

Elżbieta H. Morawska*

**NALEŻYTA STARANNOŚĆ
W KONTEKŚCIE UŻYCIA SIŁY ŚMIERCIONOŚNEJ
W PORZĄDKU PRAWNYM
EUROPEJSKIEJ KONWENCJI PRAW CZŁOWIEKA**

1. W powszechnej ocenie Europejska Konwencja Praw Człowieka (Konwencja, EKPC)¹ stanowi podstawę traktatową jednego z najbardziej efektywnych na świecie systemów ochrony praw człowieka². *Travaux Préparatoires* pokazują, że idea europejskiego traktatu praw człowieka i podstawowych wolności, połączonego z mechanizmem „zapewnienia poszanowania zobowiązań wynikających dla Wysokich Układających się Stron z Konwencji”, na czele z Europejską Komisją Praw Człowieka (Komisja, EKomPC)³ i Europejskim Trybunałem Praw Człowieka (Trybunał, ETPC)⁴,

* Doktor habilitowana nauk prawnych, Wydział Praw i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie. E-mail: e.morawska@uksw.edu.pl

¹ Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms/Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (CETS No. 005); Konwencja została otwarta do podpisu w Rzymie 4.11.1950 r., a po uzyskaniu wymaganych dziesięciu ratyfikacji weszła w życie 3.09.1953 r. Polska ratyfikowała EKPC 19.01.1993 r., weszła ona w życie wobec Polski 19.01.1993 r. (Dz. U. Nr 61, poz. 284).

² H. Keller, A.S. Sweet, *A Europe of rights. The impact of the ECHR on National Legal System*, Oxford 2008, s. 3.

³ W następstwie zmian wprowadzonych Protokołem nr 11 do Konwencji (*Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, restricting the control machinery established thereby*). Trybunał stał się jedynym i działającym w pełnym wymiarze czasu organem orzecznictwem Konwencji. Został on otwarty do podpisu 11.05.1994 r., a wszedł w życie 1.11.1998 r. (ETS: No. 155; Dz. U. Nr 147, poz. 962); w odniesieniu do okoliczności wprowadzenia tego protokołu zob. B. Gronowska, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. W poszukiwaniu efektywnej ochrony praw jednostki*, Toruń 2011, s. 47; podobnie *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, t. 2, *Komentarz do artykułów 19–59 oraz do Protokołów dodatkowych*, red. L. Garlicki, Warszawa 2011, s. 5 i nast.

⁴ Należy zaznaczyć, że mechanizm ten jest ściśle połączony z mechanizmem nadzoru nad wykonywaniem przez państwa-strony Konwencji wyroków Trybunału. Zgodnie z art. 46 EKPC nadzór ten sprawuje Komitet Ministrów Rady Europy.

miała swe źródła w głębokim przekonaniu o realnym zagrożeniu wspólnych wartości demokratycznych w powojennej Europie⁵. W pierwszej kolejności wynikało ono z dramatycznych wydarzeń II wojny światowej, nacechowanych niewyobrażalną pogardą dla życia i ludzkiej godności w zatrważającej skali⁶. Dlatego system Konwencji miał stanowić swego rodzaju system alarmowy, który miał zapobiegać i ostrzegać państwa przed wejściem na „drogę, która może prowadzić (...) nawet do Buchenwaldu i Dachau”⁷. Z drugiej zaś strony to poczucie zagrożenia potęgowane było coraz silniejszą pozycją Związku Radzieckiego i „rozprzestrzenianiem się komunizmu” w Europie⁸. Dlatego pracom przygotowawczym towarzyszyła, jak to określił A. Moravcsik „obawa przed powrotem faszyzmu czy, w istocie, lęk przed nadchodzącym komunizmem”⁹. Z tych powodów Konwencja została zaprojektowana jako prawnie wiążący instrument zbiorowej gwarancji (*collective enforcement*) praw człowieka i podstawowych wolności¹⁰.

2. W świetle tych uwag zrozumiałe jest, że art. 2 EKPC, stanowiący o prawie do życia, uznawany jest za jedno z jej najbardziej fundamentalnych postanowień. Wraz z art. 3 EKPC, stanowiącym o zakazie tortur¹¹, wyrażać ma on jedną z podstawowych

⁵ Szerzej na ten temat E. H. Morawska, *Zobowiązania pozytywne państw-stron Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, Warszawa 2016, s. 15–19.

⁶ J.W. Reiss, *Protocol no 14 ECHR and Russian Non-ratification: the Current State of Affairs*, Harvard Human Rights Journal 2009, vol. 22.2, s. 293; zob. też A. Bisztyga, *Ochrona praw człowieka w systemie Rady Europy* [w:] *System ochrony praw człowieka*, B. Banaszak et al., Kraków 2003, s. 115.

⁷ Cyt. za: A.H. Robertson, *Human Rights in Europe*, Manchester 1963, s. 6.

⁸ A. Donald, J. Gordon, P. Leach, *The UK and the European Court of Human Rights*, London 2012, s. 26.

⁹ A. Moravcsik, *The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation in Post-war Europe*, International Organization 2000, vol. 54, is. 2, s. 217–52, zwłaszcza s. 219; podobnie E. Bates, *The Evolution of the European Convention on Human Rights: from its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford 2010, s. 6 i n. Podjęcie prac nad europejską kartą ochrony praw człowieka budziło również pewne zastrzeżenia: krytyczne stanowisko wobec nich zajmował m.in. R. Cassin. Por. P.H. Teitgen, *Faites entrer le témoin suivant 1940–1958: de la Résistance à la Ve République*, Ouest France 1988, s. 489. Dlatego sędzia ETPC G. Fitzmaurice w opinii odrębnej do wyroku ETPC w sprawie *Marckx v. Belgium*, podkreślił, że wyłącznym celem Konwencji, była ochrona przed „całą gamą faszystowskich i komunistycznych praktyk, tak aby możliwe było uniknięcie tych okropności, tyranii i udręk”. Por. rozbieżną opinię odrębną sędziego G. Fitzmaurice’a do wyroku ETPC z 13.06.1979 r., 6833/74, *Marckx v. Belgium*, pkt II.7.

¹⁰ Por. znamienne wystąpienie P.H. Teitgena [w:] *Collected Edition of the „Travaux Préparatoires” of the ECHR*, vol. 1, The Hague 1975, s. 292–294.

¹¹ Od 1998 r. art. 3 Konwencji nosi tytuł „zakaz tortur”. (Por. art. 2 ust. 2 Protokołu nr 1 do EKPC – nazwy poszczególnych rozdziałów i artykułów – w załączniku do tego protokołu). Niemniej w orzecznictwie w stosunku do art. 3 używany jest termin zakaz „złego traktowania” (*ill-treatment*), co ma związek z rozróżnieniem trzech form zakazanego traktowania lub karania na gruncie art. 3: tortur, nieludzkiego traktowania lub karania oraz poniżającego traktowania lub karania. Tym samym dokonano gradacji zakazanych form traktowania i karania: od formy najbardziej okrutnej i haniebnej po łagodniejszą, wywołującą nie tyle ból i cierpienie, co poczucie strachu i upokorzenia.

wartości społeczeństwa demokratycznego, dla ochrony których powołana została Rada Europy¹².

Historycznie rzecz biorąc, z prawa do życia, podobnie jak i z pozostałych praw człowieka i podstawowych wolności zagwarantowanych w Konwencji, wynikać miały dla państw-stron Konwencji wyłącznie zobowiązania negatywne¹³, określane w literaturze przedmiotu jako „zobowiązania absencji państwa w sferze praw i wolności człowieka”¹⁴. W trakcie prac nad Konwencją państwo nie było zatem postrzegane w kategoriach zobowiązanego do działania gwaranta praw i podstawowych wolności, ale potencjalnego agresora, który jako dzierżyciel władzy publicznej powinien być zobowiązany do powstrzymania się od „od pewnego rodzaju ingerencji”¹⁵. Z takim minimalistycznym ujęciem roli państwa korespondował obraz podmiotu uprawnionego do korzystania z praw i podstawowych wolności, a więc beneficjenta Konwencji. Chodziło więc o człowieka wolnego i autonomicznego, decydującego o sobie, który nie potrzebuje pomocy państwa, lecz jedynie jest przeciwny jego ingerencji¹⁶.

