

1. Zagadnienia wstępne

Analizę orzecznictwa ETPC należy rozpocząć od kwestii mocy wiążącej jego orzeczeń oraz niektórych metod interpretacji Konwencji. Rozważania te mają charakter ogólny, ale później będzie można na nich osadzić dalszy tok wywodu. ETPC, zgodnie z art. 32 EKPC, jest właściwy do rozpoznania wszystkich spraw dotyczących interpretacji i stosowania Konwencji i protokołów dodatkowych. Interpretacja i zastosowanie przepisów Konwencji zawarte w wyroku ETPC są wiążące dla państwa, przeciwko któremu zapadł wyrok (argument z art. 46 ust. 1 EKPC). Zarazem jednak przyjmuje się, że skutki wyroków ETPC nie ograniczają się do jednego państwa. Z art. 1 EKPC wynika bowiem obowiązek przestrzegania przez wszystkie państwa-strony ogólnych standardów wyznaczonych w orzecznictwie ETPC¹. Mówi się bowiem o wyrokach jako mających skutek *res interpretata*, czyli wpływających na sposób interpretowania zobowiązań wynikających z EKPC². Pamiętał o tym także TK. W jednym z jego wyroków czytamy:

Choć bowiem zgodnie z art. 46 EKPC wyroki ETPC wiążą państwo-stronę postępowania w danej sprawie, to państwa trzecie, które są stroną EKPC, powinny dążyć do ukształtowania systemu ochrony praw człowieka w taki sposób, aby w jak najpełniejszym zakresie uwzględniać standardy wypracowane w orzecznictwie ETPC na gruncie EKPC³.

Z tego względu w dalszych rozważaniach zasadne będą szerokie odwołania do orzeczeń zapadłych przeciwko innym państwom. Posłużą one odniesieniu do realiów polskiego systemu

¹ A. Krzywoń, w: W. Brzozowski, A. Krzywoń, M. Wiącek, *Prawa człowieka*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, s. 85–86; pośrednio także wyrok ETPC z 26.04.2007, *Dumitru Popescu c. Roumanie* (No. 2), nr 71525/01, § 103.

² A. Bodnar, *Wykonywanie orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Polsce. Wymiar instytucjonalny*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018, s. 141 i n.

³ Wyrok TK z 19.07.2011, K 11/10, § 66.

prawnego ogólnych wymogów wynikających z orzeczeń ETPC, które zapadły w podobnych sprawach.

Europejski Trybunał Praw Człowieka w ciągu wielu lat rozwinął kilka specyficznych instrumentów interpretacyjnych⁴, a w orzecznictwie opierał się także na kanonach interpretacji umów międzynarodowych wysłowionych przez art. 31–33 KWPT⁵. Jako że celem i przedmiotem Konwencji jest ochrona praw człowieka, a umowy międzynarodowe należy interpretować zgodnie z ich przedmiotem i celem (art. 31 ust. 1 KWPT), Konwencja musi gwarantować prawa praktyczne i skuteczne⁶. Potrzeba zapewnienia efektywności praw uzasadnia także rozumienie pojęć użytych w Konwencji autonomicznie⁷, a nie przez pryzmat prawa krajowego. Na gruncie spraw karnych, w rozumieniu Konwencji, szczególnie silnie podkreślano konieczność autonomicznej wykładni. W wyroku *Öztürk* czytamy:

⁴ Takich jak: *living instrument* czy *margin of appreciation*; syntetycznie o interpretacji ETPC: M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 285–304.

⁵ Po raz pierwszy (i to nawet przed wejściem Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów w życie, uznając, że Konwencja ta stanowi tylko kodyfikację sposobów wykładni umów międzynarodowych) w wyroku ETPC z 21.02.1975, *Golder v. the United Kingdom*, nr 4451/70, § 29. W nowszym orzecznictwie przykładowo wyrok ETPC z 8.11.2016, *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, nr 18030/11, § 118.

