

PATRYK GACKA

## KLAUZULA NORYMBERSKA SIEDEMDZIESIĄT LAT PÓŹNIEJ\*

### WPROWADZENIE

Gdy w 1950 r. przyjmowano tekst Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych (EKPC)<sup>1</sup>, norymbersko-tokijski kazus międzynarodowej odpowiedzialności karnej należał już co prawda do przeszłości, ale przed sądami krajowymi wciąż toczyły się wówczas procesy zbrodniarzy wojennych, które – jak się później okazało – miały być organizowane w różnych miejscach na świecie przez kolejnych kilkadziesiąt lat. Pojedyncze sprawy sędziwych już zbrodniarzy były zresztą rozpatrywane na poziomie krajowym jeszcze w ubiegłej dekadzie<sup>2</sup>. Nie ulega jednak wątpliwości, że epoka karnego rozliczenia zbrodni popełnionych w związku z II wojną światową z przyczyn obiektywnych dobiegła już w zasadzie końca.

Normatywną egzemplifikacją tego przełomowego momentu w historii międzynarodowego prawa karnego pozostaje art. 7 EKPC (zasada legalizmu), a zwłaszcza jego ust. 2 nazywany powszechnie „klauzulą norymberską”. Klauzula ta, po raz pierwszy wyrażona w Konwencji, została w późniejszych latach odzwierciedlona także w innych umowach z zakresu międzynarodowego prawa praw człowieka, by wspomnieć tylko o Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych (MPPOiP)<sup>3</sup> oraz Karcie Praw Podstawowych Unii Europejskiej

---

Mgr PATRYK GACKA – doktorant na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego, ul. Krakowskie Przedmieście 26/28, 00-927 Warszawa; e-mail: p.gacka@wpia.uw.edu.pl.

\* Artykuł stanowi rezultat projektu badawczego pt. „Przestępstwo w myśl prawa międzynarodowego (Artykuł 42 ust. 1 Konstytucji RP)”, finansowanego w ramach badań statutowych przez Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego.

<sup>1</sup> Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz.U. 1993, Nr 61, poz. 284.

<sup>2</sup> Ostatnie, głośno komentowane procesy toczyły się także w ubiegłej dekadzie. Por. m.in. L. DOUGLAS, *The Right Wrong Man. John Demjanjuk and the Last Great Nazi War Crimes Trial*, Princeton: Princeton University Press 2016.

<sup>3</sup> Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., Dz.U. 1977, Nr 38, poz. 167.

(KPP)<sup>4</sup>. Czy wobec zmięczenia norymbersko-tokijskiej epoki odpowiedzialności karnej klauzula norymberska wciąż ma jednak jakiegokolwiek znaczenie aksjologiczne i normatywne? Albo – bardziej kontrowersyjnie – czy kiedykolwiek takie znaczenie posiadała?

Niniejszy artykuł ma na celu odpowiedzenie na powyższe pytania poprzez ponowne, krytyczne spojrzenie na tę konstrukcję prawną, zastanowienie się nad jej pierwotnym i obecnym znaczeniem, skonfrontowanie jej warstwy słownej z orzecznictwem sądowym oraz twierdzeniami nauki, jak i zestawienie wywiezionego w ten sposób standardu gwarancyjnego ze współczesnym modelem odpowiedzialności karnej za zbrodnie międzynarodowe.

## 1. TREŚĆ MIĘDZYNARODOWEJ ZASADY LEGALIZMU

Klasycznie przyjmuje się, że zasada legalizmu oparta jest na czterech dyrektywach: *lex scripta*, *lex certa*, *lex stricta*, *lex praevia*. Treść i zakres tej zasady nie są jednak takie same w każdym systemie prawnym i na każdym poziomie regulacji. Standard *nullum crimen nulla poena sine lege* nie ma w efekcie jednolitego charakteru.

W międzynarodowym prawie praw człowieka zasada legalizmu karnego wyrażona została m.in. w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (art. 7), Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych (art. 15) oraz Karcie Praw Podstawowych (art. 49). W każdym z tych aktów prawnych zasada legalizmu bazuje na rozwiązaniu, które obrazowo można ująć jako regułę „2+1”.

Tabela 1. Zasada legalizmu

	<b>Podstawa odpowiedzialności karnej</b>	<b>Wyjątek (tj. dopełnienie zasady odpowiedzialności)</b>
<b>EKPC</b>	Prawo wewnętrzne, prawo międzynarodowe (art. 7 ust. 1)	Czyn zagrożony karą według ogólnych zasad uznanych przez narody cywilizowane (art. 7 ust. 2)
<b>MPPOiP</b>	Prawo wewnętrzne, prawo międzynarodowe (art. 15 ust. 1)	Czyn lub zaniechanie, które w chwili ich popełnienia stanowiły przestępstwo w myśl ogólnych zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową (art. 15 ust. 2)
<b>KPP</b>	Prawo wewnętrzne, prawo międzynarodowe (art. 49 ust. 1)	Działanie lub zaniechanie, które w czasie, gdy miało miejsce, stanowiło czyn zabroniony pod groźbą kary, zgodnie z ogólnymi zasadami uznanymi przez wspólnotę narodów (art. 49 ust. 2)

<sup>4</sup> Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Dz.Urz.UE 2016 C 202.

Zgodnie z pierwszym elementem reguły „2+1”, międzynarodowa zasada legalizmu dopuszcza pociąganie do odpowiedzialności karnej na podstawie dwóch systemowych źródeł prawa, tj. prawa wewnętrznego oraz prawa międzynarodowego („2”). Z perspektywy międzynarodowego prawa praw człowieka są to źródła względem siebie równoważne. Od strony formalnej nie ma zatem znaczenia – *in abstracto* – czy kryminalizacja przebiegać będzie na podstawie źródła krajowego, np. ustawy, czy źródła międzynarodowego, np. umowy międzynarodowej. Można zatem, w świetle tej zasady, odpowiadać karne przed sądem krajowym wyłącznie na podstawie prawa międzynarodowego, co nie będzie naruszało zasady legalizmu, chyba że niespełnione zostaną jej wymogi jakościowe. W praktyce jednak, co oczywiste, prawo wewnętrzne wciąż pozostaje domyślną podstawą kryminalizacji i następczej odpowiedzialności karnej w zdecydowanej większości przypadków.

## 2. ZASADY PRAWA UZNANE PRZEZ SPOŁECZNOŚĆ MIĘDZYNARODOWĄ W KONTEKŚCIE WYMOGÓW MIĘDZYNARODOWEJ ZASADY LEGALIZMU

Obok wyrażonych w niesprecyzowany sposób prawa wewnętrznego oraz prawa międzynarodowego („2”), międzynarodowa zasada legalizmu odnosi się także do wyrażających tzw. klauzulę norymberską („+1”) ogólnych zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową (art. 7 ust. 2 EKPC, art. 15 ust. 2 MPPOiP oraz art. 49 ust. 2 KPP)<sup>5</sup>.