Homogeniczność przedmiotu zobowiązań wynikających z Konwencji dla państw-stron, a co za tym ich wewnętrznej struktury i funkcji, została zakwestionowana przez organy orzecznicze Konwencji już pod koniec lat 60. XX wieku, w pierwszej kolejności przez Komisję, a następnie przez Trybunał¹⁷. W procesie wykładni i stosowania organy te z norm Konwencji chroniących prawa i wolności osobiste i polityczne człowieka zaczęły wywodzić dla państw-stron zobowiązania pozytywne, przy czym zobowiązania negatywne zachowały swą pierwszoplanową pozycję jako zobowiązania pierwotne. Innymi słowy, pierwotne zobowiązania wynikające dla państw z Konwencji są nade wszystko zobowiązaniami negatywnymi¹⁸, natomiast

¹² Statut Rady Europy został podpisany na konferencji w Londynie 5.05.1949 r., a wszedł w życie 3.08.1949 r. (ETS, No. 1); jego stronami było 10 państw: Belgia, Dania, Francja, Irlandia, Luksemburg, Niderlandy, Norwegia, Szwecja, Włochy i Zjednoczone Królestwo; wszedł w życie 3.08.1949 r., Polska przystąpiła do Rady Europy w 1991 r. (Dz. U. z 1994 r. Nr 118, poz. 565).

¹³ Na ten charakter zobowiązań zwracają uwagę zarówno państwa-strony Konwencji, jak i sam Trybunał (wcześniej również Komisja). Zob. m.in. sprawy: *X and Y v. the Netherlands*, nr skargi 8978/80, wyrok z 26.03.1985 r., pkt 23–24 i 27.; *Evans v. the United Kingdom*, nr skargi 6339/05, wyrok z 10.04.2007 r., pkt 75; z 12.06.2008 r., 71127/01; *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, nr skargi 71127/01, wyrok z 12.06.2008 r., pkt 64.

¹⁴ R. Pisillo Mazzeschi, *Responsabilité de l'État pour violation des obligations positives relatives aux droits de l'homme*, Collected Courses of the Hague Academy of International Law – Recueil des Cours 2008, vol. 333, s. 187.

¹⁵ Por. częściowo rozbieżną opinię odrębną sędziego F. Matschera do wyroku w sprawie *Marckx v. Belgium* z 1979 r., pkt I.

¹⁶ Już sam tytuł Konwencji sugeruje, że wolność indywidualna stanowi jej zasadniczą myśl. Zob. też I. Berlin, *Two Concepts of Liberty* [w:] I. Berlin, *Four Essays on Liberty*, Oxford 1969, s. 2.

¹⁷ Zob. m.in. F. Sudre, *Droit Européen et International des Droits de l'homme*, wyd. 6, Paris 2003, s. 228; D. Xenos, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, London 2011, s. 3 i nast.

¹⁸ *W. v. UK*, nr skargi 10871/84, decyzja EKomPC z 10.07.1986 r.; *Özgür Gündem v. Turkey*, nr skargi 23144/93, wyrok z 16.03.2000 r., pkt 42.

zobowiązania pozytywne zostały do nich dodane i je uzupełniają¹⁹. Konsekwentnie, powszechnie akcentuje się ich pośrednie podstawy normatywne²⁰, określając je często jako zobowiązania dorozumiane (*implied obligations*)²¹.

Zobowiązania pozytywne zostały powiązane ze wszystkimi prawami człowieka i podstawowymi wolnościami, niemniej w przypadku trzech praw zostały one wyjątkowo rozbudowane. Pośród tych praw szczególnie ważne miejsce zajmuje prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8 EKPC), w odniesieniu do którego zapadły pierwsze wyroki, w których organy Konwencji zwróciły uwagę na zobowiązania pozytywne²². Natomiast dwa pozostałe to odpowiednio zakaz złego traktowania (art. 3 EKPC) i prawo do życia (art. 2 EKPC).

3. Dla zakresłonej w tytule problematyki najistotniejsze są zobowiązania pozytywne wywiedzione z art. 2 EKPC. W odniesieniu do nich w pierwszej kolejności należy położyć nacisk na zdanie pierwsze ustępu 1 przedmiotowego artykułu, zgodnie z którym prawo każdej osoby do życia jest chronione przez przepisy prawa, gdyż jest ono przywoływane jako uzasadnienie normatywne zobowiązań pozytywnych. Po raz pierwszy Trybunał uczynił to *explicite* w sprawie *L. C. B. v. the United Kingdom*, a następnie powtórzył w sprawie *Osman v. the United Kingdom*²³, tworząc w ten sposób podstawy przyszłej linii orzeczniczej²⁴. W ocenie Trybunału zatem,

¹⁹ *Marckx v. Belgium* z 1979 r., pkt 31. Podobnie w sprawach: *Broniowski v. Poland*, nr skargi 31443/96, wyrok z 22.06.2004 r., pkt 143; *Palomo Sánchez and Others v. Spain*, nr skarg 28955/06 *et al.*, wyrok z 12.09.2011 r.

²⁰ Zwracając na to uwagę również strony w postępowaniu przed ETPC: np. sprawach: *Osman v. the United Kingdom*, nr skargi 23452/94, wyrok z 28.10.1998 r., pkt 128; *Iglesias Gil and A. U. I. v. Spain*, nr skargi 56673/00, wyrok z 29.04.2003 r., pkt 39 (stanowisko skarżącego); *Saadi v. Italy*, nr skargi 37201/06, wyrok z 28.02.2008 r., pkt 120 (stanowiska *amicus curiae*); *A. v. the Netherlands*, nr skargi 4900/06, wyrok z 20.07.2010 r., pkt 128 (w stanowisku *amicus curiae*); *Rantsev v. Cyprus and Russia*, nr skargi 25965/04, wyrok z 7.01.2010 r., pkt 268 (stanowisko *amicus curiae*-Interights). Por. też rozbieżną opinię odrębną sędziego P. van Dijka w sprawie *Sheffield and Horsham v. the UK*, nr skargi 22985/93, 23390/94, wyrok z 30.07.1998 r., pkt 2.

²¹ Zob. np. P. van Dijk, *Positive Obligations Implied in the European Convention on Human Rights: Are the States Still the „Master” of the Convention* [w:] *The Role of the Nation-State in the 21st Century: Human Rights, International Organisations, and Foreign Policy: Essays in Honour of Peter Baehr*, red. P.R. Baehr, M.C. Castermans-Holleman, G.J.H. van Hoof, J. Smith, The Hague 1998, s. 17–33; A. Mowbray, *A Study of the Principle of Fair Balance in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, *Human Rights Law Review* 2010, vol. 10, is. 2, s. 289–317; L. Wildhaber, *The Place of the European Court of Human Rights in the European Constitutional Landscape*, Conference of European Constitutional Courts XIIth Congress, <http://www.confueconstco.org> [dostęp: maj 2018 r.]; M. Klatt, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 2011, vol. 71, no. 4, s. 691–718; D. Xenos, *op. cit.*, s. 65; A. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford 2004, s. 100 i nast.

²² Szerzej zob. E. H. Morawska, *op. cit.*, s. 89–92.

²³ Odpowiednio: nr skargi 23413/94, wyrok z 9.06.1998 r.; nr skargi 23452/94, wyrok z 28.10.1998 r.

²⁴ Por. sprawę *Agarkova v. Russia*, nr skargi 29951/09, wyrok z 15.05.2018 r., pkt 55.

„zdanie pierwsze Artykułu 2 ust. 1 nakazuje państwu nie tylko powstrzymać się od celowego i bezprawnego pozbawiania życia, ale także podjąć odpowiednie kroki w celu ochrony życia osób podległych jego jurysdykcji (*L. C. B. v. the United Kingdom*, pkt 36). Jest bezsporne, że obowiązek państwa w tym zakresie wykracza poza jego prymarny obowiązek zapewnienia prawa do życia poprzez wprowadzenie skutecznych przepisów karnych w celu powstrzymania od popełnienia przestępstwa przeciwko osobie, które będą wsparte mechanizmem egzekucji celem zapobiegania, zwalczania i ścigania naruszeń tych przepisów. Jest zatem zaakceptowane przez strony postępowania przed Trybunałem, że artykuł 2 Konwencji może również oznaczać w pewnych ściśle określonych okolicznościach pozytywny obowiązek władz do podjęcia operacyjnych środków prewencji, aby chronić osobę, której życie jest zagrożone w związku z czynami przestępczymi innej osoby”²⁵.