⁶ Przykładowo wyrok ETPC z 8.11.2016, *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, nr 18030/11, § 119–121. W istocie typowym (choć w różnych wariacjach) *passusem* w uzasadnieniu orzeczenia jest: „The court reiterates that the Convention must be interpreted and applied in such a way to guarantee rights that are practical and effective, not theoretical and illusory” („Trybunał podkreśla, że Konwencja musi być interpretowana i stosowana w taki sposób, aby zagwarantować prawa praktyczne i skuteczne, a nie teoretyczne i iluzoryczne”). Warto podkreślić, że na hasło *practical and effective* baza orzecznictwa HUDOC na dzień 26.07.2022 podaje 1227 orzeczeń z takimi wyrazami (które występować mogą w zasadzie tylko w wyżej wymienionym kontekście).

⁷ Krótką, przykładową listę najważniejszych podaje M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej...*, s. 294. Wydaje się, że trudno znaleźć wyrażenie w Konwencji, które nie powinno być interpretowane autonomicznie. Interesujące na tym tle są zastrzeżenia składane do Protokołu nr 7 do Konwencji przez niektóre państwa. Ich intencją było, aby wyrażenie „postępowanie karne” z art. 4 ust. 1 Protokołu nr 7 było interpretowane jako ograniczające się do postępowania karnego w rozumieniu prawa krajowego. Por. wyrok ETPC z 15.11.2016, *A and B v. Norway*, nr 24130/11 i in., § 117.

Gdyby państwa-strony mogły klasyfikować naruszenia prawa jako „regulacyjne”, a nie kryminalne, aby wyłączyć zastosowanie fundamentalnych norm artykułów 6 i 7, stosowanie tych przepisów byłoby uzależnione od suwerennej woli tych państw. Tak daleko posunięta swoboda mogłaby prowadzić do rezultatów niezgodnych z przedmiotem i celem Konwencji⁸.

Należy zaznaczyć, że postulat zapewnienia praw praktycznych i skutecznych oznacza nie tylko wykładnię autonomiczną, lecz także możliwie szeroką interpretację pojęć wyrażen użytych w Konwencji, w szczególności tych odnoszących się do zakresu jej zastosowania (co przekłada się na zapewnienie możliwie szerokiej jurysdykcji Trybunału *ratione materiae*)⁹.

Z pewnością centralnym punktem gwarancji dla spraw karanych w EKPC są art. 6 i art. 7, jednak na potrzeby niniejszego opracowania musimy również uwzględnić treść innych przepisów konwencyjnych. W jakiś sposób do karania odnoszą się także następujące fragmenty Konwencji: art. 2 ust. 1 zd. 2 (zagadnienie kary śmierci jest przy tym przedmiotem wyłącznego zainteresowania Protokołów nr 6 i nr 13), art. 3, art. 5 ust. 1 lit. a i c oraz art. 5 ust. 2 (z art. 5 jest z kolei powiązany art. 4 ust. 1 lit. a), art. 1 Protokołu nr 1, art. 2, 3 i 4 Protokołu nr 7. Już w warstwie tekstualnej przepisy te posługują się wyrażeniami charakterystycznymi dla prawa karnego¹⁰. Szczególnie często pojawiają się słowa: „skazanie” lub „wyrok skazujący” (ang. *conviction, convicted*, fr. *condamnation*), „czyn zagrożony karą” lub „przestępstwo” [ang. (*criminal*) *offence*, fr. *infraction*], „kara” lub „karanie” (ang. *penalty, punishment*, fr. *peine*) oraz „oskarżenie” lub „zarzuty” [ang. (*criminal*) *charge*, fr. *accusation*]¹¹.

⁸ Wyrok ETPC z 21.02.1984, *Öztürk v. Germany*, nr 8544/79, § 49; podobnie wyrok ETPC z 8.06.1976, *Engel and Others v. the Netherlands*, nr 5100/71 i in., § 81.

⁹ Np. w wyroku z 26.04.2016, *İzzettin Doğan and Others v. Turkey*, nr 62649/10, § 114, ETPC zdaje się sugerować, że pojęcie „wyznania” z art. 9 EKPC powinno być interpretowane możliwie szeroko, aby zapewnić efektywność Konwencji.