Budowa przytoczonych powyżej przepisów, a zwłaszcza usytuowanie klauzuli w odrębnym ustępie, jak i przyjęta jej formuła słowna, może prowadzić *prima facie* do interpretacji, zgodnie z którą ogólne zasady prawa uznane przez społeczność międzynarodową pełnią funkcję merytorycznego wyjątku („+1”) od podstawowej zasady odpowiedzialności karnej na podstawie prawa wewnętrznego lub międzynarodowego obowiązującego w chwili popełnienia czynu prawnie relewantnego. Taki argument został podniesiony między innymi przez Izbę ETPC w sprawie *Kononov*, w której stwierdzono, iż art. 7 ust. 2 EKPC „stanowi wyjątkową derogację od ogólnych zasad wyłożonych w ust. 1”<sup>6</sup>. Dwa lata później, w kolejnym wyroku w sprawie *Kononov*, tym razem Wielka Izba ETPC nie wyraziła jednakże podobnego zapatrywania. W wyroku tym

<sup>5</sup> W całej pracy wykorzystuje dopełnienie „uznane przez społeczność międzynarodową” (MPPOiP), zrywając w ten sposób z anachronizmem zawartym w EKPC, jak i bardziej ambitnym sformułowaniem umieszczonym w tekście KPP.

<sup>6</sup> Wyrok ETPC z dnia 24 lipca 2008 r. w sprawie *Kononov* przeciwko Łotwie, skarga nr 36376/04, pkt 115 [dalej: *Kononov* przeciwko Łotwie].

pominięto odniesienie do „derogacji” od zasady legalizmu, którą miałyby wprowadzać klauzula norymberska. Wskazano natomiast, że „oba ustępy art. 7 są ze sobą powiązane i powinny być interpretowane w zbieżny sposób” (*concordant manner*)<sup>7</sup>. Trybunał stwierdził ponadto, że prace przygotowawcze do Konwencji świadczą o tym, iż celem ustępu drugiego było – po pierwsze – sprecyzowanie, iż art. 7 EKPC nie podważa regulacji prawnych przyjętych w nadzwyczajnych okolicznościach pod koniec II wojny światowej w celu ukarania osób winnych popełnienia zbrodni wojennych, oraz – po drugie – że założeniem art. 7 EKPC nie jest „wydawanie moralnego lub prawnego osądu” tych praw<sup>8</sup>. Z kolei w sprawie *Maktouf oraz Damjanović* ETPC doprecyzował, iż „[...] projektodawcy Konwencji nie zamierzali dopuścić jakiegokolwiek generalnego wyjątku od zasady nieretroaktywności”<sup>9</sup>. Uwagę tę odniesiono do art. 7 EKPC jako całości, wobec czego znajduje ona zastosowanie także do zawartej w ust. 2 klauzuli norymberskiej.

Normatywne powiązanie w ramach zasady „2+1” przejawia się więc nie tyle w tym, że tzw. klauzula norymberska dopuszcza retroaktywne stosowanie przepisów karnych<sup>10</sup>, lecz w pełnionej przez tę klauzulę funkcji konstrukcji uszczegóławiającej zasadę legalizmu poprzez wyjątkowe dopuszczenie kryminalizacji na podstawie precyzyjnie określonego źródła prawa w postaci zasad

---

<sup>7</sup> Wyrok Wielkiej Izby ETPC z dnia 17 maja 2010 r. w sprawie *Kononov* przeciwko Łotwie, skarga 36376/04, pkt 186.

<sup>8</sup> *Kononov* przeciwko Łotwie, pkt 186; Decyzja ETPC z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie *Tess* przeciwko Łotwie, skarga nr 34854/02; Decyzja Komisji z dnia 20 lipca 1957 r. w sprawie *X. przeciwko Belgii*, skarga nr 268/57, Yearbook 1, s. 241.

<sup>9</sup> Wyrok Wielkiej Izby ETPC z dnia 18 lipca 2013 r. w sprawie *Maktouf oraz Damjanović* przeciwko Bośni i Hercegowinie, skarga nr 2312/08 and 34179/08, pkt 72. Uwaga ta, co warto podkreślić, została przez Trybunał poczyniona w związku z wyrażonym przez Bośnię i Hercegowinę argumentem, zgodnie z którym kryminalizacja określonego zachowania na podstawie zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodowych, a nie prawa międzynarodowego w rozumieniu art. 7 ust. 1 Konwencji, wykluczała stosowalność zakazu retroaktywnego stosowania prawa i sankcji karnej.

<sup>10</sup> W literaturze można odnotować zdanie odmienne. Twierdzi się, iż celem art. 7 ust. 2 EKPC było wyłączenie pewnej kategorii czynów z zakresu *nullum crimen sine lege*, a tym samym dopuszczenie karan za zachowania, które w chwili ich popełnienia nie były kryminalizowane ani na poziomie krajowym, ani na poziomie międzynarodowym. T. MARINIELLO, *The 'Nuremberg Clause' and Beyond: Legality Principle and Sources of International Criminal Law in the European Court's Jurisprudences*, „Nordic Journal of International Law” 82 (2013), s. 227-229. Art. 7 ust. 2 EKPC nie zawiera gwarancji, do których odnosi się ust. 1 tego przepisu – tak: C. PAVARANI, *Nessuna pena senza legge*, [w:] *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Commentata ed annotata*, red. C. Defilippi, D. Bosi, R. Harvey, Roma–Napoli: Edizioni scientifiche italiane 2006, s. 268; podobnie: P. HOFMAŃSKI, *Art. 7*, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, red. L. Garlicki, Warszawa: C.H. Beck 2010, pkt 8 (Legalis).

prawa uznanych przez społeczność międzynarodową. Od strony merytorycznej, w efekcie tego zabiegu oraz z racji na niedookreślony charakter wspomnianych zasad, w pośredni sposób w art. 7 ust. 2 EKPC, art. 15 ust. 2 MPPOiP oraz art. 49 ust. 2 KPP dopuszczono stosowalność mniej restrykcyjnego standardu gwarancyjnego *nullum crimen sine iure* (a nie *lege*)<sup>11</sup>. Choć bowiem zasady prawa uznane przez społeczność międzynarodową pozostają wiążącym źródłem prawa międzynarodowego (art. 38(1)(c) Statutu MTS)<sup>12</sup>, to z treści przepisów określających zasadę legalizmu wywieść można regułę, zgodnie z którą są one uznawane za szczególną podstawę odpowiedzialności karnej<sup>13</sup>. Zasady, o których mowa, są wywodzone z wartości, reguł i zasad leżących u podstaw wewnętrznych systemów państw o różnej tradycji prawnej, a nie z konkretnej ustawy czy przepisu przyjętego w danym państwie<sup>14</sup>. W tym też sensie mają one charakter pochodny względem tych systemów. Z drugiej strony, w przypadku tożsamej treści zakazów karnych na poziomie krajowym, kryminalizacja międzynarodowa na podstawie wspomnianych zasad umożliwia silne umocowanie merytoryczne formułowanego w ten sposób komunikatu kryminalizacyjnego.