Powyższe ustalenia dowodzą, że w orzecznictwie strasburskim wskazano dwa generalne typy działań, które państwa-strony są zobligowane podejmować w celu wykonania zobowiązań pozytywnych: działania w obszarze przepisów prawa krajowego oraz działania w obszarze praktyki ich stosowania. W przypadku prawa do życia te dwa obszary nie są równorzędne, gdyż obowiązek zapewnienia ochrony prawa do życia w drodze odpowiednich przepisów prawa jest uznawany za obowiązek prymarny, a więc pierwotny i nadrzędny. Można przypuszczać, że wynika to z jego bezpośredniego uzasadnienia normatywnego. Z drugiej jednak strony widać wyraźnie, że Trybunał nie ograniczył ochrony prawa do życia *stricte* do przepisów prawa, ale dodatkowo wskazał na obowiązek zapewnienia im rzeczywistej skuteczności w praktyce²⁶ i konsekwentnie nałożył na państwa-strony obowiązek zbudowania mechanizmu ich egzekucji w zakresie zapobiegania, zwalczania i ścigania sprawców ich naruszeń (*law-enforcement machinery for the prevention, suppression and sanctioning of breaches of provisions*)²⁷. Obowiązek ustanowienia mechanizmu egzekwowania przepisów prawa wewnętrznego ma przy tym złożoną strukturę wewnętrzną. W pierwszej kolejności jest to obowiązek ustanowienia odpowiedniego mechanizmu egzekwowania tych przepisów w zakresie zapobiegania, zwalczania i karania za ich naruszenie²⁸. Adresatem tego obowiązku jest ustawodawca krajowy, który ma stworzyć ramy prawne ustanowienia tego mechanizmu oraz ramy jego działania w praktyce. Samo zaś użycie tego mechanizmu stanowi odrębny obowiązek²⁹.

Dla prowadzonej analizy najistotniejszy jest mechanizm zapobiegania naruszeniom przepisów prawa chroniących prawo do życia. Z przytoczonych wyżej ustaleń Trybunału ze sprawy *Osman* wynika, że istotnym jego elementem jest obowiązek podjęcia odpowiednich operacyjnych działań prewencyjnych, aby chronić osobę, której życie jest zagrożone ze strony innej osoby. Antycypując uwagi szczegółowe, należy podkreślić, że akty naruszeń prawa do życia, dokonane przez osoby prywatne

²⁵ *Osman v. the United Kingdom* z 1998 r., pkt 115.

²⁶ *Dodov v. Bulgaria*, nr skargi 59548/00, wyrok z 17.01.2008 r., pkt 83.

²⁷ *Osman v. the United Kingdom* z 1998 r., pkt 115.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

„nie są przypisywane państwu”³⁰, mogą natomiast stanowić „jedynie zewnętrzny fakt, dający początek «innemu czynowi bezprawnemu», dokonanemu wszelako już przez samo państwo, a polegającemu na niedopełnieniu obowiązku zapobieżenia takim działaniom lub wymierzeniu kary przez organy państwa”³¹. Istotą tego „innego czynu bezprawnego” państwa jest więc zaniechanie podjęcia wymaganych działań. W konsekwencji, co trafnie podkreśla F. Sudre, „to nie zachowanie jednostki może być przedmiotem zarzutów przed ETPC, ale zachowanie organów państwa-strony, które nie zastosowały właściwych środków, aby zapobiec tego rodzaju naruszeniom, analizowanych w kategoriach zaniechania”³².

Znaczenie wskazanego zobowiązania pozytywnego jest w orzecznictwie strasburskim bezsporne. Definiując jego przedmiot, Trybunał stwierdza, że chodzi o „podjęcie właściwych kroków dla zabezpieczenia życia osób będących pod jego jurysdykcją” (*take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction*)³³. Co ważne, zbiór potencjalnych zagrożeń dla prawa do życia wymagających podjęcia tych kroków nie jest zamknięty, gdyż w ocenie Trybunału „(...) obowiązek ten ma być interpretowany, jak i stosowany w kontekście każdej działalności, czy to publicznej czy prywatnej, w związku z którą prawo do życia może być zagrożone”³⁴.

4. W świetle ustępu 2 art. 2 EKPC szczególnie poważnie należy traktować zagrożenie dla prawa do życia związane z użyciem przez funkcjonariuszy państwa siły ze skutkiem śmiertelnym (siły śmiercionośnej). Czytając literalnie ten przepis, można uznać, że w sytuacji bezwzględnej konieczności zezwala on państwu na pozbawienie życia w wyniku użycia siły dla osiągnięcia trzech wskazanych w nim celów. Należy wszelako mieć na uwadze, że w ocenie Trybunału powyższe zezwolenie w żadnym wypadku nie konstituuje uprawnienia dla państwa do użycia siły z intencją zabicia.

³⁰ Zob. F. Sudre, *Les «obligations positives» dans la jurisprudence europeenne des droits de l'Homme*, Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme 1995, vol. 6, s. 374; zob. też: C. Dröge, *Positive Verpflichtungen der Staaten in der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin 2003, s. 293; D. Spielmann, *Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention* [w:] *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, red. F. Sudre, Bruylant 1998, s. 169; H. Dipla, *La responsabilité de l'Etat pour violation des droits de l'homme*, Paris 1994, s. 63.

³¹ R. Pisillo Mazzeschi, *The Due Diligence Rule and the Nature of the International Responsibility of States*, German Yearbook of International Law 1992, vol. 35, s. 26; J. Crawford, *The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect*, American Journal of International Law 2002, vol. 96, no. 4, s. 878–879. Zob. też First Report ILA Study Group on Due Diligence in International Law z 7.03.2014, s. 2, <http://www.ila-hq.org> [dostęp: 2018 r.].

³² F. Sudre, *Les «obligations positives»*..., s. 374.

³³ Por. przede wszystkim sprawy: *L.C.B. v. the United Kingdom*, nr skargi 23413/94, wyrok z 9.06.1998 r. *Osman v. the United Kingdom* z 1998 r., pkt 115; *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom*, nr skargi 46477/99, wyrok z 14.03.2002 r., pkt 71; i kolejne sprawy m.in.: *Keenan v. the United Kingdom*, nr skargi 27229/95, wyrok z 3.04.2001 r. z 2001 r., pkt 89; *Mojsiejew v. Poland* z 2009 r., nr skargi 11818/02, wyrok z 24.03.2009 r., pkt 49–50; *Jasinskis v. Latvia*, nr skargi 45744/08, wyrok z 21.12.2010 r. z 2010 r., pkt 58; *Perevedentsev v. Russia*, nr skargi 39583/05, wyrok z 24.04.2014 r., pkt 90.

³⁴ *Öneryildiz v. Turkey*, nr skargi 48939/99, wyrok z 30.11.2004 r., pkt 71.

W porządku prawnym Konwencji użycie przez państwo siły ze skutkiem śmiertelnym nie jest zatem zabronione, jeśli skutek ten nie był zamierzony, a użycie siły było bezwzględnie konieczne dla osiągnięcia wskazanych w art. 2 ust. 2 EKPC celów³⁵. Oznacza to, że na mocy art. 2 EKPC państwo zobowiązane jest do powstrzymania się od umyślnego lub bezprawnego pozbawienia życia (*intentional and unlawful taking of life*)³⁶, przy czym treść tego nakazu należy ustalić z uwzględnieniem wykładni autonomicznej Konwencji. W wyniku jej zastosowania terminy konwencyjne zyskują pewną niezależność semantyczną od wewnętrznych porządków prawnych państw-stron Konwencji. Trybunał przypisuje więc terminom „umyślność” i „bezprawność” określone znaczenie, które nie musi być tożsame ze znaczeniem, jakie terminy te mają w porządkach prawnych państw-stron Konwencji.

Trybunał po raz pierwszy ustalił warunki użycia przez państwo siły ze skutkiem śmiertelnym w sprawie *McCann and Others v. the United Kingdom* z 1995 r.³⁷ Wynika z niej, że art. 2 EKPC powinien być tak „interpretowany i stosowany, aby [wynikające z niego] gwarancje [ochrony prawa do życia] były rzeczywiste i skuteczne (*practical and effective*)”, co jest oczywiste, zważywszy na przedmiot i cel Konwencji jako instrumentu ochrony praw człowieka³⁸.

W sprawie tej skarżący zarzucili władzom brytyjskim naruszenie art. 2 EKPC w związku z zabiciem przez brytyjskich żołnierzy elitarniej jednostki specjalnego przeznaczenia (*Special Air Service, SAS*) ich krewnych, którzy w świetle zebranych przez władze brytyjskie i hiszpańskie informacji mieli być członkami Irlandzkiej Armii Republikańskiej (*Irish Republican Army, IRA*) i planowali zamach terrorystyczny na Gibraltarze³⁹. W ocenie skarżący art. 2 EKPC nakłada na państwa-strony Konwencji pozytywny obowiązek ochrony życia, który wymaga w szczególności, aby przepisy krajowe ściśle określały i w sposób ograniczony wskazywały okoliczności, w których funkcjonariusz państwa może użyć siły ze skutkiem śmiertelnym. Skarżący argumentowali nadto, że obowiązek ten wymaga od państw-stron Konwencji zapewnienia funkcjonariuszom właściwego szkolenia odnośnie do używania siły śmiertelnej oraz zapewnienia ścisłego nadzoru nad przebiegiem akcji, w której taka siła może być użyta⁴⁰.