¹⁰ Szczegółowy spis tych zwrotów zawiera tabela oznaczona jako załącznik nr 1.

¹¹ Spójniki „lub” w tym zdaniu sugerują jedynie, że tłumacze z języków autentycznych na język polski niezbyt konsekwentnie trzymają się form w tekstach autentycznych. Ścisłe tłumaczenie na język polski utrudnia także fakt, że między samymi tekstami autentycznymi czasami zachodzą różnice. Nie zmienia to jednak konkluzji, że w obydwu tekstach autentycznych widać pokrewieństwo etymologiczne

Z wymogiem efektywności wiąże się niekiedy także wymóg wykładni systemowej, tj. interpretacji wyrażen użytych w umowie międzynarodowej w kontekście, który obejmuje m.in. cały tekst traktatu wraz ze wstępem i załącznikami (art. 31 ust. 1–2 KWPT). Z tego względu ETPC wielokrotnie wypowiadał twierdzenie, że: „Konwencja musi być odczytywana jako całość i interpretowana tak, aby promować wewnętrzną spójność i harmonię między jej różnymi przepisami”¹². Trybunał przesądził także (a znacznie częściej przyjmował *implicite*), że: „stwierdzenie, co stanowi «karę», nie może się różnić w ramach różnych przepisów Konwencji” („the notion of what constitutes «a penalty» cannot vary from one Convention provision to another”)¹³. Centralnym punktem dla stwierdzenia, co stanowi karę, zdają się być – sformułowane już wiele lat temu na gruncie terminu „oskarżenie w sprawie karnej” (art. 6 ust. 1 EKPC) – kryteria ze sprawy *Engel*¹⁴.

Należy przyjąć, że sformułowanie: „oskarżenie w sprawie karnej” z art. 6 ust. 1 EKPC rozciąga się na pozostałe ustępy tego artykułu¹⁵. W sprawie *Paksas* z kolei wypowiedziano pogląd, że jeżeli postępowanie (*in concreto* impeachment) nie stanowi „oskarżenia w sprawie karnej” (art. 6 ust. 1 EKPC), to nie znajdują

poszczególnych wyrazów (np. *charge*, *accusation* jako „oskarżenie” i *charged*, *accusée* jako „oskarżony”).

¹² Wyroki ETPC: z 29.01.2008, *Saadi v. the United Kingdom*, nr 13229/03, § 62; z 7.01.2010, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, nr 25965/04, § 274; z 8.11.2016, *Magyar Helsinki Bizottság v. Hungary*, nr 18030/11, § 120.

¹³ Wyrok ETPC z 2.07.2002, *Göktaş v. France*, nr 33402/96, § 48; postanowienie ETPC z 28.06.2011, *Het Financieele Dagblad B.v. v. the Netherlands*, nr 577/11, § 64; podobnie także wyrok ETPC z 23.07.2009, *Bowler International Unit c. France*, nr 1946/06, § 66.

¹⁴ Wyrok ETPC z 8.06.1976, *Engel and Others v. the Netherlands*, nr 5100/71 i in., § 82. Warto zaznaczyć, że w orzecznictwie ETPC zdarzały się niekonsekwencje i odstępstwa w stosowaniu kryteriów *Engel* oraz sformułowanie alternatywnych kryteriów na gruncie art. 7 EKPC (które nazywam kryteriami *Welch* i które szczegółowo omówię w dalszej części niniejszej pracy).