Zasady prawa uznane przez społeczność międzynarodową nie tworzą natomiast samostojnej podstawy odpowiedzialności karnej, jak czynią to tradycyjne źródła krajowego prawa karnego (np. ustawa) oraz inne źródła międzynarodowego prawa karnego (np. umowa międzynarodowa)<sup>15</sup>. Wobec pochodnego i Subsidiarnego charakteru tych zasad, niejasne pozostaje to, jak daleko sięgać powinna

<sup>11</sup> M. BOOT, *Nullum crimen sine lege and the subject matter jurisdiction of the International Criminal Court: genocide, crimes against humanity, war crimes*, Antwerpia: Intersentia 2002, s. 218; K.S. GALLANT, *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2009, s. 14; K. AMBOS, *Treatise of International Criminal Law*, Vol. I, Cambridge: Cambridge University Press 2013, s. 88-89 („międzynarodowe prawo karne zawiera, jako podstawowe komponenty, reguły *lex praevia* oraz *lex certa*”).

<sup>12</sup> Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, Dz.U. 1947.23.90.

<sup>13</sup> Analizując, czy doszło do naruszenia art. 7 ust. 1, ETPCz sięga do następującego testu: „w czasie, gdy czyn został popełniony, stanowił on przestępstwo określone z wystarczającą dostępnością i przewidywalnością przez prawo czesochłowackie”. „Trybunał stwierdza, że konkluzja ta czyni bezzasadnym zbadanie obecnej sprawy w świetle zasad prawa międzynarodowego lub zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową” (Decyzja ETPC dotycząca dopuszczalności sprawy *Ludmila Polednova przeciwko Republice Czeskiej*, skarga nr 2615/10, 21 czerwca 2011 r.).

<sup>14</sup> N. JAIN, *Judicial Lawmaking and General Principles of Law in International Criminal Law*, „Harvard International Law Journal” 57 (2016), nr 1, s. 117-118.

<sup>15</sup> Tuż po wojnie S. Glaser stwierdził, że *nullum crimen sine lege* w ogóle nie może być aplikowana do norm prawa zwyczajowego, a prawo międzynarodowe nie zna tej zasady. Por. S. GLASER, *The Charter of the Nuremberg Tribunal and New Principles*, [w:] *Perspectives on the Nuremberg Trial*, red. G. Mettraux, Oxford: Oxford University Press 2008, s. 61-62; wyrok z dnia 11 grudnia 1961 r. w sprawie *Attorney General przeciwko A. Eichmannowi*, nr 40/61, pkt 8 (jako zasada niestanowiąca części prawa zwyczajowego z powołaniem na stanowiska H. Kelsena oraz J. Stone’a).

zdolność wywodzenia kryminalizacji określonych zachowań na ich podstawie. Ryzyko takich działań jest łatwe do rozszyfrowania – potencjalny, nieograniczony wręcz aktywizm sędziowski przybierający formę obejścia tradycyjnej, upaństwowionej ścieżki legislacji międzynarodowej pod osłoną źródła obowiązującego prawa, a w rezultacie także obniżenie standardów gwarancyjnych. Niezależnie jednak od tego, jak ogólne zasady prawa byłyby wykorzystywane w praktyce, pozostają one obowiązującym źródłem prawa (*iure*). Jeżeli więc wyrok karny zostałby wydany wyłącznie na ich podstawie, to pomimo wyjątkowego charakteru takiego zabiegu nie można stwierdzić, iż musiało to prowadzić do naruszenia zasady legalizmu karnego.

Skoro jednak klauzula norymberska nie wprowadza wyjątku od *lex retro non agit*, jak i nie prowadzi od strony formalnej (źródło zakazu) do naruszenia zasady *nullum crimen sine lege*, konieczne jest zastanowienie się nad tym, do jakiego stopnia zasady prawa uznane przez społeczność międzynarodową spełniają pozostałe, merytoryczne wymiary zasady legalizmu, tj. *lex certa*, *lex stricta* oraz *lex scripta*. Czy odpowiedzialność karna na podstawie tych zasad jest dopuszczalna w świetle standardów wyznaczanych przez zasadę legalizmu?

Rozpoczynając od ostatniego z wymienionych powyżej wymogów, nie ulega wątpliwości, że zasady prawa uznane przez społeczność międzynarodową nie mają pisanego charakteru na poziomie międzynarodowym i w tym sensie nie spełniają one wymogu *lex scripta*. Nie oznacza to jednak, że kryminalizacja na nich oparta musi prowadzić do naruszenia międzynarodowej zasady legalizmu. Obejmująca zarówno prawo traktatów, jak i inne źródła prawa międzynarodowego<sup>16</sup>, w tym zwłaszcza prawo zwyczajowe<sup>17</sup> międzynarodowa zasada legalizmu zrywa bowiem z wymogiem *lex scripta* obowiązującym w kontynentalnej wersji tej zasady. Z perspektywy standardów określonych w międzynarodowym prawie praw człowieka odpowiedzialność karną można zatem ponosić nie tylko na podstawie prawa pisanego (*lex scripta*), lecz również prawa niepisanego

<sup>16</sup> Niektórzy badacze przytaczają także akty normodawcze, o których nie stanowi Art. 38 Statutu MTS, np. rezolucje Rady Bezpieczeństwa ONZ – por. G.P. FLETCHER, *Parochial versus Universal Criminal Law*, „Journal of International Criminal Justice” 3 (2005), s. 21.

<sup>17</sup> Wyrok Wielkiej Izby ETPC z dnia 22 marca 2001 r. w sprawie *Streletz, Kessler and Krenz przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, skargi nr 34044/96, 35532/97 and 44801/98, pkt 90-106; *Kononov przeciwko Łotwie*, pkt. 185-6; wyrok Wielkiej Izby ETPC z dnia 20 października 2015 r. w sprawie *Vasiliauskas przeciwko Litwie*, skarga nr 35343/05, pkt 171-178. Por. M. DE SALVIA, *Compendium de la CEDH : les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg: Editions N.P. Engel 2003, s. 390. Odmienne P. Hofmański, którego zdaniem „brak jest podstaw, aby pod to pojęcie pociągać prawo inne niż traktatowe” – P. HOFMAŃSKI, *Art. 7*, pkt 7 (Legalis).

(*lex non scripta*)<sup>18</sup>. Choć w rezultacie takiego rozwiązania normatywnego rozluźnieniu podlegają rygory zasady pewności prawa, jest to uzasadnione względami pragmatycznymi. Tylko w ten sposób międzynarodowa zasada legalizmu może bowiem stanowić punkt odniesienia w procesach kryminalizacji i pociągania do odpowiedzialności karnej tak w systemie *common law*, jak i w prawie międzynarodowym. Co więcej, brak ten pośrednio rekompensuje także metoda identyfikacji zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową. Wewnętrzne systemy prawne w przeważającej większości opierają się wszak na normach pisanych, a to z nich wywodzi się normatywną moc owych zasad.