Trybunał wprawdzie zgodził się zbadać przedmiotową sprawę na gruncie art. 2 EKPC, ale nie w świetle zobowiązań pozytywnych, tylko w świetle kryterium bezwzględnej konieczności użycia siły śmiertelnej. Ustalił, iż ze względu na przedmiotowe kryterium okoliczności, w których może dojść do użycia siły śmiertelnej

³⁵ *McCann and Others v. the United Kingdom*, nr skargi 18984/91, wyrok z 27.09.1995 r., pkt 148.

³⁶ *Ibidem*. Zob. też sprawy, np. *Calvelli and Ciglio v. Italy*, nr skargi 32967/96, wyrok z 17.01.2002 r., pkt 48; *Vo v. France*, nr skargi 53924/00, wyrok z 8.07.2004 r., pkt 88; *Tarariyeva v. Russia*, nr skargi 4353/03, wyrok z 14.12.2006 r., pkt 73; *Dodov v. Bulgaria* z 2008 r., pkt 79; *Jasinskis v. Latvia* z 2010 r., pkt 58.

³⁷ Zob. przypis 36.

³⁸ *McCann and Others v. the United Kingdom* z 1995 r., pkt 146.

³⁹ *Ibidem*, pkt 192–193.

⁴⁰ *Ibidem*, pkt 151.

śnej, muszą podlegać wykładni zawężającej⁴¹ oraz wyjątkowo dokładnie ocenie, w ramach której muszą być wzięte pod uwagę nie tylko działania funkcjonariuszy państwa, którzy faktycznie użyli siły śmiertelnej, ale także wszystkie okoliczności towarzyszące użyciu tej siły (*all surrounding circumstances*)⁴². W ten sposób Trybunał połączył nową przesłankę z kryterium bezwzględnej konieczności użycia siły śmiertelnej. Z przeglądu orzecznictwa wynika, że ma ona doniosłe znaczenie i *de facto* prowadzi do redefinicji kryterium bezwzględnej konieczności. Co istotne, jak dotąd Trybunał ani nie określił precyzyjnie jej istoty ani nie wskazał w sposób enumeratywny sytuacji, które uznaje za „wszystkie okoliczności towarzyszące użyciu tej siły śmiertelnej”. Natomiast wskazał jej wyjściowe założenie, zgodnie z którym w społeczeństwie demokratycznym funkcjonariusze organów ścigania powinni zachować „pewną ostrożność w użyciu broni palnej, nawet w trakcie działań podejmowanych przeciwko osobom podejrzanym o terroryzm”⁴³. Następnie przełożył to na konkretne obowiązki, między innymi na obowiązek przygotowania planu akcji z użyciem siły śmiertelnej, obowiązek sprawowania należytego nadzoru nad jej przebiegiem⁴⁴, obowiązek dostatecznego uwzględnienia ochrony prawa do życia w przekazanych funkcjonariuszom instrukcjach odnośnie do użycia siły śmiertelnej⁴⁵, a w szczególności wykluczenia instrukcji *shoot to kill*⁴⁶, oraz obowiązek odpowiedniego przeszkolenia lub poinstruowania funkcjonariuszy, tak aby umieli ocenić, czy w konkretnej sytuacji rzeczywiście istnieje bezwzględna konieczność użycia broni palnej⁴⁷.

Wykonanie powyższych obowiązków wymaga podjęcia szeregu konkretnych działań, które pełnią funkcję prewencyjną⁴⁸ i jako takie są ukierunkowane na „zminimalizowanie, możliwie w jak największym stopniu, użycia siły śmiertelnej”⁴⁹. Należy przy tym zaznaczyć, że nie wyczerpują one możliwych działań prewencyjnych. W podsumowaniu swoich ustaleń Trybunał stwierdził, że

„ (...) zważywszy na decyzję o niepodjęciu działań mających uniemożliwić podejrzanym wjazd do Gibraltaru, [następnie] na nieuwzględnienie przez władze w dostatecznym stopniu możliwości, że [posiadane] dane wywiadowcze mogą, przynajmniej

⁴¹ *Ibidem*, pkt 147 *in fine*.

⁴² *Ibidem*, pkt 150.

⁴³ *Ibidem*, pkt 212.

⁴⁴ *Ibidem*, pkt 150.

⁴⁵ *Ibidem*, pkt 201.

⁴⁶ O tego typu instrukcjach Trybunał wielokrotnie wyrażał się krytycznie, por. chociażby w sprawie *Giuliani and Gaggio v. Italy*, nr skargi 23458/02, z 24.03.2011 r., pkt 250; wcześniej w wyroku ETPC w sprawie *Nachova and Others v. Bulgaria*, nr skargi 43577/98 i 43579/98, wyrok z 6.07.2005 r., pkt 97; *Putintseva v. Russia*, nr skargi 33498/04, wyrok z 10.05.2012 r., pkt 47.

⁴⁷ *McCann and Others v. the United Kingdom* z 1995 r., pkt 212, *in fine* obowiązek ten został powtórzony w szeregu kolejnych sprawach np. *Wasilewska and Katucka v. Poland*, nr skarg: 28975/04; 33406/04, wyrok z 23.02.2010 r., pkt 47 i *Giuliani and Gaggio v. Italy* z 2011 r., pkt 250.

⁴⁸ R. Pisillo Mazzeschi, *Responsabilité de l'Etat...*, s. 398.

⁴⁹ *McCann and Others v. the United Kingdom* z 1995 r., pkt 194; *Wasilewska and Katucka v. Poland* z 2010 r., pkt 29.

w pewnym zakresie, być błędne, [a nadto] na automatycznym uciekaniu się do siły zagrażającej życiu po otwarciu przez żołnierzy ognia, Trybunał nie jest przekonany, że zabicie trzech terrorystów stanowiło użycie siły, które było bezwzględnie konieczne dla obrony osób przed bezprawną przemocą w rozumieniu art. 2 ust. 2 pkt a Konwencji”⁵⁰.

5. Wskazany w sprawie *McCann* kierunek rozwoju obowiązków w zakresie planowania i nadzoru nad operacjami sił policyjnych⁵¹ został utrzymany w kolejnych sprawach⁵². Z ich analizy jasno wynika, że Trybunał sukcesywnie rozbudowuje zakres i przedmiot tych obowiązków. Pokazuje to chociażby sprawa *Wasilewska and Kalucka v. Poland* z 2010 r., z której wynika obowiązek noszenia przez policjantów przystępujących do akcji z użyciem siły śmiertelnej wyraźnego oznaczenia identyfikacyjnego, tak aby nie było wątpliwości, że są oni funkcjonariuszami policji. Ponadto władze, „planując akcję z udziałem dużej liczby policjantów i nieznaną liczbą podejrzanych”, zostały zobligowane do zapewnienia na miejscu akcji karetki pogotowia⁵³. Z kolei w sprawie *Andronicou and Constantinou v. Cyprus* z 1997 r. Trybunał po raz pierwszy zwrócił uwagę na kwestię zaplanowania i wdrożenia akcji ratunkowej (*planning and control of the rescue operation*)⁵⁴. Przedmiot tego obowiązku powiązać można ze sformułowanym w sprawie *Ergi v. Turkey* z 1998 r. nakazem unikania albo zminimalizowania w możliwie największym stopniu, zarówno na etapie planowania, jak i przeprowadzania akcji z użyciem siły śmiertelnej, przypadkowej śmierci osób cywilnych (*avoiding and, in any event, minimizing, incidental loss of civilian life*)⁵⁵. Aby ukazać strukturę tego obowiązku, konieczne jest rozróżnienie co najmniej trzech typów tych akcji. Odróżnić bowiem należy akcję ratunkową polegającą na ewakuacji pojedynczych osób podczas typowej akcji policyjnej od akcji ratunkowej wymagającej zaplanowania i przeprowadzenia masowej ewakuacji osób, których życie jest w danej sytuacji zagrożone, tudzież od ewakuacji ludności cywilnej z terenów objętych konfliktem zbrojnym⁵⁶. Tym samym zakres

⁵⁰ *McCann and Others v. the United Kingdom* z 1995 r., pkt 213.

⁵¹ Analizy w tym zakresie są z reguły wyodrębniane i nazywane *planning and conduct of the operation*.

⁵² Sprawa *Andronicou and Constantinou v. Cyprus*, nr skargi 25052/94, wyrok z 9.10.1997 r.; *Güleç v. Turkey*, nr skargi 21593/93, wyrok z 27.07.1998 r., pkt 71; *Giuliani and Gaggio v. Italy* z 2011 r., pkt 255; *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia*, nr skarg: 57947/00 *et. al.*, wyrok z 24.02.2005 r.; *Finogenov and Others v. Russia*, nr skarg 18299/03 i 27311/03, wyrok z 20.12.2011 r. Zob. też sprawy w związku z operacją odbicia zakładników, przetrzymywanych w szkole w Beslan, North Ossetia, Russia: *Tagayeva and Others v. Russia*, nr skarg 26562/07 *et. al.*, w której Trybunał dokonał oceny antyterrorystycznej operacji służb rosyjskich (przeprowadzonej 1–3.09.2004 r.), podjętej w związku z zajęciem przez terrorystów szkoły w Bieslanie.