¹⁵ Łączne stwierdzenie dopuszczalności na gruncie ust. 1 i ust. 3 – np. wyrok ETPC z 10.06.1996, *Benham v. the United Kingdom*, nr 19380/92, § 56; ponadto *implicite* wyroki ETPC: z 9.06.2011, *Luchaninova v. Ukraine*, nr 16347/02, § 39 i 51; z 19.11.2015, *Mikhaylova v. Russia*, nr 46998/08, § 51 i n. W ramach ust. 2 *explicite* wyroki ETPC: z 20.12.2011, *G.C.P. v. Romania*, nr 20899/03, § 38–42; z 18.12.2014, *N.A. v. Norway*, nr 27473/11, § 40 i n. oraz orzecznictwo szeroko tam przytaczane.

do niego także zastosowania przepisy art. 6 ust. 2 czy art. 7 EKPC oraz art. 4 Protokołu nr 7¹⁶. Nawet w kontrowersyjnym wyroku, bardzo osłabiającym zasadę *ne bis in idem*, Trybunał nie odszedł jednak od stosowania kryteriów *Engel* przy stosowaniu art. 4 Protokołu nr 7¹⁷.

Mimo że kryteria *Engel* początkowo odnosiły się do spraw „karnych” na gruncie art. 6 ust. 1 EKPC, mają one zastosowanie do oceny zakresu art. 7 EKPC¹⁸ (choć warto zaznaczyć, że pojawiły się także inne kryteria w ramach art. 7 EKPC, które zostaną omówione niżej). Oceny prawa do odwołania w sprawach karnych (art. 2 Protokołu nr 7) dokonuje się także przy użyciu tych kryteriów¹⁹. Należy też przypuszczać, że te same kryteria będzie się stosować do art. 3 Protokołu nr 7²⁰. Trybunał stwierdza też, że z porównania art. 5 ust. 1 lit. a oraz art. 6 ust. 2 i art. 7 ust. 1 EKPC wynika, iż nie ma „skazania”, dopóki nie stwierdzono, że dokonano przestępstwa (lub przewinienia dyscyplinarnego) i nie przypisano winy konkretnej osobie²¹. Należy zaznaczyć,

¹⁶ Wyrok ETPC z 6.01.2011, *Paksas v. Lithuania*, nr 34932/04, § 67–68; co do zastosowania kryteriów z art. 6 i art. 7 EKPC do art. 4 Protokołu nr 7 zob. także wyrok ETPC z 10.02.2009, *Sergey Zolotukhin v. Russia*, nr 14939/03, § 52–53 i szeroko przywoływane tam orzecznictwo. Por. także w najnowszym orzecznictwie wyrok ETPC z 4.06.2019, *Rola v. Slovenia*, nr 12096/14 i in., § 54.

¹⁷ Wyrok ETPC z 15.11.2016, *A and B v. Norway*, nr 24130/11 i in., § 105–107.

¹⁸ Wyrok ETPC z 4.10.2016, *Žaja v. Croatia*, nr 37462/09, § 86. Zob. także wyroki ETPC: z 29.06.2004, *Doğan and Others v. Turkey*, nr 8803/02 i in., § 126; z 15.05.2008, *Nadtochiy v. Ukraine*, nr 7460/03, § 32; z 23.07.2009, *Bowler International Unit c. France*, nr 1946/06, § 66–67; postanowienie ETPC z 17.05.2016, *Société Oxygène Plus c. France*, nr 76959/11, § 43.

¹⁹ Wyroki ETPC: z 6.09.2005, *Gurepka v. Ukraine*, nr 61406/00, § 55; z 31.07.2007, *Zaicevs v. Latvia*, nr 65022/01, § 53; z 30.06.2020, *Saqueti Iglesias c. Espagne*, nr 50514/13, § 22.

²⁰ Orzecznictwo w tym zakresie jest dość skąpe. Jedynie pośrednio wskazuje na to postanowienie ETPC z 11.10.2005, *Shykta c. Ukraine*, nr 67092/01, § 4. Wydaje się jednak, że użycie wyrazów: „skazanemu”, „przestępstwo” lub „kara”, sugeruje, że istnieją powiązania z art. 6 i art. 7 EKPC. Tak też P. Hofmański, w: *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz*, t. II, red. L. Garlicki, C.H. Beck, Warszawa 2011, s. 644–645.

