy dotyczące: prawa do wypowiedzi artystycznej, dostępu do kultury, prawa do tożsamości związanej z kulturą, praw językowych, prawa do edukacji, prawa do ochrony spuścizny kulturalnej, prawa do poszukiwania prawdy historycznej, czy prawa do wolności akademickiej.

3. OCHRONA PRAW KULTURALNYCH W ORZECZNICTWIE EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA

Od wielu lat Europejski Trybunał Praw Człowieka rozstrzyga niezwykle fundamentalne problemy, ustanawiając standardy funkcjonowania państw. Trybunał odpowiada w swym orzecznictwie na nowe wyzwania, wobec których trudno znaleźć odpowiedź polityczną. Wiele instytucji nie jest przygotowanych na takie konfrontacje, jak przeciwdziałanie mowie nienawiści, stworzenie gwarancji dla ochrony prawa do wolności myśli, sumienia i wyznania czy uzewnętrzniania religii i przekonań itp. Wielkie nadzieje pokładane są w orzecznictwie Trybunału, który wyznacza pewne wzorce postępowania jednostek, społeczności, wreszcie państwa.

W raporcie Sekretarza Generalnego wydanym w 2014 r. na temat stanu demokracji i praw człowieka mowa jest o tych właśnie wyzwaniach, które w świecie cyfrowym osiągają znacznie większą siłę rażenia poprzez multiplikację obrazów,

zapisów, aniżeli w przeszłości⁴. Wskazuje się na istotę wielu współczesnych problemów. Raport odwołuje się m.in. do roli, jaką spełnia Europejska Konwencja Praw Człowieka. Powstaje więc pytanie, czy Europejska Konwencja wraz z orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka jest tym instrumentem i mechanizmem, który w sposób wystarczający i skuteczny odpowiada na oczekiwania zróżnicowanego pod wieloma względami, m.in. religijnym czy kulturowym, społeczeństwa? Można wręcz zadać pytanie, czy współczesne wyzwania cywilizacyjne nie powinny wpłynąć na rozszerzenie zakresu regulowanej przez Europejską Konwencję materii?

Obszarem, który jest mocno zakorzeniony w przepisach Konwencji i który dotyka bezpośrednio praw jednostki, są prawa kulturalne, silnie powiązane z wyzwaniami wszechobecnymi w XXI wieku. Prawa kulturalne są obecne w Konwencji, choć, jak już podkreślono, samo prawo do kultury w jej przepisach nie występuje. Określając zakres pojęcia „prawo kulturalne”, należy odwołać się do ujęcia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który w opracowaniu zatytułowanym „Prawo kulturalne w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka” wyznacza następujące kategorie praw:

- a) prawo do ekspresji artystycznej,
- b) dostęp do kultury,
- c) prawo do zachowania tożsamości kulturalnej,
- d) prawa językowe,
- e) prawo do edukacji,
- f) prawo do ochrony spuścizny kulturalnej i przyrodniczej,
- g) prawo do poszukiwania prawdy historycznej,
- h) prawo do wolności akademickiej⁵.

Tak więc w orzecznictwie swym Trybunał odwołuje się do przepisów Konwencji, a więc m.in. art. 8, 9, 10, art. 1 i 2 Protokołu 1 oraz art. 14⁶. Trybunał podkreśla, że brak wprost wyrażonej w Konwencji ochrony praw kulturalnych nie wyłącza ich spod ochrony dzięki dynamicznej interpretacji, jaką nadaje przepisom Konwencji.

⁴ *State democracy, human rights and the rule of law in Europe, Report by the Secretary General of the Council of Europe*; patrz: www.coe.int.

⁵ Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights, Research Division, Council of Europe 2011.

⁶ Art. 8 – prawo do poszanowania życia rodzinnego i prywatnego; art. 9 – wolność myśli, sumienia i wyznania; art. 10 – wolność wyrażania opinii, posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji; art. 1 Protokołu 1 – prawo do poszanowania mienia; art. 2 Protokołu 1 – prawo do edukacji; art. 14 – zakaz dyskryminacji.

Jedną z ważniejszych sfer praw kulturalnych jest **prawo do wypowiedzi artystycznych** (ekspresji), chronione na podstawie art. 10 Konwencji. Twórczość musi wiązać się z wolnością. Twórczość artystyczna jest najczęściej odpowiedzią na niedostatki, na naruszenia funkcjonowania demokratycznego państwa, ale również bywa manifestem często wyzwalającym społeczne zaangażowanie w sprawy publiczne. Kultura obojętna na sprawy społeczne, polityczne ubożeje, jak powiedział Mario Vargas Llosa⁷. Wypowiedź artystyczna, np. satyra, ma to do siebie, że jej przesłanie przekracza pewne granice, cechuje ją też przesada. Jednakże ingerencja w prawo do wypowiedzi artystycznej musi podlegać bardzo ostrożnej ocenie.

W sprawie austriackiej z 2007 r., dotyczącej zakazu wystawiania kolażu Otto Mühla w związku z jego treścią przedstawiającą Matkę Teresę, Jorga Heidera w pozycjach seksualnych Trybunał stwierdził, że właśnie przekroczenie granic cechuje karykaturę. Satyra jest formą wyrazu artystycznego i komentarzem społecznym. Prowokuje poprzez przesadę, a zakaz wystawiania obrazu jest nieproporcjonalny w stosunku do celu⁸.

Swoboda wypowiedzi artystycznych to:

- swoboda otrzymywania i przekazywania informacji i idei,
- udział w publicznej wymianie informacji i idei kulturalnych, politycznych i społecznych.

Inny przykład to sprawa *Otto-Preminger-Institut przeciwko Austrii* w związku z zakazem udostępniania w kinach i zajęciem filmu dotyczącego treści religijnych, przedstawiających Boga, Maryję, Chrystusa w kontekście erotycznym, uwikłanym w niemoralne – jak twierdzono – działania. Sprawa rozpatrywana była przez Europejską Komisję Praw Człowieka, która stwierdziła naruszenie art. 10 Konwencji. Trybunał uznał jednak, że sądy krajowe właściwie zastosowały prawo i właściwie oceniły, gdzie znajduje się granica między prawem do wolności artystycznej i prawem do poszanowania przekonań religijnych⁹.

W 1981 r. we Fryburgu odbyła się wystawa sztuki współczesnej Josefa Felixa Müllera. Wystawa przedstawiała orgie seksualne. Autor został skazany przez sądy na grzywnę.

W skardze Müller domagał się stwierdzenia, że skazanie było naruszeniem art. 10. Europejski Trybunał Praw Człowieka wprowadził zaakceptował decyzję władz szwajcarskich, ale powiedział też, że: „ekspresja artystyczna powinna się cieszyć szczególnym stopniem ochrony, bo ci, którzy tworzą, wykonują, rozpo-

⁷ Mario Vargas Llosa, *Wolność i demokracja niszczą inteligencję*, wywiad w „Gazecie Wyborczej” z dnia 18 października 2014 r.

⁸ *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria* (n° 68354/01), orzeczenie z 25 stycznia 2007 r.

⁹ *Otto-Preminger-Institut przeciwko Austrii*, orzeczenie z 20 września 1994 r. (A.295-17).

wszechniają lub wystawiają dzieła sztuki, przyczyniają się do wymiany idei i poglądów niezbędnych dla funkcjonowania demokratycznego społeczeństwa. Dlatego państwo musi się powstrzymać od nadmiernej ingerencji¹⁰.

Ekspresja łączy się z wypowiedziami w formie publikacji, np. w sprawie *Karatas przeciwko Turcji*, dotyczącej skazania za publikacje literackie związane z problemem kurdyjskim Trybunał podkreślił, że twórcy, wykonawcy oraz osoby rozpowszechniające lub wystawiające dzieła sztuki biorą udział w wymianie idei i opinii istotnych dla demokratycznego państwa i dlatego państwo powinno powstrzymać się od ingerencji¹¹.

Poszanowanie praw kulturalnych ściśle wiąże się z dostępem do kultury i ochroną spuścizny literackiej.

W 2010 r. Trybunał wydał orzeczenie w sprawie *Akdas przeciwko Turcji*¹². Sprawa ta dotyczyła nałożenia kary na wydawcę i konfiskatę dzieła Apollinaire'a z 1907 r. Trybunał podkreślił wagę europejskiej spuścizny literackiej wyrażając pogląd, że społeczeństwo nie może być pozbawione dostępu do dzieł literackich.

Trybunał stoi na straży praw mniejszości, a zwłaszcza w zakresie poszanowania ich tożsamości kulturowej.

W sprawie *Chapman przeciwko Wielkiej Brytanii* Trybunał uznał – odwołując się do art. 8 – pozytywny obowiązek państwa w zakresie wspierania i poszanowania tożsamości Romów i ich stylu życia. Przepis ten przywołany został w kolejnej sprawie – *Ciubotaru przeciwko Mołdawii*¹³, w której spór dotyczył odmowy uznania przez władze Mołdawii w dowodzie tożsamości rumuńskiego pochodzenia. Trybunał podkreślił, że tożsamość etniczna jest istotnym aspektem życia prywatnego.

Poszanowanie praw kulturalnych wiąże się również z prawem do zachowania religii i problemem uzewnętrzniania symboli religijnych oraz dostępem do rytuałów.

W sprawie dotyczącej odmowy wpisania wiary Alevi w dokumencie tożsamości skarżącego, Trybunał uznał, że informacja dotycząca religii nie powinna znaleźć się w dokumencie tożsamości¹⁴.

Poszanowanie wolności myśli, sumienia i wyznania obejmuje bardzo szerokie spektrum problemów, które odnoszą się m.in. do poszanowania tożsamości religijnych wspólnot oraz wykonywania praktyk religijnych.

¹⁰ *Müller i inni przeciwko Szwajcarii*, orzeczenie z 24 maja 1988 r.

¹¹ *Karatas przeciwko Turcji*, skarga 23168/94, ECHR 1999-IV.

¹² *Akdas przeciwko Turcji*; orzeczenie z 16 lutego 2010.

¹³ *Chapman przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, orzeczenie z 18 stycznia 2001; *Ciubotaru przeciwko Mołdawii*, orzeczenie z 27 kwietnia.

¹⁴ *Sinan Isak przeciwko Turcji*; orzeczenie z 2 lutego.

Szeroko dyskutowana w Polsce kwestia uboju rytualnego rozstrzygnięta została w orzeczeniu Wielkiej Izby *Cha'are Shalom Ve Tsedek*¹⁵. Istota sporu dotyczyła tego, czy odmowa dostępu do mięsa pochodzącego z uboju rytualnego jest naruszeniem art. 9 w sytuacji, gdy inna organizacja takie przyzwolenie otrzymała. Trybunał odniósł się do argumentu dostępności mięsa z uboju rytualnego, stwierdzając, że osoby zainteresowane nie są takiego dostępu pozbawione. Lecz – co podkreśla Jim Murdoch – „z orzeczenia nie wynika jasno, czy państwo może uznać za właściwe zakazanie uboju rytualnego pod pretekstem dobra zwierząt, a jeśli tak, czy w takich przypadkach musi ułatwić import mięsa z innych krajów”¹⁶.

Szczególnie ważnym elementem uzewnętrzniania przynależności religijnej jest kwestia symboli religijnych. Powstaje pytanie, jak dalece uzewnętrznianie symboli jest chronione przez Trybunał i czy Trybunał uznaje prawo państwa do ingerencji w tym zakresie poprzez wprowadzenie zakazu eksponowania symboli religijnych. Problem ten jest szczególnie istotny wobec rosnącej fali imigracji, coraz silniejszego zróżnicowania religijnego w Europie i widocznych tendencji zaznaczania odrębności religijnych właśnie poprzez m.in. eksponowanie symboli religijnych w przestrzeni publicznej. Orzecznictwo Trybunału dotyczące symboli i strojów religijnych jest niezwykle bogate. Dotyczy ono noszenia nakryć głów, eksponowania krzyży, szczególnego rodzaju strojów, chust islamskich i symboli religijnych w przestrzeni publicznej.

Rozstrzygając sprawę dotyczącą zakazu noszenia w miejscach publicznych strojów wskazujących na przynależność religijną, Trybunał stwierdził, iż zakaz ten narusza art. 9 Konwencji, gdyż noszenie tych strojów nie jest zagrożeniem dla porządku publicznego¹⁷. Inaczej potraktował Trybunał sytuację żądania zdjęcia turbanu w ramach kontroli bezpieczeństwa na lotnisku, podkreślając, że państwo ma pewien margines uznania i może zdecydować o podjętych działaniach, które mają charakter wyjątkowy¹⁸.

Szczególne znaczenie ma rozstrzygnięcie w sprawie *S.A.S. przeciwko Francji*, w której skarżąca obywatelka Francji uznała, że zakaz noszenia nikabu i burki narusza jej prawa chronione Konwencją. Na mocy ustawy z 2010 r. we Francji zakazano zakrywania twarzy w miejscach publicznych. Skarżąca skargę swą oparła

¹⁵ *Cha'are Shalom Ve Tsedek przeciwko Francji*; zob. również Jim Murdoch, *Ochrona prawa do wolności myśli, sumienia i wyznania w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Rada Europy 2012, s. 34-36.

¹⁶ Jim Murdoch, *Ochrona prawa do wolności myśli, sumienia i wyznania w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Rada Europy, Strasburg 2012, s. 36.

¹⁷ *Ahmet Arslan i inni przeciwko Turcji*, orzeczenie z 23 lutego 2013.

¹⁸ *Phull przeciwko Francji*, decyzja z 11 stycznia 2005.

na przepisach art. 8, 9, 10, 11 i 14 Konwencji podkreślając, iż zakaz francuski stanowi naruszenie Konwencji.

W orzeczeniu Wielkiej Izby zwrócono szczególną uwagę na katalog wartości otwartego, demokratycznego społeczeństwa, do których należy równość płci, poszanowanie ludzkiej godności i poszanowanie minimum wymogów życia w społeczeństwie, życia razem. Trybunał odniósł się do tego ostatniego wymogu, podkreślając, iż zakrycie twarzy tworzy barierę wobec innych, a twarz odgrywa szczególną rolę w relacjach społecznych. Trybunał uznał, że inne osoby mogą nie życzyć sobie, by w przestrzeni publicznej miały miejsce praktyki, które są przeciwne otwartym relacjom międzyludzkim. Trybunał odwołał się do konceptu „życia razem” i ryzyka naruszenia reguł w tym zakresie. Państwo dysponuje szerokim marginesem uznania co do kształtowania polityki i stąd Trybunał uznał, że francuski zakaz noszenia w przestrzeni publicznej stroju zakrywającego twarz nie narusza Europejskiej Konwencji¹⁹.

Trybunał orzekał również w wielu sprawach dotyczących noszenia symboli religijnych w szkole i na uniwersytecie. W sprawie *Kurtulmus przeciwko Turcji* Trybunał podkreślił, iż w sytuacji wydania zakazu noszenia islamskiej chusty przez profesora uniwersytetu i urzędnika państwowego, państwo może nakładać ograniczenia, a zasady ubioru obowiązują wszystkich pracowników instytucji publicznych²⁰. W tym szczególnym przypadku podjęta została decyzja dotycząca ustąpienia skarżącej z zajmowanego stanowiska.

Również w szeroko komentowanej sprawie *Leyla Sahin przeciwko Turcji* Wielka Izba uznała, że zakaz noszenia chusty na uniwersytecie, w sytuacji orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego o niezgodności noszenia chust z Konstytucją, nie stanowi naruszenia art. 9²¹. Ponadto Trybunał podkreślił, iż noszenie chusty może mieć wpływ na inne osoby, które stroju tego nie noszą.

Warto w tym miejscu przytoczyć stanowisko Komisarza Praw Człowieka w kwestii dotyczącej zakazów noszenia strojów wskazujących na przynależność religijną. Otóż Komisarz podkreślał, że wprowadzenie zakazów dotyczących ubioru w drodze prawnej, chociaż może być uzasadnione, gdy chodzi o policję, nie jest właściwą drogą. W pewnych sytuacjach państwo powinno być neutralne pod tym względem. Wielokulturowość może manifestować się zróżnicowaniem w ubiorze²². Z kolei w Rezolucji Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy pt. „Islam, Islamizm, Islamofobia w Europie” podkreślono, iż „prawne ograniczenia dotyczące stroju mogą być usprawiedliwione, gdy jest to konieczne w demo-

¹⁹ *S.A.S. przeciwko Francji*, ECHR 191 (2014).

²⁰ *Kurtulmus przeciwko Turcji*, decision 24 January 2006.

²¹ *Leyla Sahin przeciwko Turcji*, judgment of 10 November 2005 (Grand Chamber).

²² *Viewpoint on Burqa and privacy*, 20 July 2011, w: *Human rights in Europe*, Thomas Hammarberg.

kratycznym społeczeństwie”. Następnie Rezolucja mówi o tym, iż wprowadzenie generalnego zakazu noszenia burki i nikabu pozbawia kobiety, które tego zechcą, prawa zakrycia twarzy²³.

Kolejnym problemem jest kwestia, której towarzyszyło wiele kontrowersji, dotycząca symboli religijnych w szkole państwowej²⁴. W sprawie *Lautsi przeciwko Włochom* skarżąca zarzucała naruszenie art. 9 i art. 2 Protokołu 1 w związku z ekspozycją krzyży w szkole publicznej. Trybunał (Wielka Izba) uznał jednak, że sprawa ta mieści się w granicach marginesu uznania, które przysługuje państwu.

Trybunał zdecydowanie różnicuje sytuacje uzewnętrzniania przekonań religijnych w miejscu pracy. I tak względy bezpieczeństwa w miejscu pracy (klinika) powodują zawsze restrykcje co do noszenia oznak religijnych (krzyży), co skutkowało stwierdzeniem nienaruszenia art. 9 i 14 Konwencji. Zaś w sprawie pracownika zatrudnionego w British Airways Trybunał stwierdził, że Wielka Brytania naruszyła art. 9 z uwagi na fakt, że inne symbole religijne były eksponowane w strojach osób zatrudnionych²⁵. Tak więc, odnosząc się do orzeczenia Trybunału, należy zawsze uwzględniać konkretny kontekst sytuacyjny sprawy.

Prawo do kultury to również prawa językowe w szerokim zakresie. Trybunał stoi na straży szerokiego marginesu uznania państw w zakresie m.in. oficjalnego języka, języka dokumentów, chociaż Trybunał uznał prawo do posługiwania się kurdyjskim zapisem imienia²⁶. Mimo szerokiego marginesu uznania Trybunał uznaje prawo do korespondencji więźniów w ich języku²⁷ czy wystawienia kurdyjskiej sztuki²⁸.

Prawa dotyczące języka często występują w kontekście politycznym, np. używanie języka kurdyjskiego czy też niewystarczającej znajomości języka oficjalnego przez kandydatów w wyborach parlamentarnych²⁹.

Podkreślić należy, że prawa do używania języka nie są w sposób bezpośredni chronione przez Konwencję, chyba że dotyczyło szczególnych sytuacji związanych z używaniem języka w procedurze sądowej, zapisem nazwisk w brzmieniu kurdyjskim, praw więźnia do korespondencji we własnym języku czy praw do edukacji. Prawa te są chronione na podstawie art. 5 § 2, art. 6, art. 8, art. 10 oraz art. 2 i art. 3 Protokołu 1. Przywoływany był również w kontekście praw edukacyjnych

²³ PACE Resolution 1743 (2010).

²⁴ *Lautsi przeciwko Włochom*, orzeczenie z 18 marca 2011 (Wielka Izba).

²⁵ *Eweida i Chaplin przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, orzeczenie z 15 stycznia 2013.

²⁶ *Güzel Erdagöz przeciwko Turcji*, orzeczenie z 21 sierpnia 2008.

²⁷ *Mehmet Nuri Ozen i inni przeciwko Turcji*, orzeczenie z 11 stycznia 2011.

²⁸ *Ulusoy i inni przeciwko Turcji*, orzeczenie z 3 maja 2007.

²⁹ *Podkolzina przeciwko Łotwie*, zob. również *Cultural rights in the case-law of the ECHR*, Council of Europe 2011.

w postępowaniach sądowych art. 14. W większości sytuacji prawa językowe wyraźnie sytuowane są w kontekście politycznym, ale również edukacyjnym. W tym przypadku żądanie gwarancji dla realizacji edukacji w języku, którego wyboru może dokonać strona zgodnie z jej religijnymi i filozoficznymi przekonaniami nie zostało uznane przez Trybunał, który stoi na stanowisku, że art. 2 Protokołu 1 nie odnosi się do kwestii wyboru języka³⁰. Art. 2 Protokołu 1, który stanowi o prawie do nauki i prawie rodziców do zapewnienia wychowania i nauczania zgodnie z ich własnymi przekonaniami religijnymi, filozoficznymi odnosi się – jak podkreśla Marek Antoni Nowicki – raczej do prawa do swobody edukacji niż społecznego czy kulturalnego prawa do nauki³¹. Oczywiście nie można wprowadzić tu jasnej granicy między prawami edukacyjnymi i kulturalnymi. Trybunał zakwalifikował do praw kulturalnych sprawy z zakresu praw językowych, edukacji seksualnej, nauczania etyki w szkole

Orzeczenia Trybunału wyznaczają podstawową granicę w relacjach szkoła – rodzice. Tak więc kwestia konstruowania programu nauczania, realizowania tego programu przynależy do obowiązków szkoły i ma charakter nadrzędny wobec oczekiwań rodziców³². W sprawach dotyczących wykorzystania języków w edukacji w szkołach belgijskich Trybunał podkreślił, że „nie można wnioskować, że państwo nie ma pozytywnych obowiązków w zakresie zapewnienia tych praw chronionych w ramach art. 2 Protokołu 1. Prawa te są chronione w ramach tego przepisu wobec wszystkich, którzy pozostają w jurysdykcji państwa – Strony Konwencji”³³.

W sprawie dotyczącej edukacji seksualnej i protestu rodziców w tym zakresie, Trybunał uznał, że rodzice nie mogą wymagać i narzucać szkole określonego programu nauczania. Zdaniem Trybunału edukacja musi mieć charakter obiektywny, krytyczny i pluralistyczny³⁴. W sprawie *Folgero i inni przeciwko Norwegii* Trybunał uznał, że wprowadzenie nowego programu nauczania religii i filozofii, który szczególną wagę przywiązywał do religii chrześcijańskiej, narusza prawa rodziców nienależących do wspólnoty chrześcijańskiej³⁵. Trybunał uznał prawo jednostek do nieujawniania religii i wyznania. W sprawie *Grzelak przeciwko Polsce* Trybunał podkreślił, że brak dostępu do nauczania etyki w szkole stanowi naruszenie

³⁰ Zob. *Cultural rights in the case law of the European Court of Human Rights*.

³¹ Marek Antoni Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej*, Zakamycze 2002, s. 367.

³² *Sluijs przeciwko Belgii*, orzeczenie z 9 września 1992.

³³ *Case relating to certain aspect of the laws on the use of languages in education in Belgium*, orzeczenie z 23 lipca 1968.

³⁴ *Kjeldsen, Busk, Madsen i Pedersen przeciwko Danii*, orzeczenie z 7 grudnia 1976.

³⁵ *Folgero i inni przeciwko Norwegii*, orzeczenie z 29 czerwca 2007.

wolności wyznania oraz narusza zakaz dyskryminacji³⁶. Jednostka nie może być zobowiązana do ujawniania religii lub wyznania w państwie demokratycznym.

Prawa kulturalne obejmują prawo do ochrony spuścizny kulturalnej i przyrodniczej. Prawo do ochrony spuścizny kulturalnej najpełniej zostało wyrażone w Ramowej Konwencji w sprawie znaczenia dziedzictwa kulturowego dla społeczeństwa, tzw. Konwencji z Faro. Art. 4 Konwencji stanowi, że każdy ma prawo do czerpania korzyści ze spuścizny kulturowej i przyczyniać się do jej wzbogacenia. Również każdy ponosi odpowiedzialność za poszanowanie spuścizny również w wymiarze europejskim. Wykonanie prawa do spuścizny kulturalnej może być przedmiotem ograniczeń niezbędnych w demokratycznym społeczeństwie ze względu na ochronę interesu publicznego, praw i wolności innych osób.

Trybunał w orzecznictwie nie uznał wprowadzenia prawa do ochrony spuścizny kulturalnej, ale wielokrotnie podkreślał, iż ochrona krajowej spuścizny kulturowej stanowi uzasadnienie wyłączenia budynku przez państwo, uznanego jako obiekt kultury³⁷. Trybunał podkreślił również, że ochrona spuścizny kulturowej to nie tylko kwestia jakości życia, ale również zachowanie i ochrona historycznych, artystycznych i kulturowych korzeni regionu i jego mieszkańców.³⁸ Orzeczenia wskazują na naruszenia art. 1 Protokołu, a więc naruszenia prawa własności. W rozumieniu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka spuścizna kulturalna i przyrodnicza odnosi się również do ochrony lasów, wybrzeży morskich, i ingerencja państwa w prawa jednostki może mieć uzasadnienie³⁹.

Szczególnie wrażliwym obszarem jest prawo do poszukiwania prawdy historycznej. Należy tu przytoczyć sprawę dotyczącą negacjonizmu dotyczącego kłamstwa oświęcimskiego, w której Trybunał uznał, że treść wypowiedzi Rogera Garandy – skarżącego, „stanowi negację holokaustu i jest jedną z najpoważniejszych form dyskryminacji rasowej Żydów i nawoływania do nienawiści do nich”⁴⁰. Z kolei w sprawie *Lehideux i Isorni przeciwko Francji* Trybunał uznał, że tekst skarżących, pisany w imieniu stowarzyszeń, odnoszący się do osoby marszałka Pétaina, który pozytywnie odnosił się do jego działalności, pomijając kolaborację z nazistami w czasie II wojny światowej, jest polemiczny, ale nie ma charakteru negacyjnego⁴¹. Stąd uznano, że doszło do naruszenia praw skarżących na mocy

³⁶ *Grzelak przeciwko Polsce*, orzeczenie z 15 czerwca 2010.

³⁷ *Kozacoglu przeciwko Turcji*, orzeczenie z 19 lutego 2009.

³⁸ *Beyler przeciwko Włochom*, orzeczenie z 5 stycznia 2000.

³⁹ Zob. *Hamer przeciwko Belgii*, orzeczenie z 27 listopada 2007; *Depalle przeciwko Francji*, orzeczenie z 29 marca 2010.

⁴⁰ *Garandy przeciwko Francji*, decyzja 24 czerwca 2003; zob. również: *Mowa nienawiści*, Europejski Trybunał Praw Człowieka, lipiec 2012.

⁴¹ Zob. *Mowa nienawiści*, lipiec 2012, Europejski Trybunał Praw Człowieka.

art. 10. Warto podkreślić stanowisko Trybunału wyrażające się w twierdzeniu, że nie można zastosować tej samej kary z taką samą śmiałością po upływie 40 lat.

Trybunał stoi na stanowisku, iż wszelkie skargi oparte na doktrynie totalitarnej będą uznane za niedopuszczalne, gdyż ich celem może być przywrócenie systemu totalitarnego⁴². Poszukiwanie prawdy historycznej, zwłaszcza w odniesieniu do dostępu do dokumentów, prawa lustracyjnego w państwach postkomunistycznych, jest niezwykle istotnym obszarem.

W sprawie *Szulc przeciwko Polsce*, która dotyczyła dostępu do dokumentów IPN, Trybunał uznał, iż Polska nie wypełniła pozytywnych obowiązków wynikających z art. 8 § 1 Konwencji w zakresie stworzenia dostępu do informacji będących w posiadaniu służby bezpieczeństwa⁴³. W wielu orzeczeniach Trybunał podkreślał, iż zaprzeczanie historycznym faktom nie może być traktowane jako przedsięwzięcia badawcze, które będą chronione przepisami Konwencji. Prawo do poszukiwania prawdy historycznej jest częścią prawa do wolności wypowiedzi chronionej w ramach art. 10 Konwencji. Również prawo do wolności akademickiej gwarantowane jest art. 10 Konwencji. Naruszenie tego prawa przyjmuje różne formy, od wyrażonej krytyki wobec instytucji naukowej lub innego typu instytucji, po formy cenzurowania wykładów z uwagi na bezpieczeństwo narodowe, czy też inne formy krytyki, które zasadniczo ograniczają wolność akademicką⁴⁴.

Europejski Trybunał ustanowił wiele standardów dotyczących wypowiedzi, które są sprzeczne z Konwencją, wypowiedzi obraźliwych, stanowiących nadużycie prawa. Takim przykładem była dystrybucja ulotek z hasłami nawołującymi do nienawiści wobec muzułmanów⁴⁵, wypowiedzi wrogich wobec imigrantów i grup etnicznych⁴⁶ czy też wypowiedzi antysemickich⁴⁷.

Należy ponowić pytanie, czy Europejska Konwencja jest właściwą odpowiedzią na konflikty w sferze kultury? O tym, jak ważne są standardy wyznaczane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka świadczą przytoczone tu rozstrzygnięcia dotyczące konfliktów w różnych dziedzinach, które dotyczą kultury. Konflikty te są refleksem przemian zachodzących na świecie i w Europie w sposób bardziej lub mniej gwałtowny. Interesującym przykładem są lata 90. w Polsce i w innych państwach Europy Środkowo-Wschodniej, które przyniosły wyzwole-

⁴² Zob. *Mowa nienawiści*, w sprawie *Refah (Partia Dobrobytu) i inni przeciwko Turcji*.

⁴³ *Joanna Szulc przeciwko Polsce*, orzeczenie z 13 listopada 2012.

⁴⁴ Zob. *Sorguc przeciwko Turcji*, orzeczenie z 23 czerwca 2009 i *Cox przeciwko Turcji*, orzeczenie z 20 maja 2010.

⁴⁵ *Fevet przeciwko Belgii*, orzeczenie z 16 lipca 2009; *Worwood przeciwko Wielkiej Brytanii*, decyzja z 16 listopada 2004.

⁴⁶ *Jersild przeciwko Danii*, orzeczenie z 23 września 1994.

⁴⁷ *Pavel Ivanow przeciwko Rosji*, decyzja z 20 lutego 2007.

nie i nowe tendencje w sztuce. Pozostaniemy w kręgu przykładów polskich. Liczne wystawy, takie jak Katarzyny Kozyry, Grzegorza Kowalskiego czy Artura Żmijewskiego pobudzają do dyskusji, w których dominują wątki polityczne i religijne. Sztuka krytyczna koncentruje się na różnych obrazach ciała, często przedstawianych w kontekście symboli religijnych. Instalacje, filmy, plakaty wywołują protesty najbardziej konserwatywnej części społeczeństwa, wspieranej nierzadko przez Kościół. Praca Doroty Nieznalskiej „Pasja” czy Katarzyny Kozyry „Piramida”, A. Żmijewskiego „Oko za oko”, Adama Rzepeckiego „Irreligia”, obraz Matki Boskiej z wąsami czy Tęczy Julity Wójcik wywołały liczne skandale i interwencje polityczne. Protestowano przeciwko cielesności, łączeniu symboli religijnych czy też rzekomemu promowaniu homoseksualizmu. Często angażowany w konflikty na tym tle wymiar sprawiedliwości nie był przygotowany na nowe wyzwania w sztuce⁴⁸. Pod presją polityki nie dostrzega on nowej symboliki sztuki. Przypadek Doroty Nieznalskiej i jej zmagania z wymiarem sprawiedliwości jest tego najlepszym dowodem. Instalacja „Pasja” została potraktowana jako obraza uczuć religijnych. Instalacja ukazywała krzyż z męskimi genitaliami oraz film ukazujący mężczyznę w siłowni. Sąd Rejonowy skazując Dorotę Nieznalską podkreślił znieważenie publiczne przedmiotu kultu religijnego, a dodatkowo, w połączeniu z tytułem instalacji „Pasja”, Sąd jednoznacznie skojarzył to z męką Chrystusa. Szczegółowe rozważania doprowadziły Sąd do konkluzji, że Autorka instalacji dopuściła się czynu z zamiarem bezpośrednim. Ostatecznie po wielu latach, w 2009 r., Dorota Nieznalska została uniewinniona. Warto podkreślić, iż Sąd stwierdził, że uczestnictwo w galerii sztuki oznacza możliwość obcowania ze sztuką niepokorną. „Pasja” Nieznalskiej przyrównywana była do obrazu Felicjana Ropsa, reprezentującego nurt symbolizmu w sztuce, obrazu zatytułowanego „Kuszenie św. Antoniego”. Obraz powstał w końcu XIX w. i wywoływał ówczesnie podobne reakcje.

Innym przykładem naruszenia wolności słowa i wolności ekspresji artystycznej był protest środowisk prawniczych przeciwko wystawieniu spektaklu „Golgota Picnic” autorstwa Rodriga Garcii. Czytanie scenariusza organizowane na znak protestu w różnych miastach w Polsce przeciwko odwołaniu spektaklu na festiwalu poznańskim Malta, spowodowało wiele ataków przeciwko – jak podkreślały środowiska prawnicze – profanacji Boga. W liście skierowanym do Prezydenta Polski Bronisława Komorowskiego obrońców „Golgoty Picnic”, podkreślono, że „bez wolnej kultury nie ma wolnego państwa”. Można przytoczyć wiele przykładów z dziedziny sztuki, literatury czy nauki, które wywoływały protesty, pro-

⁴⁸ Zob. na ten temat Karol Sienkiewicz „Zatańczą ci, co drżeli, Polska Sztuka Krytyczna”, Wyd. Katakter, Kraków – Warszawa 2014.

wadziły do konfiskaty publikacji, zamknięcia wystaw czy zdejmovania spektakli teatralnych.

Naruszenia wolności wypowiedzi artystów to problem obecny w wielu dziedzinach sztuki. Freemuse (*Freedom of Musical Expression*) – organizacja międzynarodowa, która zajmuje się monitorowaniem naruszeń wolności wypowiedzi artystycznych muzyków i kompozytorów, stwierdziła, iż 2014 r. był „straszonym rokiem z punktu widzenia wolności artystycznej”⁴⁹. Artyści płacą życiem, długoletnim więzieniem, torturami, cenzurą za kontrowersyjne czy bluźniercze – zdaniem rządów – przedstawienia teatralne, wystawy, instalacje, satyrę itp. W każdej dziedzinie sztuki obserwujemy naruszenia wolności wypowiedzi artystycznej, która przyjmuje często postać bardzo brutalnego dławienia krytyki, wręcz aktów terroru, jak to miało miejsce w przypadku satyryków Charlie Hebdo.

Czy do pogodzenia we współczesnym świecie jest z jednej strony coraz większa ekspansja grup radykalnych, z drugiej zaś strony potrzeba przesuwania granic w sztuce, korzystania z wolności wypowiedzi, w której mieści się również potrzeba wywoływania skandalu, prowokacji artystycznej? Zderzenie ze sztuką niepokorną może prowadzić do próby jej cenzurowania i wprowadzenia restrykcji uderzających w wartości, które niesie Europejska Konwencja Praw Człowieka.

Jak głosi Powszechna Deklaracja UNESCO o różnorodności kulturowej na naszym kontynencie, Rada Europy budując standardy dialogu międzykulturowego, stworzyła system instytucjonalny z mechanizmami monitoringu państw członkowskich oraz niezwykle dynamicznie rozwijający się system prawa miękkiego i traktatów międzynarodowych. Prawa człowieka są gwarancją poszanowania różnorodności kulturowej⁵⁰. Czy więc Europejska Konwencja Praw Człowieka jest wystarczającą odpowiedzią na konflikty w sferze kultury? Czy pozwala na przesunięcie granicy wolności słowa i ekspresji artystycznej? Czy zapewnia poszanowanie różnorodności kulturowej? Te pytania niejednokrotnie były stawiane w licznych debatach. W „Białej Księdze” Rady Europy dotyczącej dialogu międzykulturowego podkreśla się znaczenie praw człowieka dla procesu promowania dialogu międzykulturowego⁵¹.

Dialog międzykulturowy jest rozumiany jako otwarta wymiana poglądów między różnymi grupami i jednostkami charakteryzującymi się różnymi korzeniami etnicznymi, kulturowymi, religijnymi, językowymi i spuścizną kulturową, w duchu poszanowania i wzajemnego zrozumienia. Warunkiem prowadzenia dialogu jest poszanowanie praw człowieka, demokracji i rządów prawa. Podkreśla się

⁴⁹ Hyperallergic by Laura C. Mallonee on February 26, 2015.

⁵⁰ Powszechna Deklaracja UNESCO o różnorodności kulturowej.

⁵¹ White Paper On Intercultural Dialogue „Living together as equals in dignity”, Strasbourg 7 May 2008, Council of Europe, www.coe.int.

konieczność zachowania sprawiedliwej równowagi w sprawach dotyczących dialogu międzykulturowego, którego gwarantem są standardy Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, ale również innych Instytucji Rady Europy, jak np. Europejskiej Komisji przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji czy Komitetu Doradczego Ramowej Konwencji o Ochronie Mniejszości Narodowych.

W Białej Księdze podkreśla się znaczenie wielu konwencji, a zwłaszcza Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, która odnosi się do szerokiego katalogu praw, z których może korzystać jednostka bez dyskryminacji. Szczególne znaczenie spełnia tu Protokół 12, który ustanawia generalny zakaz dyskryminacji oraz art. 10 Europejskiej Konwencji dotyczący wolności wyrażania opinii. Ten przepis uważany jest jako warunek *sine qua non* udziału w międzykulturowym dialogu. Jednakże w pewnych sytuacjach konieczne jest zastosowanie ograniczeń zwłaszcza wtedy, gdy mamy do czynienia z mową nienawiści. Tu Europejski Trybunał wyznacza jednak granicę w każdym indywidualnym przypadku. Nieprzypadkowo „Biała Księga” przywołuje sprawę *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, w której Trybunał podkreślił, że swoboda wypowiedzi może odnosić się do wypowiedzi, które obrażają, oburzają lub wprowadzają niepokój. Tego wymaga pluralizm i tolerancja⁵².

„Biała Księga” podkreśla, że zakaz dyskryminacji jest fundamentem ochrony jednostki. Zakaz ten w najmocniejszy sposób wyrażony został w Protokole 12 do Europejskiej Konwencji, ale również w Europejskiej Karcie Społecznej Europejskiej Konwencji dotyczącej statusu prawnego pracowników migrujących czy Ramowej Konwencji o Ochronie Mniejszości Narodowych.

Można przytoczyć wiele debat prowadzonych na forum Rady Europy, których istotą jest rola kultury w zróżnicowanym społeczeństwie⁵³. Ich przesłaniem jest stwierdzenie, że kultura ma być pomostem integrującym społeczeństwo; kultura ma być obszarem tworzenia wspólnot, modyfikowania ich świadomości. Często kultura stwarza przestrzeń kontestowania rzeczywistości, burzenia ustalonego porządku. Kultura jest obszarem tworzenia naszego stosunku do spraw publicznych.

Odpowiedzi na pytanie: „W jaki sposób należy zapewnić poszanowanie praw kulturalnych w nowoczesnym i zróżnicowanym społeczeństwie” powinno poszukiwać się w edukacji o prawach człowieka, edukacji obywatelskiej, której elementem powinno być promowanie równości, prowadzenie i rozwijanie dialogu międzykulturowego oraz w doskonaleniu instrumentów prawnych, które wyznaczają ramy funkcjonowania państwa w dynamicznie zmieniającym się świecie, których podstawą będą zasady demokracji oraz poszanowania praw człowieka.

⁵² *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*, orzeczenie z 7 grudnia 1976.

⁵³ Living together: Combining diversity and freedom in 21st Century Europe Report of the Group of Eminent Persons of the Council of Europe (2011), www.coe.int.

Mówiąc o prawach kulturalnych w kontekście praw człowieka nie można nie dostrzegać kreatywnej roli Rady Europy w budowaniu standardów wykraczających poza ramy Konwencji Praw Człowieka, choć ściśle z nią powiązanych. Komitet Sterujący Praw Człowieka Rady Europy (CDDH) opracował kompilacje istniejących standardów dotyczących zasad wolności myśli, słowa i religii w kontekście innych praw człowieka⁵⁴. Celem i zadaniem prac Komitetu jest opracowanie zaleceń, które zostaną przedstawione Komitetowi Ministrów, a następnie będą skierowane do państw członkowskich, a ich przesłaniem jest wzmocnienie skuteczności tych standardów w prawie i polityce państw.

Praca ta daje bardzo szczegółowy obraz procesów zachodzących w Radzie Europy w odniesieniu do tych tak ważnych praw, których niewłaściwa realizacja wywołuje wiele konfliktów. Procesy dochodzenia do standardów, których fundamentem jest orzecznictwo Europejskiego Trybunału, pokazują również dynamikę konfliktów religijnych, wolności słowa w różnych aktywnościach jednostek, począwszy od sfery naukowej, artystycznej, po czysto religijną lub niekiedy pozornie religijną. Podkreśla się więc rolę państwa, które musi wyważyć owe konfliktujące się interesy.

Ważną rolę opiniodawczo-doradczą i prewencyjną często spełniają takie instytucje Rady Europy jak Komisja Wenecka, Komitet Doradczy Ramowej Konwencji o Ochronie Praw Mniejszości Narodowych czy ECRI ustanawiając standardy dotyczące religijnych świąt, postępowania w tym zakresie w zakładach karnych czy możliwości praktykowania religii, zalecając przeciwdziałanie nietolerancji i dyskryminacji wobec muzułmanów, przeciwdziałanie antysemityzmowi itp.

Niezwykle rozbudowane są standardy dotyczące mowy nienawiści zarówno wynikające z prac ECRI, Komisarza Praw Człowieka, Komitetu Ministrów, Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. To tylko zaledwie ogólne wskazania kierunków działalności niektórych organów Rady Europy⁵⁵.

4. CZY KONWENCJA W OBECNEJ POSTACI DOSTATECZNIE CHRONI PRAWA KULTURALNE?

To pytanie będzie przedmiotem niejednej jeszcze debaty.

⁵⁴ Compilation of Council of Europe standards relating to the principles of freedom of thought, conscience and religion and links to other human rights. CDDH – DC (2015) 02, 11 March 2015, www.coe.int.

⁵⁵ Tamże.

Wydaje się, że orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka ustanawiające podstawowe zasady, dotyczące tak istotnych kwestii jak: prawa do wypowiedzi artystycznych, edukacji, ochrony dziedzictwa, poszukiwania prawdy historycznej, dostępu do kultury itd., obejmuje ochroną prawa kulturalne w bardzo szerokim zakresie. Orzecznictwo w tym obszarze dotyczy bardzo wrażliwych kwestii, związanych z dyskryminacją, mową nienawiści. Ustanawiając minimalne standardy ochrony Europejska Konwencja i orzecznictwo wyznaczają jednak pożądany kierunek działań państwu, konfrontowanemu niejednokrotnie z fanatyzmem religijnym i etnicznym, wszelkimi ekstremizmami.

Europejska Konwencja kryje ogromny potencjał ochrony jednostki wobec zagrożeń, które niesie współczesna cywilizacja. Jako „żywy instrument” Konwencja i orzecznictwo ETPCz wyznaczają nowe kierunki myślenia oraz kształtują zasady odpowiadające współczesnemu rozwojowi cywilizacji.

Odpowiadając na pytanie, czy Europejska Konwencja Praw Człowieka jest – w obecnej swej postaci – wystarczającym instrumentem prawnym ochrony praw jednostki konfrontowanej ze współczesnymi zagrożeniami, należy przytoczyć choćby debatę, która miała miejsce w odniesieniu do ochrony praw mniejszości narodowych oraz ochrony praw jednostki w związku z zagrożeniami środowiska.

W tej pierwszej sprawie Komisja ds. Prawnych i Praw Człowieka Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy przedstawiła Raport dotyczący wprowadzenia dodatkowego Protokołu do Europejskiej Konwencji, dotyczącego mniejszości narodowych⁵⁶. Potrzeba uchwalenia Protokołu powstała w wyniku debaty na temat niedostatecznej ochrony praw mniejszości. Wiele państw Rady Europy nie przystąpiło do Ramowej Konwencji o Ochronie Praw Mniejszości i Karty Języków. Brak ratyfikacji tych instrumentów powoduje, że mniejszości pozbawione są ochrony w zakresie podstawowych praw człowieka. Również Protokół 12 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka na skutek nieprzystąpienia wielu państw, nie jest powszechnie uznanym instrumentem prawnym. Prace Zgromadzenia Parlamentarnego nad dodatkowym Protokołem rozpoczęły się w 1992 r.⁵⁷ W 2001 r. kolejna rekomendacja Zgromadzenia Parlamentarnego wzywała do uchwalenia Protokołu dodatkowego⁵⁸.

Oprócz wprowadzenia definicji „mniejszości narodowych” dyskutowano zakres ochrony, a więc czy powinna być to formuła szerokiego ogólnego zakresu ochrony, czy lista obejmująca minimum praw osób należących do mniejszości. Propozycja sprawozdawcy Györga Frundy sprowadzała się do objęcia przyszłym Protokołem praw politycznych, dotyczących języka w życiu prywatnym i publicz-

⁵⁶ Committee on Legal Affairs and Human Rights PACE, AS/JUR (2011) 46.

⁵⁷ Zob. PACE Recommendation 1177 (1992) on the rights of minorities.

⁵⁸ PACE Recommendation 1492 (2001) Rights of national minorities.

nym, praw dotyczących podejmowania decyzji co do autonomii oraz praw kulturalnych w kontekście praw do zachowania narodowej tożsamości. Prawa kulturalne miały obejmować wiele aspektów dotyczących literatury, muzyki, sztuki, ale również używania języka ojczystego z użyciem alfabetu w zapisie nazwisk w dokumentach tożsamości. Przyjęcie Protokołu dodatkowego wzmocniłoby ochronę praw mniejszości poprzez uzyskanie bezpośredniego dostępu do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Zdaniem sprawozdawcy „byłaby to jedyna droga przeciwdziałania dyskryminacji wobec mniejszości narodowych”⁵⁹.

Podobnie przebiegała debata dotycząca projektu Protokołu dodatkowego do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka w odniesieniu do środowiska. Mimo istnienia ugruntowanego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, ochrona, jaką zapewniała Europejska Konwencja Praw Człowieka, miała charakter „rykoszetowy”. W Zaleceniu (1885) 2009 Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy zaleciło wprowadzenie Protokołu dodatkowego do Europejskiej Konwencji, który obejmowałby prawo do zdrowego środowiska⁶⁰. W maju 2010 r. dyrektor wykonawczy UNEP zaapelował do Komitetu Ministrów o realizację Zalecenia Zgromadzenia Parlamentarnego. Komitet Ministrów jednak odrzucił ten projekt, wskazując jednocześnie na opracowany *Poradnik o prawach człowieka i środowisku*⁶¹, którego celem jest upowszechnianie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Europejski Trybunał nie uznaje prawa jednostki do środowiska, jednak podkreśla, że degradacja środowiska znacząco ogranicza prawa zawarte w Konwencji, a stanowisko Trybunału dobitnie zostało przedstawione w 2007 r. w sprawie *Hamer przeciwko Belgii*, kiedy Trybunał podkreślił, że „środowisko nie będąc *explicite* chronione przez Konwencję, jest wartością samą w sobie, leżącą w interesie zarówno społeczeństwa jak i władz publicznych, a względy gospodarcze, a nawet prawo własności nie powinny mieć pierwszeństwa przed względami ochrony środowiska”⁶².

Oba przypadki i prowadzona debata nad poszerzeniem zakresu ochrony prawnej wykazują znaczące podobieństwo do debaty o prawach kulturalnych. Jednak sytuacja, w której znajduje się ETPCz, nie sprzyja projektom, które zaowocowałyby przyjęciem dodatkowego protokołu. Także liczba napływających skarg i trwająca reforma Trybunału to z pewnością czynniki ograniczające debatę w Komitecie Ministrów na ten temat. Nie można nie dostrzegać braku woli politycznej wśród państw członkowskich, wynikającej z obawy dotyczącej napływu nowych skarg przeciwko

⁵⁹ Zob. punkt 75 Raportu AS/JUR (2011) 46.

⁶⁰ PACE Recommendations 1614 (2003).

⁶¹ *Poradnik o prawach człowieka i środowisku*, Biuro Informacji Rady Europy 2006.

⁶² Zob. orzeczenie ETPCz z 27 listopada 2007 r. w sprawie *Hamer przeciwko Belgii*: <http://hudoc.echr.coe.int>

państwom. Pozostawiając na uboczu rozważania związane z kwestiami definicyjnymi, ten argument podnoszony był w przypadku prawa do środowiska z punktu widzenia materialno-prawnego czy też zdefiniowania katalogu praw przysługujących mniejszościom narodowym, czy definicji praw kulturalnych bądź prawa do kultury, podkreślić należy, że wszelkie debaty, wraz z włączeniem Protokołu dodatkowego do EKPCz dotyczącego praw kulturalnych, nie będą miały na obecnym etapie charakteru konkluzyjnego.

Rysującą się więc perspektywą, jeśli chodzi o ochronę praw kulturalnych w ramach Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, jest realizacja tych praw w ramach istniejącego porządku prawnego. Stąd też podjęte przez Komitet Sterujący Praw Człowieka Rady Europy (CDDH) opracowanie, które będzie podstawą przygotowania zaleceń adresowanych do państw członkowskich, dotyczących skutecznego stosowania istniejących standardów, wydaje się jedyną możliwą drogą tworzenia i umacniania standardów ochrony praw kulturalnych w zróżnicowanych społeczeństwach państw członkowskich Rady Europy.

Dr Małgorzata Szeroczyńska
Zastępca Prokuratora Rejonowego
Warszawa-Śródmieście

Praktyka ścigania przestępstw z nienawiści w świetle wytycznych Prokuratora Generalnego

Na początku 2014 roku Prokurator Generalny publicznie zajął jednoznaczne stanowisko, że przestępstwa z nienawiści, w tym mowa nienawiści, należą do najpoważniejszych czynów zabronionych, do ścigania których prokuratorzy są szczególnie zobowiązani. Oświadczył, iż będzie monitorował postępowania dotyczące tego rodzaju czynów, weryfikując, czy poszczególne postępowania są prowadzone prawidłowo z należywym zaangażowaniem i wykorzystaniem wszystkich źródeł dowodowych. Paradoksalnie przyczynkiem do zajęcia tego stanowiska było postępowanie dotyczące znieważenia byłego Ministra Spraw Zagranicznych z powodu przynależności narodowościowej i wyznaniowej jego żony¹. 26 lutego 2014 r. Prokurator Generalny wydał wytyczne w zakresie prowadzenia postępowań o przestępstwa z nienawiści (PG VII G 021/54/13), z kolei 27 października 2014 r. – metodykę prowadzenia spraw dotyczących przestępstw z nienawiści za pośrednictwem Internetu (PG I A 0021/1/14).

W przedmiotowym tekście omówione zostaną zasady wprowadzane przez oba powyższe dokumenty pod kątem ich zgodności z orzecnictwem oraz doktryną, a także pod kątem faktycznych możliwości ich realizowania przez jednostki wyznaczone do prowadzenia tego typu postępowań, na przykładzie Prokuratury Rejonowej Warszawa-Śródmieście. Podstawowym zagadnieniem, jakie w tym kontekście należy rozważyć, jest pytanie, czy prawo karne jest właściwym narzędziem do ścigania wszystkich czynów z nienawiści, w szczególności wszystkich przejawów mowy nienawiści – czy jest to narzędzie skuteczne, a jeśli nie, to jakie działania mogłyby okazać się efektywniejsze w celu zwalczania tych niewątpliwie

¹ W. Czuchnowski, *Seremet ma dość pobbazania i chce śledztwa ws. antysemitckich wpisów znieważających Sikorskiego*, Wyborcza.pl, 8 lutego 2014 r., http://wyborcza.pl/1,75478,15420332,Seremet_ma_dosc_pobbazania_i_chce_sledztwa_ws__antysemitckich.html [konsultacja 20 października 2014 r.].

negatywnych zachowań społecznych i przeciwdziałania ich występowaniu w przyszłości.

Na wstępie należy uświadomić sobie, o jakiego rodzaju czynach mówimy posługując się pojęciem: przestępstwa z nienawiści. Z jednej strony mamy przemoc z nienawiści, a więc najczęściej przestępstwa przeciwko życiu lub zdrowiu człowieka albo przeciwko mieniu, czyli zabójstwa, uszkodzenia ciała czy naruszenia nietykalności oraz zniszczenie mienia z pobudek ksenofobicznych, szowinistycznych, rasistowskich, ale też transfobicznych, homofobicznych czy z powodu przynależności do jakiegokolwiek innej mniejszości. Niestety nikt nie jest w stanie ocenić skali tych przestępstw. W zakresie tych czynów nie prowadzi się bowiem żadnych statystyk, a motywacja sprawcy często pozostaje poza rozważaniami organów postępowania.

Wynika to z faktu, że choć kodeks karny przewiduje dwa przestępstwa polegające na stosowaniu przemocy z przyczyn ksenofobicznych, tj. art. 119 § 1 k.k. (stosowanie przemocy wobec grupy osób lub poszczególnej osoby z powodu jej przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, politycznej, wyznaniowej lub z powodu jej bezwyznaniowości) oraz art. 257 k.k. (naruszenie nietykalności cielesnej z powodu przynależności pokrzywdzonego do danej grupy narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu jego bezwyznaniowości), to statystyki dotyczące ilości czynów kwalifikowanych z obu powyższych przepisów wcale nie oznaczają, że tyle mamy przemocy z nienawiści. Z jednej strony bowiem oba przepisy zawierają też inne znamię czasownikowe czynu: „stosuje groźbę bezprawną” w przypadku art. 119 § 1 k.k. oraz „znieważa” w przypadku art. 257 k.k., a więc penalizują też mowę nienawiści. Ogólna statystyka podająca tylko liczbę zarejestrowanych czynów z tej kwalifikacji (a tylko taka jest prowadzona) nie wskazuje więc, ile tak naprawdę zachowań stanowiło przejaw przemocy, a ile mowy nienawiści. Po drugie, przy zachowaniach przekraczających poziom naruszenia nietykalności, w praktyce nie stosuje się zbiegu kwalifikacji danego czynu (odpowiednio art. 148 k.k., art. 156 k.k. czy art. 157 k.k.) z art. 119 § 1 k.k., a kodeks wśród znamion zabójstwa, naruszenia czynności ciała czy zniszczenia mienia nie wymienia pobudek działania sprawcy. Ponadto poza statystyką pozostają wszystkie zachowania z nienawiści z innych pobudek ksenofobicznych niż wymienionych w obu powyższych przepisach (a więc ze względu na homofobię, transfobię, nienawiść do osób z niepełnosprawnością, do osób starszych itp.), gdyż nie stanowią one znamienia żadnego przestępstwa; co więcej, przy przemocy jedynie w stopniu naruszenia nietykalności cielesnej, są ścigane z zasady z oskarżenia prywatnego (na podstawie art. 217 § 1 k.k., w przeciwieństwie do art. 257 k.k., gdzie ściganie następuje z oskarżenia publicznego).

Ponadto, pomimo że sądy i prokuratury są do tego zobowiązane orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka², nie wymieniają w swoich decyzjach pobudek ksenofobicznych sprawcy, a często wręcz nie prowadzą żadnych działań dowodowych w kierunku ustalenia, czy w danym przypadku zaistniało przestępstwo z nienawiści. Zresztą to ostatnie bywa bardzo trudne, jeśli wręcz nie niemożliwe, i to z reguły ze względu na postawę pokrzywdzonego i niemożność – w imię poszanowania jego prawa do prywatności – zadania mu pewnej kategorii pytań. Oczywiście, jeśli ktoś napadnie poseł Grodzką czy posła Biedronia, to narzuca się kontekst trans- albo homofobiczny. Jeśli ofiarą zamieszek jest osoba czarnoskóra, to również kontekst – w tym wypadku rasistowski – jest dość oczywisty. Natomiast w większości przestępstw ulicznych czy bójek podbarowych motywacja ksenofobiczna sprawcy pozostaje nieustalona. Nawet jeśli prowadzącemu postępowania osobiście wydaje się, że dane zdarzenie miało kontekst np. homofobiczny (np. brutalne zgwałcenie homoseksualne za pomocą tzw. tulipana, czyli szklanej butelki z ostrymi krawędziami powstałymi po odłamaniu jej dna), nie może zapytać pokrzywdzonego o jego orientację seksualną, bo to naruszałoby jego sferę intymną i byłoby nieusprawiedliwione potrzebami postępowania karnego (gdyż jak wskazano powyżej, motywacja sprawcy nie ma znaczenia dla kwalifikacji prawno-karnej czynu). Tym samym – o ile pokrzywdzony (ew. oskarżony) sam tego wątku nie podniesie – niemożliwe będzie ustalenie, czy w niniejszym zdarzeniu to właśnie orientacja seksualna pokrzywdzonego była przyczyną działania sprawcy i poczucia pokrzywdzonego, że stał się ofiarą. Wspomnieć tu należy również o dużej szarej sferze przemocy z powodu dyskryminacji pewnych grup społecznych. Przykładowo, osoby homoseksualne lub transseksualne, które padły ofiarą przemocy z powodu swojej orientacji seksualnej lub tożsamości płciowej, często wolą nie ujawniać faktu zaistnienia tej przemocy, tak z lęku przed publicznym ujawnieniem danej cechy, jak i z obawy przed podwójną wiktymizacją. Takiej przemocy nie ujawniają również osoby z niepełnosprawnością intelektualną, często wobec nieumiejętności złożenia takiego zawiadomienia, a czasami wręcz wobec faktu nieuświadomienia sobie, że dane zachowanie stanowi przemoc i jest zakazane.

W efekcie ujawnionych przestępstw polegających na użyciu przemocy wobec jakiejś osoby z powodu jej przynależności do jakiejś grupy dyskryminowanej przez sprawcę, w których ten motyw jest ustalony, mamy tak naprawdę bardzo mało. Profesor Lipowicz w swoim wykładzie słusznie wskazała, że w Polsce dość rzadkie są przestępstwa wobec osób z niepełnosprawnościami popełnione z powodu

² Por. wyrok w sprawie *Šečić v. Chorwacja* z 31 maja 2007 r., nr 40116/02; wyrok w sprawie *Abdu v. Bułgaria* z 11 marca 2014 r., nr 26827/08.

dyskryminacji ze względu na niepełnosprawność. Analogicznie mało – w porównaniu z globalną liczbą popełnianych w Polsce przestępstw – stwierdzamy przestępstw polegających na stosowaniu przemocy wobec osób o innym kolorze skóry, różnej przynależności etnicznej czy wyznaniu odmiennym niż sprawcy. Wydaje się (ale jak wspomniałam, brak na ten temat statystyk), że najczęściej jest czynów polegających na stosowaniu przemocy wobec osób o orientacji homoseksualnej, czy w stosunku do osób transpłciowych. Ale tak naprawdę na setki tysięcy spraw, które wpływają do prokuratur, mówimy tu o pojedynczych przypadkach.

Z drugiej strony mamy mowę nienawiści i nie da się ukryć, tych czynów jest bardzo, wręcz zastraszająco, dużo. Zresztą tylko w zakresie tych czynów przynajmniej częściowo mamy dane liczbowe, gdyż w odniesieniu do niektórych motywów sprawcy kodeks wyodrębnia specjalne kwalifikacje, co umożliwi nam prowadzenie monitoringu i statystyki. Mowa tu o wspomnianych już wcześniej groźbach (art. 119 § 1 k.k.) i zniewadze z powodu przynależności narodowej, etnicznej, rasowej, wyznaniowej albo z powodu bezwyznaniowości (art. 257 k.k.) oraz nawoływaniu do nienawiści z powyższych powodów lub propagowaniu ustroju totalitarnego (art. 256 k.k.). W przypadku tych czynów motyw sprawcy stanowi znamię przestępstwa, a więc musi być udowodniony. Niestety w przypadku mowy nienawiści z innych powodów (transfobii, homofobii, czy też nienawiści do innych grup mniejszościowych, niż wymienione w znamionach przestępstw ściganych z art. 119 § 1 k.k., art. 256 k.k. i art. 257 k.k.) ściganie – podobnie jak przy przemocy z nienawiści wobec tych grup – następuje z artykułów, w których motywacja sprawcy nie jest znamieniem czynu zabronionego (np. art. 190 k.k., art. 212 k.k., art. 216 k.k.), przy czym dla większości z nich podstawowym trybem ścigania jest tryb prywatnoskargowy (art. 212 k.k. i art. 216 k.k.).

Do Prokuratury Rejonowej Warszawa-Śródmieście zawiadomień dotyczących mowy nienawiści wpływa bardzo dużo. Ilość zgromadzeń publicznych, w czasie których głoszone są hasła nietolerancji, czy wręcz nienawiści, jest ogromna, żeby wspomnieć tylko o corocznych obchodach 11 listopada czy kontrdemonstracjach w dniu organizowania parady równości. W zasadzie każdy mecz na stadionie Legii kończy się transparentem z hasłem mowy nienawiści czy jakimiś okrzykami tego typu. Na murach Warszawy malowane są swastyki i inne graffiti nawołujące do nienawiści. Większość imprez kulturalnych, które w sposób nieszablonowy odnoszą się do tematyki religijnej, kończy się pełnymi nienawiści antydemonstracjami, jak choćby wspomniany w wystąpieniu dr Machińskiej Piknik Golgoty. Z drugiej strony, w przypadku takich wydarzeń kulturalnych, prokuratura otrzymuje masę zawiadomień dotyczących przestępstwa obrazy uczuć religijnych (art. 196 k.k.). Za kolejny przykład może służyć wystawa w Zamku Ujazdowskim „British British Polish Polish: Sztuka krańców Europy, długie lata 90. i dziś”. Wpłynęły wtedy

do prokuratury zarówno liczne zawiadomienia od osób, które poczuły, że wystawa ta obraża ich uczucia religijne³, jak zawiadomienie od samego muzeum dotyczące zniszczenia mienia, ponieważ przeciwnicy tego happeningu weszli na teren muzeum i po prostu zdemolowali wystawę⁴. Mamy w prokuraturze też zawiadomienia dotyczące piosenek, których słowa według zawiadamiających obrażają jakąś grupę narodową, etniczną czy religijną lub propagują ustrój totalitarny – jak piosenka zespołu Figot Fagot „Małgos”. Najwięcej zawiadomień dotyczy jednak mowy nienawiści w Internecie. Mówimy tu nawet o setkach zawiadomień miesięcznie. O ile w przypadku demonstracji czy meczów zdarza się dość często, że postępowanie jest wszczęte bez zawiadomienia, na podstawie wiedzy prokuratora, np. pochodzącej z mediów, to jeśli chodzi o Internet, w praktyce ścigamy tylko te czyny, co do których otrzymamy zawiadomienie, bez wszczynania postępowań z urzędu na podstawie wiedzy własnej. Inna praktyka sprawiłaby, że powinniśmy zajmować się jedynie przeglądaniem zasobów Internetu i wszczynaniem postępowania karnego o każde słowo, każdy obrazek, który wypełnia znamiona art. 119 § 1 k.k., art. 256 § 1 k.k. lub art. 257 k.k.

Trzeba po prostu przyznać, że ściganie całej mowy nienawiści, która pojawia się w Internecie (mówiąc nawet tylko o wpisach w języku polskim), jest po prostu niemożliwe. Mowy nienawiści w Internecie jest po prostu zastraszająco dużo, to są tysiące, jeśli nie miliony, wypowiedzi pełnych nienawiści wobec ludzi o różnym kolorze skóry, o różnych poglądach, ludzi o innej religii, którzy jedzą coś innego, którzy wyglądają inaczej, są przeciwnikami piszących w czymkolwiek. Zresztą problem nie dotyczy wyłącznie wypowiedzi motywowanych nienawiścią do grup mniejszościowych. Świadczy o tym choćby bardzo duża liczba zawiadomień o czyny prywatnoskargowe w postaci zniesławień lub zniewag za pośrednictwem Internetu czy skarg złożonych w trybie art. 488 k.p.k. dotyczących tego typu wypowiedzi, gdzie pokrzywdzonymi są zarówno osoby fizyczne (tak znane publicznie, ale też zupełnie prywatne), jak i prawne, które obrażane są imiennie bez żadnej konotacji odnośnie do ich przynależności do jakiegokolwiek grupy mniejszościowej. Porównując liczbę tych zawiadomień i skarg do ilości przestępstw z mowy nienawiści, stricte podlegających pod art. 119 § 1 k.k., art. 256 § 1 k.k. czy art. 257 k.k., to widać, że tych ostatnich jest mniej niż sytuacji, że człowiek obraża człowieka tylko dlatego, że z jakiegokolwiek powodu go nie lubi.

³ *Wystawa w CSW zgłoszona do prokuratury!*, wawalove, 31 października 2013 r., <http://wawalove.pl/Wystawa-w-CSW-zgloszona-do-prokuratury-a11677> [konsultacja 20 października 2014 r.].

⁴ *Kontrowersyjna wystawa oblana farbą*, Dziennik.pl, 14 listopada 2013 r., <http://wiadomosci.dziennik.pl/wydarzenia/artykuly/443191,atak-na-wystawe-w-centrum-sztuki-wspolczesnej.html> [konsultacja 20 października 2013 r.].

Warto się zastanowić, dlaczego tak się dzieje. Dlaczego w Internecie jest tyle nienawiści, tyle wulgaryzmów? Osobiście mam poczucie, że ludzie po prostu wykorzystują Internet jako przestrzeń, w której komentują wszystko i wszystkich, także (a może głównie) to i tych, co i kto im się nie podoba. Internet skanalizował naszą frustrację. Ludzie bardzo łatwo wyrażają w nim własny gniew, agresję, bezradność, złość na każdą osobę, do której mają pretensje – realne lub urojone. Jakby dobrze poszukać, to pewnie każdy znalazłby negatywny wpis dotyczący jego osoby. Mając wrażenie (często złudne) anonimowości, a tym samym bezkarności, internauci wyrażają się językiem niecenzuralnym lub obraźliwym, dając wyraz swoim silnym negatywnym emocjom bez refleksji, jak odbiorca, a przede wszystkim jak osoba będąca przedmiotem wypowiedzi, może to odczytać i co może odczuć. Warto w tym miejscu przytoczyć wypowiedź Bereniki Anders, organizatorki warsztatów o przeciwdziałaniu słownej przemocy w ramach młodzieżowej kampanii Rady Europy „Bez nienawiści” w Polsce. Twierdzi ona słusznie, że Internet „daje poczucie anonimowości, która sprawia, że komunikacja staje się łatwiejsza. W zwykłej rozmowie masz po drugiej stronie żywego człowieka, z jego mimiką, spojrzeniem. Trudniej obrazić, gdy patrzysz komuś w oczy. W sieci masz suchy komunikat, nie widzisz reakcji człowieka, na którego wylewasz hejt. I więcej czasu, by cyzelować te oszczerstwa. Poza tym Internet nie uznaje autorytetów. Prezydent, który w bezpośrednim spotkaniu budzi respekt, w sieci jest Bronkiem, do którego można pisać jak do kumpla. A skoro tak, można napisać wszystko”⁵.

Pozostaje pytanie, czy naprawdę należy wszystkie te wypowiedzi ścigać. Konkluzja niestety w odniesieniu do Internetu jest o tyle prosta, co smutna – jest on nie do ogarnięcia, tak wobec ilości występujących w jego zasobach wypowiedzi pełnych nienawiści, jak i wobec szybkości pojawiania się nowych wpisów, łatwości ich umieszczania, także z serwerów zagranicznych czy maskując źródło pochodzenia, oraz wynikających stąd trudności praktycznych z ustaleniem rzeczywistego sprawcy. W tym kontekście warto zastanowić się, czy faktycznie kodeks karny i postępowanie karne są właściwymi narzędziami do ścigania całości mowy nienawiści w Internecie. Z jednej strony obowiązuje nas zasada legalizmu, więc mamy ustawowy obowiązek wszczynania postępowania karnego w każdym przypadku stwierdzenia uzasadnionych danych dających podejrzenie zaistnienia czynu zabronionego. Z drugiej jednak strony brak nam skutecznych narzędzi do takiego działania.

Czytając wytyczne Prokuratora Generalnego oraz metodykę postępowania wobec mowy nienawiści w Internecie, nie mogę oprzeć się wrażeniu, że skupiając

⁵ A. Karwowska, *Mamy w internecie prawicową i lewicową mowę nienawiści. Prawica szczuje na kobiety, imigrantów, homoseksualistów i cudzoziemców, lewica na katolików. Obie grupy są coraz bardziej radykalne*, Metro, 25 września 2014 r., http://metro.gazeta.pl/Wydarzenia/1,133290,16706346,Mamy_w_internecie_prawicowa_i_lewicowa_mowe_nienawisci_.html [konsultacja 20 października 2014 r.].

się przede wszystkim na tego typu przestępstwach, zapominamy o tym, co najbardziej niebezpieczne – o przemocy z nienawiści, a przynajmniej tracimy bardzo ograniczone przeciw zasoby czasowe, ludzkie, finansowe i techniczne, które powinniśmy przeznaczyć do ścigania tych ostatnich przestępstw. Wiem, że słowa boją, czasem bardziej niż czyny. Jednakże to czyny należą do przestępstw dużo bardziej niebezpiecznych, bo naruszają najważniejsze dobra jak życie i zdrowie ludzkie oraz poczucie bezpieczeństwa. Z drugiej strony, należy mieć świadomość, że nie ma żadnych dowodów wskazujących, by większa ilość mowy nienawiści prowadziła do wzrostu przemocy z nienawiści. Badania wskazują, że rośnie ilość mowy nienawiści w przestrzeni publicznej. Rośnie też akceptacja tej mowy nienawiści w społeczeństwie⁶. Żadne badania nie wskazują jednak, że słowa zamieniają się w czyny. Postawa ma trzy komponenty: poznawczy, emocjonalny i behawioralny⁷. Nie ma żadnego dowodu, że wszystkie osoby, które wpisują w Internecie wypowiedzi pełne nienawiści, przechodzą do etapu zachowania i faktycznie atakują osoby z nienawidzonej przez nich grupy.

Inaczej oczywiście należy ocenić wpływ słów osób mających autorytet społeczny. Tutaj niebezpieczeństwo, że słuchacze jakiejś telewizji, polityka, księdza czy innego autorytetu moralnego faktycznie zareagują na jego wezwania do podjęcia aktywnych działań przeciwko danej osobie czy grupie, jest zupełnie realne. Świadczą o tym choćby różne zdarzenia publiczne (jak demonstracje z okazji 11 listopada czy z powodu Pikniku Golgoty), gdzie tłum zachęcany przez pełnych nienawiści przywódców obecnych osobiście (których słowa czasami wręcz wypełniają znamiona art. 255 k.k.), ale również działających za pośrednictwem radia czy telewizji, faktycznie dopuścił się bardzo agresywnych zachowań⁸. Nie ulega wątpliwości, że w tych ostatnich wypadkach ściganie jest jak najbardziej wskazane. Jednakże nie zmienia to aktualności pytania, czy nadmiernie skupiając się na ściganiu przejawów mowy nienawiści w Internecie w postaci pojedynczych wpisów przez anonimowe osoby, nie tracimy zbyt dużo sił i możliwości technicznych prokuratury i policji na zachowania najmniej społecznie niebezpieczne ze wszystkich przestępstw z nienawiści. Dodatkowo należy wziąć pod uwagę fakt, że ściganie mowy nienawiści, szczególności w Internecie, jest *in gros* po prostu nieskuteczne i to z trzech powodów: prawnych, organizacyjnych i czysto ludzkich.

⁶ M. Bilewicz et al., *Mowa nienawiści. Raport z badań sondażowych*, Warszawa, 2014, s. 4 i n.

⁷ E. Aronson et al., *Psychologia społeczna*, Poznań, 2006, s. 180.

⁸ Por. Bp Mering o sprzeciwie wobec bluźnierstwa: „Nie możemy być tchórzliwi. Musimy mieć na tyle odwagi, by jednoznacznie wyrazić swój sprzeciw”, wPolityce.pl, 21 czerwca 2014 r., <http://wpolityce.pl/kosciol/201692-bp-mering-o-sprzeciwie-wobec-bluznierstwa-nie-mozemy-byc-tchorzliwi-musimy-miec-na-tyle-odwagi-by-jednoznacznie-wyrazic-swoj-sprzeciw> [konsultacja 28 listopada 2014 r.].

1. PRAWNE PROBLEMY ŚCIGANIA MOWY NIENAWIŚCI

a) znamiona czynów zabronionych

Pierwszy podstawowy problem prawny związany ze ściganiem przestępstw z mowy nienawiści w znaczeniu takim, jak ujmują to przypisy art. 119 § 1 k.k., art. 256 k.k. czy art. 257 k.k., dotyczy znamion tych czynów zabronionych. Nie da się ukryć, że brzmienie tych przepisów kodeksu karnego nie jest obecnie w dużym stopniu dostosowane do realiów, szczególnie do rzeczywistości wirtualnej. Wytyczne Prokuratora Generalnego z lutego 2014 r. miały pomóc prokuratorom, także w interpretacji tych przepisów. Niestety tekst ten w zasadzie w ogóle nie ułatwia dokonywania tej interpretacji, a wręcz niektóre jego zapisy są niespójne z orzecznictwem, doktryną lub realnymi możliwościami dowodowymi.

Przykładowo, wytyczne nie definiują pojęcia „nawoływanie do nienawiści” ani „propagowanie” z art. 256 § 1 k.k. Odnoszą się jedynie w kontekście tego znamienia do pojęcia „publiczne”, wskazując, iż wyczerpuje to znamię także „skryte sporządzenie tekstu, znaku lub symbolu o takim charakterze i umieszczanie go w przestrzeni publicznej, w szczególności w Internecie lub w miejscu publicznym”. Problemem pozostaje zdefiniowanie, co oznaczają słowa „o takim charakterze”, a więc „nawołujące do nienawiści” lub „propagujące” ustrój totalitarny. Z pism prokuratur nadzorujących postępowania z nienawiści odnosi się wrażenie, że w uznaniu tych jednostek każde prezentowanie symbolu, który kojarzy się z faszyzmem, antysemityzmem czy rasizmem, wypełnia znamię „nawoływania” czy „propagowania”. Tak jednak nie jest. Dany tekst lub symbol ma być użyty w celu zbudowania przesłania, że jego autor pochwała daną ideologię i zachęca inne osoby do jej akceptacji.

Przykładem błędnej interpretacji znaczenia takiego symbolu może być choćby negatywna ocena dokonana w ramach monitoringu postępowań dotyczących przestępstw z nienawiści wobec jednej ze spraw zarejestrowanych w Prokuraturze Rejonowej Warszawa-Śródmieście, w której wydano postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania w odniesieniu do czynu propagowania faszyzmu. Zawiadomienie dotyczyło transparentu niesionego w czasie demonstracji PIS upamiętniającej wprowadzenie stanu wojennego, na którym na symbolu flagi unijnej (gwiazdy na fioletowym tle) umieszczono symbol hitlerowskiej swastyki i hitlerowskiego orła. Obok znajdował się tekst: „Nie chcemy niemieckiej Unii Europejskiej”⁹. Policjant wydający postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania z braku znamienia propagowania faszyzmu, wskazywał, że umieszczenie symboli hitlerowskich w kontekście takiego tekstu świadczy nie o pochwalaniu hitlery-

⁹ *Flagi UE ze swastyką na marszu PiS? Hartman: „Piramidalność bredni, pogarda dla ofiar Hitlera...”*, Gazeta.pl, bez daty, <http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/51,114871,15142397.html?i=1> [konsultacja 20 października 2014 r.].

zmu, ale wręcz przeciwnie – o krytyce Unii Europejskiej i porównaniu jej obecnych działań do działań hitlerowskich, na co demonstrujący nie wyrażają zgody. Już z samego kontekstu demonstracji oraz z całościowego spojrzenia na transparent oczywiste jest, co słusznie wykazał policjant, że skojarzenie z hitleryzmem, zamierzone przez autorów transparentu oraz demonstrantów, miało wykazać ich sprzeciw do tych ideałów. Tak więc całkowicie niezrozumiała pozostaje ocena prokuratora dokonującego monitoringu, który uznał tę decyzję i jej uzasadnienie za niezasadne, a samo prezentowanie swastyki za wyczerpujące znamiona czynu z art. 256 § 1 k.k.