⁵³ Nr skarg: 28975/04, 33406/04, wyrok z 23.02.2010 r., pkt 55.

⁵⁴ *Andronicou and Constantinou v. Cyprus* z 1997 r., w szczególności pkt 181–186.

⁵⁵ *Ergi v. Turkey*, nr skargi 23818/94, wyrok z 28.07.1998 r., pkt 80 i nast.; na szczególne znaczenie tej sprawy zwracają uwagę: C. Dröge, *op. cit.*, s. 46; A. Mowbray, *The Development of Positive...*, s. 13 i R. Pisillo Mazzeschi, *Responsabilité de l'Etat...*, s. 399.

⁵⁶ Należy podkreślić, że w przypadku tej ostatniej akcji ustalenia Trybunału wyraźnie wkraczają w sferę prawa międzynarodowego humanitarnego i wywołują istotne uwagi krytyczne. Zob. chociażby A. Jachec-Neale, *The Right to Take Life: Killing and Death in Armed Conflict* [w:]

przedmiotowego obowiązku występowania nie został ograniczony do typowych akcji policyjnych. Na obowiązek przeprowadzenia tych ostatnich typów akcji ratunkowej Trybunał zwrócił uwagę w wielu sprawach przeciwko Rosji w związku z prowadzonymi przez federalne siły bezpieczeństwa i wojsko rosyjskie operacjami w Czeczenii. Jedną z takich spraw była sprawa *Isayeva v. Russia* z 2005 r., w której Trybunał badał okoliczności zaplanowania i przeprowadzenia ewakuacji ludności cywilnej ze wsi Katyr-Yurt, w której ukryli się czeczeńscy rebelianci i która była ostrzeliwana przez wojska rosyjskie bronią mogącą powodować nadmierne cierpienie lub mającą niekontrolowane skutki (*indiscriminate weapons*). Kolejny raz Trybunał podkreślił w niej, że

„ze względu na znaczenie ochrony zapewnionej przez art. 2, Trybunał musi dokładnie przeanalizować okoliczności, w których doszło do pozbawienia życia, biorąc pod uwagę nie tylko działania funkcjonariuszy państwa, ale także wszystkie okoliczności temu towarzyszące. W szczególności, należy zbadać, czy operacja została zaplanowana i nadzorowana przez władze w taki sposób, aby zminimalizować, w jak największym stopniu, użycie siły śmiertelności. Władze muszą podjąć odpowiednie środki ostrożności, aby zmniejszyć do minimum ryzyko powstanie jakiegokolwiek zagrożenia życia. Trybunał musi również zbadać, czy władze nie dopuściły się zaniedbania w wyborze tych środków”⁵⁷.

Ostatecznie Trybunał ustalił, że ewakuacja ludności cywilnej z Katyr-Yurt i cała operacja militarna nie została „zaplanowana i przeprowadzona z należytą troską o życie ludności cywilnej” i stwierdził naruszenie art. 2 EKPC⁵⁸.

6. Tak jak zostało podkreślone na wstępie, zarówno sprawa *Osman*, jak i sprawa *McCann* są sprawami wiodącymi i obie wyznaczyły linię orzeczniczą Trybunału odnośnie do konieczności zapobiegania zmaterializowania się zagrożenia prawa do życia. O ile w pierwszej sprawie chodziło o zagrożenie ze strony osób prywatnych lub czynników zewnętrznych wobec państwa, to w drugiej – ze strony funkcjonariuszy państwa. Obie sprawy osadzone są w obowiązku prewencji. Nie jest to wyłącznie prewencja kryminalna *sensu stricto*. W istocie chodzi o cały szereg różnych środków organizacyjnych, technicznych i taktycznych, w tym taktyki i techniki prewencji i interwencji szeroko rozumianych służb policyjno-prewencyjnych, służb specjalnych i wojska. Istotna jest wielowymiarowa funkcja ochronna tych środków⁵⁹. Wydaje się, że ich funkcja ochronna ma charakter zdecydowanie nadrzędny nad innymi funkcjami, wyrażając najpełniej cel i przedmiot Konwencji. Funkcja prewencyjna jest natomiast skutkiem ich funkcji ochronnej i w tym sensie może być uznawana

The Right to Life and the Value of Life: Orientations in Law, Politics, and Ethics, red. J. Yorke, Farnham 2010, s. 139–140.

⁵⁷ *Isayeva v. Russia*, nr skargi 57950/00, wyrok z 24.02.2005 r., pkt 170–171.

⁵⁸ *Ibidem*, pkt 199. Do podobnych konkluzji Trybunał doszedł w sprawie *Abuyeva and Others v. Russia*, nr skargi 27065/05, wyrok z 2.12.2010 r., pkt 203.

⁵⁹ Wymagane przez Trybunał środki trafnie określa A. Mowbray jako ochronne środki policyjne. A. Mowbray, *The Development of Positive Obligations...*, s. 15.

za uzupełniającą. Reasumując, w sprawach *McCann* i *Osman* Trybunał sformułował zasadnicze elementy zobowiązania ochrony, przy czym w sprawie *McCann* chodziło o zobowiązanie ochrony w wymiarze wertykalnym, natomiast w sprawie *Osman* – w wymiarze horyzontalnym⁶⁰.

Obie sprawy pokazują, że Trybunał optymalizuje wymogi odnośnie do sposobu wykonania sformułowanych w nich obowiązków, zważywszy na ich konkretne okoliczności⁶¹. W tym wypadku naruszenie Konwencji wynikać zatem może z faktu, że państwo-strona nie podjęło wszystkich możliwych środków, których podjęcie wymagały konkretne okoliczności danej sprawy, a które mogły być podjęte⁶². Dlatego oceniając w sprawie *Finogenov and Others v. Russia* akcję rosyjskich służb i sił specjalnych, której celem było uwolnienia około 900 zakładników z budynku moskiewskiego teatru Dubrovka⁶³, Trybunał ustalił, że chodzi o podjęcie środków, które są „wykonalne” w danych okolicznościach (*such measures which are feasible in the circumstances*)⁶⁴. W efekcie powyższej optymalizacji stopień wykonania analizowanych obowiązków ochrony może być różny⁶⁵, aczkolwiek musi być on najwyższy z możliwych⁶⁶.

W ocenie podejmowania przedmiotowych środków wyjątkowo istotny jest ich aspekt operacyjny, z którego wynikają oczywiste „trudności w utrzymywaniu porządku we współczesnych społeczeństwach, nieprzewidywalność ludzkich zachowań oraz decyzje w trakcie akcji (decyzje operacyjne) odnośnie do pierwszoplanowych jej celów i możliwych do użycia środków”⁶⁷. W ocenie podjęcia operacyjnych środków prewencji dopuszczana jest pewna losowość, a więc możliwość zaistnienia przypadkowych, całkowicie nieprzewidywalnych okoliczności⁶⁸. To zaś sprawia, że są one

⁶⁰ Szerzej o specyfice zobowiązań ochrony w porządku prawnym EKPC i odrębności ich typologii w odniesieniu do koncepcji trzech poziomów zobowiązań międzynarodowych państw powiązanych z prawami człowieka (*tripartite typology*), a więc zobowiązania poszanowania (*obligation to respect*), zobowiązania ochrony (*obligation to protect*) oraz zobowiązania wypełniania (*obligation to fulfill*), zob. E.H. Morawska, *op. cit.*, s. 179–187.

⁶¹ *Osman v. the United Kingdom* z 1998 r., pkt 116.

⁶² R. Pisillo Mazzeschi, *The Due Diligence Rule...*, s. 30. Zob. uwagi J. Crawforda odnośnie do ustaleń w sprawie *Colozza v. Italy* z 1985 r., pkt 61; w tym kontekście por. ustalenia MTS w sprawie *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, wyrok z 26.02.2007 r., I.C.J. Reports 2007, s. 43.

⁶³ W tej sprawie skarżącymi byli bądź zakładnicy, bądź krewni zakładników, którzy zginęli w trakcie akcji rosyjskich służb lub zmarli w późniejszym czasie na skutek odniesionych ran.

⁶⁴ Sprawa *Finogenov and Others v. Russia* z 2011 r., pkt 209.

⁶⁵ C. Dröge, *op. cit.*, s. 310.

⁶⁶ Z tego powodu na przykład w sprawie *Dodov v. Bulgaria* z 2008 r. stwierdził, że „w sytuacji, gdy nie ma wątpliwości, że policja mogła więcej zrobić w danej sprawie, decydujące jest pytanie, czy jej reakcja była odpowiednia do okoliczności, z uwzględnieniem konkretnych faktów i rzeczywistych uwarunkowań codziennej pracy policji”. Zob. pkt 101.