²¹ Wyrok ETPC z 29.10.2013, *Varvara v. Italy*, nr 17475/09, § 69, wraz z powołaniem się na wyrok ETPC z 8.06.1976, *Engel and Others v. the Netherlands*, nr 5100/71 i in., § 68; zob. także wyroki ETPC: z 15.11.2007, *Galstyan v. Armenia*, nr 26986/03, § 46–49; z 17.12.2009, *M. v. Germany*, nr 19359/04, § 87; z najnowszego orzecznictwa: wyrok ETPC z 8.10.2019, *Balsamo v. San Marino*, nr 20319/17 i in., § 58.

że wymiar art. 5 ust. 1 lit. a jest szerszy, albowiem obejmuje także „skazanie” w postępowaniu dyscyplinarnym; wyraźny jest jednak związek kryteriów *Engel* także z tą jednostką redakcyjną Konwencji. Można więc przyjąć tezę, że w każdym przypadku, gdy sprawa miała charakter karny (w rozumieniu art. 6 ust. 1 EKPC) i zakończyła się wymierzeniem środka izolacyjnego po przypisaniu sprawcy winy, będziemy mieli do czynienia ze „skazaniem” (w rozumieniu art. 5 ust. 1 lit. a EKPC). Także „zatrzymanie”, którego dotyczą art. 5 ust. 1 lit. c i art. 5 ust. 2 EKPC, zdaje się wpisywać w pewien schemat sprawy karnej; ujawniają się bowiem powiązania językowe między tymi przepisami i art. 6 EKPC. W art. 5 ust. 1 lit. c jest bowiem mowa o „czynie zagrożonym karą” (ang. *offence*), a w art. 5 ust. 2 EKPC o „zarzucie” (ang. *charge*). Te same wyrażenia występują w art. 6 EKPC.

Wydaje się zatem, że można postawić tezę, iż Konwencja kształtuje pewien pożądany model (przebieg²²) postępowania karnego, typowy dla demokratycznych państw Europy w XX wieku. Najpierw dochodzi do popełnienia czynu zabronionego (art. 7 ust. 1 EKPC). Następnie przeciwko sprawcy zostaje wytoczone oskarżenie²³ w sprawie karnej (art. 6 ust. 1 EKPC). Oskarżony może zostać aresztowany (art. 5 ust. 1 lit. c EKPC), ale powinien być poinformowany o zarzutach (art. 5 ust. 2 EKPC), a następnie postawiony przed sądem (art. 5 ust. 3 EKPC). Od chwili wytoczenia oskarżenia obowiązuje domniemanie niewinności (art. 6 ust. 2 EKPC)²⁴, a oskarżonemu przysługują prawa

²² Schemat przebiegu postępowania karnego według Konwencji (z pewnymi uproszczeniami) obrazuje załącznik nr 2. Oczywiście schemat nie przedstawia jakiegś rewolucyjnej wiedzy (tak bowiem wygląda typowe postępowanie karne w państwach europejskich). Uświadamia nam jednak, że wszystkie artykuły „karne” (art. 6 i art. 7 EKPC i art. 2–4 Protokołu nr 7, a także niektóre fragmenty art. 5 EKPC) są ze sobą połączone i tylko rozpatrywane łącznie pozwalają osiągnąć harmonię.

²³ Pojęcie „oskarżenia” także ma charakter autonomiczny i ma szczególne znaczenie przy określeniu momentu początku postępowania karnego. Nie jest to jednak w zasadzie przedmiotem niniejszej pracy, a zainteresowanych można odesłać do: M. Wąsek-Wiaderek, *Autonomiczne rozumienie pojęcia „oskarżenie” jako wyznacznik zakresu konwencyjnej ochrony bierniej strony procesowej*, w: *System Prawa Karnego Procesowego*, t. VI, *Strony i inni uczestnicy postępowania karnego*, red. C. Kulesza, P. Hofmański, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 532–537.