Kolejnym przykładem niewłaściwego interpretowania znaczenia rysunku ze swastyką jest zawiadomienie, które wpłynęło do jednej z prokuratur pozawarszawskich. Dotyczyło ono graffiti w postaci swastyki wiszącej na szubienicy. Prokurator, otrzymawszy przedmiotowe zawiadomienie, zgodnie z brzmieniem którego symbol ten miał stanowić propagowanie faszyzmu, odmówiła wszczęcia postępowania z braku znamion czynu zabronionego. Niestety, wstyd się przyznać, ale prokuratura nadzorująca stwierdziła, że rozstrzygnięcie to jest błędne i że rysunek ten jak najbardziej propaguje faszyzmu, podczas gdy w rzeczywistości jest to rysunek naniesiony na murze w czasach walki żołnierzy polskiego państwa podziemnego przeciwko okupantowi hitlerowskiemu. Został on namalowany wiosną 1942 roku, przez anonimowego harcerza Organizacji Małego Sobotażu „Wawer” i miał symbolizować opór Polaków przeciwko faszyzmowi i ich chęć wyplenienia hitleryzmu¹⁰.

Jak widać po powyższych przykładach, stwierdzenie, iż każdy symbol lub tekst kojarzący się z hitleryzmem, rasizmem lub innego rodzaju ksenofobią, stanowi nawoływanie do nienawiści lub propagowanie ustroju totalitarnego, pozostaje w sprzeczności z logiką. Co więcej, jest to sprzeczne także orzecznictwem, które wyraźnie wskazuje, że nie każde prezentowanie, nie każde umieszczenie w przestrzeni publicznej takich tekstów lub symboli wyczerpuje znamię nawoływania do nienawiści czy propagowania ustroju totalitarnego. Już w uchwale z 28 marca 2002 r. (sygn. I KZP 5/02) Sąd Najwyższy jednoznacznie stwierdził, że propagowanie, w rozumieniu art. 256 § 1 k.k., oznacza każde zachowanie polegające na publicznym prezentowaniu faszystowskiego lub innego totalitarnego ustroju państwa, w zamiarze przekonania do niego. Samo prezentowanie takich treści więc nie wystarczy, konieczny jest jeszcze zamiar sprawcy, który wierzy w słuszność przesłania, które te treści niosą i chce do niego zachęcić inne osoby. Sąd Najwyższy w pełni zasadnie oparł swoje wnioski przede wszystkim na gramatycznej wykładni słowa „propagować”, które według większości słowników „oznacza

¹⁰ <http://www.polskaniezwykla.pl/web/place/2823,warszawa-rysunek-szubienicy-ze-swastyka.html> [konsultacja 20 października 2014 r.].

przede wszystkim upowszechnianie, szerzenie czegoś, w tym także poglądu, aby do tego kogoś przekonać”. Z drugiej strony Sąd Najwyższy dokonał przeglądu dość jednolitej w tym temacie doktryny, wskazując na podkreślane przez większość autorów aspekty tego pojęcia w postaci popierania danego ustroju, zachęcania do jego wprowadzania, podkreślania zalet i przemilczania wad¹¹. Słusznie przy tym Sąd Najwyższy zaznaczył, że nie stanowi propagowania, w znaczeniu art. 256 § 1 k.k., samo prezentowanie zasad tego ustroju, jeśli ma służyć jedynie manifestacji osobistych poglądów bez przekonania kogokolwiek¹². Istotne w przedmiotowym orzeczeniu jest to, że kanwą do jego wydania stanowiło postępowanie dotyczące wykonywania przez młodych ludzi w dyskotecce udekorowanej flagami hitlerowskimi gestu pozdrowienia hitlerowskiego. Sąd Najwyższy oczywiście wprost nie dokonał interpretacji tego zdarzenia pod kątem występowania znamion z art. 256 § 1 k.k., gdyż to należy do sądu meritum, jednakże stwierdził, że wystawienie na widok publiczny symboli państwa totalitarnego czy też wykonywanie określonych gestów identyfikowanych z ustrojem totalitarnym może zostać uznane za propagowanie tego ustroju jedynie, o ile zachowania te zostały publicznie podjęte z zamiarem bezpośrednim przekonywania do tego ustroju.

Poprawność takiego rozumowania potwierdził Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z 19 lipca 2011 r. (Dz. U. 2011 nr 160 poz. 964). Trybunał Konstytucyjny stwierdził bowiem, że nie jest konstytucyjny § 2 art. 256 k.k. w zakresie, w jakim penalizuje produkowanie, utrwalanie, sprowadzanie, nabywanie, przechowywanie, posiadanie, prezentowanie, przewożenie lub przesyłanie druków, nagrań lub przedmiotów będących nośnikiem symboliki faszystowskiej, komunistycznej lub innej totalitarnej w celu ich rozpowszechniania. Jednocześnie Trybunał Konstytucyjny uznał za zgodne z Konstytucją RP penalizowanie identycznych zachowań w odniesieniu do treści propagujących ustrój totalitarny lub nawołujących do nienawiści na tle różnic narodowościowych, etnicznych, rasowych, wyznaniowych albo ze względu na bezwyznaniowość. Tym samym Trybunał Konstytucyjny rozstrzygnął, iż samo negatywne przesłanie symboli totalitarnych bez zamiaru posługiwania się nimi w celu propagowania danego ustroju nie usprawiedliwia sankcji karnej, gdyż nie jest proporcjonalną ingerencją w wolność słowa. Paradoksalnie Trybunał Konstytucyjny zaobserwował ryzyko, że zbyt pochopne wszczęcie postępowania karnego w tego typu sprawie mogłoby mieć „poza niepotrzebną ingerencją w prawa jednostki, efekt mrozący dla debaty publicznej oraz – co niewykluczone – mogłoby wzmacniać skrajne ugrupowania polityczne poszukujące w represji ze strony państwa energii do poszukiwania kolejnych zwolenn-

¹¹ A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, Kraków, 1999, s. 915.

¹² M. Flemming, W. Kutzmann, *Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu*, Warszawa, 1999, s. 66.

ników”. Ponadto, według Trybunału Konstytucyjnego, art. 256 § 2 k.k., w zakresie w jakim wprowadza „kryminalizację produkowania, utrwalania, sprowadzania, nabywania, przechowywania, posiadania, prezentowania, przewożenia lub przesyłania – w celu rozpowszechniania – druku, nagrania lub innego przedmiotu będących nośnikami symboliki totalitarnej, nie spełnia kryteriów określoności, wymaganych dla przepisów karnych – jest skonstruowany w sposób nieprecyzyjny, niejasny i niepoprawny”, co przekłada się „na niepewność sytuacji prawnej osób, które – z różnych przyczyn – pragną posłużyć się symbolami, które mogą zostać uznane za totalitarne”.

W uzasadnieniu swojej decyzji Trybunał Konstytucyjny powołał się na wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 8 lipca 2008 r. w sprawie *Vajnai v. Węgry* (skarga nr 33629/06). W orzeczeniu tym Trybunał w Strasburgu przyjął, że skazanie wyrokiem karnym polityka za występowanie w trakcie legalnego i pokojowego zgromadzenia z czerwoną pięcioramienną gwiazdą¹³ stanowiło naruszenie art. 10 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, a więc wolności słowa. Według Europejskiego Trybunału Praw Człowieka brak dowodów, że prezentowanie czerwonej gwiazdy jest równoznaczne z głoszeniem idei totalitarnych czy że jest obraźliwe lub szokujące, tym samym penalizowanie prezentacji tego symbolu jest zbyt szerokie i nieuzasadnione w demokratycznym państwie prawa. Ponadto, Europejski Trybunał Praw Człowieka podkreślił, iż podstawą ograniczenia przez prawo karne wolności słowa nie może być wyłącznie abstrakcyjna obawa przed propagowaniem za pomocą danego symbolu ustroju totalitarnego, tym bardziej że przepis węgierskiego kodeksu karnego penalizującego prezentowanie czerwonej gwiazdy nie zawierał znamienia propagowania za pomocą tego symbolu reżimu totalitarnego. Tak więc Europejski Trybunał Praw Człowieka stanął na stanowisku, podobnie jak polskie Sąd Najwyższy i Trybunał Konstytucyjny, że elementem niezbędnym do usprawiedliwienia wprowadzenia zakazu jest zamiar sprawcy nakierowany na propagowanie ustroju zasługującego na potępienie, a nie sam fakt prezentowania symboli tego ustroju bez woli zachęcenia do niego odbiorców.

Zamiar sprawcy jest istotny także przy wykładni drugiego znamienia czasownikowego czynu określonego w art. 256 § 1 k.k., tj. „nawoływania do nienawiści”. Zwrot ten zdefiniował Sąd Najwyższy w postanowieniu z 5 lutego 2007 r. (sygn. IV KK 406/06), wskazując, iż sprowadza się ono do tego typu wypowiedzi, które wzbudzają uczucia silnej niechęci, złości, braku akceptacji, wręcz wrogości

¹³ Art. 265/B węgierskiego kodeksu karnego zakazuje dystrybucji, użycia wobec zgromadzenia publicznego oraz publicznego eksponowania swastyki, znaku SS, strzałokrzyża (symbolu węgierskiego ruchu faszystowskiego), symbolu sierpa i młota, czerwonej gwiazdy pięcioramiennej lub symboli przedstawiających którekolwiek z wymienionych.

do poszczególnych osób lub całych grup społecznych czy wyznaniowych bądź też z uwagi na formę wypowiedzi podtrzymują i nasilają takie negatywne nastawienia i podkreślają tym samym uprzywilejowanie, wyższość określonego narodu, grupy etnicznej, rasy lub wyznania. Także w odniesieniu do tego znamienia Sąd Najwyższy zasadnie potwierdził, że przedmiotowe przestępstwo ma charakter umyślny i może zostać popełnione tylko w zamiarze bezpośrednim, o szczególnym zabarwieniu, a więc w konkretnej intencji (*dolus directus coloratus*). Samo więc głoszenie pełnych nienawiści treści, bez zamiaru przekonania do nich odbiorców nie wypełnia znamion art. 256 § 1 k.k. Stan faktyczny w przedmiotowej sprawie także jest istotny z punktu widzenia poprawności oceny powyżej podanych przykładów, chodziło bowiem o niesiony w czasie demonstracji transparent z hasłem „Wyzwolimy Polskę od euro-zdrajców, Żydów, masonów i rządowej mafii”. Sądy wszystkich instancji uznały, że stanowił on jedynie demonstrację poglądów oskarżonego. Wskazywały przy tym na formę koniugacyjną czasownika „wyzwolić”, która nie była wołaczem – „wyzwólmy”, co świadczy o braku zamiaru oskarżonego namówienia czy choćby zachęcenia kogokolwiek do przyjęcia tego poglądu. Prokurator skarżąc wyrok uniewinniający usiłował przekonać, że zamiar oskarżonego należy ocenić na podstawie obiektywnych okoliczności sprawy, w tym na podstawie negatywnych skojarzeń antysemickich. Ani sąd II instancji, ani Sąd Najwyższy tej argumentacji nie podzieliły. Wskazały co prawda, że poglądy oskarżonego są z naganne punktu widzenia zasad współżycia społecznego oraz sposobu korzystania z praw i wolności, a forma ich prezentowania obraźliwa, nie oznacza to jednak, że każde powszechnie nieakceptowane wyrażanie swoich poglądów, odczuć czy stosunku do innych należy penalizować.

Do definicji tego znamienia odniósł się Sąd Najwyższy także w postanowieniu z 1 września 2011 r. (sygn. akt V KK 98/11). Wskazał w nim, że „nawoływanie do nienawiści” wymaga występowania po stronie sprawcy chęci wzbudzenia u osób trzecich wrogości do określonej narodowości, grupy etnicznej czy rasy. Nie wystarczy wola wywoływania uczuć dezaprobaty, antypatii, uprzedzenia, niechęci. Sprawcy musi chodzić o wywołanie u odbiorców najsilniejszej negatywnej emocji. Ponownie Sąd Najwyższy podkreślił, że publiczne ujawnienie własnego poglądu, nawet nieakceptowanego w odczuciu społecznym, nie jest wystarczające do wypełnienia tego znamienia.

Analogiczne znaczenie zwrotu „nawoływanie do nienawiści” przyjął Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z 25 lutego 2014 r. (sygn. SK65/12), wskazując na przeważające w doktrynie znaczenie tego zwrotu jako namawianie, zachęcanie, skłanianie, podburzanie, nakłanianie, podżeganie do silnej niechęci, wrogości

prowadzącej do konfliktów między grupami ludności¹⁴. Dla realizacji znamienia „nawoływanie do nienawiści” sprawca zmierza do pojawienia się u innych osób uczucia wrogości wobec określonych w przepisie osób¹⁵. Głoszenie pełnych nienawiści hasel bez takiego celu nie wystarcza do uznania, że zaszło przedmiotowe przestępstwo.

Trybunał Konstytucyjny przytoczył uzasadnienie wyroku z 19 kwietnia 2010 r. (sygn. akt II K 245/09) wydanego przez Sąd Rejonowy w Świdnicy, zgodnie z którym dla zaistnienia znamienia „nawoływanie do nienawiści” niezbędne jest by „celem sprawcy było oddziaływanie na psychikę osób trzecich, a nie wyrażanie choćby najbardziej bulwersującego poglądu na jakiś temat. Analizując wypowiedzi oskarżonego na forach dyskusyjnych nie sposób dopatrzeć się w używanych przez niego sformułowaniach czasownikowych intencji nawoływania, nakłaniania do nienawiści na tle różnic wyznaniowych. Wypowiedzi typu «aby walczyć z Żydami trzeba ich podpatrywać i walczyć ich własną bronią», «Polsce potrzebny jest Lepper, żeby zrobić porządek z Żydami, podobnie jak w Rosji uczynił to Putin», «mówimy Żydom precz» nie można w ocenie Sądu utożsamiać z nawoływaniem czy też nakłanianiem do nienawiści na tle różnic wyznaniowych. (...) Wszystkie powyższe wypowiedzi mogą być wprawdzie w odczuciu społecznym wysoce nieakceptowalne, jednakże formułowane one były w określonych kontekstach, w ramach których prowadzone były dyskusje na forach internetowych, o których to dyskusjach przecież wiadomo, że ich uczestnicy reprezentują różny poziom, na porządku dziennym zdarzają się forumowicze wypowiadający się w sposób obraźliwy wobec innych uczestników dyskusji, używający niecenzuralnego słownictwa, wulgaryzmów, wprost wyzywający innych uczestników dyskusji. Oskarżony w ocenie Sądu manifestował jedynie podczas przedmiotowych dyskusji swój osobisty pogląd, co mógł czynić w ramach wolności słowa, wypowiedzi jego – których to poglądów Sąd orzekający w niniejszej nie akceptuje – nie stanowiły zdaniem Sądu nawoływania do nienawiści na tle wyznaniowym. Przestępstwo z art. 256 [k.k.] ma przecież charakter umyślny i może zostać popełnione tylko w zamiarze bezpośrednim, o szczególnym zabarwieniu, a więc w konkretnej intencji, nie sposób w ocenie Sądu doszukać się takowej intencji oskarżonego w formułowanych przez niego wypowiedziach umieszczanych w postach na forach internetowych”.

Rozpatrujący apelację prokuratorską od powyższego wyroku Sąd Okręgowy w Świdnicy w wyroku z 8 września 2010 r. (sygn. akt IV Ka 505/10), wy-

¹⁴ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa, 2010, s. 553; M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa, 2013, s. 594; E. Pływaczewski, A. Sakowicz, *Komentarz do artykułów 222-316*, w: A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, Tom II, Warszawa, 2010, s. 489.

¹⁵ Z. Cwiakalski, *Komentarz do art. 117-277 k.k.*, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz Lex*, Tom II, Warszawa, 2013, s. 1382-1383.

tknął prokuratorowi błąd w rozumieniu sensu zwrotu „wypowiedź antysemityczna”, który autor aktu oskarżenia i apelacji każdorazowo utożsamiał ze zniewagą i nawoływaniem do nienawiści. Sąd nie przyjął takiej generalnej wykładni, wskazując wprost, że nie każda wypowiedź o charakterze antysemitycznym (a więc w mniejszym lub większym stopniu nacechowana niechęcią do Żydów, narodu żydowskiego lub wyznawców judaizmu) wyczerpuje znamiona zniewagi lub nawoływania do nienawiści, ale konieczne jest wskazanie zamiaru sprawcy oraz jej ocena z punktu widzenia wolności słowa.

Trybunał Konstytucyjny podzielił powyższą argumentację. Podkreślił, że wolność słowa – choć nie jest absolutna – chroni także wypowiedzi wyrażające dezaprobatę, niechęć, uprzedzenia czy antypatie, a jej ograniczenia muszą być zgodne z wymogami art. 10 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹⁶. Przepięstwo sankcjonowane w art. 256 § 1 k.k. wymogi te spełnia, ale ponieważ posługuje się pojęciami nieostryimi, choć spójnie wykładanymi w doktrynie i orzecznictwie, musi być ściśle interpretowane.

Powyższe orzeczenia wskazują wprost, że nie da się prawidłowo zinterpretować, czy zaistniało znamię czasownikowe art. 256 § 1 k.k., jeśli nie oceni się zamiaru sprawcy. Tutaj dochodzimy do kolejnego punktu, w którym wytyczne Prokuratora Generalnego nie ułatwiają pracy prokuratorom prowadzącym tego typu postępowania, a wręcz prowadzą ich na manowce.

Wskazując na konieczność dokonania precyzyjnych i miarodajnych ustaleń odnoszących się do zamiaru sprawcy, Prokurator Generalny zastrzegł, że do jego ustalenia nie można wykorzystywać wyłącznie wyjaśnień podejrzanego. W ocenie Prokuratora Generalnego przy ustalaniu zamiaru należy uwzględnić stronę przedmiotową czynu, a zwłaszcza sposób działania sprawcy. Takie spojrzenie jest jednak błędne, gdyż miesza ze sobą różne strony czynu zabronionego. Jak wynika wyraźnie z cytowanych powyżej orzeczeń, niedopuszczalne jest stwierdzenie, że sprawca miał zamiar nawoływania do nienawiści, propagowania ustroju totalitarnego czy nawet znieważania, tylko i wyłącznie w oparciu o obiektywny fakt umieszczenia w przestrzeni publicznej danego symbolu czy tekstu, ani tym bardziej o ocenę tego zachowania dokonaną przez osoby trzecie. Sposób interpretowania zachowania i słów danej osoby przez innych jest bowiem z reguły spaczony przez ich własne poglądy i wartości oraz sposób patrzenia na świat, które wcale nie muszą być spójne z poglądami, wartościami i zamiarem sprawcy. Paradoksalnie, nawet zdarzenia, których interpretacja przyczynowa wydaje nam się oczywista, wcale nie muszą takie być.

¹⁶ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 7 grudnia 1976 r. w sprawie *Handyside v. Wielka Brytania* (skarga nr 5493/72).

Przykładem może być choćby historia podpalenia tęczy na Placu Zbawiciela w Warszawie. W powszechnie panującym w mediach przesłaniu, tęcza jest symbolem mniejszości seksualnych i każde jej zniszczenie jest przejawem nietolerancji wobec tych mniejszości¹⁷. Nota bene, po podpaleniu tęczy 11 listopada 2013 r. do Prokuratury Rejonowej Warszawa-Śródmieście wpłynęło zawiadomienie, że czyn ten naruszył uczucia religijne zawiadamiającego, który był praktykującym katolikiem, gdyż w jego oczach tęcza stanowiła symbol przymierza Boga z Noem. Z kolei ostatnie trzy podpalenia tęczy nie miały w ogóle żadnego przesłania ideologicznego i zostały dokonane po spożyciu alkoholu, mam wrażenie, że z nudów, albo jako przejaw źle pojętej odwagi: „jak wszyscy podpalają tęczę, to ja nie podpalę?!”. Jeden ze sprawców podpalenia był tak pijany, że w ogóle nie pamiętał swojego czynu, a po wytrzeźwieniu zarzekał się, iż nie ma nic przeciwko gejom, bo pracował w klubie gejowskim jako barman i ma pozytywne doświadczenia z kontaktów z przedstawicielami tej mniejszości. Ostatniego podpalenia dopuścili się z kolei dwaj dyrektorzy bardzo znanej firmy, którzy – oczywiście pod wpływem dużej ilości alkoholu – założyli się o to, czy jeden z nich podpali tęczę. Zakład został przez jednego z nich wygrany, ale jak tylko tęcza zaczęła płonąć, to sprawcy tak się przerazili tego faktu, że sami zaczęli ją gasić.

Jakby w obu tych przypadkach zastosować wskazania wytycznych i starać się odczytać zamiar sprawców na podstawie obiektywnych przesłanek, to należałoby dojść do wniosku, że za każdym razem mamy do czynienia z przestępstwem z nienawiści, a zniszczenie tęczy ma pobudki homofoniczne, co byłoby jak najbardziej błędne. Wydaje mi się, że w chwili obecnej tęcza zdaje się służyć każdemu za symbol dowolnie wybranej idei, od ruchu LGBTQ poprzez ogólnie pojętą tolerancję, poprzez komunizm, przedsiębiorczość, wspólnotę, po chrześcijaństwo, a głównym zagadnieniem medialnym stało się nie dłaczego, ale kiedy tęcza spłonie i jaką za to można zdobyć nagrodę¹⁸. Nota bene, Prokuratura Rejonowa Warszawa-Śródmieście prowadziła również postępowanie w sprawie słynnego oferowania whisky za podpalenie tęczy. Postępowanie umorzono z powodu braku znamion czynu zabronionego, a dokładnie zamiaru po stronie sprawczyni, która wytłumaczyła, że jej wpis był z jednej strony prezentacją jej poglądów na temat

¹⁷ J. Noch, *Spalili tęczę na Placu Zbawiciela, bo myśleli, że postawili ją geje? „Zniszczyłeś, nieuku, znak Przymierza”*, na: temat, bez daty, <http://natemat.pl/35263,spalili-tecze-na-placu-zbawiciela-bo-mysleli-ze-postawili-ja-geje-zniszczyles-nieuku-znak-przymierza> [konsultacja 21 października 2014 r.]; M. Pieńkowski, *Chcą bronić tęczy własnym ciałem. „11 listopada stanimy murem”*, rp.pl, 7 października 2014 r., <http://www.rp.pl/artykul/1147164.html> [konsultacja 21 października 2014 r.].

¹⁸ *Kato-faszyzm oferuje butelkę wódki za podpalenie*, Gazeta.pl, 8 sierpnia 2014 r., http://forum.gazeta.pl/forum/w,95165,152582995,152629657,Kato_faszyzm_oferuje_butelke_wodki_za_podpalenie.html; *Kiedy spłonie tęcza na Pl. Zbawiciela?*, wawalove.pl, 28 kwietnia 2014 r., <http://wawalove.pl/Kiedy-splonie-Tecz-na-pl-Zbawiciela-a13991> [konsultacja 21 października 2014 r.].

tęczy, z drugiej żartem słownym, ale z pewnością nie miała zamiaru nikogo namawiać do popełnienia przestępstwa.

Wbrew twierdzeniom Prokuratora Generalnego nie potrafię znaleźć innych środków dowodowych, na podstawie których można by ustalić zamiar sprawcy, niż wyjaśnienia samego podejrzanego. Żadne okoliczności zewnętrzne, sposób działania, treść wypowiedzi czy przesłanie symbolu nie są w stanie zapewnić prawidłowego odczytania celu, w jakim działał sprawca, a w prawie karnym nie możemy sobie pozwolić ani na błąd w tym zakresie, ani tym bardziej na interpretację rozszerzającą. Świadczyć może choćby inny przykład – naniesienia na mur graffiti w postaci swastyki. Zatrzymany na gorącym uczynku obywatel jednego z sąsiadujących z Polską krajów wschodnich twierdził, że narysowany przez niego symbol wcale nie jest swastyką ani hinduskim symbolem szczęścia, ale znakiem jednej z galaktyk, gdzie rozwinęła się inna cywilizacja. Wyjaśnił, że znak ten znalazł w Internecie i przerysował na mur, bo wierzy w tę cywilizację i chce tę znajomość rozpropagować wśród Ziemiaków. Nota bene, tłumaczył policjantom, czym jego symbol różni się od swastyki hitlerowskiej, wskazując elementy, które Hitler wypaczył przystosowując do swoich potrzeb symbol hinduski. Można czuć się nieprzekonanym takim tłumaczeniem, jednak to nie wystarcza do uznania, że człowiek ten propagował faszyzm.

W słynnym postanowieniu o umorzeniu wydanym w apelacji białostockiej prokurator wskazał, że swastyka jest m.in. hinduskim symbolem szczęścia. Merytorycznie prokurator ten miał rację – takie jest pochodzenie tego symbolu. Nie wiem, jaki miał zamiar sprawca czynu, którego dotyczyło umorzenie wydane w Białymstoku, ale z pewnością prokurator miał prawo – a nawet obowiązek – zastanowić się na różnymi potencjalnymi motywami tego sprawcy, stąd w kilkustronicowym uzasadnieniu znalazło się jedno zdanie dotyczące takiego znaczenia tego symbolu. Zdanie, które w przekazie medialnym zostało wyrwane z kontekstu, celem udowodnienia błędnej tezy, że prokurator nie rozumie takiej oczywistości, jak fakt, że każda swastyka jest symbolem hitleryzmu. Teza ta jednak jest błędna. W Internecie można znaleźć bardzo dużo symboli wizualnie przypominających swastykę¹⁹, mających jednak zupełnie inne znaczenie. Zakładanie z góry, że każda swastyka jest swastyką hitlerowską i stanowi propagowanie faszyzmu, jest po prostu niedopuszczalną w prawie karnym nadinterpretacją, o czym Prokurator Generalny zdaje się zapominać.

Analogicznie negatywnie ocenić należy wskazania prokuratury nadrzędnej odnośnie do prowadzonego w Prokuraturze Rejonowej Warszawa-Śródmieście

¹⁹ Patrz zdjęcia w komentarzach na: <http://www.wykop.pl/link/2181448/prokurator-ktory-odmowil-sledztwa-ws-swastyki-uniewinniony/> [konsultacja 28 listopada 2014 r.].

postępowania dotyczącego piosenki zespołu Figot Fagot „Małgoś”. Członkowie zespołu zeznali, że piosenka ma charakter satyryczny i że ich zamiarem nie było nawoływanie do nienawiści wobec Romów, ale uświadomienie słuchaczom ich własnych uprzedzeń. Pomimo to prokuratura nadrzędna negatywnie oceniła umowienie, wskazując, iż zamiar sprawców należy oceniać po sposobie odczytu przedmiotowej piosenki przez słuchaczy, a w tym celu należy zapoznać się z wszystkimi (kilkuset!) wpisami pod piosenką na stronach internetowych. Wnioskowanie to z założenia jest oczywiście błędne. Nawet jeśli bowiem słuchacze odczytali tekst dosłownie, a co więcej umieścili pod jej wykonaniem posty świadczące o nienawiści wobec Romów, nie może to świadczyć o zamiarze autorów i wykonawców piosenki. Przestępstwo z art. 256 § 1 k.k. nie sankcjonuje bowiem faktu wywołania nienawiści (jest on z punktu widzenia znamion irrelevantny, gdyż jest to przestępstwo bezskutkowe), ale nawoływanie do tej nienawiści, a więc podjęcie działania z zamiarem jej wywołania. Z podstawowych zasad logiki zdaniowej wiadomo, że z faktu wywołania nienawiści danym tekstem nie można wnioskować, iż osoba ten tekst wypowiadająca miała zamiar taki skutek osiągnąć.

Wytyczne zawierają jeszcze jeden istotny fragment poświęcony znamionom przestępstwa z nienawiści, z którym trudno się zgodzić. Prokurator Generalny stwierdził bowiem, że dla bytu przestępstwa z art. 257 k.k. nie ma znaczenia okoliczność, czy sprawca rzeczywiście uznaje podmiot znieważany za należący do danej grupy narodowościowej, etnicznej rasowej czy wyznaniowej, „jeśli znieważa go z uwagi na jego rzekomą przynależność do niej”.

Na wstępie wskazać należy, że przedmiotowe zdanie zawiera w sobie sprzeczność logiczną – jeśli bowiem sprawca uznaje, że dany podmiot nie należy do pewnej grupy, nie może go obrażać ze względu na przynależność do niej. Sprawca może się mylić: obrażać pokrzywdzonego, bo uważa, iż przynależy do danej grupy – wtedy będziemy mówić o zniewadze ze względu na przynależność rzekomą (co można rozważać w kontekście ewentualnej odpowiedzialności za usiłowanie nieudolne czynu z art. 257 k.k.). Sprawca może też wiedzieć, że pokrzywdzony do danej grupy nie należy, ale chcąc go obrazić będzie używał wulgarnych określeń odnoszących się do grupy, której nienawidzi lub którą pogardza, ale wtedy uczyni to nie ze względu na przynależność tej osoby do danej mniejszości, ale dlatego, że w jego uznaniu takie słowa będą szczególnie obraźliwe. Przykładem z mojego osobistego doświadczenia mogą być choćby słowa, które wywołały łzy u mojej 5-letniej córki, gdy chłopiec na podwórku nazwał ją ciotą. Z pewnością zrobił to w celu obrażenia jej, ale nie można się zgodzić, iż jego działanie było motywowane homofobią, a moja córka poczuła się obrażona ze względu na przynależność do męskiej mniejszości seksualnej. Dla niej, ale i dla owego chłopca, było to po prostu brzydkie obraźliwe słowo. Nie można żadną miarą

uznać, że obrzucenie osoby heteroseksualnej wyzwiskami o konotacji homoseksualnej stanowi zniewagę z powodu jej, choćby rzekomej, przynależności do tej mniejszości seksualnej. Analogicznie nie można przyjąć, że wyzwiska stosowane na określenie Żydów obrażają jakiegokolwiek katolika z powodu jego wyznania, czy wyzwiska używane na określenie osoby czarnoskórej mają podtekst rasowy, jeśli zostały wygłoszone do osoby rasy białej. Karygodność tego typu zachowań polega na stosowaniu wulgaryzmów wobec drugiej osoby, a nie na braku tolerancji i dyskryminowaniu grup mniejszościowych, co zasadniczo zmienia dobro chronione, a tym samym skutkować powinno odmienną kwalifikacją czynu (czyli art. 216 § 1 k.k.).

Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie wyraźnie wskazuje się, że dla wypełnienia znamion czynu z art. 257 k.k., zarówno w postaci znieważenia, jak i naruszenia nietykalności cielesnej, zamiar sprawcy musi być ściśle związany z powodem, którym jest przynależność narodowa, etniczna, rasowa, wyznaniowa lub bezwyznaniowość ofiary²⁰. Brak takiej przynależności uniemożliwia więc przedstawienie zarzutu z tego przepisu, choć zachowanie sprawcy może wypełniać znamiona zniewagi z art. 216 § 1 k.k. lub naruszenia nietykalności z art. 217 § 1 k.k. Ustawa wyraźnie ogranicza przedmiot czynności wykonawczej do grupy ludności lub osoby przynależnej do tej narodowości, grupy etnicznej, rasy lub wyznania albo grupy bezwyznaniowej, którą sprawca chce obrazić²¹. Analogicznie interpretować należy art. 119 § 1 k.k.²² – brak przynależności pokrzywdzonego do danej grupy mniejszościowej skutkować musi odstępniem od kwalifikowania zachowania sprawcy z tego przepisu, a przyjęciem kwalifikacji albo z art. 190 § 1 k.k. w przypadku gróźb, albo odpowiedniego przestępstwa naruszenia nietykalności czy uszkodzenia ciała w przypadku przemocy.

W świetle powyższych rozważań niezrozumiała staje się dyskusja wokół postępowania w sprawie, tzw. antysemitkich ataków na Radosława Sikorskiego, który wedle powszechnie dostępnej wiedzy ani nie jest narodowości żydowskiej, ani nie wyznaje religii możeszowej. Niezależnie od nagannej oceny sformułowań, które stanowiły przedmiot tego postępowania i z których przynajmniej część stanowi dość oczywisty przejaw nawoływania do nienawiści²³, oraz pozostawiając na ubo-

²⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 7 marca 2013 r. (sygn. II AKa 398/12); K. Karsznicki, *Przestępstwa popełniane z pobudek rasistowskich lub ksenofobicznych*, Prokuratura i Prawo, 2012, nr 2, s. 25.

²¹ R. Stefański, *Przestępstwo publicznego znieważania grupy ludności lub osoby z powodu dyskryminacyjnego (art. 257 k.k.)*, Prokuratura i Prawo, 2006, nr 6, s. 24-37.

²² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 27 listopada 2003 r. (sygn. II AKa 338/01).

²³ W. Czuchnowski, *Antysemitckie ataki na Sikorskiego umorzone*, Wyborcza.pl, 6 sierpnia 2014 r., http://wyborcza.pl/1,75478,16433740,Antysemitckie_ataki_na_Sikorskiego_umorzone.html [konsultacja 20 października 2014 r.].

czu kwestie dowodowe dotyczące ustalania tożsamości sprawców poszczególnych wpisów oraz ich zamiaru²⁴, za poprawne należy uznać zakwalifikowanie tekstów obrażających byłego Ministra Spraw Zagranicznych jako przestępstwa prywatnoskargowego – zwykłej zniewagi²⁵. Z pewnością bowiem wygłaszane na jego temat przez internautów sądy nie wynikły z jego przynależności narodowościowej ani wyznaniowej, gdyż takiej przynależności po prostu nie ma, i nie zmienia tego narodowość i wyznanie jego żony. Nazwanie go słowem „goj”, w znaczeniu nie-Żyd, takiej konotacji narodowościowej lub wyznaniowej też nie ma, gdyż słowem tym określa się wszystkie osoby niemające pochodzenia żydowskiego, niezależnie od faktu, jakiej są narodowości czy jaką religię wyznają. Jeśli więc stwierdzenie wytycznych Prokuratora Generalnego o konieczności uznania za mowę nienawiści tekstów wygłaszanych wobec danej osoby ze względu na jej „rzekomą przynależność” do danej grupy miało uzasadnić takie spojrzenie na postępowanie w niniejszej sprawie, to uznać je należy za chybione, a wręcz za po prostu błędne w świetle jednoznacznego brzmienia art. 257 k.k. i art. 119 § 1 k.k.

b) równość wobec prawa

Kolejnym problemem prawnym, na jaki warto zwrócić uwagę, jest występujący ustawowo brak równości wobec prawa w odniesieniu do osób należących do różnych grup mniejszościowych, narażonych na dyskryminację. Prokurator działa zgodnie z zasadą legalizmu, co oznacza bezwzględne podporządkowanie obowiązującym przepisom oraz ściganie w każdym wypadku, gdy zachodzi podejrzenie ścigania przestępstwa publicznoskargowego. Zasada legalizmu przestaje obowiązywać w odniesieniu do przestępstw prywatnoskargowych, które prokurator może ścigać, jeśli stwierdzi istnienie ku temu interesu społecznego (musi – wyłącznie, jeśli czyn ma charakter chuligański). Z zasady jednak czyny te ścigane są z oskarżenia prywatnego, czyli jeśli pokrzywdzony chce i ma na to środki finansowe, to składa samodzielnie akt oskarżenia do sądu.

W odniesieniu do przestępstw z nienawiści, czynami ściganymi z oskarżenia publicznego są, jak już wcześniej wspomniano, czyny motywowane nienawiścią jedynie z powodów przynależności narodowej, etnicznej, rasowej lub wyznaniowej czy bezwyznaniowości (w przypadku art. 119 § 1 k.k. także przynależności

²⁴ Kwestie te nakazał zweryfikować sąd uchylając postanowienie o umorzeniu, *Sąd przyznał rację Sikorskiemu. Prokuratura ma się znowu zająć mową nienawiści w Internecie*, TVN24.pl, 10 września 2014 r., <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/sad-przyznał-racje-sikorskiemu-prokuratura-ma-sie-znowu-zajac-mowa-nienawisci-w-internecie,466795.html> [konsultacja 20 października 2014 r.].

²⁵ Czym innym w tym momencie jest zagadnienie, czy istnieje interes społeczny, by konkretnie te czyny objąć ściganiem z urzędu.

politycznej). Przepęstwa z nienawięci stanowiące przejaw dyskryminacji osoby ze względu na jej przynależność do innej grupy (m.in. przepęstwa homofobiczne, transfobiczne, popełnione wobec osób starszych, z niepełnosprawnością itp.) mogą być ścigane wyłącznie z przepisów prywatnoskargowych. Już sam fakt, że prywatne akty oskarżenia są odpłatne, wskazuje na nieuzasadnioną niczym różnicę pomiędzy pokrzywdzonym, który został obrażony ze względu na wyznawaną religię, a pokrzywdzonym, który został obrażony ze względu na orientację seksualną czy tożsamość płciową. Warto przy tym mieć świadomość, że nie chodzi tu tylko o tak medialne tematy, jak homofobia czy transfobia. Nienawięci ludzi i ich wulgarnie wyrażana pogarda do inności dotyka wszelkiej odmienności, czego przykładem jest chociażby zawiadomienie, które wpłynęło do Prokuratury Rejonowej Warszawa-Śródmieście, dotyczące strony internetowej z bardzo wulgarnymi wypowiedziami na temat wegan z powodu ich sposobu odżywiania się i spojrzenia na świat. Osobięcie nie rozumiem, dlaczego ta grupa społeczna ma bronić swoich praw do szacunku i godnego traktowania jedynie drogą oskarżenia prywatnego.

Oczywiście można podnosić, iż w każdym przypadku przepęstw z nienawięci prokurator powinien objąć dany czyn ściganiem, bo dobrem naruszonym jest nie tylko dobro konkretnego pokrzywdzonego, ale dobro całej grupy społecznej, do której przynależy, co uzasadnia istnienie interesu społecznego do działań publicznoskargowych. Takie uzasadnienie ma sens z punktu widzenia polityki kryminalnej, bo w ten sposób wyrażalibyśmy potępienie organów państwa w stosunku do każdego przepęstwa z nienawięci, w tym do każdej mowy nienawięci, bez wyróżniania poszczególnych grup. Jednakże wprowadzenie takiej reguły byłoby z jednej strony sprzeczne z zasadami kodeksu karnego, w którym racjonalny przecieć ustawodawca w sposób zamierzony zróżnicował sposoby ścigania ze względu na motywację sprawcy. Z drugiej zaś, wprost wskazalibyśmy, że owe racjonalne działania ustawodawcy wcale racjonalne, a na pewno już sprawiedliwe, nie było.

Przyznajmy się jednak szczerze – wprowadzenie do praktyki powszechne go obejmowania ściganiem przepęstw z nienawięci nieobjętych znamionami art. 119 § 1 k.k., art. 256 k.k. i art. 257 k.k. jest niewykonalne. Po pierwsze, prokurator i tak ma za dużo spraw do prowadzenia i jeśli tylko może pewnej kategorii czynów nie ścigać, to będzie to robił i wcale nie będzie to dowód jego lenistwa, ale racjonalnego wykorzystania zasobów prokuratury i policji w sytuacji nadmiaru pracy. Po drugie, i tu też należy się pokornie przyznać, są pewne grupy społeczne, do publicznoskargowej obrony których większość prokuratorów nie ma przekonania, co może wynikać zarówno z ich postaw osobistych, jak i z roszczeniowości danej grupy wobec organów ścigania. Przykładem tego ostatniego mogą służyć liczne zawiadomienia składane do Prokuratury Rejonowej Warszawa-Śródmieście przez Kampanię Przeciwko Homofobii, żądającej notorycznie ścigania za każdego

maila, który wpłynie na pocztę członków organizacji ze słowami, uznawanymi przez nich za groźby, zniewagi lub zniesławienia. Wśród prokuratorów wyczuwa się już zmęczenie tymi zawiadomieniami i tworzenie się nastawienia, że osoby reprezentujące KPH są przewrażliwione i każde słowo odczytują jako obrażające ich z powodu orientacji seksualnej. Nie jest moim zamiarem w tym momencie usprawiedliwianie prokuratorów, a jedynie wskazanie na istnienie takiego zjawiska psychologicznego, które nawet podświadomie miewa wpływ na wykładnię znamion czynu (czy dane słowa były faktycznie groźbą lub zniewagą), jak i na ocenę istnienia interesu społecznego przy przestępstwach prywatnoskargowych.

Przed wszystkim jednak, jeśli faktycznie uważamy – a takie jest moje osobiste stanowisko – że wszystkie grupy społeczne powinny mieć jednakową ochronę przed przestępstwami z nienawiści, to nie można wszystkiego zrzucić na prokuratorów i żądać od nich naprawiania prawa. Zmiana powinna być wprowadzona na poziomie ustawowym, gdyż tylko taka zmiana będzie gwarancją równości wszystkich pokrzywdzonych wobec prawa. Konieczność wprowadzenia takiej zmiany narzuca się wręcz automatycznie mając na względzie treść Konstytucji RP, która w art. 32 ustanawia zasadę równego traktowania i zakazuje dyskryminacji ze względu na jakąkolwiek cechę danej osoby. Oczywiście mam świadomość, że taki przepis jest trudny do skonstruowania, gdyż wprowadzenie klauzuli ogólnej – „ze względu na przynależność do jakiejś grupy społecznej” – nie spełnia zasady określoności normy karnej, zaś ustalenie zamkniętego katalogu z pewnością pozostawi poza jego zakresem jakieś grupy (w tym te, które obecnie nie istnieją, a w przyszłości mogą stać się przedmiotem nienawiści przedstawicieli innych grup społecznych). Jednakże myślę, że jest to problem, z którym ustawodawca winien się zmierzyć, po to, by móc się prezentować jako strażnik praw człowieka i gwarant międzynarodowych standardów ochrony tych praw, które obecnie stają się coraz bardziej uszczegółowione właśnie ze względu na przynależność do danej grupy, o czym świadczą kolejne (tak wiążące, jak i niewiążące) akty międzynarodowe poświęcone specyficznej grupie (dzieciom, kobietom, imigrantom, osobom z niepełnosprawnościami, osobom homoseksualnym i transgenderycznym czy ostatnie prace nad aktem poświęconym osobom starszym).

Patrząc jednak racjonalnie na możliwości polskiej prokuratury i policji sugerowałabym wprowadzenie zasady, żeby przestępstwa z nienawiści w postaci stosowania groźby, przemocy, zniewagi lub naruszenia nietykalności ścigane były na wniosek pokrzywdzonego. Objęcie ściganiem z urzędu wszystkich takich zachowań wobec wszystkich grup społecznych prowadziłoby bowiem nieuchronnie do niewydolności prokuratury i policji (na której skraju *nota bene* i tak te instytucje już są i to jeszcze przed wejściem w życie zmian w kodeksie postępowania karnego, które zwiększają ilość ich obowiązków procesowych).

Brak równości wobec prawa da się w praktyce prokuratorskiej zauważyć nie tylko w odniesieniu do pokrzywdzonych, ale także do sprawców. Tutaj nie można żadnego zarzutu postawić kodeksowi karnemu, gdyż wszystkie przestępstwa z nienawiści w nim zawarte mają charakter powszechny, a więc zakładają ściganie każdego sprawcy, poza sprawcami posiadającymi immunitet. To ostatnie paradoksalnie jest dość istotne, mając na uwadze ilość nienawiści wygłaszanej z mównicy sejmowej i przez europosłów. Prokuratura Generalna i prokuratury apelacyjne oraz okręgowe kładą nacisk na ściganie pseudo-kibiców, internautów, grafficiarzy, demonstrantów czy nawet twórców (czego zespół Figot Fagot, autorzy *Golgota Piknik* czy różnych innych happeningów lub wystaw są najlepszym przykładem). Problemem społecznym jednak, jak już wspomniałam na wstępie, nie są zachowania i słowa przeciętnego Kowalskiego, nawet jeśli działa w grupie osób o podobnych poglądach. Problemem są medialne wypowiedzi osób z autorytetem – polityków, księży, znanych działaczy społecznych, bo to one właśnie znajdują odbiór w społeczeństwie i mają moc, by natchnąć innych tak do przyjęcia pozytywnych postaw, jak i niestety również tych postaw negatywnych, pełnych nietolerancji, a wręcz właśnie nienawiści.

Przykład idzie bowiem z góry. Jeśli z ambony kościelnej albo z telewizji, w tym właśnie z mównicy parlamentarnej, ludzie słyszą słowa pełne pogardy i nienawiści, to dlaczego sami się inaczej wyrażać. Jeśli ludzie u szczytów władzy nie są za swoje słowa ścigani, mimo iż ich słowa i czyny stanowią większe naruszenie dóbr społecznych, to dlaczego ma być ścigany internauta, który umieścił w necie jedną wypowiedź prezentującą poglądy naganne, ale przecież zgodne z tym, co słyszy w mediach od osób z autorytetem? Gdy Cejrowski publicznie ogłasza, że spalenie tęczy jest sukcesem, bo stoi ona na Placu Zbawiciela, a nie na „placu zбочeńców”²⁶, to nie jest to hasło mniej przesycone nienawiścią tylko dlatego, że wygłasza je osoba znana. Gdy poseł Pawłowicz obraża poseł Grodzką, to wypowiedź ta nie przestaje być transfobiczna tylko z powodu immunitetu²⁷. Gdy w głównych wydaniach wszystkich wiadomości jednego dnia można zobaczyć Korwin-Mikkego mówiącego, że paraolimpiady to igrzyska „zбочeńców i inwalidów”²⁸, jego przesłanie znajduje posłuch społeczny, o czym świadczą choćby wybory do europarla-

²⁶ A. Joško, *Wojciech Cejrowski o spaleniu tęczy: „To jest Plac Zbawiciela, a nie plac zбочeńców”*, na: temat, bez daty, <http://natemat.pl/81725,wojciech-cejrowski-o-teczy-spalono-tecze-na-placu-zbawiciela-nareszcie-to-jest-plac-zbawiciela-a-nie-plac-zбочeńców> [konsultacja 20 października 2014 r.].

²⁷ *Pawłowicz o Grodzkiej: A jak się odwiedzi?*, Fakt.pl, 2 czerwca 2013 r., <http://www.fakt.pl/poslanka-krystyna-pawlowicz-o-kolezance-z-sejmu-annie-grodzkiej,artykuly,214169,1.html> [konsultacja 20 października 2014 r.].

²⁸ K. Majdan, *Janusz Korwin-Mikke atakuje paraolimpijczyków. „Powinniśmy oglądać zdrowych, pięknych, a nie zбочeńców i inwalidów”*, na: temat, bez daty, <http://natemat.pl/29939,janusz-korwin->

mentu. Jak szary Kowalski ma zrozumieć, że organy ścigania chcą ukarania jego poglądów, podczas gdy są one jawnie głoszone przez polityków, których nikt za to nie karze, a wręcz przeciwnie – za głoszenie takich poglądów wybiera te osoby na najwyższe stanowiska w Polsce i Unii Europejskiej?

Prokurator Generalny w wytycznych słusznie skądinąd wskazuje, że wolność wyrażania poglądów chroniona jest konstytucyjnie oraz w oparciu o konwencje międzynarodowe, jednakże nie wolno zapominać, że wolność ta nie jest nieograniczona, nawet w przypadku posłów czy innych prominentów ani tym bardziej polityków czy dziennikarzy. Wyraźnie podkreślił to Sąd Najwyższy, właśnie w odniesieniu do mediów, w wyroku z 2 lipca 2013 r. (sygn. III SK 42/12). Sąd Najwyższy, bazując na bogatym orzecnictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, wskazał, że by dana wypowiedź w środkach masowego przekazu korzystała z szerszej ochrony, konieczne jest, aby treść wypowiedzi, oceniana obiektywnie, odnosiła się do zagadnienia o znaczeniu publicznym i wzbogacała dyskusję, jaka wokół tego zagadnienia się toczy. Trudno uznać, że treści stanowiące przejaw mowy nienawiści, choć z pewnością dotyczą ważnych zagadnień publicznych, w jakikolwiek sposób wzbogacały debatę społeczną. Wręcz przeciwnie, stoją one w sprzeczności z rolą wolności słowa, jaką słusznie w uznaniu Sądu Najwyższego jest promowanie tolerancji. Sąd Najwyższy nie miał wątpliwości, że ograniczenia wolności słowa także w debacie medialnej poprzez karanie za wystąpienia propagujące zachowania lub postawy sprzeczne z prawem, jest zgodne z Konstytucją RP i wymogami art. 10 ust. 2 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Analogiczne stanowisko przyjął Trybunał Konstytucyjny we wspomnianym już powyższej orzeczeniu z 25 lutego 2014 r., uznając zawarty w art. 256 § 1 k.k. zwrot „nawoływanie do nienawiści” jako zgodne z Konstytucją RP ograniczenie wolności słowa.

Paradoksalnie to właśnie mediom stawiać należy wyższe wymagania dbania o jakość przekazu. Z jednej strony, jako kreatorzy debaty publicznej i podmioty mające realny wpływ na kształtowanie się postaw społecznych powinny one bowiem ponosić odpowiedzialność za formę tej debaty. Z drugiej natomiast, posiadają realne narzędzia pozwalające na dbałość o tę formę, choćby poprzez odmowę emisji mowy nienawiści czy usuwanie wpisów z treściami tego rodzaju ze stron internetowych. Bardzo elegancko ujął tę tezę w słowa Sąd Apelacyjny w Lublinie w wyroku z 6 czerwca 2011 r. (sygn. II AKa 91/11) pisząc: „od dziennikarzy – zwłaszcza w świetle regulacji Prawa prasowego – powinno oczekiwać się, że będą kształtować i cywilizować model debaty publicznej, a nie obniżać, dostosowując

mikke-atakuje-paraolimpijczykow-powinnismy-ogladac-zdrowych-pieknych-a-nie-zbocencow-i-inwalidow [konsultacja 20 października 2014 r.].

go do poziomu „stosunkowo prostych ludzi, bez aspiracji politycznych”. (...) Posługiwanie się inwektywami nie ma bowiem nic wspólnego z rzetelną informacją o poglądach prezentowanych przez liderów politycznych, o funkcjonowaniu instytucji państwa czy też o innych kwestiach budzących społeczne zainteresowanie oraz z ich oceną przedstawioną na łamach prasy, która – nawet negatywna – jest jak najbardziej społecznie pożądana, oczywiście o ile przybiera ona formę krytyki *ad rem*”. Niewątpliwie miały rację sądy orzekające w przedmiotowym postępowaniu twierdząc, iż nie można korzystać z ochrony swojego zachowania i słów, jeśli wyrażają one lekceważenie, pogardę i chęć poniżenia innego człowieka, a prawo do krytyki nie może się przerodzić się w prawo do formułowania inwektyw i pomówień.

Osobiście wydaje mi się, że przede wszystkim należy się skupić właśnie na podejmowaniu działań przeciwko mediom oraz osobom znanym pochwalającym lub promującym nietolerancję, pogardę czy wręcz nienawiść do innych osób i grup. Nie wydaje mi się jednak, by niezbędne były tu środki karne. Należy pamiętać, że prawo karne stanowi *ultima ratio*, więc uciekanie się do sankcji karnej powinno następować po wykorzystaniu innych możliwości interwencji, jeśli te okażą się nieskuteczne. Sądy oraz organy władzy wskazują nam cały wachlarz kar administracyjnych i dyscyplinarnych, które paradoksalnie mogą być łatwiejsze do nałożenia (wobec braku obowiązku indywidualizacji odpowiedzialności i zasady winy przy sankcjach administracyjnych), a nawet bardziej dotkliwe.

Nie ulega wątpliwości, że należy rekomendować każdorazowe stosowanie sankcji dyscyplinarnych wobec osób objętych immunitetem za głoszenie mowy nienawiści. Pozytywnym przykładem mogą tu być sankcje wobec poseł Pawłowicz za obraźliwe wypowiedzi wobec poseł Grodzkiej²⁹ czy ukaranie europośła Korwin-Mikkego za teksty rasistowskie³⁰. Warto także, by władze wszystkich partii politycznych stosowały podobne formy upominania swoich członków oraz aby media nagłaśniały te fakty, tworząc pozytywny przekaz społeczny, że także polityk musi respektować godność wszystkich osób, w tym należących do jakiegokolwiek mniejszości.

Analogicznie pozytywnie należy ocenić wprowadzanie sankcji za naganne zachowania w czasie meczów przez same organizacje sportowe³¹. Paradoksalnie bo-

²⁹ Krystyna Pawłowicz ukarana za wypowiedzi o Grodzkiej i homoseksualistach. „To bezczelność”, TVN24.pl, 1 kwietnia 2013 r., <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/krystyna-pawlowicz-ukarana-za-wypowiedzi-o-grodzkiej-i-homoseksualistach-to-bezczelnosc,316352.html> [konsultacja 20 października 2014 r.].

³⁰ Korwin-Mikke ukarany za słowo „murzyn”. Straci 10 diet, Gazeta.pl, 7 września 2014 r., http://m.wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,117915,16659705,Korwin_Mikke_ukarany_za_slowo__murzyn__Straci_10.html [konsultacja 20 października 2014 r.].

³¹ Por. Decyzja UEFA: Dwa mecze bez kibiców!, legionisci.com, 2 grudnia 2014 r., http://legionisci.com/news/60942_Decyzja_UEFA_Dwa_mecze_bez_kibicow.html [konsultacja 5 grudnia 2014 r.].

wiem zakazy klubowe oraz sankcje nakładane na kluby przez UEFA są często dużo bardziej dotkliwe dla kibiców i drużyn niż sankcje karne.

Jeśli chodzi o media, to oczywiście najskuteczniejszym narzędziem będą kary finansowe. Taka możliwość istnieje i to zarówno w formie kary administracyjnej, jak i roszczenia cywilnego, warto więc, by była jak najszerzej wykorzystywana tak przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji (w zakresie karania stacji radiowych i telewizyjnych), jak i przez inne osoby lub podmioty (przykładowo organizacje działające na rzecz danej mniejszości w zakresie występowania z pozwami o zaprzestanie naruszeń oraz zadośćuczynienie w imieniu swoich członków). Cytowany powyżej wyrok Sądu Najwyższego z 2 lipca 2013 r. wskazywał na zgodność z prawem stosowania kar administracyjnych wobec mediów, tj., podmiotów prawnych odpowiedzialnych za wydawanie danej prasy czy emisję danej audycji radiowej lub telewizyjnej, jeśli prezentowane w nich wypowiedzi przekraczają granicę wolności słowa, także w wypadku, gdy chodzi o wypowiedzi zaproszonych (cytowanych) gości, a nie poglądy dziennikarzy.

Z kolei poprawność drogi roszczeń cywilnych wobec wydawców internetowych wskazał Europejski Trybunał Praw Człowieka w orzeczeniu *Delfi v. Estonia* z 10 października 2013 r. (nr skargi 64569/09). W orzeczeniu tym Europejski Trybunał Praw Człowieka potwierdził, że wolność słowa ma swoje ograniczenia dopuszczalne w demokratycznym państwie prawa. W szczególności na ochronę prawną nie zasługują w jego uznaniu wypowiedzi naruszające prawa lub reputację innych osób, a więc wypowiedzi obraźliwe. Wskazał wprost, że wydawcy internetowi (właściciele portali, na którym takie wpisy są umieszczane) mają obowiązek natychmiastowego usuwania ze swoich stron wpisów wobec kogokolwiek obraźliwych lub wulgarnych, a więc tym bardziej stanowiących przejawy mowy nienawiści, i to niezależnie od tego, kto taki wpis umieści i ile takich wpisów na ich stronach się znajduje. Europejski Trybunał Praw Człowieka wytknął skarżącemu (właścicielowi największego portalu informacyjnego w Estonii), że dysponuje on narzędziami do bieżącego dokonywania takiej selekcji wpisów (portal ten automatycznie usuwał wulgaryzmy za pomocą odpowiednich filtrów oraz posiadał system notice-and-take-down, dzięki czemu usuwał wpisy wskazane przez innych internautów jako obraźliwe), który jednak okazał się niewystarczający, o czym świadczy fakt, że ok. 20 obraźliwych wpisów, które stanowiły przedmiot tej sprawy, znajdowało się na stronie przez ponad 6 tygodni. Europejski Trybunał Praw Człowieka podkreślił, że obowiązek skutecznego usuwania takich wpisów leży po stronie właściciela portalu, gdyż tylko on ma ku temu faktyczne możliwości techniczne, bo ani osoba, która ten wpis umieściła, ani żaden inny użytkownik Internetu (w tym ten, który czuje się obrażony), nie może takiego wpisu usunąć. Ponadto wskazał, że słusznym jest przyjęcie odpowiedzialności cywilnej, także fi-

nansowej, wydawcy internetowego za wpisy internautów, także z tej przyczyny, że pozywanie osoby, która konkretnego wpisu dokonała, jest często niemożliwe, a przynajmniej bardzo utrudnione, z powodu problemów technicznych z ustaleniem jej tożsamości, a przy wielu wpisach także wobec faktu, że pozew taki musiałby zostać skierowany przeciwko wielu osobom – przeciwko każdemu autorowi pojedynczego wpisu oddzielnie.

Oba powyższe wyroki zasługują na pozytywną ocenę, pozwalają bowiem na skuteczne likwidowanie zjawiska, jakim jest mowa nienawiści w przestrzeni publicznej. Natomiast dzięki wykorzystaniu narzędzi prawa administracyjnego i cywilnego oraz wprowadzeniu obiektywnej odpowiedzialności mediów za fakt wyemitowania danej treści lub brak jej usunięcia, pozwalają ominąć wskazane powyżej trudność prawnokarne związane z koniecznością udowodnienia znamion czynów zabronionych zindywidualizowanym sprawcom. Jednocześnie pozwalają dużo skuteczniej walczyć z zastraszająco dużą ilością nienawistnych wpisów w Internecie – gdyż można jednym postępowaniem odnieść się do wszystkich wpisów na danej stronie, bez konieczności mnożenia postępowań, które w przypadku postępowania karnego musi być prowadzone odrębnie wobec każdego wpisu, ze względu na to, że prawie każdy jest wprowadzany do przestrzeni publicznej przez innego sprawcę (a przynajmniej takie założenie należy mieć na początku sprawy, aż do momentu ustalenia tożsamości tego sprawcy).

Oczywiście powyższe zadania nie należą i nie powinny należeć do zakresu obowiązków prokuratury. To nie prokuratura i nawet nie policja powinna zajmować się przeglądaniem całości zasobów Internetu oraz całości innych mediów pod kątem ujawnienia mowy nienawiści i nie do tych organów należy zobowiązanie wydawców do „czyszczenia” tych zasobów, czy też występowanie o ich ukaranie przez Krajową Radę Radiofonii i Telewizji lub z pozwem cywilnym. Prokuratura może to czynić tylko wyjątkowo przy bardzo poważnych postępowaniach karnych, nie można jednak nakładać na nią takiego ogólnego obowiązku, gdyż jej cele i działania są zupełnie inne, a przede wszystkim nie posiada na to wystarczających zasobów organizacyjnych (ludzkich, finansowych i technicznych), o czym Prokurator Generalny zdaje się zapominać, jak wynika z wytycznych z lutego 2014 r., a przede wszystkim z metodyki postępowania przy prowadzeniu spraw dotyczących mowy nienawiści w Internecie z października 2014 r. W tym ostatnim dokumencie Prokurator Generalny nakazuje bowiem prokuratorom wzywaniu odpowiednich podmiotów do usuwania nienawistnych wpisów z ich stron internetowych, a w przypadku braku podjęcia tych działań prowadzenie postępowań karnych, cywilnych i administracyjnych wobec dostawców usług drogą elektroniczną. Metodyka wskazuje także konieczność przeszukiwania przez prokuratorów deep Internet i dark Internet w poszukiwaniu treści nienawistnych oraz

ustalenia tożsamości ich autorów, także gdy stosują oni zaawansowaną animizację. Nie mogę pozbyć się wrażenia, że przedmiotowa metodyka z tak rozbudowanymi obowiązkami prokuratorów jest oderwana od realiów i zupełnie nie uwzględnia możliwości faktycznych prokuratury ani ilości spraw, o których mówimy. Tym samym z góry jest skazana na porażkę i po prostu nie będzie egzekwowana, jako niemożliwa do zrealizowania, co będzie skutkowało jedynie wyciąganiem negatywnych konsekwencji wobec prokuratorów.

2. ORGANIZACYJNE PROBLEMY ŚCIGANIA MOWY NIENAWIŚCI

a) ilość spraw

W wytycznych z lutego 2014 r. Prokurator Generalny nałożył na prokuratorów okręgowych obowiązek wyznaczenia w zależności od potrzeb jedną lub dwie prokuratury szczebla rejonowego, w których prokurator rejonowy wyznacza dwóch prokuratorów do prowadzenia postępowań w sprawach o przestępstwa z nienawiści. Polecenie to miało na celu skierowanie do tego zadania najlepszych prokuratorów – wybrani mieli zostać prokuratorzy bardzo doświadczeni, ale także obdarzeni specjalną wrażliwością społeczną na potrzeby mniejszości – a także wyspecjalizowania ich w prowadzeniu tego rodzaju postępowań – poprzez zapewnienie szkolenia, także poświęconego stereotypom i ich wpływowi na funkcjonowanie w społeczeństwie zarówno osób im podlegających, jak i osób będących przedmiotem tych stereotypów, w tym sensybilizacji na problemy tych ostatnich. Przyjmując te skądinąd słuszne założenia, Prokurator Generalny zapomniał o jednej podstawowych kwestii – ilości tego typu spraw i możliwościach faktycznych ich załatwienia przez 2-4 osoby w okręgu działania prokuratury.

W wakacje zeszłego roku Prokurator Okręgowy w Warszawie wyznaczył do prowadzenia tego typu spraw w okręgu warszawskim Prokuratorę Rejonową Warszawa-Śródmieście. W prokuraturze tej wyznaczonych zostało imiennie dwóch prokuratorów, którzy wzięli udział w jednodniowym szkoleniu. W kolejnym miesiącu wpłynęło do tej jednostki ponad 200 zawiadomień dotyczących tego typu spraw. Od lipca 2013 r. do października 2014 r. takich zawiadomień było 445. Fizycznie niemożliwe jest, by te wszystkie sprawy były prowadzone przez dwie osoby, nawet gdyby prowadziły one tylko tego rodzaju sprawy (co z powodów braków kadrowych było i wciąż jest całkowicie niemożliwe). Prokurator Rejonowy Warszawa-Śródmieście starał się z tym problemem poradzić sobie poprzez rozdzielenie tych spraw do prowadzenia między wszystkich prokuratorów sekcji śledczej (początkowo 4, a obecnie 5 osób), a więc

wbrew poleceniom prokuratorów nadrzędnych. Mimo to każdy z tych prokuratorów prowadził w tym okresie ok. 100 spraw dotyczących mowy nienawiści, przy czym w połowie byli to prokuratorzy nieprzeszkoleni. Reakcja Prokuratora Generalnego w postaci wyrażenia zgody na wyznaczenie do prowadzenia tego typu spraw dwóch kolejnych jednostek w okręgu warszawskim miała miejsce dopiero w połowie 2014 r., a więc była niestety bardzo spóźniona. Jak widać na tym przykładzie, założenia Prokuratora Generalnego spały na panewce z powodu napływu olbrzymiej ilości zawiadomień, co wcale nie wynikało ze zwiększenia się tego typu czynów, ale ze zwiększenia aktywności organizacji działających na rzecz tolerancji i poszanowania godności grup mniejszościowych, zachęconych do tego typu działań przez samego Prokuratora Generalnego, obiecującego swoje szczególne zainteresowanie tym tematem.

Prokurator Generalny wprost zajął stanowisko, że „każde postępowanie przygotowawcze o przestępstwo z nienawiści uznaje się za sprawę dużej wagi”. Wynika stąd obowiązek każdorazowego informowania prokuratora nadrzędnego o wszczęciu takiego postępowania oraz o istotnych dla jego przebiegu czynnościach i zdarzeniach w jego toku. Po otrzymaniu tych informacji kierownik jednostki nadrzędnej podejmuje decyzję, czy obejmuje takie postępowanie zewnętrznym nadzorem służbowym, co w praktyce jest zasadą wobec wszystkich tych spraw. Co więcej, wytyczne wymagają prowadzenia wobec tych spraw szczególnie wnikliwego wewnętrznego nadzoru służbowego, kontrolowanego w ramach cyklicznych lustracji. Ponadto Departament Postępowania Przygotowawczego Prokuratury Generalnej prowadzi stały monitoring tych spraw i sporządza co pół roku sprawozdanie z badania prawidłowości ich prowadzenia.

Co te wszystkie formy kontroli znaczą dla prokuratora prowadzącego postępowanie? Musi on pamiętać o informowaniu prokuratury okręgowej o wszczęciu postępowania i przedstawiać pisemne informacje na bieżąco dotyczące ważnych (?) czynności w postępowaniu. Musi przedkładać akta do kontroli bezpośredniemu przełożonemu oraz prokuratorowi sprawującemu nadzór wewnętrzny. Musi także co pół roku przysyłać akta (także spraw w toku) do Prokuratury Generalnej, by umożliwić ich badanie, co pozbawia go tych akt często na długie dni, jeśli nie tygodnie. Jeśli przemnożymy te obowiązki związane z poddawaniem się nadzorowi przez dziesiątki, jeśli nie setkę, równocześnie prowadzonych spraw tego rodzaju, to ewidentne staje się, ile czasu prokurator traci na te niezwiązane z prowadzeniem postępowania obowiązki, na których postępowanie dowodowe w sprawie nijak nie zyskuje.

Te wszystkie formy kontroli stanowią także duże obciążenie psychiczne dla prokuratora prowadzącego takie postępowanie. Nie da się ukryć, że w większości nadzór i monitoring nastawiony jest na wykrywanie i uwypuklanie błędów

prokuratora kontrolowanego. Co więcej, każda osoba kontrolująca ma swoją subiektywną opinię na sposób prowadzenia danego postępowania, interpretacji słów, które są jego przedmiotem, a także na zasadność podjętej decyzji. Prezentowane wcześniej przykłady ukazują, że wcale taka ocena, w tym przede wszystkim interpretacja dotycząca zaistnienia znamion przestępstwa z art. 119 § 1 k.k., art. 256 k.k. czy art. 257 k.k., nie musi być poprawna. Należy pamiętać, że prokurator w prowadzeniu postępowania i wydawaniu decyzji końcowej jest niezależny zgodnie z art. 8 ustawy o prokuraturze. Żaden prokurator przełożony, niezależnie od stopnia hierarchicznego, nie może mu wydawać poleceń co do kierunku czynności dowodowych, ani tym bardziej sposobu zakończenia postępowania. Nadzór powinien być pomocą, nie kontrolą. Monitoring powinien być formą zbierania informacji statystycznych, nie kontrolą. Praktyka niestety pokazuje, że prokuratorzy nadrzędni dość często zdają się o tym zapominać. Świadczą o tym wszczynane postępowania dyscyplinarne wobec prokuratorów, którzy według Prokuratora Generalnego niezasadnie śmieli umorzyć dane, z reguły medialne, postępowanie³². Prokurator nie może być karany za swoje decyzje, jest to ustawowo niedopuszczalne. Decyzje prokuratora podlegają tylko kontroli sądu, a nie kontroli dyscyplinarnej. Orzeczenie sądu dyscyplinarnego w sprawie prokuratora z okręgu białostockiego, który wydał postanowienie o umorzeniu postępowania propagowania faszyzmu poprzez malowanie swastyki, całkowicie to potwierdza³³. Absolutnie niedopuszczalne jest, aby jakikolwiek polityk, jakikolwiek minister, gdy mu się nie podoba decyzja dotycząca jego osoby, dzwonił do Prokuratora Generalnego i kazał postępowanie podjąć oraz zrobić postępowanie dyscyplinarne prokuratorowi, który je umorzył. Takie działanie pokazuje jedynie, że dany polityk nie szanuje swojego państwa i jego prawa, które statuuje niezależność prokuratury. Z kolei ugięcie się pod takim naciskiem przez prokuratorów przełożonych świadczy o braku szacunku do własnego zawodu oraz braku niezależności osobistej. Każdy obywatel, także polityk, jeśli jest pokrzywdzonym w sprawie, którą prokurator umorzył, ma prawo do jego zaskarżenia, a jeśli umorzył ponownie – do wniesienia do sądu subsydiarnego aktu oskarżenia (*nota bene*, poseł Biedroń w analogicznej sytuacji procesowej właśnie z takiej ścieżki skorzystał). Poszanowanie zasady równości wobec prawa wymaga, by wszyscy

³² Umorzyła śledztwo ws. wpisów o Sikorskim. Poniesie konsekwencje? „Obiektywizm pod znakiem zapytania”, TVN24.pl, 8 sierpnia 2014 r., <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/umorzyła-sledztwo-ws-wpisow-o-sikorskim-poniesie-konsekwencje-objektywizm-pod-znakiem-zapytania,457439.html> [konsultacja 23 października 2014 r.].

³³ Prokurator, który odmówił śledztwa ws. swastyki uniewinniony, wykop.pl, bez daty, <http://www.wykop.pl/link/2181448/prokurator-ktory-odmowil-sledztwa-ws-swastyki-uniewinniony/> [konsultacja 28 listopada 2014 r.].

politycy do tych proceduralnych zasad się stosowali, a nie wracali, do potępianego od dziesięcioleci, „ręcznego sterowania” prokuraturą.

b) problemy organizacyjne w prowadzeniu postępowania dowodowego

Warto również zdawać sobie sprawę, że postępowania dotyczące przestępstw z nienawiści, w tym w szczególności dotyczące mowy nienawiści w Internecie, należą do postępowań bardzo trudnych dowodowo, przy czym podstawowym problemem jest tutaj ustalenie tożsamości sprawcy.

Żeby ustalić komputer, z którego dokonano danego wpisu, należy najpierw zwolnić z tajemnicy właściciela portalu, na którym ten wpis się znajduje, aby ustalić jego IP. Posiadając IP należy zwolnić z tajemnicy dostawcę sygnału internetowego, by ustalić adres, do którego to IP w danym momencie było przypisane. Każde tego typu zwolnienie z tajemnicy wiąże się z czasem – na dane od usługodawców czeka się nawet kilka tygodni, co wynika z ilości przesyłanych do nich tego typu postanowień. Co więcej, wiąże się to z kosztami – część usługodawców żąda za te informacje opłat i dość często wygrywa przed sądami karnymi ich zasądzenie. Ponadto, słusznie w metodyce z października 2014 r. Prokurator Generalny wskazuje, że coraz częściej ustalanie adresu na podstawie IP staje się niemożliwe, gdyż osoby korzystają z serwerów zagranicznych, IP zmiennych lub podszywających się pod zupełnie innych adres. Prokurator Generalny jako rozwiązanie wskazuje tutaj na korzystanie z biegłych i specjalistów, którzy mieliby te ukryte ścieżki połączenia ustalać metodami niestandardowymi (cokolwiek by to nie miało według Prokuratora Generalnego znaczyć). Prokurator Generalny, który nakazuje bardzo szerokie korzystanie z biegłych i specjalistów (także przy zabezpieczaniu komputerów, na które wskazał IP, i badaniu, czy faktycznie z nich dany wpis wprowadzono do przestrzeni Internetu), zdaje się jednak w tym momencie zapominać o kosztach korzystania z takich biegłych. Prokurator prokuratury rejonowej może samodzielnie powołać biegłego, o ile wystawiony przez niego kosztorys za wydanie opinii nie przekroczy ok. 1.500 zł (są tu niewielkie wahania w zależności od okręgu). W przypadku wyższego kosztorysu za każdym razem musi uzyskać jego zatwierdzenie przez prokuratora okręgowego, któremu musi wykazać, że opinia jest niezbędna, a stawka zażądana przez biegłego oraz przewidywany przez niego czas do jej wykonania adekwatny do danej sprawy (co przecież przy niestandardowych metodach przeszukiwania Internetu jest po prostu nieprzewidywalne). Mała ilość biegłych z zakresu badań komputerowych i internetowych powoduje nie tylko podwyższenie tych kosztów (co jest prostym prawem rynkowym), jak i wydłużenie czasu oczekiwania na wykonanie takich

opinii (przedłużanego jeszcze przez okres oczekiwania na zatwierdzenie kosztorysu).

Zresztą problem biegłych występuje nie tylko w postępowaniach dotyczących mowy nienawiści w Internecie. Konieczność powołania bardzo drogiego biegłego występuje też powszechnie w postępowaniach dotyczących mowy nienawiści w czasie demonstracji i na stadionach. Prawo karne, co zostało już wskazane, wymaga udowodnienia sprawstwa zindywidualizowanej osobie. Jeśli mamy monitoring, na którym nagrane są osoby krzyczące hasła nienawistne lub propagujące ustrój totalitarny, to trzeba po pierwsze udowodnić, że na monitoringu jest konkretna osoba, co (o ile podejrzany nie przyznaje się do tego czynu) wymaga powołania biegłego antropologa, który ma naukowo udowodnić, że podejrzany to właśnie osoba, której zdjęcie jest na monitoringu. Po drugie trzeba udowodnić, że osoba ta w zarejestrowanym momencie krzychała właśnie zakazane hasła. Jest to praktycznie niemożliwe na podstawie samego nagrania, bo nie słyhać głosu każdej pojedynczej osoby, ale zmieszany głos tłumu. Albo więc należy powołać fonoskopa, który wyodrębni głos konkretnej osoby z nagranych wielogłosów, odsłucha go ustalając treść wypowiedzi tej osoby, a następnie porówna z głosem podejrzanego ustalając ich tożsamość. Ewentualnie możliwe jest powołanie biegłego z zakresu czytania z ruchu warg, który słowa wypowiedziane przez poszczególne osoby odczyta z nagrania. Biegłych wszystkich tych kategorii jest mało, są oni bardzo drodzy i na opinie oczekuje się długo.

W przekazie publicznym wskazuje się jako oczywistość, że zatrzymanie czy nagranie grupy osób krzyczącej dane hasła, jak w słynnej sprawie dotyczącej kibiców Legii krzyczących na meczu z Widzewem słowa „Hamis, Hamis, Juden auf den Gas”, oznacza poniesienie odpowiedzialności karnej przez wszystkie te osoby. Należy jednak uzmysłowić sobie, że w praktyce sądów karnych taka oczywistość nie ma miejsca. Co do każdego oskarżonego zadaniem prokuratury jest, by udowodnić ponad wszelką wątpliwość, że dopuścił się on zarzucanego mu czynu, a nie że tylko znajdował się w grupie tak się zachowującej. Stąd jeśli chcemy uzyskać wyroki skazujące wobec osób, które nie przyznają się do winy (i nie oskarżać osób niewinnych, co punktu widzenia praw człowieka w procesie karnym jest równie ważne), nie ma innego wyjścia, po prostu musimy korzystać z tego rodzaju biegłych. Oczywiście znowu pozostaje pytanie, czy tak duże pieniądze publiczne naprawdę chcemy wydawać, by zmierzać do ustalenia tożsamości autora pojedynczego wpisu w Internecie czy kibica krzyczącego w emocjach naganne hasło przeciwko drużynie przeciwnej lub bucącego na widok czarnoskórego bramkarza, który obronił strzał jego drużyny, jak na grudniowym meczu Legii w Belgii (w odniesieniu do którego zdarzenia Prokurator Generalny dzień po meczu na-

kazał Prokuraturze Rejonowej Warszawa-Śródmieście wszcząć postępowanie)³⁴? Odpowiadając sobie na to pytanie należy pamiętać, że ustalenie sprawstwa danej osoby wcale nie oznacza jeszcze pociągnięcia jej do odpowiedzialności karnej, gdyż jak wcześniej wskazano, należy udowodnić jeszcze wypełnienie wszystkich znamion czynu zabronionego, w tym wystąpienie zamiaru.

Wymienione powyżej problemy z ustalaniem tożsamości sprawcy przestępstw z nienawiści prowadzą nieuchronnie do nieskuteczności ścigania tych czynów. W Prokuraturze Rejonowej Warszawa-Śródmieście 242 sprawy na 445 zawiadomień zostały umorzone z powodu nieustalenia sprawców. Wpłynęły na to nie tylko działania sprawców, którzy dążyli do ukrycia swojej tożsamości przy wykorzystaniu możliwości Internetu, ale także z faktów obiektywnych. Przede wszystkim zawiadamiający nie zawsze zdają sobie sprawę, że dane teleinformatyczne, w tym dotyczące IP, są przechowywane ustawowo w Polsce przez 12 miesięcy, a w niektórych innych krajach nawet krócej. Nie ma żadnych możliwości ustalenia tożsamości sprawcy wpisu umieszczonego wcześniej niż 12 miesięcy przed zawiadomieniem, a często nawet na granicy tych dwunastu miesięcy, gdy ten okres upływa w czasie oczekiwania na odpowiedź od dostawcy usług elektronicznych. W szczególności okres ten często mija, gdy należy oczekiwać na te informacje od podmiotów zagranicznych, co wynika choćby z powolności obrotu zagranicznego. Mówiąc o obrocie zagranicznym, należy wyraźnie wskazać, że Stany Zjednoczone Ameryki po prostu nie realizują wniosków prawnych o przeprowadzenie czynności w sprawach o znieważenie czy mowę nienawiści. Organy amerykańskie powołują się tutaj na I poprawkę do Konstytucji USA, która statuuje wolność słowa, interpretowaną przez władze amerykańskie bardzo szeroko zgodnie z zasadą: „nie zgadzam się z twoimi poglądami, ale oddam życie, byś mógł je głosić”. Prokurator Generalny w metodyce z października 2014 r. sugeruje badanie tych treści pod kątem gróźb i przesłuchiwanie pokrzywdzonych tak, by wskazali, czy na pewno nie obawiają się oni osób głoszących treści nienawistne, wskazując wprost, że to może umożliwić realizację wniosku o pomoc prawną przez stronę amerykańską. Nie ulega jednak wątpliwości, że jest to nadużycie zaufania organów amerykańskich, pomijając już nawet fakt, że w 90% przypadków w sprawach nie ma konkretnych pokrzywdzonych oraz to, że w znacznej większości wypowiedzi nie da się żadną miarą znaleźć elementu groźby.