⁶⁷ *Makaratzis v. Greece*, nr skargi 50385/99, wyrok z 20.12.2004 r., pkt 69.

⁶⁸ Ta nieprzewidywalność w pracy służb policyjnych istnieje również obecnie, mimo rozwoju nowych technologii i technik policyjnych, gdyż przed tymi służbami stoją nowe wyzwania, które nawet nie były do przewidzenia w trakcie prac nad Konwencją; por. ustalenia w sprawie *Austin and Others v. the UK*, nr skarg 39692/09 *et. al.*, wyrok z 15.03.2012 r., pkt 56.

obarczone pewnym ryzykiem niewykonania⁶⁹. Dlatego Trybunał dopuszcza możliwość błędnej oceny bezwzględnej konieczności użycia w danym momencie siły śmiertelnej, o ile była ona oparta na „szczerym przekonaniu, które z ważnych powodów [w momencie podejmowania decyzji o użyciu tej siły] mogło być uznane za słuszne, ale które następnie okazało się być błędne”⁷⁰.

7. Jeśli chodzi o operacyjne środki prewencji, które państwo-strona Konwencji jest zobowiązane podjąć celem wykonania zobowiązania ochrony w wymiarze horyzontalnym, to Trybunał mówi o nich jako o środkach odpowiednich (*appropriate*) lub rozsądnych i odpowiednich (*reasonable and appropriate*). Zakłada więc pewną elastyczność, która ma pomóc państwu-stronie dostosować ich konkretną postać do warunków danej sprawy.

Zważywszy że chodzi o wybór środków odpowiednich i rozsądnych, to nieodczowna w tym wypadku racjonalna ocena możliwości faktycznych i prawnych przejawia się w dostrzeżeniu, że na wybór tych środków w konkretnej sprawie ma wpływ wiele czynników zewnętrznych, często niezależnych od samego działania państwa. W związku z tym państwo-strona jest zobowiązane dołożyć należytej staranności, dążąc do zapewnienia prawu do życia (art. 2 EKPC) skutecznej ochrony na tyle, na ile jest to możliwe w konkretnej sytuacji.

Powyższe cechy operacyjnych środków prewencji w zakresie wykonania zobowiązań ochrony w wymiarze horyzontalnym przypisać można również środkom operacyjnym, które państwo-strona jest zobowiązane podjąć, wykonując zobowiązania ochrony w wymiarze wertykalnym, z pewnym wszelako zastrzeżeniem. Mianowicie, państwo-strona ma dużo mniejszą swobodę wyboru tych środków, gdyż Trybunał wyraźnie ustalił, jakiego rodzaju środki państwo jest zobowiązane podjąć, aby „zminimalizować, w możliwie jak największym stopniu, użycie siły śmiertelnej”⁷¹. Wprawdzie katalog tych środków jest otwarty, ale zostały one wskazane *explicite* przez Trybunał. W efekcie państwo ma niewielki margines swobody w wyborze tych środków (*margin in means-selecting*). Przykładowo, państwo-strona, przystępując do akcji z użyciem siły śmiertelnej, zobowiązane jest opracować plan takiej akcji. Sam brak takiego planu może oznaczać naruszenie art. 2 EKPC. Podobna sytuacja ma miejsce odnośnie do zapewnienia karetki pogotowia na miejscu akcji czy odpowiedniego przeszkolenia funkcjonariuszy. Elementy optymalizacji lub rozsądnosci nakazów stają się widoczne dopiero na etapie operacji czyli podjęcia bezpośredniego działania w celu wykonania określonego zadania. Potwierdzają to chociażby ustalenia Trybunału w sprawie *Giuliani and Gaggio v. Italy* z 2011 r., zgodnie z którymi w sytuacji, gdy funkcjonariusze

⁶⁹ R. Pisillo Mazzeschi, *Responsabilité de l'Etat...*, s. 285 *mutatis mutandis*.

⁷⁰ *McCann and Others v. the United Kingdom* z 1995 r. pkt 200; *Armani Da Silva v. the United Kingdom*, nr skargi 5878/08, wyrok z 30.03.2016 r., pkt 244–248, a z najnowszych zob. sprawę *Toubache v. France*, nr skargi 19510/15, wyrok z 7.06.2018 r., pkt 37; zob. też O. De Schutter, *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*, Cambridge 2012, s. 414; Pisillo Mazzeschi, *The Due Diligence Rule...*, s. 48.

⁷¹ *McCann and Others v. the United Kingdom* z 1995 r., pkt 194; *Wasilewska and Katucka v. Poland* z 2010 r., pkt 29.

sięgają po siłę śmiertcionośną nie wobec dokładnie zidentyfikowanego celu (*precise and identifiable target*), tak jak miało to miejsce w sprawie *McCann*, ale dla „utrzymania porządku w obliczu rozruchów, które mogły rozprzestrzenić się na (...) całe miasto, nie można oczekiwać, aby wszyscy funkcjonariusze biorący udział w tej akcji byli doskonale wyszkoleni w radzeniu sobie z powierzonym im zadaniem”⁷².

Jeśli powyższe ustalenia zostaną odniesione do generalnego kryterium odpowiedniości i rozsądnosci wymaganych środków operacyjnych, to oczywiste się staje, że nie mogą nimi być środki, z których wynikają dla władz ciężary niewykonalne lub nieproporcjonalne⁷³. W ten sposób istotnym kryterium wykonywania zobowiązań wynikających z praw osobistych i politycznych człowieka, pośród których ważne miejsce zajmuje prawo do życia, staje się kryterium należytej staranności, które tradycyjnie łączone było ze zobowiązaniami progresywnymi, powiązanymi z prawami gospodarczymi, socjalnymi i kulturalnymi człowieka⁷⁴.

8. Należyta staranność jest konstytutywnym elementem klauzuli dobrej wiary. W stanie dobrej wiary jest państwo, które, pomimo dołożenia należytej staranności w podjętych działaniach, nie mogło wykonać wiążących je zobowiązań. *A contrario*, jeśli państwo nie dołożyło należytej staranności, jest w złej wierze.

Zgodnie z powszechnym poglądem podwaliny pod koncepcję należytej staranności w prawie międzynarodowym stworzył H. Grocjusz⁷⁵, a dziedziną prawa międzynarodowego, z której koncepcja ta się wywodzi, jest ochrona cudzoziemców i przedstawicieli państw obcych⁷⁶. Obecnie dostrzec można nawiązanie do tej koncepcji również w innych gałęziach prawa międzynarodowego, w tym w ochronie praw człowieka⁷⁷. Stopniowo zyskuje ona status jednej z podstawowych zasad prawa międzynarodowego⁷⁸. Jak wiadomo, odegrała ona kluczową rolę w pierwszej fazie

⁷² *Giuliani and Gaggio v. Italy* z 2011 r., pkt 255.

⁷³ *Ibidem*; podobnie m.in. w sprawie *Özgür Gündem v. Turkey* z 2000 r., pkt 43. Por. też uwagi F. Sudre, *Droit Européen et International...*, s. 237.

⁷⁴ Zob. też First Report ILA Study Group on Due Diligence..., s. 14 i nast.

⁷⁵ Zwraca na to uwagę C. Dröge, *op. cit.*, s. 292; podobnie First Report ILA Study Group on Due Diligence..., s. 2; por. H. Grotiusz, *O prawie wojny i pokoju: trzy księgi w których znajdują się wyjaśnienie prawo natury i prawo narodów a także główne zasady prawa publicznego*, Warszawa 1957.

⁷⁶ C. Dröge, *op. cit.*, s. 291; First Report ILA Study Group on Due Diligence..., s. 7; J. Kulesza, *Należyta staranność w prawie międzynarodowym*, Poznań 2013, s. 238–243; R. Pisillo Mazzeschi, *The Due Diligence Rule...*, s. 22–36.

⁷⁷ Zob. First Report ILA Study Group on Due Diligence..., s. 14–22; R.P. Barnidge, *States' Due Diligence Obligations with Regard to International Non-State Terrorist Organisations Post-11 September 2001: the Heavy Burden that States must Bear*, Irish Studies in International Affairs 2005, vol. 16, iss. 1, s. 103–125; T.T. Koivurova, *Due Diligence*, Max Planck Yearbook of United Nations Law 2013, vol. 17, nb 33; zob. też J. Kulesza, *op. cit.*, s. 215–259, aczkolwiek autorka nie analizuje odrębnie prawa międzynarodowego praw człowieka jako reżimu, w którym zasada należytej staranności występuje.