Mniej czytelnie rysuje się natomiast kompatybilność zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową z dwoma kolejnymi wymogami jakościowymi zasady legalizmu, tj. *lex certa* oraz *lex stricta*. Pierwszy z nich, tj. wymóg pewności prawa (*lex certa*), osadzony jest na przesłankach przewidywalności karalności oraz dostępności informacji kryminalizacyjnej. W sprawach dotyczących przestępstw międzynarodowych, gwarancja przewidywalności jest ograniczona do ogólnej zdolności identyfikacji czynów karalnych, a nie całości materiału normatywnego determinującego bezprawność danego zachowania. Trybunał odwołuje się w tym względzie do koncepcji tzw. trzonu przestępstwa (*essence of the offence*)<sup>19</sup>. Spełnienie wymogu *lex stricta*, tj. wykładnia w zgodzie z przyjętym rozumieniem trzonu przestępstwa międzynarodowego przez sąd krajowy, stanowi pozytywną przesłankę na rzecz uznania, iż skarżący posiadał zdolność przewidzenia karalności podejmowanego przez siebie zachowania (*lex certa*)<sup>20</sup>. Przewidywalność kryminalizacji międzynarodowej ma więc z zasady charakter kontekstowy. Próg tego wymogu jest natomiast ściśle sprzężony z tzw. obiektywnym i subiektywnym kryterium przewidywalności decyzji kryminalizacyjnej.

<sup>18</sup> Z perspektywy Europejskiej Konwencji Praw Człowieka jest to uwarunkowane charakterem prawa karnego państw należących do systemu *common law*. Por. wyrok ETPC z dnia 22 listopada 1995 r. w sprawie *S.W. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 20166/92, par. 35-36. W związku z prawem międzynarodowym: *Kononov przeciwko Łotwie*, pkt 185. Por. także: O. BIGLER, *Art. 7 CEDH*, [w:] *Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) : commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, red. L. Gonin, O. Bigler, Berne-Paris: Stämpfli Editions 2018, s. 450.

<sup>19</sup> Wyrok ETPC z dnia 13 lipca 2007 r. w sprawie *Jorgic przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, skarga nr 74613/01, pkt 103-108.

<sup>20</sup> *Jorgic przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, pkt 109 (jest to jednak przesłanka, którą można obalić, o ile skarżący wykaże, że podejmując określone działanie opierał się na konkretnej wykładni trzonu przestępstwa).

Ten pierwszy – obiektywny aspekt przewidywalności (*foreseeability*) – zogniskowany jest wokół charakteru naruszonego dobra<sup>21</sup>. W przypadku czynów kwalifikowanych jako zbrodnie międzynarodowe trudno wszak argumentować, że nie wiedziało się o nielegalności podejmowanych działań<sup>22</sup>. Natomiast aspekt subiektywny dotyczy możliwości przewidzenia bezprawności i karalności w związku z sytuacją konkretnej jednostki, a zwłaszcza jej pozycją zawodową<sup>23</sup> oraz możliwością zasięgnięcia stosownej porady prawnej<sup>24</sup>. W sprawie *Kononov* podkreślono chociażby, iż od dowodzącego oficera można oczekiwać zachowania szczególnej ostrożności przy podejmowaniu decyzji opatrzonej tak dużym ryzykiem jak operacja w Mazie Bati w przedmiotowej sprawie (tj. czyny kwalifikowane jako zbrodnie wojenne)<sup>25</sup>.

Formalny aspekt *lex certa*, a więc dostępność informacji kryminalizacyjnej (*accessibility*), posiada niesprecyzowany charakter w orzecznictwie odnoszącym się do norm międzynarodowego prawa karnego<sup>26</sup>. Mimo że ETPC regularnie analizuje spełnienie wymogu dostępności jako elementu dookreślającego standard *lex certa*,

<sup>21</sup> Ten merytoryczny aspekt przewidywalności wywieść można m.in. z następujących orzeczeń (zgwałcenie, przemoc domowa): wyrok ETPC z dnia 10 października 2006 r. w sprawie *Pessino przeciwko Francji*, skarga nr 40403/02, pkt 36; wyrok Wielkiej Izby ETPC z dnia 27 stycznia 2015 r. w sprawie *Rohlena przeciwko Republice Czeskiej*, skarga nr 59552/08, pkt 71. W kontekście zbrodni międzynarodowych – Zakres koncepcji przewidywalności zależy w dużej mierze od zawartości analizowanego instrumentu, dziedziny, którą ma on regulować oraz liczby i statusu osób, do których jest zaadresowany: *Vasiliauskas przeciwko Litwie*, 20 października 2015 r., pkt 157. Por. także: *Kononov przeciwko Łotwie*, pkt 235. W sprawie Koberly ETPC doszedł do wniosku, że niespełniony został wymóg przewidywalności karnego charakteru czynów popełnionych w 1956 r., które miały stanowić zbrodnie przeciwko ludzkości. Wyrok Wielkiej Izby ETPC z dnia 19 września 2008 r. w sprawie *Korberly przeciwko Węgrom*, skarga nr 9174/02, pkt 95.

<sup>22</sup> Decyzja MTKJ w sprawie *Prokurator przeciwko M. Milutinović et al.*, Decision on Dražgoľjub Ojdanić's Motion Challenging Jurisdiction – Joint Criminal Enterprise, 21 maja 2003 r., IT-99-37-AR 72, pkt 39-42; *Jorgic przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, pkt 113 (długotrwały charakter oraz ciężar czynów skarżącego – tut. ludobójstwo – jako przesłanka braku naruszenia Konwencji).

<sup>23</sup> Element subiektywny związany jest z adresatem danej normy: m.in. wyrok ETPC z dnia 6 kwietnia 2010 r. w sprawie *Flinkkilä i inni przeciwko Finlandii*, skarga nr 25576/04, pkt 66-67 (będący dziennikarzami wnioskodawcy nie mogą powoływać się na nieznaną im zakazów dotyczących ochrony życia prywatnego związanych z wykonywanym przez nich zawodem). Osoby prowadzące działalność zawodową muszą zachowywać wyższy poziom ostrożności przy jej wykonywaniu – m.in. wyrok ETPC w sprawie *Pessino przeciwko Francji*, skarga no. 40403/02, 10 października 2006 r., pkt 33.

<sup>24</sup> W odniesieniu do przestępstw międzynarodowych wymóg ten pojawia się przede wszystkim przy „mechanicznym” relacjonowaniu obowiązującego standardu orzeczniczego w ramach art. 7 EKPC. Por. *Kononov przeciwko Łotwie*, pkt 185; *Vasiliauskas przeciwko Litwie*, pkt 154-157. W praktyce jednak zdaje się odgrywać niewielką rolę jako podstawa odrzucenia zarzutu naruszenia Konwencji w tego typu sprawach.

<sup>25</sup> *Kononov przeciwko Łotwie*, pkt 238.