Umorzenia z niewykrycia sprawcy mają też miejsce, gdy ustala się, że dany wpis był dokonany z komputera publicznego albo z komputera, z którego korzysta nawet ograniczona liczba osób, o ile oczywiście nikt z użytkowników się nie przyzna

³⁴ M. Szymczyk, *Prokuratura wszczęła dochodzenie*, LegiaNet, 3 grudnia 2014 r., http://www.legia.net/lekki/wiadomosci,58692-prokuratura_wszczela_dochodzenie.html [konsultacja 5 grudnia 2014 r.].

do dokonania tego konkretnego wpisu. Trudno zrozumieć publiczne wypowiedzi Prokuratora Generalnego, że w takich przypadkach istnieją możliwości dowodowe zidentyfikowania sprawcy³⁵, osobiście takich możliwości po prostu nie widzę.

Tak naprawdę trzeba mieć świadomość, że tylko drobna ilość zawiadomień dotyczących przestępstw z nienawiści kończy się skierowaniem do sądu aktu oskarżenia albo wniosku o warunkowe umorzenie. W przypadku Prokuratury Rejonowej Warszawa-Śródmieście na owych 445 spraw tak zakończyło się 13 postępowań (wniesiono 7 aktów oskarżenia i 6 wniosków o warunkowe umorzenie), czyli poniżej 3%. 17% spraw zakończyło się postanowieniem o odmowie wszczęcia postępowania albo umorzeniem postępowania z powodu braku znamion czynu zabronionego, co pokazuje, że do prokuratury wpływa jednak dość duża ilość zawiadomień o zdarzeniach lub słowach, które w sposób oczywisty nie stanowią nawoływania do nienawiści, propagowania ustroju totalitarnego czy znieważenia z powodu przynależności narodowej, rasowej, etnicznej czy wyznaniowej. Trudno zresztą przesądzać o sukcesie zakończenia owych 13 spraw, gdyż nie zakończyły się one przed sądem, natomiast przykłady wielu postępowań dotyczących mowy nienawiści wskazują, że interpretacja sądów jest zupełnie odmienna niż interpretacja prokuratorów i że w pełni jest to zależne od osoby sędziego. Przykładem może być wspomniana już wcześniej sprawa dotycząca kibiców krzyczących „ Hamas, Hamas...”. Pierwszą decyzją sądu było umorzenie postępowania właśnie wobec braku znamion czynu zabronionego, gdyż sędzia uznał, że nie można mówić o znieważeniu Żydów, jeśli owe hasła – niezależnie od ich naganności – były wygłaszane w kontekście meczu piłkarskiego, a więc miały służyć obrażeniu drużyny piłkarskiej i jej kibiców, których *nota bene* nie było wtedy na widowni. Prokuratura zaskarżyła to postanowienie, sąd okręgowy je uchylił i po przeprowadzeniu postępowania sądowego inny sędzia wydał wyrok skazujący, uzasadniając go dokładnie na odwrót – dla niego było oczywiste, że kojarzenie zespołu piłkarskiego z Łodzi i wygłaszanie wobec nich powyższych słów jest obraźliwe dla narodu żydowskiego. Jak się ta sprawa naprawdę skończy, okaże się dopiero po wyroku sądu II instancji.

c) adekwatność kary

Jak już mowa o kierowaniu spraw do sądu, to warto zastanowić się nad karą adekwatną dla sprawców. Czemu tak naprawdę ma taka kara służyć? I w jakiej wysokości ma być zażądana, by była karą naprawdę sprawiedliwą, także w oczach oskarżonego, szczególnie w okolicznościach powszechności publicznej mowy nie-

³⁵ „Gazeta Wyborcza”: *Seremet ma dość pobłażania*, onet.wiadomości, 8 lutego 2014 r., <http://wiadomosci.onet.pl/kraj/gazeta-wyborcza-seremet-ma-dosc-poblazania/bctjt> [konsultacja 20 października 2014 r.].

nawiści, za którą osoby medialne karane nie są, mając na uwadze fakt, że zarzut z reguły dotyczy dokonania pojedynczego wpisu lub skandowania pojedynczego hasła? Osobiście nie wiem, jaką stawkę przyjąć, sądzę jednak, że to, co jest najważniejsze w takich karach, to prewencja indywidualna. Kara ma przede wszystkim w tym wypadku nauczyć sprawcę poprawnego zachowania i zapobiec stosowaniu przez niego mowy nienawiści w przyszłości. Nie można tu z reguły mówić o odpłacie, bo w większości postępowań, jak już wcześniej zostało wspomniane, nie ma pokrzywdzonego (tylko ok. 9% zawiadomień w sprawach tego typu składanych jest przez pokrzywdzonych). Trudno też oczekiwać prewencji ogólnej – media stosunkowo mało miejsca poświęcają tego typu wyrokom, dużo więcej nacisku kładą na sam proces, często paradoksalnie dając negatywny przekaz na temat sądu lub prokuratury, a nawet zniekształcając fakty³⁶.

W tym kontekście warto pochwalić wyrok w sprawie „Hamas, Hamas...”. Sędzia zastosował tu metodę innowacyjną, wykorzystując ku temu rzadko stosowany przepis, który pozwala przy wymierzeniu kary ograniczenia wolności lub przy zawieszeniu wykonania kary na zobowiązanie oskarżonego do określonego działania. W tej sprawie sąd zobowiązał skazanych do obejrzenia filmu „Cud purymowy”, celem – co wskazał w uzasadnieniu – zmiany ich postaw wobec Żydów. Takim wychowawczym skutkiem zakończyła się również wspomniana wcześniej sprawa podpalenia tęczy przez dwóch dyrektorów. Zaprosili oni fundację będącą właścicielem tęczy do pozaprocesowej mediacji. Mediacja ta zakończyła się podpisaniem porozumienia, zgodnie z którym sprawcy w całości naprawili szkodę, opublikowali w prasie całostronicowe przeprosiny za czyn, którego się dopuścili, oraz zobowiązali się do udziału w warsztatach poświęconych tolerancji pod rygorem kary pieniężnej za każdy dzień nieobecności. W wyniku tego porozumienia fundacja cofnęła wniosek o ściganie za zniszczenie tęczy. Prokurator prowadzący postępowanie wyraził zgodę na cofnięcie tego wniosku. Nie mam wątpliwości, że przedmiotowe postępowanie zakończyło się sukcesem – resocjalizacją sprawców – i nie ma potrzeby doprowadzenia do ich skazania i ukarania.

3. CZYNNIK LUDZKI A ŚCIGANIE MOWY NIENAWIŚCI

Nie głoszę tezy, że problem ze ściganem przestępstw z nienawiści wynika tylko z niedoskonałości prawa czy przyczyn organizacyjnych. Oczywiście, nie wszyscy prokuratorzy i sędziowie są idealni i w pełni empatyczni. Nie wszyscy prowa-

³⁶ Por. *Sprawa podpalacza tęczy odroczona. Nie stawil się w sądzie*, tvn warszawa, 20 października 2014 r., <http://tvnwarszawa.tvn24.pl/informacje,news,sprawa-podpalacza-teczy-odroczona-br-nie-stawil-sie-w-sadzie,146665.html> [konsultacja 28 listopada 2014 r.].

dzą tego rodzaju sprawy z odpowiednią powagą. Stan ten też ma jednak swoje przyczyny obiektywne, z których warto sobie zdawać sprawę.

Pierwszym problemem jest kwestia wrażliwości. Kadra prokuratorska w zasadniczej swojej większości nie była nigdy kształcona w zakresie praw człowieka. Młodych osób, które przeszły taki kurs w procesie edukacji – na studiach czy na aplikacji – jest stosunkowo mało, bo mówimy tutaj o osobach, które pracują nie dłużej niż 5 lat. Dostęp do szkoleń z tego zakresu jest też bardzo ograniczony, są one dostępne w zasadzie prawie wyłącznie dla sędziów. Nawet o prokuratorach, którzy zostali specjalnie przeszkoleni do prowadzenia przestępstw z nienawiści, nie można mówić, że uzyskali pełne kompetencje merytoryczne, a przede wszystkim psychologiczne, na temat powstawania negatywnych postaw społecznych i ich wpływu na zachowania jednostki lub grupy oraz skutków pokrzywdzenia takimi zachowaniami lub słowami. Szkolenie dla tych prokuratorów trwało jeden dzień i miało formę wykładu. Nie da się przekazać tak rozbudowanej wiedzy i to wiedzy multidyscyplinarnej w czasie jednego dnia. Nie da się uwrażliwić człowieka, a tym bardziej nie da się zmienić jego osobistych stereotypów podczas wykładu. Jest to oczywiście proces możliwy do przeprowadzenia także wobec osoby dorosłej z dużym bagażem doświadczeń i skryształizowanym światopoglądem, ale wymaga czasu i zupełnie innej formy edukacji – interaktywnego warsztatu wykorzystującego technikę wcielenia się w rolę „innego”, gdyż tylko to pozwala na przyjęcie odmiennej do codziennej perspektywy patrzenia na świat oraz na odczucie krzywdy zachowaniami i słowami nienawiści i pogardy. Zresztą tego typu warsztaty przydałyby się nie tylko prokuratorom, ale także sędziom, adwokatom i policjantom. Na marginesie warto wspomnieć, że takie inicjatywy organizacji pozarządowych, choć na drobną skalę, mają już miejsce i powinny być jak najszerszej rozpropagowane, a wręcz stać się obowiązkowym elementem kształcenia ustawicznego przedstawicieli wszystkich zawodów prawniczych³⁷.

Odnoszę zresztą wrażenie, że wytyczne Prokuratora Generalnego, żeby wyznaczyć prokuratorów do prowadzenia postępowań o przestępstwa z nienawiści, paradoksalnie prowadzą ku zmniejszeniu ich wrażliwości na wagę tego typu przestępstw, szczególnie mowy nienawiści. Wynika to z jednej strony z monotonii pracy, jej nadmiaru, ale też braku wymiernego sukcesu. W realiach Prokuratury Rejonowej Warszawa-Śródmieście wyznaczeni przez prokuratora rejonowego prokuratorzy 2/3 swojego czasu pracy poświęcają sprawom dotyczącym pojedynczego wpisu w Internecie, gdyż gros zawiadomień dotyczy właśnie takich kwestii.

³⁷ Patrz: *Relacja: sędziowie i prokuratorzy na warsztatach antydyskryminacyjnych*, Polin, 24 kwietnia 2014 r., <http://www.polin.pl/pl/aktualnosci/2014/04/24/relacja-sedziowie-i-prokuratorzy-na-warsztatach> [konsultacja 20 października 2014 r.].

Są to prokuratorzy z działu śledczego, którzy poza przestępstwami z nienawiści zajmują się najpoważniejszymi przestępstwami kryminalnymi – zabójstwami, zgwałceniami, rozbojami z użyciem niebezpiecznego narzędzia. Trudno im się dziwić przy setnym takim samym zawiadomieniu o pojedynczym nienawistnym wpisie, że woleliby swój czas poświęcić ściganiu sprawców przemocy³⁸. Tym bardziej, że ilość wysiłku, które wkładają w prowadzenie tych spraw, jest – co już zostało wcześniej dobitnie zaprezentowane – całkowicie niewymierna w ilości osób oskarżonych. Poza tym przy stałym zajmowaniu się jedną kategorią spraw zachodzi nieuchronne zjawisko przyzwyczajania się – prokurator staje się odporny na czytane słowa, które budzą jego coraz mniejsze oburzenie, gdyż zawsze „widział już gorsze”. Jest to zjawisko naturalne i odnośnie do mowy nienawiści oswojenie się z jej ilością i natężeniem zachodzi powszechnie³⁹, trudno więc oczekiwać, by prokuratorzy – którzy przecież też są ludźmi – mu nie ulegali.

Prokuratorzy podlegają także wszystkim innym zjawiskom psychologicznym związanym ze spostrzeganiem świata, w tym z kształtowaniem się stereotypów i uleganiem im przy ocenie ludzi. Nieobce są nam uprzedzenia. Nieobce są żarty z grup mniejszościowych. Nieobce zdziwienie, gdy ktoś z nas wdroży postępowanie z urzędu dotyczące zniewagi osoby z grupy LGBTQ. Zresztą organizacyjnie nie ułatwia nam się poznania i akceptacji inności. Wśród adwokatów są obco-krajowcy, są osoby innych ras i innych wyznań, są osoby niewidome, z niepełnosprawnościami fizycznymi czy otwarcie deklarujące swoją orientację seksualną. Prokurator nie może być inny. Ustawowo musi być Polakiem. Nie znam prokuratora, który miałby inny kolor skóry niż biały, który przyznawałby się do innej religii niż katolicka, który ujawniłby swoją orientację homoseksualną. Co więcej – a to osobiście uznaję za skandaliczne – prokurator nie może jeździć na wózku, czego wyraz dobitnie dał Prokurator Generalny, a potwierdził Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 12 kwietnia 2012 r. (sygn. II PK 218/11), odmawiając asesorce, która w wyniku wypadku komunikacyjnego stała się osobą niechodzącą, powierzenia czynności prokuratorskich. Do mniej znanych przykładów należy nieprzyjęcie po aplikacji na asesurę prokuratorską osoby (obecnie świetnego adwokata), która w tamtym okresie chorowała na białaczkę. Udawanie, że te decyzje nie były związane z niepełnosprawnością lub chorobą tych młodych, świetnych merytorycznie, ludzi, jest jedynie ukrywaniem dyskryminacji, której dopuszcza się urząd, mający ustawowy obowiązek przed tą dyskryminacją bronić i za nią karać. W efekcie prokurator z innością spotyka się tylko w osobie oskarżonego lub pokrzywdzone-

³⁸ A. Bodnar, *Umorzenia przestępstw z artykułów 256 i 257 kodeksu karnego. Studium czterech przypadków (w:) Przestępstwa nie stwierdzono. Prokuratorzy wobec doniesień o publikacjach antysemickich*, Stowarzyszenie przeciw Antysemityzmowi i Ksenofobii „Otwarta Rzeczpospolita”, Warszawa 2006, s. 19.

³⁹ M. Bilewicz, op. cit., s. 4 i n.

go, z którymi w sposób dość oczywisty nie umie się utożsamić, z braku własnego doświadczenia i z braku neutralnych kontaktów z daną mniejszością.

Pozostaje jeszcze wpływ sądów i ich orzeczeń na proces decyzyjny prokuratora. Racjonalny prokurator nie będzie się narażał na uniewinnienie albo co gorsza umorzenie, jeśli będzie miał przekonanie, graniczące z pewnością, że sąd tak zakończy sprawę inicjowaną jego aktem oskarżenia. Jak już wcześniej wspomniałam choćby na przykładzie sprawy „Hamas, Hamas...”, interpretacja znamion mowy nienawiści dokonywana przez sądy bardzo różni się od prokuratorskiej, a co więcej bardzo zależy od osoby, niezawisłego przecież, sędziego. Innym przykładem tego zjawiska może służyć sprawa tzw. „listy gejów”. Były poseł Ligii Polskich Rodzin umieścił przed laty w Internecie listę nazwisk wraz z adresami mailowymi osób, które uważał za będące orientacji homoseksualnej. Prokuratura Rejonowa Warszawa-Śródmieście prowadziła odnośnie do tego czynu postępowanie z ustawy o ochronie danych osobowych. Początkowo posłowi nie można było przedstawić zarzutu, gdyż prokuratura okręgowa nie zdecydowała się na wystąpienie z wnioskiem o uchylenie mu immunitetu. Zarzut ten został mu przedstawiony dopiero, gdy przestał być posłem. Prokurator skierował akt oskarżenia, jednak sąd sprawę umorzył z powodu braku znamion czynu zabronionego, wskazując, iż poseł dopuścił się tego zachowania w ramach swojej działalności politycznej (!). Prokurator postanowienie zażalił i sąd okręgowy je uchylił. Po ponownym rozpatrzeniu sprawy sąd ją umorzył z powodu znikomej szkodliwości społecznej. Prokurator ponownie zażalił i sąd okręgowy ponownie postanowienie uchylił. Kolejny raz rozpatrzwszy sprawę sąd warunkowo ją umorzył. Tym razem apelację wniósł obrońca i sąd okręgowy ponownie postępowanie zwrócił do I instancji. Po kolejnym rozpoznaniu sprawy sąd wydał wyrok skazujący i wymierzył karę grzywny (*nota bene*, uczynił to ten sam sędzia, który wydał wyrok w sprawie „Hamas, Hamas...”). Obrońca ponownie wyrok zaskarżył, słusznie wskazując na naruszenie zakazu *reformationis in peius*. Tym razem sąd okręgowy zmienił wyrok i sprawę umorzył z powodu znikomej szkodliwości społecznej, choć przed laty takie samo orzeczenie uznał przecież za błędne. Mając do czynienia z tak nieprzewidywalnym orzecznictwem, trudno się dziwić, że prokuratorzy sprawy nieoczywiste dowodowo lub prawnie wolą umarzać, niż narażać się na długie, aczkolwiek w efekcie końcowym prowadzące donikąd, procesy.

Konkludując, trzeba się zgodzić ze zdaniem profesor Płatek, iż prawo karne „pozostaje wątplym instrumentem w radzeniu sobie z mową nienawiści”⁴⁰. Warto więc, by prokuratura nie rozdrabniała swoich ograniczonych przecież sił na

⁴⁰ M. Płatek, *Mowa nienawiści – przesłanki depenalizacji*, w: Adam Bodnar et al. (red.), *Mowa nienawiści a wolność słowa. Aspekty prawne i społeczne*, Warszawa, 2010, wersja elektroniczna bez numeracji stron.

pojedyncze wpisy w Internecie, ale skupiała się na faktycznie poważnych zdarzeniach, a więc na przemocy z nienawiści i na tej mowie nienawiści, która niesie ze sobą realne ryzyko pociągnięcia tłumy w kierunku nietolerancji i przemocy (czyli mowie nienawiści głoszonej przez radykalne ugrupowania oraz przez osoby z autorytetem – w tym polityków, księży, uznanych dziennikarzy). Sąd Najwyższy i Europejski Trybunał Praw Człowieka pokazały nam ścieżkę, która powinna być przede wszystkim wykorzystywana – to droga wymagania od mediów, w tym wydawców internetowych, by usuwali mowę nienawiści z debaty publicznej, pod rygorem postępowań administracyjnych lub cywilnych⁴¹.

Co więcej, postępowania karne powinny być prowadzone wyłącznie wtedy, gdy nie ma wątpliwości, że wystąpiły wszystkie znamiona przestępstwa, i gdy ustalenie sprawcy jest realne. Inaczej, nie dość, że marnujemy ograniczone zasoby, ale dajemy przesłanie społeczne, że w większości przypadków prokuratura i tak nie ściga mowy nienawiści, co bez wskazania głębszych powodów, którym poświęcony był niniejszy tekst, jest przesłaniem sugerującym społeczeństwu niechęć prokuratury do prowadzenia takich spraw oraz jej niewydolność w wykrywaniu sprawców. Ryzyko pozostawiania takiego wrażenia społecznego powinno być eliminowane w zarodku, gdyż może jedynie pogłębiać negatywne postawy oraz zmniejszać zaufanie do organów ścigania.

Poza tym pamiętajmy, że przy przestępstwach z nienawiści liczy się nie fakt ścigania, ani nawet fakt ukarania, ale przede wszystkim prewencja i resocjalizacja. Walka z przestępstwami z nienawiści, a głównie z mową nienawiści, powinna się więc zacząć od edukacji tolerancji i szacunku do drugiego człowieka – w szkole, w kościele, na ulicy, w mediach, na stadionach, na mównicy sejmowej i dopiero na końcu w sądzie, pamiętając, że prawo karne to nie panaceum na wszystko, ale *ultima ratio*. A że można nauczyć tolerancji i posługiwania się neutralnym językiem wobec każdej grupy mniejszościowej pokazuje lekcja, którą dała mi moja 5-letnia wówczas córka. Opowiedziała mi, że w przedszkolu przed świętami był u nich ksiądz z Afryki, który mówił po polsku. Kierowana ciekawością, bezmyślnie zapytałam czy ksiądz był czarny. Córka spojrzała na mnie z oburzeniem i odparła: „Jaki czarny, mammo? On był brązowy”. I oby takiej umiejętności opisywania rzeczywistości nauczył się każdy z nas, tak by z narzędzi prawa karnego po prostu nie trzeba było korzystać.

⁴¹ M. Krotoszyński *Trzecia droga: środki administracyjne w zwalczaniu mowy nienawiści* (głos w dyskusji) w: Adam Bodnar et al. (red.), op. cit.

Wolność wypowiedzi w Internecie – granice kontroli przysługujące właścicielowi portalu internetowego – uwagi w świetle orzeczenia Delfi p. Estonii

Internet stał się pierwszym narzędziem mas. Ciężko sobie wyobrazić w dzisiejszych czasach chociażby kilka godzin bez sieci. Nasza codzienność coraz częściej przenosi się do wirtualnego świata, w którym w przeciwieństwie do realu, praktycznie nie ma prawa, regulacji wzajemnych stosunków.

Prawo nadal pozostaje w dużym stopniu niedostosowane do realiów mediów elektronicznych i nie nadąża za rozwojem technologii informacyjnych. Nie sfinalizowano wciąż prac nad ustawą o świadczeniu usług drogą elektroniczną (wprowadzającą m.in. mechanizm odpowiedzialności pośredników za treści dodawane przez innych użytkowników). Nadal trwają prace nad unijną reformą regulacji dotyczących danych osobowych, które mogą istotnie wpłynąć na podniesienie standardów ochrony prywatności w sieci. Nie wprowadzono również zapowiadanej od lat kompleksowej reformy prawa prasowego¹.

Pomimo wysiłków legislacyjnych w kraju i w UE, to sądy krajowe i międzynarodowe kształtują prawo w sieci. Do tej pory wypowiedziały się one m.in. co do odpowiedzialności za archiwa internetowe gazet, obowiązku udostępniania adresów IP (osób komentujących artykuły) przez wydawców czy też odpowiedzialności za linkowanie i embedowanie. Wiele problemów, z którymi spotykają się użytkownicy, dziennikarze, wydawcy oraz pośrednicy usług internetowych, jeszcze nie znalazło rozstrzygnięć w sądach.

Zagadnienie odpowiedzialności za treści generowane przez użytkowników operujących w Internecie od lat budzi zainteresowanie i kontrowersje. Portale umożliwiające komentowanie nierzadko stają się forum dla obrazoburczych, nie-

¹ D. Bychawska-Siniarska, D. Głowacka, *Wirtualne media – realne problemy*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2014 r., str. 9.

nawistnych i zniesławiających komentarzy. Pozorna anonimowość komentujących sprawia, że zapominają oni o odpowiedzialności za słowo².

Obserwując praktykę sądów w tym zakresie, dostrzegamy wzrost świadomości sędziów zarówno w odniesieniu do specyfiki komunikacji internetowej, jak i regulacji prawnych w sieci. Zdarza się jednak, że w orzecznictwie sądów krajowych i międzynarodowym widać rozbieżności i kontrowersje. Przykładem niech będzie wspomniana ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną w zakresie odpowiedzialności administratorów za treści umieszczane przez użytkowników sieci. Rozbieżności w tym zakresie pojawiają się nie tylko w orzecznictwie krajowym, ale także na poziomie europejskim, pomiędzy Europejskim Trybunałem Praw Człowieka („ETPC”) i Trybunałem Sprawiedliwości Unii Europejskiej („TS UE”) po wydanym w 2013 r. strasburskim wyroku w sprawie *Delfi p. Estonii*³.

TRYBUNAŁ W STRASBURGU „DYSCYPLINUJE” POŚREDNIKÓW

ETPC po raz pierwszy miał możliwość wypowiedzenia się na temat odpowiedzialności pośredników internetowych we wspomnianej sprawie *Delfi p. Estonii*⁴. Sprawa dotyczyła portalu internetowego w Estonii, który publikuje do 330 artykułów dziennie. Pod poszczególnymi artykułami dostępna jest opcja dodawania własnych komentarzy przez czytelników, których liczbę można oszacować na około 10 tys. dziennie. Są one publikowane automatycznie, jednak każdy czytelnik ma możliwość oznaczania nieodpowiednich komentarzy, które następnie są usuwane, jeśli administrator uzna, że są bezprawne. Dodatkowo funkcjonuje automatyczny mechanizm filtrowania wpisów pod kątem wulgarnych słów. Jeżeli wpis narusza dobra konkretnej osoby – może ona poinformować o tym administratorów bezpośrednio, wtedy wpis zostanie niezwłocznie usunięty. Na portalu znajduje się informacja, że użytkownicy odpowiadają sami za swoje komentarze oraz że nie są dopuszczalne wpisy naruszające prawo lub dobre obyczaje.

W styczniu 2006 r. na portalu ukazał się krytyczny artykuł na temat spółki SLK (właściciela promów, które kursowały pomiędzy Estonią a okolicznymi wyspami). W artykule wskazano, że działalność SLK narusza „drogi lodowe”, które umożliwiają tańsze dostanie się na wyspy niż podróż promem. W ciągu dwóch dni

² M.in. Apel Tygodnika Powszechnego z 24 lipca 2012 r., dostępny na: <http://tygodnik.onet.pl/kraj/wspolne-nie-dla-internetowej-nienawisci/qqwxw>.

³ Wyrok z 8 października 2013 r., skarga nr 64569/09. Wyrok nie jest prawomocny, zostało wniesione odwołanie do Wielkiej Izby.

⁴ Na rozpoznanie w ETPC czekają kolejne sprawy dotyczące odpowiedzialności dostawców usług internetowych, m.in. sprawa *Jeziór p. Polsce*, skarga nr 31955/11.

pod artykułem pojawiło się 185 komentarzy. Niektóre z nich zawierały personalne groźby i obraźliwe określenia skierowane pod adresem L. – członka rady nadzorczej SLK. Dnia 9 marca 2006 r. prawnicy L. zażądali od skarżącego usunięcia 20 obraźliwych komentarzy oraz 5 000 koron (około 320 euro) zadośćuczynienia za szkody niemajątkowe. Tego samego dnia obraźliwe komentarze zostały usunięte przez skarżącego, jednak skarżący odmówił wypłaty zadośćuczynienia. L. wystąpił z powództwem o ochronę dóbr osobistych przed estońskimi sądami, które uznały jego roszczenia za zasadne. Sądy stwierdziły, że Delfi odpowiada za treść komentarzy w okresie, gdy były dostępne na stronie (6 tygodni), argumentując, że portal aktywnie zachęcał do publikowania komentarzy (na których zarabiał). Dlatego nie powinno traktować się go jako „pośrednika” w tej sprawie i stosować szczególnego mechanizmu wyłączenia odpowiedzialności wynikającego z Ustawy o Usługach Społeczeństwa Informacyjnego (tj. że administrator nie odpowiada za bezprawne komentarze, o ile nie wiedział o ich nielegalnym charakterze, bądź niezwłocznie zablokował do nich dostęp), ale jako wydawcę, który odpowiada na tych samych zasadach, co autor treści na gruncie prawa cywilnego⁵.

Trybunał w wyroku z dnia 10 października 2013 r. uznał jednogłośnie, że nie doszło do naruszenia swobody wypowiedzi w tej sprawie. ETPC stwierdził, że stanowisko sądów krajowych, z którego wynika, że komentarze internautów należy w tym przypadku traktować tak, jak treści redakcyjne, a administratora strony tak jak wydawcę z punktu widzenia zasad odpowiedzialności – jest dopuszczalną interpretacją prawa krajowego i europejskiego w odniesieniu do nowych zjawisk technologicznych, której Trybunał nie ma podstaw kwestionować. Tym samym ETPC przyjął, że ingerencja w wolność słowa miała w tej sprawie wystarczającą podstawę prawną i w dalszej części wyroku skoncentrował się na zbadaniu, czy ingerencja ta była proporcjonalna. Trybunał sformułował cztery czynniki ważne dla oceny tego aspektu: 1) kontekst spornych komentarzy, 2) środki zastosowane przez skarżącego w celu zapobiegnięcia naruszeniu i usunięcia jego skutków, 3) realną możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności autorów wpisów, 4) dotkliwość sankcji⁶.

Trybunał przyznał, że artykuł dodany przez Delfi nie zawierał treści naruszających dobra osobiste i był opracowany w zgodzie z wymogami rzetelności dziennikarskiej. Miał jednak negatywny wydźwięk, a zatem doświadczeni administratorzy portalu (który znany jest z ostrych komentarzy internautów) powinni się spodziewać, że wpisy pod nim mogą mieć nienawistny charakter, co – zdaniem

⁵ Opis wyroku dostępny jest w języku polskim na stronie: http://www.obserwatorium.org/index.php?option=com_content&view=article&id=4530:etpc-wyrok-ws-delfi-as-p-estonii-&catid=41:etpcz&Itemid=53.

⁶ Par. 85 wyroku.

ETPC – obowiązało ich do zachowania w tym przypadku szczególnej staranności. Ponadto środki służące przeciwdziałaniu nielegalnym treściom stosowane przez Delfi (m. in. automatyczne filtrowanie wulgaryzmów, system zgłaszania naruszeń etc.) nie chroniły w sposób wystarczający przed naruszeniem praw innych osób. W tym kontekście Trybunał podkreślił, że portal był zainteresowany tym, aby jak najwięcej osób komentowało artykuły redakcyjne. Był to bowiem istotny element modelu biznesowego Delfi, od którego zależał dochód portalu z reklam i na którym opierała się w dużej mierze zawodowa działalność serwisu.

ETPC zwrócił również uwagę, że osoba poszkodowana komentarzami mogłaby mieć w praktyce duże trudności w identyfikacji ich autorów w postępowaniu cywilnym i wytoczeniu im powództwa bezpośrednio. Uniemożliwienie jej dochodzenia roszczeń od portalu, mogłoby ją zatem – w ocenie ETPC – pozbawić jakiegokolwiek możliwości ochrony praw. „Łatwość rozpowszechniania informacji w Internecie i ich ogromna ilość w sieci oznacza, że bardzo trudno jest namierzyć i usuwać bezprawne treści. To zadanie trudne dla administratorów, ale jeszcze bardziej uciążliwe dla potencjalnych poszkodowanych, którzy co do zasady nie mają środków pozwalających na stałe monitorowanie Internetu” – zaznaczył Trybunał⁷. Na końcu ETPC zbadał wysokość zadośćuczynienia – 320 euro, stwierdzając, że nie jest ona nadmiernie wysoka w sytuacji, gdy skarżący jest jednym z największych portali informacyjnych w Estonii.

KRYTYKA WYROKU

Wyrok został odczytany przez opinię publiczną jako ograniczający wolność słowa w sieci⁸. Jednym z podstawowych zarzutów był brak uwzględnienia przez Trybunał praktyki większości dostawców, którzy usuwają treści na podstawie zasad wynikających z wewnętrznych regulaminów. Dostawcy prowadzą regularny monitoring treści w kontekście niezgodności z wewnętrznymi regulaminami, w większości nie wymagają również rejestracji pod prawdziwym nazwiskiem. Większość z nich bazuje swoją działalność na post-moderacji, nie usuwając treści przed ich publikacją. Pre-moderacja jest trudna, pracochłonna i często opóźnia konwersacje⁹. Dodatko-

⁷ Par. 92 wyroku.

⁸ E. Siedlecka, *Po wyroku Trybunału w Strasburgu: wolna Sieć?* Bez komentarza, Gazeta Wyborcza, 11 października 2013 r. Artykuł dostępny na: http://wyborcza.pl/1,75478,14758741,Po_wyroku_Trybunalu_w_Strasburgu__wolna_Siec__Bez.html.

⁹ Opinia przyjaciela sądu przed Wielką Izbą 28 organizacji pod przewodnictwem Media Legal Defence Initiative, 6 czerwca 2014 r., opinia dostępna jest na: <http://www.mediadefence.org/sites/default/files/files/20140606%20Delfi%20intervention%20FINAL.pdf>.

wy obowiązek nałożony na pośrednika w postaci filtrowania treści może prowadzić do zmiany regulaminów przez pośredników w celu zmuszenia użytkowników do rejestracji pod prawdziwym nazwiskiem. Będzie to uderzało w rozwiązanie, które sprawiło, iż komentowanie w Internecie jest tak popularne. Anonimowość jest wartością samą w sobie i nie należy z niej rezygnować¹⁰.

Z pewnością bowiem nałożenie obowiązku filtrowania treści i ich usuwanie przez pośredników internetowych jest znaczącym dla nich obciążeniem. Szczególnie dla mniejszych portali. Automatyczne przerzucanie odpowiedzialności za treści na dostawców niezależnie od gwarancji wynikających z procedury *notice and takedown* może doprowadzić do rygorystycznej moderacji i kontroli komentarzy przez pośredników oraz nadmiernego ich usuwania w celu wyłączenia własnej odpowiedzialności. Taka polityka portali, działających jako cenzor, może mieć efekt mrozący na użytkowników i powstrzymywać ich od zabierania głosu w sprawach istotnych¹¹. Zarzuca się również ETPC, iż nie uwzględnił kroków podjętych przez dostawcę w celu usunięcia treści, w momencie, w jakim się o nich dowiedział. Dobra wola dostawcy, powinna być brana pod uwagę przez sądy krajowe¹².

Komentatorzy wskazują, że nie można uznać za zgodną z wymogami konwencji sytuacji, w której sąd krajowy całkowicie ignoruje jedną z możliwych podstaw prawnych rozstrzygnięcia (wynikającą z prawa europejskiego) i zastępuje ją inną (wynikającą z prawa cywilnego)¹³. Jednostka musi w sposób jednoznaczny wiedzieć, jak jej zachowanie będzie kwalifikowane na gruncie prawa krajowego. W przedmiotowej sprawie pośrednik mógł zakładać, iż będą miały zastosowanie przepisy regulujące świadczenie usług w Internecie, wynikające z implementacji Dyrektywy o handlu elektronicznym¹⁴. Wyrok stanowi podważenie zasady supremacji prawa europejskiego, Trybunał wymusza na sądach stosowanie przepisów krajowych przez przepisami wynikającymi z regulacji europejskich. Ponadto, orzeczenie to wydaje się sprzeczne z wcześniejszym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który na kanwie spraw dotyczących praw autorskich w sieci wskazał, że nie powinno się narzucać pośrednikom obowiązku prewencyjnego kontrolowania sieci¹⁵.

¹⁰ L. Sun, *Battle for online freedom of Speech-Identity: Authenticity or Anonymity*, 2013.

¹¹ Opinia przyjaciela sądu Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka złożona przed Wielką Izbą dnia 3 kwietnia 2014 r.: http://www.obserwatorium.org/images/Delfi_opinia%20Wieka%20Izba.pdf.

¹² Opinia przyjaciela sądu Article 19 w sprawie *Jeziór p. Polsce*, dostępna na: <http://www.article19.org/data/files/medialibrary/3670/Amicus-brief-Jezior-v-Poland-A19-submissions.pdf>.

¹³ B. Rodak, Głosa do wyroku ETPC z dnia 10 października 2013 r., 64569/09.

¹⁴ Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego.

¹⁵ Np. wyrok z dnia 24 listopada 2011 r. w sprawie *Sabam v. Scarlet*, sprawa C-70/10.

Krytyka organizacji pozarządowych oraz komentatorów wydaje się być uzasadniona. Należy bowiem wskazać, że dostawca po otrzymaniu zawiadomienia usunął zniesławiające komentarze. Sprawa dotyczyła ponadto relacji pomiędzy podmiotami prywatnymi. Zniesławionemu członkowi rady nadzorczej przysługiwał szereg instrumentów karnych i cywilnych w celu ochrony swojej reputacji.

Orzeczenie w sprawie Delfi zaczęło już wywierać wpływ na orzecznictwo sądów w Polsce, które powołując się na wyrok Trybunału przypisują odpowiedzialność pośrednikom, niezależnie od istnienia UŚUDE¹⁶. Zdarza się również iż sądy, konstruując reżim odpowiedzialności w oparciu o inne przepisy (np. Prawo prasowe), omijają regulacje wynikające z UŚUDE¹⁷.

Część komentatorów wskazuje jednak, iż wyrok może mieć potencjalne znaczenie w sprawach dotyczących mowy nienawiści w sieci i wywrzeć „dyscyplinujący” wpływ na pośredników, zwiększając ich zaangażowanie w walce z mową ekstremalną¹⁸. W walce tej zwiększenie zaangażowania pośredników wydaje się jednym ze skuteczniejszych rozwiązań, w kontekście niewydolności prokuratury.

PROKURATURA W WALCE Z NIENAWISTNĄ TREŚCIĄ

Efektywność w zwalczaniu mowy nienawiści w sieci prokuratury budzi wątpliwości. Prokuratura niezwykle rzadko wszczyna postępowania na podstawie art. 119 (groźba karalna), 256 (nawoływanie do nienawiści) oraz 257 (znieważenie grup ludności) Kodeksu karnego¹⁹ w stosunku do treści pojawiających się w sieci. Rzadko zdarza się, że efektem pracy prokuratury jest wniesienie aktu oskarżenia. Jak wynika ze statystyk prokuratury²⁰ w 2013 r. prowadzono 835 postępowań w sprawie przestępstw motywowanych pobudkami rasistowskimi i ksenofobicznymi. Aż 252 sprawy, tj. ok. 30 % przestępstw z nienawiści popełnianych było z wykorzystaniem Internetu. Jedynie w 17 sprawach zdecydowano się na wniesienie aktu oskarżenia. Znakomita większość spraw jest umarzana ze względu na

¹⁶ Wyrok Sądu Najwyższego z 10 stycznia 2014 r., sygn. akt. 128/13.

¹⁷ Sprawa Romana Giertycha przeciwko wydawcy „Faktu”, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 stycznia 2014 r., sygn. akt. I CSK 128/13.

¹⁸ Katarzyna Warecka, Strasburg: serwis internetowy odpowiada za komentarze internautów, Komentarz do wyroku *Delfi AS przeciwko Estonii*.

¹⁹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., Dz. U. Nr 88, poz. 553.

²⁰ Sprawozdania i statystyki. Sprawy prowadzone w 2013 r. w jednostkach organizacyjnych prokuratury z pobudek rasistowskich lub ksenofobicznych, dokument z 17 marca 2014 r., dostępny na: <http://www.pg.gov.pl/sprawozdania-i-statystyki/wyciag-ze-sprawozdania-dot-spraw-prowadzonych-w-2013r-w-jednostkach-organizacyjnych-prokuratury-z-pobudek-rasistowskich-lub-ksenofobicznych.html#VIBIOzGG9ws>.

brak wykrycia sprawcy, brak znamion przestępstwa czy też brak danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie popełnienia czynu. Kolejne wytyczne wydawane przez Prokuratora Generalnego w sprawie ścigania mowy nienawiści zdają się przynosić niewystarczające efekty.

Wyzwaniem, jaki stawia Internet przed organami ścigania, jest przede wszystkim identyfikacja sprawców. Wielu użytkowników korzysta z Internetu na zasadzie anonimowości. Natomiast warto zdawać sobie sprawę, że właśnie korzystanie z anonimowości w kontekście mowy nienawiści jest złą stroną medalu, powodującą bezkarność wielu sprawców²¹.

ZWIĘKSZENIE UDZIAŁU POŚREDNIKÓW

Niewątpliwie działania polegające na karaniu twórców treści stanowiących mowę nienawiści są istotne, ale nie przyczynią się do całkowitego wyeliminowania zjawiska. Prokuratura i sądy powinny kontynuować swoje działania w ramach obowiązujących przepisów²². Niemniej jednak skuteczna walka z mową nienawiści nie może odbywać się bez zaangażowania pośredników, dostawców internetowych.

Zaangażowanie to powinno się odzwierciedlać poprzez zwiększoną kontrolę dostępu do treści stanowiących mowę nienawiści, co z kolei ograniczyłoby jej szkodliwość. Nie chodzi przy tym o blokowanie stron internetowych, co raczej niedopisywanie ich do indeksów popularnych wyszukiwarek lub niestwarzania możliwości szerzenia takich treści za pośrednictwem najbardziej popularnych dostawców usług internetowych²³.

W dłuższej perspektywie, główni gracze na rynku usług internetowych (tacy jak Google, Facebook lub Twitter) poprzez wyznaczanie standardów mogą mieć wpływ na cały rynek pozostałych usługodawców, jeśli wręcz nie doprowadzą do monopolu na swoje usługi na poszczególnych rynkach usług internetowych. Warta odnotowania jest praktyka rozpoczęta przez portal społecznościowy Facebook, który w okresie od 11 do 27 listopada 2013 r. usunął 75 fanpage'ów na podstawie 223 zgłoszeń dotyczących mowy nienawiści²⁴. Ciężko będzie jednak osiągnąć

²¹ Adam Bodnar, *Rola dostawców usług internetowych w walce z mową nienawiści*, w: Dominika Bychawska-Siniarska, Dorota Głowacka, *Mowa nienawiści w internecie: jak z nią walczyć?*, Warszawa 2013 r., str. 52.

²² Ibidem, str. 54.

²³ Ibidem, str. 55.

²⁴ Dane dostępne na profilu „Wielkie sprzątanie Facebooka. Stop mowie nienawiści, faszyzmowi i agresji“ (wpis z 16 grudnia 2013 r.): https://www.facebook.com/wielkie.sprzatanie?hc_location=timeline

stan, w którym przywiązanie do zasad demokracji, tolerancji oraz pluralizmu stanie się jedną z największych wartości korporacyjnych dostawców usług, determinowanych przez różnorodność użytkowników ich usług.

Może to być jednak proces długotrwały, wymaga bowiem zmiany podejścia niektórych pośredników. Pośrednicy zarabiają na mowie ekstremalnej w sieci. Część z nich, jak portal *chamsko.pl*, nie poczuwają się do odpowiedzialności za treści na nim promowane, a instrumenty prawne w zakresie przeciwdziałaniu takiej praktyce są ograniczone²⁵. Ponadto, pośrednicy mogą nie chcieć brać na siebie dodatkowych kosztów związanych z moderacją lub filtrowaniem treści umieszczanych na ich serwisach. Warto również podkreślić, że istnieje pewne zagrożenie co do portali operujących w państwach niedemokratycznych. O ile po dużych usługodawcach internetowych możemy się spodziewać próby walki z mową nienawiści, nie należy zapominać, że w niektórych państwach są oni wypierani przez lokalne odmiany globalnych serwisów (np. Yandex w Rosji), które kierować się mogą zupełnie innymi standardami niż pochodzące z demokracji największe serwisy²⁶.

PODSUMOWANIE

Wyrok ETPC w sprawie Delfi przyczynić się może do zwiększenia odpowiedzialności pośredników za nienawistną treść. O ile wyrok wydaje się korzystny w zakresie walki z mową ekstremalną w sieci, należy pamiętać o krytyce, na jaką zasługuje wyrok w kontekście rozwoju wolności słowa w Internecie. W obawie przed odpowiedzialnością, szczególnie mali pośrednicy, których nie stać na profesjonalnych moderatorów, mogą zamykać internetowe fora i ograniczać możliwość komentowania.

Wyrok może mieć efekt „dyscyplinujący” na portale, które zarabiają na nienawistnych treściach. Trybunał podkreślił bowiem, że zarabkowanie w Internecie musi się wiązać ze zwiększoną odpowiedzialnością za treści. Szkoda jednak, że ETPC nie zdecydował się wprowadzić rozróżnienia pomiędzy mową nienawiści skierowaną do mniejszości (ściganą publicznie), w której pośrednicy powinni przyjąć wymaganą przez wyrok w sprawie Delfi proaktywną rolę, a mową nienawiści skierowaną do poszczególnych osób (ściganą prywatnie, na gruncie przepisów o ochronie dóbr osobistych), gdzie odpowiedzialność dostawców powinna być oparta na procedurze *notice and takedown*. Wydaje się, że wtedy wyrok uzyskałby większą akceptację wśród zwolenników szerokiej wolności słowa.

²⁵ Anita Karwowska, *Bo Polak w sieci potrzebuje chamstwa*, Metro, Kraj, 2 kwietnia 2014 r., str. 2.

²⁶ A. Bodnar, *Rola dostawców ... op. cit.*, str. 60-61.

Dyskusja

Agata Helena-Skóra

Pytanie dotyczące tego, o czym mówiła Pani Prokurator, ale też do tego, do czego nawiązała Pani Bychawska z Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka, czyli sytuacji, kiedy w internecie portal, który w jakiś sposób jest edytorem, udostępnia publikowanie mowy nienawiści. Są dwa przykłady w historii świata, kiedy w tamtych czasach, przed II wojną światową, była gazeta na terenie Rzeszy, którą prowadził Julius Streicher, która w zasadzie była gazetą satyryczną, publikującą komiksy na temat Żydów, dość obraźliwe. Obrażliwe do tego stopnia, że po II wojnie światowej Trybunał Norymberski skazał Streichera za zbrodnie przeciwko ludzkości nie ograniczając zakresu temporalnego, skazał go za całą działalność.

Druga taka sytuacja zaczęła się w roku 1990, kiedy to gazeta „Kangura” na terytorium Rwandy, w której wtedy był pokój, bo to było jeszcze w czasach pokoju przed podpisaniem nawet Arusha Accords, w każdym razie później była misja pokojowa, konfliktu nie było, konflikt się zaczął w kwietniu 1994 roku i była gazeta i radio, które propagowały nienawiść przeciwko Tutsi, którzy de facto nie są odrębną grupą etniczną, więc tutaj na przykład by nie podchodziły pod polską definicję, natomiast potem przez Międzynarodowy Trybunał zostały uznane, bo zbrodnie ludobójstwa, to musi być ta przesłanka grupy etnicznej, żeby byli postrzegani jako odrębna grupa etniczna, to można było wydać wyroki dotyczące ludobójstwa. I tam w pierwszej, osoby prowadzące stację radiową, tam był polityk, dziennikarz, jeden dziennikarz się przyznał do winy w odrębnym postępowaniu i osoba, która prowadziła gazetę, zostały oczywiście po wojnie skazane za ludobójstwo i podżeganie do ludobójstwa. Natomiast w I instancji, cały ten czasookres, tego czasu pokoju został uwzględniony, natomiast potem już izba apelacyjna w dużym stopniu ograniczyła tą odpowiedzialność tylko do czasu konfliktu zbrojnego, natomiast we mnie się rodzi takie pytanie, bo to jak jest się w takiej sytuacji, w tym czasie pokoju, kiedy właśnie różne rzeczy są publikowane wokół, człowiek nie do końca zdaje sobie sprawę, jakie długofalowe konsekwencje rodzić to może, zwłaszcza jak się wydaje nam, że jesteśmy daleko od tego, co się w danym momencie dzieje, na Bliskim Wschodzie, a np. wypowiedzi antyislamskie tutaj. Czy

Panie uważają, że potrzebna jest reforma prawa polskiego, po to, żeby lepiej wyszkolić prokuratorów, żeby była większa świadomość społeczna, żeby przestępstwa z mowy nienawiści wreszcie nabrały takiego waloru jako rzeczy, które długofalowo mogą mieć złe konsekwencje, a nie były postrzegane jako coś „no powiedział coś, popełnił gafę, należy mu wybaczyć”? Dziękuję bardzo.

Yvonne Donders

Proszę bardzo. Dobrze, widzę jeszcze jedno zgłoszenie.

Łukasz Jurszczyszyn

Chciałbym bardzo podziękować za bardzo interesujące wystąpienia. Ja mam jeden komentarz i jedno pytanie wywołane świetnym wystąpieniem dr Małgorzaty Szeroczyńskiej na temat tęczy. Chciałbym podziękować, że Pani nie zbagatelizowała tego tematu, wręcz przeciwnie – podkreśliła powagę tej kwestii, tej sytuacji, tego zjawiska, które zachodzi w naszym mieście, Warszawie, i mówiła Pani przede wszystkim o bardzo ważnej kwestii zniuansowania przyczyn, dlaczego ta tęcza płonie. Trochę uwagi tęczy się należy, zbliża się data ryzykowna dla kondycji tej instalacji, dlatego pozwolę sobie na taki dłuższy komentarz. Mówiła Pani o frustracji, mówiła Pani o nudzie, że to może być jedna z przyczyn, chyba tak, mówiła Pani o frustracji w innej części swojej prezentacji, myślę, że tak, uważam, że tak, że frustracja jest zbyt często podawana jako jedna z przyczyn, zjawisk, które odnoszą się do kwestii dyskryminacji, kwestii rasizmu czy nienawiści, ale na pewno tak. Jest jeszcze jedna bardzo ważna przyczyna, o której chciałem wspomnieć, o której mówi teoria socjologiczna, stara ze szkoły chicagowskiej, z pierwszej połowy XX wieku, teoria zbitych szyb „*broken windows theory*”, która mówi nam jedno. Mówi nam, że degradacja pociąga kolejną degradację. Zbite szyby, przykłady degradacji w przestrzeni publicznej, miejskiej wywołują pewne kolejne przykłady wykroczeń, przestępstw i należy przede wszystkim bardzo szybko reagować po spaleniu tej tęczy, aby miasto i warszawiacy widzieli ją zawsze odbudowaną. Chciałbym zaapelować do Prokuratury, do Policji, żeby bardzo szybko reagować w tej sytuacji, ponieważ uważam, że po raz szósty tęcza spłonęła i ma Pani rację, z różnych przyczyn, ale rok temu oprócz tęczy spłonął również przedsiónek ambasady Federacji Rosyjskiej. Także, ta degradacja, która pociąga za sobą kolejne przyczyny, pewnie też z natury ideologicznej, o tym też Pani wspomniała i słusznie. Nasi koledzy rosyjscy, rok temu, Fundacja Batorego, kolejny raz zorganizowała klub polityków rosyjsko-polskich i oni mieli przypadek ten, spaleni przedsiónek ambasady rosyjskiej spowodowany on był nienawiścią narodową wobec Rosjan. Także to jest moje pytanie do Pani, czy Pani wie z jakich przyczyn ci młodzi ludzie, bo z tego co pamiętam, to było dwóch panów, jeden spoza Warszawy, doko-

nali tego spalenia i pytanie, które się z tym wiąże, jak prokuratura się zachowała wobec nich, czy podobnie jak w stosunku tych dyrektorów, czy inaczej?

Paula Sawicka

Ja chciałabym nawiązać do wystąpienia Pani Prokurator i jak zwykle, ja w ogóle dziękuję za to omówienie całości pracy prokuratury, dla mnie jako osoby stojącej po drugiej stronie, osoby składającej te zawiadomienia, często to jest bardzo pouczające i ja też rozumiem szereg trudności, które się z tym wiążą, ale chciałabym przestrzec przed jednak nadmiernym bagatelizowaniem tych zjawisk, jakim jest mowa nienawiści. Prawdopodobnie ma Pani rację, że często te zawiadomienia, które wpływają, są zbyt mało umocowane, ale z drugiej strony jednak jest takie zjawisko, że istnieje przyzwolenie dla takiej mowy i myślę, że nasza reakcja jest niezbędna. Niezbędna jest reakcja publiczna, społeczna, bo tego brakuje, bo to nas odróżnia od na przykład innych państw, w których istnieje reakcja społeczna, gdy coś takiego złego się dzieje. U nas czegoś takiego nie ma. Jeżeli będziemy to tylko bagatelizować, to wtedy będą się te zdarzenia nasilać i zdecydowanie chciałabym jednak nie zgodzić się z twierdzeniem, że nie ma związku między słowem i czynem. Ja uważam, że jest ten związek, ja go widzę w Polsce też. Natomiast tu padał przykład Rwandy, to jest bardzo dobry przykład pokazujący, jak słowo doprowadziło do czynu, do mordów, do ludobójstwa. I to, że u nas nie osiągnęliśmy tego stanu w Polsce, nie jest żadnym powodem, żeby mówić, że tego nie ma. Przykład 11 listopada pokazuje, jak eskalują te zachowania, jak ze słów, które były na początku, mamy do czynienia z czynami, coraz bardziej agresywnymi, ja bym dodała jeszcze, że oprócz tego, że spalono tęczę i spalono przedsionek ambasady, to napadnięto na squat, na ludzi, którzy byli w bardzo poważnym zagrożeniu i dlatego rozumiejąc te wszystkie problemy, chciałabym się zastanowić nad tym, co możemy rzeczywiście zrobić, bo edukacja jest potrzebna, ale młodym ludziom. Natomiast jest też problem kary, myślę, że rozwijanie systemu sprawiedliwości naprawczej będzie być może dawało lepsze efekty, lepsze skutki, bo ja się zgadzam, że nie można wsadzać za słowa ludzi do więzienia, bo oni często się tam bardziej demoralizują.

Yvonne Donders

Dziękuję bardzo, sądzę, że poproszę teraz o odpowiedź Panią Prokurator, a potem dwie kolejne Panie Panelistki.

Małgorzata Szeroczyńska

Nie chciałabym, żeby Państwo odnieśli wrażenie z mojej wypowiedzi, że my coś banalizujemy. My do tych wszystkich przestępstw naprawdę podchodzimy bar-

dzo poważnie i jak patrzę na moich kolegów, którzy mają je w swoich referatach, wysiłek w wykryciu tego sprawcy kryjącego się w internecie, jakość uzasadnienia i chęć znalezienia sprawców, jakość uzasadnienia aktu oskarżenia jest na coraz wyższym poziomie i chęć uzyskania tych skazań jest też bardzo duża. Ja chcę Państwu pokazać, że też nie można patrzeć na prokuraturę jako na narzędzie, które jest panaceum na wszystko. To nie może być tak, że jak wymyślimy sobie wytyczne Prokuratora Generalnego i nałożymy obowiązki na prokuraturę do ścigania tego, to nam się rozwiąże problem. Prawo karne to jest *ultima ratio* i powinniśmy mieć taką szeroką politykę, zaczynając od edukacji i poprzez media, poprzez właśnie, ja się tutaj zgadzam, z Panią z Fundacji Helsińskiej, właśnie wymagania od administratorów stron internetowych jednak tej czystości mowy, bo oczywiście to jest zło, tego nie powinno być, tego nie powinny nasze dzieci słyszeć, widzieć i do tego przyzwyczajając i powinniśmy wychować, przyszłe, nowe lepsze pokolenie, te też da się wyedukować.

Proszę Państwa, ja Państwu podam bardzo fajny przykład mowy nienawiści homofobicznej. Było zawiadomienie z Kampanii Przeciwko Homofobii i jeśli chodzi o tekst internetowy, my takie rzeczy prowadzimy bo wiemy, że osoby fizyczne, osoby prawne nie mają możliwości uzyskania tych danych. Został ustalony komputer w domu, ustalono, że z komputera korzysta nastolatek, powiedział, że to nie on, że może koleczy, następnego dnia tego nastolatka przyprowadziła za ucho mama, dosłownie za ucho, nastolatek miał 19 lat, więc mocno za to ucho trzymała i kazała mu się przyznać i on się grzecznie przyznał. Koleżanka, która prowadziła tę sprawę, przysłała do mnie i zapytała: „co robimy?”, ja mówię: „w takim razie piszesz akt oskarżenia”, „no dobra, w takim razie wniosek o warunkowe umorzenie postępowania, żeby nastolatek dostał po łapach i żeby się nauczył, że jeśli mama zrobiła wysiłek żeby go wychować, to ja go poprę i my naprawdę mamy takie nastawienie, ale nie liczcie Państwo, że my rozwiążemy wszystkie problemy. To nie tak, to musi być kampania wspólna na bardzo wielu poziomach. Jeżeli chodzi o 11 listopada i o te wszystkie wydarzenia, to jesteśmy Proszę Państwa na etapie zakładu, to jest wojna chuliganów z policją. Chuliganów nie tylko warszawskich notabene, jest świetny argument, żeby toczyć taką wojnę. Squaty są napadane nie tylko 11 listopada, demonstracje nie tylko 11 listopada kończą się walką z policją, mówimy o splotnięciu tęcz, mówimy o splotnięciu stróżówki, a nie przedsionka, stróżówki przed płotem tej Ambasady. Pamiętajcie, że wcześniej splotnęły samochody telewizyjne, bardzo drogie samochody telewizyjne i tak naprawdę od tego się zaczęło. Fakt, że można coś spalić, jest fajnym faktem i wiemy to nie tylko z historii Polski, we Francji jak jest demolka, to zawsze się palą samochody. Więc to jest taka reakcja młodzieży... No powiedzmy, że młodzieży. Dla mnie to jest przejaw frustracji i przejaw takiej możliwości utajnionego

wyżycia własnej agresji. Nie wiem, czy Państwo wiecie, ale w tych demonstracjach nie uczestniczą tylko kibole, ale i chuligani, pod tymi maskami potrafią się kryć aplikanci radcowscy, aplikanci adwokaccy, adwokaci, dyrektorzy, bardzo wysoko postawione osoby, które po prostu w tłumie czują się bezpiecznie. Ja bym tutaj nie mówiła, że to jest mowa nienawiści typowo rasistowska, czy typowo nacjonalistyczna, nie, po prostu: jest impreza, pójdziemy zabawić się, porzucamy w policję i dla mnie tutaj najlepszym przykładem jest demolka, która miała miejsce na Marszałkowskiej z kibicami włoskimi, którzy jak zobaczyli policjantów tak samo zareagowali. Ja nie chcę powiedzieć, że to jest dobre, natomiast nie usiłujmy na siłę szukać tego kontekstu szowinistycznego. Może jest tak, że oni sobie znajdują ten nacjonalistyczny symbol, żeby się uzasadnić, ale tak naprawdę chodzi o to, żeby porozrabiać. I mecze też temu służą. Nie umiem Panu odpowiedzieć, co Prokuratura Okręgowa zrobiła z tymi dwiema osobami, natomiast na początku pierwszą osobą, którą złapano za podpalenie tej stróżówki był człowiek, o którym kolega na facebook'u napisał, że on to zrobił a okazało się, że on zadzwonił do niego i powiedział, że widziałem jak ktoś to zrobił. Więc to, co przekazywane jest w mediach, pokazują, że prokuratura nic nie robi, że policja zatrzymała, a prokuratura nie wsadziła no to też nie do końca jest tak. Jeśli chodzi o pierwsze pytanie, to ja się z Panią zgadzam, bo to, co ja widzę, to jest to takie przeniesienie nacisku na owe komentarze, owych internautów, osoby fizyczne, których znaczenie, autorytet, przekaz medialny jest tak naprawdę bardzo mały, a utraty tego nacisku na ściganie tej osoby, która ten autorytet mają i są słuchane i które mogą wywołać właśnie chęć do podjęcia działań i chęć do przejścia ich poglądów. Ja jak najbardziej jestem za tym, żeby ścigać osoby wysoko postawione, które mogą ten przekaz medialny spowodować, że jest dużo bardziej niebezpieczny. I tak, proszę Państwa, ścigamy panią, która na Tweeterze zaproponowała butelkę whisky za spalenie tęczy, i będziemy to dalej robić. A jeżeli chodzi o tęczę, policjanci jej pilnują, straż miejska tam siedzi, jest monitoring, są zraszacie, jeden pan został złapany jak podpalił jednego kwiatka, złapała go straż miejska i kwiatek został ugaszony. Postępowanie o śpiących strażników miejskich przy ostatnim podpaleniu też prowadzimy, także to nie jest tak, że my cokolwiek bagatelizujemy, bo naprawdę nie kładźcie wszystkiego na nasze barki.

Dominika Bychawska – Siniarska

Co do pierwszego pytania, dotyczącego tego, co należy robić. Ja bardzo wierzę w to, że powinniśmy w dużo większym zakresie używać procedurę *notice and take down* do mowy nienawiści, bo tak naprawdę każdy z nas ma prawo czytając treści nienawistne zwrócić się do operatora z wnioskiem, żeby został on usunięty. Wiele organizacji wyspecjalizowało się, wiele osób składa zawiadomienia dotyczą-

ce mowy nienawiści do organów ściągania, nie korzystając z tej możliwości, jaką daje nam ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną. I jeszcze jedna kwestia – zaangażowanie samych administratorów stron, portali społecznościowych; i tu bardzo fajnym przykładem jest wielkie sprzątanie Facebooka „Stop mowie nienawiści, faszystom i agresji”. Facebook tę akcję rozpoczął z okazji 11 listopada, w zeszłym roku, gdzie użytkownicy mogli zgłaszać, informować o kolejnych wpisach, które się pojawiały i które były nienawistne. Myślę, że tego typu akcje i też inicjatywa ze strony samych operatorów, więcej odpowiedzialności z ich strony, może być pozytywna.

Hanna Machińska

Proszę Państwa co zrobić, to chyba postawił też to pytanie Pan Profesor Chlebny. Ja myślę, że to jest niezwykle ważne, żebyśmy szybko tłumaczyli najważniejsze orzeczenia. Tutaj Pani Dyrektor Chrzanowskiej należą się wielkie słowa uznania za inicjatywę i realizację tej inicjatywy dotyczącej tłumaczenia właśnie orzeczeń, które przede wszystkim powinny trafić do prokuratorów, do sędziów, policji i powinniśmy właśnie do tych grup adresować to przesłanie o standardach europejskich. Ponieważ dzisiaj mówiliśmy o Protokole 12 to wydaje mi się, że powinniśmy też skonkludować, wydaje mi się, że profesor Wyrzykowski tym skonkluduje, że istnieje niezwykle pilna potrzeba zajęcia się na poważnie ratyfikacją Protokołu 12, który będzie jednak bardzo skuteczną bronią, wprost bronią adresowaną również do tego typu przestępstw, ale również i znaczenie szerszej, gdzie występuje podłoże dyskryminacyjne.

Yvonne Donders

Dziękuję bardzo, ja myślę że tymi uwagami zakończymy ten ostatni panel. Jeszcze dodając do tego, co Państwo mówiliście, chciałabym bardzo podziękować organizatorom, ale również tłumaczom, bo inaczej nie mogłabym uczestniczyć w tym spotkaniu, również tłumaczom języka migowego, dzięki którym wszyscy możemy się czuć równouprawnionymi uczestnikami. Na koniec poproszę o wielkie brawa dla naszych panelistów.

Justyna Chrzanowska

Szanowni Państwo, w imieniu organizatorów dzisiejszego Seminarium, to jest Ministra Spraw Zagranicznych i Pełnomocnika Rządu do Spraw Równego Traktowania chciałam bardzo gorąco podziękować moderatorom, panelistom za dzielenie się przez nich wiedzą, ale także przemyśleniami. Chciałam wszystkim z Państwa bardzo podziękować, że byliście tu, że wytrzymaście ten cały dzień. Mam nadzieję, dzień owocny, który natchnął Państwa refleksjami. Natomiast nie

chcę, by pozostali Państwo z tą sprawą tylko intelektualną i dlatego gospodarze dzisiejszego wydarzenia zaprasza ją wszystkich Państwa na uroczystą kolację w Pałacyku Przeździeckich na ulicy Foksal 6, kolacja rozpoczyna się o godzinie 20, także wszystkich serdecznie Państwa zapraszamy. Zanim Seminarium dobiegnie końca, mam do Państwa organizacyjną prośbę o pozostawienie na sali zestawów słuchawkowych.

Bardzo serdecznie wszystkim Państwu raz jeszcze dziękuję. Do zobaczenia na Foksal.

Wystąpienie podsumowujące

Zaproponowane przez organizatorów zaszczytne zadanie dokonania podsumowania VIII Seminarium Warszawskiego jest wyzwaniem bardzo trudnym. Trudność wynika – szczęśliwie – z bogactwa myśli, refleksji, argumentacji, informacji i analiz. Także zarysowanych w trakcie wypowiedzi i dyskusji kontrowersji, włączając w to – krępujące kompetentne osoby – prostowanie informacji o niemających miejsca zdarzeniach (orzeczeniach). Trudność podsumowania połączona jest zarazem z satysfakcją, jaką odczuwamy wszyscy, a w szczególności organizatorzy tegorocznego seminarium. Okazało się bowiem, że pozornie neutralny, by nie powiedzieć – techniczny problem – jakim jest równość dostępu do praw gwarantowanych przez Konwencję Europejską, poruszył umysły i serca uczestników seminarium. Satysfakcja intelektualna, także czytelników publikacji pokonferencyjnej, jest pochodną staranności, zupełności i rzetelności prezentowanych rozwiązań prawnych i ich funkcji w zakresie ochrony wolności i praw jednostki. Identyczne podejście dotyczyło zaniechań legislacyjnych, mających różnorodne – polityczne, ekonomiczne, społeczne czy światopoglądowe – uzasadnienie. Ten sam rygorizm intelektualny towarzyszył analizie rozstrzygnięć organów sądowych, krajowych i międzynarodowych oraz rozstrzygnięć stosownych organów monitorujących przestrzeganie konwencyjnych wolności i praw jednostki, zarówno politycznych i osobistych, jak i ekonomicznych, socjalnych i kulturalnych. Co istotne, wolności prawa jednostki oraz równy do nich dostęp analizowane były z wielu perspektyw: normatywnej, kulturowej, politycznej, świadomościowej, historycznej, także – ekonomicznej. W poszczególnych wystąpieniach ukazane zostało także podglebie społeczne, świadomościowe, kulturowe i religijne, ukazujące zarazem siłę stereotypów i zaskakujących, trudnych do zrozumienia w kategoriach racjonalnych, postaw. Ujęcie holistyczne pozwoliło na uzyskanie wielowymiarowego, złożonego i bynajmniej nie zawsze optymistycznego obrazu fundamentalnej kwestii równego dostępu do wolności i praw.

Kolejny raz wskazany został nierozzerwalny, funkcjonalny związek między równością, godnością i wolnością. Naruszanie równości w stopniu powodującym dyskryminację narusza godność człowieka. Przeciwdziałanie dyskryminacji chroni niezbywalną godność człowieka i jest przesłanką korzystania z wolności. Dotyczy to – jak, przykładowo, pokazały analizy dotyczące statusu cudzoziemców, dostępu do opieki zdrowotnej i pomocy społecznej czy dostępu do dóbr kultury – wszystkich rodzajów wolności i praw.

Referenci i uczestnicy dyskusji podkreśliли znaczenie związania się państw członkowskich Rady Europy wszystkimi elementami porządku konwencyjnego, w szczególności konieczności eliminacji zaległości ratyfikacyjnych. Analiza racji przemawiających za ratyfikowaniem Protokołu 12 i racji przemawiających przeciwko ratyfikacji uświadamia kolejny raz znaczenie uwzględniania w pierwszej kolejności istoty danego instrumentu prawa międzynarodowego, co w tym przypadku oznacza respektowanie zasady równości w najszerszym kontekście wolności i praw jednostki. Doświadczenie związane z ratyfikacją Protokołu 12 przez Chorwację ukazuje wagę umiejętności wykorzystania „okienka ratyfikacyjnego” czyli umiejętność uwzględniania okoliczności ustrojowych, politycznych i kontekstu międzynarodowego jako okoliczności kształtujących gotowość czynników politycznych dla wzmocnienia mechanizmu ochrony wolności i praw jednostki.

Jest to tym bardziej godne podkreślenia, że instrumenty międzynarodowe (normy, orzecznictwo sądów międzynarodowych, w szczególności Europejskiego Trybunału Praw Człowieka) wpływają korzystnie – z perspektywy prawnoczułoczej – na rozumienie krajowych norm prawnych i metody ich wykładni, a w konsekwencji na intensywność i zakres ochrony praw jednostki. Przywołać w tym kontekście należy analizowaną w trakcie seminarium problematykę ochrony praw uchodźców w Polsce czy obowiązek państwa zapewnienia pomocy medycznej i społecznej cudzoziemcom. Przywołać należy także świadomość znaczenia korzystania ze standardu międzynarodowego przez sądy krajowe, jego wiążącego charakteru i zarazem „ratunkowej” funkcji w sytuacji, w której brakuje explicite wyrażonej w regulacji ustawowej np. ochrony życia rodzinnego i prywatnego cudzoziemców. Potrzebna jest umiejętność odcodowania treści norm konwencyjnych, bowiem Konwencja zawiera w sobie nieodkryty jeszcze potencjał normatywny. Ale dla osiągnięcia tego efektu nie wystarcza zwykłe rzemiosło prawnicze. Potrzebny jest prawniczy artyzm.

Zarówno rzemiosło jak i artyzm prawniczy konieczny jest dla właściwej reakcji prawa i organów ochrony prawnej na nowe zjawiska zagrażające wolnościom i prawom jednostki, ale także substancjalnej tkance społecznej i podstawowym porządku demokratycznego, a mianowicie narastające niebezpieczeństwa związane z rozpowszechnianiem się mowy nienawiści, i w konsekwencji – przestępstw

z nienawiści. Ukazane zostały trudności organów ścigania, wynikające zarówno z konstrukcji prawnej przepisów regulujących podstawy ścigania, jak i istoty mowy nienawiści. Traktowanie regulacji prawnokarnej jako *ultima ratio* nakłada na organy władzy publicznej, ale także wszystkie inne podmioty uczestniczące w debacie publicznej, szczególne zobowiązania i konieczność wyznaczenia granic dyskursu publicznego. Takich granic, które respektowały będą wolność słowa i zasady demokracji deliberatywnej, zarazem skutecznie przeciwdziałały będą skutkom nadużycia wolności słowa, wyrazem czego jest mowa nienawiści.

Pragnę w imieniu uczestników Seminarium wyrazić organizatorom słowa najwyższego uznania za wybór tematyki, świetne przygotowanie organizacyjne oraz przeprowadzenie seminarium w atmosferze odpowiadającej wszystkim wartościom wyrażonym w Konwencji Europejskiej.