⁷⁸ L. Condorelli, *The Imputability to States of Acts of International Terrorism*, Israel Yearbook on Human Rights 1989, vol. 19, s. 233, 240–242; R.P. Barnidge, *The Due Diligence Principle Under National Law*, International Community Law Review 2006, vol. 81, iss. 8, s. 64.

prac Komisji Prawa Międzynarodowego (*International Law Commission*, KPM) nad kodyfikacją zasad odpowiedzialności państw za czyny bezprawne⁷⁹. Szerokie stosowanie koncepcji należytej staranności w znacznym stopniu wynika z jej elastyczności, która umożliwia jej dostosowywanie do specyfiki danej gałęzi prawa międzynarodowego i konkretnej sprawy, gdyż jej „treść zależy w dużym stopniu od okoliczności danej sprawy”⁸⁰.

Z analizy praktyki międzynarodowej w zakresie ochrony praw człowieka wynika, że pierwotnie koncepcja należytej staranności była przywoływana wyłącznie w kontekście prewencyjnych i śledczych działań władz, wymaganych w sytuacji naruszeń praw człowieka przez osoby trzecie⁸¹. Prewencyjny, a zarazem ochronny kontekst koncepcji należytej staranności, mający swe historyczne źródła, jest widoczny również w najnowszym orzecznictwie międzynarodowym⁸². Ten związek wydaje się wynikać ze specyfiki obszarów, w których podejmowane są przez państwo tego typu działania, w ich bowiem wypadku osiągnięcie rezultatu byłoby bardzo trudne, a już na pewno nie może być całkowicie zagwarantowane⁸³. W tym wypadku oczekiwanie od państwa należytej staranności było i jest pewną racjonalną koniecznością. Niemniej coraz wyraźniej wymóg starannego działania wykracza poza sferę działań prewencyjnych, mających zapobiec naruszeniom praw człowieka ze strony osób prywatnych⁸⁴, w efekcie koncepcja należytej staranności ma zastosowanie również do działań mających zapobiec naruszeniom praw człowieka w układzie wertykalnym,

⁷⁹ T. Koivurova, *op. cit.*, nb 4, 9, 27; First Report ILA Study Group on Due Diligence..., s. 14–22. Por. też M. Balcerzak, *Odpowiedzialność...*, s. 42–51.

⁸⁰ Zob. First Report ILA Study Group on Due Diligence..., s. 2; w kontekście powołania koncepcji *due diligence* por. Alabama Claims Arbitration (*United States v. Great Britain*) (1872) 29 RIAA 125, Alabama Claims of the United States of America against Great Britain [w:] *Reports of International Arbitral Awards*, vol. 29, New York 2011, s. 129, <http://legal.un.org>. Zob. też uwagi C. Mika o ustaleniach MTS odnośnie do należytej staranności w wyroku z 26.02.2007 r., *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*: C. Mik, *Zasada wykonywania zobowiązań w dobrej wierze w orzeczeniach arbitrażu międzynarodowego* [w:] *Arbitraż w prawie międzynarodowym*, red. C. Mik, Warszawa 2014, s. 158.

⁸¹ R. Pisillo Mazzeschi, *Responsabilité de l'État...*, s. 493; T. Koivurova, *op. cit.*, nb 31; zob. m.in. sprawę *Opuz v. Turkey*, nr skargi 33401/02, wyrok z 9.06.2009 r., pkt 137–149.

⁸² Zob. sprawę *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, wyrok MTS z 26.02.2007 r. I.C.J. Reports 2007, s. 43; R. Wolfrum, *Obligation of Result versus Obligation of Conduct: Some Thought about the Implementation of International Obligations* [w:] *Looking in the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman*, red. M.H. Arsanjani, W.M. Reisman, Leiden 2010, s. 370–371; S. Forlati, *The Legal Obligation to Prevent Genocide: Bosnia v. Serbia and Beyond*, Polish Yearbook of International Law 2011, vol. 31, s. 189–205; na charakter prewencyjny zobowiązań ochrony zwraca również uwagę C. Dröge, *op. cit.*, s. 290.

⁸³ P.-M. Dupuy, *Due Diligence in the International Law of Liability* [w:] *OECD Legal Aspects of Transfrontier Pollution*, Paris 1977, pkt 13, s. 369–379; podobnie X. Hanqin, *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge 2003, s. 163.

⁸⁴ Na ten aspekt zwraca uwagę m.in. C. Dröge, *op. cit.*, s. 293; zob. też D. Shelton, *Private Violence, Public Wrongs and the Responsibility of States*, Fordham International Law Journal 1989, vol. 13 (w kontekście spraw amerykańskich).

a zatem państwa są zobowiązane do ochrony osób będących pod ich jurysdykcją przed działaniami ich własnych organów (funkcjonariuszy), które nie są *prima facie* bezprawne⁸⁵.

Powyższy proces poszerzania zakresu należytej staranności widoczny jest w orzecznictwie strasburskim. Wydaje się, że został on zapoczątkowany w sprawie *McCann* i jest konsekwentnie podtrzymywany przez Trybunał⁸⁶. W efekcie tego procesu ustalenia z przedmiotowej sprawy mają obecnie status zasad ogólnych orzecznictwa (*general principles*)⁸⁷. Za oczywiste należy więc obecnie uznać, że w pewnych sytuacjach na państwach-stronach Konwencji ciąży zobowiązanie do starannego działania w zakresie „minimalizacji w możliwie największym stopniu konieczności zarówno użycia śmiertelnej siły lub przypadkowych ofiar śmiertelnych”⁸⁸. Innymi słowy, państwa-strony zostały zobligowane do „dołożenia wszelkich starań” celem wykonania tego obowiązku, przy jednoczesnym założeniu, że mogą zaistnieć powody obiektywnej niemożności tego dokonania, gdyż w grę wchodzi szereg bardzo niepewnych, losowych czynników⁸⁹. Należy mieć jednak na uwadze, że w ocenie dochowania przedmiotowej staranności przez państwo w danej sprawie Trybunał uwzględnia „coraz wyższy standard wymagany w dziedzinie ochrony praw człowieka i podstawowych wolności konsekwentnie i wykazuje coraz większą stanowczość w ocenie naruszeń podstawowych wartości społeczeństwa demokratycznego”⁹⁰. Nie ma zatem jednego, stałego, wymaganego poziomu należytej staranności, a dodatkowo jest on stale podwyższany. Przeprowadzona analiza orzecznictwa strasburskiego pokazuje, że odnosi się to w pełni do działań podejmowanych przez państwa-strony w zakresie wykonywania zobowiązania ochrony prawa do życia.

9. Powyższa konkluzja wymaga jednak istotnego uzupełnienia. Po pierwsze, tak jak zostało to wskazane wyżej, nie wszystkie typy szczegółowe obowiązków w ramach zobowiązania ochrony prawa do życia (art. 2 EKPC) mają w swej struk-

⁸⁵ W ocenie P.-M. Dupuya zobowiązania do prewencji stanowią tylko jedną z podkategorii zobowiązań do starannego działania – zob. P.-M. Dupuy, *Reviewing the Difficulties of Codification: on Ago's Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility*, *European Journal of International Law* 1999, vol. 10, no. 2, s. 380.

⁸⁶ Zob. sprawy stosunkowo najnowsze: *Ayvazyan v. Armenia*, nr skargi 56717/08, wyrok z 01.06.2017 r.; *Dalakov v. Russia*, nr skargi 35152/09, wyrok z 16.02.2016 r.

⁸⁷ *Putintseva v. Russia*, nr skargi 33498/04, wyrok z 10.05.2012 r., pkt 45.

⁸⁸ *Wasilewska and Kałucka v. Poland* z 2010 r., pkt 46; *Putintseva v. Russia*, nr skargi 33498/04, wyrok z 10.05.2012 r., pkt 45; zob. też First Report ILA Study Group on Due Diligence..., s. 14–22.

⁸⁹ R. Pisillo Mazzeschi, *The Due Diligence Rule...*, s. 48 *mutatis mutandis*.

⁹⁰ Por. sprawy: *A. v. Croatia*, nr skargi 55164/08, wyrok z 14.10.2010 r., pkt 67; *Henaf v. France*, nr skargi 65436/01, wyrok z 27.11.2003 r., pkt 55; ustalenia te odnoszą się nie tylko do art. 8 EKPC, ale również do pozostałych praw człowieka i podstawowych wolności. Por. sprawę *Mangouras v. Spain*, nr skargi 12050/04, wyrok z 28.09.2010 r., pkt 87; *Demir and Baykara v. Turkey*, nr skargi 34503/97, z 12.11.2008 r., pkt 146; *Siliadin v. France*, nr skargi 73316/01, wyrok z 26.07.2005 r., pkt 121; wcześniej np. w sprawie *Selmouni v. France*, nr skargi 25803/94, wyrok z 28.07.1999 r., pkt 101.

turze „element staranności”⁹¹. Innymi słowy, na treść zobowiązania ochrony prawa do życia, zarówno w wymiarze horyzontalnym, jak i wertykalnym, składa się wiele różnych obowiązków, z których tylko niektóre są obowiązkami starannego działania. Przykładowo, zobowiązanie ochrony prawa do życia w wymiarze horyzontalnym wymaga w pierwszej kolejności ustanowienia odpowiednich, skutecznych przepisów prawa karnego w celu powstrzymania od popełniania przestępstw przeciwko osobie (obowiązek legislacyjny), następnie ustanowienia odpowiednich mechanizmów egzekucji tych przepisów na poziomie zapobiegania, zwalczania i ścigania sprawców ich naruszeń⁹². W konstrukcji powyższych obowiązków nie ma wymogu starannego działania, są one bowiem obowiązkami rezultatu i natychmiastowe, a więc wymagają bezzwłocznego wykonania⁹³. Obowiązek starannego działania występuje dopiero na etapie użycia tych mechanizmów, w tym podjęcia operacyjnych środków prewencji lub środków ostrożności⁹⁴.