²⁴ Przy założeniu, że pojęcie „oskarżenia” rozumiemy w sposób funkcjonalny (*substantive*), a nie formalny. Zob. wyrok ETPC z 20.12.2011, *G.C.P. v. Romania*,

obrony (art. 6 ust. 3 EKPC). Powinno także dojść do szybkiego, sprawiedliwego i publicznego rozpatrzenia sprawy przez niezawisły i bezstronny sąd ustanowiony ustawą (art. 6 ust. 1 EKPC). Następnie dochodzi do zakończenia postępowania – albo uniewinnieniem, albo przypisaniem winy wraz z oznaczeniem wymiaru kary (skazaniem)²⁵. Jeżeli decyzja kończąca postępowanie stanie się prawomocna, aktualizują się powaga rzeczy osądzonej oraz zakaz ponownego ścigania i karania (art. 4 Protokołu nr 7). W razie przypisania winy ustaje domniemanie niewinności. Sąd nie może przypisać winy, jeżeli czyn nie był zagrożony karą w chwili jego popełnienia (art. 7 ust. 1 EKPC). Zarówno od przypisania winy, jak i wymiaru kary oskarżony ma prawo się odwoływać (art. 2 Protokołu nr 7). Wymierzenie kary stanowi podstawę do pozbawienia wolności (art. 5 ust. 1 lit. a EKPC). Jeżeli doszło do pomyłki sądowej, a skazany odbył karę, to ma on prawo do kompensacji (art. 3 Protokołu nr 7).

Należało zaprezentować ten model, aby potwierdzić konieczność holistycznego podejścia do interpretacji Konwencji w duchu wewnętrznej spójności. Ponadto warto także wskazać, że nieobecność jednego z elementów tak skonstruowanego postępowania, poprzedzających karanie, nie dezaktualizuje gwarancji z nim związanych²⁶. Warto te kwestie omówić na przykładach. Czy jeżeli dany środek prawny jest stosowany jako reakcja na coś, co nie

nr 20899/13, § 38. W sprawie tej rząd rumuński próbował uwolnić się od odpowiedzialności za wypowiedzi prokuratorów przed formalnym postawieniem skarżącemu zarzutów, ETPC uznał jednak, że już wówczas skarżący był „oskarżonym”.

²⁵ Rozróżnienie między przypisaniem winy a wymierzeniem kary ma w polskim systemie prawnym mniejsze znaczenie, aczkolwiek w systemie anglosaskim przy udziale ławy przysięgłych regułą jest, że najpierw ława przysięgłych przypisuje winę, a następnie sędzia wymierza karę.

²⁶ Należy wspomnieć o tym dlatego, że TK, niestety, miał skłonność do wyprowadzania odmiennych wniosków. Warto tu wspomnieć o wyroku TK z 21.10.2015, P 32/12. Przyjęto w nim, że ponieważ kara pieniężna z art. 89 ustawy z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (obecnie tekst jedn. Dz.U. z 2022 r. poz. 888 ze zm.) nie jest wymierzana na zasadzie winy, to nie stosuje się do niej art. 42 Konstytucji RP, czyli także zasady *nullum crimen sine culpa* (czego już TK nie zauważył). W konsekwencji wciągnięto to, co powinno być wnioskiem, do przesłanek, co doprowadziło do sformułowania (w mojej ocenie) błędnych konkluzji.

jest czynem, to czy można mówić o karaniu i odnosić do takiego postępowania kryteria *Engel*? Wydaje się, że tak. Po pierwsze, dlatego, że kryteria *Engel* są skupione na karaniu – mniej na tym, co jest podstawą (przesłanką) tego karania (co pokażę później). Po drugie, warto przytoczyć argument *a fortiori*. Skoro nie można karać za działanie lub zaniechanie, niebędące czynem zabronionym pod groźbą kary w chwili tego działania lub zaniechania, to tym bardziej nie można karać za coś, co nie było nawet czynem. Wreszcie po trzecie, odmienne stwierdzenie pozwalałoby na odpowiedzialność zbiorową, penalizowanie myśli czy właściwości człowieka, z czym zresztą zetknęliśmy się w toku rozwoju historycznego²⁷. Problem ten powrócił na gruncie spraw włoskich, w których orzekano o przypadku nielegalnie nabytego lub zabudowanego gruntu, niezależnie od obecnego statusu właścicielskiego i niezależnie od tego, czy przeciwko obecnym właścicielom przeprowadzono postępowanie karne²⁸. W rozstrzygających te sprawy wyrokach ETPC stwierdzono, że aby nałożyć karę, konieczne jest przeprowadzenie postępowania oraz przypisanie sprawstwa temu, na którego taka kara ma być nałożona (a następnie faktycznie skazanie na tę karę); w innym przypadku karanie będzie pozbawione sensu²⁹. Nikt nie może być bowiem skazany za przestępstwo popełnione przez innego³⁰. Przypisanie odpowiedzialności karnej musi z kolei odbyć się po postępowaniu zgodnym z art. 6 EKPC³¹. Nie można też pozbawić człowieka wolności (art. 5 ust. 1 lit. a EKPC), jeżeli