Lista uczestników VIII Seminarium Warszawskiego

Polska

Baran Dorota – sędzia

Baranowska Grażyna – Poznańskie Centrum Praw Człowieka

Bednarczyk Bogusława – Uniwersytet Jagielloński

Bendza Igor – adwokat

Białas Jacek – Helsińska Fundacja Praw Człowieka

Biedroń Robert – Delegacja Parlamentarna RP do Zgromadzenia Parlamentarnego
Rady Europy

Bielińska Marta – Ministerstwo Spraw Zagranicznych

Bilewicz Jacek – Prokuratura Generalna

Błaszczak Anna – Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich

Bogatek Aneta – Ministerstwo Obrony Narodowej

Boguszevska Elżbieta – Prokuratura Generalna

Borecki Paweł – Uniwersytet Warszawski

Borowska Magdalena – Ministerstwo Spraw Zagranicznych

Boyen Katarzyna – adwokat

Bralczyk Katarzyna – Ministerstwo Spraw Zagranicznych

Brzozowska Magdalena – Ministerstwo Sprawiedliwości

Bychawska-Siniarska Dominika – Helsińska Fundacja Praw Człowieka

Chlebny Jacek – Naczelny Sąd Administracyjny

Chojnacka Magdalena – Centralny Ośrodek Szkolenia Służby Więziennej

Chrzanowska Aleksandra – Stowarzyszenie Interwencji Prawnej

Chrzanowska Justyna – Ministerstwo Spraw Zagranicznych

Ciszewska Danuta – Sąd Okręgowy w Koszalinie

Cygan Jakub – Ministerstwo Spraw Wewnętrznych

Cyrson Leonard – Wielkopolska Izba Adwokacka

Czarnecka Karolina – Ministerstwo Spraw Zagranicznych

- Czarnecki Stanisław* – Prokuratura Generalna
Czerepiński Michał – Kancelaria Prezesa Rady Ministrów
Czyż Magdalena – Stowarzyszenie Otwarta Rzeczpospolita
Daniszewska-Dek Zofia – Naczelna Rada Adwokacka
Dąbkowski Jan – Stowarzyszenie Młodych Dziennikarzy „Polis”
Domańska Monika – Sąd Najwyższy
Drzewicki Krzysztof – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Dybowska-Dubois Marita – adwokat
Dyszlewska Agnieszka – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Dzierżek Dorota Maria – Ministerstwo Zdrowia
Ferestein-Młokosiewicz Anna – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Flemming-Kulesza Teresa – Sąd Najwyższy
Florjanowicz-Błachut Przemysław – Naczelny Sąd Administracyjny
Frelak Grzegorz – Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
Fryźlewicz Marcin – Kancelaria Sejmu; Biuro Analiz Sejmowych
Fuszara Małgorzata – Pełnomocnik Rządu ds. Równego Traktowania, Sekretarz Stanu w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów
Gąsiorowska Monika – Komisja Praw Człowieka przy Naczelnej Radzie Adwokackiej
Gontarska Marta – Instytut Globalnej Odpowiedzialności
Górska-Łazarz Katarzyna – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Grzelak-Bach Katarzyna – Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie
Hac Adam – Rada Dzielnicy Wola
Holy Katarzyna – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Jacyna Jakub – Naczelna Rada Adwokacka
Jągura Jarostaw – Helsińska Fundacja Praw Człowieka
Jankowska Urszula – Ministerstwo Sportu i Turystyki
Januszewicz Ewa – Centrum Europejskie Uniwersytetu Warszawskiego
Jaroń Anna – Krajowa Szkoła Administracji Publicznej
Jarzęcka-Siwik Elżbieta – Najwyższa Izba Kontroli
Jaworski Paweł – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Józwicki Władysław – Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
Jurczyszyn Łukasz – Uniwersytet Warszawski
Kaczmarska Marta – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Kalandyk Monika – Uniwersytet Warszawski
Kalicka-Andziak Justyna – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Kameduła-Tomaszewska Rita – Biuro Pełnomocnika Rządu ds. Równego Traktowania
Kamiński Ireneusz – Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk; Helsińska

Fundacja Praw Człowieka

- Kaniewska Aldona* – Komisja Praw Człowieka Krajowej Rady Radców Prawnych
Karsznicki Krzysztof – Prokuratura Generalna
Kasowska-Pedrycz Katarzyna – Prokuratura Rejonowa Kielce-Wschód w Kielcach
Każmierska Wiesława – Sąd Apelacyjny w Szczecinie
Kielak Elżbieta – Towarzystwo Edukacji Antydyskryminacyjnej
Kobielski Piotr – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Kot Tomasz – „Integracja” Stowarzyszenie Rodzin i Przyjaciół Osób z Zaburzeniami Psychicznymi
Kozińska Agnieszka – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Krasuska Marta – Komenda Główna Policji
Kremer Jan – Krajowa Rada Sądownictwa
Kryda Grażyna – tłumacz migowy
Kujawa Teresa – Centralny Zarząd Służby Więziennej
Kulikowska Marta – Naczelny Sąd Administracyjny
Kulińska Zuzanna – Uniwersytet Warszawski
Kurek Sebastian – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Kurkis Ewa – Kongres Kobiet
Kuruś Magdalena – Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
Laskowski Jerzy – radca prawny
Leszczyński Marek – Wojewódzki Sąd Administracyjny w Białymstoku
Lewandowska-Kuraszkiewicz Henryka – sędzia
Lipowicz Irena – Rzecznik Praw Obywatelskich
Lipski Tomasz – Komenda Główna Straży Granicznej
Łakomicz Katarzyna – Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
Łaskiewicz Krzysztof – Komenda Główna Policji
Machińska Hanna – Biuro Rady Europy w Warszawie
Malczewska Klaudia – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Małecki Stanisław – Rządowe Centrum Legislacji
Marciniak Konrad – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Mazgajska Anna – Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa
Metelska Justyna – Komisja Praw Człowieka przy Naczelnej Radzie Adwokackiej
Mężykowska Aleksandra – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Mikołajczyk Anna – Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
Miksa Karolina – Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich
Mroczkowska Marcelina – Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji
Nowak-Far Artur – Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Spraw Zagranicznych
Olkowicz Krzysztof – Okręgowy Inspektorat Służby Więziennej w Koszalinie
Olszówka Marcin – wykładowca akademicki

Ołowski Przemysław – Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji
Orłowski Wojciech – Rada Legislacyjna
Orr Aleksandra – Krajowa Szkoła Administracji Publicznej
Ostrowska Aneta – Stowarzyszenie Rodzin i Przyjaciół Osób Homoseksualnych
Owczarek Elżbieta – Senat RP
Pamula Maria – Biuro Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do Spraw Uchodźców w Polsce
Paprocka Ada – Biuro Trybunału Konstytucyjnego
Pawlicka Magdalena – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Pazderski Filip – Instytut Spraw Publicznych
Perkowska Małgorzata – Biuro Pełnomocnika Rządu ds. Równego Traktowania
Petryna Edyta – Prokuratura Generalna
Piątek Tomasz – Stowarzyszenie Lambda Warszawa
Piebak Łukasz – Stowarzyszenie Sędziów Polskich Iustitia
Pieńkawa Monika – niezależny ekspert ds. niepełnosprawności
Płończyk Katarzyna – Prokuratura Apelacyjna w Krakowie
Pocheć Magdalena – Fundacja im. Stefana Batorego
Podgajny Łukasz – Prokuratoria Generalna Skarbu Państwa
Podsiadło Anna – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Połczyńska Anna – Poznańskie Centrum Praw Człowieka
Póttorak Nina – Naczelny Sąd Administracyjny
Pruszyńska-Bielawka Ewelina – radca prawny
Pudło Anna – Trybunał Konstytucyjny
Pudzianowska Dorota – Helsińska Fundacja Praw Człowieka
Rogalska-Piechota Agata – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Ryms Antoni Włodzimierz – Naczelny Sąd Administracyjny
Sambor Maria – Demokratyczna Unia Kobiet Gdańsk
Sawicka Paula – Stowarzyszenie Otwarta Rzeczpospolita
Sidwa Elżbieta – Prokuratura Generalna
Sięgień Jerzy – Naczelny Sąd Administracyjny
Siek Iwona – Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej
Skóra Agata Helena – adwokat
Skuza Małgorzata – tłumacz migowy
Słowakiewicz Ewelina – adwokat
Słowakiewicz Robert – Prokuratura Rejonowa Kielce-Wschód w Kielcach
Słupska-Uczkiewicz Bogdana – Komisja Praw Człowieka przy Naczelnej Radzie Adwokackiej
Smagowicz Marta – Fundacja im. Stefana Batorego
Smulski Adam – Prokuratura Rejonowa Kielce-Wschód w Kielcach

Sobkiewicz Justyna – Ministerstwo Sprawiedliwości
Sokołowski Włodzimierz – Komenda Główna Policji
Solarska Anna – Biuro Pełnomocnika Rządu ds. Równego Traktowania
Struk Anna – Okręgowy Inspektorat Służby Więziennej w Warszawie
Suchożebrska Eliza – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Suprun Dariusz – Kancelaria Prezesa Rady Ministrów
Szafrńska Urszula – Ministerstwo Sprawiedliwości
Szczekala Agnieszka – Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
Szeroczyńska Małgorzata – Prokuratura Rejonowa Warszawa-Śródmieście w Warszawie
Szlifirska Marta – Kancelaria Prezesa Rady Ministrów
Szwagierek Teresa – Prokuratura Okręgowa w Kielcach
Szymborska Barbara – Kancelaria Prezesa Rady Ministrów
Świątkowski Andrzej – Uniwersytet Jagielloński
Tadla Tomasz – Ministerstwo Spraw Zagranicznych
Tefelski Maciej – Podlaski Urząd Wojewódzki w Białymstoku
Turek Piotr – Prokuratura Rejonowa Kraków Śródmieście-Wschód w Krakowie
Tyman-Koc Katarzyna – Kancelaria Prezesa Rady Ministrów
Walentyłowicz Alicja – Sąd Okręgowy w Koszalinie
Wąsek-Wiaderek Małgorzata – Sąd Najwyższy
Węgrzyn Wojciech – Ministerstwo Sprawiedliwości
Wieleba Iwona – Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
Wieruszewski Roman – Poznańskie Centrum Praw Człowieka
Wilk-Ilewicz Agnieszka – Naczelny Sąd Administracyjny
Wiśniewski Adam – Uniwersytet Gdański
Wróbel Radosław – Urząd ds. cudzoziemców
Wyrzykowski Mirosław – Przedstawiciel Europejskiej Komisji Przeciw Rasizmowi i Nietolerancji z ramienia Polski
Zawadzka Agnieszka – Mazowiecki Urząd Wojewódzki
Ziółkowski Michał – Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk
Zarkiewicz Edyta – Wojewódzki Sąd Administracyjny w Gliwicach

Inne państwa

de Castro Mota Lina – Ambasada Portugalii w Warszawie
Donders Yvonne – Uniwersytet w Amsterdamie
Gheorghies Iulia – Ministerstwo Sprawiedliwości Mołdawii
Holck Louise – Duński Instytut Praw Człowieka

Kotiaho Paavo – Ministerstwo Spraw Zagranicznych Finlandii

Lindquist Helen – Ministerstwo Spraw Zagranicznych Szwecji

Michelet Martin – Ambasada Szwajcarii

Milner David – Rada Europy

Morariu Cristina – Ministerstwo Spraw Zagranicznych Rumunii

Mortier Rik – Ambasada Belgii

Odevall Emma – Ministerstwo Spraw Zagranicznych Szwecji

Schwarz Sebastian – Ambasada Niemiec

Stažnik Štefica – Pełnomocnik Rządu chorwackiego do Spraw Postępowania przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka

Tzeggai Maken – Stałe Przedstawicielstwo Danii przy Radzie Europy

Uzunel Cafer – Ministerstwo Pracy Szwecji

van Rijssen Eleonore – Ministerstwo Spraw Zagranicznych Holandii

Wolski Alexander – Ambasada Austrii

VIII Warsaw Seminar

Equal Access

to Rights Guaranteed under the System
of the Convention for the Protection
of Human Rights and Fundamental Freedoms

Current State of Affairs and Challenges

VIII Warsaw Seminar

**EQUAL ACCESS TO THE RIGHTS GUARANTEED
IN THE SYSTEM OF THE EUROPEAN CONVENTION
ON HUMAN RIGHTS – CURRENT STATUS
AND CHALLENGES**

Warsaw, 2015

Conference organized by the Ministry of Foreign Affairs of Poland
and the Office of the Polish Government Plenipotentiary for Equal
Treatment, Warsaw, 24 October 2014

INTRODUCTORY REMARKS

Professor Małgorzata Fuszara

*Government Plenipotentiary for Equal Treatment of Poland,
Secretary of State at the Chancellery of the Prime Minister of Poland*

Ladies and Gentlemen, I would like to welcome you to the Prime Minister's chancellery, we are very proud to be co-organising the 8th Warsaw Seminar. Before I move on to the substance of my speech for today's seminar, let me comment on the exhibition of children's drawings about human rights. It is very important that there has been such a contest for children to draw human rights, and that now we can marvel at these pictures both at the exhibition and in the permanent form of a calendar. This reminds me of something that happened during the systemic transition, at the turn of the 1980s and 1990s, when I brought a children's colouring book about human rights from my trip to Norway. Back then, I used to show this book at numerous seminars on the educational changes we needed. It would trigger reflection on the enormous discrepancy exemplified by the fact that in some countries children would learn how to read on the sentence: 'All men are born free,' while in our country it was the sentence: 'Ala has a cat,' because, at that time, more serious content was considered too difficult for children and inappropriate at such tender age. This showed the enormous distance between countries in terms of the way children were taught about their rights, and back then I could hardly expect that children in Poland would one day also be learning about human rights at such an early stage of their education. So I am all the more happy today, seeing that this has become reality also here in Poland, where children draw human rights; that they have the brilliant ideas we can see in these drawings, illustrating the ideas of equality, freedom, and the fundamental rights we all share; and that they get in touch with these rights from a very young age. In many Western European countries this was the case many years before Poland, but this should not detract from the fact that we have been catching up also in this field, and that the situation is completely different today from what it was before.

Today, I would like to share with you some thoughts following my visit to Geneva on 22 October, where I was head of the Polish Government's delegation that defended Poland's report about the implementation of the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women. Our defence covered the years 2002-2010. That is quite a distant period, but the case is nonetheless

worth mentioning during today's seminar because the convention can be described as a bill of women's rights. It concerns gender equality in all spheres of life. I believe that we have still much to do here, and that we need to keep highlighting the importance of gender equality in the context of European and global solutions, and in terms of women's rights and gender equality in Poland. Using this opportunity, I would like to say something I also mentioned in Geneva, namely that I am very much in favour of convention-based solutions that consist in a continuous dialogue between the state and someone who reviews the way we as a country obey the fundamental rights and rules we have accepted as a member of the international community. When drafting the report, convention mechanisms allow us, on the one hand, to realize what great progress – and this is really the case here – has been made in various domains of social life, and to reflect on what deficits and shortcomings remain, and what still needs to be improved. On the other hand, we use external assessment and advice about what can still be changed and improved. Let me make one thing absolutely clear – all the mechanisms offering us an external perspective on how we observe human rights are, in my opinion, incredibly valuable; I believe it's a fundamental error and indeed an attempt to opt out of the international community each time concerns are raised about such external advice, and people try not to take part in these international mechanisms. I think the more we participate in the international order, the better it is for all of us – first and foremost for the citizens, but also for those responsible for the country, government officials who try to guarantee the fullest possible implementation of citizens' rights.

The Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women is concerned with human rights, the rights of women. But today I would like to talk about the human rights of a group that's seldom in the spotlight, that is older people. They have limited access to the rights guaranteed by the Convention despite the fact that there are more and more older people around, and the problem of implementing their rights will be ever more pressing. We start noticing this issue here in Poland – it has featured in the Prime Minister's annual address, and the Ombudsman increasingly takes it into account in her work. However, I believe we have yet to have a serious debate about the rights and situation of older people, and about the serious challenges that will soon arise. These challenges result from the fact that the share of older people in our society has been steadily rising. In 1988 people over 60 represented 14% of the population, in 2010 it was nearly 20% (19.6%, to be precise). This is an increase of 2 million [Central Statistical Office (GUS), *Założenia Długofalowej Polityki Senioralnej na lata 2014-2020, Rządowy Program na rzecz Aktywności Społecznej 2014-2020*]. I am saying this so that we can realize how numerous this group is. Ac-

According to Eurostat data, in 2020 people over 60 will account for nearly 25% of Polish society. We need to realize how sizeable this part of the Polish population will be, and consider its characteristics while developing a social policy for it. One feature of the population of older people is the singularization of households, a term used in the literature to refer to the fact that these people often live in one-person households. By 2030, more than half of those one-person households will consist of people over 65 years of age, and 17% of people over 80. So we need to understand how common these cases will be, and how many people will need social support of various sorts, adapted to the individual needs of older people. Another characteristic of the population in question is its feminization. Across the globe women live longer than men, and even though this discrepancy has been decreasing in some countries in recent years, predictions say that the oldest social groups in particular will be marked by feminization. At the same time, these are the people who need the most help and support. The following statistics best illustrate this: in the age group just over 50 years of age there are 103 women for every 100 men, in the age group over 70 we have 147 women for every 100 men, and in the cohort over 85 there are 284 women for every 100 men. Consequently, when constructing the image of a population that, on account of its age, requires state support, guaranteed help and guaranteed full implementation of its rights, we need to realize that we are talking mostly about lonely people, predominantly lonely women.

It should be emphasized that the implementation of this group's rights needs to be guaranteed in different spheres of life, and that covering all those spheres is crucial. The first sphere is health care – access to medical services. But access to state-of-the-art treatment without long waiting times isn't the only challenge. It is also necessary to take into account the way health service staff treats older people, and the need to accommodate their needs, respect them and communicate with them while paying due regard to their age. Violence towards older people is a major problem. I would like to draw your attention to the Ombudsman's report on violence against older women. We don't know the scale of the problem, and it is extremely difficult to identify, especially in rural communities and small towns. In all likelihood, we are dealing here with a very high and obscure number of victims of physical and economic violence, often committed by the closest relatives, which means the phenomenon is concealed from public view and hard to disclose. In practice, this means that a significant number of victims remain completely dependent on the perpetrators, with no help from outside. It is crucial that we guarantee far-reaching assistance for the victims of violence.

Another sphere is that of care services, which are already being provided but will have to be provided on a much larger scale in the future. We also need to

take into account the job market problem, the way older people are treated there, especially given the higher retirement age. I believe that Poland is going through a process I had a chance of observing in Scandinavian countries many years ago. Back then, we were proud of the fact that old age and disability pensions allowed us to make relatively young people professionally inactive in an ageing society. On the other hand, 20 years ago Scandinavia boasted statistics showing that more and more people over 80, and even 90-year-olds, were still at work. This was seen as a sign of progress and non-exclusion of older people from the job market. It should be noted that the perception of happiness at an elderly age tends to vary, but more recent research shows that being active is good for the well-being of older people.

Another important sphere is that of goods and services, in particular dishonest commercial practices used against older people. Numerous media reports yield a picture of practices, sometimes dishonest and sometimes taking advantage of older people's weaker grasp of the modern world, which expose them to financial abuse. As I said, this is sometimes due to dishonest practices or taking advantage of older people's ignorance, but sometimes it is communication barriers and the fact that communication is not adapted to their age that are to blame.

The spheres of goods and services, and work necessitate the use of the public space. This calls for universal planning that would eliminate physical barriers to the public space for older and disabled people, and other groups with special needs. Barriers to the public space and communication barriers can be linked to the European Convention on Human Rights, as we are dealing here with the protection of human rights under Article 3 prohibiting inhuman and degrading treatment, Article 5 providing for the right to liberty and security, Article 8 laying down the right to respect for one's private and family life, as well as Article 14 prohibiting discrimination.

These challenges and the need to implement the rights of older people raise the question of how we should react to these problems, what the government and I as plenipotentiary think about solving them. Some solutions have been recently presented. In regard to the first sphere, or healthcare, a number of geriatric care solutions were put forward in the Prime Minister's annual address to the Sejm, and before that in the health minister's speech. Today, the number of geriatricians in Poland is far from sufficient – it is estimated at around 300. So we clearly have a serious shortage of specialists who could take care of older people's health. This entails the need for staff training, in terms of both health care and contacts with older people that would guarantee respect for their dignity, abilities and expectations. As far as violence is concerned, measures have been planned and are being put in place to raise awareness of the significance of this problem, and develop

a system to protect the victims of violence. Awareness-raising actions are extremely important so that we don't get misled by low statistics and don't take them as a sign of the lack of violence, but rather try to find out whether older people, often isolated from the outside world, are safe. This is linked to the need for developing a support system for victims of violence that would double as a system of preventing domestic violence towards older people. In her annual address to the Sejm, the Prime Minister promised to develop a care system for older people, especially in the form of day-care facilities. The system we need to develop is of course a lot more complex and I would like to point out that we should help professional carers further enhance their skills. It is important not only to create facilities for older people to stay in but also to ensure high standards of care there. The least we should expect is that the rights of older people are not infringed in these facilities, as is from time to time notified to law enforcement authorities and reported by the media. They disclose violations of quite fundamental rights of older people, acts which may result from malevolence, but are more often caused by incompetence and sometimes random selection of staff taking care of older people. Another very important area has to do with enforcing labour law and supervising equal treatment of older people in employment, recruitment and access to training. Today, when so much emphasis is placed on continuous education, extending it to cover older employees would seem self-evident and essential for their career opportunities.

A very important issue is the media image of older people, the way they are presented. I can tell you that together with the National Broadcasting Council we have been working to ensure that the prevention of discrimination and promotion of equality become a practice in media reporting. This applies to all domains where discrimination may appear, hence also to older people. We have been trying to come up with best practices and prevent possible discrimination. In Poland, there aren't as many studies on this issue as in other countries, but the few that we do have show that women fall victim to intersectional discrimination – many high-brow programmes feature less women, and this applies in particular to older women who are mostly eliminated from news programmes. While older men appear there fairly often, older women are not shown. This often means throwing away the entire lifework of these women, who could use their previously gained competences at work. Removing older women from our view hurts us all because everybody is getting old, after all. Also, excluding a certain category of people from the public space not only makes them invisible, but also shows that this category of people and their voice do not count, that there is no place for them in the public space.

Digital exclusion and exclusion from civic activities are some of the major areas where older people face exclusion and where prevention is needed. The former issue is raised much more often than the latter. Electoral access has greatly improved in recent years, but let me stress that the whole thing is not only about better technical access but also about overcoming awareness barriers that make it difficult to enjoy one's rights. Many people can perhaps remember the recent calls, seemingly jocular, to hide your granny's ID before elections, so that she couldn't participate. This was of course said tongue in cheek, but unfortunately the message was directed against the equal rights of older people, even if all was meant as a pre-election joke. A joke, too, can deal a big blow to the rights of a group it is aimed at, so it is good to give a thought to its consequences and potential to hurt and sometimes deprecate other people's rights and choices.

To conclude, let me go back to the problem of older people who fall victim to various crimes, maltreatment and infringements of their rights. I would like to point to the need for implementing the directive of the European Parliament of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime. We have until 16 November 2015 to transpose this directive into our legal system, and I am mentioning it in the context of older people because this particular directive requires every crime victim to undergo a so-called individual assessment to identify their special needs in terms of protection and support. This individual assessment should take into account the victim's characteristics, and, if an authority finds that the victim has special needs and requires special support, such measures should be ensured from the first contact with the authority. Older people surely need such support – their fitness is often reduced, they are exposed to repeated victimization and have difficulties in exercising various rights and using institutional solutions. They should be assured of such support, and I think that implementing this directive is no doubt a challenge, but it also gives hope that the rights of older people will be better protected. Thank you for your attention.

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

INAUGURATION OF THE EXHIBITION 'ALL EQUAL – HUMAN RIGHTS IN THE CHILD'S EYES'

Madam Commissioner, Ministers, Ladies and Gentlemen,

1,500 interpretations of a theme formulated by the ministers of national education and of foreign affairs, which read: “Draw what is impossible to draw. Draw an abstract idea that carries multiple meanings. Draw the idea behind fundamental rights, human rights.” 1,500 entries submitted as part of the *All equal – human rights in the child's eye* contest, addressed to children. All these entries produced outstanding results: 1,500, mostly creative, ideas for bold artistic reconstruction of the human rights idea, presented by the best and the most sensitive experts in this area: children.

From among so many entries, we have managed to choose works that both have high artistic value and boldly and creatively represent the notion of human rights. I hope you will also find the award-winning works beautiful and mature, despite their authors' young age. Only the 12 works that best capture the idea of human rights have been included in our special calendar, which is a joint publication by the Ministry of Foreign Affairs and the Ministry of National Education. We proudly present it all over the world, anytime we discuss human rights. And since the whole world loves it, I invite you, too, to familiarise yourselves with these beautiful, wise works. I hope you will enjoy it.

ADDRESS AT VIII WARSAW SEMINAR

Ladies and Gentlemen,

Another edition of the Warsaw Seminar proves that the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms is a living instrument that constantly gives rise to new interpretations and translates into the ever developing case law of the European Court of Human Rights. Moreover, the success of the Convention, i.e. the success of human rights and their application by states, is a result of efforts made not only by state authorities, but also by all of us, including representatives of non-governmental organisations. The 8th edition of the Warsaw Seminar is dedicated to equal access to the rights guaranteed by the Convention system.

The Seminar provides an occasion to discuss the current state of play and challenges in the area. Its eminent participants include Polish and foreign academics and practitioners specialising in the Convention, who have agreed to take on the difficult role of moderators and panellists at this edition of the Seminar, and to guide and provide a framework to our discussion. I would like to thank them in advance for this.

Discussing the theme of equality in the context of the Convention, we would like to focus on legal solutions proposed in the framework of Protocol 12 to the Convention. Let me recall that the Protocol is aimed at reinforcing the rights and freedoms guaranteed under the Convention with a general prohibition of discrimination, one that will not depend on whether the European Court of Human Rights identifies a violation of another provision of the Convention. It is a step forward compared with the mere identification of a violation of Article 14 of the Convention by the Court.

As we know, Article 1 of Protocol 12 provides for a general prohibition of discrimination in the enjoyment of human rights and freedoms set forth by national and international law. It is beyond any doubt that the Protocol's substantive scope is very wide, and that thanks to its general wording, the Protocol can apply to many areas of social life. Let me note that this document relates to issues at least as fundamental as employment, social affairs, family law and access to justice, not forgetting in this context the individual's right of defence prior to the proceedings before the court. Education, health care, access to public sector employment, military service, access to subsidies and public funding, tax and fiscal law are also areas for which Protocol 12 is of practical importance.

I believe I have presented a wide catalogue of issues that may be addressed by the provisions of Protocol 12. I suppose that the solutions introduced by this act

will have an impact on an even longer list of social matters than the one we can draw today. The existing case law of the European Court of Human Rights, which is constantly evolving, confirms this view. At the present stage, we assume that tapping into the official authorities' full potential to thoroughly review the existing legislation's conformity with the rights guaranteed under Protocol 12, and to draw a roadmap for changes to the national legal order, determine the shape of these changes and develop a realistic, sustainable timeframe of work aimed at approximating national solutions to the model provided by Protocol 12, is essential for the effective enjoyment of additional protection granted to individuals under this Protocol.

To illustrate our strategy aimed at preparing to put Protocol 12 into practice, let me quote a general thought by Henry Thoreau, according to which: "The law will never make men free; it is men who have got to make the law free." To offer our citizens the broadest protection possible under Protocol 12, we must achieve this high level of protection under national law, which should obviously precede getting bound by Protocol 12. We must also make sure to properly understand and promote Protocol 12, and change all relevant administrative practices and state practices in this respect. As we remember, 37 of 47 Council of Europe Member States signed Protocol 12, while 18 ratified it, including 7 EU Member States. The titles of today's addresses suggest that our panellists will try to explain why it is worth acceding to Protocol 12, and why some states have not done so yet. Looking forward to the discussion, which promises to be particularly interesting, I wish you productive debates.

Let's ensure that law, which cannot make men free, gets men to undertake the important task of making themselves more and more free through their own actions.

Thank you very much.

Professor Mirosław Wyrzykowski
Representative of the European Commission
against Racism and Intolerance

1. The subject of the seminar is the notion of equality in access to the rights guaranteed under the system of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Equality, when treated as the principle of principles is – besides dignity and freedom – an element of a triad of constitutional principles of the Republic of Poland. The ideal of equality – for the purposes of a liberal democracy – consists in the leveling of inequalities resulting from „incidental factors”. The ideal is both extreme and simple, which is not often in the area of moral thought. Extremism of the ideal lies in the fact that its implementation is aimed at the establishment of the society different from the existing one. Simplicity of the ideal results from one of the most basic moral intuitions, namely a conviction that we should determine our own destiny. These two features of the ideal of equality shall serve as the framework of thought when adopting the perspective accounting for the experience based on over twenty years of the ECRI’s history. The thought, which will focus on the essence of equality, institutional guarantees of the equality in the context of Protocol 12 to the European Convention and the freedom of speech confronted with groundswell of hatred, hate speech and hate crime.
2. People have many needs: a need of intimacy, tenderness, love, physical, emotional, and financial safety, safety of life and destiny. People need freedom to implement their plans and dreams, to realize all those needs. Furthermore, people need respect for their dignity, which is a source of freedoms and rights, a source of a moral status also in a transcendental dimension. Dignity, which is inherent and inalienable, which makes everyone equal, for equality in dignity is the only absolute equality. This postulate assumes that each person has the same dignity, regardless of the culture circle they were born, live or function in. People need justice as a meaning of interpersonal, group and individual relations.

Ultimately – people need a sense of equality. Equality is a context notion; it requires an appropriate point of reference or point of application. After all, the

difficulty associated with understanding equality results from its context nature. Except that the contextuality obliges to particularly careful selection of evaluation criteria. For the contextuality is a refutation of randomness, discretion, or arbitrary determination of criteria.

3. The Constitution of the Republic of Poland guarantees the right to equal treatment understood as equality in the law and before the law. Just as a reminder: equality in the law – concerns the law-making process so that the legal norms do not favor or discriminate their addressees. The point of this premise is that the legal and factual status of the members of a society is the least unequal and to the greatest extent possible equal. Whereas, the equality before the law relates to the interpretation and application of norms with regard to individuals.
4. Constitutional thought refers to the classical philosophy, Aristotle and his successors: the principle of equality consists in the premise that all legal entities characterized by a common feature should be treated equal, i.e. without favoring or discriminating differentiation. It also assumes different treatment of those entities, which do not have anything in common.

The most difficult – and the most important – question is: are compared entities in fact identical or at least so similar that it becomes important to apply a test of equality.

The answer to this question is provided by public authorities, each within the scope of their own competence. It is also provided by the judicial system although through the application of a methodologically and substantially poor test of the correctness of the entities' qualification. It is too often performed intuitively and this state of affairs cannot be justified by the natural element of the evaluation process, namely that the evaluation is always performed *ad casum*.

In any case, any derogation from the requirement of equal treatment of similar entities must be always based on properly convincing arguments (triad of arguments), that is to say: 1. arguments must be directly related to the aim and the core content of the provisions, which contain the reviewed norm and must serve the aim and the content – a criterion cannot be random; 2. arguments must account for the proportionality test, and eventually 3. arguments must be possibly completely coherent with other involved constitutional values, rules or principles.

5. These principles and rules are generally accepted in the European constitutional area. They are anchored in the most important norms of the national and international law: the source of the principle of equality and non-discrimination lies in constitutions, universal regulations concerning the human rights and international regulations of regional nature. Regional regulations

are, for example: European Convention, EU primary law and the Charter of Fundamental Rights of the EU, the constitutional traditions of the Member States and secondary law, in particular equality directives.

6. European legal order and national legal orders include mechanisms and guarantees of the implementation of the principle of equality and a ban on discrimination, both during the law-making process and application of law. From the European Convention's perspective the case law of the European Court of Human Rights plays the most important role. A key complement to this mechanism is the activity of the European Commission against Racism and Intolerance (hereinafter: ECRI or Commission).

It is worth reminding that ECRI – the body of the Council of Europe, was founded in 1993 and comprises independent experts. Its task is to monitor the phenomena of racism, xenophobia, antisemitism, intolerance, and discrimination based on „race”, national or ethnic origin, color, nationality, religion and language (racial discrimination).

The mandate of the Commission is to review the member states' legislation, policies and other measures used to combat racism, racial discrimination, xenophobia, antisemitism and intolerance and their effectiveness; propose further action at local, national and European level; formulate general recommendations on individual issues falling under the scope of the Commission's mandate and analyze and study international legal instruments applicable in the matter with a view to their reinforcement, where appropriate. Within the meaning of ECRI General Policy Recommendation No.7 (GPR No. 7) racism is the belief that a source (ground) such as „race”, color, language, religion, nationality and national or ethnic origin justifies contempt for an individual or a group of people or a notion of superiority of an individual or a group of people. Whereas, racial discrimination means any differential treatment, lacking objective and reasonable justification, based on a ground such as race, color, language, religion, nationality and national or ethnic origin.

The Commission provides the states – members of the Council of Europe with practical, specific guidelines on how to approach the question of racism and intolerance within a given state. For this purpose, the Commission examines in each country: the legal framework for combating racism and racial discrimination and its practical application, existence of independent bodies and institutions to assist victims of racism and intolerance, assessment of the situation of vulnerable groups (groups exposed to racism and intolerance) in different fields of life (education, employment, housing, access to goods and services) and the tone of political and public debate around issues relevant for these groups. In order

to implement the said tasks, ECRI focuses its activities on monitoring the situation in individual states; undertaking works on general issues, whose results take the form of General Recommendations (General Policy Recommendation) and cooperating with civil society organizations and specialized national and self-government authorities and institutions.

7. ECRI implements its mandate considering all freedoms and rights specified in the European Convention and all situations in which the phenomena of racism and intolerance in their broad sense actually occur. A list of bases (criteria) of racist behaviors and a list of grounds, forms of liability and their intensity are open and may comprise phenomena present in all fields of life of individuals and vulnerable groups. The Commission analyzes all evident and concealed forms of liability for racism and intolerance as well as all noticeable consequences and outcomes of such phenomena. For a vulnerable group is a group constituting a minority in a given society, thus a group having a weaker position than the rest of the society. Besides vulnerable groups, which are traditionally exposed to discrimination and intolerance, in recent years the Commission has analyzed the situation of Muslims; the Romani; homosexuals, as well as transsexual and transgender people and asylum seekers.
8. ECRI, as an entity controlling normative regulations and the application of provisions aimed at combating any indications and outcomes of racism and intolerance, is equipped – contrary to, for example, judicial mechanism of ECHR – in rather feeble reaction and execution instruments. Experience shows that recommendations and suggestions contained in reports on the situation in individual states of the Council of Europe, developed over a five-year period, are in many cases implemented with a delay, partially or not at all. The response of governments and public authorities of individual states derive from their responsibilities towards international obligations, decency, sensitivity, and readiness to recognize the importance, significance and consequence of racism and intolerance in a given state. The efficiency of ECRI's activities results from many different factors, which comprise both organizational and financial potential of a given state as well as a state of awareness, level of sensitivity of persons performing public functions, substantial, social and humanitarian competence. Combating racism, discrimination and intolerance may entail, and usually does, high costs, but failure to combat such negative phenomena are – both in short and long term – very costly.
9. There are two basic instruments applied by ECRI to influence member states: monitoring of situation in individual states as well as development of country reports and General Recommendations (GPR) published as a result of the Commission's mission.

Country reports, developed every five years within the scope of individual monitoring cycles, constitute the most complete picture of sources of deficits in legal system and practices of public authorities in the area of combating racism, discrimination and intolerance. The reports are not only a static description of a legal state and reality of a given society and country, but also a multidimensional reference point in the international society.

First, taking into account the developed methodology used for the preparation of the report, it must be noted that it constitutes a reliable document considering a perspective of non-governmental organizations, public authorities (government and self-government), bodies safeguarding the freedoms and rights of an individual in a particular state and minimum standards of human rights contained in the European Convention and the case law of ECHR. Second, findings of country reports constitute an element of a process aimed at determination of facts associated with violation of law in the proceedings before the ECHR and thus, constitute an element of the judicial mechanism. Third, in this context, it is important to stress that ECRI uses the case law of ECHR, both to assess a situation of a given state and an impact of the Court's case law on a legal state and factual situation (standard) in all states subject to monitoring. Fourth, experiences, unfortunately reoccurring, of many states and in fact the whole European society reflected in country reports, constitute grounds for the development of General Recommendations.

10. The issues common for all states and analyzed and assessed under the current fifth monitoring cycle (2013-2018) covering individual member states of the Council are: normative regulations for countering racism, discrimination and intolerance; hate speech; violence and racism-driven violence and integration policies. Besides these four issues, ECRI monitors problems specific for individual countries, with particular focus on discrimination and violence against persons belonging to LGBT group, as far as the issue concerns the monitored state. Under the normative regulations that counter racism, discrimination and intolerance, special emphasis is put on the ratification of Protocol no. 12 to the European Convention on Human Rights, as a tool for combating discrimination.

In fact, Protocol no. 12 contains a general ban on discrimination stating that the enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, color, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status. No one shall be discriminated against by any public authority on any of the said grounds.

ECRI urges each state to sign/ratify Protocol no. 12 as quickly as possible. It also concerns Poland, which refrained from signing the Protocol. Therefore, the promise of equality and non-discrimination is not completely fulfilled due to obstacles and difficulties of cultural and “mental” nature. For equality is also a test for political, cultural, mental, moral and civic attitudes. The discussion on non-ratification of Protocol no. 12 has been held for many years. The analysis of normative regulation in individual fields of social and economic lives shows the diversification of this legal regulation from the perspective of the principle of equality.

Which arguments are used in favor of such non-ratification? First, the concern that the Polish legal system contains too many norms violating the principle of equality. Therefore, the ratification of Protocol no. 12 should follow the appropriate amendment of applicable norms. But the examples preventing the ratification indicate the existence of such norms in 2015, which should be a source of shame. For example, professional soldiers with disabled family members do not have – unlike civilians – the right to additional living space or the amount of benefits to cover costs of child maintenance is diversified depending on the type of foster family maintaining the child (kinship care v. other types of foster care).

Second, the concern that the ratification may extend the scope of jurisdiction of the European Court of Human Rights – through the issuance of decisions – to social rights. Except that the content of Protocol no. 12 is the same as the content of articles 32 and 33 of the Constitution of the Republic of Poland. Therefore, do we agree with inequalities, also in the area of social rights, which are not allowed by the constitution only because there is no effective intrastate equality control mechanism? Is the concern, in the light of the current practice of the ECHR, that the Strasbourg Court will set a groundlessly high standard of equality for Poland viable? In this context, it is worth recalling the discussion that took place before Poland’s accession to the European Convention at the beginning of the 1990s, (deplorable) condition of the Polish law from the point of view of Strasbourg standards and hopes, luckily fulfilled, which were associated with the pressure of an external factor (consequences of the fact that Poland has become the member state of the Council of Europe) to change the law. Let us also recall the discussion held in relation to Protocol no. 30 to the Lisbon Treaty (British-Polish protocol). How bogus were, from the very beginning, the indications justifying the intention to opt-out from the Charter of Fundamental Rights, for it did not concern solely the Chapter IV of the Charter, entitled Solidarity. The argument used in the context of Protocol no. 12, which is similar to the one used in the case of the Polish-British protocol, that this time the Strasbourg Court will go beyond its competence (as CJEU before), as

the principle of equality will require, through rulings, the full elimination of discrimination via, e.g., institutionalization of a civil union, is not surprising.

Phobias, seemingly reasonable, are persistent. Their source lies in false consciousness, determined by prejudice, superstitions, dogmas and beliefs. But then, resistance to Protocol no. 12 is a substitute for a blatant resistance to the content and function of article 32 and article 33 of the Constitution of Poland. This resistance – and obstinacy – was as evident during the development of the so called Equality Act of 2010. Adoption of this lame act was enforced by the threat of the EU to impose financial penalties. Should the fear of penalties be the most important, not to say, the only factor shaping the constitutional awareness and culture? Should the constitutional determinism depend on the amount of money? Is it ok to make a false pretense of the implementation of international commitments, while maintaining the state of inequalities and discrimination?

One must wonder why, in this context, the positive impact of the ratification of this instrument on the enhancement of the equality principle's implementation, reinforcement of the guarantees of protection against discrimination, including the guarantees of equal access to social and cultural rights by persons exposed to discrimination, provision of protection in case Poland does not ratify a range of international instruments establishing complaint procedures or provision of protection for persons not covered by the equality act in the areas beyond the scope of the Convention, has so little meaning for those who are against signing the Protocol.

11. Another issue, which is besides Protocol no. 12 a subject of this seminar, is hate speech and hate crime. The paradox of “hate speech” lies in the fact that it is difficult to find a generally accepted definition of this phenomenon. It does not mean that we are not able to describe a particular phenomenon as hate speech. The possibility to describe hate speech results from the application of criteria adopted in modern democratic societies.
12. The analysis of findings of social sciences and humanities, and international as well as national legal norms (including case law and the study of law) leads to the following conclusions: hate speech constitutes a speech of any nature: it can be oral, written, symbolic (gesture), or performative. Hate speech may be demonstrated in any form of expression or means of communication, including in particular, due to its strength and broad impact, an electronic communication (Internet).

Hate speech is addressed to an individual or a group of people. The addressee is defined as – also when a speech is seemingly neutral or even friendly – as an enemy. Except that this “enemy” is usually mentally vulnerable, easily identifiable

both in local and supralocal space, recognizable based on its image or situation, and deprived of the effective protection from the local society and public authorities. The enemy is the addressee of insults expressed by means of the most vulgar words and the object of calls for emotional and physical violence.

Hate speech is expressed by the language which is particularly offensive, scornful, abusive, incriminating, mocking, degrading and detrimental to personal rights of an individual or a group of people. Hate speech generalizes stereotypes or accuses an individual or a group of people of possessing characteristics assessed negatively and pursues two objectives at the same time: compromises the grounds of human dignity and strengthens hostility towards these persons or groups of people.

Personal rights violated by hate speech are: a psychological and physical integrity of an individual, its dignity, place in society, prestige, and authority. Apart from personal rights, hate speech violates rights generally recognized as values protected by a constitution and constituting public welfare, for example: dignity, equality, ban on discrimination, participation in public life, freedom of expression, freedom of assembly and freedom of religion. There is a clear link between a scale of hate speech and a level of violation of rights protected by a constitution.

Criteria based on which an individual or a group of people become addressees of hate speech are – in particular – race, ethnic or national origin, religion, language, sex, age, disability, exterior features, sexual orientation and gender identity, social status or political opinions.

Additionally, there are also other forms of hatred based on intolerance, including xenophobia, aggressive nationalism or ethnocentrism, discrimination or hostility against minorities, migrants and immigrants or persons with immigrant background.

The objective, function, and effect of hate speech is the expression of strong aversion or even hostility towards another individual and/or a group of people, intimidation, threatening, degrading, insulting, reinforcement of stereotypes resulting in exclusion, discrimination, and in extreme, although increasingly common, cases physical violence, including manslaughter of hate speech addressees. Hate speech always has the form of attack.

First international regulations concerning racism, antisemitism, xenophobia, and other phenomena constituting the consequence of intolerance and hate speech date back to the beginnings of a new political order following the end of World War II. Over the decades, international society has committed to – global, regional and national – elimination and prevention of hate speech. Observation of the phenomenon leads to a depressing conclusion: efforts related to fights against hate speech are more and more intensive because hatred and hate speech as

well as their outcomes dramatically change the condition of humanity. National and international legal instruments have limited effectiveness. There is an increasingly stronger need to intensify the application of other than legal instruments aimed at raising awareness and shaping minds. Hatred and hate speech constitute complex phenomena due to their sources and multidimensional outcomes, hence the need for such a complex and multidimensional response of societies. This is a redefined task of public authorities mainly in the area of education, politics, instruments shaping attitudes of tolerance, and the creation of a state free from hatred and hate speech.

The General Recommendations developed by ECRI will answer the fundamental questions concerning the sources of hate speech, outcomes of its dissemination, particularly by means of modern information technology (Internet) as well as educational, organizational, legal and extralegal remedies.

13. I focused on two examples of ECRI's activity. After the analysis of country reports drafted under the monitoring procedure, as well as of guidelines listed in fifteen, already adopted, General Recommendations, it is possible to state that the knowledge about the essence of the equality principle and a ban on discrimination derives from basic philosophical, ethical, and axiological assumptions, it is arranged, objectified and well-established in normative, jurisdiction and doctrinal spheres. However, the level of its adoption and internalization is diversified. A level of sensitivity among persons and institutions from the non-governmental area is higher than knowledge and sensitivity of public servants, from the legislative, executive and judicial branches. Therefore, the experience of ECRI shows the high complexity of equality. It would be wrong to expect simple solutions, just as wrong it is not to make use of normative works, case law and good practice implemented in individual states and individual areas of life.

PANEL I

Moderator: David Milner
Directorate General of Human Rights and Rule of Law
Council of Europe

Good morning, ladies and gentlemen.

In introducing this first panel, as a staff member of the Council of Europe, I would like to say a few words about a central theme: Protocol no. 12 to the European Convention on Human Rights, which was opened for signature by the member States of the Council of Europe on 4 November 2000.

The general aim of Protocol no. 12 is to compensate for the limitation in the protection offered by Article 14 of the Convention, which applies only to discrimination in the enjoyment of Convention rights.

Although building upon initiatives concerning equality between women and men and racial discrimination, the Steering Committee for Human Rights – bearing in mind the universality of human rights – preferred not to take a ‘sectoral’ approach. Whilst Article 1 of the Protocol contains a list of prohibited grounds for discrimination, therefore, that list is not exhaustive: discrimination on any ground is prohibited.

Given that the twin principles of equality and non-discrimination are fundamental tenets of human rights, one might expect rapid acceptance of an instrument intended to enhance their legal protection.

Yet although the protocol entered into force on 1 April 2005, it has so far been ratified by only 18 of the 47 member States. A further 19 states have signed it without ratifying – 16 of those on the day it was opened for signature, 14 years ago.

For an instrument that enshrines a fundamental principle of human rights, whilst taking a balanced and carefully calibrated approach, this is perhaps surprising.

As clearly stated in its Explanatory Report, “not every distinction or difference of treatment amounts to discrimination... ‘a difference of treatment is discriminatory if it ‘has no objective and reasonable justification’”. The relevant measure must pursue a ‘legitimate aim’ and the difference in treatment must be proportionate to the aim pursued. In assessing proportionality, States are allowed a certain margin of appreciation, subject to the Court’s supervision.

The protocol is also deliberately intended to have only exceptional application to relations between private parties, so-called ‘indirect horizontal effects’. It was foreseen to apply, “at the most”, to relations in the public sphere normally regulated by law and for which the state has a certain responsibility. Purely private matters are explicitly excluded.

The Explanatory Report gives a description of activities intended to fall within the scope of the protocol. This includes, for example, the exercise of discretionary power such as “granting certain subsidies”, and other acts or omissions such as “the behaviour of law enforcement officers when controlling a riot”. The scope of the protocol may thus be considered broad. But can it ever be acceptable for public authorities to discriminate when doing such things – and should there not be legal protection against their doing so – first and foremost, at domestic level?

Some member States deferred a decision on whether to ratify the protocol until it had entered into force and the Court had developed case-law on its application.

Well, the protocol has now been in force for nine-and-a-half years, for at least ten member States; and yet the Court has only delivered four judgments on complaints raising it. Over the same period, it has found dozens of applications inadmissible. A cautious approach, it would seem.

For European Union member States, there have been other significant developments since Protocol no. 12 was opened for signature. Article 21 of the EU Charter of Fundamental Rights, which prohibits “any discrimination based on any ground”, has been binding on EU member States when implementing EU law since the Lisbon Treaty entered into force in late 2009. And whilst the European Commission’s proposal for a “horizontal anti-discrimination directive” is still under examination, the Union has, since 2000, successfully introduced several other anti-discrimination directives.

An even more important consideration, however, may be the fact that racism, intolerance and xenophobia, and resulting discrimination, are not only persistent in Europe, but in many places on the rise. Whatever the causes of this, governments must show their commitment to the principles of equality and non-discrimination and take concrete steps to strengthen legal protection – including by ratifying and effectively implementing Protocol no. 12. Unless the majority accepts the status of minorities, human rights are not fully respected.

I do not, however, want to trespass too far on the ground staked out for our panel speakers. We will shortly hear from Ms Štefica Stažnik, Croatian Government Agent before the European Court of Human Rights, on why states should accede to Protocol no. 12 – Croatia being, of course, one of those states that has –

and from Ms Louise Holck, Deputy Director at the Danish Institute for Human Rights, on why Denmark has not.

But first of all, Dr Łukasz Jurczyszyn of Warsaw University will examine the potential for discriminatory attitudes and disposition of Poles to condemn social and ethnic minorities. Dr Jurczyszyn, you have the floor.

Łukasz Jurczyszyn, PhD,

*Directorate for Solidarity and Social Movements Studies of Warsaw University,
Centre for the Sociological Analysis and Intervention in Paris*

Potential for discriminatory attitudes. Disposition of Poles to condemn social and ethnic minorities

Ladies and gentlemen, first of all I would like to congratulate for organising a seminar on such a fundamental issue. I would also like to thank you for the invitation, for the opportunity to present to you today the results of the field study, in which I participated. Today I have the honour of replacing Professor Ireneusz Krzemiński, who heads the Centre for Solidarity and Social Movements at the Institute of Sociology of the University of Warsaw, which I am a member of. The professor, due to other academic duties, unfortunately could not join us today. I think that at the beginning it is crucial to point out that despite the fact that in my speech I will focus on Poland, I will also reference examples of foreign studies in which I participated. Such an approach is in line with an idea that is very close to me, one by German sociologist Ulrich Beck, according to whom during the time of galloping globalisation, one cannot practise the so-called methodological nationalism and should analytically go beyond the frame of a single national state and include other states in the analysis. More specifically, I deal with researching the theme of discrimination, mainly ethnic, racial and with extreme nationalism in the case of Polish, French and Russian society. Especially in the context of racial discrimination I can compare trends in a society, in which an ethnic minority is so small, Poland is such a country, about 2%, with the example given by France, where minorities constitute 11% of the population, as well as with the context given by Russia, where ethnic and national minorities represent 20% of the population. It has an enormous significance for studying the potential of attitudes and discriminatory practices against ethnic minorities. In particular, for example, in our country, where physical and mental, everyday, contact with “the others” is definitely limited and in contrast to Russia, for example, a country with such a high potential for racism and nationalism. In Russia, the Levada Centre says

that more than half of Russians support the slogan “Russia for Russians”. Probably even more today and such a potential that can be observed in Poland finds it release on a daily basis, inter alia, on city streets.

I have participated in a three-year project “Understanding violence in Russia”, carried out by the Centre for Eastern Studies at the French National Centre for Scientific Research, in which I examined the most radical form of discrimination, that is – racist violence. Additionally, police violence. Unfortunately, in Poland, although not as much as in Russia, such a radical form of discrimination does occur. In the Polish context, I had the opportunity to study anti-Roma pogroms in Brzeg, Opolskie Voivodeship in 2008. A very important role there has been played by a national-radical group called “*Lokalna Brygada*” (The Local Brigade), which also participated in the study, there have been many scuffles between the young residents of Brzeg and a part of the Roma population. It ended by throwing Molotov cocktails at Roma houses, where 9 persons present there were at risk of being killed. However, I emphasize that there are a lot less examples of racist violence in Poland.

I will show you photographs from Brzeg, taken at a bus stop. Photographs from a “Gypsy free zone”, writing on a wall “Gypsies they don’t want them neither in England, nor in Poland”. This was due to the fact that the Roma population often already returned from emigration to their hometown of Brzeg. In France, however, experts have distinguished a growing prevalence of the so-called “cultural discrimination”, which is especially close to what Professor Wyrzykowski has said about the notion of very subtle forms of discrimination.

Cultural exclusion, marginalisation, caused not by biological or social properties, but rather cultural ones. In France, this applies particularly to the Arab and Muslim minority in general. To put it bluntly – I reject your culture, the one you represent, because it is not compatible with the culture recognised by the majority of the population. For seven years I have conducted studies on the riots erupting for the past several years in the suburbs of major French cities, riots started by French citizens with immigrant roots, who are experiencing discriminatory, social, cultural and racial practices. These very radical forms of discrimination occur in urban areas, occur in areas that are called “sensitive areas”, places where unemployment reaches 40, 50, or even 60%, places where people of French descent practically no longer live.

Turning now to our Polish matters, a study conducted on a representative group by Professor Krzemiński provides some very interesting illustrations of the discriminatory potential. Anti-Semitism, xenophobia, national stereotypes, this study has already been held in three variations. In the early ‘90s, in 1992, in the early 2000s and most recently in 2012. They show a very interesting dynamic

of this phenomenon. Please pay attention to the table that tells us exactly that, firstly, in Poland, in terms of the ratio of minority an essentially neutral trend dominates. Would Poland be better without minorities? Neither better nor worse. This is the dominant trend that dominates since the studies conducted in 1992. Afterwards, Poland would certainly be better off without minorities; we see it in this bar. Secondly, Poles in these three editions of the study conclude that the presence is strongly unfavourable when compared to the benefits that would flow from the presence of minorities in our country. What deserves attention, Poles find that since the minorities are already present, they cannot bring harm, to be honest, they are not so dangerous.

Another table I wanted to show you presents specific minorities, towards which we can see discriminatory potential. What I would like to especially note is that, particularly in Poland, mainly minorities with a cultural or social identity induce dislike or prejudice, such as a prostitute or a homosexual, more than minorities with an ethnic identity, such as Gypsies. Although we can definitely see here that Gypsies are the minority, which raises the biggest reluctance in Poles, in subsequent editions of the study the trend is falling. The same is true when it comes to people with AIDS, or alcoholics, therefore it proves that this potential functions, discriminatory potential, but basically refers to “the other”, who is right next to us, rather to the one, which is not around.

Another interesting card is the one that depicts the election of an “other” for president. There is a very interesting dynamic here. Most of all, Poles, of course, would not elect such a president, who comes from a Russian or Ukrainian minority, but also Jewish or German, although we can see that Jewish descent is the smallest problem in the opinion of our respondents. Another study, which I would like to draw your attention to is carried out by Professor Andreas Zick’s German team. It is a team from the University of Bielefeld. They have made comparative studies of xenophobia in Europe in 2011. This study was cited by my colleague Michał Bilewicz in a study published by *Otwarta Rzeczpospolita*. It was devoted to radical organisations in Poland and in Europe. In this study the professors discuss something they call *group focus enmity*. It turns out that prejudice against all groups that you have seen on the screen, or sexism and anti-Semitism and anti-Muslim prejudice, homophobia, racism, anti-immigrant prejudice generally are very highly correlated to each other and form a kind of such a single, unified syndrome. When we take a look at such group focus enmity, according to the study which was conducted by our German colleagues, we will see that it is Poland and Hungary, in contrast to other European countries, which present themselves as those where the local populace, national populace, has the most prejudice towards the groups I have mentioned. Especially when it comes to homophobia,

and this study also confirms a trend that is clear in Professor Krzemiński's study, that is, homophobia in Poland is the biggest problem for people who are already display inimical tendencies. Hungary takes the second spot. The example of Hungary is in general extremely interesting and, of course, extremely sad. Two weeks ago, I had the opportunity to participate in a conference organized by our Hungarian colleagues about the problem of extreme political right in Europe. I was invited on behalf of the Polish voice in this matter. In just a few words, contrary to what we stereotypically think of sympathizers of the extreme right, they are not badly educated people, they are not poor, they are not marginalized people, they are very educated people, who thrive in Hungarian society, and if we look at the Jobbik's electorate, which is growing in strength, exact same trends are documented by our fellow Hungarian researchers. This is an example that should be taken into account by political scientists and sociologists in Poland, for us to move away from the stereotype of a nationalist, an extreme right-wing sympathizer as the marginalised one, without a cultural or social capital, which would allow him to play a role in society, or even in politics.

This context of enmity against gays and lesbians also appeared in another study, in which I participated. It was a study carried out by Nike, on discrimination in physical education of youth in 11 European countries, teenagers between 10 and 15 years of age. I was responsible for the Russian, Polish and Serbian part. This study also shows that the vast majority of our very young citizens, especially in Poland, have no problems with ethnic minorities, but already at the school have a problem with gays and lesbians. It is very clear, if we compare these trends especially to Western countries, where the tendency is opposite.

Finally, I would like to conclude by stressing out that considering the existing potential for discriminatory attitudes and practices in Poland I have managed to present the issue to you. I believe that as a society we should, on the one hand, very closely examine, analyse discriminatory trends relevant to our society, especially in the face of a great demographic problem that requires us to set a new question about our immigration policy, that is, a policy that has to prepare us to be more open towards ethnic minorities, towards foreigners, who come to Poland more often, for whom Poland becomes an interesting and exciting place to live and work. On the one hand, this aspect should be analysed in terms of Poland. On the other hand, we should draw examples from countries that have been struggling with the issue of discrimination for a long time. France is such a society, such a country, which, taking into account discrimination based on race over the past 45 years, has undergone a very long way from the moral condemnation of racism, through an in-depth social analysis of the phenomena, up to developing specific, legal and institutional, instruments to combat specific discriminatory practices.

This mainly applies to the work environment and the fight against racism, racial discrimination in the workplace. A huge problem in France.

However, even such a positive example of France shows that if we allow a structural problem of ethnic, social and economical discrimination of ethnic minorities to rise, then the barrier to combat this issue is very tough, if we are late by a dozen years, or just a few years.

At the end I would like to present you, to some extent to demonstrate this phenomenon, this decision-making block, when it comes to decision-makers in France and social work in the context of battling discrimination, I would like to present to you a small quiz. Please tell me, what building do you think it is?

For context, I will only say that it is located in the suburbs of Paris, 20 km from Paris, a city in which for 15 months I have conducted research on the causes and consequences of the riots that took place there in 2007, as a result of which 40 policemen were shot with a firearm and the Commissioner lost an eye. It is precisely in this territory. Do any of you have an idea? A police station. This is a police station, a renovated police station, which has become an architectural example for all police stations that are currently being built in these suburbs and these urban areas which the French call “administratively sensitive”. Please pay attention to the width of the walls. Residents, not only those from ethnic minorities, associate this building with a fortress, with the proof of the fact that the state is confronting the inhabitants of these territories. This is how this police station looks like.

Thank you very much for your attention and I will be grateful for your questions, your comments.

Why to accede to Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms?

At the outset allow me to thank the Polish Ministry of Foreign Affairs, prof. Fuszara, Government Plenipotentiary for Equal Treatment of Poland and the Council of Europe for organising this worthwhile event and maintain tradition of providing a forum for members of academia and practitioners to exchange views on pertinent human rights issues.

My task today is to give you reasons why to accede to Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms?

It is not an easy task as the Protocol came into force already on 1 April 2005 after ratification by 10 states Contracting Parties to the Convention. However, until the present day it gained only 8 additional ratifications out of 47 states Parties to the Convention. The Court's case on Protocol No.12 is therefore also limited.

Looking back to the history of drafting the Protocol and the Explanatory Report, the idea of including additional protocols to the Convention was on the table of various Council of Europe bodies since 1960s onwards (intergovernmental committees, Parliamentary Assembly etc.).

The Steering Committee for Equality between Women and Equality (CDEG) underlined the need for a binding instrument that would establish legal protection of equality between women and men as an independent right; the European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) deemed that an additional protocol to the Convention should be added containing a general close against discrimination on the grounds of race, colour, language, religion or national or ethnic origin; also the Steering Committee for Human Rights (CDDH) thought that additional protocol to the Convention was advisable and feasible.

Finally, the Committee of Ministers of the CoE (the decision making body comprised of foreign affairs ministers or their permanent diplomatic representatives in Strasbourg) gave directions to the CDDH to draft an additional protocol to the Convention, broadening the field of application of Article 14 and containing a non-exhaustive list of discrimination grounds. It is important to mention that the European Convention has already provided protection with regard to equality and non-discrimination in Article 14. However, this protection was limited in scope as prohibited only discrimination in enjoyment of rights and freedoms set forth in the Convention.

The Protocol was drafted by government's human rights experts in a desire to strengthen the European Convention's guarantees with regard to equality and non-discrimination, fundamental elements of international human rights law. Similar efforts were already reflected in widely accepted human rights instruments, particularly in the Universal Declaration of Human Rights (*Article 7*) and in the International Covenant on Civil and Political Rights (*Article 26*).

The Committee of Ministers of the Council of Europe adopted the draft text of the Protocol in 2000. Since 4 November 2000 Protocol No. 12 has been open for signature. 29 States Contracting parties to the Convention have signed the Protocol until now. Such sequence of events certainly show that there has been political will to have such a legal instrument in Europe.

However, the Protocol has not obtained wider acceptance among the states Contracting parties to the Convention since most of them although signed the text of the Protocol, have not ratified it yet. Most of the states which ratified it are young democracies of Eastern Europe, while most of the old members of the Council of Europe have not ratified the Protocol.

As for the content of Protocol No.12 it should be emphasized that it has introduced a general prohibition of discrimination, prescribing that the enjoyment of any right set for by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status, and that any public authority shall not discriminate on these grounds anyone.

More broadly, Protocol No. 12 prohibits discrimination in relation to enjoyment of any right set forth by law and is thus greater in scope than Article 14 of the Convention. In particular its provision relates to discrimination:

- I. in the enjoyment of any right specifically granted to an individual under national law;
- II. in the enjoyment of a right which may be inferred from a clear obligation of a public authority under national law, that is, where a public authority is under an obligation under national law to behave in a particular manner;

- III. by a public authority in the exercise of discretionary power,
- IV. by any other act or omission by a public authority.

While the Protocol protects individuals against discrimination from the State, it also relates to those relations between private persons, which the State is normally expected to regulate (for example, arbitrary denial of access to work). Therefore, “it may be said that it prohibits discrimination outside purely personal contexts, where individuals exercise functions placing them in a position as to decide on how publicly available goods and services are offered”¹.

From an applicant’s point of view, relying on the Protocol No.12 would require from him/her to show to the Court that he/she experienced differential treatment in the enjoyment of any right set out in national law, while relying on Article 14 of the Convention would require that he/she shows to the Court differential treatment in an area within the scope of the Convention.

It may be said that the Protocol moves from the prohibition of discrimination to a recognition of a right to equality. It endorses political will already expressed in the customary international law that all human beings are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law.

WHY THE REPUBLIC OF CROATIA RATIFIED THE PROTOCOL?

Firstly, allow me to mention that in 1990 the drafters of the Croatian Constitution were inspired by the Convention and other human rights instruments while drafting the provisions on protection on human rights and fundamental freedoms contained in the Croatian Constitution. As a result the Croatian Constitution contains a broad antidiscrimination provision related to the right to equality. Namely, it “*guarantees to all persons in the Republic of Croatia rights and freedoms, regardless of race, colour, gender, language, religion, political or other conviction, national or social origin, property, birth, education, social status or other characteristics*, while stating in the following sentence that *all persons shall be equal before the law.*”² This constitutional provision also enabled for further development of equality legislation on national level.

The Parliament of the Republic Croatia ratified Protocol No. 12 in 2002. The Parliament was of the opinion that the Protocol complements principles underlying the Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms and standards

¹ Handbook on European Non-Discrimination Law (page 64), FRA & COE 2010.

² Article 14 of Constitution of the Republic of Croatia (<http://www.sabor.hr/Default.aspx?art=2408>)

developed by the case law of the European Court of Human Rights. During parliamentary debate that preceded decision to ratify the Protocol, it was noted that Croatia through its international commitments to human rights instruments already accepted a broad guarantees of non-discrimination, as they are set out in the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), International Convention on Racial Discrimination (CERD), and International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR). The legislator concluded that ratification of Protocol No. 12 would further enhance the level of human rights protection in Croatia.

As regards potential applications to the European Court of Human Rights related to violation of Protocol No. 12 and the principle of subsidiarity³, Croatian authorities created domestic remedies to protect constitutional and conventional rights including possible violations of the Protocol.

Already in 1991 Croatian Parliament established a constitutional complaint⁴ as a general domestic remedy for protection of constitutional rights and freedoms. By submitting the constitution complaint to the constitutional Court of the Republic of Croatia domestic protection has been provided for every person who may claim that his/her right to equality was violated.

Hence, the Croatian legislator – Parliament, also adopted the Antidiscrimination Act⁵ by which it placed protection of right to equality and prohibition of discrimination on the regular courts level.

The Act defines discrimination as placing any person in a less favourable position on the grounds of race or ethnic affiliation or colour, gender, language, religion, political or other belief, national or social origin, property, trade union membership, education, social status, marital or family status, age, health condition, disability, genetic heritage, native identity, expression or sexual orientation.

It *expressis verbis* prohibits discrimination in all its forms (direct and indirect), binds all state authorities legal and natural persons, and prescribes the possibility of filing an action with a regular court for protection from discrimination.

³ This principle is one of the underlying foundations of the Convention mechanism. Domestic authorities of the High Contracting Parties to the ECHR have the primary duty to guarantee Convention rights and freedoms. The respondent State “must first have an opportunity to redress the situation complained of by its own means and within the framework of its own domestic legal system” (see *EComHR Fifty-seven inhabitants of Louvain v. Belgium*, appl. no. 1994/63, in the Yearbook of the ECHR 1964, at 252.

⁴ See Constitutional Act on Constitutional Court of the RoC (*Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske*), Official Gazette no. 13/1991

⁵ See the Anti- Discrimination Act (*Zakon o suzbijanju diskriminacije*, “Official Gazette”, nos. 35/05 and 41/08)

In an action against the authority or person which allegedly discriminated an applicant, he/she can request from the competent court to: (i) declare discrimination (ii) undertake action to remove the discrimination, (iii) award compensation for damages, (iv) publish the judgement in the media.

Additionally, the Antidiscrimination Act mandated the Ombudsman as the central Equality body in Croatia who has the authority to receive reports of all the natural and legal persons; provide necessary information to natural and legal persons that have filed a complaint on account of discrimination with regard to their rights and obligations and to possibilities of court and other protection; if the court proceedings have not yet been initiated, examine individual reports and take actions falling within her competence required for elimination of discrimination and protection of rights of discriminated persons; warn the public about the occurrence of discrimination; with the parties' consent, conduct mediation with a possibility of reaching an out-of-court settlement; file criminal charges related to discrimination cases to the competent state attorney's office; collect and analyze statistical data on discrimination cases; inform the Croatian Parliament on the occurrence of discrimination in his/her annual and, when required, extraordinary reports; conduct surveys concerning discrimination, give opinions and recommendations, and suggest appropriate legal and strategic solutions to the Government of the Republic of Croatia.

Since Protocol No.12 entry into the force till today the Court has not delivered a judgement against Croatia declaring (no) violation of Article 1 of Protocol No.12 to the Convention. However, it tackled the issue in judgement *Savez crkava v Croatia* and two cases are currently pending before the Court challenging compatibility of measures undertaken by domestic authorities with the principles set out in Protocol No.12 (case *Guberina*⁶ v Croatia and *Ogden v Croatia*⁷).

Case *Guberina* relates to the manner of application of domestic tax provisions in situation where the applicant claims that domestic authorities failed to distinguish his situation from the general situation falling under the relevant provisions on tax exemption. In *Ogden case*, the applicant, a British national, claims that he suffered discrimination on the ground of his nationality because he could not obtain consent of the Minister of Justice for the acquisition of ownership of an old stone house and surrounding land plot located in the protected natural area in Croatia.

In judgement *Savez crkava v Croatia*⁸ which considered the authorities unjustifiable refusal to conclude agreements relating to the legal status of Reformist

⁶ Application no: 23682/13 lodged on 28 March 2013

⁷ Application no 27567/13 lodged on 15 April 2013

⁸ Application no: 7798/08, Chamber judgement of 3 December 2012

churches, the Court assessed admissibility, applicability and merits of the case under and Article 1 of Protocol No. 12 as well as under Article 14 of the Convention. It found violation of Article 14 together with Article 9 and did not find necessary to examine separately whether there has also been a violation of Article 1 of Protocol No. 12 to the Convention.

As regards other states parties to the Protocol No. 12, although nine years passed by since the Protocol came into force, there is limited case law on its application. The Court recently delivered two judgements in which it found violation of Article 1 of Protocol No. 12 by Bosnia and Herzegovina.

In case *Sejdic Finci v Bosnia and Herzegovina*⁹ the applicants contested constitutional provisions rendering them ineligible to stand for election to the Presidency of Bosnia and Herzegovina. According to the B&H Constitution, in order to be eligible to stand for election, a candidate was required to declare affiliation with a constituent people (Bosniacs, Serbs or Croats). The applicants described themselves as to be of Roma and Jewish origin and objected to declaring such affiliation. They were therefore excluded from standing for elections on bases that, according to the Court, lacked any objective and reasonable justification. Although the Court recognised that such provisions were incorporated into the Bosnian Constitution to achieve peace after a brutal war conflict marked by genocide and ethnic cleansing, it relied on the Venice Commission Opinion that there were mechanisms of power-sharing that did not automatically lead to the total exclusion of representatives of particular communities.

In this case the Court interpreted concept of discrimination under Protocol 12 the same as it “has been interpreted consistently in the Court’s jurisprudence concerning Article 14 of the Convention, although the latter provision had a different scope. The Court emphasized that its jurisprudence has made it clear that “discrimination” means treating differently, without an objective and reasonable justification, persons in similar situations.

Second judgement was also in a Bosnian case, *Zornić v Bosnia and Herzegovina*¹⁰ which the Court found identical to *Sejdic Finci* case. The Court also found violation of the Article 1 of Protocol No.12 because of the applicants’ continued inability to stand for election to the House of Peoples of Bosnia and Herzegovina. It also found Bosnian constitutional provisions preventing the applicants from running for election to the Presidency discriminatory as it lacked objective and reasonable justification.

⁹ Applications nos. 27996/06 and 34836/06, Grand Chamber judgement of 22 December 2009.

¹⁰ Application no: 3681/06, Chamber judgement of 15 July 2014.

As regards development of the Court's case law in this field I think that despite noble effort to develop equality law under the Convention applicable to all citizens of Europe, Protocol No. 12 can't play this role until more states parties to the Convention ratify it. In am aware that some states are reluctant to ratify the Protocol considering that its application might be too wide. They rather decided to wait and see how the case law of the Court will develop.

In this respect the existing case law of the Court already established that the notion of discrimination under Article 1 of Protocol No. 12 is to be understood in the same way as under Article 14. Positive discrimination should also be compatible with the Protocol No. 12 provided that it can be justified by objective and reasonable grounds¹¹.

Not every difference in treatment amount to discrimination. If such a difference is acceptable and safeguarded, and can be objectively and reasonably justified it will not constitute discrimination. The existing Court's case law allows national authorities certain margin of appreciation in assessing if differences in otherwise similar situations are justified, while it also notes that scope of margin of appreciation would vary according to the circumstances of the case, the case subject and its background.

The list of non-discrimination grounds in Article 1 of Protocol No. 12 remains the same to that in Article 14 of the Convention, it being understood that inclusion of the grounds is unnecessary from the legal point of view, since the list of non –discrimination grounds in not exhaustive, and it might give rise to unwarranted *a contrario* interpretations as regards discrimination based on grounds not so included. Namely, the Court has already applied Article 14 in relation to discrimination grounds not explicitly mentioned in that provision.

In comparison to Article 14 of the Convention which restricts non-discrimination standards only to rights and freedoms set for in the Convention, the Protocol extends these standards beyond that, as the Court concluded in the *Savez crkava v Croatia* case. The Court also noted that “*this follows in particular from Article 1 paragraph 2, which further provides that no one may be discriminated against by a public authority. The Court relied on the Explanatory Report on Article 1 of Protocol No. 12, which defined that the scope of protection of that Article concerns four categories of cases*”¹² (as explained on page 2 of the statement). The Court went further and cited the Explanatory Report which further clarifies that “... *it was considered unnecessary to specify which of these four elements are covered by the first paragraph of Article 1 and which by the second. The two paragraphs are comple-*

¹¹ See Explanatory Report to the protocol No. 12, para 16 and the Preamble to the Protocol.

¹² See judgement of *Savez crkava v Croatia*, para 103-104.

mentary and their combined effect is that all four elements are covered by Article 1. It should also be borne in mind that the distinctions between the respective categories i-iv are not clear-cut and that domestic legal systems may have different approaches as to which case comes under which category.”

Further, the principal objective of Article 1 of the Protocol is to protect individuals from discrimination by public authorities. The Article is not intended to impose a general positive obligation on state parties to take measures to prevent or remedy all instances of discrimination in relations between private persons¹³. Even though, the Explanatory Report suggests that Article 1 might entail positive obligations they are limited and could arise if there is a clear lacuna in domestic law protection from discrimination.

The above mentioned arguments might encourage states to reconsider their position towards ratification of Protocol No. 12. Otherwise, I have difficulties to see development of the generic equality law under the Convention until broader group of states Contracting parties to the Convention ratify it. Ratification by more states, particularly those often called old European democracies would set a good example for their commitment to the protection of human rights and fundamental principle of non- discrimination, and enabled them to promote equal treatment within their societies. It would also allow them to influence the interpretation of the Protocol by the European Court of Human Rights.

In conclusion I consider Protocol No. 12 a welcome addition to the Convention system. As stated in the preamble, it reflects the principle enshrined in the Universal Declaration of Human Rights that “all persons are equal before the law and are entitled to the equal protection of the law” and represents “further steps to promote the equality of all persons”.

Full realisation of this principle is possible through the Convention system if more states decide to ratify the Protocol and thus enable development of the national laws and practices as well as the Court’s case- law. To that effect I find very important to establish effective domestic remedies for possible violations of Protocol No.12 prior to ratification of this Protocol and also to have faith in the European Court of Human Rights authority and methods of interpretation of the ECHR provisions.

Thank you for your attention.

¹³ See Explanatory Report to the Protocol No. 12, para 25.

Louise Holck

Deputy Director of the Danish Institute for Human Rights

Why has Denmark not acceded to Protocol no. 12 to the European Convention on Human Rights?

Why has Denmark not acceded to Protocol no. 12 to the European Convention on Human Rights? The answer, as I will explain, is both political and judicial. In order to give you a full response to this question, allow me to give you a brief overview of the Danish legislation on discrimination:

Danish law contains no general prohibition against discrimination. Instead Danish anti-discrimination legislation consists of a combination of several acts introduced over time, when public debate or ratification of international obligations had focused on specific topics. Hence, protection against discrimination in Denmark is currently only partly ensured by a range of civil and criminal legislation covering mainly the area inside the labour market. This means that discrimination that occurs outside the labour market, on grounds of age, sexual orientation, disability and religion and belief, does not enjoy protection in Danish civil law. Danish criminal law covers direct differential treatment with regard to access to public places and services on the grounds of race, colour, national or ethnic origin, religious belief or sexual orientation outside the labour market, but not disability or age. Furthermore, criminal law does not cover indirect discrimination.

In 2009, when Denmark ratified the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the government stated that the Convention did not require Denmark to introduce a general prohibition on discrimination. In addition, the government referred to the principle of equality before the law, which follows from the administrative principle of equality in administration.

The discussion on introducing a general prohibition against discrimination covering areas outside the labour market has nevertheless been ongoing in Denmark. In the spring of 2011, the UN Human Rights Council, following its Universal Periodic Review of human rights in Denmark, recommended that Denmark introduce a general prohibition against discrimination in order to obtain

better protection. This is also the view of the Danish Institute for Human Rights. In our view, it is insufficient to refer to the principle of equality in administrative law in order to eliminate all forms of discrimination in Denmark. We believe that there is a need for a general legal prohibition against discrimination. So why, then, has Denmark not acceded to Protocol no. 12?

The discussion, on the one hand, is influenced by a broad and strong support for human rights in general in Denmark. In addition to having signed and ratified the European Convention on Human Rights, Denmark has signed and ratified all major UN human rights conventions except the UN Convention on Migrant Workers. In the Danish understanding, we are one of the leaders in the field of human rights. On the other hand, there is a profound scepticism within Danish society and among certain political groups towards the current expansion of human rights. The sceptics describe the dynamic interpretation by the European Court of Human Rights as creating an inflation in human rights, arguing that power has been moved from parliaments to courts, and that decision-making has been moved from Denmark to international bodies.

Recently, the discussion on introducing a general prohibition against discrimination has awaited the outcome of the work of the Committee on Incorporation of Human Rights Conventions into Danish Legislation. The Committee was appointed by the Minister of Justice to examine the advantages and disadvantages of – among other things – acceding to Protocol no. 12 to the European Convention on Human Rights.

The Committee has pointed out that accession to the Protocol would strengthen the legal position of the citizens by extending the ban on discrimination to areas not presently covered by the existing prohibition against discrimination entailed by Article 14 of the European Convention of Human Rights. Accession to the Protocol would mean that any form of discrimination within its scope would be subject to review by the European Court of Human Rights, regardless of whether or not the relationship falls within the residual scope of the European Convention on Human Rights. Accession to the Protocol would also imply an extension of the ban on discrimination compared to articles 20 and 21 of the EU Charter of Fundamental Rights, since the Charter applies only within the scope of Union law.

In the Committee's view, Article 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights, to which Denmark has already acceded, contains a general prohibition against discrimination similar to that contained in Protocol no. 12. However, judgments from the European Court of Human Rights, unlike the opinions of the UN Human Rights Committee, are binding for Denmark. Accession to the Protocol would therefore entail that an international court would

be able to issue judgments related to a general ban on discrimination that under international law would be binding for Denmark.

The Committee also pointed out that Danish accession to Protocol no. 12 would send a clear foreign policy signal about Danish human rights priorities. Danish accession could also strengthen the work and efforts of Denmark to promote human rights in other countries. I mentioned earlier that the 2011 Universal Periodic Review of Denmark had also recommended accession to the protocol. In the review Turkey noted “that Denmark has not ratified or incorporated into domestic law Protocol No. 12 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms”, while Ecuador recommended that Denmark “adhere to or ratify Protocol No. 12 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms concerning the general prohibition of discrimination.” Prior to the 2011 Universal Periodic Review, Denmark had received a similar recommendation from the Council of Europe’s former Commissioner for Human Rights, Thomas Hammarberg. The recommendation, contained in a memorandum to the Danish Government, stated that Denmark should “sign and ratify the additional protocol to the ECHR.”

On the other hand, the Committee pointed out that Denmark’s international reputation is assessed not only on the basis of the conventions and protocols to which Denmark has acceded but also on the basis of Denmark’s actions in international and national contexts. The Committee also noted that a number of countries comparable to Denmark have not acceded to the Protocol. In fact, only 18 of the Council of Europe’s 47 member states have signed the Protocol. Amongst the countries Denmark usually compares it self with only Finland and the Netherlands have ratified the Protocol. Iceland, Norway, Germany and Austria have signed the Protocol but not ratified it, while France, the UK and Sweden have neither signed nor acceded to the Protocol.

The Committee furthermore explained that accession to the Protocol would limit the discretion of the Danish legislature in determining which criteria may be applied to substantiate a claim of factual discrimination. As further explained by the Committee, the risk is that the Danish courts and the European Court of Human Rights will tend to issue judgments that would amend the Danish legislation. According to Danish legal tradition, however, laws can be amended only by Parliament. This issue was a particular concern for the Danish government with regard to the distribution of social welfare benefits.

Finally, the Committee explained that the small amount of case law on the Protocol from the European Court of Human Rights also entailed a degree of uncertainty regarding the scope of the prohibition against discrimination in the Protocol. The Committee suggested that Denmark should delay taking a defini-

tive stance on the issue of accession to the Protocol until further developments in case law from the European Court of Human Rights have clarified the scope of the prohibition.

On completing its work in August 2014, a majority of the Committee members recommended that Denmark accede to the Protocol. The majority emphasised that the purpose of the general prohibition against discrimination in the Protocol was to strengthen the legal protection of citizens against discrimination. The Protocol relates to unfair and disproportionate discrimination for certain reasons, of which the provision explicitly specifies gender, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status. In the view of the Committee's majority, Denmark should accede to the Protocol if it wanted to strengthen the legal protection of its citizens.

Nevertheless the Danish Government has chosen not to accede to the Protocol. A statement by the Government to the Parliamentary Legal Affairs Committee provided no formal justification for its refusal to accede to the Protocol.

As I stated in my introductory remarks, Denmark's refusal to accede to the Protocol is probably based on both political and judicial factors.

The former Conservative Party Minister of Justice, Lene Espersen, summarized the previous government's view as follows:

Both the previous and current government since 2000 have been reluctant to accede to Protocol 12 to the European Convention on Human Rights. This is because the Protocol contains a general prohibition against discrimination in all areas of society, and thereby raises the question of whether the Protocol – and the European Court of Human Rights' interpretation of the prohibition against discrimination – will limit the discretionary rights of the politicians to define the criteria that can justify an objective discrimination, for example, in the area of distribution of social welfare benefits. [Response from the Minister of Justice to question no. 88, 4 April 2005, from the Legal Affairs Committee].

The same arguments can be found in the conclusions of the Committee on incorporation of Human Rights Conventions into Danish Legislation. And it is probably the same arguments made by the current government, although we are left without an explanation. Thus, one of the main reasons why Denmark has not acceded to the Protocol is the risk of far-reaching economic consequences, e.g. if the European Court of Human Rights were to conclude that more people were entitled to a social welfare benefits than currently provided for in national Danish legislation.

The minority of the Committee – on which the Danish government has probably based its decision – accordingly found that the previously described risk

that power from Parliament and the government would be displaced to both the European Court of Justice and to the Danish courts – should be *given special attention* and *give rise to careful consideration* by the government and Parliament when assessing whether or not Denmark should accede to the Protocol.

To sum up: the Danish government has chosen not to accede to Protocol no. 12 to the European Convention on Human Rights. The reasons behind this decision are both political and judicial. The judicial concern is that accession entails a risk of displacement of power from the Parliament to the courts and from Danish government authority to decisions imposed on Denmark by international bodies. This could mean that the Danish courts and the European Court of Human Rights would be issuing judgments that would amend Danish legislation in areas such as distribution of social welfare benefits, a state of affairs that the Danish government fear could have far-reaching economic consequences. This is a general political concern in Denmark. The arguments *for* accession, *inter alia* that accession will strengthen the position of the citizens by expanding the scope of the prohibition against discrimination are therefore viewed by the Danish government and the majority of parliament as having lesser weight than these perceived political and judicial risks.

Discussion

David Milner

Thank you. I am afraid we have a slight delay. I hope we have some time left for discussion. Instead of making summaries I will give you the floor so we can start a general discussion. Feel free to use the microphone as I think that now is the time for our discussion. Whoever wishes to speak, we will hand over the microphones. Otherwise, I will start my summary.