Po drugie, obowiązek starannego działania nie odnosi się do zobowiązań negatywnych, którego przedmiot sprowadzić można do powstrzymania się od bezprawnej i arbitralnej ingerencji w prawa człowieka i podstawowe wolności, w tym w prawo do życia⁹⁵. To zaś oznacza, że Trybunał, nakładając na państwa-strony Konwencji obowiązek „zaplanowania i nadzorowania [operacji z użyciem siły śmiertelnej] w taki sposób, aby zminimalizować, w jak największym stopniu, jej użycie i zagrożenie dla życia”⁹⁶, nie zmienia charakteru i przedmiotu zakazu umyślnego lub bezprawnego pozbawienia życia, ale „obudowuje go” obowiązkami starannego działania, umacniając w ten sposób generalne zobowiązanie państw-stron Konwencji do ochrony prawa do życia (art. 2 ust. 1 zdanie pierwsze EKPC). Dlatego w sprawie *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia* z 2005 r., badając okoliczności wystrzelenia 12 rakiet niekierowanych S-24 typu powietrze-ziemia z rosyjskich samolotów bojowych w kierunku ogromnego, ciągnącego się kilka kilometrów konwoju samochodów, autobusów i ciężarówek, którymi mieszkańcy Groznego próbowali wydostać się z terenu intensywnych walk, prowadzonych przez wojska rosyjskie, stwierdził, że

„Artykuł 2 obejmuje nie tylko umyślne zabijanie, ale także sytuacje, w których wolno «użyć siły», co może w sposób niezamierzony prowadzić do pozbawienia życia. Umyślne lub zamierzone użycie siły śmiertelnej jest jednak tylko jednym z czynników, któ-

⁹¹ Zob. odpowiednio R. Pisillo Mazzeschi, *Responsabilité de l'État...*, rozdział III; First Report ILA Study Group on Due Diligence..., s. 2; podobną tezę można postawić odnośnie orzecznictwa Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka. Zob. m.in. sprawę *Velásquez-Rodríguez v. Honduras*, wyrok MTPC z 29.07.1988 r., pkt 166, 172, 177.

⁹² *Osman v. the United Kingdom* z 1998 r., pkt 115.

⁹³ Szerzej na ten temat zob. E. H. Morawska, *op. cit.*, s. 166–178.

⁹⁴ Zob. C. Dröge, *op. cit.*, s. 290 i nast. Por. też First Report ILA Study Group on Due Diligence..., s. 2; dla potwierdzenia tych ustaleń została powołana sprawa *Kelly and Others v. the United Kingdom* z 2001 r., pkt 96.

⁹⁵ R. Pisillo Mazzeschi, *The Due Diligence Rule...*, s. 22, 25, 46; podobnie C. Mik, *op. cit.*, s. 157.

⁹⁶ *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia* z 2005 r., pkt 171; podobnie w sprawie *Tagayeva and Others v. Russia* z 2017 r., pkt 198.

re należy wziąć pod uwagę przy ocenie konieczności jej użycia. (...) Dodatkowo, fakt, że rząd nie wskazał [jakiegokolwiek rangi] przepisów prawa krajowego, które regulowałyby użycie siły przez armię lub siły bezpieczeństwa w sytuacjach takich jak niniejsza, sam w sobie nie byłby wystarczający do stwierdzenia naruszenia zobowiązania pozytywnego państwa ochrony prawa do życia, ale jest, w okolicznościach niniejszej sprawy, bezpośrednio istotny dla oceny proporcjonalności odpowiedzi [wojska federalnego] na rzeź komy atak [bojowników czeczeńskich] (patrz, *mutatis mutandis*, *McCann*, pkt 156)⁹⁷.

Po wnikliwej ocenie wszystkich okoliczności użycia siły śmiertelnej w tej sprawie Trybunał stwierdził, że nie może uznać, iż przedmiotowa operacja wojsk rosyjskich została zaplanowana i przeprowadzona z należytą dbałością o życie ludności cywilnej i konsekwentnie stwierdził naruszenie art. 2 EKPC⁹⁸.

SUMMARY

THE DUE DILIGENCE RELATED TO THE USE OF LETHAL FORCE IN THE LAW OF THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS

In the light of Article 2(2) of the Convention, the threat to the right to life posed by the use of lethal force by State agents (lethal force) should be taken seriously in particular. It provides that deprivation of life shall not be considered contrary to this article if it results from the use of force which is no more than absolutely necessary to achieve the three objectives set out therein. However, in the Court's view, those provisions do not, in any event, entitle the State to use force with the intention of killing. This means that Article 2 of the Convention requires a State to refrain from intentional and unlawful taking of life.

The Court established the conditions for the use of lethal force in the case of *McCann and Others v. the United Kingdom* of 1995. In view of the criterion of absolute necessity, the circumstances in which the use of lethal force may occur must be interpreted restrictively and evaluated with the utmost rigour, taking account of all the circumstances surrounding the use of that force. The Court therefore combined a new premise with the criterion of absolute necessity of the use of lethal force. A review of the case-law shows that it is of major importance and that it *de facto* leads to a redefinition of the criterion of absolute necessity. The Court has neither defined its substance precisely nor indicated in an exhaustive manner the situations which it regards as "all the circumstances surrounding". However, it pointed out the initial assumption that in a democratic society, law-enforcement officials should be "somewhat cautious in the use of firearms". Subsequently, it translated into concrete duties, including the obligation to prepare a plan of action using lethal force, next the obligation to exercise appropriate supervision over its course, the obligation to take the care of the right to life sufficiently into account in the instructions given to officers regarding the use of lethal force, in particular the exclusion

⁹⁷ *Isayeva, Yusupova and Bazayeva v. Russia* z 2005 r., pkt 169, 198.

⁹⁸ *Ibidem*, pkt 199–200.

of *shoot to kill* instruction and the obligation to train or instruct officers accordingly in order to be able to assess whether there is an absolute need for the use of firearms in a particular situation. The Court is progressively developing the scope and content of these obligations. This is shown, for example, by the 2010 *Wasilewska and Kalucka v. Poland* case, which requires police officers who take action using lethal force to carry a clear identification mark, so that there is no doubt that they are police officers. In addition, the authorities were obliged to provide an ambulance at the site of the action. In the *Andronicou and Constantinou v. Cyprus* case of 1997, the Court drew attention for the first time to the obligation planning and control of the rescue operation.

The fulfilment of these duties requires a number of concrete actions which serve a preventive function. It is not just crime prevention *sensu stricto*. In fact, it involves a whole range of different organisational, technical and tactical measures, including tactics and techniques for prevention and intervention by a broad range of police and preventive services, secret services and the military. The multidimensional protective function of these measures is important. The Court optimises the requirements for the performance of the duties mentioned above, taking into account their specific circumstances and their operational aspect and stresses that they must not result in disproportionate and unrealistic burdens on the authorities. An infringement of Article 2 of the Convention therefore arises where a State Party has not taken all the possible measures which the specific circumstances of the case required to be taken and which could have been taken. As a result of the above optimisation, the level of performance of the indicated duties may vary, although it must be the highest possible.

The Court has required States to take requisite care to “minimise to the greatest extent possible recourse to lethal force or incidental loss of life”. Thus, an important criterion for these obligations is the criterion of due diligence, which has traditionally been linked to progressive obligations linked to economic, social and cultural rights. In conclusion, without altering the nature and subject-matter of the prohibition on intentional or unlawful deprivation of life, the Court has “surrounded” it with the duties of diligent action. It thus the general obligation of the States Parties to the Convention to protect the right to life (Article of the Convention) has been substantially strengthened.

Słowa kluczowe: Europejska Konwencja Praw Człowieka, Europejski Trybunał Praw Człowieka, mechanizm egzekucji w zakresie zapobiegania, zwalczania i ścigania sprawców naruszeń, umyślne i bezprawne pozbawienia życia

Key words: European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights, law-enforcement machinery for the prevention, suppression and sanctioning of breaches of provisions, intentional and unlawful taking of life