<sup>26</sup> *Kononov przeciwko Łotwie*, pkt 237; *Vasiliauskas przeciwko Litwie*, pkt 167-168.



trudno nie odnieść wrażenia, iż z merytorycznej perspektywy analiza ta ma w rzeczywistości poboczne znaczenie. W przypadku ogólnych zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową, trudno byłoby zresztą oczekiwać tak fizycznie pojmowanej dostępności źródeł poznania prawa, chyba że ustalono by, iż komunikat o bezprawności danego zachowania sprawca może wywieść z krajowych aktów prawnych (np. Kodeksu karnego). Wymóg „dostępności” nie ma przy tym ścisłego charakteru. Często zdaje się być on analizowany w sprzężeniu z – w praktyce bardziej istotnym – wymogiem przewidywalności<sup>27</sup>. W efekcie, w orzecnictwie wymóg dostępności informacji kryminalizacyjnej zdaje się mieć niewielką wartość gwarancyjną, zaś w przypadku prawa międzynarodowego trudno jest w ogóle mówić o jej istnieniu. Naruszenie wymogu pewności prawa (*lex certa*) z reguły będzie pokłosiem niespełnienia wymogu przewidywalności, a nie dostępności komunikatu kryminalizacyjnego.

Zasady prawa uznane przez społeczność międzynarodową ze swej istoty nie spełniają wymogu *nulla poena sine lege*. Choć czyny kryminalizowane na ich podstawie są zagrożone karą w wewnętrznych porządkach prawnych, to sankcje te nie podlegają łatwej transpozycji na poziom międzynarodowy, zwłaszcza biorąc pod uwagę spore rozbieżności w katalogach grożących kar oraz sankcjach orzekanych w konkretnych sprawach w poszczególnych systemach prawnych. Niemniej jednak, jako że wciąż przedmiotem sporów pozostaje moc wiążąca zasady *nulla poena* w międzynarodowym prawie karnym<sup>28</sup>, niespełnienie tego wymogu przez zasady prawa uznane przez społeczność międzynarodową nie powinno być traktowane jako świadectwo naruszenia przez nie międzynarodowej zasady legalizmu.

W świetle powyższego zestawienia nasuwa się konstatacja, że zasady prawa uznane przez społeczność międzynarodową mogą stanowić podstawę kryminalizacji przy zachowaniu standardów gwarancyjnych o charakterze jakościowym wynikających z zasady legalizmu. To jednak, czy w konkretnym przypadku wymogi te zostaną rzeczywiście przez taki akt pośredniej kryminalizacji spełnione, pozostaje kwestią otwartą i wymaga oceny *a casu ad casum*. Zestawiając omawiane w tej pracy zasady prawa z dwoma podstawowymi źródłami międzynarodowej odpowiedzialności karnej, tj. umową i zwyczajem międzynarodowym,

<sup>27</sup> Wówczas jednak perspektywa dostępności zdaje się być niejako „tłem” dla analizy przewidywalności. Łączną analizę obu perspektyw *lex certa* ETPC dopuścił m.in. w sprawie *Kononov przeciwko Łotwie*, pkt 235.

<sup>28</sup> A. CASSESE, *Cassese's International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press 2013, s. 36; K. GALLANT, *The Principle of Legality*, s. 223; 383-389 (rozdzielenie ścisłego i słabszego rozumienia zasady *nulla poena*; zdaniem K.S. Gallanta, prawo międzynarodowe spełnia zasadę *nulla poena* w jej drugiej, słabszej wersji).

można jednak bronić stanowiska, zgodnie z którym tak silne umocowanie ogólnych zasad prawa w prawie wewnętrznym dużej liczby państw zapewnia im relatywnie wysoki, a możliwe że nawet wyższy od tradycyjnych źródeł prawa międzynarodowego standard gwarancyjny. Wszak znajomość prawa krajowego u przeciętnego adresata norm karnoprawnych jest z reguły wyższa aniżeli regulacji międzynarodowych, co ma znaczenie o tyle, że to właśnie z poziomu krajowego wywodzone są nie tylko treść, ale i standardy ochronne omawianych zasad.

### 3. KLAUZULA NORYMBERSKA A MIĘDZYNARODOWA ZASADA LEGALIZMU – NIEŚCISŁOŚCI I WADY

Powyżej wskazano już, że klauzula norymberska uzupełnia treść zasady legalizmu, ale nie wprowadza wyjątku od zasady *lex retro non agit*. Z perspektywy źródeł prawa nie ulega jednak wątpliwości, że oba ustępy analizowanych przepisów EKPC, MPPOiP oraz KPP znajdują się w relacji normatywnego zachodzenia, skoro „prawo międzynarodowe” (art. 7 ust. 1 EKPC, art. 15 ust. 1 MPPOiP, art. 49 ust. 1 KPP) obejmuje także „ogólne zasady uznane przez społeczność międzynarodową” (art. 38 ust. 1 Statutu MTS).

Rozwiązanie to budzi wątpliwości merytoryczne. Przeprowadzając całościową analizę reguły „2+1” zawartej w art. 7 EKPC, art. 15 MPPOiP oraz art. 49 KPP wywieść można bowiem następujący komunikat: zakazane jest pociąganie do odpowiedzialności karnej za czyn, który w chwili jego popełnienia nie był zabroniony przez prawo wewnętrzne lub prawo międzynarodowe, chyba że w chwili popełnienia był „czynem zagrożonym karą<sup>29</sup> według ogólnych zasad uznanych przez narody cywilizowane” (społeczność międzynarodową)<sup>30</sup>. Komunikat ten prowadzi zatem do kłopotliwej, gdyż wewnętrznie sprzecznej dyrektywy, gdzie wyjątek od zasady (ogólne zasady „+1”) jest zawarty także w samej zasadzie („2) wysłowionej w ust. 1 („ogólne zasady” jako źródło prawa międzynarodowego).

<sup>29</sup> Warto zauważyć, że w polskiej wersji językowej oba ustępy są tłumaczone analogicznie jako „czyny zabronione pod groźbą kary”, mimo że ust. 2 w wersjach angielskiej i francuskiej nie wspomina o czynie zabronionym zagrożonym karą. Przyjęcie takiego wymogu oznaczałoby, że art. 7 ust. 2 EKPC mógłby znaleźć zastosowanie wyłącznie wtedy, gdy „ogólne zasady prawa międzynarodowego” przewidywały określoną sankcję karną za popełnienie danego czynu. Z perspektywy charakteru tych zasad wymóg ten jest jednak oczywiście bezzasadny.

<sup>30</sup> Nawet jeśli zasady te są niekiedy niemożliwe do odróżnienia od międzynarodowego prawa zwyczajowego. E. BLEICHRODT, *No Punishment without Law*, [w:] *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, red. P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak, Cambridge: Cambridge University Press 2018, s. 665; C. PAVARANI, *Nessuna pena senza legge*, s. 259-265.

Wspomniana relacja zachodzenia nie wystąpiłaby, gdyby na etapie legislacyjnym lub wykładniczym uszczegółowiono pojęcie „prawa” w art. 7 ust. 1 EKPC, art. 15 ust. 2 MPPOiP oraz art. 49 ust. 2 KPP<sup>31</sup>. Tak się jednak nie stało, wobec czego ustępu drugiego trudno nie traktować jako normatywnego *superfluum*<sup>32</sup>. Dowodzi tego także dotychczasowe orzecznictwo sądowe. Przykładowo, w sprawie *Vasiliauskas* ETPC skonstatował, że w związku z naruszeniem przez Litwę art. 7 ust. 1 EKPC ze względu na skazanie bez stosownej podstawy prawnej wnioskodawcy za zbrodnię ludobójstwa, polegającą na zamachu na grupę polityczną w 1953 r., nie ma podstaw ku temu, by analizować, czy wyrok skazujący był uzasadniony z perspektywy klauzuli norymberskiej zawartej w art. 7 ust. 2 EKPC<sup>33</sup>. Skoro wyrok sądu litewskiego naruszał art. 7 ust. 1 EKPC, to – zdaniem Trybunału – nie jest możliwe uznanie jego zgodności ze standardem konwencyjnym na podstawie art. 7 ust. 2 EKPC<sup>34</sup>.