²⁷ Przykładowo w Rosji Radzieckiej na początkowym etapie odrzucono zupełnie zasadę *nullum crimen sine lege*. Por. A. Lityński, *Prawo Rosji i ZSRR 1917–1991, czyli historia wszechzwiązkowego komunistycznego prawa (bolszewików)*. Krótki kurs, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 122 i 128.

²⁸ Wyroki ETPC: z 20.01.2009, *Sud Fondi S.r.l. et autres c. Italie*, nr 75909/01; z 29.10.2013, *Varvara v. Italy*, nr 17475/09; z 28.06.2018, *G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy*, nr 1828/06 i in.

²⁹ Wyroki ETPC: z 20.01.2009, *Sud Fondi S.r.l. et autres c. Italie*, nr 75909/01, § 116; z 29.10.2013, *Varvara v. Italy*, nr 17475/09, § 71.

³⁰ Wyrok ETPC z 29.10.2013, *Varvara v. Italy*, nr 17475/09, § 66.

³¹ Wyrok ETPC z 28.06.2018, *G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy*, nr 1828/06 i in., § 252. Na taką konkluzję wskazuje także § 309 tego orzeczenia, w którym stwierdzono, że nie trzeba oddzielnego badania sprawy pod kątem art. 6 EKPC, skoro kwestie te zostały w zasadzie zbadane na gruncie art. 7 EKPC i art. 1 Protokołu nr 1 (i stwierdzono naruszenia).

nie doszło do przypisania odpowiedzialności karnej (względnie dyscyplinarnej)³².

Przytoczone argumenty potwierdzają zatem konieczność skoncentrowania się na analizie zakresu zastosowania norm „karnych” Konwencji, tj. norm, które odnoszą się do odpowiedzialności karnej, na samej czynności karania. Ta czynność jest centrum każdej sprawy karnej. Nawet jeżeli nie dojdzie do skazania (tzn. do faktycznego aktu karania), „sprawę karną” należy postrzegać właśnie przez to, że do karania może dojść, że kara może być wymierzona. Zostanie to zresztą bliżej zbadane także podczas analizy kryteriów *Engel*.

2. O kryteriach *Engel* w ogólności

Jeżeli chodzi o kryteria *Engel*, to były one sformułowane w sprawie dotyczącej oceny zgodności z prawami człowieka kilkudniowych kar aresztu dla wojskowych wymierzanych przez dowódcę oddziału, zaklasyfikowanych jako dyscyplinarne w prawie wewnętrznym. Warto zacytować długi passus z wyroku ETPC w tej sprawie, aby prześledzić przesłanki, które doprowadziły do sformułowania kryteriów, a także ich brzmienie. Czytamy:

Czy artykuł 6 przestaje mieć zastosowanie tylko dlatego, że organy państwa-strony klasyfikują czyn i przewinienie jako dyscyplinarne, czy raczej ma zastosowanie [art. 6 – dop. E.Ś.] niezależnie od klasyfikacji [w prawie krajowym – dop. E.Ś.]? [...] Już w wyroku *Neumeister* z 27 czerwca 1968 r.³³ Trybunał uznał, że słowo „oskarżenie” musi być rozumiane „na gruncie Konwencji” [...] Zagadnienie „autonomii” pojęcia „karny” niekoniecznie może być rozwiązane w ten sam sposób. Konwencja bez wątpienia pozwala państwom-stronom w wykonywaniu ich funkcji strażników interesu publicznego na rozgraniczenie między prawem karnym i prawem dyscyplinarnym. [...] Jeżeli państwa-strony mogłyby dyskrecjonalnie kwalifikować czyny jako przewinienia dyscyplinarne, a nie przestępstwa, i ścigać taką osobę na gruncie prawa dyscyplinarnego, a nie karnego, zastosowanie fundamentalnych norm art. 6 i art. 7 byłoby zależne od ich suwerennej