Krzysztof Karsznicki

I would like to refer to the presentation made by Doctor Jurczynszyn, who talked about discriminatory potential. I think that when discussing discriminatory potential in Poland we must address several aspects. The source of discrimination, as you said, lies in stereotypes and biases, but what is their source? We should mention the concept of ethnocentrism. It is not possible to eliminate ethnocentrism, anywhere in the world, but there is nothing wrong with ethnocentrism because it is completely natural that we judge people from different cultures from the viewpoint of our own culture. If a Muslim asks me about my family, wife, children and beliefs during our conversation, then the rest of the conversation will depend on my answers. We will or will not make friends. Judging others based on our own standards generates stereotypes and biases. The main concern lies in the ability to realize our own ethnocentrism and control emotions. This reminds me of a story. My friend went to one of the Arab-speaking countries and after spending several years living with a married couple from the region he wanted to show his gratitude by inviting them to visit him in Poland. He said „I invite you and your wife to visit me”. Relations between the host and my friend cooled significantly and he did not understand why. Emire Khidarey, the Minister of Foreign Affairs in Slovakia, whose father is an Iraqi, explains in her book “The Arab world” how to handle similar situations. He could have said “I invite you and my wife invites your wife to visit us”. It is important to be aware of our ethnocentrism and cultu-

re. The main concern lies in the ability to control negative emotions. The negative emotions are often invoked by different political groups. When observing the process of transformation in Poland, which started in 1989, Professor David Ost noticed something very dangerous. No elite or political group was able to canalize the economic revolt, anger, which naturally accompanies the transformation. It was never canalized. During the election campaign we do not concentrate on programs or problem-solving but instead a power-thirsty political party externalizes the evil, personifies it and blames other groups of all that is wrong. This is dangerous and it prevents us from achieving anything. Of course, we can always save the economy because we never discuss the economic program and whatever we do there is always the program of Balcerowicz coming out of the ballot box. But this is not the way to achieve anything and this way someone will always lose because I will not change my identity. If someone tells me that the Jews are at fault then forgive me but I will not change my identity. The danger lies in the fact that between the campaigns every political group tries to put the blame on some other group and personify the evil; this kind of discrimination soon becomes institutionalized. Recently, there occurred many stereotypes regarding the work of prosecutors and judges. The stereotypes are so negative that in the case of any wrongdoing the prosecutors are always to blame. Thank you.

Magdalena Czyż

I have a question for Director Louise Holck and maybe also for Professor Wyrzykowski who could elaborate on the argument concerning a shift of power from democratic institutions, from parliaments to courts. Is this argument rational and if yes, does it really pose a threat to democracy? Thank you.

Krzysztof Drzewicki

I have two questions, one is for Doctor Łukasz Jurczyszyn. Doctor Jurczyszyn, I am familiar with your beliefs after hearing the last conclusion from your speech. Naming this police fortress a confrontational expression of the French police's position is an exaggeration. During a diplomatic mission at the Permanent Representation of the Republic of Poland to the Council of Europe in France, we would receive letters from the Secretary General instructing us to hide our cars, especially for the time of Christmas and New Year's Eve, because approximately 100-140 cars are being burnt there annually. They are burnt by the residents of, for example, Turkish and Moroccan districts. According to your opinion, we should have left our cars in the streets because otherwise we act in a confrontational way. I think your conclusions are erroneous. The situation is contingent on various social factors but please note how well the French government handled it.

I am not talking about riots because this kind of violence should be always combated. I would rather like to pay attention to long-term solutions and a very good integration program that the French government adopted. The program is being slowly implemented. I am not familiar with any results but I think the conclusion focusing on the integration of social, ethnic and other groups is more in place than the opinion on the controversial architecture of police facilities in France.

May I now address our Danish colleague? To what extent was your argumentation against the ratification of Protocol 12 similar to this of other Nordic Community countries? We know that Sweden takes the similar direction and follows the same rules and it has some problems with this *modus operandi*. Before asking the second question I would like to say that you said something very interesting. In fact, I think you did not take a look at the case law of Protocol 12; because we, during the conference that took place several years ago in Poland and on the basis of the decision issued by the Ministry, decided that it is better to wait a little longer for the jurisdiction of better quality as currently some of its sources are unreliable. We would like the Court to show us, Europeans, that it will be responsible in its approach towards rationality and proportionality. That is why we decided to withhold. Everything develops slowly and the two decisions of the Court taken within the framework of the proceedings against Bosnia and Herzegovina are very unrepresentative. They are limited by the political structure of this country; hence we cannot rush any conclusions. Would you care to comment?

David Milner

We have time left for two questions and then we will ask the panelists to provide their answers.

Paavo Kotiaho

First, I would like to thank the Seminar's organizers for arranging the event dealing with such a strong issue. In recent years Europe has been facing economic crisis which affected us all, although maybe it has not have that much effect on Poland. The crisis also stirred up some social problems for which we must now pay the price. A question for Doctor Jurczynszyn. Have you noticed any correlation in your research between the crisis and the intensification of discrimination and intolerance? And if the crisis in Poland was considerably weaker than in other countries, does it mean that Poland experienced less intolerance and inequality than other, more affected countries? Thank you.

David Milner

And now the last question.

Marta Gontarska

I have a question for Doctor Łukasz Jurczyszyn. The results of your research contained a table with different terms. As far as I noticed, a couple of these terms were already discriminating, for example a term „Negro”. I would like to ask whether this results from the methodology and if yes, could you elaborate? Thank you.

David Milner

Thank you. I would like to ask the panelist to provide brief answers to the questions.

Łukasz Jurczyszyn

I would like to answer all the questions as concisely as I can. My answer to the question about egocentrism is affirmative. There is no doubt that this is one of the causes underlying these attitudes, however I believe that in times of globalization the national identity mentioned by Prosecutor Karsznicki has changed and has been redefined, also in Poland. Please refer to the research about 2 million people who left our country after 2004. These people circulate and the majority stays abroad, although tens of thousands of people came back. I doubt that they will stay in Poland permanently, we will see, but these people have already acquainted themselves with different cultures, outside our country. Poland is still very mono-ethnic and the possibility to get in touch with other cultures is very limited. Thus, I would not hold on to the idea of the unchanging national identity; it changes very strongly, which is particularly true in France. There are white French people (whom I worked with during my 8-year stay in France) who learn a creole language, of the Caribbean Islands, solely to communicate with their school friends who do not want to speak French. Therefore, I would be very open in my approach towards the issue. I also agree that we need to discover other cultures because it, without a doubt, helps in cross-cultural communication.

As far as the confrontational architecture of police facilities is concerned, the opinion about it is based on the research and terms used during interviews with respondents. This is also an analytical finding. The said type of architecture and the overall approach toward public security policy in the light of the so called sensitive suburbs of France constitutes a clear example of co-production of the phenomenon and enforcement of social and ethnic tensions present in the area and not the solution to this very structural problem currently undermining France.

With all due respect, referring to your question about the economic crisis, I admit that the French government makes effort to remedy the problem through the mobilization of various resources, despite the crisis that affects not only the country but the whole region. But even the states in which the welfare model no longer prevails mobilize resources, which eventually turn out to be insufficient. The population, which we refer to, encompasses approximately 5 million French citizens of immigrant backgrounds who reside in the suburbs described by French specialists as ghettos. The specialists refrained from using that American denomination for 20 years but today the name is well-established. So I think that the main problem lies in the proportion and the structural nature of the issue. It is enforced by the said police facilities and the harsh approach towards the population, which is described as “trash”, or by allocating funds to the police, which nowadays resemble Robocops rather than police officers working with communities. Previously the *Community Policing* model, assuming a close relation between the police and members of the communities, prevailed in France. The current approach, according to works of French specialists, only co-produces the tensions.

Yes, the terms I presented were used in the research by Professor Ireneusz Krzemiński before I joined the process in 2012. I was responsible for focus groups in Białystok and Wrocław. I joined the research when the terms were already created and, to be honest, I am not sure which terms exactly you ask about because you did not specify. Gipsy? Negro? (...) If you do not mind, I would not like to answer the question on behalf of Professor. I will leave some time for other panelists. Thank you for all the questions.

Louise Holck

Thank you for the questions. There was one question concerning a shift of power, which I think was very good. There are two things relating to a shift of power from Parliament to national courts, from Danish Parliament to European Court of Human Rights. I think that the argument is rational but you asked what underlies the issue and whether the shift will actually happen. Me and my colleagues in the Institute believe that this is not a problem because Danish judges are traditionally very conservative and their judgments are not unforeseen for the Danish Parliament. If we take a closer look at the ban on discrimination in general then it exists but in the case of other international obligations of Denmark concerning the ban on discrimination I think the shift is not a serious issue.

I don't think that acceding Protocol no. 12 would result in a loss of control over this competence. I guess that the opinion of politicians derives from their lack of comfort in this situation.

There was also a question from Professor Drzewicki concerning the Nordic Community countries, right? I am not sure if my notes are exact. As far as I know the official argument provided by Sweden when justifying their decision not to access Protocol no. 12 was, i.a., the lack of case law. Maybe Danish government shares this view. I do not have an official response from the government. I presented the arguments provided during a public debate by the Committee members who were against the accession.

I am not sure whether I understood the first part of the question correctly. Could you repeat?

Mirosław Wyrzykowski

Firstly, a shift of competence from representative to judicial authorities constitutes the argument, which is broadly used by politicians because of their urge to have a monopoly in all areas of their competence and reasons, including constitutional reasons. The contemporary understanding of constitutionalism allows us to reject an old concept, which assumes that a general election is the sole way to legitimize the actions of a particular public authority. Legitimization of judicial authorities is justified by the principals of the constitution and the constitution is legitimized through its adoption, which takes place, for example, by means of a democratic referendum.

Secondly, as far as a shift of competence from a national parliament to an international court is concerned, I think that it is important to be consistent with our approach. If we decide to sign international agreements and join international structures then we need to be aware that the operational structure and competencies of a public authority are subject to change. This is not really a shift of competence but the loss of a monopoly for a certain group of tasks by a public authority, which results from the fact that international bodies gain competence to make decisions binding for a particular country. Judgments of the European Court of Human Rights are addressed to the country, which has allegedly breached one or more of the human rights but they also set a general standard, binding for all the member states of the Council of Europe. I think we are trying to retain a monopoly on power at all costs. But it is impossible as no authority, be it parliament, court, or an executive power, can retain a monopoly on power.

I would also like to refer to the speech made by Prosecutor Karsznicki and the plea not to believe or create the stereotypes concerning judges, courts, prosecutor's office or prosecutors. I fully support this plea. At the same time I would like to plead to judges and prosecutors not to provide grounds for such stereotypes because if according to the judgment of the Polish court a remark reading

“Chechen carcass” is a component of a neutral communication or per a prosecutor’s decision a swastika constitutes a symbol of happiness in our culture, experience and ethnocentrism then I must plead to everyone, and especially to judges and prosecutors, to safeguard the principles and to object actions undertaken by their colleagues. Then, the grounds, or at least serious grounds, for the stereotypes will be eliminated. But this phenomenon is more complex than defending the ramparts of the Holy Trinity.

David Milner

Thank you to all panelists, thank you to everybody who asked the question. We are already late. I hope that our delay was rewarded by the quality of discussion. Enjoy your meal.

PANEL II

Moderator: Supreme Court Justice Teresa Flemming-Kulesza

*Supreme Court President of the Labour Law
Social Security and Public Affairs Chamber*

I would like to welcome you, Ladies and Gentlemen, participants of the Seminar, to the second panel, which I have the pleasure of hosting. As you may know from the schedule everyone has been provided with, this panel will focus on people who have considerable, and perhaps even the greatest, difficulty in accessing the rights guaranteed by the European Convention on Human Rights. I am speaking now of people with disabilities, living in poverty, suffering from illnesses, and of refugees. You will have a chance to listen to the presentations of our esteemed panellists, and discuss the subjects they raise with regard to the above mentioned groups of people.

It seems that the duties the state, its organs and public authorities at large have towards these most disadvantaged people don't boil down to the prohibition of discrimination. Rather, it would appear that the situation these individuals find themselves in imposes on the above mentioned organs some positive obligations, which could enable such persons to gain access to the rights guaranteed under the European Convention on Human Rights. There's one more peculiarity of this second panel, namely the necessity to take into account citizenship, a characteristic which not only is seen as one of the chief grounds of discrimination, along with sex and race, but which also needs to be taken into consideration – according to the case law of the European Court of Human Rights – when guaranteeing the rights of individuals I'd call vulnerable, or perhaps even the most vulnerable.

My perhaps least agreeable duty will be to discipline our panellists, but also you, the debaters. However, this will all be to guarantee equal access to your attention and the microphone for everyone wishing to take active part in our Seminar.

Speaking of procedural questions, let me first introduce our panellists. Professor Irena Lipowicz, the Polish Human Rights Defender, Professor Andrzej Świątkowski of the Jagiellonian University, and Mr. Jacek Chlebny, Judge of the Supreme Administrative Court and President of the Voivodeship Administrative Court in Warsaw.

PANEL II

For objective reasons, I would suggest that Professor Lipowicz speak first. Should you have any questions or comments, please put them to Professor Lipowicz immediately after she's done and before the other panellists start because Professor Lipowicz will have to leave us and she would like you to have a chance to participate in the discussion and ask questions. Professor Lipowicz, the floor is yours.

Professor Irena Lipowicz
Polish Human Rights Defender

Rights of the disabled: equality in the exercise of guaranteed rights of the disabled under the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

Thank you, your Honour. I would like to begin by noting that the issue of discrimination against disabled people has long been pushed aside. Today we know that enabling people with disabilities to participate fully in social and economic life and safeguarding their rights must be addressed not only in the context of the prohibition on discrimination, but primarily as a guarantee of respect for human dignity, which is a fundamental constitutional value. In addition, from the perspective of the state's interests, the expansion of rights and support for people with disabilities facilitates the full use of human resources. This avoids wasting the talent, ability, dedication and skills of people who, because of their disability, simply experience greater difficulty participating in social life.

First, I will briefly characterize the work of the Human Rights Defender on this issue and our view of the international situation. Considering the presence of experts who have been dealing with this subject for years, my remarks in this regard will be brief.

We have all, on numerous occasions, encountered difficult and unpleasant situations in which the functioning of the state and the law proved inadequate. In these cases, we often wonder whether there are places or circumstances that can give us hope the situation will improve. Can we already speak of a turning point or the existence of a kind of "little promised land" in terms of the rights of people with disabilities? I have discovered such a place in Poland. This city and its authorities, which have become a vehicle for social innovation, inspired me so much that I asked the Minister of Labour and Social Policy to create a Summer School there – a training centre for social workers and those who have to deal

with and work with people with disabilities. This place is Stargard Szczeciński. It is not a rich city, with unemployment at around 15%, where the largest factories were shuttered during the reforms of the 1990s. We would say that this is the last place we would expect to find the “promised land” in terms of equality. The information that my colleagues – including many in this room – have provided to me about the initiatives underway in Stargard was so positive that I wanted to see whether they were imagining things, or perhaps colouring the assessment a bit too rosy. Imagine a city with the real capacity to employ all persons with intellectual disabilities who are able to undertake such work. Workshops provide real job training. Upon completion of training, individuals, mainly with Down syndrome, usually find employment in the central kitchen, which serves around 1,600 meals for schools, kindergartens and other institutions in Stargard Szczeciński. The food is of such outstanding quality that the kitchen receives orders for private catering. Chefs employed in the central kitchen generally have a diploma or a certificate following training in working with people with disabilities. It should be stressed that since these people have a job, they can pay the rent for the public housing which the Commune makes available to them. These are either self-contained flats or, for people with varying degrees of disability, flats housing several people together. They have separate rooms with bathrooms, and common space is available for everyone. Thanks to this solution, rather than relying on disability pension and remaining under the constant care of exhausted parents, people with disabilities have jobs, live in a friendly environment, pay for the flat and can earn their own retirement pension. It should also be noted that in this rather modest city struggling with multiple social issues, there is a four-stage system for escaping unemployment: beginning with street workers and concluding with flats for previously homeless people, which is a kind of the culmination of the whole road leading through shelters and day care centres. The elderly can remain in supervised housing, where volunteers care for them. Some of them are adult pensioners from orphanages who, in return for their volunteer work, are released from paying for their apartment for the first three years. Through such initiatives lasting bonds are formed between the elderly and young people, often deprived of care and the warmth of family life. Moreover, it should be pointed out that the social housing construction system offers apartments to be rented (not bought) by families, which also have a studio apartment on the same floor for the senior member of the family. This allows families to provide care for them while at the same time ensures that senior citizens enjoy the essential independence they need. I could even go into detail about the many technical adjustments and devices installed to suit the needs of people with physical disabilities. In Stargard we can observe an ongoing process of social innovation that provides people living with

all kinds of disabilities a place in society and the opportunity to work. They are not condemned to a large anonymous supported employment workplace. The city has also provided homes for 12-14 residents each, including a module for the caregiver's flat. From the perspective of the social climate and openness, it should be emphasized that all this is done in the framework of an exemplary social partnership with the University of the Third Age and seniors' organizations. It should be noted that they are not simply overseen and operated by the city, but are rather genuine partners which take an active part in the co-creation of each new component of the system. This is a bright ray of sunshine which I wanted to show you today, and I also want to pose this question: why does Poland not have only such places like Stargard Szczeciński? We sincerely invite you to make a visit there.

Unfortunately, the reality usually experienced by people with both physical and intellectual disabilities in many other places in Poland is far from ideal, including in the legal sphere. Four years ago, when I took the office of the Human Rights Defender, I made the rights of persons with disabilities and the elderly one of my priorities. Back then we did not receive so many complaints, but we had to engage in numerous initiatives to remind everyone that 5 years have passed since the signing of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, and it is time to ratify it. At that time, it seemed this would be the ultimate fulfilment of our proposals. However, if we now examine the existing case law and what is lacking in the context of this Convention, especially after the statement of Minister Nowak-Far, the Human Rights Defender has a duty to raise new issues. One of them is Protocol No. 12, now awaiting the decision of the Polish authorities. Only the possibility for legal action makes respecting the rights of people with disabilities a reality.

It is worth noting that in Poland we are now experiencing a disjunct pattern. I have already told you about Stargard. I could also mention another large city, Gdynia, which is at the forefront of Poland in terms of innovation for the rights of people with disabilities. However, we can observe – which would be my first argument – that a peculiar disjunct pattern has arisen. We have cities which are leaders, with Alzheimer's care centres, Parkinson's care centres, places that allow people with severe disabilities to stay for eight hours. We have public offices as in Gdynia, where photocopying services are reserved for a social cooperative association made up of people with Down syndrome, and a milk bar run by yet another cooperative association affiliating people with disabilities. Next up is Wrocław, where, thanks to the Plenipotentiary for People with Disabilities, a significant breakthrough has been made in respect of architectural barriers. Unfortunately, we also have cities that do not take into account the needs of people with disabilities. It should also be noted that in terms of social innovation for people with disabilities such as intellectual or chronic diseases, in general we have not obse-

ried any significant progress, especially in terms of job opportunities and a sort of “openness to rights at the workplace”. In many cases, local governments alone cannot make such progress, because change in national legislation is needed. I think that we are arriving at a sort of new era in our perspective on the rights of the disabled, but what we need is a breakthrough.

I would also like to draw your attention to another important issue. Within a single generation, cancer has turned from a highly lethal disease into – in most cases – a chronic disease with which patients are able to satisfy their desire to work for a long time. That said, our labour law is not fit for this purpose, yet change is always possible. Previously there was a widespread belief in society that it was the woman who had to go on maternity leave; today we have “paternity” leave – this is clear and we know that it benefits society. At the same time, we fail to appreciate that working people, especially if we expect people’s working lives to extend even longer than before, will more and more frequently require leaves for chemotherapy or other treatments for cancer-related disease. This can often extend their working lives for another 4-5 years. In many cases, these people do not want to start collecting a small disability pension, but would rather prefer to work longer. In this context it should be noted that while cancer is now increasingly common, in terms of labour law and in terms of attitudes towards people with disability, we only consider it only in light of pensions or benefits for caregivers or employers.

Ratification of the Convention should be followed by reorientation of legislation, in which people with disabilities are given agency rather than be simply charges in the care of the state. I think that this is consistent with the directions and understanding of administrative and constitutional law which have been advanced by Professor Wyrzykowski, but also Professor Jarzęcka-Siwik and many other people present in this room. This means that we are looking at the law, which is to be addressed primarily to the disabled person as a subject, and its objective is not only to encourage employers to hire such people. Of course, this is also important, but much more often I hear the voices of people with disabilities, such as one at a convention organised by the Office of the Human Rights Defender: “I will manage on the labour market on my own, if I receive some support.” These people would simply like to benefit from the resources provided to employers in order to improve their own situation. They feel that support funds would enable them to find employment on the open labour market. These are just examples, but the main idea is this: the ratification of the Convention represented substantial progress. I would like to emphasize, however, that in my opinion a kind of “Copernican revolution” in this area will only take place as a result of implementing real solutions facilitating appeals against decisions. We should not be afraid of taking further steps, even in the face of the related problems mentio-

ned by our foreign guests. At the same time, I want to say that a large part of our legislation remains archaic in character, and does not perceive the subjectivity of people with disabilities. We must also remember that new threats are continuing to emerge, threats which we previously had no means of perceiving, and that legislation should tackle them head-on.

I also wish to briefly recall the extent to which European jurisprudence has affected the cases we are talking about. Contrary to appearances and to what we might believe, the number of decisions is not great. It is worth turning attention to the issue of adapting prisons to the needs of people with disabilities. At this point, I would like to thank Director Olkowicz for leading by example in defending human rights. It should be emphasized that we should make adjustments wherever necessary, but it is essential to look at whether such an individual as an intellectually challenged person is capable of being prosecuted and found guilty. In this light, rather than adapt prisons, shouldn't we consider at the beginning of the process whether sentencing such a person to a custodial sentence is justified, at the stage of experts' opinions and the activity of the prosecutor's office, the police and the courts? I want to remind you that about 200 people with considerable or moderate intellectual disabilities – which means that they are more or less at the level of a 3 to 7 year old child – are presently serving prison sentences. We are indebted to Director Olkowicz and people like him for identifying the problem. I must admit that in this context it came as a pleasant surprise to me, as the Human Rights Defender, that the Prison Service has turned out to be such a great ally in improving human rights – our cooperation with the judiciary and the Prosecutor's Office is far more problematic.

Another important issue is the matter of compulsory placement in social welfare homes. This is illustrated by the 2012 case of *Kędzior v. Poland*, which is just the tip of the iceberg. As an institution, the Human Rights Defender does not have sufficient resources to conduct systematic inspections of social care homes where people are forcibly placed or those where residents may be deprived of their liberty and subjected to inhuman treatment. Let me remind you of one such case discussed in the media: an older person with Alzheimer's was – as the employees themselves testified – unbound from the bed for only half an hour a day. Such measures amount to torture as defined by international jurisprudence. And while such cases in prisons, detoxification units or psychiatric institutions are covered by our systematic inspection, and detection and operation of the National Preventive Mechanism, we do not now have the physical and staffing capacity to inspect all nursing homes and care centres for the elderly; this is linked also to their privatization. Unfortunately, it is sometimes the case that these are the places

where the dangers of discrimination and ill treatment of both older people and people with disabilities converge.

The 2000 case of *Kudła v. Polska* concerning failure to provide adequate psychiatric treatment during pre-trial detention should also be considered. I think that it is vital right now from the point of view of legislation, implementation of the mental health program and improvement of the situation of people living in psychiatric hospitals. I remind you that there are still rooms housing up to 16 patients where people with impaired consciousness are placed for many years. If I had to distinguish a category of people with disabilities in respect of who it is necessary to make a special effort and achieve a fundamental change in their situation during the next five years, I would select the mentally ill and people having experienced psychiatric episodes. It should be noted that we still have incredible needs to be met in this area, including the necessity to create local community centres allowing deinstitutionalization of the system, which in many Western European countries has already taken place.

From my point of view, I would not be afraid to extend the scope of the ECHR's review by Protocol No. 12, and I think its ratification by Poland would be a very desirable thing. The Convention forbids any and all discrimination on grounds of disability. The awareness of people with disabilities, their parents and carers in Poland is just beginning to develop, but ratification of the Convention was in this case a very serious step forward. It has led to much greater confidence, increased self-esteem and awareness of their rights. What I have in mind is the matter self-organization by people with rare diseases. Unfortunately, so far I have been unable to get a response from the Ministry of Health in this area, which has failed to take any action at all, even the so-called soft actions. To this day no website or registers have been created, which – regardless of any financial issues – could improve the situation of people with rare diseases.

State protection should still be considered insufficient. While it is true that we have the Equal Treatment Act of 3 December 2010 – I believe Minister Fuszara will agree with me – it is a stretch to call it optimal, especially when it comes to people with disabilities. There are a number of reasonable doubts that apply even to the role of my office. It should be noted that among the new duties placed on the Human Rights Defender, one is to serve as an anti-discrimination body. Fulfilment of the obligations arising out of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, and the implementation of the OPCAT Convention – while being a great effort, both in terms of human resources and finance, and poorly compensated by the Parliament – is still something which, in the current institutional form of the ombudsman in Poland, the Human Rights Defender is capable of achieving in full. However, it should be stressed that in the European

anti-discrimination model there are certain tasks, in particular the provision of assistance to victims, which the constitutional contours of the office of the Human Rights Defender will always render contentious and difficult to implement. This is why I can imagine in the future a separate anti-discrimination body dedicated to such matters of assistance. Although I am very opposed to the diffusion of the functions of the ombudsman – which the European Union sometimes presents us with through the privatization of tasks – in this case, I am open to new model solutions for this issue. The legal position of the Human Rights Defender, as a public oversight authority, will always be a little different from that of a typical anti-discrimination body, which also has other functions. While we could still expand our activities into research and scientific activities, it is difficult to combine typical counselling activity with matters of complaints. These are structural, constitutional problems. I would be happy to participate in an expert seminar devoted to this issue and to resolving certain contradictions emerging out of the expected amendments to the anti-discrimination law. I urge the professors gathered here to consider such an initiative.

To sum up, I would like to say that at the moment people with disabilities do not have the possibility to file individual complaints to international bodies in the event their social rights are violated. This concerns such rights as the right to work, to receive health care and rehabilitation. It should also be noted that the anti-discrimination mechanisms in domestic law are still insufficient. A lot of progress has been made, but it is still not enough. As the disabled community itself indicates, existing solutions are ineffective. Only after ratification of Protocol 12 will the door be opened to expanded and adequate protection against discrimination in every sphere of life. I therefore consider that it could help bring about the effective protection of people with disabilities against discrimination and to improve the national standards in this area.

Thank you very much.

Teresa Flemming-Kulesza

Thank you very much for your interesting and inspiring speech. I would like to ask our attendees if you have a question to ask, or perhaps a statement to contribute to the discussion?

Roman Wieruszewski

Thank you very much, I would like to thank you for a very interesting and inspiring speech. I have two brief questions. The first question is related to the proposal to ratify Protocol 12, which we already know we aren't ratifying because we are waiting for the Tribunal to explain that Protocol 12 is of little importance – of course, this is just

a joke, at least I hope it was and that we will ratify it. What I have in mind is a different instrument, one that Poland is also afraid to ratify, namely the Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which provides for the submission of individual complaints to the Committee on the Rights of Persons with Disabilities. As we know, Poland does not want to ratify this Protocol, either, as is the case with other protocols awaiting ratification which allow filing complaints. Do you think this ratification is also worth striving for? My second question about your diagnosis of the problems that we are having with the implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: are they based on similar grounds as those for the opposition to the Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, or ideological grounds, or perhaps a lack of knowledge, lack of awareness, lack of material resources we think should be spent on other, more important goals? Thank you very much.

David Milner

My question concerns Protocol 12, and particularly the lady from Croatia mentioned that there was a situation that anti-discriminatory provisions have found their way into the Constitution and statutory legislation, that there were remedies in the Constitution, and that local law was well prepared. Do you think that in terms of Polish law we have prepared the ground well enough that the implementation of Protocol 12 will go smoothly?

Jan Żelazkowski

Professor, *verba docent exempla trahunt*, it is beautiful that you brought up the example of Stargard Szczeciński, as it truly is a promised land, but how distant – no one knows. Stargard is a small town, I could give an example of metropolises that discriminate against the disabled. You have indicated, and I see a ray of hope here, that you will try to carry out inspections in social care homes, you will turn your attention to them, not only in terms of compulsory referrals, but please take a closer look at a certain practice which each of us could encounter: when we have an elderly parent, one daughter lives at one end of the country, the other daughter lives at another, and they share caretaking duties. One town grants a place at a daytime nursing home; if that person travels to another city, a giant metropolis, it can take such a city as long as half a year to finally decide against admission to a daytime nursing home; it would seem so simple, but nevertheless it is a serious problem. A serious problem is also the issue of a disabled person cared for by a person with a disability. If the husband is disabled, but is able to take care of his wife, he will not receive a care allowance. Such situations occur, and I think that it is your duty as an ombudsman to examine and to help overcome these great obstacles. Thank you.

Irena Lipowicz

Thank you. Go ahead, please.

Question

A very short question to follow up on the one asked by our colleague Professor Roman. Namely, should Poland aim for ratification of the Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities? I would expand the question – especially in light of recent decisions by the Committee of the Rights of Persons with Disabilities, including a quite infamous Swedish case, where not only was an infringement acknowledged but, in accordance with the Convention, considerable damages were awarded because the Committee considered that a disabled person should be provided by the Swedish authorities with a pool and hot tub in their villa for the purpose of rehabilitation. The problem is that burdening governments at once, and particularly the Swedish government which works well in terms of human rights, disheartens many other governments, and this is one of the mistakes in the approach to properly solving these issues. As in the example of Stargard Gdański. Thank you.

Irena Lipowicz

Thank you very much, maybe I'll start from the last question and conclude with matters of common concern.

To be honest, I hadn't heard about the case with the swimming pool and jacuzzi.

Anna Błaszczak

Can I just clarify one thing? This is quite important. This ruling did not say that the Swedish government had to finance the construction of a swimming pool at someone's villa, but the decision was exactly the opposite. It was the disabled person that wanted to spend their own money to expand their own private apartment, but administrative and construction law made it impossible, so it was not about the involvement of public finances in someone's rehabilitation, but rather legal obstacles with regard to administrative issues, which casts a substantially different light on this case and this ruling, which I think is very important. Please excuse me for interrupting.

Irena Lipowicz

Director Błaszczak, Office of the Human Rights Defender – please answer the question in its entirety and reference our position on the issue raised by the Director.

Anna Błaszczak

I just wanted to explain this particular ruling. I think the Human Rights Defender in her speech has spoken both about Protocol 12 and about the Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which you are asking about as I understand it, because these are two different conventions and, of course, two different protocols. It should be noted, however, that the protection of the rights of persons with disabilities is equally important, and it seems that the Human Rights Defender has also mentioned this in her speech. I will not interrupt any more, I just wanted to clarify this point. Excuse me.

Irena Lipowicz

I think we are all grateful for that, because I was not familiar with this ruling, and as we can see there is a fundamental difference, if someone in his apartment, a quadriplegic, a paralysed person, if they want to install something like that with their own money. However, it must be said we cannot pretend that in Europe we all share the same perception of the situation of people with disabilities and nursing homes. With regard to the conflict and different cultural perspectives on the principle of equality, especially in the Scandinavian countries, this problem shows how it is sometimes difficult to find a common denominator in European law. I could bring up the matter of the social relief worker who was sacked for spending time during her shift with a person who was dying alone. She was later accused of treating patients unequally. It was argued that as a civil servant she should treat patients equally, and not favour certain ones. Especially since it was not the first such case. Even with all the weaknesses of our judiciary, I cannot imagine that in this case – here I turn to the Judge – professional misconduct would be found. However, within the Scandinavian understanding – in this very radical approach to equal treatment and impartiality of a civil servant – she violated her duties. Such problems can come up, of course. But I also agree that sometimes ratification is a frightening prospect because of the belief that poorer countries, which are not to be blamed for being poorer, like our country, which has been affected by a number of historical disasters and wars – that they cannot immediately provide the same level of protection as other countries.

Now I'd like to move directly to answering the next question. I would say that the crisis is also an opportunity. In my opinion, the ratification of Protocol 12 could provoke a certain crisis in Polish law and its practice. But it would be a strong and a refreshing impulse. Poland is capable of rapid change. I think that we have repeatedly proven this fact. During my four years in office I have seen a huge increase in lobbying activity for the rights of people with disabilities, but also in awareness of people with disabilities themselves. Progress on this issue is

rapid, but it should be kept in mind that without constant pressure – and here I refer to Professor Wieruszewski's remarks – this progress will not be so fast. However, the mere ratification of the Convention was a jolt. There are two schools of thought: many jurists consider – especially if you do not analyse it only in terms of benefits – that it's a kind of "resource recovery" for society. This is especially important if we take into account the current aging of the population, with fewer and fewer young, skilled people. Therefore, people with disabilities who wish to or can work and be active in social life should not be limited by discrimination. It should be pointed out that the activation of people with disabilities is a good option not only for themselves. Of course, it will require some level of effort from the state, but let's look again at the example of Stargard Szczeciński. The city currently does not pay out large sums in benefits, because it is home to conscious citizens – working, earning, proud of their social position. This is precisely the objective we should strive for. There is no reason why other cities shouldn't follow this path. So, to answer your question: I think that the ratification of Protocol 12 indeed would be a shock, a crisis. Maybe at first it would involve imperfect implementation and legal consequences, but I think that the Polish legislator and the entire state apparatus would quickly succeed in making the relevant transformations in the desired direction.

Responding to Mr. Żelazkowski, I want to thank you for your opinion, while noting that in the case of specific issues, like the one that you mentioned, I always ask for a complaint to be filed with the Human Rights Defender – you can do so by calling a toll-free number: 0 800 678 678. Directly addressing the problem presented, sadly I must say that even though I would like to inspect nursing homes, in an increasing number of cases I am not able to do that. The Office of the Human Rights Defender has 13 people who are designated to oversee all 1800 detention facilities across the country, thus, statistically, each of them can be inspected roughly once every twenty years. That's why I have asked for 4 additional full-time employees. Every year there are more of these people, but let's keep in mind that they are implementing the various conventions. As a result, we can only act in some cases and rely primarily on information from citizens.

In addition, I also want to tell you about a danger facing the whole European Union, which all ombudsmen are carefully watching. EU law itself, which so often we associate with the improvement of standards and progress on the rights of the disabled, can sometimes – paradoxically – be a source of deterioration. Dangers which the IOI (ombudsmen's organization) highlights are: the sectoralization of ombudsmen, removing many activities from our oversight and the associated privatization of public services. I think we are reaching some *finalité* – a limit in terms of privatization of some public functions. Especially on social

issues, it is becoming more and more clear that a benefit recipient is not always a customer, and some matters cannot be reduced only to market relations, one example of which is the case in one of the private social assistance homes. In our universal fascination with Western Europe there was a belief that everything that is private is better. Unfortunately, it turned out that in one such case the owner of a home “used” his residents as “bogus customers”, people used to take loans which he used for money laundering. Unfortunately, such things happen. Of course, this doesn’t mean that they don’t occur in public institutions, but our goal should be to ensure effective supervision and oversight wherever it is necessary. Could I ask professor Wieruszewski to repeat the second question?

Roman Wieruszewski

Are the reasons why Poland is reluctant to ratify the documents we are talking about, are these ideological reasons or maybe of another nature? Thank you.

Irena Lipowicz

I think that when it comes to entities that exercise public authority in Poland, or broadly understood parliamentary representation, it is the fear of overburdening the state, the fear of the ineffectiveness of structures and the entitlement attitudes of stakeholders, as many MPs imagine it. Nevertheless, there are certain radical groups operating in Poland – as there are all around Europe – fortunately these are still marginal cases in Poland, which I am trying to constantly monitor. As we are well aware, neo-Nazi organizations are driven by hatred towards the disabled and homeless. We cannot forget the Nazi ideas about eugenics and the extermination of mentally ill people. It’s part of the ideology, so where there is neo-fascism, there is hatred towards people with disabilities and crimes committed because of this hatred. I monitor the situation following each such attack which I learn of, in order to find out if the cause was hatred towards a person with a disability. Such situations have already occurred in Poland, although in my opinion it is not yet as large a problem as in other countries. To answer your question: I believe that the resistance is not ideological, because the whole political class supports the presence of people with disabilities. This can be attested to by MPs with motor disabilities, which can also be considered a “Copernican revolution”. Unfortunately, we have to be aware of the fact that there are also extremist groups — especially on the right side of the political spectrum – neo-fascist ones, which have a negative element. I can’t say what the situation looks like in France or in Germany – our guests would have to describe it to us.

I think that I have answered all of your questions. I would be pleased to hear the opinions of the other seminar participants. Thank you very much.

Professor Andrzej Świątkowski
former Vice-President of the European Committee of Social Rights
Council of Europe, Jagiellonian University

Scope of a state's obligation to provide social assistance to foreigners. An international dimension

1. INTRODUCTION

International systems of social and medical protection and social security should be particularly attuned to the need of safeguarding the personality rights of beneficiaries, persons who are entitled to such benefits and services. European social and medical protection schemes – international treaties of the Council of Europe (the European Social Charter – ESC¹ and the Revised European Social Charter – RESC²) and of the European Union (Charter of Fundamental Rights³) play a special role here. These treaties have been designed to enable the realisation of two fundamental features of the European Social Model: solidarity and integrity. The meaning of integrity in matters concerning social protection of persons lawfully residing on the European continent (citizens of EU Member States, citizens of member states of the Council of Europe and citizens of third countries) who are in need is expressed in: 1) the construction of schemes which guarantee an adequate – consistent with ethic norms recognized as applicable by a particular society – level of legal protection of fundamental rights safeguarded by social law provisions: of social assistance and health protection; 2) enabling public authorities (central and local government administration) and justice administration

¹ 18.10.1961. Texts of the ESC and RESC were published in a collection compiled by the Council of Europe: European Social Charter. Collected Texts, 5th edition Strasbourg 2005. The Polish version was published in: Podstawowe dokumenty Rady Europy w dziedzinie polityki społecznej, Wybór i opracowanie R.A. Henczel, J. Maciejewska, Warsaw 1997. Cf also European Social Charter, Strasbourg 2011.

² 3.5.1996.

³ 30.3.2010 EU Official Journal C No. 83, item 389. Cf Charter of Fundamental Rights of the European Union. Commentary, ed. A. Wróbel, Warsaw 2013, p. 854 et al.

bodies which exercise oversight on the merits over such bodies to make regular corrections of legal norms in the process of implementing the applicable law which in atypical situations could lead to results different from the ones intended by the legislator.⁴

State governments, guided by the principles of solidarity stemming from the loyalty of member states towards the above-mentioned regional organisations and the obligation to cooperate with other members of international organisations (Council of Europe, European Union), are called to engage in measures to harmonize domestic systems of social rights to enable the implementation of the European Social Model in the European social space. In the supranational sphere, the fact that all citizens of member states can move freely without fear of losing their entitlements to social and medical benefits guaranteed to persons in need is of paramount importance. Social rights legally guaranteed in the legal systems of the individual member states of European regional organisations to all persons who live on the European continent and not only to their citizens can represent an effective barrier that delays or outright curtails measures undertaken by EU institutions, Member State authorities and other entities – non-governmental organisations vividly interested in implementing the idea of cohesion as symbolised in the European Union by EU citizenship.

We should also remember about persons who live in other non-EU European countries which are members of the Council of Europe. Social rights protection standards considered to be one of the fundamental human rights are safeguarded by the above mentioned international treaties: the European Social Charter, and the Revised European Social Charter.⁵ The Council of Europe principle of equal treatment of persons, irrespective of their citizenship, legally residing in member states of this oldest European regional organisation, whose standards of social rights protection were adopted by the European Union, calls for respecting the principles of solidarity and integrity in treating persons who are in need and who have a right to expect that their social and medical needs will be satisfied by professional institutions in each of the member states they legally reside in. The social rights protection standards applicable in Europe (rights to social assistance and medical care), regulated in Article 13 of the two above-mentioned and applicable

⁴ A.M.Świątkowski, M. Wujczyk, *The history and current development of social rights in Poland*, *Studia z zakresu prawa pracy i polityki społecznej*, Krakow 2014, p. 477 et al.

⁵ A.M. Świątkowski, *Karta praw społecznych Rady Europy*, Warszawa 2006; *Charter of Social Rights of the Council of Europe*, Kluwer Law International, AH Alphen aan den Rijn 2007; *Carta de Los Derechos Sociales Europeos*, Buenos Aires 2007; *Ochrona praw człowieka w świetle przepisów prawa pracy i zabezpieczenia społecznego*, Warsaw 2009; *Labour Law: Council of Europe*, Wolters Kluwer, AH Alphen aan den Rijn 2014.

in parallel European Social Charters: the “old” one of 1961 and the “new” one of 1996, will be treated as international legal models that set an obligation for member states in Europe to guarantee social and medical assistance to foreigners. The next, second part of the paper will describe the characteristics of the European standards of social and medical assistance using the example of the case law of the European Committee of Social Rights, an institution created by the Council of Europe to judge whether the authorities of member states act in conformity with the two Social Charters. The last, third part of the paper will outline applicable Polish laws that guarantee foreigners the right to benefit from social and medical assistance provided by professional national institutions. Such a presentation of issues relating to the obligation of the Polish State will enable interested persons to make comparisons and draw conclusions about the scale of differences between the model solution formulated by the Council of Europe and the situation existing in our country with respect to social and medical assistance guaranteed to foreigners living in Poland legally.

2. EUROPEAN STANDARDS OF SOCIAL ASSISTANCE AND MEDICAL PROTECTION

1) Introduction

Article 13 of the Charter represents a norm that introduces a new concept of social and medical assistance in Europe.⁶ The lawmaker's intention was to abandon an earlier concept of social assistance, according to which social assistance was identified with benefits provided by charitable institutions or administrative bodies on the basis of charity for the poor.⁷ In interpreting Article 13 of the Charter, the Committee came to the unanimous conclusion that the analysed legislative provision grants a subjective right/*droit subjectif* to financial and/or in-kind benefits to persons who are in need.⁸ The change of the concept of eligibility for social and medical assistance benefits was prompted by the intention to break with the established social policy practice of stigmatising persons who benefit from support. Article 13 of the Charter instead of using the term “the poor” used the term persons “without adequate resources”.⁹ Persons in need who exercise the-

⁶ A.M. Świątkowski, *Karta praw społecznych...*, *op. cit.*, p. 393 et al.

⁷ Conclusions I, p. 64.

⁸ Conclusions XIII-4, p. 54.

⁹ *Ibid*, p. 64.

ir right to social and medical assistance should not experience any restrictions in the exercise of political or other social rights on this account (Article 13 § 2 of the Charter).¹⁰ Having analysed reports submitted by member states, the Committee took the stand that the actual subjective right to social and medical assistance is guaranteed when: social and medical assistance is guaranteed to all persons who are in need, benefits provided under such assistance are adequate; persons who were refused assistance have a right to appeal against such decisions to an independent authority.¹¹

The right to social and medical assistance is universal in scope. Thus all persons eligible for it should be able to benefit from it: citizens of member states of the Council of Europe legally residing in the territory of another member state. Initially the Committee judged whether the authorities in the respective member states fulfil their obligations arising under Article 13 of the Charter towards citizens of other member states when it analysed national reports submitted by the governments of those member states that ratified Article 13 § 4 of the Charter. Since the thirteenth cycle of oversight, the Committee changed its position in this regard and has started to exercise oversight over compliance with Articles 13 § 1, 13 § 2 and 13 § 3 of the Charter by member states which did not ratify Article 13 § 4 of the Charter.¹² Art.13 § 4 of the Charter imposes an obligation on the governments of member states to treat equally “nationals of other Parties lawfully within their territories” in conformity with the obligations arising for the states that ratified the European Convention on Social and Medical Assistance of 11 December 1953.¹³ Annex to Article 13 § 4 of the Charter states that the countries which did not ratify the aforementioned Convention may ratify Article 13 § 4 of the Charter provided that they will treat the citizens of other member states in accordance with the provisions of the aforementioned Convention.

The right to social and medical assistance is provided for in a separate provision of the Charter. This right is different from the right to social security provided for in Article 12 of the Charter. Member states that ratified Article 13 of the Charter need not fulfil the obligations specified in Article 12 of the Charter. Member states bound by the provisions of Article 12 of the Charter are not automatically obligated to apply Article 13 of the Charter. The introduction to conclusions adopted by the Committee during the thirteenth cycle of oversight contains comments about the interdependence between the right to social secu-

¹⁰ *Ibid*; Conclusions XIII-4, pp.58-59.

¹¹ Conclusions XVI-2, vol. 2, p. 787 (Slovakia).

¹² Conclusions XIII-4, p. 60 et al.

¹³ Core documents of the Council of Europe..., *op.cit.*, p. 83 et al.

rity and the right to social and medical assistance¹⁴. Even though both terms fall within the scope of the concept of social welfare, the Social Charter provides for the possibility that a member state commits itself to apply only one of the two mentioned provisions of the Charter.

2) Duty to guarantee adequate social assistance and necessary medical care (Article 13 § 1 of the Charter)

Article 13 § 1 of the Charter obligates member states to provide to every person without adequate resources who is not able to obtain such resources from other sources, especially through social security benefits, adequate assistance and – in case of illness – the necessary care. The Committee has not defined the notion of “adequate resources,” which make a person eligible for benefits under domestic law on social assistance. It transpires from the case law of the Committee that it accepts the practice adopted by member states according to which persons whose incomes are lower than the minimum wage and do not allow them to cover expenses necessary to meet their basic life needs are eligible for social assistance and medical care. On account of the differences in the standard of living in member states, the Committee does not require member states to provide information about minimum wages and the costs of living. It obligates them to present information about procedures applied to determine the standard of living of their inhabitants¹⁵ and the criteria used to assess their standard of living¹⁶. The Committee studies whether member states that make such evaluations take into account national, regional and local conditions¹⁷. It follows Recommendation of the European Union Council 92/441, which in setting the level of adequate resources obligates the authorities of EU Member States to have regard for the dignity of people and in setting the minimum indices of the standard of living, to apply the cost of living indices and to take into account the level of prices¹⁸. In the course of successive cycles of oversight, beginning with the sixteenth, the Committee decided to accept one half of the average monthly income in a given state as a point of reference in its evaluation of the eligibility of persons without adequate resources for social assistance. In situations when social benefits are set

¹⁴ Conclusions XIII-4, p.35.

¹⁵ Conclusions I, p. 66.

¹⁶ Addendum to Conclusions IX-2, p. 33 (Spain).

¹⁷ Conclusions XIII-4, pp. 56-57.

¹⁸ Council Recommendation 92/441 on Common Criteria Concerning Sufficient Resources and Social Assistance in Social Protection Schemes, OJ 1992 L.245, 46.

below the level of one half of the average monthly income, the Committee issued decisions about non-compliance of the government of such member states with requirements set out in Article 13 § 1 of the Charter¹⁹. In determining the level of financial resources of the population, the Committee also took into consideration any additional benefits that supplement the minimum wage, unemployment benefits, and other social security financial benefits²⁰. If the benefits were kept at the same level, the Committee was interested in knowing whether they are indexed²¹. It asked member states to provide data about amounts spent on social assistance²².

The acquisition of the right to social assistance and medical care benefits is not conditional on not having sufficient social security benefits by a person without adequate resources. In Article 13 § 1 of the Charter, social security benefits were listed by way of an example. The right to social assistance benefits is awarded to persons who are not capable of securing adequate resources from sources other than social security. Persons without adequate resources will not be eligible for social assistance benefits, if they can successfully demand financial resources from their families which are required to pay alimony pursuant to the relevant family law²³.

The right to social assistance is a subjective right, hence national social security regulations should define the premises under which a person without adequate resources may be eligible for benefits, provide for a procedure applicable to

¹⁹ Conclusions XVI-2, vol. 2, p. 788 (Slovakia which guarantees benefits at a level lower than 25 % of the average wage); Conclusions XVII-1, vol. 1, p. 176 (In Finland, social benefits amount to Euro 374.92; 50% of the average monthly remuneration amounts to Euro 619; p.109 (the Czech Republic – benefits amount to the equivalent of Euro72; 50% of the average monthly wage amounts to Euro 132); p. 76 (In Belgium, benefits amount to Euro 550; 50% of the average monthly wage amounts to Euro 645); Conclusions XVII-1, vol. 2, p. 294 (In Malta, benefits equal 53 %); p. 327 (The Netherlands – benefits amount to Euro 2,452 annually; the level of poverty below Euro 6,663 annually); p. 425 (Portugal); p. 524 (in the UK, benefits amount to the equivalent of Euro 690 monthly; 50% of the average monthly wage – the equivalent of Euro 738); Conclusions 2004, vol. 1, p. 70 (Bulgaria – benefits are the equivalent of Euro 19; 50% of the average monthly remuneration – Euro 45); p.177 (Estonia – benefits are the equivalent of Euro 32; 50 % of the average monthly remuneration amounts to Euro 79); Conclusions 2004, vol. 2, p. 373 (In Lithuania, benefits amount to the equivalent of Euro 39 monthly; 50% of the average monthly remuneration amounts to Euro 78); p. 483 (In Romania, benefits amount to Euro 4.3 monthly; 50% of the average monthly remuneration is Euro 19).

²⁰ Conclusions XIV-1, p.85 (Austria); p.537 (Malta); p. 632 (Norway); Conclusions XVII-1vol. 1, p. 77 (Belgium); p. 176 (Finland); Conclusions XVII-1, vol. 2, pp. 294-295 (Malta); p. 425 (Portugal).

²¹ Conclusions 2002, p. 94 (Italy).

²² Conclusions XIII-4, p.57.

²³ Conclusions XIII-1, p.188; Conclusions XIII-2, p.128 (Greece).

decisions on awarding such benefits and define rules for oversight of decisions to refuse to award such benefits²⁴.

Decisions taken by an authority competent to decide whether or not to award social assistance benefits should be subject to review by an objective appellate body. This means that decisions concerning social assistance benefits may not be taken arbitrarily. National social security laws should define the criteria for making decisions on such matters²⁵. The criteria should be uniform. The Committee has issued decisions on failure to fulfil obligations laid down in Article 13 § 1 of the Charter by member states when the premises that should guide administrative bodies competent to make decisions about social assistance benefits were not precisely defined.²⁶ Decisions taken by the Committee about failure to comply with obligations set in Article 13 § 1 of the Charter by member states were not affected by arguments put forward by the governments of such states that the arbitrary decisions covered a very narrow group of persons (below 1% of the population)²⁷. The failure on the part of the Greek government to set clear criteria for taking decisions on such matters has led the Committee to decide that the Greek social security law does not grant the right to social assistance to persons without adequate resources²⁸. The Committee has interpreted Article 13 § 1 of the Charter as a norm of the international social security law which imposes an obligation on member states to create a social assistance scheme. Domestic regulations on social assistance should cover all the citizens of that member state as well as citizens of other member states lawfully residing in the territory of such other member state. The aforementioned duty to cover all persons in need with a social assistance benefits scheme²⁹ is not breached in the event that domestic social security regulations reserve benefits for certain categories of persons (the elderly, the disabled), provided that other persons without adequate resources may be entitled to the aforementioned benefits³⁰. However, it is a breach of international standards to grant rights to social assistance benefits only to selected categories of persons (the

²⁴ Conclusions X-1, p. 116 (Iceland); Conclusions X-2, p.121; Conclusions XI-2, p.119 (Spain); Conclusions XII-1, pp. 188-189; Conclusions XIII-1, p.188 (Greece); Conclusions XV-1, p. 376 et al. (Italy); Conclusions XVI-2, vol. 1, p. 432 (Hungary); Conclusions XVII-1, vol. 1, p. 110 (the Czech Republic).

²⁵ Conclusions XIII-1, p.188 (Greece); Conclusions XIII-3, p. 361 (Finland).

²⁶ The case of Greece: Conclusions XIII-4, pp. 177-179; Conclusions XIV-1, pp. 359-360.

²⁷ Conclusions XIV-1, p. 809 (the UK).

²⁸ Conclusions XVII-1, vol. 1, p. 248.

²⁹ Conclusions IV, p.88 (Italy); Conclusions X-2, p. 121 (Spain); Conclusions XIII-3, pp. 362-363 (Portugal); Addendum to Conclusions XIII-3, p.73 (Luxembourg).

³⁰ The case of Spain: Conclusions X-2, p. 121; Conclusions XIII-2, pp. 130-132; Conclusions XIII-4, p.189; The case of Portugal: Conclusions XIII-3, pp.362-363; Conclusions XIII-5, p.224.

disabled, the elderly, persons not entitled to old-age benefits; single parents; persons over 65 years of age, persons who are not insured) and conditioning the eligibility of the other persons without adequate resources on the resources available³¹. The duty to formulate premises in domestic law that set the eligibility criteria for social assistance benefits does not stop the authorities of member states from formulating general directives and from leaving it up to regional or local authorities to set concrete eligibility criteria for social assistance benefits. However, if it transpires from regulations that local authorities enjoy a certain margin of discretion in matters relating to the setting of eligibility criteria for social assistance benefits for persons in need of them, the Committee requests the authorities of member states to provide it with information about the practical application by the local authorities of the aforementioned discretion in making decisions. The Committee wants to find out, in particular, what are the possibilities provided by law to appeal against such decisions to an independent body³². By definition, a court (administrative, social insurance or labour court) is such a body. If other bodies are called to examine appeals against decisions relating to social assistance which do not fall under the category of bodies dealing with the administration of justice, the Committee [examines? *added by the translator*] which body is responsible for appointing members of the body established to review appeals, what is the procedure for appointing members to the appellate body, for how long they exercise their appellate functions, what qualifications members of the body that reviews appeals are required to possess and what are the statutory guarantees for maintaining independence by the abovementioned body and its members from bodies that take decisions regarding social assistance benefits³³. The Committee ruled on non-compliance of domestic labour law regulations with Article 13 § 1 of the Charter when a member state did not subject decisions about social assistance benefits to review by a court or another independent body. An independent body in the meaning of the analysed regulation may not be considered to be a government administration body (a minister) or a local-government administration body³⁴. However, an agency is considered to have an independent status when it is appointed by a competent government body and employs civil servants if the law of such member state guarantees autonomy to members of such independent

³¹ Conclusions XIII-4, p.177-179 (Greece).

³² Conclusions XIII-4, p. 56; Conclusions 2002, p. 245 (Sweden); Conclusions XVII-1, vol. 1, p. 110 (the Czech Republic).

³³ Conclusions XIII-1, p. 189 (Iceland); Conclusions XIII-4, p. 175 (Denmark); p. 182 (Iceland); p. 184 (Ireland); p.189 (Norway); Addendum to Conclusions XIII-3, p. 71; Conclusions XIV-1, pp. 504-505 (Luxembourg); Conclusions 2004, vol. 2, p. 483 (Romania).

³⁴ Conclusions XIII-2, p.127 (Greece).

agency to issue rulings on matters relating to decisions on social assistance benefits. The Social Welfare Appeals Office, composed of civil servants appointed by the competent minister – Minister for Social Welfare – is an example of such an independent agency. This body is competent to review appeals against decisions to refuse to award social assistance benefits. The Supreme Court of Ireland ruled that officials who review the legality and compliance with law of decisions issued by administrative bodies in matters relating to social assistance should be “free and unrestricted” in the performance of their duties³⁵. Invoking the above ruling, the Committee ruled – after concluding that the above body is competent to run proceedings to collect evidence and that the issued decisions can be appealed — that it fulfils the requirements set for an independent body. Hence it has the right, without being accused of breaching international standards, to review complaints and appeals against decisions relating to social assistance benefits³⁶. In equivocal cases the Committee requests that member states submit rulings issued by bodies that review decisions concerning social assistance benefits³⁷. It solicits information about the number of appeals lodged³⁸. It is interested in knowing whether persons who intend to exercise the right to appeal against a decision concerning social assistance benefits have the legal and actual capacity to benefit from professional legal assistance³⁹. It accepts rulings by bodies appointed to review decisions concerning social assistance benefits, even if such oversight bodies cannot be considered to be objective and independent if decisions issued by such bodies may subsequently be subject to judicial review⁴⁰.

The Committee believes that an independent appellate body competent to review appeals against decisions concerning social assistance benefits should be characterised by the following features:

- it should be competent to exercise oversight on the merits over appealed decisions;
- it should have the objective capacity to review whether the body that issued the appealed decision acted in conformity with applicable criteria laid down to determine whether persons applying for social assistance benefits are without adequate means and are incapable of ensuring such resources from

³⁵ *McLoughlin v. Minister of Social Welfare*, 1958. In: Conclusions XIV-1, pp. 429-431.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Conclusions XIII-3, p. 362 (Finland); p. 364 (Turkey); Conclusions XIII-4, p. 172 (Austria).

³⁸ Conclusions XVI-2, vol. 2, p. 789 (Slovakia); Conclusions XVII-1, vol. 2, p.487 (Turkey).

³⁹ *Ibid.*; Conclusions XVI-2, vol. 1, p. 432 (Hungary).

⁴⁰ Conclusions XIII-4, p.56; p.175 (Denmark); p.182 (Iceland); Conclusions XIV-1, pp.632-633 (Norway).

other sources and – in the event a decision is taken to award a social assistance benefit – whether the amount of such benefit was correctly set⁴¹.

The imposition of the aforementioned requirements means that member states are required to authorise the body that reviews appeals against decisions issued about social assistance benefits to have competence in matters of oversight over the issue of the appealed decisions from the point of view of their legality, but also to review the conformity of the findings made with the evidence collected. The system of oversight over the issuance of decisions thus excludes the possibility of a decision-maker making an arbitrary assessment of the situation in which a person who applies for social assistance benefits finds himself or herself. The Committee reviews whether bodies required to exercise oversight over decisions issued by bodies authorised to award social assistance benefits actually perform their duties⁴². To this end the Committee demands that the governments of member states submit the following information about: the organisation of social assistance; the forms of assistance; bodies authorised to provide assistance; categories of persons authorised to benefit from assistance; the number of people who regularly benefit from social and medical assistance, the amount of benefits and of funds out of which the aforementioned benefits are paid; the conditions set by domestic social security law under which people are entitled to social assistance benefits; criteria for taking decisions concerning social assistance benefits⁴³.

Member states may not restrict or make conditional the exercise of the right to social and medical assistance on the fulfilment of specific premises. After reviewing reports submitted by governments of member states, the Committee has found the following errors in national social assistance schemes:

1. making entitlements to social assistance benefits conditional on the duration of residence in a specific member state or in the territory of specific regions of one member state⁴⁴. The Committee ruled that national social security regulations do not conform to international standards because they make eligibility for social assistance benefits conditional on residing in the territory

⁴¹ Conclusions XIII-4, p. 56.

⁴² Conclusions XIII-5, p.97 (Finland); Conclusions XIV-1, p.126 (Belgium); Conclusions XV-1, p.344 (Iceland); p. 447 (Norway).

⁴³ Conclusions XIII-4, pp. 56-57.

⁴⁴ The case of Spain: Conclusions XIII-4, pp. 189-190; Conclusions XIV-1, p.710; Conclusions XV-1, p.531; Conclusions XVII-1, vol. 2, pp. 455-456.

of a given member state for a period of 6 months⁴⁵, one year⁴⁶, three⁴⁷, five⁴⁸ or ten years⁴⁹. It does not mean, however, that the Committee believes that member states have no right to make eligibility for social assistance benefits conditional on a person residing in the territory of a member state. Persons who are without resources from other sources and who have links with the state in which they apply for welfare and medical benefits are eligible for such benefits. For this reason, the Committee has revised its opinion about the United Kingdom and held that the test applied by British welfare administration bodies to determine whether persons applying for the above-mentioned benefits have established links with the British state (Habitual Residence Test – HRT) complies with Article 13 § 1 of the Charter⁵⁰. The aim of this test is to determine whether a person applying for social assistance benefits has established links with the UK. Since UK social security regulations do not condition such links on residence in Great Britain or Northern Ireland during a specific period of time, and specialised administrative bodies issue decisions on social assistance benefits guided in each case by objective and verifiable criteria, the Committee held that UK regulations are consistent with international standards, even though residing for a short period of time in the UK is one of the eligibility criteria for social assistance benefits. The Committee took into account that – consistently with the principle of the free movement of persons in the European Union – UK welfare administration authorities did not deny the right to benefits to persons who resided in the territory of such state, or moved to another state only to return and reside in the UK⁵¹.

2. exclusion of young persons under 25⁵² or 30⁵³ years of age from the group of persons eligible for social assistance benefits. The Committee does not believe that awarding lower social assistance benefits to young persons cannot

⁴⁵ Conclusions XIII-2, p. 127 (Greece); Conclusions XV-1, p. 344 (Iceland).

⁴⁶ Conclusions XIV-1, p. 193 (Denmark); Conclusions 2004, vol. 1, p. 281 (Ireland).

⁴⁷ The case of France: Conclusions XIV-1, p. 272; Conclusions 2004, vol. 1, p.236.

⁴⁸ The case of the United Kingdom: Conclusions II, p.49; Conclusions XIV-1, p. 809; Conclusions XV-1, pp.644-645; Conclusions XVII-1, vol. 2, pp.525-526; Conclusions 2004, vol. 2, pp. 374-375 (Lithuania).

⁴⁹ Addendum to Conclusions XIII-3, pp.71-72 (Luxembourg).

⁵⁰ Conclusions XIV-1, p.810; Conclusions XVII-1, vol. 2, pp. 525-526.

⁵¹ *Ibid*, p.526. This decision was issued on the grounds of a judgment in Robin Swaddling v. Adjudication Officer, Case C-90/97, 1999 E.C.R. 1075.

⁵² The case of France: Conclusions XIV-2, p. 272; Conclusions 2002, p. 48; Conclusions 2004, vol. 1, p. 236; Conclusions XVII-1, vol. 2, p. 456.

⁵³ The case of Luxembourg: Addendum to Conclusions XIII-3, p.73; Conclusions XIV-1, p. 504 et al; Addendum to Conclusions XV-1, p.64.

be considered grounds for ruling that national social security regulations are inconsistent with Article 13 § 1 of the Charter⁵⁴. However, grounds for such ruling may be found in the imposition of a legal barrier to eligibility for social assistance benefits on persons applying for social assistance benefits who are under the age limit set by national regulations. A condition that must be met by a person applying for social assistance benefits to be eligible for social assistance benefits is not having adequate resources and the inability to secure them. Young persons who attend school or university may apply for scholarships and loans. In principle then they are not eligible for welfare benefits. Nonetheless the Committee has discussed this issue twice and has not arrived at a conclusion⁵⁵.

3. making the above right conditional on the attitude adopted by applicants for social assistance benefits to employment or training offers presented to them by relevant administrative authorities. The Committee believes that the state social assistance for persons who are without adequate resources should not be limited to paying cash benefits to those in need. The purpose of social assistance should be to enable individuals without adequate resources to participate in the life of a society to a certain, generally acceptable extent. For this reason making the exercise of the right to social assistance benefits conditional on acceptance by a person without adequate resources of a job or vocational training offer may be considered to be consistent with international standards if the offered job or training enables a person without adequate resources to return to normal life⁵⁶. In analysing cases where a necessary condition for a person under 24 years of age to be eligible for social assistance benefits was such person's acceptance of a job offer presented by an administrative body⁵⁷, the Committee requested an explanation about the interdependence existing between the right to social assistance benefits and the obligation to take a job that was offered to a person. It was interested in finding out about the interdependence between eligibility for social assistance benefits and the requirement to register as unemployed by a person without adequate resources⁵⁸. The Committee is interested in examining whether governments of member states impose conditions on persons applying for social assistance, for what purpose they impose them and what are the conditions. In particular, it wants to know

⁵⁴ Conclusions XIV-1, pp.193-194 (Denmark).

⁵⁵ The case of Finland: Conclusions XIII-5, p.98; Conclusions XIV-1, p.123.

⁵⁶ Conclusions XIV-1, p.52.

⁵⁷ Conclusions XVII-1, vol. 1, p.177 (Finland).

⁵⁸ Conclusions XVII-1, vol. 2, p. 328 (the Netherlands)

what are the legal consequences of refusal by a person applying for welfare benefits to accept such conditions⁵⁹.

4. unequal treatment of its own and foreign nationals. Decisions about non-compliance by national social security laws with Article 13 § 1 of the Charter were issued in all cases in which the Committee found that governments of member states do not treat citizens of other member states on a par with their own nationals. It makes no difference whether the different treatment of the rights occurs at a stage of acquiring the right to social assistance benefits or when previously acquired rights are extended⁶⁰.

Article 13 § 1 of the Charter obligates member states to ensure that any person in need who is without adequate resources and who is unable to secure such resources either by his or her own efforts or from other sources be granted adequate assistance. In the Committee's view, social assistance for persons without adequate resources cannot be limited to financial assistance benefits alone.

Observations on social assistance presented here also apply to medical assistance and care for ill persons without adequate resources. The realisation of the subjective right to medical assistance and medical care may take on the legal form of financial assistance, which a person in need will use to pay his or her medical bills or the form of free medical services in an indispensable scope⁶¹.

3) Prohibition of discrimination of persons receiving social and medical assistance (Article 13 § 2 of the Charter)

Article 13 § 2 of the Charter obligates governments of member states to ensure that persons receiving social and medical assistance shall not suffer from a diminution of their political or social rights. As early as during the first review cycle, the Committee underscored that persons receiving social and medical assistance should not be treated as second category citizens only because they are not in a position to secure adequate resources by their own efforts. Receiving social and medical assistance cannot prevent citizens from exercising their political and

⁵⁹ Conclusions XIV-1, p. 52.

⁶⁰ The case of Denmark: Conclusions XV-1, p.166; Conclusions XVII-1, vol. 1, p. 148; the case of Spain as regards medical assistance: Conclusions XIII-4, p. 191; Conclusions XIV-1, p. 712; the case of Malta: Conclusions XIII-4, pp. 187-188; Conclusions XIV-1, pp.537-538; Conclusions XV-1, p.411; the case of Germany: Conclusions XIV-1, pp.322-323; Addendum to Conclusions XV-1, pp.40-41; Conclusions XVII-1, vol. 1, p.214.

⁶¹ Conclusions XIII-4, p. 57.

social rights⁶². The Committee has not said which political and social rights are protected with respect to persons exercising the right to social and medical assistance. It listed the following examples: the right to stand for election, the right to exercise public office, the right to apply for a civil service job⁶³. The Committee did not say whether receiving social and medical assistance negatively affects the exercise of vested social and economic rights. Hence, the scope of the rights that are protected under Article 13 § 2 of the Charter is not known. One can subscribe to the opinion expressed in the literature on the subject that social and economic rights guaranteed under the Charter are definitely included in the social and economic rights which are protected under the law⁶⁴. In addition to social rights guaranteed under the Charter, the Committee ruled that the protection of the right to privacy is guaranteed under Article 13 § 2⁶⁵.

The Committee is of the opinion that Article 13 § 2 of the Charter is violated when member states expressly restrict political and civil rights of persons who receive social and medical assistance benefits⁶⁶. A regulation that prohibits persons who receive social and medical assistance from applying for a job with the local government as long as such person receives such benefits and twelve months thereafter is a classic case of a legal regulation that contravenes Article 13 § 2 of the Charter⁶⁷.

The above-mentioned prohibition may be partially explained by a conflict of interests existing in the specific case that prompted the Committee to rule that national (Irish) regulations contravened international standards, because it concerned a person who received social assistance benefits and applied for a position in the office that determined eligibility and distributed these benefits. That said, the fact itself of benefitting from social and medical assistance cannot – as a rule – restrict any political and social rights of citizens and persons lawfully residing in the territory of a member state. In interpreting Article 13 § 2 of the Charter, the Committee did not limit itself to reviewing whether regulations exist in member states that discriminate persons receiving social and medical assistance benefits in the exercise of their political and social rights. It reviewed whether member states had adopted regulations that would serve as grounds for such discrimination. On one occasion, the Committee held that the provisions of the Danish Constitution

⁶² Conclusions I, p. 64.

⁶³ *Ibid*, p.67; p. 203 (Ireland).

⁶⁴ D. Harris, J.Darcy, *The European Social Charter*, New York 2001, pp. 171-172; A.M. Świątkowski, *Charter of Social Rights...*, op.cit., p. 287 et al.

⁶⁵ Conclusions XIII-1, p. 324 (Germany); Conclusions XIV-1, pp. 324-325.

⁶⁶ Conclusions I, p.67.

⁶⁷ *Ibid*, p.203 (Ireland).

of 1953 provided grounds for the legislator to diminish persons who receive social and medical assistance benefits. These provisions state that relevant regulations provide for the scope in which political rights can be exercised by persons receiving social assistance⁶⁸. The Committee did not rule that the Danish provisions did not comply with Article 13 § 2 of the Charter. It obligated the government of Denmark to submit detailed information about regulations that restrict political and social rights of persons receiving social assistance benefits. It has been a common practice on the part of the Committee, which tried to learn about applicable regulations that guaranteed equal rights to persons receiving social assistance benefits and how they were applied in practice. The Committee was not satisfied with declarations found in constitutions or international treaties⁶⁹. It requested information about equal treatment of persons receiving social and medical assistance⁷⁰. However, it did not deliver rulings on non-compliance with international standards when it failed to receive the requested information⁷¹. It deferred the delivery of its decision on compliance with international standards until such time when the governments of the respective states submitted regulations which provided for non-discrimination of persons receiving social assistance benefits⁷².

The Committee studied carefully the case of indirect discrimination of persons receiving social assistance benefits. Such persons are often homeless. The Committee regards the introduction of information on permanent residence address into national social security regulations for the purpose of determining whether someone is eligible for social security benefits to be discriminatory, because the regulation that introduces the above-mentioned obligation exerts negative legal consequences solely on persons who receive social security benefits⁷³.

Non-discrimination on account of receiving social assistance benefits applies to citizens of other member states. Yet the Committee is aware that regulations in force in member states make the level of protection of political, social and economic rights dependent on the length of residence in such country⁷⁴. If a person applies for social assistance benefits or receives such benefits, these grounds cannot serve as the basis for issuing by the government of the member state of an

⁶⁸ Conclusions XIII-4, p. 195.

⁶⁹ Conclusions XVII-1, vol. 2, p. 295 (Malta).

⁷⁰ Conclusions 2004, vol. 2, p.484 (Romania).

⁷¹ Conclusions 2002, p. 152 (Romania).

⁷² Conclusions XVI-2, vol. 1, p.433 (Hungary).

⁷³ Conclusions XV-1, p.167.

⁷⁴ Conclusions XIII-4, pp. 61-62.

administrative decision to deport a person without adequate resources and incapable of securing such resources from other sources⁷⁵.

Analysing reports submitted by governments of member states, the Committee only once concluded that domestic regulations did not conform with the standards laid down in Article 13 §. 2 of the Charter. It involved the case already mentioned earlier of the Irish regulations, which barred persons who received social assistance from applying for public office⁷⁶.

§ 3. Right to receive advice and necessary help (Article 13 § 3 of the Charter).

Governments of member states should organise social assistance schemes in such a way as to enable everyone to receive advice and personal help in the scope necessary to prevent and eliminate risks to his or her personal or family situation or to provide relief in his or her difficult situation. The advice and assistance should be provided by the relevant public or private services. According to the Committee, the governments of member states should use their best efforts to provide assistance to persons in need. Article 13 § 3 of the Charter is a norm whose nature is dynamic. On the one hand, it imposes on the governments of member states an obligation to organise effective assistance for persons in need, and on the other, to bring about a situation when demand for such assistance will diminish and eventually disappear⁷⁷. Article 13 § 3 of the Charter is perceived by the Committee as a norm that guarantees the fulfilment of obligations expressed in Article 13 § 1 of the Charter⁷⁸. The duty to provide social and medical assistance is fulfilled through an advisory and assistance scheme, among others, for which persons without adequate resources are eligible.

The scope of the subject matter of Article 13 § 3 of the Charter corresponds with the scope of regulation of Article 14 of the Charter, a regulation that gives the right to benefit from social assistance services. Following a study of the relations existing between the above-mentioned regulations of the Charter, the Committee has concluded that Article 13 § 3 of the Charter is a norm that imposes on member states an obligation to organise a scheme for advising and assisting persons in need, while Article 14 of the Charter requires that member states organise a professional network of social assistance services. For this reason the Committee independently assesses the way in which governments of member states fulfil their voluntarily assumed obligations. An affirmative ruling issued by the Committee on compliance with the requirements referred to in one of

⁷⁵ The case of Denmark: Conclusions XIII-4, p.61; Conclusions XV-1, p.166.

⁷⁶ Conclusions XV-1, p. 412.

⁷⁷ Conclusions I, p. 64; Conclusions XIII-4, p.55.

⁷⁸ Conclusions XIV-1, p.52.

the two above-mentioned Charter regulations does not automatically translate into an affirmative ruling about the application of the standards laid down in the second regulation⁷⁹. Member states that ratified the two compared regulations may organise two separate social protection schemes, one dealing solely with providing advice to persons without adequate resources; the other open to all those who are interested in getting help from such services. States may also organise one common scheme for social welfare services that include providing advice to persons without adequate resources⁸⁰. Differences between social welfare services created to meet specific needs that are referred to in the compared regulations are found in the distinct nature of the services provided (pursuant to Article 13 § 3 of the Charter solely advice is provided) and the circle of entities eligible to benefit from such services. Persons without adequate resources should be eligible for advice and personal help, which member states should secure pursuant to Article 13 § 3 of the Charter. All citizens residing in the territory of a member state have the right to benefit from social services delivered by welfare services. If a report by a member state does not explicitly state how its welfare services are organised, the Committee requests such member state to provide an answer to the question whether it has organised facilities that provide advice to persons without adequate resources⁸¹.

Article 13 § 3 of the Charter does not specify the scope of the subject matter of advice and personal help that persons without adequate resources or persons whose personal or family life is threatened may be eligible for. The literature on the subject stresses that advice and personal help should include housing, welfare benefits and the possibility to benefit from social welfare services⁸². The Committee offers a broader interpretation of the analysed standard. It mandates the authorities of member states to ensure access to advisory services and personal help to persons without adequate resources in all matters that concern social and medical assistance specified in Article 13 of the Charter⁸³. It is interested in the scope of services provided pursuant to the analysed provision of Article 13 § 3 of the Charter⁸⁴. In the case of personal help, it focuses attention on whether persons in need can expect to receive the assistance of: a nurse, domestic help, a person

⁷⁹ Conclusions I, pp.64-65.

⁸⁰ Conclusions XIII-4, p.59; Conclusions XIV-1, pp.86-87 (Austria).

⁸¹ The case of Romania: Conclusions 2002, p. 152 Conclusions 2004, vol. 2, p. 485.

⁸² D. Harris, J.Darcy, op.cit. p. 173.

⁸³ Conclusions XIII-4, p.59; Conclusions XIV-1, p.743 (Sweden).

⁸⁴ Conclusions XVII-1, vol. 2, p. 296 (Malta).

who prepares meals, a driver and the means of transportation in the event of a visit to the hospital.⁸⁵

Advisory services and personal help should be provided at an adequate level. They should also be available to persons in need. The Committee studies the number and professional qualifications of the staff that provides such services⁸⁶. In special cases, it demands that the authorities of member states submit information about the number of staff providing advice on housing to persons in need⁸⁷. It demands information about resources in the budget that are allocated to the above-mentioned services and expenditures made to meet the demand for such services⁸⁸. It is interested in examining the possibilities available to persons in need to access facilities that provide advice and personal help services. To this end it requires that the authorities of member states provide it with information about the geographical location of public or private institutions set up to provide advice and personal help to persons in need⁸⁹.

Article 13 § 3 of the Charter does not permit member states to introduce into their domestic social security regulations conditions which a person must fulfil to be eligible for advisory and personal help services. It studies the conditions under which persons have access to the above-mentioned services⁹⁰. The Committee believes that domestic social security regulations should not make eligibility for the above-mentioned services conditional on residing in a specific member state. The Committee has pronounced its strong and unequivocally negative opinion about legal provisions enacted by member states which make the eligibility for advice and personal help services conditional on the length of residence in the territory of a member state determined by such member state in which a person without adequate resources applies for such advice or personal help.⁹¹ In this respect the Committee is primarily guided by the protection that member states should accord to citizens of other countries – parties to the international treaty which is the

⁸⁵ Conclusions XV-1, p.93 (Belgium); Addendum to Conclusions XV-1, p.105 (the Netherlands).

⁸⁶ Conclusions XIII-4, p.59; Conclusions XV-1, p. 167 (Denmark); p. 345 (Iceland); pp. 381-382 (Italy); p. 412 (Malta); Addendum to Conclusions XV-1, pp. 164-165 (Poland); Conclusions XVI-2, vol. 1, p. 148 (Denmark); p. 434 (Hungary); Conclusions 2002, p. 204 (Slovenia).

⁸⁷ Conclusions 2004, vol. 1, p.180 (Estonia).

⁸⁸ Conclusions XIII-4, p. 59; Conclusions XVII-1, vol. 1, p. 111 (the Czech Republic); p.148 (Denmark); Conclusions 2002, p.95 (Italy); Conclusions 2004, vol. 1, p. 113 (Cyprus); p.180 (Estonia); Conclusions 2004, vol. 2, p. 379 (Lithuania); p.534 (Slovenia).

⁸⁹ Conclusions 2004, vol. 1, p. 113 (Cyprus); s. 180 (Estonia); Conclusions 2004, vol. 2, p. 534 (Slovenia).