Posłużenie się konstrukcją „uznanych zasad” jest wysoce kłopotliwe także z perspektywy logicznej. Podejmując próbę identyfikacji katalogu owych zasad, w literaturze wspomina się bowiem także o samej zasadzie *nullum crimen sine lege*<sup>35</sup>. Paradoksalnie więc, wyrażające zasadę legalizmu art. 7 EKPC, art. 15 MPPOiP oraz art. 49 KPP, które stanowią, że podstawą odpowiedzialności karnej mogą być także zasady prawa uznane przez społeczność międzynarodową, same są uznawane za jedną z takich zasad. To błędne koło przybiera następującą postać: jedna z zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową, czyli zasada legalizmu, dopuszcza wyjątkowo odpowiedzialność na podstawie zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową. Idąc dalej tym tokiem rozumowania, w już intuicyjnie trudnym do zaakceptowania ujęciu, wyrażające

<sup>31</sup> Tak szerokie rozumienie „prawa” nie jest zresztą charakterystyczne wyłącznie dla zasady legalizmu, lecz dotyczy także innych praw człowieka zawartych m.in. w EKPC (*Vasiliauskas przeciwko Litwie*, pkt 154).

<sup>32</sup> Do takiego wniosku w zw. z ust. 1 art. 7 EKPC dochodzi także: C. SAFFERLING, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht: Völkerstrafrecht: Europäisches Strafrecht*, Berlin–Heidelberg: Springer 2011, s. 560 (ust. 2 przedstawia jego zdaniem „roszczenie moralno-normatywne”, podczas gdy to ust. 1 statuuje prawo pozytywne).

<sup>33</sup> *Vasiliauskas przeciwko Litwie*, pkt 190. Z kolei w wyroku ETPC z dnia 2 marca 2001 r. w sprawie *Kessler i Krenz przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, skargi nr 34044/96, 35532/97 and 44801/98, ETPC stwierdził, że: „[...] skazanie wnioskujących przez sądy niemieckie po zjednoczeniu nie stanowiło naruszenia art. 7 ust. 1 [...]. W świetle tego ustalenia, Trybunał nie jest zobowiązany do rozważenia, czy wyrok skazujący był uzasadniony na podstawie Art. 7 ust. 2 Konwencji” (pkt 107-8).

<sup>34</sup> Por. jednak na kanwie tego wyroku: wyrok ETPC z dnia 12 marca 2019 r. w sprawie *Stanislovas Drelingasa przeciwko Litwie*, skarga nr 28859/16 (brak naruszenia art. 7 EKPC).

<sup>35</sup> Pośród innych wymienia: M. MASTERNAK-KUBIAK, *Przestrzeganie prawa międzynarodowego w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Kraków: Zakamycze 2003, s. 51.

zasadę legalizmu art. 7 EKPC, art. 15 MPPOiP oraz art. 49 KPP same mogłyby stanowić podstawę odpowiedzialności karnej, skoro wyrażają one ogólną zasadę prawa uznaną przez społeczność międzynarodową. Rezultat tak poprowadzonej wykładni sprowadza, co jasne, konstrukcję zawartą w ust. 2 wskazanych przepisów do absurdu. Istnieją jednak co najmniej dwie metody odpowiedniego wyczelowania tego roboczego rezultatu wykładni.

Z jednej strony, można więc argumentować, że zasada legalizmu nie jest „uznaną zasadą przez społeczność międzynarodową”, wobec czego wspomniany powyżej paradoks w rzeczywistości nie zachodzi. Takie stanowisko jest jednak mało przekonujące, zwłaszcza uwzględniając fundamentalne znaczenie przypisywane zasadzie legalizmu w różnych kulturach prawnych<sup>36</sup>. Przyjąć więc należy, że zasada legalizmu jest ogólną zasadą prawa uznaną przez społeczność międzynarodową.

Z drugiej strony, można wnosić, że choć *nullum crimen sine lege* jest jedną z ogólnych zasad prawa, to art. 7 ust. 2 EKPC, art. 15 ust. 2 MPPOiP oraz art. 49 ust. 2 KPP nie odnoszą się do wszystkich zasad uznanych przez społeczność międzynarodową, lecz wyłącznie do tych spośród nich, które pozwalają na wywiedzenie bezprawności i karalności określonego zachowania na podstawie ich powszechnej kryminalizacji w prawie wewnętrznym poszczególnych państw. W tym też sensie np. morderstwo czy zgwałcenie mogłyby być uznane za podlegające kryminalizacji na podstawie zasad uznanych przez społeczność międzynarodową, nawet jeśli analogicznej konstatacji nie można by poczynić na podstawie innych źródeł prawa międzynarodowego, tj. przede wszystkim umów międzynarodowych lub zwyczajów międzynarodowych. Sama zasada legalizmu, w związku z jej gwarancyjnym charakterem, nie mogłaby stanowić wówczas źródła kryminalizacji, o której mowa w ust. 2 przytoczonych przepisów, *ergo* nie byłaby traktowana jako zasada, do której odwołują się te przepisy. Z perspektywy polskiego systemu prawnego źródłem, na podstawie którego można by wywodzić kryminalizację np. zabójstwa (choćby jako elementu zbrodni przeciwko ludzkości) w ramach „zasad uznanych przez społeczność

---

<sup>36</sup> C.M. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Hague–London–Boston: Martinus Nijhoff Publishers 1999, s. 127. Chyba że przyjmie się, iż zasada *nullum crimen sine lege* jest wyłącznie zasadą międzynarodowego prawa karnego, a nie zasadą prawa uznaną przez narody cywilizowane. Taki wniosek również wydaje się niewłaściwy, skoro ponad 80% państw na świecie uznaje zasadę *nullum crimen* na poziomie konstytucyjnym. Dokładny przegląd systemów wewnętrznych oraz stosowne statystyki przytacza: K. GALLANT, *The Principle of Legality*, s. 243 n.

międzynarodową”, byłby więc w takim ujęciu art. 148 Kodeksu karnego<sup>37</sup>, a nie art. 42 ust. 1 Konstytucji RP czy art. 1 Kodeksu karnego.