³² Taki wniosek zdaje się wynikać z passusu w wyroku ETPC z 29.10.2013, *Varvara v. Italy*, nr 17475/09, § 69.

³³ Trybunał odnosi się w tym miejscu do wyroku ETPC z 27.06.1968, *Neumeister v. Austria*, nr 1936/63.

woli. Tak daleko posunięta swoboda mogłaby prowadzić do rezultatów niezgodnych z przedmiotem i celem Konwencji. [...] Po pierwsze, trzeba się dowiedzieć, czy przepis definiujący czyn zabroniony należy – według systemu prawnego państwa-strony – do prawa karnego, do prawa dyscyplinarnego, czy do obydwu jednocześnie. Jest to jednak tylko nic więcej jak punkt wyjścia. Wnioski tak ustalone mają jedynie formalną i względną wartość i muszą być poddane [dalszemu – dop. E.Ś.] badaniu za pomocą wspólnego mianownika dla różnych ustawodawstw różnych państw-stron. Sama natura przewinienia [ang. *very nature of the offence* – dop. E.Ś.] jest czynnikiem o większej wadze. Kiedy żołnierz zostaje oskarżony o czyn, który łamie normy ustalające funkcjonowanie sił zbrojnych, państwo może w zasadzie stosować przeciwko niemu prawo dyscyplinarne, a nie prawo karne. [...] Kontrola Trybunału jednak nie kończy się w tym miejscu. Kontrola byłaby iluzoryczna, jeżeli nie brałaby pod uwagę także poziomu surowości grożącej kary. W społeczeństwie przestrzegającym rządów prawa kara pozbawienia wolności przynależy do sfery „karnej”, z wyłączeniem takich kar, które przez swoją naturę, długość lub rodzaj wykonywania nie mogą być uznawane za wystarczająco szkodliwe³⁴.

Jak wynika zatem z zacytowanego fragmentu, kryteria kwalifikowania sprawy jako „karnej” w rozumieniu Konwencji są trzy: zaszeregowanie w systemie prawa krajowego, natura przewinienia oraz surowość kary. Warto zaznaczyć, że analiza powinna przebiegać właśnie w takiej kolejności. Gdy sprawa jest prowadzona o przestępstwo w myśl prawa krajowego (spełnia pierwsze kryterium), nie ma potrzeby badania następnych kryteriów. Zresztą wówczas Trybunał często pomija w ogóle wątek kryteriów *Engel* w pisemnym uzasadnieniu. Jeżeli zaś Trybunał prowadzi analizę *explicite* pod kątem kryteriów *Engel*, to zazwyczaj używa wszystkich trzech kryteriów, niezależnie od tego, jak wypada test przy pierwszym czy nawet drugim kryterium³⁵.

Wracając do kwestii kolejności weryfikacji kryteriów kwalifikowania sprawy jako „karnej” – jeżeli drugie kryterium jest spełnione, nie ma potrzeby sięgania do trzeciego, albowiem nawet relatywnie niska grożąca kara nie jest w stanie usunąć danej sprawy spod gwarancji art. 6 EKPC, gdy tylko drugie kryterium

³⁴ Wyrok ETPC z 8.06.1976, *Engel and Others v. the Netherlands*, nr 5100/71 i in., § 80–82.

³⁵ Zob. np. wyrok ETPC z 28.06.2018, *G.I.E.M. S.r.l. and Others v. Italy*, nr 1828/06 i in., § 220–227, gdzie stwierdzono już spełnienie pierwszego kryterium, ale prowadzono analizę dalej.