⁹⁰ Conclusions 2004, vol. 1, p. 73 (Bulgaria); p. 180 (Estonia).

⁹¹ Conclusions XIV-1, pp. 325-326 (Germany); Conclusions XVII-1, vol. 2, p.296 (Malta); Conclusions 2002, p. 204 (Slovenia); Conclusions 2004, vol. 2, p. 379 (Lithuania).

Charter – residing legally in the territory of other member states⁹². The Committee has issued a ruling on non-compliance of German social security regulations with standards laid down in Article 13 § 3 of the Charter, because they did not guarantee eligibility for advice and assistance to citizens of member states that are not members of the European Union or the European Economic Area, but leave eligibility for the above-mentioned services at the discretion of welfare services⁹³. Article 13 § 3 of the Charter obligates member states to provide relevant advice and assistance to persons in need. Hence it does not allow the authorities of member states to determine the conditions for eligibility for such services. The Committee is interested in finding out what are the possible conditions for using such services⁹⁴ most probably because it wants to rule on their non-compliance with the Charter provisions.

Article 13 § 3 of the Charter obligates governments of member states to provide persons in need with advice and personal help that may be necessary to ease the personal or family situation of persons without adequate resources. The analysed provision falls within the sphere protected under Article 16 of the Charter which is a norm that guarantees social, legal and economic protection to the family. The Committee did not contemplate the relations between Article 13 § 3 and Article 16 of the Charter. It seems that Article 13 § 3 of the Charter guarantees the right to benefit from advice and personal help to individuals entitled to exercise such right whose personal or family life could become easier once they receive such advice or assistance. Meanwhile, Article 16 of the Charter imposes on the authorities of member states obligations to promote the protection of family life in the economic, legal, and social spheres.

The obligations formulated in Article 13 § 3 of the Charter may be implemented by public services or private charity organisations. The Committee has favourably assessed both forms of performing the services guaranteed under Article 13 § 3 of the Charter. It has welcomed all legal forms of partnership or coordination of such services performed by public services and charity organisations⁹⁵.

§ 4. The obligation to treat one's own and foreign citizens on equal footing (Article 13 § 4 of the Charter).

Member States are obligated to fulfil the obligations laid down in Article 13 § 1, 2 and 3 of the Charter vis-à-vis the citizens of other states who legally reside

⁹² Conclusions XIII-4, p. 62; Conclusions 2002, p. 204 (Slovenia); Conclusions 2004, vol. 2, p.534 (Slovenia).

⁹³ Conclusions XIV-1, p. 325-326; Addendum to Conclusions XV-1, p.42.

⁹⁴ Conclusions 2004, vol. 1, p. 73 (Bulgaria); Conclusions 2004, vol. 2, p. 534 (Slovenia).

⁹⁵ Conclusions XIII-4, p. 62; Addendum to Conclusions XV-1, p. 165 (Poland).

in their territory. The Committee ruled that the analysed provision of Article 13 § 4 of the Charter extended the scope of the subject matter of the provisions of Article 13 § 1, 2 and 3 of the Charter by granting the right to benefit from social protection and medical assistance also to persons who are not permanent residents, but who reside legally in the territory of a member state⁹⁶. Foreigners who are citizens of other member states parties to the Charter are eligible for social assistance and medical care benefits and services on equal footing with citizens and persons residing permanently in another member state. Since the thirteenth cycle of oversight, the Committee has mandated the authorities of member states to submit reports on the compliance with Article 13 § 1, 2 and 3 of the Charter with respect to citizens of other member states⁹⁷. The Committee construes Article 13 § 4 of the Charter as an international treaty norm which obligates the authorities of member states to guarantee to citizens of other member states who temporarily reside in the territory of another state the right to benefit from social assistance and medical care on equal footing with persons who enjoy protection accorded in Article 13 § 1, 2 and 3 of the Charter. The above obligation thus includes tourists and students coming from other member states⁹⁸. The extension of the circle of persons who are eligible for social and medical assistance benefits pursuant to Article 13 of the Charter has led to limiting the subject matter scope of such rights vis-à-vis citizens of other member states who temporarily reside in the territory of other member states. The Committee ruled that, pursuant to Article 13 § 4 of the Charter, the authorities of member states are required to ensure adequate social and medical assistance⁹⁹. This provision is interpreted by the Committee as an obligation to provide assistance in emergencies. The scope of this assistance covers the duty to provide shelter, food, clothing and to ensure medical assistance. This is a narrowing interpretation of Article 13 § 4 of the Charter. The analysed provision obligates the authorities of member states to treat the citizens of other member states on equal footing with their own citizens in matters regulated in Article 13 § 1, 2 and 3 of the Charter. These provisions do not deal exclusively with the obligation to provide persons in need and persons without adequate resources with protection solely in emergencies.

The scope of member states' obligations is regulated by the European Convention on Social and Medical Assistance, done at Paris on 11.12. 1953¹⁰⁰. Article 13 § 4 of the Charter obligates the authorities of member states that

⁹⁶ Conclusions II, p. 51 (Norway); Conclusions XIV-1, pp. 53-54.

⁹⁷ Conclusions XIV, p. 55.

⁹⁸ Conclusions XIII-4, p.62.

⁹⁹ Conclusions XIV-1, p.55.

¹⁰⁰ Polish text published in: *Podstawowe dokumenty Rady Europy...*, op.cit., p. 83.

ratified this regulation to apply the provisions of Article 13 § 1, 2 and 3 of the Charter to their own citizens and the citizens of other states – parties to the Charter consistently with the obligations laid down in the European Convention on Social and Medical Assistance. Member states of the Council of Europe that are not parties to the European Convention on Social and Medical Assistance and which have ratified Article 13 § 4 of the Charter are obligated to treat the citizens of other states parties to the Charter in accordance with the provisions of the said Convention¹⁰¹. The European Convention on Social and Medical Assistance defines the term “assistance” broadly as all assistance granted under the laws and regulations in force in member states “under which persons without sufficient resources are granted means of subsistence and care necessitated by their condition” (Article 2(a) (i)). The obligation to provide assistance under the aforementioned provision of the Convention does not apply to non-contributory pensions and benefits paid in respect of war injuries due to foreign occupation. Article 1 of the European Convention on Social and Medical Assistance repeats the obligation of according equal treatment to one's own and foreign nationals. Thus, there are no legal grounds to narrowly interpret Article 13 § 4 of the Charter. Central and Eastern European states demonstrate a cautious approach to contracting obligations specified in Article 13 § 4 of the Charter¹⁰². These concerns are groundless. The Committee's extensive case law almost exclusively concerns cases of discrimination against nationals of other member states in matters concerning social assistance and medical care benefits¹⁰³.

3. RIGHT OF FOREIGN NATIONALS RESIDING IN POLAND TO SOCIAL AND MEDICAL ASSISTANCE

¹⁰¹ Appendix to Article 13 § 4 of the Charter.

¹⁰² Countries which did not ratify this provision: Armenia, Azerbaijan, Bulgaria, Cyprus, Estonia, Lithuania, Moldova, Poland, Romania, Slovakia, and Slovenia. Tables of accepted provisions. Situation at 1 January 2005 (in:) European Social Charter. Collected texts (5th edition), op.cit., pp. 85, 90.

¹⁰³ Cases of Austria (Conclusions XII-1, p.196; Conclusions XIII-2, p.139); France (Conclusions VI, p.91; Conclusions 2002, p. 49; Conclusions 2004, vol. 1, p. 237); Greece (Conclusions XI-1, p.133; Conclusions XIII-2, p.138); Spain (Conclusions XIV-1, p.714); the Netherlands (Conclusions XV-1, pp.572-573; Conclusions XVII-1, vol. 2, p. 329); Malta (Conclusions XIII-2, p.349; Conclusions XIII-4, p.208; Conclusions XIV-1, p.539; Conclusions XV-1, p.412); Conclusions Germany (Addendum to Conclusions XV-1, pp.42-43); Portugal (Conclusions XIV-1, pp.674-675; Conclusions XVII-1, vol. 2., p.426); Conclusions XV-1, p. 491); the UK (Conclusions XIV-1, pp.811-812; Conclusions XV-1, p.648).

In Poland social barriers that impeded the introduction of a single EU citizenship for nationals of member states were in principle eliminated in the case of welfare legislation setting the criteria for eligibility for social assistance benefits¹⁰⁴. Article 5.2 and 5.3 of the Social Assistance Act of 12.3.2004, whose restated text was proclaimed by the Speaker of the Sejm on 2 October, 2009¹⁰⁵, provide that the right to social assistance benefits shall be granted to, besides persons holding Polish citizenship, residing in Poland and staying in the territory of the Republic of Poland, also to foreign nationals residing in Poland and staying in its territory on the basis of a residence permit or a long-term EU resident permit and to citizens of EU Member States, member states of the European Free Trade Association (EFTA) – parties to the agreement on the European Economic Area or the Swiss Confederation and to their family members. Such persons' eligibility for welfare benefits is limited solely by the right to reside or the right to permanently reside in the territory of the Republic of Poland. Other foreign nationals who were granted refugee status or subsidiary protection may become eligible for welfare benefits under the terms and procedure set out in the provisions of Chapter 5 "Integration of foreign nationals who were granted refugee status or subsidiary protection in Poland" (Articles 91-95).

Medical care and social assistance are not financed with contributions made by persons directly interested in receiving these goods, but with taxpayers' money. In the period preceding the creation of regional organisations, the predecessors of today's EU (EEC, European Communities, the European Community), rules governing social solidarity applied strictly to citizens and residents of respective states that financed their budgets with public levies that were allocated to financing care, social assistance, health protection and housing needs. Today's common market which ensures Europe's development through sustainable economic growth, price stability, and a highly competitive social market economy facilitating continuous social progress demands from all EU Member States intense measures aimed at disseminating across borders the idea of solidarity and harmonising measures taken individually by authorities of the respective Member States for the sake of eliminating and counteracting poverty. A single EU citizenship status enjoyed by all citizens and other persons legally residing within the EU's administrative borders should ensure equal treatment to persons applying for social assistance benefits and relief under a national social security and health protection scheme. Social security schemes of EU Member States will retain their distinctive character formed by centuries-old experiences. However, these

¹⁰⁴ A.M. Świątkowski, M. Wujczyk, *op.cit.*, p. 487 et al.

¹⁰⁵ Journal of Laws No. 176, item 1362.

distinctions should not give rise to differences in the rights to performed services enjoyed by EU citizens. The freedom of movement of persons within EU borders cannot limit the rights to identical social benefits enjoyed by citizens of respective Member States. A single EU citizenship, once established, will be proof that persons in need irrespective of their current place of residence will be treated on equal footing with a Member State's citizens.

Under the Act of 27 August, 2004 persons covered by a universal – mandatory and voluntary health insurance are eligible for health care benefits financed with public funds. Persons who are not insured are eligible for health care benefits if they are Polish citizens, have a place of residence in Poland and meet the income criterion for becoming eligible for welfare benefits from social assistance¹⁰⁶. Moreover, minors who are Polish citizens and reside in Poland are eligible for health care benefits. Women of age, who are Polish citizens and reside in Poland are eligible for health care benefits during pregnancy, puerperium or labour (Article 2.1). Persons eligible for health care benefits financed with public funds enjoy the legal status of beneficiaries. Persons who are not Polish citizens, other than beneficiaries, receive public health care benefits pursuant to separate regulations and international agreements (Article 2.2). Under Article 3 of the Act of 27 August, 2004, the following persons are insured: foreign nationals of EU Member States or of the European Free Trade Agreement (EFTA) who reside within the administrative boundaries of the EU or EFTA, who are subject to mandatory health insurance under Article 66 of the Act on Healthcare Benefits or who are voluntarily covered by such insurance, pursuant to Article 68 of the said Act¹⁰⁷.

Pursuant to the Act on Healthcare Benefits Financed with Public Funds, EU and EFTA nationals are covered by health insurance in Poland if they are employed in Poland, for instance. They are, however, not required to reside in the territory of Poland. The only requirement for this group is that a person who is employed in Poland be a citizen of any other EU or EFTA country and reside in the territory of any one of those states (Article 3. 1.1 of the Act of 27 August, 2004). In turn, pursuant to Article 3.1.2 of the Act of 27 August, 2004, foreign nationals who are not nationals of any of the EU or EFTA countries but reside in Poland pursuant to documents listed in the provision, e.g. a visa (these documents are regulated by the Act on Aliens of 13 June 2003¹⁰⁸ and the Act on Providing Protection to Aliens in the Territory of the Republic of Poland¹⁰⁹) are eligible for health insurance. The fulfilment of the requirement to hold a docu-

¹⁰⁶ A.M. Świątkowski, M. Wujczyk, *op.cit.*, p. 501 et al.

¹⁰⁷ The same, *op. cit.*, p. 508 et al.

¹⁰⁸ Restated text: Journal of Laws of 2006, No. 234, item 1694 as amended.

¹⁰⁹ Restated text: Journal of Laws of 2006. No. 234, item. 1695 as amended.

ment permitting residence in Poland for the purpose of covering a foreign national with health insurance in Poland is not necessary if such foreign national does not hold the citizenship of any EU or EFTA country, but legally resides in the territory of another EU or EFTA member state, other than Poland (Article 3.1.3 of the Act of 27 August, 2004). For example, an inhabitant of New Zealand will be covered by mandatory health insurance if he or she resides legally in France or Italy and is employed in Poland. The following persons also have the status of an insured person (pursuant to Article 3.2.5-6 of the Act of 27 August, 2004): (i) – family members of persons covered by mandatory or voluntary health insurance, residing in the territory of an EU or EFTA Member State, citizens of an EU or EFTA Member State and residing in the territory of an EU or EFTA Member State (naturally only when the above-mentioned family members are not covered by health insurance or eligible for health care benefits under EU regulations on the coordination of social security schemes), (ii) family members of persons covered by mandatory or voluntary health insurance who are not citizens of an EU or EFTA Member State and who legally reside in the territory of an EU or EFTA Member State other than Poland (if the aforementioned family members are not covered by mandatory health insurance or eligible for health care pursuant to aforementioned regulations on coordination), (iii) family members, residing in the territory of Poland, of persons who are covered by mandatory or voluntary health insurance and who are not citizens of an EU or EFTA Member State and stay in the territory of the Republic of Poland on the basis of a work visa, residence permit for a specific duration (excluding the permit issued pursuant to Article 53a.2 of the Aliens Act), residence permit, Polish residence permit for long-term residents of the EU, consent for tolerated stay or having a refugee status granted in the Republic of Poland or benefitting from temporary protection in its territory. For example, the child of a Dutchman, who is employed in Poland and is covered by Polish social and health insurance, has health insurance as a family member. It is not necessary for the child to reside in Poland¹¹⁰.

Polish law also regulates the terms of eligibility for health care benefits of non-EU citizens. Pursuant to Article 3.1 of the Act on Healthcare Benefits Financed with Public Funds, the following persons are eligible for health care benefits financed with public funds (i) citizens of non-EU and non-EFTA Member States, not residing in the territory of any of these states, if they are subject to Polish health insurance and are also covered by old-age and disability insurance or farmers' social insurance, (ii) students and persons enrolled in Ph.D. programmes study-

¹¹⁰ M. Łokaj Problematyka finansowania świadczeń opieki zdrowotnej udzielanych cudzoziemcom poza UE oraz EFTA w przypadkach nagłych, ABC no 179366.

ing in Poland, members of religious orders staying in Poland pursuant to relevant documents, attending Polish language courses or preparatory courses to study in Polish, if they insure themselves on a voluntary basis in the Republic of Poland, who are not citizens of EU or EFTA Member States, (iii) foreign nationals doing adaptation training subject to voluntary Polish health insurance. Irrespective of whether a foreign national from a non-EU state is eligible for Polish health insurance or whether he or she holds documents that entitle him or her to stay in the territory of the Republic of Poland, foreign nationals who suffer a health emergency are provided free-of-charge health care services in the form of medical rescue operations. These are provided by medical rescue teams in non-hospital conditions pursuant to the Act on State Medical Rescue Service of 8 September, 2006¹¹¹. These services are financed through the state budget. Literature on the subject provides this commentary on the State Medical Rescue Service Act: "In light of the applicable legal definition, a health emergency situation occurs when in a short period of time sudden or unexpected symptoms of worsening health condition appear whose direct consequence can be a serious damage to the body functions or injury or the loss of life, which necessitates immediate medical rescue operations and treatment. Such a broad definition of a state of health emergency by the lawmaker could create major problems with interpretation. It could be particularly difficult to distinguish the scope of medical services undertaken at the level of basic health protection and medical rescue operations which can only be carried out by the State Medical Rescue Service"¹¹².

No major studies have been performed in Poland on the barriers to medical care encountered by foreign nationals, both from the EU and non-EU countries. There have been attempts to name the obstacles faced by immigrants who want to benefit from the health care system. A report drawn up by the Institute of Public Affairs "Structural and Cultural Barriers to Access to Health Care for Immigrants"¹¹³ is one example. The report's author, Bogumiła Jabecka, lists the following circumstances which represent barriers found in Poland:

- a) legislative regulations – imprecise rules on access to health care, often giving rise to abuses,
- b) access to medication- the high price of medication often acts as a barrier to medical care,

¹¹¹ Journal of Laws of 2006, no. 191, item 1410 as amended.

¹¹² Przemysław Guła (ed.), Stefan Poździejch (ed.), Tomasz Filarski, Jarosław Kycia, Marcin Mikos, Piotr Pochopiń, Michał Waszkiewicz, Ustawa o Państwowym Ratownictwie Medycznym. Komentarz, Warsaw 2008, commentary to Article 3.

¹¹³ <http://isp.org.pl/uploads/filemanager/B.JabeckaStrukturalneikulturowebarierywdostpieimigrantwdoochronyzdrowia.pdf>.

- c) access to information- the lack of information on the rights of immigrants often poses a barrier to health care services. However, this problem mainly affects foreigners whose stay in Poland is undocumented.
- d) Ms. Jabłeczka indicated that medical personnel are unaware of the situation of migrants: “For immigrants, information and awareness barriers also involve the method of presentation and the form of information. Knowing one’s rights does not always mean understanding the way the system works and vice versa. For someone who is not well informed about the methods of operation of the health service, finding the right specialist may turn out to be a big challenge, so much so that this experience can discourage him or her from using the services in the future¹¹⁴.”
- e) language barrier – this circumstance is significant because the ability to correctly understand information communicated by the patient to his or her doctor and the ability to understand instructions given to the patient by medical personnel has key importance for proper diagnosing and appropriate application of treatment. Problems with correct communication not only lead to complications during medical procedures, but oftentimes also deter immigrants from visiting or re-visiting health care centres. One should note that this problem does not affect Poland alone, but is present in practically every country where foreigners benefit from national medical care¹¹⁵.
- f) cultural barriers – some problems with access to medical care can be attributed to cultural differences existing between nationals of different countries (although there are no major differences between EU countries in that respect). Examples of such barriers include: communication style, not understanding the role of the family, the quantity of information and details permitted by a society to be communicated, trust accorded to a particular health care system.
- g) the concept of medical treatment – foreigners’ expectations of the health care system could cause problems when it comes to benefitting from the health

¹¹⁴ B. Jabłeczka, *Strukturalne i kulturowe bariery w dostępie imigrantów do ochrony zdrowia*, pp. 15-16 <http://isp.org.pl/uploads/filemanager/B.JabeczkaStrukturalneIekulturowebarierywdostpieimigrantwdoochronyzdrowia.pdf>.

¹¹⁵ For more, cf.: S. Bowen, “Language Barriers in Access to Health Care”, Health Canada 2003, <http://www.hc-sc.gc.ca/hcs-sss/pubs/acces/2001-lang-acces/index-eng.php> (05.01.2014), M. Au, E. Fries Taylor, M. Gold, “Improving Access to Language Services in Health Care: A Look at National and State Efforts”, Mathematica Policy Research Inc., 2009, <http://www.ahrq.gov/populations/languageservicesbr.pdf> (05.01.2014), S. Yeo, “Language Barriers and Access to Care”, *Annual Review of Nursing Research* 22, 2004 pp. 59-73.

- care system, e.g. how often treatment with antibiotics is applied, traditional lack of contact with a medical doctor in the case of some illnesses,
- h) religion and customs – this problem has become increasingly acute because of the growing number of Muslims who are EU citizens and who often have completely different health care requirements (e.g. access to doctors of the same sex, especially gynaecologists).
 - i) problem of discrimination – to quote conclusions drawn by Ms. Jabłocka: “Immigrants experience discrimination in their access to health care on two levels. The first level is institutional and cannot be completely overcome because, to quote a study by the World Health Organisation: “When a previously homogenous society becomes multi-ethnic and multicultural, it is almost inevitable that the existing institutions will be less than optimal for the newcomers(...).” This is evidenced by the lack of clear legal rules of providing access to health care to foreigners. Discrimination on the individual level is a serious obstacle to access to medical services for foreigners manifested in lower quality of benefits, resistance to treatment, going as far as being unwilling to seek medical consultation. On one hand, this is an echo of all the issues addressed earlier, beginning with structural and language issues and ending with cultural and religious issues. Immigrants as a minority can feel discriminated against on one or more of the above grounds.” It follows from studies by N. Kurek on health care access barriers in Poland experienced by immigrants that as many as 19% of foreigners applying for international protection in Poland have experienced discrimination and unpleasant treatment. Several factors could account for the discrimination practices of doctors. For example, medical personnel could interpret a migrant’s insufficient command of language as a sign of his or her low intellect. In addition, there are still people around who are simply biased against foreigners. When a health care worker makes a patient realise how he or she feels about the patient, such behaviour should have serious consequences for the health care worker. A biased doctor who believes that a migrant is not entitled to health care could demonstrate unprofessional conduct and neglect the patient or raise doubts about the quality and the validity of his or her treatment¹¹⁶.”

According to Central Statistical Office data for 2011, 46,800 foreigners were registered for hospital and sanatorium treatment, up by 10.9% (i.e. 4,600) on the previous year. Their share in the overall number of persons who underwent inpa-

¹¹⁶ B. Jabłocka, *Strukturalne i kulturowe bariery w dostępie imigrantów do ochrony zdrowia*, p.22 <http://isp.org.pl/uploads/filemanager/B.JabeckaStrukturalneikulturowebarierywdostpieimigrantwdoochronyzdrowia.pdf>.

tient treatment was 8.1%, i.e. up by 0.7 percentage points. Like in previous years, the biggest number of foreigners – almost 89% (41,600.) were registered in the Zachodniopomorskie Voivodeship – 15.9% more than in 2010. These data do not indicate what was the percentage of EU citizens in the number of foreigners who benefit from Polish health care¹¹⁷.

4. CONCLUSIONS

From the European Union's perspective, Poland is a country of emigrants.¹¹⁸ However, according to the Council of Europe, it should be treated as country of immigration that has been experiencing an increasing inflow of immigrants from Eastern European countries¹¹⁹. Membership of European regional organisations, the European Union, which is trying to put into effect the principles underlying the European Social Model, and of the Council of Europe, which sets human rights protection standards, considered part of fundamental human rights, and which oversees their observance by member states, puts Polish authorities under an obligation to guarantee foreigners equal treatment with Polish citizens in matters related to health protection, social assistance and welfare of persons in need who reside in Poland legally. A review of Polish social legislation that regulates social and medical assistance reveals that citizens of member states of the Council of Europe, who are not citizens of the European Union or of European Economic Area and citizens of other countries, classified as "nationals of third countries", are not eligible for social benefits or services in Poland which are guaranteed under Article 13 of the Charter irrespective of whether they are residents of EU or EEA countries.

¹¹⁷ Zdrowie i ochrona zdrowia w 2011 r., Central Statistical Office, p. 107 (6.01.2014), http://www.stat.gov.pl/cps/rde/xbcr/gus/zo_zdrowie_i_ochrona_zdrowia_w_2011.pdf.

¹¹⁸ According to 2012 data, 2.5 million emigrants from Poland settled in the UK, 4.8 million in Germany, 118,000 in Ireland, 97,000 in the Netherlands, 97,000 in Italy, 65,000 in Norway, 63,000 in France, 48,000 in Belgium, 38,000 in Sweden, 37,000 in Spain. Around 100,000 people immigrated to Poland which represents 0.2 % of Poland's population as a country that receives emigrants.

¹¹⁹ Immigrants residing in Poland (as at 2011): 8,500 from Ukraine, 2,300 from Belarus, 1,600 from Russia.

Impact of the case-law of European courts on the protection of refugees' rights in Poland

1. INTRODUCTION

1.1. The case law of domestic courts should ensure that refugees from the European Union are treated equally. Legal grounds for the harmonised protection of refugees should be traced back to the establishment of the Common European Asylum System. From the beginning, its functioning was based on the *non refoulement* and full compliance rules stated in the Geneva Convention of 28 July 1951¹. The right to international protection pursuant to the principles of the Geneva Convention was adopted in the Charter of Fundamental Rights of the European Union (Article 18 of the Charter). In the literature on the subject, it is considered a subjective right of a person to asylum². The harmonisation of solutions adopted in various member states was supposed to be ensured predominantly by directives. There are two directives which should be considered crucial from the point of view of assigning refugee status: the procedures directive³ and

¹ Item 13 of the Conclusions adopted at the meeting of the European Council in w Tampere on 15–16 October 1999. The text is available at: <http://www.europarl.europa.eu/>. The rules of common EU policy on the issues of asylum, subsidiary protection and temporary protection are set forth in Article 78 sec. 1 of the Treaty of the Functioning of the European Union as ...*with a view to offering appropriate status to any third-country national requiring international protection and ensuring compliance with the principle of non-refoulement. This policy must be in accordance with the Geneva Convention of 28 July 1951 and the Protocol of 31 January 1967 relating to the status of refugees, and other relevant treaties.*

² M.-T. Gil-Bazo, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to be Granted Asylum in the Union's Law*, "Refugee Survey Quarterly" 2008, vol. 27, no. 3, p. 41.

³ Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast) (OJ EU of 2013 No. L 180, pp. 60-94).

the qualification directive⁴. Their aim is to ensure a harmonised asylum status, provide subsidiary protection and implement common procedures of granting and revoking the above. When interpreting European legal regulations on the granting of protection to refugees, the Court of Justice of the European Union (CJ EU) not only influences the legislature of the member states, but also the judicial decisions issued by domestic courts⁵. However, it is worth noting that the Tribunal accepted its competence to interpret the provisions of the Geneva Convention in cases when a provision may be linked to the EU law, e.g. when an EU regulation contains a reference to the provision of the Convention being interpreted⁶, as the Geneva Convention is not a part of the EU legal system.

1.2. Harmonised treatment of refugees in domestic proceedings is the condition for the functioning of the Dublin rules⁷. The Dublin rules allow the transfer of one refugee to another member state in order to consider their application for refugee status and are supposed to guarantee that every application for international protection will be substantially reviewed by only one member state. The Dublin procedure is referred to in Article 41 of the Act of 13 June 2003 on granting protection to aliens in the Republic of Poland⁸. This regulation constitutes a basis on which decisions regarding the transfer of an alien or a person on behalf of whom the applicant is applying to another member state, and regarding the granting of refugee status are made. In 2011, both European courts expressed their opinions on matters crucial to the functioning of the Dublin mechanism: the court in Strasbourg, in its judgement in the case of *M.S.S. v. Belgium and Greece*, pointed out that the Dublin mechanism may not be applied in order to

⁴ Directive 2013/33/UE of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 laying down standards for the reception of applicants for international protection (recast) (OJ EU of 2013 No. L 180, pp. 96-116).

⁵ For the purpose of interpreting the law in accordance with directives on refugees, the Chief Administrative Court repeatedly indicated (e.g., in its decision dated 12.03.2008, II OSK 126/07, LEX no. 506613; dated 8.05.2008, II OSK 237/07, LEX no. 50530; dated 5.09.2013, II OSK 834/12, unpublished). Cases related to refugees which referred to judgements of the CJ EU also indicated that the domestic law should be interpreted in a pro-community manner, even in the light of directives whose implementation dates have not lapsed yet (judgement *Marleasing*, C-106/89, EU:C:1990:395, item 13; judgement *Adeneler and others*, C-212/04, EU:C:2006:443, item 123).

⁶ See: judgement CJ EU dated 17.07. 2014, *Qurbani*, C-481/13, EU:C:2014:2101, item 28.

⁷ The application of the Dublin mechanism is regulated by the Regulation (EU) No 604/2013 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 establishing the criteria and mechanisms for determining the Member State responsible for examining an application for international protection lodged in one of the Member States by a third-country national or a stateless person (recast) (OJ L 180, p. 31).

⁸ Consolidated text: Polish Journal of Laws of 2012, item 6980, hereinafter referred to as Foreign Protection Act.

transfer refugees in the case of countries where transfer obstacles, such as system irregularities within the scope of the asylum procedure and acceptance of people who seek asylum, are present⁹. In its later judgement¹⁰, the Court in Luxembourg excluded the possibility of applying the Dublin mechanism on the basis of an irrefutable presumption that a member state to which a refugee is transferred follows the basic laws of the European Union. The judgements mentioned above allow to conclude that the observance of the minimum standards of refugee treatment in all member states is the condition for the Dublin mechanism to work. Judges of member states, including Polish judges, are obliged to assure reliable procedure standards and apply the legal and material premises for granting the protection to refugees in a harmonised manner. The indicated conditioning of the functioning of the Dublin rules was also noticed by the Chief Administrative Court in its decision issued on 25 September 2014¹¹.

1.3. As a foreword, it should be stated that the legislation has been significantly altered by the introduction of the Act of 12 December 2013 on refugees¹². Previous regulations provided for a model of the refugee procedure, where the same body decided whether to grant protection to an alien or expel them in the course of one proceeding¹³. The amendment to the Act on granting protection to aliens¹⁴ eliminated the possibility of issuing a decision on the expulsion in the course of proceedings related to the granting of refugee status. After 1 May 2014 an alien who was denied protection and who did not leave the territory of Poland within 30 days as of the day on which the decision became final or, if the decision was issued by a higher-ranked body, as of the day on which the final decision was delivered to the alien (Article 299 sec. 6 item 2 of the Act on aliens), a Border Guard authority issues a decision obliging the alien to return to their country of origin (Article 302 sec. 1 item 16 of the Act on aliens). Such decisions must indicate the date of voluntary return under general rules, pursuant to Article 315 sec. 1 of the Act on aliens. In the course of proceedings intended to oblige an alien to return, it is possible to grant them a tolerated residence permit or apply a new form of protection against expulsion, i.e. humanitarian protection. As a result of

⁹ Judgement of the Grand Chamber of ECtHR of 21.01.2011 r., application no. 30696/09, § 342.

¹⁰ Judgment of CJ EU (Grand Chamber) of 21.12.2011, N.S. (C-411/10) v *Secretary of State for the Home Department* and M.E. and Others (C-493/10) v *Refugee Application Commissioner and the Minister of Justice, Equality and Law Reform*, EU:C:2011:865, item 99.

¹¹ II OSK 703/13, unpublished.

¹² Polish Journal of Laws of 2013, item 1650, hereinafter referred to as the Act on Foreigners.

¹³ Szerzej, J. Chlebny: *Postępowanie w sprawie o nadanie statusu uchodźcy*, Warszawa 2011, pp. 270-271.

¹⁴ The discussed amendments to the Act on granting protection to aliens were introduced as of 1 May 2014 pursuant to Article 484 items 10 and 11 of the Act on aliens dated z 12 December 2013.

the introduced changes, people seeking protection in Poland who did not leave Poland voluntarily are parties to two separate proceedings. In the first type of proceedings, which is conducted pursuant to the Act on granting protection to aliens, it is decided whether there is a need to grant the person protection in the form of the refugee status in Poland, or whether to apply subsidiary aid (Article 48 of the Act on granting protection to aliens). In the case the decision is negative, a decision obliging the alien to return to their country of origin (Article 302 sec.1 item 16 of the Act on aliens) is issued under separate proceedings. However, this proceeding does not exclude the requirement of assessing whether the alien can be obliged to return due to the possibility of violating rights protected by the ECHR, and whether the humanitarian protection or a tolerated residence permit should be granted (Article 348 items 1–2, Article 351 item 1 of the Act on aliens). Therefore, it should be concluded that the case law of European courts in the subject of the expulsion of an alien is reconsidered when assessing the situation of an alien who has been refused protection in Poland, and against whom proceedings have been instigated to issue an administrative decision obliging them to return.

2. IMPACT OF THE ECTHR CASE LAW UPON THE PROTECTION OF REFUGEE RIGHTS

2.1. From the moment when Poland become obliged to follow the Geneva Convention on refugees, the case law of the European Court of Human Rights has a significant impact on the decisions made in refugee cases¹⁵; nevertheless, it must be remembered that the right to be granted refugee status is not among the rights guaranteed by the ECHR. The Convention does not guarantee the right to process in cases related to the granting of refugee status. Article 6 of the Convention, which sets forth standards of judicial review, only refers to rights and obligations of civil nature and charges pressed under criminal actions¹⁶. However, the rights provided for in the Convention are granted to all people, regardless of their citizenship, the legality of their stay, and manner in which they entered the territory of

¹⁵ The topic is discussed in more detail in: J. Chlebny, *Stosowanie Konwencji praw człowieka w sprawach o nadanie statusu uchodźcy* [in:] *Sądownictwo administracyjne gwarantem wolności i praw obywatelskich 1980-2005 r.*, Warszawa 2005.

¹⁶ In the judgement of the Grand Chamber of the ECtHR in the case of *Maaouia v France* dated 5 October 2000, application no. 39652/98, § 40, the Court explicitly stated that decisions regarding the entry, stay and deportation of aliens have neither civil nor criminal nature as defined by Article 6 sec. 1 of the Convention of Human Rights, and, by doing so, it excluded cases related to the granting of the refugee status as well.

a given country. The above means that they are also applicable to asylum-seekers. What was the most important from the point of view of protecting refugee's rights in the context of Polish practice was the ECtHR's decision on the protection against expulsion of an alien due to the need to respect the right to live (Article 2 of the ECHR), freedom from torture, inhuman or degrading treatment or punishment (Article 3 of the ECHR) and the need to guarantee an effective remedy to an alien (Article 13 of the ECHR). It should also be emphasised that the Act on granting protection to aliens refers to the ECHR in its definition of persecution. Persecution is defined as, among others, a serious violation of human rights that are guaranteed by the ECHR (Article 13 sec. 3 of the Act).

2.2. An interesting example showing how the ECtHR affects the decisions made in individual cases related to applications for refugee status are cases in which the alien was denied the refugee status, but was granted the protection against expulsion which they applied for on the grounds of the need to protect their family and private life (Article 8 of the ECHR). The protection of the family and private life of an alien as an obstacle preventing expulsion of such person in the course of proceedings for granting refugee status and, at the same time, as a premise to grant permission for tolerated residence were not originally provided for in the Act on granting protection to aliens. The premise of the family life being a legal obstacle preventing expulsion and constituting grounds for granting permission for tolerated residence was introduced by the amendment to the Act, made after the Act was effective for five years¹⁷. The protection of family life was provided for as of 1 May 2014, in Article 348 sec. 2 of the Act of 12 December 2013 on aliens in relation to the possibility of granting permissions for stay due to humanitarian reasons in proceedings aimed at obliging an alien to return to their country of origin. In the previous law order, the protection of family and private life in proceedings for granting refugee status in which it was decided to oblige the alien to leave the territory of Poland was a direct result of applying the ECHR in consideration of the ECtHR case law. To exemplify the above, a judgement of the Chief Administrative Court issued on 25 April 2008¹⁸ in relation to a refugee who, in the course of the refugee procedure, started a family with a Polish citizen (the relationship was factual, with a religious ceremony conducted in accordance with the Islamic tradition) can be given. Courts of both instances decided that the alien did not meet the conditions to be granted refugee

¹⁷ Article 1 item 12 letter. 1 of the Act amending the act of 18 March 2008 on granting protection to aliens in the territory of the Republic of Poland and some other acts (Polish Journal of Laws / Dz.U. no. 70 item. 416), hereinafter referred to as the act of 18 March 2008 amending the act on granting protection to aliens.

¹⁸ II OSK 227/07, LEX no. 505278.

status. In the context of the legal status binding at the time of hearing the case, Article 97 of the Act on granting protection to aliens did not ground the possibility of granting the permission for tolerated residence in conditions related to the private and family life of an alien. The protection against expulsion could have been granted only on the basis of the direct application of the ECHR. The Chief Administrative Court, invoking the established case law of the ECtHR, assumed that a decision obliging an alien to leave the territory of Poland was a national means of interfering with the right to family life, which is as compliant with the ECHR as it is necessary in a democratic society due to reasons related to national and public safety or economic prosperity of the state, and protection of laws and freedoms of others. The Chief Administrative Court, in its judgement dated 30 January 2013¹⁹, controlled the proceedings regarding an alien who explained their need to obtain protection against expulsion by saying that they lead a family life with a person who has obtained refugee status in Poland and with whom the applicant concluded a religious marriage. The Chief Administrative Court found that the authorities and the first instance court committed a violation of Article 8 of the ECHR as they wrongly assumed that only legally sanctioned family bonds can be subject to protection. The Chief Administrative Court reminded that the concept of a family provided for in Article 8 of the Convention is not just limited to marital bonds and can also include actual family bonds which exist between parties who are not married.

2.3. When considering the way in which the ECtHR case law affects court practices in refugee cases, the problem of temporary protection must be brought up. Temporary protection is based on withholding the decision on expulsion until the administrative court hears the appeal against expulsion of an alien in relation to the denial of protection. It is worth noting that there were reprehensible instances of implementing a final decision on expulsion of an alien before the administrative court expressed its opinion in relation to the granting of temporary protection²⁰. The requirements within the scope of temporary protection, resulting from Article 13 of the ECHR, in consideration of various types of cases, summed up the current ECtHR case law in the judgement in the case of *de Souza Ribeiro v France*²¹. In said judgement, the Court conditioned the granting of temporary protection on the type of the protected right. The required standard of protection against expulsion is different when a given party invokes the

¹⁹ II OSK 86/12, unpublished.

²⁰ See: related information available on the website of the Helsinki Foundation for Human Rights – Legal Aid for Refugees and Migrants, <http://programy.hfhr.pl/uchodzczy/>.

²¹ Judgement of the Grand Chamber of the ECtHR dated 13 December 2012, application no. 22689/07, §§ 82–83.

possibility of the right to life, freedom from torture or the prohibition of the collective expulsion of aliens (Article 2 and Article 3 of the ECHR and Article 4 of Protocol no. 4 to the Convention), than in cases when the expulsion is related to the right to private and family life (Article 8 of the ECHR). In relation to the protection against the effects of violating Article 2, Article 3 of the ECHR and Article 4 of Protocol 4 to the ECHR, due to the possibility of causing irreversible consequences, a remedy should cause the implementation of the decision to be automatically suspended. Protection of family or private life does not require the automatic suspension to be guaranteed. In the course of refugee proceedings it is decided whether it is necessary to grant the protection of rights, which the Court relates to the obligation to guarantee the automatic suspension of the decision obliging the alien to return to their country of origin. Due to the possibility of violating Article 2 and Article 3 of the ECHR and Article 4 of Protocol no. 4 to the Convention, the protection against expulsion should be always granted (*ex lege*) until the appeal submitted to the administrative court is considered, unless, of course, the reported accusations show that the appeal is groundless. The Chief Administrative Court, in its decision dated 9 April 2014²², referred to the judgments issued in the case of *de Souza Ribeiro*, and assumed that in a case related to the denial of refugee status, an integral part of which was a decision obliging the alien to leave Poland, protection against expulsion should be granted due to the potential risk of treatment incompliant with Article 3 of the Convention. This opinion confirms the practice of administrative courts which, in individual cases related to appeals against decisions on denial to grant protection, granted temporary protection²³. When discussing the issue of temporary protection granted to aliens, it must be noted that as of 1 May 2014, aliens who were denied refugee status and subsidiary protection within the scope of the obligation to leave Poland are subject to the Act of 12 December 2013 on aliens. In the light of new legal regulations, as a consequence of filing an appeal against a decision obliging an alien to return to their country of origin with an application to suspend its implementation to a provincial administrative court, the deadline for voluntary return or the date of implementing the decision is extended by law until the day on which the provincial administrative court issues a decision in relation to the mentioned application (Article 331 sec.1 of the Act on aliens).

²² II OZ 332/14, unpublished.

²³ See, e.g.: decisions of the Chief Administrative Court dated 28 August 2014, II OSK 2157/14, unpublished.; dated 3 April 2014, II OSK 769/14 unpublished.; dated 9 April 2014 r., II OSK 332/14, unpublished. and decisions of the Provincial Administrative Court in Warsaw dated 9 June 2014., IV SA/Wa 1044/14 and dated 30 April 2014, IV SA/Wa 826/14, published CBOIS.

3. IMPACT OF THE CJ EU CASE LAW

3.1. The impact of the CJ EU case law on Polish practice in refugee cases is depicted by the decisions issued by the Chief Administrative Court in relation to repeated applications for granting the refugee status and denying the same.

3.2. Re-applying for refugee status after obtaining the final decision denying the same on the same grounds is unacceptable, and the proceedings instigated in relation thereto should be discontinued (Article 40 sec.1, sec.2 item 3 of the Act on granting protection to aliens). The important element of the case law was the assessment of the consequences of changes to the legal status, introduced by the Act of 18 March 2008 amending the Act on granting protection to aliens. The change introduced a new form of protection, i.e. subsidiary protection, which, apart from the already-existing forms of protection such as refugee status and permission for tolerated residence, was to be considered in proceedings related to the granting of the refugee status. The change of the legal status required the assessment of acceptability of repeated applications for refugee status filed by applicants who had been denied the protection in a final decision. In its judgement dated 24 February 2011, II OSK 557/10²⁴, the Chief Administrative Court stated that subsidiary protection extends the list of reasons to grant protection in relation to the basic scope of protection granted pursuant to the current legal regulations, which provided for the possibility of granting the refugee status or issuing permission for tolerated residence exclusively. This stand was affected by the judgement of the CJ EU in the case of *Elgafaji*²⁵, in which the CJ decided that subsidiary protection is more comprehensive than the protection granted under Article 3 of the ECHR. This decision was significant as Article 3 of the ECHR constituted grounds for permitting tolerated residence which the alien was denied in the previous proceedings. In this context, the Chief Administrative Court assumed that an application repeated after the new form of protection was introduced to the Polish legal system required consideration and should have not been dismissed under Article 40 sec.1 sec. 2 item 2 of the Act on granting protection to aliens, invoking the fact that both applications are the same²⁶.

3.3 An alien can be deprived of the protection granted in the form of the refugee status and subsidiary protection in accordance with the statutory premises listed in Article 21 and Article 22 of the Act on granting protection to aliens. In its Judgement issued on 8 September 2010²⁷ the Chief Administrative Court has

²⁴ ONSAiWSA 2011 no. 6, item 130.

²⁵ Judgement of the CJ EU of 17 February 2009, C-465/07, EU:C:2009:94, item 28.

²⁶ The Chief Administrative Court assumed a similar position in its later decision of 30 October 2013, II OSK 1275/12, unpublished.

²⁷ II OSK 189/10, unpublished.

to assess whether establishing that there is no threat of persecution, on the basis of which the protection was granted, was enough to deprive a person of the granted protection. In the judgement mentioned above, the Chief Administrative Court accounted for the CJ EU's point of view assumed in the case of Abdulla²⁸. In that case, the Court decided that it must be established whether there are other reasons which would justify the fear of being persecuted, and whether the alien will have a real possibility of getting protection if they are deprived of it. Considering the decision of the Court, the Chief Administrative Court emphasised that the investigation conducted with regard to the deprivation of protection may not be limited to the reasons for which the protection had been granted²⁹.

4. SUMMARY

The impact of European courts' case law on domestic case law is possible when the decisions are available in Polish. Although Polish translations of judgements issued by the CJ EU are generally accessible, the same is not true for ECtHR judgements, in particular for cases concerning states other than Poland. Summaries of ECtHR judgements³⁰ may not replace the translation of full texts of the same judgements, as in these decisions every word may turn out to be significant and determine the outcome of a given case. It should also be stated that full translations of judgements of the Grand Chamber of the ECtHR in the case *M.S.S. v Belgium and Greece*, and *de Souza Ribeiro v France* are not available.

²⁸ Judgement of the CJ EU of 2 March 2010 in related cases C-175/08, C-176/08, C-178/08 and C-179/08, EU:C:2010:105.

²⁹ The discussed issues of the Provincial Administrative Court in Warsaw of 21 December 2010, V SA/Wa 395/10, publ. CBOIS.

³⁰ For example, selected ECtHR decisions are discussed on the websites of the Helsinki Foundation for Human Rights: <http://www.hfhr.pl/omowienia-orzeczen-etpcz/>, Amnesty International: <http://amnesty.org.pl/index.php?keyword=E+TPCz&x=0&y=0&sort=2&id=264&c=1> and Obserwator Konstytucyjny: <http://www.obserwatorkonstytucyjny.pl/>.

Discussion

Teresa Flemming-Kulesza

Thank you. Considering the amount of time left I am wondering if I should encourage you to ask questions and participate in a discussion. We should respect the principle of equality and leave time for the third panel and the following questions but you can of course comment or ask a question.

Roman Wieruszewski

I have a short question for Judge Chlebny. As we know, Poland is currently reforming the Polish administrative judicial system. Do you think that extending the competence of administrative courts with the power to not only reverse and remand but also alter decisions, which are rendered under administrative law, may affect the protection of the rights of foreign citizens? Does it entail the need for two-tier administrative proceedings since administrative courts will, in a sense, become yet another administrative instance? In my opinion, saying that an administrative court granted a permit for tolerated stay was a slip of the tongue. I do not think the court can do that. It could only repeal the decision rendered by the Refugee Council, because administrative courts do not have a power to alter but only reverse and remand the decisions. Will such a change affect the currently applied model? Our situation is rather convenient as Poland is resided by much less foreigners than other European countries, hence a place for all the experiments. Thank you.

Justice Teresa Flemming-Kulesza

I think it would be better if you ask the questions first and then the panelists will answer.

Anna Błaszczak

I have a question for Professor Świątkowski. One of the reasons why we refrained

from ratifying such international law instruments as, for example, the Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and partially Protocol no. 12, is a lack of possibility to control the adherence to social rights by international entities, resulting from the programmatic nature of such rights, which means that they do not constitute an obligation of result but an obligation of performance. I must add that this is not really my position; however this is a particularly strong legal argument, which creates a legal barrier to the ratification of these optional protocols. Therefore, I would like to ask, what do you think, considering your experience in the Committee, is the best way to dispute this argument? Can we actually control countries with respect to their adherence to social rights, only those of programmatic nature? Thank you.

David Milner

I would not like to waste time so if anyone else has a question then I will hand over the microphone. I have only one comment. As clearly specified in the case of M.S.S, social assistance provided for foreigners, migrants, and asylum seekers is based on the article 3 to the European Convention on Human Rights. And the case of M.S.S showed that Greece detained the asylum seekers in degrading conditions, which violated article 3. I wanted to emphasize that a starting point here is the right to protection against inhumane treatment, i.e. the basic commitment of each state. Thank you.

Jacek Białas

I have a question for Judge Chlebny. Under the current legal system, from this 1 May, a decision not to grant the refugee status does not comprise a decision on expulsion. Therefore, I would like to ask about the practice of the administrative courts in this area. Do administrative courts suspend the execution of the decisions refusing to grant the refugee status? Is it possible, in their opinion, to suspend such decisions? A short comment concerning the application of the European Convention by the judiciary in Poland. It can be noticed that administrative courts, Voivodeship Administrative Court in Warsaw or Supreme Administrative Court often apply the case law of the Court in a positively surprising manner, whereas criminal courts, which issue decisions concerning the imprisonment of foreigners, hardly ever apply the Convention. At least this is what I noticed during my practice as a lawyer for a non-governmental organization. Unfortunately, criminal courts render such decisions very automatically although the case law of the Court concerning legitimacy of imprisonment of foreigners due to migration or refuge is very abundant.

Teresa Flemming-Kulesza

Thank you. I would like to ask Professor Świątkowski to answer the question, as he was our first panelist.

Andrzej Świątkowski

The efficiency of supervision over the observance of standards – this issue was already discussed when Professor Wyrzykowski talked about ECRI. All the entities, except for Strasbourg Court, are governed by the so called soft law. Therefore, the efficiency depends on those procedures, whereas the procedures are accordingly supplemented by reports or collective complaints. The Committee issues its decision (and in case of reports it adopts a conclusion), which is then forwarded to the Committee of Ministers of the Council of Europe and the Committee, after hearing the opinion of the Government Committee comprising the representatives of the Ministers of Labor and Social Policy of member states, adopts a resolution. This is pure politics, which is why there is a constant conflict between subject-matter experts and the Government Committee. Since the resolutions are not binding, lawyers treat them with neglect. But the pressure of the international community is so significant that resolutions are published promptly.

In the past I acted as a General Rapporteur in the case against Greece, which concerned non-observance with article 16. At that time the World Organization Against Torture lodged several complaints, including one against Greece. The aim of the case was to issue special provisions or a specific act prohibiting corporal punishment in elementary schools, high schools, and also families. This proposal gave rise to heated discussions among the Committee members because older members believed that it is acceptable to spank a child. As we know different countries adopt different practices and in some of them a slap in the face is also allowed. But the decision was made and corporal punishment of any kind has been prohibited. Criminal Code provisions on the protection of the integrity of the human body or Civil Code provisions on the respect of human dignity are not enough. There is a need for the issuance of separate provisions. In the course of the proceedings following the collective complaint, Greece changed the provisions but it did not solve the issue because the Committee's resolution stated that the provisions were incompatible on the date specified in the complaint. But the pressure consists in a fact that the states do not want to be publicly referred to as countries violating more or less significant standards.

And now the second issue. I am not sure if I understood your comment correctly. Nevertheless, these social conditions are not covered by article 13, because article 13 imposes an obligation to provide those unfortunate asylum seekers with appropriate protection for the time of procedures and detention. I smiled when

Judge Chlebny presented a problem related to the situation of families. I remember a collective complaint lodged to the Committee of Social Rights against the Netherlands and explanations of the Dutch government, which stated, in all seriousness, that it decided to deport a whole family of a foreigner to respect an obligation to ensure family unity as the foreigner had to be deported. But this is just an example of a real-life anecdote. Thank you.

Teresa Flemming-Kulesza

I would like to ask Judge Chlebny to address the questions.

Jacek Chlebny

Referring to the example of Professor Świątkowski I must say that there was a similar case in Poland, with similar argumentation. I would like to answer the question of Professor Wieruszewski. Because of the time limit I used a mental shortcut. The Supreme Administrative Court never stated that in the event the act does not foresee the protection of family or private life as the grounds for the issuance of a permit for tolerated stay then the court is allowed to issue such a permit. I put it too simply. What the court really said was that these authorities could not grant a permit for tolerated stay because at that time neither family nor private life constituted grounds for such permit, and that the decision on expulsion, which had been issued by the authority, was incompliant with the European Convention on Human Rights because the Convention protects both family and private lives. The Court referred directly to the European Convention on Human Rights. I provided this example indicating, maybe not clearly enough, that the problem consisted in the fact that the Polish law did not mention family or private life as the grounds for granting protection against expulsion in the course of the proceedings for granting the refugee status. Excuse my shortcut as it was caused by the time pressure.

Now, the very important issue concerning the power of administrative courts to alter decisions. Without going into details, according to judgment of both Courts, an administrative court has to issue a decision concerning the expulsion, whenever article 3 applies, on the basis of all available factual and legal information not at the time an administrative decision is issued but at the time a court issues its judgment. This is a uniform and firm position of the European Court of Human Rights and it will sooner or later, and I am afraid that sooner in the case of foreigners, become effective. The Court of Justice of the European Union was not so firm in this area. Although in the case of Orfanopoulos, which dealt with an immigration issue and the expulsion of the EU citizen, the Court of Justice of the European Union based this obligation on the substantive law. We do not

apply such measures due to procedural aspects. However, we do not have enough time to elaborate on this right now. I also am in a quandary in this area and I agree with your argumentation. Should we liquidate the second administrative instance? Not really. I think that two effective instances may constitute a kind of filter for the court because if we assume that the second instance examines the cases promptly and inexpensively, as an administrative entity is able to examine the cases in a much shorter period, then the number of cases brought to the court will be smaller. But this is a topic for an additional debate.

There was also a question about suspending the execution of decisions. The issue is very interesting. Everything depends on our view of such suspension. If someone believes that only a decision that imposes an obligation may be suspended then in light of the new procedure, which provides the framework for determining the refugee status or subsidiary protection or issuing a decision on granting protection, it is impossible to suspend the execution of a decision because there are no obligations to follow. However, I would like to refer to the position taken by doctrine and judicature assuming suspension of the execution of negative decisions (refusals), whereas such suspension has legal effect. I would also like to quote a note of Professor Łętowska who once wrote a note to a refusing decision of the Supreme Administrative Court. The note mentioned that such suspension entails the suspension of legal effect and that the foreigner's stay in Poland remains legal. I think, *prima facie*, although please do not treat this as my view on the matter as I may adjudicate a similar case in the future, that a foreigner may have reasons to see a legal interest in such a situation because as long as the negative decision is suspended they are subject to administrative proceedings on granting of possible protection and, as a result, they are entitled to benefits and assistance. A final decision is negative. But if the court suspends the execution then the proceedings are not concluded. This is one of the arguments confirming that there is the possibility to suspend the execution of the decision which has been issued under the new procedure and does not entail the obligation to leave the territory of Poland. I am not authorized to speak on behalf of criminal courts so I will refrain from commenting this part of the question. Thank you.

Teresa Flemming-Kulesza

Thank you. I am looking at the organizers and I think that we need to end the discussion here. I am not sure if we have some time left for coffee or we should move on but we will receive such information shortly. Thank you all for your active participation and the panelists for great presentations and exhaustive answers. Thank you.

PANEL III

Moderator: Professor Yvonne Donders
University of Amsterdam

So far, we have extensively discussed issues related to equality and non-discrimination, in particular equal access to human rights. This last panel concerns other current issues linked to that, including freedom of thought and religion and freedom of expression and possible limitations of these rights.

These issues centre around cultural diversity and pluralism. The relationship and interaction between human rights and cultural diversity is a current topic. This is shown by the intense debates all over Europe on, for instance, the wearing of religious clothing or symbols; access to education for minorities; religion in education and education in minority languages; recognition of tangible and intangible cultural heritage; the use of non-formal marriage rituals, etc.

International human rights law contains many provisions that directly or indirectly promote and protect cultural diversity. Broadly two ways can be distinguished: via the equality concept, which also implies the right to be different, and via specific rights promoting and protecting cultural diversity.

It is now broadly recognised that respect for cultural differences can be fully in line with the principle of equality. Having equal rights is not the same as being treated equally. Indeed, equality and non-discrimination not only imply that equal situations should be treated equally, but also that unequal situations should be treated unequally. Consequently, not all difference in treatment constitutes discrimination, as long as the criteria for differentiation are reasonable and objective and serve a legitimate aim. Difference in treatment may also involve positive action to remedy historical injustices or to protect and promote diversity.

Next to respect for diversity within the equality principle, many international human rights instruments include rights that specifically promote and protect cultural diversity. These rights are broadly classified as 'cultural rights'. Cultural rights are human rights that promote and protect cultural interests of individuals and communities. They are meant to advance their capacity to preserve, develop and change their cultural identity.

Which rights are cultural rights? None of the international instruments provides a definition of 'cultural rights'. Consequently, we can compile different lists of international legal provisions that could be labelled 'cultural rights'. Unlike the UN treaties on human rights, the European Convention on Human Rights or

the European Social Charter does not contain a provision that explicitly refer to 'culture'. To add a protocol on cultural rights was tried in the 1990s, but attempts to draft it failed. This means that the right to take part in cultural life, or the right of members of minorities to enjoy their own culture, included in UN treaties, are not to be found in the European system.

The ECHR does however contain many provisions that have a direct link with culture, such as the rights to freedom of religion, freedom of expression, which also protects artistic expressions such as novels, poems and paintings and freedom of association, which also protects cultural organisations. The right to education is also an important example. But apart from rights explicitly or directly related to culture, many human rights have a strong cultural dimension. In fact, most human rights have cultural implications. For instance, the right to a fair trial includes the right to be informed of the charges in a language that one can understand, as well as the right to free assistance of an interpreter if a person cannot understand or speak the language used in court. Another example: specific ways of living related to culture, such as living in a caravan for gypsies, fall within the scope of the right to respect for private life and home. Although states may not necessarily have positive obligations, they have to respect the cultural dimension of these rights and have to balance the different interests involved.

This balancing of different interests reflects the fact that States are allowed to take their national, cultural circumstances into account when they implement international or European human rights treaties. International or European human rights norms do not imply fully uniform implementation. This is also reflected in limitation clauses, which can be found in most human rights instruments. According to these clauses, States are allowed to limit the enjoyment of rights for reasons of morality, security, health, public order and the rights and freedoms of others. Cultural and religious particularities may well be part of these reasons.

However, giving states unlimited freedom to interpret and implement international human rights law in totally different ways, would undermine the universal or European character of the norms. It would lead to unacceptable differences in rights protection for different individuals and communities. Therefore, the states' discretion in implementing international human rights law is monitored by national and international bodies. The famous doctrine of the margin of appreciation developed by the European Court of Human Rights is relevant in this context.

I will not go into more detail here, my role is to facilitate these excellent speakers, who will panel address a variety of issues related to cultural diversity and pluralism.

The first speaker is Dr Hanna Machińska. She is Head of the Council of Europe Office in Warsaw and lecturer at the Faculty of Law and Administration at Warsaw University. Her contribution will focus on respect for cultural rights in a modern and diverse society in accordance with the principle of non-discrimination.

The second speaker is Dr Małgorzata Szeroczyńska. She is Deputy District Prosecutor for Central Warsaw. She will speak about the practice of the prosecution of hate crime, paying specific attention to the “Prosecutor General’s guidelines for conducting proceedings against hate crime.”

The final speaker is Dominika Bychawska-Siniarska. She is a lawyer, she worked in the office of the European Court of Human Rights, but since 2008 she is Head of the “Observatory freedom of media in Poland” project in the Helsinki Foundation for Human Rights. She is also a member of the Advisory Board of the European Union Agency for Fundamental Rights. Her contribution will be about freedom of speech on the Internet – limits to control vested in a web portal owner, making particular remarks about the case of *Delfi v. Estonia*.

Hanna Machińska, PhD
Director of the Council of Europe Office in Warsaw

Respect for cultural rights in a modern and diverse society. The Role of the European Convention of Human Rights

1. INTRODUCTORY REMARKS

Why do we often refer to the role of culture in the world of deepening inequalities? For we believe, not without reason, that culture can be a way of communication in the societies diverse in many ways.

Culture should be perceived as a set of material, intellectual and emotional features, characterizing a society or a social group. It includes, in addition to art and literature, ways of life, forms of mutual co-existence, value systems, traditions and beliefs – as proclaims the UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity.¹ However, diverse societies are characterized – in place of respect for cultural identity and harmonious interaction – by progressive discrimination, intolerance, xenophobia, growing support for populist and xenophobic political parties.

Multicultural Europe, which will be discussed herein, is a place where many negative phenomena arise, such as marginalization of many social groups, discrimination in the economic, social and educational area against the fellow citizens and the people coming to our continent in search of a better life. So should not respect for the pluralism of cultures serve the process of integration of different social groups?

Report prepared by the Group of Eminent Persons under the instruction of Jean-Claude Juncker, entitled “Living together, combining diversity and freedom in the 21st-century Europe,” emphasizes the essence of building cultural and legal framework, supporting intercultural dialogue, which is becoming a strategic tool

¹ Declaration adopted by the 31st Session of the Geneva Conference of UNESCO in Paris on 2 November 2001.

of building an open society.² The Report highlights numerous dangers related to alienating certain social groups, which leads to building a “parallel society,” ruled by different laws, for example sharia, in which violation of human rights occurs.

The widening gulf which exists in Europe between the immigrant community and the Europeans is a phenomenon that proves the low efficiency of the instruments used so far in the field of economic policy, education, asylum policy, and finally in the cultural sphere. Thus, the challenge for the 21st century is building – as emphasized by Danuta Hübner – Europe of equal citizens.³ This message has its particular justification in the face of terrorist attacks, and especially – which will be discussed here – different forms of terrorism in culture.

Culture is the sphere of life which creates a number of dilemmas. Culture modifies public awareness, its various forms not infrequently negate the existing order, violate the established canons of aesthetics, refer to the sphere of religion and freedom of expression. The sphere of culture should be seen in the context of broadly understood human rights. Will then the 21st century allow us combining diversity and freedom in accordance with the established standards of democratic rule of law? This question is particularly relevant in view of numerous conflicts related, for example, to the freedom of expression in art or literature.

2. SAFEGUARDS FOR THE PROTECTION OF CULTURAL RIGHTS IN THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS

The question related to the meaning of the European Convention on Human Rights as the guarantor of the rights for these groups and individuals who are affected by injustice, discrimination in the social, economic, political or cultural sphere, is crucial. May the European Convention be a remedy in this regard? Can it be recognised that the Convention applies to all those areas of functioning of the society and its units, and provides effective protection? Analysis of the provisions of the Convention does not always allow for a clear answer.

Over more than 60 years, however, the European Court of Human Rights has created case-law in the spirit of responses to the major challenges faced by Europe. For many years, such a challenge has been, on the one hand, setting the demarcation line between the functioning of a democratic state based on the principles of the rule of law, human rights, respect for minority rights, and

² *20 years of Poland in the Council of Europe. Council of Europe – European Union in the face of the challenges of the modern world*, Ministry of Foreign Affairs of the Republic of Poland, 2012.

³ D. Hübner, “Living together, combining diversity and freedom in the 21st-century Europe,” in: *20 years of Poland in the Council of Europe*, op. cit., p. 18.

on the other hand, response to the violations of these rules, resulting from the deepening nationalism, growing intolerance, xenophobia, extremism, especially Islamic extremism. In its case-law, will the Court create a space of freedom for the individual, especially in such an important area as culture, or while deciding conflicts which arise on religious grounds, will the Court designate the boundaries of freedom of speech? In other words, what is the scope of direct protection which the European Convention creates for an individual, the society, in case of violation of cultural rights?

Even though the European Convention on Human Rights does not expressly refer to cultural rights and does not mention the right to culture or the right to participate in cultural life, the case-law of the European Court of Human Rights includes the standards related to: the right to artistic expression, access to culture, the right to identity related to culture, the linguistic rights, the right to education, the right to the protection of cultural heritage, the right to search for historical truth, or the right to academic freedom.

3. PROTECTION OF CULTURAL RIGHTS IN THE CASE-LAW OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

For many years, the European Court of Human Rights has been deciding on truly fundamental problems, setting standards for the operation of the states. In its case-law, the Court responds to the new challenges, for which it is difficult to find a political response. Many institutions are not prepared for such confrontations as counteracting hate speech, creating guarantee for the protection of the right to freedom of thought, conscience and religion or to manifest religion or belief etc. Great hopes are set on the case-law of the Court, which designates certain patterns of conduct of individuals, communities, and finally the state.

The report of the Secretary-General issued in 2014 on the state of democracy and human rights refers to these very challenges which, in the digital world, gain significantly larger fire power by the multiplication of images, records, than in the past.⁴ The essence of many of today's problems is pointed out. The report refers, among others, to the role played by the European Convention on Human Rights. The question then arises whether the European Convention, along with the case-law of the European Court of Human Rights, is the instrument and the mechanism which adequately and effectively responds to the expectations of the society

⁴ *State democracy, human rights and the rule of law in Europe, Report by the Secretary General of the Council of Europe*; see: www.coe.int.

diverse in many ways, such as religious or cultural? One can even ask whether the modern civilization challenges should not affect the extension of the scope of the matter regulated by the European Convention?

The area which is firmly rooted in the provisions of the Convention and which directly affects individual rights are the cultural rights, strongly associated with the challenges omnipresent in the 21st century. Cultural rights are present in the Convention, even though, as already emphasizes, the right to culture itself does not occur in its provisions. While determining the scope of the term “cultural rights” reference needs to be made to the recognition of the European Court of Human Rights which, in the study entitled “Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights,” sets out the following categories of rights:

- a) right to artistic expression,
- b) access to culture,
- c) right to cultural identity,
- d) linguistic rights,
- e) right to education,
- f) right to the protection of natural and cultural heritage,
- g) right to seek historical truth,
- h) right to academic freedom.⁵

Thus, in its case-law, the Court refers to the provisions of the Convention, and thus, amongst others, to Articles 8, 9, 10, Articles 1 and 2 of Protocol No. 1 and Article 14.⁶ The Court emphasizes that the lack of directly expressed protection of cultural rights in the Convention does not exclude them from the protection thanks to the dynamic interpretation which it gives the provisions of the Convention.

One of the most important spheres of cultural rights is the **right to artistic expression**, protected under Article 10 of the Convention. Artistic activity must be associated with freedom. Artistic activity is, the most often, a response to the shortcomings, to the violation of functioning of a democratic state, but also sometimes it is a manifest often triggering social engagement in public affairs. Culture indifferent to the social, political affairs becomes impoverished, as Mario

⁵ Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights, Research Division, Council of Europe 2011.

⁶ Article 8 – right to respect for private and family life; Article 9 – freedom of thought, conscience and religion; Article 10 – freedom of expression, to hold opinions and to receive and impart information; Article 1 of Protocol No. 1 – protection of property; Article 2 of Protocol No. 1 – right to education; Article 14 – prohibition of discrimination.

Vargas Llosa said.⁷ Artistic expression, for example satire, is characterized by the fact that its message goes beyond certain boundary, it is also characterized by exaggeration. However, interference with the right to artistic expression has to be subject to a very careful assessment.

In the Austrian case of 2007 concerning the prohibition on exhibition of a collage by Otto Mühl in connection with its content depicting Mother Teresa, Jorg Heider in sexual positions, the Court found that going beyond the boundary is what characterizes caricature. Satire is a form of artistic expression and social commentary. It provokes through exaggeration, and the prohibition of exhibiting is disproportionate to the objective.⁸

Freedom of artistic expression is:

- freedom to receive and impart information and ideas,
- participation in a public exchange of cultural, political and social information and ideas.

Another example is the case of *Otto-Preminger-Institut v. Austria* in connection with the prohibition of making the film public in cinemas and its seizure related to the religious content of the film, depicting God, Mary, Christ in the erotic context, entangled in immoral – as claimed – activities. The case was considered by the European Commission on Human Rights, which found a violation of Article 10 of the Convention. The Court held, however, that the national courts have applied the law correctly and properly assessed where the boundary between the right to artistic freedom and the right to respect for religious beliefs lies.⁹

In 1981, an exhibition of contemporary art by Josef Felix Müller was held in Freiburg. The exhibition presented sexual orgies. The author was sentenced by the courts to pay fine.

In his complaint, Müller demanded a declaration that the conviction was a violation of Article 10. Even though the European Court of Human Rights accepted decision of the Swiss authorities it also said that: “artistic expression should enjoy a special level of protection, because those who create, perform, distribute or exhibit works of art contribute to the exchange of ideas and views necessary for the functioning of a democratic society. Therefore, the state must refrain from excessive interference.”¹⁰

⁷ Mario Vargas Llosa, “Freedom and democracy destroy intelligence,” interview in *Gazeta Wyborcza* of 18 October 2014.

⁸ *Vereinigung Bildender Künstler v. Austria* (n° 68354/01), judgement of 25 January 2007.

⁹ *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, judgement of 20 September 1994 (A.295-17).

¹⁰ *Müller and other v. Switzerland*, judgement of 24 May 1988.

Expression is associated with statements in the form of publications, e.g. *in Karatas v. Turkey*, concerning the conviction for the literary publications related to the Kurdish issue, the Court emphasized that the creators, performers and people disseminating or exhibiting works of art are involved in the exchange of ideas and opinions relevant to a democratic state and, therefore, the state should refrain from interference.¹¹

Respect for cultural rights is closely associated with access to culture and protection of literary heritage.

In 2010, the Court issued a ruling on *Akdas v. Turkey*.¹² This case concerned the imposition of a penalty on the publisher and the confiscation of work by Apollinaire from 1907. The Court stressed the importance of European literary heritage, expressing the view that the society cannot be deprived of access to literary works.

The Court upholds the rights of minorities, in particular as regards respect for their cultural identity.

In *Chapman v. the United Kingdom*, the Court found – referring to Article 8 – a positive duty of the state to support and respect for the identity of the Roma and their lifestyle. This provision was invoked in another case – *Ciubotaru v. Moldova*,¹³ in which the dispute concerned the refusal of recognition by the Moldovan authorities of the Romanian origin in the identity document. The Court emphasized that ethnic identity is an important aspect of private life.

Respect for cultural rights is also associated with the right to preserve religion and the problem of manifesting religious symbols and the access to rituals.

In the case related to the refusal to enter the Alevi faith on the identity card of the applicant, the Court considered that information on religion should not be put on the identity document.¹⁴

Respect for freedom of thought, conscience and religion covers a very broad spectrum of problems which are related, among others, to respect for the religious identity of communities and to carry out religious practices.

The issue of ritual slaughter, widely discussed in Poland, was resolved in the judgement of the Grand Chamber *Cha'are Tsedek Ve Shalom*.¹⁵ The essence of

¹¹ *Karatas v. Turkey*, no. 23168/94, ECHR 1999-IV.

¹² *Akdas v. Turkey*; judgement of 16 February 2010.

¹³ *Chapman v. the United Kingdom*, judgement of 18 January 2001; *Ciubotaru v. Moldova*, judgement of 27 April 2010.

¹⁴ *Sinan Isak v. Turkey*; judgement of 2 February 2010.

¹⁵ *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France*; see also Jim Murdoch, *Protection of the right to freedom of thought, conscience and religion under the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, the Council of Europe, 2012, pp. 34-36.

the dispute was whether the denial of access to meat from the ritual slaughter is a violation of Article 9 when another organization received such consent. The Court referred to the argument of the availability of meat from the ritual slaughter, stating that the persons concerned are not deprived of such access. But – what Jim Murdoch emphasizes – “it is not clear from the judgement whether the state can consider it appropriate to ban the ritual slaughter under the pretext of animal welfare, and if so, whether in such cases it must facilitate the import of meat from other countries.”¹⁶

Particularly important element of manifesting religious affiliation is the issue of religious symbols. The question arises as to how far the manifestation of symbols is protected by the Court and whether the Court recognizes the right of the state to intervene in this area by the introduction of a prohibition on display of religious symbols. This problem is particularly important given the growing wave of immigration, more and more considerable religious diversity in Europe and visible trends of marking religious distinctions through, inter alia, display of religious symbols in public space. Case-law of the Court related to religious symbols and clothing is extremely rich. It concerns wearing headgears, displaying crosses, specific type of clothing, Islamic headscarves and religious symbols in public spaces.

While deciding a case related to the prohibition of wearing clothes indicating religious affiliation in public places, the Court held that this prohibition violates Article 9 of the Convention, since wearing these clothes is not a threat to public order.¹⁷ The Court treated differently the situation of demanding to take off a turban as part of airport security check, stressing that the state has a certain margin of discretion and can decide on the actions taken which are of a unique nature.¹⁸

Of particular importance is the judgement in *S.A.S v. France* in which the French applicant considered the prohibition of wearing the niqab and the burqa a violation of her rights protected by the Convention. Under the Act of 2010, France banned covering the face in public places. The applicant based its action on the provisions of Articles 8, 9, 10, 11 and 14 of the Convention, emphasizing that the French ban is a violation of the Convention.

The judgement of the Grand Chamber paid special attention to the catalogue of values of an open, democratic society, which includes gender equality, respect for human dignity and respect for the minimum requirements of life in society,

¹⁶ Jim Murdoch, *Protection of the right to freedom of thought, conscience and religion under the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*, the Council of Europe, Strasbourg 2012, p. 36.

¹⁷ *Ahmet Arslan and Others v. Turkey*, judgement of 23 February 2013.

¹⁸ *Phull v. France*, decision of 11 January 2005.

living together. The Court referred to the latter requirement, stating that covering of the face creates a barrier to other people, and the face has a special role in social relations. The Court held that other people may not wish practices in the public space which are contrary to the open interpersonal relations. The Court referred to the concept of “living together” and the risk of violation of the rules in this regard. The state has a wide discretion as to the shape of the policy and, hence, the Court held that the French ban on wearing clothes covering the face in public space is not in breach of the European Convention.¹⁹

The Court also ruled in many cases related to wearing religious symbols in school and at university. In *Kurtulmus v. Turkey*, the Court emphasized that in the situation of the prohibition of wearing the Islamic headscarf by a university professor and civil servant, the state may impose restrictions, and dress rules apply to all employees of public institutions.²⁰ In this particular case, the decision was made on the applicant’s resignation from her position.

Also in a widely commented case *Leyla Sahin v. Turkey*, the Grand Chamber held that the ban on wearing the headscarf at university, in a light of the judgement of the Constitutional Court on headscarves being unconstitutional, does not constitute a breach of Article 9.²¹ Furthermore, the Court emphasized that wearing a headscarf may have an impact on other people who do not wear such clothes.

It is worth quoting the position of the Commissioner for Human Rights on the issue concerning the prohibition of wearing clothing indicating religious affiliation. The Commissioner stressed that the introduction of bans on clothing by legal action, even though it may be justified when it comes to the police, is not the right way. In some situations, the state should be neutral in this respect. Multiculturalism can manifest itself in diversity in clothing.²² In turn, in the Resolution of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe entitled “Islam, Islamism and Islamophobia in Europe,” it is emphasised that “the legal restrictions related to clothing may be justified where necessary in a democratic society.” Then, the Resolution notes that the introduction of a general prohibition of wearing the burqa and the niqab deprives women who wish to do so their right to cover the face.²³

¹⁹ *S.A.S. v. France*, ECHR 191 (2014).

²⁰ *Kurtulmus v. Turkey*, decision of 24 January 2006.

²¹ *Leyla Sahin v. Turkey*, judgement of 10 November 2005 (Grand Chamber).

²² *Viewpoint on Burqa and privacy*, 20 July 2011, in: *Human rights in Europe*, Thomas Hammarberg.

²³ PACE Resolution 1743 (2010).

Another problem is the issue which was accompanied by considerable controversy, concerning religious symbols in a state school.²⁴ In *Lautsi v. Italy*, the applicant alleged violation of Article 9 and Article 2 of Protocol No. 1 in connection with the displaying of the cross in a public school. The Court (Grand Chamber) decided, however, that this case falls within the margin of discretion which the state is allowed.

The Court strongly differentiates situations of manifesting religious beliefs in the workplace. And so, safety reasons in the workplace (clinic) always bring about restrictions on the wearing of religious signs (crosses), which resulted in finding non-infringement of Articles 9 and 14 of the Convention. In the case of a person employed by the British Airways, the Court found that the United Kingdom violated Article 9 due to the fact that other religious symbols were displayed in outfits of the employees.²⁵ Thus, referring to the judgement of the Court, the specific situational context of the case should be always taken into account.

The right to culture is also the linguistic rights in a wide scope. The Court upholds the wide margin of discretion of the states in terms of, among others, official language, language of documents, although the Court recognized the right to use the Kurdish record of a name.²⁶ In spite of the wide margin of discretion, the Court recognizes the right to correspondence of prisoners in their language²⁷ or to the exhibition of Kurdish art.²⁸

Rights relating to the language often occur in a political context, e.g. using the Kurdish language, or insufficient knowledge of the official language by the candidates in the parliamentary elections.²⁹

It should be emphasized that the rights to use a language are not directly protected by the Convention, unless related to specific situations associated with the use of language in court proceedings, record of names in Kurdish, prisoner's rights to correspondence in own language or the right to education. These rights are protected under Article 5 § 2, Article 6 §, Article 8, Article 10 and Articles 2 and 3 of Protocol No. 1. Article 14 was also invoked in the context of educational rights in court proceedings. In most situations, linguistic rights are clearly situated in a political, but also educational context. In this case, the request for the guarantee of the provision of education in the language which can be chosen by a party in accordance with her/his religious and philosophical beliefs was not con-

²⁴ *Lautsi v. Italy*, judgement of 18 March 2011 (Grand Chamber).

²⁵ *Eweida and Chaplin v. the United Kingdom*, judgement of 15 January 2013.

²⁶ *Güzel Erdagöz v. Turkey*, judgement of 21 October 2008.

²⁷ *Mehmet Nuri Ozen and Others v. Turkey*, judgement of 11 January 2011.

²⁸ *Ulusoy and Others v. Turkey*, judgement of 3 May 2007.

²⁹ *Podkolzina v. Latvia*, see also *Cultural rights in the case-law of the ECHR*, Council of Europe, 2011.

sidered by the Court, which is of the view that Article 2 of Protocol No. 1 does not apply to the choice of language.³⁰ Article 2 of Protocol No. 1, which is about the right to education and the right of parents to ensure education and teaching in conformity with their own religious, philosophical beliefs, refers – as emphasized by Marek Antoni Nowicki – rather to the right to freedom of education than social or cultural right to education.³¹ Of course, a clear boundary between educational and cultural rights cannot be introduced here. The Court classify as cultural rights cases in the field of linguistic rights, sex education, teaching ethics at school.