Druga ze wskazanych interpretacji jest niewątpliwie bardziej przekonująca. Pozwala ona zachować operatywność zasady legalizmu, a także zdaje się w wyższym stopniu oddawać wewnętrznie zróżnicowany charakter ogólnych zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową. Umożliwia ona ponadto ich podział oraz klasyfikację, nie wykluczając przy tym pośredniej kryminalizacji na ich podstawie. Nie zmienia to jednak faktu, że zbyt liberalne wywodzenie podstawy międzynarodowej odpowiedzialności karnej z tak heterogenicznej kategorii zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową, może niekiedy uderzać w sam rdzeń jednej z tych zasad, tj. zasady legalizmu. Niejako na uboczu głównych rozważań można przy tym postawić – jak się zdaje – zasadne pytanie o to, czy powyższy tok rozumowania nie prowadzi nieuchronnie do wniosku, że zabójstwo, jak i inne typy przestępstw podlegających powszechnej kryminalizacji na poziomie krajowym, mogą być także uznane za zachowania karalne w świetle omawianych w tej pracy ogólnych zasad prawa, *ergo* są przestępstwami nie tylko krajowymi, lecz również międzynarodowymi?

#### 4. ZASADY PRAWA UZNANE PRZEZ SPOŁECZNOŚĆ MIĘDZYNARODOWĄ A ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA

Ogólne zasady prawa mają co najmniej trzy cechy: są niepisаныmi zasadami, powszechnie uznanymi w prawie wewnętrznym państw reprezentujących poszczególne systemy prawne, a ponadto są możliwe do przeniesienia na poziom międzynarodowy<sup>38</sup>. Z perspektywy międzynarodowego obrotu prawnego pełnią one przede wszystkim funkcję pomocniczego źródła prawa, pozwalającego na uzupełnienie luk odnotowywanych w konkretnej sytuacji normatywnej<sup>39</sup>. Jak dotąd, były one stosowane zarówno w odniesieniu do materialnoprawnych (np. przymus

---

<sup>37</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 1997, Nr 88, poz. 553. Propozycja takiego odczytania zostałaby najprawdopodobniej zanegowana przez zwolenników wywodzenia bezprawności zachowania normy prawnokarnej z systemu prawnego *sensu largo*, co przejawia się w twierdzeniu, iż normy prawnokarne są wyłącznie normami sankcjonującymi, a nie normami sankcjonowanymi.

<sup>38</sup> A. PELLET, *Article 38*, [w:] *The Statute of the International Court of Justice: a commentary*, red. A. Zimmermann et al., Oxford: Oxford University Press 2012, s. 834.

<sup>39</sup> A. CASSESE, *Cassese's International Criminal Law*, s. 15.

jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną<sup>40</sup>), jak i proceduralnych aspektów (np. *witness-proofing*<sup>41</sup>) międzynarodowej odpowiedzialności karnej.

Zasady prawa uznane przez społeczność międzynarodową mogą być także samodzielnym źródłem zakazów karnych<sup>42</sup>. Pozwalają one na identyfikację takich czynów, które mogą być uznane za „kryminalizowane” na poziomie międzynarodowym – po pierwsze – w przypadku braku odpowiedniej normy umownej lub zwyczajowej oraz – po drugie – w sytuacji, gdy normy te są niejasne i wymagają doprecyzowania na podstawie analizy rozwiązań przyjętych w ustawodawstwie wewnętrznym państw przynależących do różnych systemów prawnych<sup>43</sup>.

Przez wiele lat sądowa interpretacja klauzuli zawartej w art. 7 ust. 2 EKPC oraz art. 15 ust. 2 MPPOiP ograniczała się do zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości<sup>44</sup>, jak i zdrady stanu (*treason*) oraz kolaboracji z okupantem<sup>45</sup>. W sprawie *Baumgarten* za naruszające ogólne zasady prawa uznano z kolei „nieproporcjonalne użycie siły zbrojnej”<sup>46</sup>. W orzecznictwie i doktrynie wymienia się ponadto zbrodnię ludobójstwa, karnoprawną ochronę życia oraz

---

<sup>40</sup> Por. wyrok MTKJ z dnia 29 listopada 1996 r. w sprawie *Prokurator przeciwko D. Erdemović*, IT-96-22-T, pkt 19.

<sup>41</sup> Por. decyzja MTKJ w sprawie *Prokurator przeciwko M. Milutinović et al.*, Decision on Ojdanić motion to prohibit witness proofing, IT-05-87-T, 12 grudnia 2006 r., pkt 11-20.

<sup>42</sup> K.S. Gallant wskazuje jednak, że jest to wciąż kwestia dyskusyjna. Por. K.S. GALLANT, *The Principle of Legality*, s. 373. Odwołanie do tych zasad stanowiło jednak podstawę przy wywodzeniu podstaw prawnych w związku z kodyfikacją obrazy sądu (*contempt of court*) przez trybunały *ad hoc*. Przykładowo: wyrok MTKJ z dnia 31 stycznia 2000 r. w sprawie *Prokurator przeciwko Dusko Tadic*, Judgment on allegations of contempt against prior counsel Milan Vujin, IT-94-1-A-R77, pkt 15-19. Potwierdza to w mojej opinii powyższą konstatację, nawet jeśli jest to sytuacja wyjątkowa.

<sup>43</sup> Wyrok MTKJ z dnia 10 grudnia 1998 r. w sprawie *Prokurator przeciwko Anto Furundžija*, IT-95-17/1-T, pkt 177-178.

<sup>44</sup> Decyzja ETPC z dnia 17 stycznia 2006 r. w sprawie *Kolk oraz Kislyiy przeciwko Estonii*, skargi nr 23052/04, 24018/04. Niemniej jednak, zdaniem A. Cassese, w 1949 r. zbrodnie przeciwko ludzkości były kryminalizowane wyłącznie na podstawie prawa traktatowego oraz zwyczaju międzynarodowego. Nie obejmuje to zasad uznanych przez społeczność międzynarodową. Por. krytykę wskazanego orzeczenia: A. CASSESE, *Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law The Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR*, „Journal of International Criminal Justice” 2006, nr 4, s. 414-415; decyzja ETPC z dnia 24 stycznia 2006 r. dotycząca dopuszczalności sprawy *Penart przeciwko Estonii*, skarga nr 14685/04.

<sup>45</sup> Por. decyzja Komisji z dnia 10 lipca 1957 r. w sprawie *B. przeciwko Belgii*; decyzja Komisji z dnia 30 maja 1961 r. w sprawie *X. przeciwko Norwegii*; decyzja Komisji z dnia 27 marca 1962 r. w sprawie *De Becker przeciwko Belgii*, skarga nr 214/56; decyzja Komisji z dnia 13 stycznia 1997 r. w sprawie *Touvier przeciwko Francji*, skarga nr 29420/95; decyzja ETPC z dnia 15 listopada 2001 r. w sprawie *Papon przeciwko Francji* (nr 2), skarga nr 54210/00.

<sup>46</sup> Sprawa *Baumgarten przeciwko Republice Federalnej Niemiec*, Komitet Praw Człowieka, Communication 960/2000, 78 sesja, 31 lipca 2003, pkt 9.4. Co mogłoby, w zależności od konkretnego przypadku, być zakwalifikowane jako zbrodnie wojenna w związku ze znaczeniem nadawanym zasadzie proporcjonalności w międzynarodowym prawie humanitarnym.

zakaz użycia gazu musztardowego<sup>47</sup>, choć do tego katalogu można by z pewnością dodać także inne naruszenia praw człowieka, np. tortury oraz dyskryminację rasową<sup>48</sup>.