Judgements of the Court establish a fundamental limit in the relations school – parents. So the issue of construction of the curriculum and its implementation is the responsibility of the school and takes precedence over the parents' expectations.³² In cases involving the use of languages in education in Belgian schools, the Court stressed that "it cannot be concluded that the state has no positive obligations to ensure these rights, protected under Article 2 of Protocol No. 1. These rights are protected under this provision towards all who are in the jurisdiction of the state – Party to the Convention."³³

In the case concerning sex education and protest of the parents in this regard, the Court held that the parents cannot require from and impose on the school a specific curriculum. In the Court's opinion, education must be of an objective, critical and pluralistic nature.³⁴ In *Folgero and Others v. Norway*, the Court found that the introduction of the new curriculum of religion and philosophy, which assigned special importance to the Christian religion, violates the rights of parents who do not belong to the Christian community.³⁵ The Court recognized the right of individuals to non-disclose of religion and belief. In *Grzelak v. Poland*, the Court emphasized that the lack of access to the teaching of ethics in schools is a violation of freedom of religion and violates the prohibition of discrimination.³⁶ An individual cannot be compelled to disclose religion or belief in a democratic country.

Cultural rights include the right to the protection of cultural and natural heritage. The right to the protection of cultural heritage is most fully expressed

³⁰ See *Cultural rights in the case-law of the European Court of Human Rights*.

³¹ Marek Antoni Nowicki, *Around the European Convention*, Zakamycze 2002, p. 367.

³² *Sluijs v. Belgium*, judgement of 9 September 1992.

³³ *Case relating to certain aspect of the laws on the use of languages in education in Belgium*, judgement of 23 July 1968.

³⁴ *Kjeldsen, Busk, Madsen and Pedersen v. Danmark*, judgement of 7 December 1976.

³⁵ *Folgero and Others v. Norway*, judgement of 29 June 2007.

³⁶ *Grzelak v. Poland*, judgement of 15 June 2010.

in the Framework Convention on the Value of Cultural Heritage for Society, the so-called Faro Convention. Article 4 of the Convention provides that everyone has the right to benefit from the cultural heritage and contribute towards its enrichment. Also, everyone has the responsibility to respect the heritage, in the European dimension as well. Exercise of the right to cultural heritage may be subject to restrictions necessary in a democratic society for the protection of the public interest, the rights and freedoms of others.

Even though in its case-law the Court did not recognize the right to the protection of cultural heritage it repeatedly stressed that the protection of the national cultural heritage is the justification for expropriating a building by the state, recognized as a cultural object.³⁷ The Court also stressed that the protection of cultural heritage is not just a matter of quality of life, but also the preservation and protection of historical, artistic and cultural roots of the region and its inhabitants.³⁸ The judgements indicate violations of Article 1 of the Protocol, and therefore a violation of property rights. Within the meaning of the European Convention on Human Rights, cultural and natural heritage also refers to the protection of forests, seashores, state interference in the rights of an individual can be justified.³⁹

Particularly sensitive area is the right to seek historical truth. The case related to the denial concerning the Holocaust denial, in which the Court held that the content of the statement by Roger Garand – the applicant “is the negation of the Holocaust and is one of the most serious forms of racial discrimination of Jews and incitement to hatred against them,”⁴⁰ should be cited here. On the other hand, in *Lehideux and Isorni v. France*, the Court held that the text of the applicants written on behalf of the associations referring to the person of Marshal Pétain, which threatens his activities positively, omitting collaborating with the Nazis during World War II, is polemical, but is not of a negation nature.⁴¹ Thus, it was concluded that a violation of the applicants’ rights under Article 10 occurred. It is worth noting the Court’s position expressed in the statement that the same penalty, with the same boldness, cannot be used after 40 years.

The Court is of the opinion that any complaints based on the totalitarian doctrine will be deemed inadmissible, since their purpose may be to restore the

³⁷ *Kozacoglu v. Turkey*, judgement of 19 February 2009.

³⁸ *Beyler v. Italy*, judgement of 5 January 2000.

³⁹ See *Hamer v. Belgium*, judgement of 27 November 2007; *Depalle v. France*, judgement of 29 March 2010.

⁴⁰ *Garandy v. France*, decision of 24 June 2003; see also: *Hate speech*, European Court of Human Rights, July 2012.

⁴¹ See *Hate speech*, July 2012, European Court of Human Rights.

totalitarian system.⁴² The search for historical truth, especially in relation to access to documents, the vetting law in post-communist countries, is an extremely important area.

In *Szulc v. Poland*, which concerned access to documents of the Institute of National Remembrance, the Court held that Poland failed to fulfil its positive obligations under Article 8 § 1 of the Convention on the creation of access to information held by the security services.⁴³ In many judgements, the Court emphasized that the denial of historical facts cannot be regarded as research projects which will be protected by the Convention. The right to seek historical truth is a part of the right to freedom of expression protected under Article 10 of the Convention. Also, the right to academic freedom is guaranteed under Article 10 of the Convention. Violation of this right takes a variety of forms, from expressed criticism of an educational institution or other type of institution, to the forms of censoring lectures due to national security, or other forms of criticism which basically restrict academic freedom.⁴⁴

The European Court has set many standards for statements which are unconstitutional, offensive comments, abusing the law. Such example was the distribution of leaflets with slogans calling for hatred against the Muslims,⁴⁵ statements hostile to immigrants and ethnic groups⁴⁶ or anti-Semitic statements.⁴⁷

The question of whether the European Convention is the appropriate response to conflicts in the sphere of culture should be asked again. The fact how important the standards set by the European Court of Human Rights are is proven by the judgements cited here related to conflicts in different areas which concern culture. These conflicts are a reflection of the changes taking place in the world and in Europe in a more or less violent way. An interesting example are the 90nineties in Poland and other countries of East-Central Europe which brought liberation and new trends in art. Let's stay in the circle of Polish examples. Numerous exhibitions, such as by Katarzyna Kozyra, Grzegorz Kowalski and Artur Żmijewski, stimulate discussions which are dominated by political and religious topics. Critical art focuses on different images of the body, often presented in the context of religious symbols. Installations, films, posters evoke protests of the most conservative part of the society, not infrequently supported by the Church.

⁴² See *Hate speech, in the Refah (Welfare Party) and Others v. Turkey*.

⁴³ *Joanna Szulc v. Poland*, judgement of 13 November 2012.

⁴⁴ See *Sorguc v. Turkey*, judgement of 23 June 2009 and *Cox v. Turkey*, judgement of 20 May 2010.

⁴⁵ *Fevet v. Belgium*, judgement of 16 July 2009; *Worwood v. Great Britain*, decision of 16 November 2004.

⁴⁶ *Jersild v. Danmark*, judgement of 23 September 1994.

⁴⁷ *Pavel Ivanow v. Russia*, decision of 20 February 2007.

“Passion” by Dorota Nieznalska or “Pyramid” by Katarzyna Kozyra, “An eye for an eye” by A. Żmijewski, “Irreligia” by Adam Rzepecki, the picture of Virgin Mary with a moustache or Rainbow by Julita Wojcik caused numerous scandals and political interventions. People protested against the physicality, combining religious symbols or the alleged promotion of homosexuality. The judicial system, often engaged in this type of conflicts, was not prepared for new challenges in the arts.⁴⁸ Under the pressure of politics, it does not see the new symbolism of art. The case of Dorota Nieznalska and her struggles with the judicial system is the best proof. Installation entitled “Passion” was treated as an insult to religious feelings. The installing showed the cross with male genitals and film presenting a man in the gym. While sentencing Dorota Nieznalska, the District Court stressed public insult to the object of worship, and in addition, in conjunction with the title of the installation “Passion”, the Court explicitly associated it with the passion of Christ. Detailed considerations led the Court to the conclusion that the Author of the installation committed an act with direct intent. Finally, after many years, in 2009, Dorota Nieznalska was acquitted. It is worth noting that the Court found that participation in an art gallery means the possibility of contact with rebellious art. “Passion” by Nieznalska was compared to the painting by Felicien Rops, representing the trend of Symbolism in art, entitled “The Temptation of St. Anthony.” The painting was created in the late 19th century and then brought similar reactions.

Another example of a violation of freedom of expression and freedom of artistic expression was a protest of the right-wing circles against the staging of a play “Golgotha Picnic” by Rodrigo Garcia. Reading of the script organized in protest in various cities in Poland against the cancellation of the performance at the Malta Festival Poznań caused a great number of attacks against – as emphasized by the right-wing circles – the desecration of God. In a letter to the President of Poland, Bronisław Komorowski, defenders of the “Golgotha Picnic” emphasized that “without free culture there is no free country.” Many examples from the area of art, literature or science, which caused protests, led to the confiscation of publications, closing of exhibitions or removing of a theatre performance can be provided.

Violation of the freedom of expression of artists is a problem present in many fields of art. Freemuse (Freedom of Musical Expression) – an international organization that deals with the monitoring of violations of freedom of artistic expression of musicians and composers, stated that 2014 was “an awful year from

⁴⁸ See on this topic Karol Sienkiewicz, *Zatańczą ci, co drżeli, Polska Sztuka Krytyczna* [Those who've trembled will dance, Polish Critical Art], (Krakow – Warsaw: Katakter, 2014).

the point of view of artistic freedom.”⁴⁹ Artists pay with their life, long-term imprisonment, torture, censorship for controversial or blasphemous – in the opinion of governments – theatre performances, exhibitions, installations, satire etc. In every field of art, we observe violations of the freedom of artistic expression, which often takes the form of a very brutal suppression of criticism, even acts of terror, as it was in case of the satirists from Charlie Hebdo.

Is it possible to reconcile in the modern world, on the one hand, the increasing expansion of radical groups, and on the other hand, the need to push the limits in art, the use of freedom of expression which also includes a need to stir up a scandal, artistic provocation? The clash with rebellious art can lead to the attempt to censor it and introduce restrictions affecting the values which are brought by the European Convention on Human Rights.

As stated in the UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity on our continent, the Council of Europe, building standards for intercultural dialogue, created an institutional system with mechanisms for the monitoring of the Member States and a system of soft law and international treaties developing extremely dynamically. Human rights are a guarantee of respect for cultural diversity.⁵⁰ Is then the European Convention on Human Rights a sufficient response to the conflicts in the sphere of culture? Does it allow moving the limit of the freedom of speech and artistic expression? Does it ensure respect for cultural diversity? These questions have been repeatedly asked in numerous debates. “White Paper” of the Council of Europe on intercultural dialogue emphasizes the importance of human rights for the process of promotion of intercultural dialogue.⁵¹

Intercultural dialogue is understood as an open exchange of views between different groups and individuals characterized by various ethnic, cultural, religious, linguistic origins and cultural heritage in the spirit of respect and mutual understanding. The condition for a dialogue is respect for human rights, democracy and the rule of law. The need to maintain a fair balance in matters relating to intercultural dialogue, the guarantor of which are the standards of the European Court of Human Rights, as well as other institutions of the Council of Europe, for example, the European Commission against Racism and Intolerance, and the Advisory Committee of the Framework Convention for the Protection of National Minorities, is emphasized.

“White Paper” stresses the importance of a number of conventions, in particular the European Convention on Human Rights, which refers to a broad range

⁴⁹ Hyperallergic by Laura C. Mallonee on February 26, 2015.

⁵⁰ UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity.

⁵¹ White Paper on Intercultural Dialogue “Living together as equals in dignity,” Strasbourg, 7 May 2008, Council of Europe, www.coe.int.

of rights which can be used by an individual without discrimination. Of particular importance here is Protocol No. 12 which establishes a general prohibition of discrimination and Article 10 of the European Convention related to freedom of expression. This provision is regarded to be a *sine qua non* causation of the participation in intercultural dialogue. However, in certain situations, it is necessary to apply restrictions, especially when dealing with hate speech. Here, the European Court determines a limit in each individual case. It is no accident that “White Paper” invokes the case of *Handyside v. Great Britain*, where the Court stressed that freedom of expression can refer to statements which offend, shock or disturb. Pluralism and tolerance require this.⁵²

“White Paper” emphasizes that the prohibition of discrimination is the foundation for the protection of the individual. This prohibition is expressed the most strongly in Protocol No. 12 to the European Convention, but also in the European Social Charter, the European Convention on the legal status of migrant workers and the Framework Convention for the Protection of National Minorities.

Many debates at the forum of the Council of Europe, the essence of which is the role of culture in a diverse society, can be cited.⁵³ Their message is the statement that culture is to be a bridge integrating the society; culture is to be an area of creating communities, modifying their consciousness. Culture often creates a space of contesting the reality, destroying the established order. Culture is an area of creating our attitude to public affairs.

Answer to the question: How to ensure respect for cultural rights in a modern and diverse society should be searched for in education on human rights, civic education, a part of which should be the promotion of equality, engaging in and developing an intercultural dialogue and in the improvement of the legal instruments that set the framework for the functioning of the state in a dynamically changing world, which will be based on the principles of democracy and respect for human rights.

While speaking of cultural rights in the context of human rights, the creative role of the Council of Europe in building standards going beyond the framework of the Convention on Human Rights, even though closely related to it, cannot be overlooked. The Steering Committee for Human Rights (CDDH) developed a compilation of the existing standards on the principles of freedom of thought,

⁵² *Handyside v. Great Britain*, judgement of 7 December 1976.

⁵³ Living together: Combining diversity and freedom in 21st Century Europe Report of the Group of Eminent Persons of the Council of Europe (2011), www.coe.int.

expression and religion in the context of other human rights.⁵⁴ The aims and objectives of the Committee's work is to develop recommendations which will be presented to the Committee of Ministers, and then will be directed to the Member States, and their message is to strengthen the effectiveness of these standards in law and policy of the states.

This work creates a very special image of the processes taking place in the Council of Europe in relation to these important rights, inappropriate implementation of which causes many conflicts. The processes of establishing the standards, whose foundation is the case-law of the European Court, also show the dynamics of religious conflicts, freedom of expression in different activities of individuals, from the scientific, artistic sphere to often religious or sometimes seemingly religious sphere. The role of the state, which has to balance these conflicting interests, is thus emphasized.

An important consultative-advisory and preventive role is often performed by such institutions of the Council of Europe as the Venice Commission, the Advisory Committee of the Framework Convention for the Protection of National Minorities or the ECRI by establishing standards for religious holidays, conduct in this respect in prisons or opportunities to practice religion, recommending combating intolerance and discrimination against the Muslims, counteracting anti-Semitism etc.

The standards for hate speech resulting from the work of the ECRI, the Commissioner for Human Rights, the Committee of Ministers, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe and the European Court of Human Rights are very extensive. This is only a general indication of the directions of actions of some of the authorities of the Council of Europe.⁵⁵

4. DOES THE CONVENTION, IN ITS PRESENT FORM, SUFFICIENTLY PROTECT CULTURAL RIGHTS?

The question will be the subject of more than one debate.

It seems that the case-law of the European Court of Human Rights establishing the basic rules concerning such important issues as: the right to artistic expression, education, protection of heritage, search for historical truth, access to culture etc., provides cultural rights with protection to a very large degree. The case-law in this

⁵⁴ Compilation of Council of Europe standards relating to the principles of freedom of thought, conscience and religion and links to other human rights. CDDH – DC (2015) 02, 11 March 2015, www.coe.int.

⁵⁵ *Ibidem*.

area concerns very sensitive issues related to discrimination, hate speech. However, while establishing minimum standards of protection, the European Convention and the case-law define the desired course of action for the state, confronted many a time with religious and ethnic fanaticism, all sorts of extremism.

The European Convention contains a huge potential for the protection of the individual against the risks brought by the modern civilization. As a “living instrument,” the Convention and the case-law of the ECHR set new directions for thinking and shape the rules corresponding to the modern development of civilization.

While answering the question of whether the European Convention on Human Rights is – in its current form – a sufficient legal instrument to protect the rights of individuals confronted with modern threats, it is worth citing, for example, the debate which took place with regard to the protection of the rights of national minorities and the protection of individual rights in relation to the environment threats.

In the former case, the Committee on Legal Affairs and Human Rights of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe presented a Report on the introduction of the additional Protocol to the European Convention related to national minorities.⁵⁶ The need for the adoption of the Protocol arose as the result of a debate on insufficient protection of minority rights. Many countries of the Council of Europe have not joined the Framework Convention for the Protection of Minority Rights and the Charter of Languages. Due to the non-ratification of these instruments minorities are deprived of protection in the area of basic human rights. Also, Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights, as a result of non-accession of many countries, is not a universally recognized legal instrument. The work of the Parliamentary Assembly on the Additional Protocol began in 1992.⁵⁷ In 2001, another recommendation of the Parliamentary Assembly called for the adoption of the Additional Protocol.⁵⁸

In addition to the introduction of the definition of “national minorities,” the scope of the protection, and therefore whether it should be a formula of a wide general scope of protection or a list including the minimum rights of persons belonging to minorities, was discussed. Proposal of the rapporteur, György Frunda, boiled down to including in the future Protocol political rights, related to the language in private and public life, rights concerning taking decision on autonomy and cultural rights in the context of rights to maintain national identity. Cultural rights were to include many aspects related to literature, music, art, but also the use of the mother tongue with the use of the alphabet in the record of names in

⁵⁶ Committee on Legal Affairs and Human Rights PACE, AS/JUR (2011) 46.

⁵⁷ See PACE Recommendation 1177 (1992) on the rights of minorities.

⁵⁸ PACE Recommendation 1492 (2001) Rights of national minorities.

identity documents. The adoption of the Additional Protocol would strengthen the protection of minority rights by obtaining direct access to the European Court of Human Rights. According to the rapporteur, “this would be the only way to counteract discrimination against minorities.”⁵⁹

Debate on the draft Additional Protocol to the European Convention on Human Rights in relation to the environment proceeds similarly. Despite the existence of a well-established case-law of the European Court of Human Rights, the protection provided by the European Convention on Human Rights was of a “ricochet” nature. In the Recommendation (1885) 2009, the Parliamentary Assembly of the Council of Europe recommended the introduction of the Additional Protocol to the European Convention, which would include the right to a healthy environment.⁶⁰ In May 2010, the UNEP Executive Director appealed to the Committee of Ministers for the implementation of the Recommendations of the Parliamentary Assembly. The Committee of Ministers, however, rejected this proposal, at the same time pointing to the developed Guide to the environment and human rights,⁶¹ the aim of which is to promote case-law of the European Court of Human Rights. The European Court does not recognize the rights of the individual to the environment, but stresses that environmental degradation significantly restricts the rights contained in the Convention, and the Court’s position was presented explicitly in 2007 in *Hamer v. Belgium*, when the Court emphasized that “the environment, not being explicitly protected by the Convention, is a value in itself, in the interest of both the society and the public authorities, and the economic considerations, and even the property right, should not take precedence over the protection of the environment.”⁶²

Both cases and the debate on extending the scope of legal protection show significant similarity to the debate on cultural rights. However, the situation which the ECHR is in is not conducive to projects that would result in the adoption of an additional protocol. Also the number of incoming complaints and the ongoing reform of the Court are certainly factors limiting the debate in the Committee of Ministers on the subject. It is impossible not to notice the lack of political will among the Member States, resulting from concerns regarding the inflow of new complaints against the states. Leaving aside considerations associated with definitional issues, this argument was raised in case of the rights to the environment from the substantive point of view or the definition of the catalogue of rights of national minorities, or the definition of cultural rights, or the right to

⁵⁹ See item 75 of the Report AS/JUR (2011) 46.

⁶⁰ PACE Recommendations 1614 (2003).

⁶¹ *Guide to human rights and the environment*, Council of Europe Information Office, 2006.

⁶² See ECHR judgement of 27 November 2007 in *Hamer v. Belgium*: <http://hudoc.echr.coe.int>.

culture, it should be noted that any debates, including the incorporation of the Additional Protocol to the ECHR concerning cultural rights, at the present stage, will not be conclusive.

So the prospect for the future, with regard to the protection of cultural rights under the European Convention on Human Rights, is the enforcement of these rights within the existing legal order. Hence the study developed by the Steering Committee for Human Rights (CDDH), which will be the basis for the preparation of recommendations addressed to the Member States concerning effective application of the existing standards, seems the only possible way to create and strengthen standards for the protection of cultural rights in diverse societies of the Member States of the Council of Europe.

The practice of the prosecution of hate crimes in the light of the Guidelines of the General Prosecutor

At the beginning of 2014, the Prosecutor-General made an unequivocal public statement that hate crimes, including hate speech, are some of the most serious illegal acts which prosecutors have a special duty to prosecute. He announced that he would be monitoring proceedings into such acts, and verifying whether individual proceedings are conducted properly and with due diligence using all the available evidence. Paradoxically, his public stance was prompted by proceedings into insulting remarks made about the former foreign minister because of his wife's national and religious affiliation¹. On 26 February 2014, the Prosecutor-General issued guidelines on how to conduct hate crime proceedings (PG VII G 021/54/13), which on 27 October 2014 were followed by a handbook on the methodology of handling cases of hate crimes perpetrated via the Internet (PG I A 0021/1/14).

In this paper I will discuss the principles introduced by these two documents in terms of their conformity with the case law and legal doctrine. I will also take the example of the Warszawa-Śródmieście District Prosecutor's office to look at the actual possibilities of implementing them that are available to units tasked with conducting these kinds of proceedings. The fundamental issue that needs to be considered in this context is whether criminal law is the right tool to prosecute all hate acts, in particular all instances of hate speech; whether this tool is effective, and if not, what measures could be taken to better counter and prevent this negative social behaviour in the future.

I'd like to begin by defining the types of acts that represent 'hate crimes.' On the one hand, there is hate violence, which usually involves offences against life,

¹ W. Czuchnowski, *Seremet ma dość pobrażania i chce śledztwa ws. antysemickich wpisów znieważających Sikorskiego*, Wyborcza.pl, 8 February 2014, http://wyborcza.pl/1,75478,15420332,Seremet_ma_dosc_pobrażania_i_chce_sledztwa_ws__antysemickich.html [accessed: 20 October 2014].

health, or property, i.e. homicide, injuries, or breach of personal inviolability and destruction of property motivated by xenophobia, chauvinism, racism, transphobia, and homophobia or by belonging to any other minority. Unfortunately, the scale of these offences cannot be estimated, because no statistics on such offences are kept and the prosecutor often fails to consider an offender's motives.

Even though the Criminal Code identifies two offences involving the use of violence on xenophobic grounds, i.e. Article 119.1 (use of violence against a group of persons or a particular individual because of their national, ethnic, political or religious affiliation, or because of their lack of religious beliefs) and Article 257 of the Criminal Code (breach of personal inviolability because of the victim's national, ethnic, race or religious affiliation, or because of their lack of religious beliefs), statistical data concerning the number of acts falling under these two provisions do not show the actual extent of hate violence. On the one hand, both provisions use different verbs to describe the nature of the act: "makes an unlawful threat" in the case of Article 119.1 of the Criminal Code, and "insults" in the case of Article 257 of the Criminal Code that penalize hate speech. Thus, the overall statistics only show the number of registered offences in this category (only such statistics are kept) and fail to indicate how many instances of such behaviour manifested violence and how many represented hate speech. Second, when a specific behaviour violates someone's inviolability, such act (Articles 148, 156 or 157 of the Criminal Code, respectively) is usually not classified under Article 119.1 of the Criminal Code. The Criminal Code does not mention the offender's motives among the features of homicide, violation bodily inviolability, or destruction of property. Moreover, statistics do not record hate behaviour inspired by xenophobic motives other than specified in the above two provisions (i.e. on the grounds of homophobia, transphobia, hate for disabled people, ageism, etc.), as these do not represent features of any offence. Moreover, violent acts against bodily inviolability are usually prosecuted as private offences (pursuant to Article 217.1 of the Criminal Code, unlike offences committed under Article 257 of the Criminal Code, which are prosecutable *ex officio*).

Furthermore, although the case law of the European Court of Human Rights² obligates courts and prosecutor's offices to do so, they do not mention the offender's xenophobic motives in their decisions, and sometimes even fail to take evidence in order to establish whether the offence is a hate crime. The latter can be very difficult, if not impossible, because of the victim's attitude and the fact that certain questions cannot be asked out of respect for a person's right to privacy.

² Cf. judgment *Šečić v. Croatia* of 31 May 2007, No 40116/02; judgement *Abdu v. Bulgaria* of 11 March 2014, No 26827/08.

If someone assaulted MPs Grodzka or Biedroń, the transphobic or homophobic context would be easy to grasp. Racist context would also be quite obvious, if a black person became victim of violence. But the offender's xenophobic motives remain obscure in most cases that involve street offences or bar scuffles. For example, even if an investigator has a strong feeling that an event involved homophobia (e.g. a person fell victim to brutal homosexual rape conducted with the so-called tulip, or a glass bottle with jagged edges made by breaking off the bottom), he or she cannot question the victim about his sexual orientation, as this would intrude into his intimate sphere and could not be justified by the needs of criminal proceedings (the offender's motives have no bearing on the criminal law classification of an act). Unless this matter is raised by the victim (or the accused), it will not be possible to establish whether the injured party's sexual orientation was the factor that caused the offender to act and led to the injured party feeling of being victimised. I should also mention a large grey area of violence on account of discrimination against some social groups. For example, homosexuals or transsexuals who were victimized because of their sexual orientation or gender often choose not to report this violence out of fear of making this feature public and getting victimized twice. Instances of such violence are not reported by people with intellectual disabilities, who often don't know how to file a report or are unaware that a specific conduct constitutes violence and is prohibited.

Consequently, we have very few reported offences where violence was used against a person on grounds of his or her affiliation with a group discriminated against by the offender, and where this motive has been established. As Professor Lipowicz rightly pointed out in her address, there are relatively few offences in Poland against disabled people that can be linked to discrimination on the grounds of their disability. Likewise, we have seen few offences – compared with the overall number of offences committed in Poland – of using violence against people whose skin colour, ethnicity or religion is different from that of the offender. It appears (but please bear in mind that we have no statistics to prove it) that most offences involve the use of violence against homosexuals and transsexuals. Still, we are discussing only single incidents out of hundreds of thousands of cases filed with prosecutor's offices.

On the other hand, we have hate speech and we have to admit that their number is alarmingly high. Incidentally, we have at least some quantitative data for them because the Code provides for special classifications of certain motives of the offender, and this allows us to conduct monitoring and keep statistics. I am referring here to my previous point, namely threats (Article 119.1 of the Criminal Code) and insults on national, ethnic, racial or religious grounds, or because of lack of religious beliefs (Article 257 of the Criminal Code); and inciting hatred

on these grounds or promoting a totalitarian regime (Article 256 of the Criminal Code). In the case of these offences, the offender's motive is a feature of the offence, and must therefore be proved. Unfortunately, in the case of hate speech on other grounds (transphobia, homophobia, hatred for minority groups other than listed as features of offences prosecuted under Articles 119.1, 256 and 257 of the Criminal Code) is prosecuted – as in the case of hate violence against these groups – on the basis of articles which do not consider the offender's motivation to be a feature of the offence (e.g. Articles 190, 212 and 216 of the Criminal Code) and which are prosecuted as private offences in most cases (Articles 212 and 216 of the Criminal Code).

Hate speech is frequently reported to the Warszawa-Śródmieście Prosecutor's Office. The number of public assemblies during which intolerance or outright hatred are voiced is great; for example, the annual celebrations of 11 November, or counterdemonstrations during the equality parade. Virtually every football match played at the Legia stadium ends with the unfolding of banners or hate chants. Swastikas and other hate graffiti are painted on the walls in Warsaw. Most cultural events that take an unorthodox view of religion end with angry protest marches, a case in point being the play *Golgota Picnic* Dr Machińska talked about. On the other hand, such cultural performances trigger a wave of reports about offended religious feelings (Article 196 of the Criminal Code) inundating prosecutor's offices. Another example is the exhibition *British British Polish Polish: Art of Europe's Edges in the Long '90s and Today*, staged at Ujazdów Castle. At the time, the prosecutor's office received many reports from people who felt that the exhibition offends their religious feelings³, and a report about destroyed property filed by the museum after people who demonstrated against the event entered its premises and vandalized the exhibition⁴. Our prosecutor's office also receives reports from authors who claim that the lyrics of certain songs – e.g. *Małgoś* by the band Figot Fagot – offend specific national, ethnic or religious groups, or promote a totalitarian political system. However, most reports focus on hate speech on the Internet. We are dealing here with hundreds of reports monthly. Whereas proceedings concerning demonstrations or sports matches are quite often instituted without a report (e.g. based on a prosecutor's knowledge drawn from the media), we only prosecute those acts committed online which have been reported to us, in other words we don't bring charges based on our own knowledge. If it were

³ *Wystawa w CSW zgłoszona do prokuratury!*, wawalove, 31 October 2013, <http://wawalove.pl/Wystawa-w-CSW-zgloszona-do-prokuratury-a11677> [accessed: 20 October 2014].

⁴ *Kontrowersyjna wystawa oblana farbą*, Dziennik.pl, 14 November 2013, <http://wiadomosci.dziennik.pl/wydarzenia/artykuly/443191,atak-na-wystawe-w-centrum-sztuki-wspolczesnej.html> [accessed: 20 October 2013].

otherwise, we would do little else than browse the Internet and institute criminal proceedings for every word and picture that met the criteria laid down in Articles 119.1, 256.1 or 257 of the Criminal Code.

We should admit that prosecuting all the hate speech posted online is not feasible, even if we were to focus on the Polish-language content only. There is simply too much hate speech on the Internet; there are thousands, if not millions, hate statements made about people of different colour, different beliefs, different religion, who like different food, who look different and whom the writers view as opponents for any reason whatsoever. Indeed, the problem goes beyond hate comments about minorities. This is evident from a large number of reports concerning acts persecuted as private offences such as slander or insults disseminated on the Internet, as well as charges about these kinds of statements brought under Article 488 of the Code of Criminal Procedure, where the victims are natural (public and private) and legal persons who are offended by name without any reference to their affiliation with a minority. If we compare the number of these reports and charges with the number of hate speech offences that fall under Articles 119.1, 256.1 and 257 of the Criminal Code, we will see that the latter are less numerous than the situations where one person offends another person only because the former doesn't like the latter.

It's worth giving some thought to the reasons behind this situation. Why is the Internet so full of hatred and vulgarity? Personally I believe that people simply use the Internet as a place to comment about anything and anybody, including (or perhaps chiefly) whatever and whomever they don't like. The Internet has channelled our frustration. It is very easy to vent your anger, aggression, helplessness and annoyance with any person you have a grudge against – whether real or imaginary there. I suppose everyone could find a disparaging post about himself or herself – it's only a matter of looking long enough. Drawn by its anonymity and impunity, Internet users speak foul or offensive language, and express strong and negative emotions without thinking how the reader and, most importantly, the person who is the object of the comment might interpret and feel about it. It would be pertinent to quote here Berenika Anders, organizer of workshops against verbal abuse that were held in Poland as part of the Council of Europe's "No Hate" youth campaign. As she rightly says, the Internet "creates a sense of anonymity which facilitates communication. In a normal conversation you deal with a living person, you can see his or her face and expression. It's more difficult to offend someone when you look into their eyes. On the web, you just have a dry message; you don't see the reaction of the person you're targeting with hateful messages. And you have more time to elaborate your libellous messages. Another thing is that the Internet does not create role-models. A President that fills you

with respect when met face-to-face can be called by his first name online, like your old chap. And since it is possible to write this, just anything can be written.”⁵

The question that still needs to be answered is this: should we really prosecute all such comments? When it comes to the Internet, the answer is simple and sad in equal measure – you can’t possibly come to grips with it, considering the number of online hate messages, the pace at which new ones are added, the ease of posting them, including from foreign servers or by hiding the source, and the ensuing practical difficulty of establishing the real offender. This poses a problem whether the Criminal Code and criminal proceedings are indeed the right tools for prosecuting all of the hate speech posted on the Web. On the one hand, we are bound by the principle of legalism, which means that we are under a statutory obligation to initiate criminal proceedings every time there are good grounds to believe that an offence has been committed. On the other hand, we lack the effective tools to enforce it.

Having read the guidelines of the Prosecutor-General and the methodology of handling hate speech on the Internet, I cannot but think that by focusing on these types of offences we neglect the biggest threat, which is hate violence and we waste our limited time, human, financial and technical resources, which should be used to prosecute the latter category of offences. I know that words can sometimes hurt more than deeds. But the deeds are much more dangerous offences, infringing on some of the most important rights, such as the right to life, health and a sense of security. On the other hand, there is no evidence to suggest that more hate speech leads to more hate violence. Research shows that there is hate speech has increased in the public sphere. The public has also grown increasingly tolerant of hate speech⁶. Yet, no research indicates that words turn into actions. An attitude has three components: cognitive, emotional, and behavioural⁷. There is no evidence to suggest that the people who post hate comments online move on to the behavioural stage and actually assault the members of a group they hate.

Naturally, the impact of words spoken by people wielding authority is different. There is a real risk that the audience of a TV station, politician, priest or other figure with moral authority will respond to their appeal to act against a certain person or group. This is evident when we look at different public events (e.g. demonstrations marking 11 November or protests against *Golgotha Picnic*),

⁵ A. Karwowska, *Mamy w internecie prawicową i lewicową mowę nienawiści. Prawica szczyje na kobiety, imigrantów, homoseksualistów i cudzoziemców, lewica na katolików. Obie grupy są coraz bardziej radykalne*, Metro, 25 September 2014, http://metro.gazeta.pl/Wydarzenia/1,133290,16706346,Mamy_w_internecie_prawicowa_i_lewicowa_mowe_nienawisci_.html [accessed: 20 October 2014].

⁶ M. Bilewicz et al., *Mowa nienawiści. Raport z badań sondażowych*, Warsaw, 2014, p. 4 and ff.

⁷ E. Aronson et al., *Psychologia społeczna*, Poznan, 2006, p. 180.

at which crowds rallied by their hateful leaders (whose speeches sometimes fall under Article 255 of the Criminal Code), present or acting via radio and television, resort to very aggressive behaviour⁸. The latter cases should no doubt be prosecuted. Yet this does not make any less urgent the question of whether by focusing too much on prosecuting single cases of anonymous online hate speech we lose too much effort and technical resources spent by the prosecution and police on behaviour that is socially the least dangerous of all hate-based offences. In addition, it should be noted that the prosecution of hate speech, especially on the Internet, is for the most part simply ineffective on three grounds: legal, organizational and purely human.

1. LEGAL PROBLEMS WITH PROSECUTION OF HATE SPEECH

a) features of forbidden acts

The first fundamental legal problem with prosecuting hate speech offenses within the meaning of Articles 119(1), 256 and 257 of the Criminal Code concerns the features of these illegal acts. It's fair to say that the wording of these Criminal Code provisions does not correspond in large measure to reality, especially the virtual reality. The Prosecutor-General's Guidelines of February 2014 were also meant to help prosecutors to interpret these provisions. Unfortunately, the text in question offers practically no help in interpretation, and some of its passages are inconsistent with the case law, legal doctrine and actual possibilities of collecting evidence.

For example, the Guidelines provide no definitions of the terms "inciting hatred" or "promoting" as used in Article 256.1 of the Criminal Code. In the context of this feature, the Guidelines only refer to the word "public," saying that the feature is also met when "a text, sign or symbol of this kind is made in secret and placed in the public sphere, in particular on the Internet or at a public place." The problem lies in defining what is meant by "of this kind," that is "inciting hatred" or "promoting" a totalitarian regime. Reading documents produced by prosecutor's offices that oversee proceedings into hate crimes one may get the impression that they consider the feature of "inciting" or "promoting" to be present each time a fascist, anti-Semitic or racist symbol is evoked. But this is not the case.

⁸ Cf. *Bp Mering o sprzeciwie wobec bluźnierstwa: „Nie możemy być tchórzliwi. Musimy mieć na tyle odwagi, by jednoznacznie wyrazić swój sprzeciw”*, wPolityce.pl, 21 June 2014, <http://wpolityce.pl/kosciol/201692-bp-mering-o-sprzeciwie-wobec-bluznierstwa-nie-mozemy-byc-tchorzliwi-musimy-miec-na-tyle-odwagi-by-jednoznacznie-wyrazic-swoj-sprzeciw> [accessed: 28 November 2014].

A text or symbol is to be used in such a way as to convey the message that the author applauds a given ideology and encourages others to embrace it.

One example of misinterpreting the meaning of such symbol is a case registered by the Warszawa-Śródmieście Prosecutor's Office. A monitoring of proceedings into hate crimes by the said office led to a negative assessment of the fact that proceedings into the case which allegedly promoted fascism were discontinued. The reported case involved a banner carried during a Law and Order rally on the anniversary of the imposition of martial law. The banner showed a Nazi swastika and eagle placed on an EU flag (a purple flag with a star). The inscription on the banner read: "We don't want a German European Union"⁹. The police officer who decided not to pursue the case on the grounds that it did not promote fascism, argued that placing Nazi symbols next to such texts, instead of promoting Nazism, criticised the European Union and compared its current actions to those of the Nazis, of which the demonstrators disapprove. As the police officer rightly noted, the very context of the demonstration and the overall perception of the banner made it clear that the association with Nazism, which the authors of the banner and demonstrators intended to evoke, was supposed to convey their opposition to these ideas. Hence, the decision by the prosecutor who carried out the review to consider the policeman's decision and its reasons groundless and to consider that the presentation of a swastika fulfilled the features of an offence under Article 256.1 of the Criminal Code is totally inexplicable.

A report filed with a prosecutor's office outside Warsaw is another example of misinterpreting the swastika. The case involved a graffiti depicting a swastika hanging from the gallows. According to a report of the alleged crime, the symbol promoted fascism, but the prosecutor found no features of an offence in the graffiti to warrant initiation of proceedings. The supervisory prosecutor's office found that the decision was wrong and that the drawing did promote fascism, which is quite embarrassing given the fact that the drawing was made by Polish underground soldiers fighting German occupiers during WWII. It was created in the spring of 1942 by an anonymous scout of the Organisation of Minor Sabotage (Wawer), and was designed to symbolise Poles' resistance to Nazism and their willingness to eradicate Hitlerism¹⁰.

The above examples show that it defies logic to assert that each and every symbol or text relating to Nazism, racism or any other xenophobia must necessarily

⁹ *Flagi UE ze swastyką na marszu PiS? Hartman: "Piramidalność bredni, pogarda dla ofiar Hitlera..."*, Gazeta.pl, no date, <http://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/51,114871,15142397.html?i=1> [accessed 20 October 2014].

¹⁰ <http://www.polskaniezwykla.pl/web/place/2823,warszawa-rysunek-szubienicy-ze-swastyka.html> [accessed 20 October 2014].

incite hatred or promote a totalitarian regime. Moreover, it is also inconsistent with the case law, which makes it absolutely clear that the feature of inciting hatred or promoting a totalitarian regime is not met every time such texts and symbols appear in the public sphere. In its resolution of 28 March 2002 (file no. I KZP 5/02) the Supreme Court unequivocally held that within the meaning of Article 256.1 of the Criminal Code, promotion means any public presentation of a Nazi or other totalitarian political system the aim of which is to convince others to believe in it. Consequently, it is not enough to present such content; it is also necessary to show the intent of the offender, who believes in the justness of his or her message and wants to convince others to believe in it. The Supreme Court quite rightly based its reasoning on a grammatical interpretation of the word “to promote,” which most dictionaries define “as to disseminate, spread something, including a view, so as to bring somebody round to it.” On the other hand, the Supreme Court reviewed the relatively consistent doctrine on this matter, pointing to such aspects of this term being emphasized by most authors as supporting a given political system, lobbying for its introduction, highlighting its strengths and glossing over its weaknesses¹¹. At the same time, the Supreme Court rightly noted that promotion within the meaning of Article 256.1 of the Criminal Code does not occur when the principles of that political system are presented with the sole purpose of manifesting personal beliefs without convincing anyone.¹² The judgement in question is noteworthy because it was issued in the wake of proceedings involving young people who performed the Nazi salute in a discotheque decorated with Nazi flags. Obviously, the Supreme Court did not interpret this event in terms of the presence of features under Article 256.1 of the Criminal Code, as this is up to the court examining the case on its merits. However, the Supreme Court did conclude that a public showing of symbols of a totalitarian state, or the performance of specific gestures that can be identified with a totalitarian regime, can be regarded as a promotion of such regime in so far as these actions were performed in public with the direct intention of convincing people to believe in this regime.

The Constitutional Court upheld this line of reasoning in its judgement of 19 July 2011 (Journal of Laws of 2011, No 160, item 964). The Constitutional Court held that Article 256.2 of the Criminal Code is unconstitutional in the part that penalizes the production, recording, import, purchase, storage, possession, presentation, transport or sending of printed matter, recordings or objects featuring fascist, communist or other totalitarian imagery for the purpose of their

¹¹ A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna*, vol. 2, Krakow, 1999, p. 915.

¹² M. Flemming, W. Kutzmann, *Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu*, Warsaw, 1999, p. 66.

dissemination. At the same time, the Constitutional Court ruled that the penalisation of identical actions whose content promotes a totalitarian regime or incites hatred on the grounds of nationality, ethnicity, race, religious belief or the lack of religious beliefs is constitutional. Thus, the Constitutional Court decided that a negative message of totalitarian symbols without the intention of using them to promote a given regime does not justify penal sanctions, since such message is not a proportional interference in the freedom of speech. Paradoxically, the Constitutional Court observed that rushing into criminal proceedings in such cases may be risky, because “ besides representing an unnecessary interference in the individual’s rights, such proceedings could produce a chilling effect on the public debate, and possibly also play into the hands of extreme political groups that seek to exploit state repression as energy to recruit new followers.” Moreover, according to the Constitutional Court, to the extent that it “criminalizes the production, recording, import, purchase, storage, possession, presentation, transport or sending of printed matter, recordings or other objects featuring totalitarian imagery for the purpose of their dissemination, Article 256.2 of the Criminal Code does not fulfil the criteria of definiteness that criminal provisions must meet – its structure is imprecise, unclear and incorrect,” which leads into “a precarious legal situation of people who, for different reasons, want to use symbols that may be considered totalitarian.”

In justifying its decision, the Constitutional Court invoked the European Court of Human Rights judgement of 8 July 2008 in the case *Vajnai v. Hungary* (application No 33629/06). In it the European Court ruled that sentencing a politician for addressing a legal and peaceful assembly while wearing a five-pointed star¹³ violated Article 10 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (freedom of speech). According to the European Court of Human Rights, there is no evidence to suggest that presenting a red star is tantamount to advocating totalitarian ideas, or that it is offensive or shocking. Consequently, penalizing the presentation of this symbol is too broad in scope and unjustified in a democratic state based on the rule of law. Moreover, the European Court underscored that criminal law cannot curtail freedom of speech solely out of an abstract fear that such symbol promotes a totalitarian regime, not least because the provision of the Hungarian Criminal Code which penalizes the presentation of the red star does not contain the feature of promoting a totalitarian regime with that symbol. Hence, the European Court of Human

¹³ Under Article 265/B of the Hungarian Criminal Code, it is prohibited to disseminate, use in public, or exhibit a swastika, an SS-badge, an arrow-cross (symbol of the Hungarian fascist movement), a symbol of the sickle and hammer, a red five-pointed star, or a symbol depicting any of them.

Rights concluded – as did Poland’s Supreme and Constitutional Courts – that the offender’s intention to promote a reprehensible regime, rather than the mere fact of presenting the regime’s symbol without wanting to encourage the audience to embrace it warrants its prohibition.

The offender’s intent is also important when interpreting the other feature of the act laid down in Article 256.1 of the Criminal Code, i.e. the verbal phrase “incite hatred.” The Supreme Court defined this expression in its decision of 5 February 2007 (file No IV KK 406/06), pointing out that it boils down to statements that stir up strong dislike, anger, lack of acceptance or even hostility vis-à-vis specific people or social and religious groups, or statements which – by virtue of their form – sustain and intensify such negative attitudes, thereby highlighting the privileged position and superiority of a given nation, ethnic group, race or religion. Referring to this feature, the Supreme Court also rightly confirmed that the offence in question is intentional and can only be committed with the direct intent of a special nature, or with a concrete intent (*dolus directus coloratus*). So the features of Article 256.1 of the Criminal Code are not fulfilled when hate content is only propagated, without the intention to bring recipients round to it. The facts of the case in question are also relevant when the above examples are to be assessed correctly, as the crux of the matter was a banner reading “We will rid Poland of Euro-traitors, Jews, Masons and government mafia,” which was carried during the demonstration. The courts of all instances found that it was only a manifestation of beliefs of the accused. They pointed to the verb phrase “will rid,” which did not use the element “let’s,” thus suggesting that the accused harboured no intent of persuading or encouraging anyone to adopt this view. When appealing against the defendant’s acquittal, the prosecutor argued that the intent of the accused should be assessed based on objective circumstances of the case, including negative ant-Semitic associations. Neither the court of the second instance, nor the Supreme Court shared this opinion. They did point out that the beliefs of the accused are reprehensible from the point of view of the principles of social coexistence and the enjoyment of the rights and freedoms, and that the form in which such beliefs are presented is offensive, but added that this does not mean that each instance of one’s views, feelings or attitudes being expressed in a generally unacceptable way should be penalised.

The Supreme Court referred to the definition of this feature also in its decision of 1 September 2011 (file No V KK 98/11). It said there that “inciting hatred” means that the offender should be bent on stirring up third persons’ hatred against a certain nationality, ethnic group or race. The willingness to inspire disapproval, antipathy, prejudice and aversion is not enough. The offender must want to arouse the strongest negative emotion in recipients. The Supreme Court

reaffirmed that making one's view publicly known, even if such view is socially unacceptable, is not enough to fulfil this feature.

The Constitutional Court adopted a similar explanation of the term "inciting hatred" in its judgement of 25 February 2014 (file No SK65/12), pointing to the legal doctrine where the term is usually taken to mean persuade, encourage, induce, instigate, urge and abet someone to strongly dislike or hate someone else, resulting in conflicts between population groups¹⁴. In order for the feature "inciting hatred" to be fulfilled, the offender has to try to evoke the feeling of hatred towards the people specified in the provision in others.¹⁵ If there is no such purpose, hate slogans alone are not enough to qualify such act as an offence.

The Constitutional Court referred to the grounds of the judgement of 19 April 2010 (file No II K 245/09) issued by the District Court of Świdnica which stated that in order for the "inciting hatred" feature to apply, the offender has to demonstrate that his or her objective was to influence the way third persons think, rather than to give vent to a specific belief, outrageous though it may be. The analysis of statements made by the accused on message boards has revealed no verb phrases intended to incite or stir hatred on account of religious diversity. According to the Court, such comments as "to fight the Jews you need to watch them and fight them with their own weapons"; "Poland needs Lepper to solve the problem of Jews, just as Putin did in Russia"; "we say 'begone!' to the Jews" cannot be put on a par with stirring up or inciting hatred on the grounds of religious diversity. (...) Grossly unacceptable as all of the above assertions may be to the public ear, they were formulated in specific contexts of message board discussions, and it is widely known that their participants represent different backgrounds; it is not infrequent for forum visitors to offend other interlocutors, use obscene and vulgar language, and sometimes call one another names. According to the Court, during said exchanges the accused only manifested his personal views, which he was entitled to do under freedom of expression; his comments – featuring beliefs the adjudicating Court of this instance does not accept – did not, in the Court's opinion, constitute incitement to hatred on religious grounds. The offence under Article 256 [of the Criminal Code] is intentional and can only be committed with the direct intent of a special nature, or with a concrete intent; the Court can see no such intention on the part of the accused in his posts on message boards."

¹⁴ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warsaw, 2010, p. 553; M. Mozgawa (ed.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa, 2013, p. 594; E. Pływaczewski, A. Sakowicz, *Komentarz do artykułów 222-316*, in: A. Wąsek, R. Zawłocki (eds.), *Kodeks karny. Część szczególna*, Volume 2, Warsaw, 2010, p. 489.

¹⁵ Z. Cwiakalski, *Komentarz do art. 117-277 k.k.*, in: A. Zoll (ed.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz Lex*, Volume 2, Warsaw, 2013, pp. 1382-1383.

In considering the prosecutor's appeal against the above judgement, in its judgement of 8 September 2010 (file No IV Ka 505/10) the Regional Court of Świdnica called the prosecutor's attention to his erroneous understanding of the phrase "anti-Semitic statement," which the author of the indictment and appeal would each time equate with the insult and incitement to hatred. The court did not endorse such sweeping interpretation, indicating that not all anti-Semitic statements (i.e. the ones showing a different degree of aversion towards Jews, Jewish people or the followers of Judaism) fulfil the feature of insult or incitement to hatred; rather, it is necessary to identify the offender's intent and evaluate it in terms of freedom of speech.

The Constitutional Court agreed with those arguments. It underscored that freedom of speech – though not absolute – also protects statements expressing disapproval, aversion, prejudices and antipathy; and any measures to curtail it must comply with Article 10 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms¹⁶. The offence sanctioned in Article 256.1 of the Criminal Code does meet these requirements, but because it uses vague terms, though consistently interpreted in the legal doctrine and case law, it must be interpreted narrowly.

The above judgements make it clear that it is not possible to interpret correctly whether the feature expressed in the verb phrase of Article 256.1 of the Criminal Code did occur unless the offender's intent is assessed. And this is another point where the Prosecutor-General's guidelines don't make work of prosecutors conducting such proceedings easier; on the contrary – they lead them astray.

When pointing to the need to precisely and authoritatively establish the offender's intent, the Prosecutor-General cautioned against drawing solely on the explanation furnished by the accused. In the Prosecutor-General's view, in determining the intent one needs to account for the objective side of the act, especially the way in which the offender acted. However, this approach is mistaken because it mixes up different sides of a prohibited act. As the judgements quoted above make it quite clear, it is not admissible to assert that an offender intended to incite hatred, promote a totalitarian regime or even insult on the sole grounds of the objective fact that a symbol or text was placed in the public sphere, and even less so by relying on other persons' assessment of such behaviour. That's because the interpretation of someone's conduct and words is usually tinged with the interpreter's own beliefs, values and outlook, which do not have to match those of the

¹⁶ European Court of Human Rights judgement of 7 December 1976 in the case *Handyside v. the United Kingdom* (application No 5493/72).

offender. Even if a causal interpretation of certain events seems self-evident to us, the reality may be quite different.

Take the story of burning down the rainbow installation in Warsaw's Saviour's Square. The message driven home by nearly all the media is that the rainbow symbolizes sexual minorities, and each instance of its destruction is a manifestation of intolerance towards these minorities¹⁷. As an aside, after the rainbow was set on fire on 11 November 2013, the Warszawa-Śródmieście Prosecutor's Office received a report that the act hurt the religious feelings of its author, who was a practising Catholic and viewed the rainbow as a symbol of God's covenant with Noah. The last three arson attacks on the rainbow installation had no ideological motives and were committed under the influence of alcohol; I'd say out of boredom or misconceived courage: "if anyone can set the rainbow on fire, why can't I?" One of the arsonists was so drunk that he couldn't recall his act, and once he had sobered up he said he had nothing against homosexuals, as he had tended bar at a gay club and had positive experience with members of this minority. The last arson was committed by two drunken CEOs of a very well-known company, one of whom bet the other that he would set the rainbow on fire. The former won the bet, but once the rainbow had caught fire, the two of them got so scared that they rushed to put out the fire themselves.

If we were to apply the Guidelines to both cases and try to establish the offenders' intent based on objective premises, we would have to conclude that each instance represented a hate crime, and the rainbow installation was destroyed out of homophobic motives, which is clearly wrong. It would seem that the rainbow installation has come to symbolize any idea, from the LGBTQ movement and broadly defined tolerance, through communism, entrepreneurship and community, and ending with Christianity. The focus of media attention has shifted from asking why it was burnt down to when it will be set on fire again, and how this will be rewarded¹⁸. By way of another digression, the Warszawa-Śródmieście District Prosecutor's Office also investigated the famous case of offering whisky for setting the rainbow alight. The proceedings were discontinued owing to the lack of features of a prohibited act, and specifically due to the lack of intent on the

¹⁷ J. Noch, *Spalili tęczę na Placu Zbawiciela, bo myśleli, że postawili ją geje? "Zniszczyłeś, nieuku, znak Przymierza"*, na: temat, no date, <http://natemat.pl/35263,spalili-tecze-na-placu-zbawiciela-bo-mysleli-ze-postawili-ja-geje-zniszczyles-nieuku-znak-przymierza> [accessed: 21 October 2014]; M. Pieńkowski, *Chcę bronić tęczy własnym ciałem. "11 listopada stańmy murem"*, rp.pl, 7 October 2014, <http://www.rp.pl/artukul/1147164.html> [accessed: 21 October 2014].

¹⁸ *Kato-faszyzm oferuje butelkę wódki za podpalenie*, Gazeta.pl, 8 August 2014, http://forum.gazeta.pl/forum/w,95165,152582995,152629657,Kato_faszyzm_oferuje_butelke_wodki_za_podpalenie.html; *Kiedy spłonie tęcza na Pl. Zbawiciela?*, wawalove.pl, 28 April 2014, <http://wawalove.pl/Kiedy-splonie-Tecz-na-pl-Zbawiciela-a13991> [accessed: 21 October 2014].

part of the offender. As she explained, her post reflected her personal views on the rainbow and was a pun, but that she certainly did not want to incite anybody to committing an offense.

Contrary to what the Prosecutor-General said, I can find no evidence other than the suspect's own explanations that would lead to determining the offender's intent. The offender's purpose cannot be rightly identified based on any external circumstances, methods of action, content of statements or messages conveyed by symbols. And in criminal law we can't afford to make any mistakes here or indulge in broad interpretation. Take another example – the painting of a swastika graffiti on a wall. A citizen of one of Poland's eastern neighbours who was caught red-handed claimed that the symbol he had drawn was neither a swastika nor a Hindu symbol of happiness, but the emblem of a galaxy where a different civilization had flourished. He said he had found the symbol on the internet and copied it onto the wall because he believed in this civilization and wanted to spread the word about it among earthlings. He also explained the difference between his graffiti and the swastika to the police officers, pointing to the elements that Hitler had distorted in adapting the Hindu symbol for his purposes. This story may not be convincing to all, but that's not enough to assert that the man was promoting fascism.

In the now famous decision to discontinue proceedings by the Bialystok Appellate Court, the prosecutor noted that the swastika is, among other things, a Hindu symbol of happiness. The prosecutor was right in his facts, as this is where this symbol comes from. I don't know what motivated the offender, proceedings against whom were discontinued in Bialystok, but the prosecutor certainly had the right – and even duty – to reflect on the offender's possible motives; this explains the sentence about such meaning of the symbol in a justification that was a dozen or so pages strong. A sentence that the media took out of context to prop up their false claim that the prosecutor could not grasp the obvious fact that each swastika stood for Nazi ideology. But let me repeat that this claim is unfounded. You can find lots of symbols on the Internet which are visually evocative of the swastika¹⁹, each of them having a completely different meaning. Those who take it for granted that each swastika is a Hitlerite swastika promoting fascism are guilty of overinterpretation, which is unacceptable in criminal law. Yet the Prosecutor-General seems to have forgotten this.

Equally negative should be the assessment of the guidance which a superior prosecutor's office issued with respect to proceedings pending before the War-

¹⁹ See photos in the comments section at <http://www.wykop.pl/link/2181448/prokurator-ktory-odmowil-sledztwa-ws-swastyki-uniewinniony/> [accessed: 28 November 2014].

szawa-Śródmieście District Prosecutor's Office in the case of *Matgoś*, a song by the Figot Fagot band. The group members testified that they wrote the song in a satirical key, and did not intend to incite hatred against the Roma, but rather make listeners aware of their own prejudice. However, the superior prosecutor's office criticized the discontinuation, arguing that the offenders' intent should be appraised by looking at the way the song was understood by its listeners, which necessitated reading all comments (several hundred of them!) about the song posted online. Clearly, this reasoning is based on a flawed assumption. Even if the listeners understood the lyrics literally and vented their hatred against the Roma in online posts, this says nothing about the motives of the song's authors and performers. The offense under Article 256.1 of the Criminal Code does not sanction the fact of stirring up hatred (a circumstance that is irrelevant in terms of features, as the offence in question is a formal one), but the incitement to hatred, i.e. taking actions for the purpose of stirring it up. By applying the basic principles of sentential logic you realize that the fact that a text stirred up hatred gives you no grounds for concluding that the person who produced that text intended to bring about such effect in the first place.

The guidelines contain one more important and controversial passage about the features of hate crime. According to the Prosecutor-General, it is irrelevant for the offence under Article 257 of the Criminal Code whether the offender really considers the entity being insulted as belonging to a given national, ethnic, racial or religious group, "provided that the offender insults such entity on account of its alleged affiliation with that group."

Let me start by saying that this sentence is logically contradictory: if the offender views an entity as not belonging to a certain group, he or she cannot offend it on the grounds of its affiliation with such group. The offender can be wrong and offend a victim in the belief that he or she belongs to a given group. In such a case we are dealing with the insult on account of alleged affiliation (which can be considered in the context of a possible liability for a failed attempt under Article 257 of the Criminal Code). Another possibility is that the offender is aware that the victim is not a member of a specific group, but wants to offend him or her by using vulgar language to refer to the group the offender hates or despises. What is key here is not the victim's affiliation with a minority, but rather the offender's belief that such words will be especially offensive. An example drawn from my own experience could be the word "fag," which brought my five-year-old daughter to tears when a boy called her that in the courtyard. He no doubt wanted to offend her, but you cannot claim that his conduct was motivated by homophobia and that my daughter felt hurt on account of her affiliation with a male sexual minority. Both to her and the boy it was simply a bad and offensive word. You

cannot maintain that hurling abuse with homosexual undertones on a heterosexual person represents an insult on account of that person's alleged affiliation with a sexual minority. By the same token, you cannot claim that invectives used with respect to Jewish people will offend a Catholic because of his or her religion, or that invectives referring to black people are racially motivated when used against a white person. This kind of behaviour is blameworthy because it's saying vulgar things about another person, not because of intolerance or discrimination against minorities. Consequently, this radically changes the interest protected by law, and should lead to a different classification of the act (i.e. Article 216.1 of the Criminal Code).

The legal doctrine and case law agree that in order for the features of the act under Article 257 of the Criminal Code to be fulfilled, with respect to both insult and breach of personal inviolability, the offender's intent must be closely linked to the cause, the latter being national, ethnic, racial and religious affiliation, or the victim's lack of religious beliefs²⁰. When no such affiliation exists, the charge under this provision cannot be brought, even if the offender's conduct meets the features of insult pursuant to Article 216.1 of the Criminal Code or of breach of personal inviolability in accordance with Article 217.1 of the Criminal Code. The statute clearly narrows down the performed action's object to a group of people or a person affiliated with a nation, ethnic group, race, religion or non-religious group the offender wants to offend²¹. Article 119.1 of the Criminal Code²² should be interpreted in a similar way – in the event that a victim does not belong to a specific minority, the offender's conduct should not be classified under this provision, but rather pursuant to Article 190.1 of the Criminal Code in the case of threats, or the relevant offences of breach of personal inviolability, and bodily harm in the case of violence.

In light of the above considerations, it is difficult to understand the discussion stirred by the case of the so-called anti-Semitic attacks against Radosław Sikorski, who as is widely known is neither of Jewish nationality nor religion. Notwithstanding the reprehensible nature of statements investigated by these proceedings, at least some of which are clear examples of incitement to hatred²³, and leaving aside

²⁰ Judgement of the Wrocław Court of Appeals of 7 March 2013 (file No II AKa 398/12); K. Karsznicki, *Przestępstwa popełniane z pobudek rasistowskich lub ksenofobicznych*, Prokuratura i Prawo, 2012, No 2, p. 25.

²¹ R. Stefański, *Przestępstwo publicznego znieważania grupy ludności lub osoby z powodu dyskryminacyjnego (art. 257 k.k.)*, Prokuratura i Prawo, 2006, No 6, p. 24-37.

²² Judgement of the Lublin Court of Appeals of 27 November 2003 (file No II AKa 338/01).

²³ W. Czuchnowski, *Antysemickie ataki na Sikorskiego umorzone*, Wyborcza.pl, 6 August 2014, http://wyborcza.pl/1,75478,16433740,Antysemickie_ataki_na_Sikorskiego_umorzone.html [accessed: 20 October 2014].

evidentiary issues related to establishing the identities of the authors of posts, and their intent²⁴, it was correct to classify texts offending the former foreign minister as a private accusation offence – ordinary insult²⁵. That's because the views expressed about him on the Internet certainly did not stem from his national or religious affiliation, as such affiliation simply does not exist, his wife's nationality and religious beliefs notwithstanding. Nor are there such national or religious overtones in calling him 'gentile' meaning non-Jewish, because this word signifies all people of non-Jewish descent, regardless of their nationality and religion. So if such view on these proceedings was justified by the necessity, as laid down in the Prosecutor-General's guidelines, to consider as hate speech any statements that have been made about a given person on account of his or her "alleged affiliation" with a specific group, then they should be seen as misguided or simply wrong in the light of the unambiguous wording of Articles 257 and 119.1 of the Criminal Code.

b) equality before the law

Another noteworthy legal issue is the statutory lack of equality before the law accorded to members of different minorities who face the risk of discrimination. The prosecutor acts on the principle of legalism, which means unconditional compliance with applicable provisions, and prosecution each time there's a suspicion of an offence prosecuted by indictment. The principle of legalism does not apply to offences under private accusation, which prosecutors may prosecute if they find this to be in the public interest (they must do so in the case of acts of hooliganism). As a rule, however, such acts are prosecuted by private accusation, which means that victims may file an indictment with the court on their own if they wish to do so and have the financial resources.

As regards hate crimes, indictable acts include hate acts committed on the grounds of national, ethnic, racial and religious affiliation, and lack of religious beliefs, as well as on political grounds in the case of Article 119.1 of the Criminal Code. Hate crimes consisting in discriminating against a person owing to his or her affiliation with a group (e.g. homophobic and transphobic offences, offences

²⁴ The court ordered a re-examination of these issues by repealing the decision on discontinuation, *Sąd przyznał rację Sikorskiemu. Prokuratura ma się znowu zająć mową nienawiści w Internecie*, TVN24.pl, 10 September 2014, <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/sad-przyznał-racje-sikorskiemu-prokuratura-ma-sie-znowu-zajac-mowa-nienawisci-w-internecie,466795.html> [accessed: 20 October 2014].

²⁵ The question of whether it is in the public interest that these specific acts be covered by indictment is an altogether different matter.

against older and disabled people) can be prosecuted only under provisions on private accusation. The mere fact that private accusations are subject to a fee points to the unjustifiable differentiation between victims who were offended on the grounds of their religion, and victims who were offended on the grounds of their sexual orientation or gender. We should bear in mind that we are dealing here not only with such attention-grabbing topics as homophobia and transphobia. Hatred and crude expressions of contempt towards another person target all kinds of otherness. A case in point is the report filed with the Warszawa-Śródmieście District Prosecutor's Office, concerning a website where obscenities were heaped on the vegans for their eating habits and worldview. Personally, I don't quite understand why this social group should defend its right to respect and dignity only by way of private accusation.

Naturally, you could argue that the prosecutor should prosecute each instance of hate crime. After all, it's not only the interest of a specific victim that gets violated, but the interest of the whole social group he or she is a member of, which justifies the requirement of public interest in the case of indictment. This is sensible from the point of view of criminal policy, as it would serve to express state bodies' condemnation of each hate crime, including each instance of hate crime, without distinguishing among specific groups. If introduced, however, this rule would on the one hand contravene the principles of the Criminal Code, in which the no doubt rational legislator consciously distinguished between different kinds of prosecution depending on the offender's motives. On the other hand, we would bluntly point out that this rational act of the legislator was in fact far from rational, or indeed just.

But let's be frank – a general prosecution of hate crimes not covered by the features of Articles 119.1, 256 and 257 of the Criminal Code is undoable. First, prosecutors are already overburdened with cases, so they will seize on any opportunity not to prosecute a certain category of offences. They will do so not out of laziness, but rather for the sake of a more rational use of the prosecutor's offices' and police's resources given their work overload. Second, and humility is again in order here, there are certain social groups whose public defence is something most prosecutors don't easily warm up to. This can be explained both by their personal attitudes, and the excessive claims made by a given group against law enforcement agencies. As for the latter, take the many reports filed with the Warszawa-Śródmieście District Prosecutor's Office by the Campaign against Homophobia, notoriously demanding prosecution for each email their members receive with words they see as threats, insults or slander. The prosecutors are visibly tired of such reports, and there is a growing sense among them that the Campaign against Homophobia's representatives are oversensitive, and interpret each word as

offending their sexual orientation. It is not my intention to justify the prosecutors here; what I want to do is highlight this psychological phenomenon, which on subliminal level can affect both the interpretation of the act's features (whether specific words indeed constituted a threat of insult), and the assessment of public interest with respect to offences prosecuted privately.

Most importantly, though, if we really believe – and I certainly do – that all social groups should enjoy equal protection against hate crimes, then we cannot pass the buck to the prosecutors and demand that they amend the law. Change should originate from the statutory level, as only this will guarantee equality before the law to all victims. The need for such change is almost self-evident under Article 32 of the Polish Constitution, which provides for the principle of equal treatment, and prohibits discrimination on any grounds. I do realize that constructing such a provision is difficult. A general clause saying “on account of affiliation with a social group” would not meet the condition of the criminal law norm's specificity, while a fixed catalogue would inevitably leave out some groups (including the ones that do not exist today, but may fall victim to hatred from members of other social groups in the future). But I think the legislator should confront this problem to be able to act as a guardian of human rights and guarantor of international standards of protection of these rights, which nowadays are becoming increasingly specific in terms of affiliation with a given group, a tendency that manifests itself in a growing number of international acts (both binding and non-binding) dealing with certain groups (children, women, migrants, disabled people, homosexual and transgender people, recent work on an older people act).

Taking a realistic look at the resources of Poland's prosecution and police, I would suggest that hate crimes in the form of threats, violence, insults or breach of personal inviolability be prosecuted on the victim's motion. Were any such behaviour *vis-à-vis* all social groups to be prosecuted *ex officio*, this would inexorably result in clogging up the prosecution and police (a state the two institutions are verging on now, i.e. before amendments to the Code of Criminal Procedure enter into force, which will further increase their procedural workload).

Unequal treatment before the law can be seen in the practice of some prosecutors not only towards victims, but also with towards offenders. You cannot blame the Criminal Code for this, as all hate crimes listed there have a universal nature, meaning that all offenders will be prosecuted (except those that possess immunities). The latter is more important than it might seem, given the amount of hate speech coming from the Sejm deputies and members of the European Parliament. The Prosecutor-General, appellate prosecutor's offices and regional prosecutor's offices put an emphasis on prosecuting football hooligans, Internet users, graffiti

authors, demonstrators or even artists (as exemplified by the Figot Fagot band, authors of Golgota Picnic and other events or exhibitions). But it is not behaviour and words of an average citizen that are a social issue, even if such person acts in a group of like-minded individuals. It is rather statements made by role-models (politicians, clergymen, well-known social activists), as they find public resonance and can inspire others to adopt both positive and negative attitudes, infused with intolerance or outright hatred.

That's because examples come from the top. If people hear words of contempt and hatred spoken from the pulpit or on TV, including in parliamentary debates, then why they themselves should use a different language. If people at the top are not prosecuted for their words, even if their words and actions violate public interests to a greater extent, then why prosecute a person who has posted one online comment which, abominable as it is, only reflects what he or she has heard from respected figures? When Cejrowski publicly states that the burning down of the rainbow installation was a success because it stands on Saviour's Square and not on "perverts' square,"²⁶ his words are no less hateful for having been uttered by a public figure. When deputy Pawłowicz offends deputy Grodzka, her comments are no less transphobic just because of her immunity²⁷. When all prime-time news bulletins show Korwin-Mikke describing the Paralympics as "the games for perverts and the handicapped"²⁸, his message resonates with the public, which European Parliament elections confirm all too well. You can't expect an ordinary person to get their head around a situation when law enforcement agencies want to penalize their views, but the very same views are being articulated by politicians who will not be held accountable for them. On the contrary – for voicing such views they get elected to the highest offices in Poland and the European Union.

In his Guidelines, the Prosecutor-General rightly points out that, though safeguarded in the Constitution and international conventions, the freedom of expression is not limitless, even for Sejm deputies, VIPs, politicians or journalists. The Supreme Court made this point with respect to the media in its judgement of 2 July 2013 (file No III SK 42/12). Drawing on the rich case law of the Euro-

²⁶ A. Joško, *Wojciech Cejrowski o spaleniu tęczy: "To jest Plac Zbawiciela, a nie plac zbrojenców"*, na: temat, no date, <http://natemat.pl/81725,wojciech-cejrowski-o-teczy-spalono-tecze-na-placu-zbawiciela-nareszcie-to-jest-plac-zbawiciela-a-nie-plac-zbrojencow> [accessed: 20 October 2014].

²⁷ *Pawłowicz o Grodzkiej: A jak się odwidzi?*, Fakt.pl, 2 June 2013, <http://www.fakt.pl/poslanka-krystyna-pawlowicz-o-kolezance-z-sejmu-annie-grodzkiej,artykuly,214169,1.html> [accessed: 20 October 2014].

²⁸ K. Majdan, *Janusz Korwin-Mikke atakuje paraolimpijczyków. „Powinniśmy oglądać zdrowych, pięknych, a nie zbrojenców i inwalidów"*, na: temat, no date, <http://natemat.pl/29939,janusz-korwin-mikke-atakuje-paraolimpijczykow-powinnismy-ogladac-zdrowych-pieknych-a-nie-zbrojencow-i-inwalidow> [accessed: 20 October 2014 r.].

pean Court of Human Rights, the Supreme Court found that in order for a statement made in the media to enjoy wider protection, such statement – assessed objectively – should refer to an issue of public significance, and contribute to the discussion around this issue. Even though they touch upon important public issues, instances of hate speech can hardly be seen as contributing to public debate in any way. On the contrary, they fall foul of promotion of tolerance, which the Supreme Court rightly considered to be a role of the freedom of speech. The Supreme Court was in no doubt that it is consistent with the Polish Constitution and Article 10.2 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms to limit the freedom of speech in media debate by penalizing statements promoting illegal behaviour and attitudes. A similar approach was taken by the Constitution Court, which in the said judgement of 25 February 2014 found the phrase “incitement to hatred” in Article 256.1 of the Criminal Code to be a constitutional restriction of the freedom of speech.

Paradoxically, it is the media that should be expected to uphold stricter quality standards. On the one hand, they should be held accountable for the form of public debate as its creators who have a real impact on public attitudes. On the other hand, they have effective tools to shape this form, e.g. by refusing to publicize hate speech or deleting offensive posts from websites. As the Lublin Court of Appeals elegantly put it in its judgement of 6 June 2011 (file No II AKa 91/11), “the journalists – especially in the light of the Press Law – should be expected to shape and civilize a model of public debate, rather than debasing it by appealing to ‘fairly simple people, with no political aspirations.’ (...) Hurling insults has nothing to do with reliable coverage of views of political leaders, the operation of state institutions, other issues of public interest, and their assessment in the press, which – even if negative – is socially very much desirable as long as it stays within the bounds of criticism based on merits.” The courts adjudicating in the said case were undoubtedly right in asserting that behaviour and words are no longer protected when they express disrespect, contempt and the willingness to humiliate another person, whilst the right to criticism cannot morph into the right to insult and cast aspersions.

Personally I think that we should focus on action against the media and public figures conniving at or promoting intolerance, contempt and hatred towards other people and groups. But I do not see any need to take criminal measures here. After all, criminal law is the *ultima ratio*, meaning that criminal sanctions should be resorted to once all other means of intervention have been exhausted with no effect. The courts and authorities have a whole range of administrative and disciplinary penalties at their disposal, which can be easier to impose (admi-

nistrative sanctions entail no individualization of responsibility or the principle of guilt), and even more painful.

There is no doubt that disciplinary sanctions should be recommended every time a person enjoying immunity resorts to hate speech. A positive example could be sanctions against deputy Pawłowicz for derogatory remarks about deputy Grodzka²⁹, or penalizing MEP Korwin-Mikke for racist comments³⁰. The governing bodies of all parties should use similar forms of reprimanding their members, while the media ought to publicize these facts, giving a positive social message that politicians, too, must respect the dignity of all people, including members of any minority.

Also to be welcomed is the decision by sporting organizations to sanction reprehensible behaviour at matches³¹. Odd as it may seem, club bans and UEFA sanctions imposed on clubs are often more painful for the fans than criminal sanctions.

As for the media, fines will certainly prove the most effective tool. This is possible both in the form of administrative penalties, and as civil law claims, and should be seized upon as much as possible by the National Broadcasting Council (for penalizing radio and TV stations), and other persons and entities (organizations bringing action on behalf of a minority to stop the breach and claim damages). The aforementioned Supreme Court judgement of 2 July 2013 highlighted the legality of administrative penalties against the media, i.e. legal entities responsible for publishing a specific title or broadcasting a specific radio or TV programme, if statements made in them go beyond the bounds of freedom of speech, including when such statements are made by the invited (quoted) guests rather than journalists.

Bringing civil claims against online editors was, in turn, deemed appropriate by the European Court of Human Rights in its judgement *Delfi v. Estonia* of 10 October 2013. (application No 64569/09). The Court reaffirmed that freedom of speech can be limited in a democratic state based on the rule of law. In particular, statements violating other people's rights or reputation, i.e. offensive statements, merit no legal protection in the Court's opinion. The ECHR made

²⁹ *Krystyna Pawłowicz ukarana za wypowiedzi o Grodzkiej i homoseksualistach. "To beczelność"*, TVN24.pl, 1 April 2013, <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/krystyna-pawlowicz-ukarana-za-wypowiedzi-o-grodzkiej-i-homoseksualistach-to-bezczelnosc,316352.html> [accessed: 20 October 2014].

³⁰ *Korwin-Mikke ukarany za słowo 'murzyn'. Straci 10 diet*, *Gazeta.pl*, 7 września 2014 r., http://m.wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/1,117915,16659705,Korwin_Mikke_ukarany_za_slovo__murzyn___Straci_10.html [accessed: 20 October 2014].

³¹ Cf. *Decyzja UEFA: Dwa mecze bez kibiców!*, *legionisci.com*, 2 December 2014, http://legionisci.com/news/60942_Decyzja_UEFA_Dwa_mecze_bez_kibicow.html [accessed: 5 December 2014].

it clear that online editors (owners of websites carrying such posts) must immediately delete offensive or vulgar comments, and especially those expressing hate speech, no matter who has posted them and how many there are. The Court pointed out to the applicant (the owner of Estonia's major news website) that they did have the tools to monitor posts on a regular basis (the website would filter out obscenities, and featured a notice-and-take-down system for eliminating posts rated as offensive by other users), but the safeguards in place proved inadequate, as close to 20 offensive posts covered by the case were featured on the website for over six weeks. The ECHR underlined that it was up to the website owner to effectively remove such posts, as neither the post's author nor any other Internet user (including the offended person) had the technical capabilities to do so. The Court went on to observe that it was right that the online editor should assume civil (including financial) liability for users' posts. That's because it is often impossible or very difficult to sue the author of a specific comment, given the technical difficulty of establishing his or her identity, and the fact that in many cases action would have to be brought against scores of people, i.e. individually against each author of a post.

The two judgements discussed should be welcomed, for they make it possible to successfully eliminate hate speech from the public sphere. Furthermore, they help find a way round the discussed criminal law problem of proving features of a prohibited act to individual offenders, and do so by employing administrative and civil law tools, and introducing objective liability of the media for publishing or failing to delete specific content. Also, they make fighting the multitude of online hate posts more effective – a single action can cover all posts on a website without the need to multiply them. It is perhaps worth noting that criminal proceedings must be conducted separately for every post, as virtually each of them is put out in the public sphere by a different offender (or at least this must be assumed at the outset until the offender's identity has been established).

These obviously are not and should not be the prosecutor's tasks. Prosecutor's offices or the police should not be reviewing all Internet content or all other media content to discover hate speech. Nor should they order editors to 'clean up' this content, or request the National Broadcasting Council to penalize them, or bring civil action against them. Prosecutor's offices may do this exceptionally, in very serious criminal proceedings, but cannot be assigned such task in general. That's because the prosecution pursues other goals, and lacks adequate organizational (human, financial and technical) resources. This is something the Prosecutor-General seems to have forgotten, judging by his Guidelines of February 2014 and the handbook on procedural methodology for cases concerning online hate speech of October 2014. In the latter document, the Prosecutor-General instructs

public prosecutors to call on the relevant entities to remove hate posts from their websites, and if no action is taken, to conduct criminal, civil and administrative proceedings against online service providers. The methodology also obligates prosecutors to search the Deep Web and the Dark Internet for hate content, and to establish its authors' identities, even if they used advanced anonymization techniques. I can't help but think that this methodology, placing such elaborate duties on the prosecutors, is out of touch with reality, and takes no account of their capabilities and caseload. It is therefore doomed to failure and will not be enforced for it is impossible to perform. The upshot of this will be disciplinary measures against prosecutors.

2. ORGANIZATIONAL PROBLEMS OF PROSECUTING HATE SPEECH

a) caseload

In his Guidelines of February 2014, the Prosecutor-General tasked regional prosecutors with selecting one or two district prosecutor's offices, as necessary, where the district prosecutor would appoint two prosecutors to conduct hate crimes proceedings. The intention was first, to choose the best prosecutors, i.e. people with extensive experience and special social sensitivity to the needs of minorities; and second, to make them specialists in conducting these proceedings by organizing a training programme that would deal with stereotypes and how they influence the social functioning of people harbouring clichés and being their subject, including by sensitizing to the problems of the latter group. While the Prosecutor-General was no doubt right to make those assumptions, he forgot about one fundamental thing, namely the number of such cases and the capacity of handling them by 2-4 people in a prosecutor's office's region.

During last year's summer holidays, the Warsaw Regional Prosecutor assigned those tasks in the Warsaw Region to the Warszawa-Śródmieście District Prosecutor's Office. Two prosecutors from that office were named, and went on to complete a one-day training course. The following month, the office received over 200 reports of such cases. 445 reports came were filed between July 2013 and October 2014. It is physically impossible for two people to conduct all these cases, even if this were their sole responsibilities (which was not the case, with staff being in short supply). The Warszawa-Śródmieście District Prosecutor did his best to address this situation by distributing the caseload among all investigative prosecutors (first 4, now 5 people), which ran counter to his superior prosecutors' instructions. Even so, each prosecutor had to shoulder a load of nearly 100

hate speech cases; half of the prosecutors had had no relevant training. It was not until mid-2014, which is arguably very late, that the Prosecutor-General reacted to this by assigning these cases to additional units in the Warsaw region. This example shows that the Prosecutor-General's plans misfired following a massive influx of reports, something which cannot be attributed to an increase in such acts, but rather to more intense work by organizations promoting tolerance and respect for dignity of minority groups, which in turn had been spurred on by the Prosecutor-General himself, who pledged that he would take a special interest in this problem.

The Prosecutor-General stated quite unequivocally that "all preparatory proceedings related to hate crimes are deemed to be major cases." This entails the duty to inform a superior prosecutor every time such proceedings are instituted, and to brief him or her about their important stages and events. Once so informed, the head of the superior unit decides whether to extend official oversight over these proceedings, which he or she invariably does with all such cases. Moreover, the guidelines stipulate that such cases be subject to meticulous internal official oversight, monitored under periodic vetting. Also, the Preparatory Proceedings Department of the Prosecutor-General's Office regularly monitors those cases and draws up a semi-annual report on the correctness of their conduct.

What do all these forms of supervision mean for prosecutors conducting proceedings? They must remember to inform the regional prosecutor's office about instituting proceedings, and regularly update it in writing about important (?) activities in the proceedings. They must submit case files for inspection to their immediate superiors and the prosecutor exercising external oversight. Every six months they must also forward files (including for cases pending) for inspection at the Prosecutor-General's Office, which deprives them of such files for days if not months on end. Multiply these supervision-related activities by several dozen – and sometimes as many as one hundred – cases pending at the same time, and you get a sense of the amount of time a prosecutor squanders with duties which are unrelated with the conduct of proceedings, and which don't take evidentiary proceedings forward a jot.

All these forms of supervision place considerable psychological strain on the prosecutor in charge of proceedings. There is no denying that oversight and monitoring is by and large primed for uncovering and highlighting mistakes made by the supervised prosecutor. Moreover, every supervisor has their own opinions about how to conduct specific proceedings, how to interpret the words that prompted such proceedings and whether the right decision was taken. The examples discussed above demonstrate that such assessment needs not be correct, especially interpretation as to whether the features of the offence under Articles

119.1, 256 and 257 of the Criminal Code existed. It should be borne in mind that under Article 8 of the Prosecution Act the prosecutor is independent in conducting proceedings and issuing a final decision. No superior prosecutor, no matter how high in the hierarchy, may order such prosecutor to take a specific direction in collecting evidence, or how to conclude proceedings. Supervision should provide assistance rather than scrutiny. Monitoring should be a form of collecting statistics rather than inspecting. But practice unfortunately shows that superior prosecutors often seem to forget it. This is corroborated by disciplinary proceedings against prosecutors who were audacious enough to discontinue some media-hyped proceedings, and had no grounds to do so, at least in the Prosecutor-General's view³². A prosecutor cannot be punished for his decisions, the law specifically prohibits it. Prosecutors' decisions are subject only to judicial scrutiny, rather than disciplinary supervision. A case in point is the judgement by a disciplinary court concerning a judge from the Białystok region who decided to discontinue proceedings on fascist propaganda that consisted in painting swastika symbols³³. It is absolutely beyond the pale that any politician or minister who doesn't like a decision affecting him or her personally should call the Prosecutor-General, instruct him to resume proceedings, and bring disciplinary proceedings against the prosecutor who decided to discontinue proceedings. This only goes to show that such politician has no respect for his or her country and its laws that provide for independent prosecution. Superior prosecutors who cave in to this kind of pressure demonstrate a lack of respect for their profession, and a dearth of personal independence. Each and every citizen, including politicians, who is an injured party in a case that has been discontinued by the prosecutor, can appeal against this decision, and if such decision is repeated, he or she can file an indictment with a subsidiary court (which by the way is what Sejm deputy Biedroń did in a similar trial situation). Respect for the principle of equality before the law demands that all politicians comply with these procedural rules, rather than relapse into the 'hand-steering' of prosecution, a practice that's been censured for dozens of years.

³² *Umorzyła śledztwo ws. wpisów o Sikorskim. Poniesie konsekwencje? „Obiektywizm pod znakiem zapytania”*, TVN24.pl, 8 August 2014, <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-z-kraju,3/umorzyła-śledztwo-ws-wpisow-o-sikorskim-poniesie-konsekwencje-obiektywizm-pod-znakiem-zapytania,457439.html> [accessed: 23 October 2014].

³³ *Prokurator, który odmówił śledztwa ws. swastyki uniewinniony*, wykop.pl, no date, <http://www.wykop.pl/link/2181448/prokurator-ktory-odmowil-śledztwa-ws-swastyki-uniewinniony/> [accessed: 28 November 2014].

b) organizational problems with proceedings to collect evidence

It is perhaps worth realizing that hate crime proceedings, in particular those concerned with hate speech on the Internet, are very difficult in terms of collecting evidence and most importantly establishing the offender's identity.

To identify the computer on which a post was written, you first have to find out its IP by releasing from secrecy the owner of the website that's featuring the post. Once you have the IP, you must release from secrecy the internet provider, which will allow you to determine the address the IP was ascribed to at a given moment. Each secrecy release takes time – service providers could send you data even after several weeks because they need to process a number of such requests. You are also likely to incur costs, as some service providers charge for this information and their claims for compensation are often upheld by criminal courts. In addition, as the Prosecutor-General rightly observed in his handbook on methodology of October 2014, it is increasingly difficult to establish the address based on IP, with offenders using foreign servers, changing IPs, or faking a totally different address. As a solution, the Prosecutor-General suggests drawing on experts and specialists, who would trace those hidden connection paths by non-standard methods (whatever is meant by this). Even as he recommends that experts and specialists be used on a large scale (including to secure computers identified by means of IP, and ascertain whether they were actually used to put a given post online), the Prosecutor-General seems to be forgetting how much the services of such experts cost. A district prosecutor can independently call an expert as long as he or she quotes no more than PLN 1.500 (with some variation depending on the region). For amounts higher than this, the district prosecutor must each time seek approval of a regional prosecutor, indicating that the opinion is necessary, and the expert's rate and expected time of completion suitable to the case (something you cannot predict given the non-standard methods of browsing the internet). With few computer and internet research experts around, you need to reckon with costs going through the roof (a basic market law), and a lengthy waiting time for opinions (the latter additionally exacerbated by the time it takes to have the price quotation approved).

The problem of experts concerns not only proceedings on online hate speech. Very expensive experts must also be called in proceedings related to hate speech used during rallies and at stadiums. As I've already pointed out, in criminal law you must prove that an act was perpetrated by an individual. When you have footage featuring people chanting hate slogans or promoting a totalitarian regime, you first need to prove that the footage shows a specific person. If the suspect denies the act, you must name an expert anthropologist who will use scientific

methods to prove that the suspect and the person in the footage are one and the same. Second, you must prove that the person concerned was shouting prohibited slogans at the time of the recording. The recording itself will be of little help if you cannot hear each person speak individually but rather hear a crowd chanting in chorus. So you call a sound identification specialist, who will filter out the voice of the individual concerned, listen to it to establish what this person was saying, and compare it with the suspect's voice to determine his or her identity. Alternatively, you can call an expert lip-reader who will watch the footage and read what specific people are saying. With experts in all these fields being few and far between, they tend to be very expensive and take a long time to issue their opinions.

Media reports take it for granted that once a group of people shouting such slogans has been detained or recorded, as in the famous case of Legia football club fans who were chanting " Hamas, Hamas, Juden auf den Gas" during a match against Widzew, all members of such group will be held criminally accountable. But in the practice of criminal courts this is hardly ever true. For each person accused the prosecutor must prove beyond doubt that they did commit what they are accused of, rather than that they were only in a group behaving this way. So if we want to get convictions for people who plead not guilty (and we don't want to accuse innocent people, which in terms of human rights is a consideration of equal importance in criminal procedure), there's no other way but to use these kinds of experts. This again raises the question of whether we really want to spend so much public money on revealing the identity of the author of a single online post, or a football fan yelling obscenities at the opposing team in the heat of the moment or booing down a black goalkeeper who saved a shot of this fan's team, as during Legia's match in Belgium in December (a day after the play the Prosecutor-General instructed the Warszawa-Śródmieście District Prosecutor's Office to start proceedings)³⁴? When answering this question we must bear in mind that a person who has been found guilty of an act is not automatically held criminally accountable, because for that to happen you must also prove that all features of a prohibited act have been fulfilled, including his or her intent.

The above-mentioned problems with establishing the identity of offenders of hate crimes inevitably make their prosecution ineffective. Out of 445 reports received by the Warszawa-Śródmieście District Prosecutor's Office, 242 cases were discontinued, because it was impossible to identify the offender. This was due not only to the offenders, who had used technical possibilities of the

³⁴ M. Szymczyk, *Prokuratura wszczęła dochodzenie*, LegiaNet, 3 December 2014, http://www.legia.net/lekki/wiadomosci,58692-prokuratura_wszczela_dochodzenie.html [accessed: 5 December 2014].

internet to hide their identities, but also owing to objective circumstances. To begin with, the authors of notices are sometimes oblivious of the fact that the statutory period for storing ICT data, including IP, is 12 months in Poland, and even less in some other countries. There's no way you can determine the identity of the author of a post that was put out more than 12 months prior to the notice, and often also near the 12-month mark, because this period is likely to elapse while you're awaiting the answer of an electronic services provider. In particular, the period often ends when information has to be sourced from foreign entities, and the reason for that is slow communication with foreign entities. Speaking of which, it should be put on record that the United States simply turns down legal applications for taking actions on insult or hate speech. American authorities cite the first amendment to the US Constitution on the freedom of speech, which US authorities construe very broadly, according to the principle "I don't agree with what you say, but I will defend to the death your right to say it." In his handbook on methodology of October 2014, the Prosecutor-General suggests that such content be examined in terms of threats, and that victims be questioned so as to lead them to say whether indeed they are not afraid of people disseminating hate content, indicating outright that this could help ensure the granting of applications for legal assistance by the American side. But this is no doubt an abuse of trust of the American authorities, even if we leave aside the fact that there are no specific victims in 90 percent of cases, and that the element of threat is absent from most statements.

Lack of detention of offenders is also cause for discontinuation when a comment was posted from a public computer or even from a computer that's used by a limited number of people, provided of course no one admits to having authored the comment. It is difficult to comprehend the Prosecutor-General's claims, made in the public, that in such cases there are evidentiary possibilities of identifying the offender³⁵. Personally, I see no such possibilities.

We should bear in mind that only a fraction of hate crime reports leads to an indictment or motion for conditional discontinuation being filed with the court. This is how 13 proceedings (7 indictments and 6 motions for conditional discontinuation) ended in the Warszawa-Śródmieście District Prosecutor's Office, which is less than 3 percent of the total of 445 cases. 17 percent of cases ended in refusal to instigate proceedings or in discontinuation of proceedings because of lack of features of a prohibited act, a figure that shows that the prosecutor's office receives a fairly large number of notices concerning occurrences or words that are

³⁵ *Gazeta Wyborcza: Seremet ma dość pobrażania*, onet.wiadomości, 8 February 2014, <http://wiadomosci.onet.pl/kraj/gazeta-wyborcza-seremet-ma-dosc-pobrazania/bctjt> [accessed: 20 October 2014].

evidently no incitement to hatred, promotion of totalitarian regime or insults on account of national, racial, ethnic or religious affiliation. The prospects of these 13 cases are difficult to assess, with court proceedings still pending; the examples of numerous hate speech proceedings show that the interpretation of courts is completely different from that of prosecutors, and that all depends on the individual judge. Take the aforementioned case of sports fans chanting “Hamas, Hamas”. The court first ruled to discontinue the proceedings, citing lack of features of a prohibited act. The judge came to the conclusion that no Jews were insulted if those cries – reprehensible though they were – were raised in the context of a football match, and as such were meant to offend the football team and its fans, who, for the sake of accuracy, were not in the stand at the time. The prosecutor’s office appealed against this decision, the district court reversed it, and following court proceedings another judge handed down a sentence, providing completely different grounds – it was clear to him that making such statements about a football team from Lodz was offensive for the Jews. It won’t be until the second instance court passes its judgement that we will know how the case has ended.

c) adequate punishment

Speaking of cases brought before the court, it is worth giving some thought to punishing offenders in an adequate manner. What’s the real purpose of such punishment? And how severe should it be to ensure it’s just, also from the perspective of the accused, especially given the widespread use of hate speech in the public, and the fact that media celebrities go scot-free because the charge against them often boils down to writing a single post or chanting one slogan? I don’t know what the right measure should be, but I do know that individual prevention should be at the core of such punishment. Punishment should teach offenders to behave themselves, and prevent them from using hate speech in the future. Retribution is hardly ever the case here, as most proceedings involve no injured party (victims lodge only around 9 percent of notices in these kinds of cases). It is hard to expect general prevention either – the media usually pay little heed to such sentences, instead placing more emphasis on the trial itself, which often sends a negative message about the court or prosecution, and even gives a skewed picture of the facts³⁶.

In this context, one should welcome the judgement in the case “Hamas, Hamas...”. The judge used an innovative method by resorting to a rarely applied

³⁶ Cf. *Sprawa podpalacza tęczy odroczone. Nie stawil się w sądzie*, tvn warszawa, 20 October 2014, <http://tvnwarszawa.tvn24.pl/informacje,news,sprawa-podpalacza-teczy-odroczone-br-nie-stawil-sie-w-sadzie,146665.html> [accessed: 28 November 2014].

provision that makes it possible to order the accused to take specific action when handing down jail sentence or suspending the enforcement of punishment. In the case at hand, the court ordered the convicts to watch a Polish movie titled *The Miracle of Purim*, so as to change their attitude towards the Jews, according to the grounds of the decision. The case of the two CEOs who set the rainbow on fire also came to an educational conclusion. The offenders invited the foundation that owned the rainbow to engage in out-of-the-court settlement. It ended with signing agreement settlement agreement that called for the offenders to repair the entire damage, and published full-page apologies in the press, and agreed to attend tolerance workshops on pain of fine for every day of absence. After signing the agreement, the foundation withdrew its application for prosecuting the destruction of the rainbow installation. The prosecutor in charge of the proceedings agreed to the settlement. I'm in no doubt that these proceedings ended in success, i.e. rehabilitation of the offenders, and there's no need to sentence or punish them.

3. HUMAN FACTOR VS. PROSECUTION OF HATE SPEECH

I'm not saying that hate crimes are difficult to prosecute only because of imperfect law and organizational issues. Not all prosecutors and judges are ideal or fully empathic. Not all treat such cases with the appropriate gravity. But this is also due to some objective reasons, which are worth taking into account.

The first problem is sensitivity. The majority of prosecutors have never received any human rights training. There are relatively few young people who have completed such courses as part of their studies or legal training – we are speaking here about people employed for less than five years. Moreover, the relevant training programmes reach few people, as judges are practically the only people they are accessible to. Even the prosecutors who underwent special training to deal with hate crimes lack the expertise, especially in psychology, about negative social attitudes, their impact on individual or group conduct, and the consequences of falling victim to such conduct or words. The prosecutors in question received one-day training in the form of lectures. You cannot convey a body of knowledge of this size and multidisciplinary character in one day. You cannot sensitize a person, less so change his or her stereotypes, during a lecture. This process can of course be successful in the case of an experienced adult with crystalized views, but it takes time and a completely different form of education – an interactive workshop using the technique of impersonating another person. That's the only way to see the world from a different perspective and experience hate and con-

tempt conveyed by words and actions the hard way. These kinds of workshops would benefit not only prosecutors, but also judges, attorneys-at-law, and police officers. NGO initiatives, though small in scale, have already been undertaken, and should be promoted as much as possible, and even become a compulsory part of continuous education for representatives of all legal professions.³⁷

I have the impression that the Prosecutor-General's Guidelines for prosecutors designated to conduct hate crime proceedings is ironically making them less sensitive to the importance of these offences, in particular hate crime. The reason is the monotony of their work, its excessive load, and the lack of tangible results. Prosecutors designated by the Warszawa-Śródmieście District Prosecutor devote two-thirds of their time to one-off online posts, with the lion's share of reports being concerned with such matters. We are speaking now of prosecutors from the investigative division. Besides hate crimes, they also handle some of the most serious crimes – homicide, rape, and robbery with the use of dangerous weapons. Little wonder that seeing the one hundredth identical report of a one-off hate comment they would rather spend their time prosecuting violent offenders³⁸. Not least because the effort they put into these cases does not – as has been conclusively shown earlier – translate into the number of the persons who are indicted. Also, after dealing all the time with one and the same category of cases, prosecutors inevitably get accustomed to them and become indifferent to the words they read and react with increasingly less astonishment because they've "seen worse things before." This is quite normal and most people³⁹ eventually get used to the amount and intensity of hate speech so why shouldn't prosecutors – who are human beings like the rest of us – do the same?

Prosecutors are subject to all the other psychological phenomena relating to our perception of the world like forming stereotypes and judging people through them. We can be prejudiced. We can crack jokes about minority groups. We can be baffled when one of us instigates *ex officio* proceedings for insulting a LGBTQ person. The organizational framework doesn't make it any easier for us to get to know and accept otherness. Among attorneys-at-law you can come across people of different nationalities, races and religions, blind people and people with phy-

³⁷ See: *Relacja: sędziowie i prokuratorzy na warsztatach antydyskryminacyjnych*, Polin, 24 April 2014, <http://www.polin.pl/pl/aktualnosci/2014/04/24/relacja-sedziowie-i-prokuratorzy-na-warsztatach> [accessed: 20 October 2014].

³⁸ A. Bodnar, *Umorzenia przestępstw z artykułów 256 i 257 kodeksu karnego. Studium czterech przypadków* (in:) *Przestępstwa nie stwierdzono. Prokuratorzy wobec doniesień o publikacjach antysemickich*, Open Republic Association against Anti-Semitism and Xenophobia, Warsaw 2006, p. 19.

³⁹ M. Bilewicz, op. cit., p. 4 et seq.

sical disabilities, and people who are open about their sexual orientation. But a prosecutor can't be different. He or she must be Polish by statute. I know of no prosecutor who would be other than white or Catholic, or who has come out as homosexual. Moreover, and this is something I find outrageous, a prosecutor cannot use a wheelchair, as determined by the Prosecutor-General and reaffirmed by the Supreme Court judgement of 12 April 2012 (file no. II PK 218/11), which refused to vest an assistant prosecutor who was left wheelchair-bound after an accident with prosecutorial powers. A lesser known case involves a person (today an excellent attorney-at-law) suffering from leukaemia who was not admitted to train as assistant prosecutor after his legal training. By pretending that these decisions had nothing to do with the disability or illness of these young professionals, the authority that has a statutory obligation to protect against and punish for discrimination has only hidden its own discrimination. In effect, prosecutors' encounters with otherness are only limited to the accused or the victim, with whom prosecutors are quite obviously unable to identify, lacking their own experience and neutral contacts with a given minority.

My final point is about the impact of courts and their judgements have on the prosecutor's decision-making process. A rational prosecutor will not risk acquittal or, even worse, discontinue a case if he or she has near certainty that this is how the court will settle the case initiated by the prosecutor's indictment. As I've already said referring to the " Hamas, Hamas...." case, courts interpret features of hate speech very differently than prosecutors, and much is left to an independent judge. Another illustration of this phenomenon is the so-called gay list. Years ago, a former League of Polish Families deputy posted online a list of names and emails of people he believed to be homosexual. The Warszawa-Śródmieście District Prosecutor's Office investigated the case under the Personal data Protection Act. At first, no charge could be brought against the deputy because the regional prosecutor's office decided not to apply for lifting his immunity. It wasn't until he was no longer a deputy that the charge was made. The prosecutor filed an indictment, but the court discontinued the case for lack of features of a prohibited act, arguing that the deputy's conduct was part of his political activity (!). The prosecutor appealed against the decision, and the regional court reversed it. After re-examining the case, the court discontinued it, citing negligible damage to society. The prosecutor appealed again, and the regional court reversed the decision again, too. Having examined the case yet another time, the court conditionally discontinued it. This time it was the defence counsel who brought an appeal, and the regional court transferred the proceedings again to the first instance court. Following another examination, the court handed down a sentence and imposed a fine (by the way, it was the same judge who passed the sentence in the " Hamas, Hamas...."

case). The defence counsel appealed again, rightly pointing to a violation of the *reformationis in peius* prohibition. This time the regional court changed its decision and discontinued the case due to negligible damage to society, even though it had found such judgement to be wrong some years before. With case law being so unpredictable, it's small wonder that prosecutors would rather discontinue cases that are far from straightforward in terms of evidence or law than risk taking part in protracted and ultimately inconclusive trials.

In conclusion, one cannot but agree with Professor Płatek, who said that criminal law "remains a weak tool for dealing with hate speech."⁴⁰ Bearing this in mind, the prosecution should not waste its limited resources with single online posts, but rather focus on real challenges such as hate violence and the kind of hate speech that could actually induce crowds to embrace intolerance and violence (i.e. hate speech used by radical groups and role-models, including politicians, priests and recognized journalists). The Supreme Court and the European Court of Human Rights have shown us the way to forward – we must demand that the media, including online publishers, eliminate hate speech from public debate or face administrative or civil action.⁴¹

Furthermore, criminal proceedings should be conducted only when all features of an offence are incontrovertible, and when there's a real chance of identifying the offender. Otherwise we not only squander our limited resources, but also send a public message that most cases of hate speech are not prosecuted anyway. Without indicating some more profound reasons, which I have discussed in this paper, this suggests to the public that prosecutors are reluctant to conduct such cases, and inefficient in apprehending offenders. The risk of creating such public impression should be nipped in the bud, because it can reinforce negative attitudes and undermine the trust placed in law enforcement agencies.

Besides, let's not forget that what counts in the case of hate crime is not only prosecution and punishment, but primarily prevention and rehabilitation. So the fight against hate crimes, and notably hate speech, should start by teaching tolerance and respect for other people – at school, at church, in the streets, in the media, on stadiums, in parliament, and only then in courts, while remembering that criminal law is not a cure-all but rather the *ultima ratio*. Tolerance and neutral language vis-à-vis every minority can be taught as illustrated by a lesson I was taught by my 5-year-old daughter. She told me about a priest from Africa

⁴⁰ M. Płatek, *Mowa nienawiści – przesłanki depenalizacji*, in: Adam Bodnar et al. (eds.), *Mowa nienawiści a wolność słowa. Aspekty prawne i społeczne*, Warsaw, 2010, electronic version with no page numbers.

⁴¹ M. Krotoszyński *Trzecia droga: środki administracyjne w zwalczaniu mowy nienawiści (głos w dyskusji)* in: Adam Bodnar et al. (ed.), op. cit.

who visited her nursery school before Christmas and spoke Polish. I indulged my curiosity and asked without a second thought whether the priest was black. My daughter gave me an indignant look and answered: "What do you mean black, mum? He was brown!" I wish all of us would learn to describe reality this way. We simply wouldn't need to use criminal law tools any more.

Freedom of speech in the Internet – limits to control vested in a web portal owner – remarks in the light of the Delfi v. Estonia judgement

The Internet has become the first tool designed for the masses. Today spending even a couple of hours off line is difficult to imagine. Our daily lives are increasingly being played out in the virtual world, where there are practically no laws to regulate mutual relations, unlike in real life.

Many laws have not caught up with the reality of the electronic media and have not kept abreast of developments in the field of information technologies. The Act on Services by Electronic Means (which introduces, among others, a mechanism whereby service providers are responsible for the content added by other users) awaits introduction. The EU reform on protection of personal data which could significantly improve the standards of privacy in the Internet is still under-way. Nor has the long awaited comprehensive reform of the press law been put in effect¹.

Despite efforts by countries and the EU, laws concerning the Internet have actually been developed by domestic and international courts. So far, they have spoken out about the responsibility for newspapers' online archives, the obligation to disclose IP addresses (of persons who comment articles) by publishers and on responsibility for linking and embedding. Many problems encountered by users, journalists, publishers and Internet service providers are still awaiting court decisions.

Responsibility for content generated by users operating in the Internet has stirred interest and controversies for many years. Portals on which people can post comments often become forums for iconoclastic, hateful and libellous commen-

¹ D. Bychawska-Siniarska, D. Głowacka, *Wirtualne media – realne problemy*, Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 2014, p. 9.

taries. Hiding behind apparent anonymity, commentators tend to forget about their responsibility for the written word².

Court practice in this regard has shown judges to be more aware of both the nature of Internet communication and the legal regulations concerning the Internet. Yet, the case law of domestic and international courts shows discrepancies and controversies. A case in point is the aforementioned Act on Services by Electronic Means in the scope of the responsibility of administrators for content posted by Internet users. Discrepancies on this subject have surfaced not only in the case law of domestic courts, but also in the case law of European courts, between the European Court of Human Rights (“ECHR”) and the Court of Justice of the European Union (“CJEU”) after the ECHR delivered its judgement in the case *Delfi vs. Estonia* in Strasbourg in 2013³.

STRASBOURG COURT “DISCIPLINES” SERVICE PROVIDERS

The ECHR pronounced its opinion on the Internet providers’ liability for the first time in the *Delfi vs. Estonia* case mentioned above⁴. The case concerned an Internet portal in Estonia which publishes up to 330 articles daily. Below each article there is an option to submit comments by readers whose number is estimated to total around ten thousand daily. Comments are published automatically. However, each reader can mark a comment as inappropriate and such comment is deleted by an administrator if it is considered unlawful. Moreover, an automatic mechanism to filter posts containing vulgar words is installed. If a post violates someone’s interests, he/she can inform the administrators directly and then the post is promptly deleted. The portal publishes informs users that they are responsible for their comments and that posts violating the law or offending good customs are unacceptable.

An article criticizing the company SLK (owner of ferries sailing between Estonia and its nearby islands) was published in January 2006. The article said that SLK was accused of destroying “ice roads” which provide cheaper access to the islands than by taking the ferry. The article generated 185 comments in two days. Some comments included personal threats and offensive words addressed to L.,

² Among others, the appeal by *Tygodnik Powszechny* of 24 July 2012, available at: <http://tygodnik.onet.pl/kraj/wspolne-nie-dla-internetowej-nienawisci/qqwx>.

³ The judgment of 8 October 2013, application No. 64569/09. The judgment is not binding and was appealed to the Grand Chamber.

⁴ Other cases dealing with liability of Internet providers await examination by the ECHR, e.g. the *Jeziar vs. Poland* case, application no.31955/11.

a Supervisory Board member of SLK. On 9 March 2006, L.' lawyers demanded that the applicant delete 20 offensive comments and pay EEK 5,000 (around EUR 320) of compensation for non-pecuniary damage. The applicant deleted the offensive comments on that same day but refused to pay compensation. L. brought an action for protection of personal rights in Estonian courts which judged his claim justified. The courts held that Delfi was responsible for the contents of the comments during the time they were posted on the website (6 weeks) arguing that the portal had actively encouraged posting of commentaries (which earned it money). Consequently the portal shouldn't be treated as a "provider" here and no special mechanism of excluding its liability based on the Law of Information Society's Services (namely, that the administrator cannot be held responsible for unlawful comments unless he knew about their illegal character or banned them immediately) should be applied to it, but that it should be treated as a publisher who is accountable in the same way as the author of the contents under the rules of civil law⁵.

The Court in its judgement of 10 October 2013 unanimously ruled that the case did not violate the freedom of expression. The ECHR held that domestic courts in deciding to treat comments by Internet users as contents from the editors and to treat website administrators as publishers for the purposes of liability provided an acceptable interpretation of domestic and European law with respect to new technological developments and that the ECHR had no grounds to question it. By the same token, the ECHR accepted that in this case interference with freedom of expression had sufficient legal grounds and in later on in the judgement the Court focused on examining whether the interference was proportional. The Court formulated four factors important in the circumstances of the case: 1) the context of the controversial comments, 2) measures applied by the applicant in order to prevent or remove defamatory comments, 3) the liability of the actual authors of the comments as an alternative to the applicant's liability, 4) the consequences of the domestic proceedings for the applicant company⁶.

The Court acknowledged that the article published by Delfi did not contain contents that would infringe upon personal rights and that it was written according to rules of reliable journalism. But because of its negative overtone, experienced administrators of the portal administrators (which was known for the harsh comments of its Internet users) should have expected that comments under the article could be defamatory which, in the ECHR's opinion, obligated them to

⁵ The judgment's description is available in Polish at: http://www.obserwatorium.org/index.php?option=com_content&view=article&id=4530:etpc-wyrok-ws-delfi-as-p-estonii-&catid=41:etpcz&Itemid=53.

⁶ Paragraph 85 of the judgment.

demonstrate particular due diligence. Moreover, the measures applied by Delfi in order to prevent illegal content (e.g. automatic filtering of vulgarisms, the notice and take down comments moderation system, etc.) did not sufficiently protect against violations of the rights of other persons. In this context, the Court stressed that it was in the portal's interest to have as many comments under their articles as possible. It was an important component of Delfi's business model on which its advertising revenue and the service's operation largely depended.

Moreover, the ECHR also pointed out that it would be quite difficult for a victim of the comments to establish the authors' identity in civil proceedings and take the authors to court. It would be impossible for the victim to pursue claims against the portal and therefore, according to the ECHR, he/she would be deprived of having his/her rights protected. "The ease of disclosure of information on the Internet and the substantial amount of information there means that it is a difficult task to detect defamatory statements and remove them. This is so for an Internet news portal operator, as in the present case, but this is an even more onerous task for a potentially injured person, who would be less likely to possess resources for continual monitoring of the Internet," the Court held⁷. Finally, the Court examined the amount of compensation i.e. EUR 320 and expressed its opinion that this sum, also taking into account that the applicant company was one of the largest Internet news portals in Estonia, can by no means be considered disproportionately high.

CRITICISM OF THE JUDGEMENT

The public opinion understood the judgement as restricting the freedom of speech in the Internet⁸. Among the most common criticisms levelled against the Court was its disregard for the practice of the majority of providers who delete contents on the basis of rules found in their internal by-laws. Providers regularly monitor contents to see whether they comply with their internal by-laws and most of them do not require users to register under their real names. Most of them based their operations on post-moderation and do not delete contents prior to publication. Pre-moderation is difficult, time consuming and often de-

⁷ Paragraph 92 of the judgment.

⁸ E. Siedlecka, Po wyroku Trybunału w Strasburgu: wolna Sieć? Bez komentarza, *Gazeta Wyborcza*, 11 October 2013. The article available at: http://wyborcza.pl/1,75478,14758741,Po_wyroku_Trybunalu_w_Strasburgu__wolna_Siec__Bez.html.

lays conversations⁹. An additional obligation imposed by the provider consisting in filtering contents could result in the providers' changing their by-laws in order to force users to register under their real names. It would undercut the system which made posting comments online so popular. Anonymity is a value in itself and shouldn't be given up¹⁰.

Certainly the obligation imposed on Internet providers to filter contents and remove them is an onerous burden, especially for smaller portals. Automatic shifting of liability on providers for the contents regardless of the notice-and-take-down guarantees may lead to a rigorous moderation and control of comments as well as their excessive removal by providers to avoid liability. Portals pursuing censorship policy may shock their users and stop them from expressing their opinions on crucial issues¹¹. Moreover, the ECHR is accused of failing to notice the steps taken by the provider to remove the contents once it learnt about them. Domestic courts should take into account the provider's goodwill¹².

Commentators stress that a situation where a domestic court thoroughly ignores one of the possible legal bases of the judgement (based on European law) and replaces it with another one (based on civil law) cannot be considered to comply with the Convention's requirements¹³. A person must be unequivocally told how his/her acts will be qualified under domestic law. In the present case, the provider could have assumed that regulations on providing online service arising from the implementation of the Electronic Commerce Directive would apply¹⁴. The judgement undermines the principle of the supremacy of EU law. The Court forces Polish courts to apply domestic laws before European regulations. Moreover, this ruling seems to contradict prior case law of the Court of Justice of the European Union which held, based on cases dealing with online copyright that providers shouldn't be made to control the network preventively¹⁵.

Criticism by NGOs and commentators seems justified. The provider removed the defamatory comments after receiving notice thereof. Moreover, the case dealt

⁹ Amicus curiae briefs before the Grand Chamber of 28 organizations under Media Legal Defence Initiative's leadership, 6 June 2014, the briefs are available at: <http://www.mediadefence.org/sites/default/files/files/20140606%20Delfi%20intervention%20FINAL.pdf>.

¹⁰ L. Sun, *Battle for online freedom of Speech-Identity: Authenticity or Anonymity*, 2013.

¹¹ Amicus curiae briefs of the Helsinki Foundation for Human Rights before the Grand Chamber on 3 April 2014: http://www.obserwatorium.org/images/Delfi_opinia%20Wiek%20Izba.pdf.

¹² Amicus curiae briefs Art. 19 in the *Jeziar v. Poland* case, available at: <http://www.article19.org/data/files/medialibrary/3670/Amicus-brief-Jeziar-v-Poland-A19-submissions.pdf>.

¹³ B. Rodak, *Commentary on the ECHR judgment of 10 October 2013*, 64569/09.

¹⁴ Directive No 2000/31/WE of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce.

¹⁵ E.g. the judgment of 24 November 2011 in the *Sabam v. Scarlet* case C-70/10.

with relations between private entities. A defamed supervisory board member could exercise a number of penal and civil instruments to protect his reputation.

The Delfi judgement has already influenced the case law of Polish courts. They invoke the Court's judgement to ascribe liability to providers regardless of the existence of the Act on Providing Services by Electronic Means¹⁶. In constructing a liability regime based on other regulations (e.g. the press law) courts sometimes ignore provisions of the Act on Providing Services by Electronic Means¹⁷.

According to some commentators, the judgement can be potentially effective in cases dealing with online hate speech and "discipline" providers by increasing their engagement in fighting extreme speech¹⁸. Increasing the participation of providers in this fight seems to be one of the more adequate measures in the context of the prosecutor's office inadequate performance.

PROSECUTOR'S OFFICE FIGHTING HATE SPEECH

The prosecutor's office successes in fighting against online hate speech are doubtful. The prosecutor's office extremely rarely initiates proceedings based on Article 119 (punishable threat), 256 (incitement to racial hatred) and 257 (insulting population groups) of the Criminal Code¹⁹ against online contents. Prosecutors seldom issue an indictment as a result of their operations. According to the prosecutor's office statistical data²⁰, 835 proceedings were initiated against crimes on the grounds of racism and xenophobia in 2013. As many as 252 cases, which is around 30% of hate crimes, were committed using the Internet. Only 17 of the cases were indicted. The vast majority of cases were dismissed on the grounds that the perpetrator was not found, there were no features of a wrongful act or there was not enough evidence to justify a suspicion that an offence was committed. It

¹⁶ The Supreme Court judgment of 10 January 2014, reference 128/13.

¹⁷ Roman Giertych v. *Faki's* publisher case, the Supreme Court judgment of 10 January 2014, reference I CSK 128/13.

¹⁸ Katarzyna Warecka, Strasburg: serwis internetowy odpowiada za komentarze internautów, Komentarz do wyroku Delfi AS przeciwko Estonii (Strasbourg: a website liable for online comments; Commenting the judgement in the Delfi AS v. Estonia case).

¹⁹ Act of 6 June 1997, Journal of Laws No 88, item 553.

²⁰ Reports and statistics. Cases on the grounds of racist and xenophobic motivation heard in 2013 in organizational units of the prosecutor's office, document of 17 March 2014 available at: <http://www.pg.gov.pl/sprawozdania-i-statystyki/wyciag-ze-sprawozdania-dot-spraw-prowadzonych-w-2013r-w-jednostkach-organizacyjnych-prokuratury-z-pobudek-rasistowskich-lub-ksenofobicznych.html#VIBIOzGG9ws>.

seems that additional guidelines published by the General Prosecutor on prosecuting hate speech have not yielded the expected results.

First of all, the challenge that the Internet represents for law enforcement agencies is how to identify offenders. Many users are anonymous online. However, one must remember that anonymity in the context of hate speech is the “bad” side of the coin allowing many offenders to escape unpunished²¹.

PROVIDERS BECOME MORE INVOLVED

Undoubtedly, measures involving punishing the authors of hate speech are important, but they will help to eliminate hate speech completely. The prosecutor's office and courts should continue to act within the applicable legal provisions²². Nevertheless, intermediaries Internet providers must get involved in the fight against hate speech in order for it to be successful.

Such involvement should be reflected in wider control of access to hate speech contents in order to reduce its negative effects. And by that I do not mean blocking Internet sites but rather not adding them to the indexes of popular browsers or not enabling such contents to be disseminated online by the most popular service providers²³.

In the long run, the main players on the online service market (such as Google, Facebook or Twitter) will be able to influence other providers by setting standards and by setting up a monopoly for their services in particular online service markets. It should be noted that Facebook, a social network, deleted 75 fan pages on the basis of 223 notifications of hate speech from 11 November until 27 November 2013²⁴. However, it will be difficult for service providers to make the principles of democracy, tolerance and pluralism the most important corporate values since they depend on the diversity of the users of their services.

The process may be a long one since some providers need to change their approach. Extreme speech generates profit for online intermediaries. Some of them like the website *chamsko.pl* do not feel responsible for the distributed contents,

²¹ Adam Bodnar, Rola dostawców usług internetowych w walce z mową nienawiści, in: Dominika Bychawska-Siniarska, Dorota Głowacka, *Mowa nienawiści w internecie: jak z nią walczyć?*, Warsaw 2013, p. 52.

²² *Ibid.*, p. 54.

²³ *Ibid.*, p. 55.

²⁴ Data available on Facebook's profile: „Wielkie sprzątanie Facebooka. Stop mowie nienawiści, faszystom i agresji“ (posted on 16 December 2013): https://www.facebook.com/wielkie.sprzatanie?hc_location=timeline.

and there are not many legal instruments to counteract such practice²⁵. Moreover, providers may not want to burden themselves with additional costs of moderating or filtering their online contents. It must be stressed that a certain threat exists when it comes to portals operating in non-democratic states. Whereas big Internet providers are expected to fight hate speech, one must remember that they are driven out by their local versions (such as Yandex in Russia) which may be guided by different standards than the standards adhered to by the biggest websites which originated from democratic countries²⁶.

CONCLUSION

The ECHR's judgement in the case *Delfi v. Estonia* can make providers more liable for hate speech. The judgement seems favourable to fighting extreme speech online. However, one must bear in mind that it deserves criticism in the scope of freedom of speech in the Internet. In particular small providers, who fear liability and cannot afford professional moderators, could close their Internet fora or impose restrictions on comments.

The judgement can have a "disciplinary" effect on the websites that profit from hate speech contents. The Court underscored that earning in the Internet must be associated with increased responsibility for online contents. Yet it is too bad that the ECHR did not introduce a distinction between hate speech addressed to minorities (liable to public prosecution), where providers should become proactive as advised by the judgement in the *Delfi* case, and hate speech directed at individuals (subject to private prosecution based on regulations on personal rights protection) where providers are liable according to the notice-and-take-down procedure. If that had been the case, the judgement would have enjoyed greater acceptance among the advocates of freedom of speech as broadly understood..

²⁵ Anita Karwowska, *Bo Polak w sieci potrzebuje chamstwa*, *Metro*, Kraj, 2 April 2014, p. 2.

²⁶ A. Bodnar, *Rola dostawców ... op. cit.*, pp. 60-61.

Discussion

Agata Helena Skóra

I have a question regarding the issue raised by Prosecutor Szeroczyńska and partially by Ms. Bychawska from the Helsinki Foundation for Human Rights, when a Web portal, which in a way constitutes an editor, publishes entries containing hate speech. I wanted to refer to two examples of hate speech from the past. Before the World War II, in the territory of the Reich, Julius Streicher founded a newspaper, which in fact was a satirical newspaper but it also published comics that portrayed Jews in a very degrading way. The comics were so offensive that after the War, the Nuremberg court convicted him of crimes against humanity and the conviction was not limited by any time scopes.

The second situation began in 1990 in the territory of Rwanda. The beginning of 1990s was a period of peace preceding the implementation of Arusha Accords and the conflict began only in 1994. But before, in 1990 the Rwandan government founded a radio station and a magazine called *Kangura*, which promoted and published anti-Tutsi propaganda. In fact, the Tutsi did not constitute a separate ethnic group so they, for example, would not fall within the scope of the Polish definition of genocide. In the consecutive years the Tutsi were recognized as an ethnic group by the International Tribunal in order to enable the issuance of judgments for the killings under the definition of genocide. A group of people who operated a radio station included for instance a politician and a journalist. The journalist pleaded guilty in separate proceedings and after the war he and a person who published the newspaper were convicted for genocide and for incitement of genocide. The first instance considered the whole period of peace and war, whereas the appeals chamber significantly limited the responsibility only to the period of armed conflict. These situations raise the question. Because during the times of peace we do not really realize that everything that is published around us may have long-term consequences, for example anti-Islamic opinions, which are expressed here as we believe that we are far from the conflict, which is the case with the Middle East. Do you think that the Polish law needs a reform to include more advanced training of prosecutors and raising social awareness

concerning the possible long-term consequences of hate speech, which is now perceived as a blunder that should be forgiven? Thank you.

Yvonne Donders

I can see that someone else wants to ask the question. Please.

Łukasz Jurszczyszyn

I would like to thank you for these very interesting presentations. I have one comment and one question referring to a great speech by Dr. Małgorzata Szeroczyńska and a part concerning the rainbow. I would like to thank you for taking this problem seriously and emphasizing the importance of this Warsaw phenomenon. You also mentioned the reasons behind burning of the rainbow. I think it needs some attention as we are approaching a day that carries a significant risk for this installation and therefore, I will take the liberty of making a longer comment. You spoke about boredom as one of the reasons of such acts and in other part of your presentation you mentioned frustration. I think that frustration is too often listed as one of the causes of discriminatory, racist and hateful behaviors but also in my opinion this is a reason behind this phenomenon. There is also another important reason I wanted to talk about. The *broken windows theory*, a sociological theory from the Chicago school, which was introduced in the first half of the XX century. According to this theory, one disorder encourages another. Broken windows, examples of degradation visible in public, urban space, give rise to other examples of offence or crimes and thus, this is important to react quickly to burning of the rainbow in order for the residents of Warsaw to see it only in its original state. I would like to call on the Prosecutor's Office and the Police to act immediately in the situation like this one because last year, apart from the rainbow, which was set on fire six times already and, as you said, for different reasons, the fire was also set to the lobby of the Embassy of the Russian Federation. So this is a degradation that entails other behaviors, some of which are probably of ideological nature as you also mentioned. A year ago, the Stefan Batory Foundation once again held the meeting of Russian political scientists (...) setting the Embassy's lobby on fire was motivated by the hatred toward the Russians. This is my question. Can you tell me what the exact reasons behind this act were because as far as I know the embassy was set on fire by two young men, one of whom was not a resident of Warsaw. And another question: what was the stance of the prosecutors toward these men? Was it similar to the position taken in relation to these directors?

Paula Sawicka

I would like to refer to the presentation of Prosecutor Szeroczyńska. Thank you for discussing all aspects of the Prosecutor's work. For me as a person who is on the other side, a person who reports such incidents, this is very enlightening and I understand all the difficulties associated with the issue. But I would like to advise you against belittling the problem behind hate speech. I am aware that the grounds of the majority of notifications are probably too weak but, on the other side, I think that the phenomenon cannot be countenanced because it gives rise to a sort of acceptance toward hate speech and that requires our reaction. There is a need for any reaction from the society. I think that this social reaction is a factor that differentiates Poland from other countries faced with similar problems where such reactions are quite common. If we continue to belittle the problem then the negative phenomena will intensify. I must also disagree with the statement that there is no correlation between words and deeds. I think that the correlation exists, also in Poland. The example of Rwanda showed how words led to deeds, to killings, genocide. And the fact that we, in Poland, did not face such outcomes does not mean that there is no correlation. We can easily observe the escalation of these behaviors on 11 November. The escalation starts with words, which are followed by increasingly violent deeds. I would also like to add that a group of people participating in these acts of vandalism not only burnt the rainbow and the lobby of the embassy but also attacked and posed a serious threat to the squatters. I understand all the problems that we are facing and therefore, I would like to reflect on the matter and think of actual solutions to this problem. Education is necessary but mainly for young people. There is also a question of punishment. Maybe the development of restorative justice system will be more effective. I agree with the fact that we cannot imprison people for words because this may lead to their further demoralization.

Yvonne Donders

Thank you. I would like to ask Prosecutor Szeroczyńska to answer the questions and then another two panelists.

Małgorzata Szeroczyńska

I do not want you to get the impression that we trivialize the problem. The prosecutors approach these violations with all due seriousness. I observe my colleagues and the effort they put to finding the perpetrator who hides behind the computer screen and I can see that the quality of the indictment's justification is much higher and the measures taken to make a conviction are more extensive. I would like to show you that the prosecutors should not be perceived as a panacea for all problems. Guidelines of the Prosecution General and new responsibilities of

the prosecutors will not solve the issue. Criminal law is the ultima ratio and the policy implemented in this area should cover education, the media, and, as Ms. Bychawska already said, requirements concerning the Website administrators who should pay more attention to the quality of speech because hate speech is evil, it should be eliminated and our children should not hear, see or get used to that kind of behavior. We should take the responsibility for raising and educating a new and better generation although it is still possible to educate this one.

I would like to give you a good example of homophobic hate speech. Some time ago we received a notification through the Campaign Against Homophobia concerning an entry on the Website. We prosecute such cases as it is impossible for natural or legal persons to acquire data of perpetrators. We established that the entry was published via a computer used by a teenager. He said that it was his friends who did that. But the next day he was brought to the prosecutor's office by his mother who seized him by the ear, literally the ear. She had to hold him very hard because he was 19 years old and then, after being asked, he admitted to publishing the entry. My colleague who conducted the proceedings was not sure what to do with that case and we decided to write an indictment and then a motion for conditional discontinuance of the proceedings in order to give this teenager a lesson because if a mother decides to resort to such ways in order to raise her child, then we will support her. We share this approach but you cannot ask the prosecutors to solve all the problems. This phenomenon needs to be combated through joint efforts on many different levels. As far as 11 November and the associated events are concerned, we are facing the war between hooligans (not only from Warsaw) and the police. They found a perfect argument to start a war. It must be noted that the squatters are attacked not only on the occasion of 11 November and not only November demonstrations end with the fight against the police. The fire was set to the rainbow, to the lodge, not lobby, in front of the embassy and, earlier, to outside broadcast vans. The act of burning is very tempting and this is visible not only in Poland but also in France where riots always involve the burning of cars. So apparently this reaction is common among teenagers...or maybe not only teenagers. For me such behaviors derive from frustration and an occasion to vent the anger. I am not sure if you know this but these demonstrations are participated not only by hooligans or football supporters but also by legal counsel trainees, trainee solicitors, attorneys, directors, highly-placed persons who are anonymous in a crowd. I would not assume that the demonstrations are founded on racism or nationalism. They are treated more as something fun, an occasion to throw something at the Police. The best example of such an approach was a disturbance, which took place last year at Marszałkowska Street with Italian football supporters who reacted in the same way as their Polish rivals

when seeing the Police. I am not saying that these behaviors are acceptable but I think we should not always look for chauvinistic premise. Maybe a nationalist symbol serves as grounds for demonstration, whereas the real reason is to stir up some trouble, and football games fulfill that role. I do not know how the Regional Prosecutor's Office handled the case of those two persons you mentioned but I must add that a person who was accused of setting the lodge on fire at the very beginning was only a by-stander. It turned out that his friend pointed to him as a perpetrator on Facebook although at the time he only called him to say that he saw someone doing it. Therefore, the information provided by the media, which often show the Police making an arrest and the Prosecutor's Office releasing the person without undertaking any action, is often far from the truth. As far as the first question is concerned I agree with you that the focus is moved to entries published by the Internet users, i.e. natural persons whose influence and media potential is very weak, from persons who have the authority and are followed by others, persons who can encourage people to act and to share their views. Personally, I am in favor of prosecuting high-placed persons whose media potential is much more dangerous. And yes, we are prosecuting a woman who, by means of Twitter, offered a bottle of whisky for burning the rainbow and we will continue to prosecute such persons. The rainbow is now protected by the police and municipal guard; there is also video surveillance and sprinklers installed within the area. A recent attempt to set fire to one of the flowers ended with catching of a perpetrator and putting out the fire. The case of guards who slept during the last incident is conducted by the prosecutors as well. So, to say that we trivialize something is far from the truth. But you cannot expect us to solve every problem.

Dominika Bychawska-Siniarska

In reference to the first question concerning a line of action we should adopt, I would like to emphasize the need for broader implementation of a *notice and take down* process in relation to hate speech because, in fact, we are all entitled to ask an online host to delete hateful content. Many organizations specialize in such activities and there are also many people who report such incidents to the law enforcement authorities, without making use of the possibility provided by the act on rendering electronic services. Another issue is the engagement of Website administrators or the administrators of social networking sites. A great example of such engagement is "the cleaning of Facebook, enough of hate speech, fascism and aggression". Facebook started the action on the occasion of 11 November 2013 and gave the Internet users the possibility to report hateful comments. I think that such actions and initiatives taken on the part of administrators and entailing additional responsibility can be useful.

Hanna Machińska

I think that the similar question was asked by Doctor Chlebny. It is very important to translate the most important decisions issued in cases other than those conducted in Poland and in this regard Director Chrzanowska deserves recognition for the implementation of the initiative concerning the translation of those decisions. The translations should be forwarded to the prosecutor's office, judges, police because those groups should be familiar with European standards. Today we talked about Protocol no. 12 and I think that we should and Professor Wyrzykowski will probably conclude that there is an urgent need for the ratification of Protocol no. 12, which will constitute an effective weapon against the said crimes and other behaviors based on discrimination.

Yvonne Donders

Thank you very much. I think that we will end the last panel here. I would like to thank the organizers and translators for their help and for giving us the possibility to take part in this seminar. Special thanks to sign language interpreters who made us all feel as equal participants. Let us end with a great applause for our panelists.

Justyna Chrzanowska

Dear Participants, on behalf of the Seminar's organizers, i.e. the Minister of Foreign Affairs and the Government Plenipotentiary for Equal Treatment I would like to thank moderators, panelists for sharing their knowledge and thoughts. I would like to thank everyone for participating in the seminar and staying with us till the end. I hope that this day was productive and enriched your thinking. We would also like to diversify your experience by inviting you all to a reception taking place at 8:00 p.m. in Przewdziecki Palace located at 6 Foksal Street. Before going out please leave your headset in the room.

Once again, thank you very much. See you at dinner.

Concluding remarks

When asked by the organizers to make this honorable summary of the VIII Warsaw Seminar I knew it was going to be a challenge. The challenge lies – luckily – in the abundance of thoughts, observations, arguments, information, analyses as well as controversies arisen during speeches or discussions, including – inconvenient for competent persons – corrections of information about events (decisions) that never took place. The difficulty of making this summary is combined with great satisfaction, which we all, and especially the seminar’s organizers, feel. For it turned out that a seemingly neutral, so as not to say technical problem of equal access to law guaranteed by the European Convention, has opened the minds and hearts of the seminar’s participants. Intellectual satisfaction, also of the post-conference publication readers, derives from diligence, completeness and reliability of the presented legal solutions and their functions in relation to the protection of human rights and fundamental freedoms. The exact same approach was taken with regard to legislative omissions justified on different – political, economic, social or ideological – grounds. The same intellectual rigidity accompanies the analysis of findings of national and international judicial authorities and findings of relevant authorities monitoring compliance with human freedoms and rights, political and personal, as well as economic, social and cultural. What is important, the freedoms and rights of an individual as well as equal access to them were analyzed from many perspectives: normative, cultural, political, apprehensive, historical and economic. Individual presentations showed social, apprehensive, cultural and religious foundations portraying the strength of stereotypes and unexpected, difficult to understand from the rational point of view, attitudes. The holistic conceptualization presented the fundamental question of equal access to freedoms and rights in a multidimensional, complex and sometimes not in the least optimistic way.

The speeches once again proved the existence of an inseparable, functional relation between equality, dignity and freedom. Violation of freedom in a way leading to discrimination violates human dignity. Tackling discrimination protects

inalienable human dignity and constitutes the premises for exercising the freedom. It concerns – as it was shown by the analyses of the refugee status, access to health care, social assistance and cultural goods – all kinds of freedoms and rights.

Referents and participants of the discussion underlined the importance of compliance of the Member States of the Council of Europe with all elements of the convention order, and in particular the need to eliminate ratification backlog. The analysis of reasons in favor of ratifying Protocol 12 and reasons against the ratification shows that the substance of the international law instrument, i.e. respecting the principle of equality in relation to freedoms and human rights in its broadest possible sense, should be a primary consideration. The ratification of Protocol 12 by Croatia shows the importance of the ability to use a “ratification window” or the ability to take account of institutional, political and international circumstances as those determining the readiness of political factors in reinforcing the protection of human rights and fundamental freedoms.

This is particularly noteworthy that international instruments (norms, case law of international courts, in particular the European Court on Human Rights) have a positive impact – from legal and human perspectives – on the understanding of domestic legal norms and the method of their interpretation, and in consequence, on the intensity and scope of individual rights protection. In this context it is important to invoke the issue of refugee rights protection in Poland or the obligation of the state to provide foreigners with medical and social assistance, analyzed during the seminar. Further, I think I should emphasize the awareness of the importance to apply the international standard by national courts, its binding character and “rescue” function in situations when statutory regulations lack the explicitly expressed, e.g., the protection of family and private lives of a foreigner. There exists the need for the ability to unravel the content of convention norms, for the Convention has the yet undiscovered normative potential. But in order to achieve this effect we need legal artistry as legal craft is not enough.

Both legal craft and artistry are necessary for an adequate response of law and legal protection authorities to new phenomena, which pose a threat to human rights and freedoms, substantial social fabric and foundations of democratic order, namely the risks associated with spreading of hate speech and, in consequence, hate crimes. The presentations showed the difficulties of law enforcement authorities resulting from a legal construct of provisions governing grounds to prosecute such crimes as well as the substance of hate speech. Treating the criminal-law regulation as *ultima ratio* imposes specific obligations and the need to fix limits for public discourse on public authorities and all other entities participating in a public debate. Such limits must respect the freedom of speech and principles of

deliberative democracy and, at the same time, efficiently counter the effect of the abuse of such freedom, i.e. hate speech.

On behalf of all the participants of this Seminar I would like to offer my most sincere thanks to the organizers for the choice of subject, excellent organizational preparation and holding a seminar in line with all values expressed in the European Convention.

List of participants of VIII Warsaw Seminar

Poland

Baran Dorota – judge

Baranowska Grażyna – Poznań Human Rights Centre

Bednarczyk Bogustawa – Jagiellonian University

Bendza Igor – solicitor

Białas Jacek – Helsinki Foundation of Human Rights

Biedroń Robert – Polish Parliamentary Delegation to the Parliamentary Assembly
of the Council of Europe

Bielińska Marta – Ministry of Foreign Affairs

Bilewicz Jacek – Prosecution General

Błaszczak Anna – Office of Human Rights Defender

Bogatek Aneta – Ministry of National Defence

Boguszevska Elżbieta – Prosecution General

Borecki Paweł – University of Warsaw

Borowska Magdalena – Ministry of Foreign Affairs

Boyen Katarzyna – solicitor

Bralczyk Katarzyna – Ministry of Foreign Affairs

Brzozowska Magdalena – Ministry of Justice

Bychawska-Siniarska Dominika – Helsinki Foundation of Human Rights

Chlebny Jacek – Supreme Administrative Court

Chojnacka Magdalena – Central Training Centre of Prison Service

Chrzanowska Aleksandra – Association for Legal Intervention

Chrzanowska Justyna – Ministry of Foreign Affairs

Ciszewska Danuta – Regional Court in Koszalin

Cygan Jakub – Ministry of the Interior

Cyrson Leonard – Wielkopolska Bar Association

Czarnecka Karolina – Ministry of Foreign Affairs

Czarnecki Stanisław – Prosecution General
Czerepiński Michał – Chancellery of the Prime Minister
Czyż Magdalena – Open Republic Association
Daniszewska-Dek Zofia – Polish Bar Council
Dąbkowski Jan – Young Journalists Association „*Polis*”
Domańska Monika – Supreme Court
Drzewicki Krzysztof – Ministry of Foreign Affairs
Dybowska-Dubois Marita – solicitor
Dyszewska Agnieszka – Ministry of Foreign Affairs
Dzierżek Dorota Maria – Ministry of Health
Ferestein-Młokosiewicz Anna – Ministry of Foreign Affairs
Flemming-Kulesza Teresa – Supreme Court
Florjanowicz-Błachut Przemysław – Supreme Administrative Court
Frejak Grzegorz – Office of Human Rights Defender
Fryźlewicz Marcin – Chancellery of the Sejm; Bureau of Research
Fuszara Małgorzata – Government Plenipotentiary for Equal Treatment, Secretary of State at the Chancellery of the Prime Minister
Gąsiorowska Monika – Committee of Human Rights of the Polish Bar Council
Gontarska Marta – Institute of the Global Responsibility
Górska-Lazarz Katarzyna – Ministry of Foreign Affairs
Grzelak-Bach Katarzyna – University of Warmia and Mazury in Olsztyn
Hac Adam – Wola District Council
Holy Katarzyna – Ministry of Foreign Affairs
Jacyna Jakub – Polish Bar Council
Jagura Jarosław – Helsinki Foundation of Human Rights
Jankowska Urszula – Ministry of Sport and Tourism
Januszewicz Ewa – Centre for Europe at the University of Warsaw
Jaroń Anna – National School of Public Administration
Jarzęcka-Siwik Elżbieta – Supreme Audit Office
Jaworski Paweł – Ministry of Foreign Affairs
Józwicki Władysław – Adam Mickiewicz University in Poznań
Jurczyszyn Łukasz – University of Warsaw
Kaczmarska Marta – Ministry of Foreign Affairs
Kalandyk Monika – University of Warsaw
Kalicka-Andziak Justyna – Ministry of Foreign Affairs
Kameduła-Tomaszewska Rita – Office of the Government Plenipotentiary for Equal Treatment
Kamiński Ireneusz – Institute of Law Studies of the Polish Academy of Sciences; Helsinki Foundation of Human Rights

Kaniewska Aldona – Human Rights Commission of the National Council of Legal Advisers
Karsznicki Krzysztof – Prosecution General
Kasowska-Pedrycz Katarzyna – District Public Prosecutor’s Office Kielce-Wschód in Kielce
Każmierska Wiesława – Court of Appeal in Szczecin
Kielak Elżbieta – Anti-discrimination Education Society
Kobielski Piotr – Ministry of Foreign Affairs
Kot Tomasz – Association of Families and Friends of People with Mental Disorders “Integracja”
Kozińska Agnieszka – Ministry of Foreign Affairs
Krasuska Marta – Polish National Police
Kremer Jan – National Council of the Judiciary of Poland
Kryda Grażyna – sign language translator
Kujawa Teresa – Central Board of Prison Service
Kulikowska Marta – Supreme Administrative Court
Kulińska Zuzanna – University of Warsaw
Kurek Sebastian – Ministry of Foreign Affairs
Kurkis Ewa – Women’s Congress
Kuruś Magdalena – Office of Human Rights Defender
Laskowski Jerzy – solicitor
Leszczyński Marek – Voivodship Administrative Court in Białystok
Lewandowska-Kuraszkiewicz Henryka – judge
Lipowicz Irena – Human Rights Defender
Lipski Tomasz – Polish National Border Guard
Łakomicz Katarzyna – Office of Human Rights Defender
Łaskiewicz Krzysztof – Polish National Police
Machińska Hanna – Office of the Council of Europe in Warsaw
Malczewska Klaudia – Ministry of Foreign Affairs
Matecki Stanisław – Government Legislation Centre
Marciniak Konrad – Ministry of Foreign Affairs
Mazgajska Anna – State Treasury Solicitors’ Office
Metelska Justyna – Committee of Human Rights of the Polish Bar Council
Mężykowska Aleksandra – Ministry of Foreign Affairs
Mikołajczyk Anna – Office of Human Rights Defender
Miksa Karolina – Office of Human Rights Defender
Mroczkowska Marcelina – Ministry of Administration and Digitization
Nowak-Far Artur – Undersecretary of State at the Ministry of Foreign Affairs
Olkowicz Krzysztof – Regional Inspectorate of Prison Service in Koszalin

- Olszówka Marcin* – academic lecturer
Ołowski Przemysław – Ministry of Administration and Digitization
Orłowski Wojciech – Legislative Board
Orr Aleksandra – National School of Public Administration
Ostrowska Aneta – Families and Friends of the Homosexual Association
Owczarek Elżbieta – Senate of the Republic of Poland
Pamula Maria – Office of the United Nations High Commissioner for Refugees
in Poland
Paprocka Ada – Office of the Constitutional Tribunal
Pawlicka Magdalena – Ministry of Foreign Affairs
Pazderski Filip – Institute of Public Affairs
Perkowska Małgorzata – Office of the Government Plenipotentiary for Equal Treatment
Petryna Edyta – Prosecution General
Piątek Tomasz – Lambda Association in Warsaw
Piebak Łukasz – Polish Judges Association *Iustitia*
Pieńkawa Monika – independent expert on disability
Płończyk Katarzyna – Appellate Public Prosecutor's Office in Cracow
Pocheć Magdalena – Stefan Batory Foundation
Podgajny Łukasz – State Treasury Solicitors' Office
Podsiadło Anna – Ministry of Foreign Affairs
Pończyńska Anna – Poznań Human Rights Centre
Półtorak Nina – Supreme Administrative Court
Pruszyńska-Bielawka Ewelina – solicitor
Pudło Anna – Constitutional Tribunal
Pudzianowska Dorota – Helsinki Foundation of Human Rights
Rogalska-Piechota Agata – Ministry of Foreign Affairs
Rymś Antoni Włodzimierz – Supreme Administrative Court
Sambor Maria – Democratic Union of Woman in Gdańsk
Sawicka Paula – Open Republic Association
Sidwa Elżbieta – Prosecution General
Sięgień Jerzy – Supreme Administrative Court
Siek Iwona – Ministry of Labour and Social Policy
Skóra Agata Helena – solicitor
Skuza Małgorzata – sign language translator
Słowakiewicz Ewelina – solicitor
Słowakiewicz Robert – District Public Prosecutor's Office Kielce-WSchód in Kielce
Słupska-Uczkiewicz Bogdana – Committee of Human Rights of the Polish Bar
Council

- Smagowicz Marta* – Stefan Batory Foundation
Smulski Adam – District Public Prosecutor's Office Kielce-Wschód in Kielce
Sobkiewicz Justyna – Ministry of Justice
Sokołowski Włodzimierz – Polish National Police
Solarska Anna – Office of the Government Plenipotentiary for Equal Treatment
Struk Anna – Regional Inspectorate of Prison Service in Warsaw
Suchożebrska Eliza – Ministry of Foreign Affairs
Suprun Dariusz – Chancellery of the Prime Minister
Szafrańska Urszula – Ministry of Justice
Szczekala Agnieszka – Maria Curie-Skłodowska University in Lublin
Szeroczyńska Małgorzata – District Public Prosecutor's Office Warszawa-Śródmieście in Warsaw
Szlifirska Marta – Chancellery of the Prime Minister
Szwagierek Teresa – Regional Public Prosecutor's Office in Kielce
Szymborska Barbara – Chancellery of the Prime Minister
Świątkowski Andrzej – Jagiellonian University
Tadla Tomasz – Ministry of Foreign Affairs
Tefelski Maciej – Podlaski Voivodship Office in Białystok
Turek Piotr – District Public Prosecutor's Office Kraków Śródmieście-Wschód in Cracow
Tyman-Koc Katarzyna – Chancellery of the Prime Minister
Walentyłowicz Alicja – Regional Court in Koszalin
Wąsek-Wiaderek Małgorzata – Supreme Court
Węgrzyn Wojciech – Ministry of Justice
Wieleba Iwona – Maria Curie-Skłodowska University in Lublin
Wieruszewski Roman – Poznań Human Rights Centre
Wilk-Ilewicz Agnieszka – Supreme Administrative Court
Wiśniewski Adam – University of Gdańsk
Wróbel Radosław – Office for the Foreigners
Wyrzykowski Mirosław – European Commission against Racism and Intolerance
Zawadzka Agnieszka – Mazowiecki Voivodship Office
Ziótkowski Michał – The Institute of Law Studies of the Polish Academy of Sciences
Żarkiewicz Edyta – Voivodship Administrative Court in Gliwice

Other countries

de Castro Mota Lina – Embassy of Portugal

Donders Yvonne – University of Amsterdam

Gheorghies Iulia – Ministry of Justice of Moldova

Holck Louise – Danish Institute for Human Rights

Kotiaho Paavo – Ministry of Foreign Affairs of Finland

Lindquist Helen – Ministry of Foreign Affairs of Sweden

Michelet Martin – Embassy of Switzerland

Milner David – Council of Europe

Morariu Cristina – Ministry of Foreign Affairs of Romania

Mortier Rik – Embassy of Belgium

Odevall Emma – Ministry of Foreign Affairs of Sweden

Schwarz Sebastian – Embassy of Germany

Stažnik Štefica – Croatian Government Agent for Proceedings before the European Court of Human Rights

Tzeggai Maken – Permanent Representative of Denmark to the Council of Europe

Uzunel Cafer – Ministry of Labour of Sweden

van Rijssen Eleonore – Ministry of Foreign Affairs of the Netherlands

Wolski Alexander – Embassy of Austria

**WYSTAWA „WSZYSCY RÓWNI
– PRAWA CZŁOWIEKA OCZAMI DZIECKA”
EXHIBITION “ALL EQUAL
– HUMAN RIGHTS IN THE CHILD'S EYES”**



Kacper Dąbrowski, 11 lat / 11 years old
Szkoła Podstawowa nr 2 w Sochaczewie, klasa IV / Primary School no. 2 in Sochaczew, 4th grade



Jakub Rutkowski, 7 lat / 7 years old
Szkoła Podstawowa w Pasymiu, klasa I / Primary School in Pasym, 1st grade



Iga Szczepańska, 13 lat / 13 years old
Szkoła Podstawowa w Krasiczynie, klasa VI / Primary School Krasiczyn, 6th grade



Alicja Wojnarowska, 7 lat / 7 years old
Szkoła Podstawowa nr 5 w Dębicy, klasa I / Primary School no. 5 in Dębica, 1st grade



Nikoła Bielawska, 10 lat / 10 years old
Szkoła Podstawowa w Pasymiu, klasa III / Primary School in Pasym, 3th grade



Maria Jaczyńska, 11 lat / 11 years old
Szkoła Podstawowa w Józefowie, klasa IV / Primary School in Józefów, 4th grade



Agata Baran 10 lat / 10 years old
Szkoła Podstawowa nr 8 w Żarach, klasa III / Primary School no. 8 in Żary, 3th grade



Maciej Kocik, 10 lat / 10 years old
Niepubliczna Szkoła Podstawowa „Nasza Szkoła” w Opolu, klasa IV / "Nasza Szkoła" Non-public
Primary School in Opole, 4th grade



Anna Orlińska, 9 lat / 9 years old
Szkoła Podstawowa nr 2 w Sochaczewie, klasa IV / Primary School no. 2 in Sochaczew, 4th grade



Marek Mioduszewski, 8 lat / 8 years old
Szkoła Podstawowa nr 14 w Gdańsku, klasa I / Primary School no. 14 in Gdansk, 1st grade



Zuzanna Maćkowiak, 9 lat / 9 years old
Rydziński Ośrodek Kultury w Rydzynie, klasa III / Culture Centre in Rydzyna, 3th grade



Zofia Kręgielczak, 11 lat / 11 years old
Szkoła Podstawowa nr 2 w Gostyniu, klasa V / Primary School no. 2 in Gostyń, 5th grade



FOTOGRAFIE Z VIII SEMINARIUM WARSZAWSKIEGO
PHOTOS FROM VIII WARSAW SEMINAR



1. Wystąpienie prof. Artura Nowaka-Fara, Podsekretarza Stanu w Ministerstwie Spraw Zagranicznych / Address by Professor Artur Nowak-Far, Undersecretary of State at the Ministry of Foreign Affairs of Poland



2. Wystąpienie prof. Małgorzaty Fuszary, Pełnomocnika Rządu ds. Równego Traktowania, Sekretarza Stanu w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów / Address by Professor Małgorzata Fuszara, Government Plenipotentiary for Equal Treatment of Poland, Secretary of State at the Chancellery of the Prime Minister of Poland



3. Prelegenci Panelu I, od lewej: moderator David Milner, Dyrektoriat ds. Praw Człowieka i Praworządności Rady Europy; Łukasz Jurczyszyn, Centrum Badania Solidarności i Ruchów Społecznych IS UW, Centrum Analizy i Interwencji Socjologicznych w Paryżu; Štefica Stažnik, Pełnomocnik Rządu chorwackiego do spraw postępowań przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka i Louise Holck, Zastępca Dyrektora w Duńskim Instytucie Praw Człowieka / The speakers of Panel I, from left: moderator David Milner, Directorate General of Human Rights and Rule of Law of the Council of Europe, Łukasz Jurczyszyn, PhD, Centre for Solidarity and Social Movements Studies of Warsaw University, Centre for the Sociological Analysis and Intervention in Paris, Štefica Stažnik, Croatian Government Agent for Proceedings before the European Court of Human Rights and Louise Holck, Deputy Director at the Danish Institute for Human Rights



4. Od lewej: prof. Mirosław Wyrzykowski, Przedstawiciel Europejskiej Komisji przeciw Rasizmowi i Nietolerancji; prof. Małgorzata Fuszara, Pełnomocnik Rządu ds. Równego Traktowania, Sekretarz Stanu w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów; prof. Artur Nowak-Far, Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Spraw Zagranicznych i Prof. Irena Lipowicz, Rzecznik Praw Obywatelskich / From left: Professor Mirosław Wyrzykowski, European Commission against Racism and Intolerance, Professor Małgorzata Fuszara, Government Plenipotentiary for Equal Treatment of Poland, Secretary of State at the Chancellery of the Prime Minister of Poland, Professor Artur Nowak-Far, Undersecretary of State at the Ministry of Foreign Affairs of Poland and Professor Irena Lipowicz, Polish Human Rights Defender



5. Uczestnicy VIII Seminarium Warszawskiego / Participants of the VIII Warsaw Seminar



6. Od lewej: Štefica Stažnik, Pełnomocnik Rządu chorwackiego do spraw postępowania przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka; Robert Biedroń, przedstawiciel Delegacji Parlamentarnej RP do Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy w latach 2012-2014; Louise Holck, Zastępca Dyrektora w Duńskim Instytucie Praw Człowieka i prof. Yvonne Donders z Uniwersytetu w Amsterdamie / From left: Štefica Stažnik, Croatian Government Agent for Proceedings before the European Court of Human Rights, Robert Biedroń, representative of the Polish Parliamentary Delegation to the Parliamentary Assembly of the Council of Europe in 2012-2014, Louise Holck, Deputy Director at the Danish Institute for Human Rights and Professor Yvonne Donders from the University of Amsterdam.



7. Prelegenci Panelu II, od lewej: moderator SSN Teresa Flemming-Kulesza, Prezes Sądu Najwyższego kierująca Izbą Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych; prof. Andrzej Świątkowski, były Wiceprzewodniczący Komitetu Praw Społecznych Rady Europy; prof. Irena Lipowicz, Rzecznik Praw Obywatelskich i dr hab. Jacek Chlebny, Wiceprezes Naczelnego Sądu Administracyjnego, Prezes WSA w Warszawie / The speakers of Panel II, from left: moderator Supreme Court Justice Teresa Flemming-Kulesza, Supreme Court President of the Labour Law, Social Security and Public Affairs Chamber, Professor Andrzej Świątkowski, former Vice-President of the European Committee of Social Rights, Council of Europe, Professor Irena Lipowicz, Polish Human Rights Defender and Jacek Chlebny, PhD, Vice-President of the Supreme Administrative Court, President of the Warsaw Administrative Court



8. Pełnomocnik Rządu ds. Równego Traktowania, Sekretarz Stanu w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, prof. Małgorzata Fuszara w otoczeniu uczestniczek VIII Seminarium Warszawskiego / Government Plenipotentiary for Equal Treatment of Poland, Professor Małgorzata Fuszara among the participants of the VIII Warsaw Seminar



9. Wystąpienie prof. Mirosława Wyrzykowskiego, Przedstawiciela Europejskiej Komisji przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji, podsumowujące VIII Seminarium Warszawskie / Address by Professor Mirosław Wyrzykowski, European Commission against Racism and Intolerance, concluding the VIII Warsaw Seminar



10. Uczestnicy VIII Seminarium Warszawskiego w Sali Kolumnowej Kancelarii Prezesa Rady Ministrów / Participants of the VIII Warsaw Seminar in the Column Hall of the Chancellery of the Prime Minister



Rzeczpospolita Polska
Ministerstwo
Spraw Zagranicznych

W dniu 24 października 2014 r. odbyło się VIII Seminarium Warszawskie pod tytułem „Równość w dostępie do praw gwarantowanych w systemie Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności – aktualny stan i wyzwania”.

Seminarium zostało zorganizowane przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych w współpracy z Biurem Pełnomocnika Rządu ds. Równego Traktowania, a honorowym patronatem objął je Sekretarz Generalny Rady Europy, Pan Thorbjørn Jagland.

Seminarium stanowiło okazję do refleksji nad kwestią całkowitego zakazu dyskryminacji, wynikającą z Protokołu nr 12 do Konwencji. Dyskutowano między innymi o wyzwaniach socjologiczno-prawnych związanych z przystąpieniem do Protokołu. Poruszono również zagadnienia praw osób niepełnosprawnych i uchodźców oraz praw kulturalnych.

Konferencji towarzyszyła wyjątkowa wystawa „Wszyscy równi – prawa człowieka oczami dziecka”, stanowiąca zbiór prac nagrodzonych w konkursie plastycznym zorganizowanym wśród uczniów szkół podstawowych przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych we współpracy z Ministerstwem Edukacji Narodowej.

On the 24th October 2014 the VIII Warsaw Seminar entitled “Equal Access to Rights Guaranteed under the System of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms – Current State of Affairs and Challenges” occurred.

The conference was organised by the Ministry of Foreign Affairs in collaboration with the Government Plenipotentiary for Equal Treatment and under the auspices of the Secretary General of the Council of Europe, Mr Thorbjørn Jagland.

The Seminar provided an opportunity to reflect on the absolute prohibition of discrimination which stems from Protocol no. 12 to the Convention. Issues of its socio-legal challenges were discussed as well as the guarantees of rights of disabled persons and refugees and access to cultural rights.

The conference was accompanied by the exquisite exhibition “All Equal – human rights in the child’s eyes” featuring works awarded in a visual arts contest organised for primary school pupils by the Ministry of Foreign Affairs in collaboration with the Ministry of National Education.