Budzi jednak wątpliwości to, czy rzeczywiście wszystkie wskazane powyżej zachowania powinny być traktowane jako czyny karalne w świetle prawa międzynarodowego<sup>49</sup>. Odwołując się za G.P. Fletcherem do rozróżnienia przestępstw na „lokalne” (*parochial*) i „uniwersalne” (*universal*)<sup>50</sup>, można argumentować, iż zdrada stanu oraz kolaboracja z okupantem są typowymi przykładami przestępczości „lokalnej” a nie „uniwersalnej”, tj. wymierzonej w interes możliwy do powiązania z określonym państwem i jego społeczeństwem, lecz nie ze społecznością międzynarodową jako taką. Z tego też względu, mimo iż prawdopodobnie każde państwo na świecie kryminalizuje zdradę stanu w celu ochrony własnych interesów narodowych<sup>51</sup>, możliwość transponowania bezprawności zachowań spełniających opis tego typu czynu zabronionego na poziom międzynarodowy na podstawie ich rzekomego naruszenia pewnych globalnych interesów pozbawione jest filozoficznych i prawnych podstaw. Oceny tej nie zmienia także perspektywa historyczna, a więc fakt, iż w wielu państwach – w tym i w Polsce – po I oraz II wojnie światowej prowadzone były procesy karne osób kolaborujących z okupantem na podstawie uchwalonych z retroaktywną mocą przepisów zezwalających na pociąganie ich do odpowiedzialności karnej<sup>52</sup>. Krajowa praktyka legislacyjna i orzecznicza nie uzasadnia w mojej ocenie

<sup>47</sup> Decyzja ETPC z dnia 6 lipca 2010 r. w sprawie *Van Anraat przeciwko Niderlandom*, skarga nr 65389/09, pkt. 86-97. Por. także: O. BIGLER, *Art. 7 CEDH*, s. 467. Warto zwrócić uwagę, że autor przytoczonego powyżej zestawienia, każdy z tych przykładów opatruje dodatkowo podstawą traktatową. To jednak zdaje się podważać nie tylko założenie leżące u podstaw ust. 2 tych przepisów, lecz w ogóle potrzebę kwalifikowania zachowań jako bezprawnych z perspektywy ogólnych zasad prawa międzynarodowego. Skoro są one bowiem kryminalizowane na podstawie co najmniej jednego z dwóch podstawowych źródeł prawa międzynarodowego (umowa, zwyczaj), czy konieczne jest przytaczanie kolejnej, wysoce niedookreślonej podstawy w postaci ogólnych zasad prawa? Czy czyny te nie są zabronione przez „prawo międzynarodowe”, do którego odnosi się ust. 1 analizowanych przepisów?

<sup>48</sup> C. PAVARANI, *Nessuna pena senza legge*, s. 270.

<sup>49</sup> W. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2015, s. 353.

<sup>50</sup> G.P. FLETCHER, *Parochial versus Universal Criminal Law*, „Journal of International Criminal Justice” 3 (2005), nr 1, s. 20-34 (autor odwołuje się do przykładu zdrady stanu jako „lokalnego” przestępstwa).

<sup>51</sup> Por. M.G. MARTINEZ, *The Historical Evolution of Allegiance During Occupation*, „American Journal of Legal History” 2020, s. 1-25.

<sup>52</sup> Dekret Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 31 sierpnia 1944 r. o wymiarze kary dla faszystowsko-hitlerowskich zbrodniarzy winnych zabójstw i znęcania się nad ludnością cywilną i jeńcami oraz dla zdrajców Narodu Polskiego, Dz.U. 1944, Nr 4, poz. 16 (dalej: dekret sierpniowy.)

automatycznej transformacji kryminalizacji krajowej w międzynarodową. Art. 7 ust. 2 EKPC, wbrew pierwotnym twierdzeniom formułowanym przez niektóre państwa w trakcie prac przygotowawczych<sup>53</sup>, jak i wbrew zbyt liberalnej wykładni wyłożonej wprawdzie przez Europejską Komisję Praw Człowieka<sup>54</sup>, a następnie przejętej przez ETPC<sup>55</sup>, nie powinien być wykorzystywany do uzasadnienia karaniania kolaborantów i zdrajców narodowych na podstawie retroaktywnych przepisów. Argument, że ich czyny naruszały zasady prawa uznane przez społeczność międzynarodową, nie zasługuje na poparcie. Nie są to bowiem przestępstwa *stricto* międzynarodowe, tak samo jak zasady prawa uznane przez społeczność międzynarodową nie są źródłem międzynarodowej kryminalizacji kradzieży batonika – czynu, jakby nie patrzeć, uznawanego za nielegalny oraz karalny prawdopodobnie w każdym systemie prawnym na świecie.

Niedookreślony charakter omawianych zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową skutkuje niewątpliwie tym, że katalog czynów, których bezprawność wynika albo miałyby wynikać z ich treści, pozostaje katalogiem otwartym<sup>56</sup>. Większość z przytoczonych powyżej zachowań podlega zresztą współcześnie kryminalizacji także na podstawie innych źródeł prawa międzynarodowego. Zasady prawa uznane przez społeczność międzynarodową nie stanowią w tym sensie przykładu kryminalizacji wyłącznej w odniesieniu do krajowego, a współcześnie także międzynarodowego poziomu regulacyjnego.

Międzynarodowe trybunały karne nie podejmowały dotąd próby uzasadnienia karalności czynów objętych ich jurysdykcją wyłącznie na podstawie ogólnych zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową<sup>57</sup>. Zbrodnie objęte jurysdykcją Międzynarodowego Trybunału Wojskowego w Norymberdze (art. 6 Karty MTW) były uznane przez Trybunał za niezgodne z prawem zwyczajowym i traktatowym<sup>58</sup>. Choć w wyroku norymberskim odnaleźć można odwołania do praktyki poszczególnych państw (np. karanie zbrodniarzy wojennych przez sądy

<sup>53</sup> Por. W. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights*, s. 352-3.

<sup>54</sup> Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z dnia 9 czerwca 1958 r. w sprawie *De Becker przeciwko Belgii*, skarga nr 214/56.

<sup>55</sup> Por. *Touvier przeciwko Francji* (ETPC).

<sup>56</sup> W sprawie strzelca z muru berlińskiego sędziowie Pellonpää oraz Zupančič stwierdzili: „[...] decyzja sądu federalnego z 1988 r. jest jednak wskazówką, że prawo do życia nie nabrało tak nadrzędnej wagi, że uzasadniałoby konkluzję, iż czyn skarżącego był – w 1972 r. – bezprawny w świetle generalnych zasad prawa uznanych przez narody cywilizowane”. Por. zdanie częściowo odrębne sędziego Pellonpää wsparte przez sędziego Zupančiča, sprawa *K.-H. W. przeciwko Republice Federalnej Niemiec*.

<sup>57</sup> W. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights*, s. 352.

<sup>58</sup> *Judgment of the International Military Tribunal (Nuremberg)*, 1 października 1946 r., “The American Journal of International Law” 41 (1947), nr 1, s. 172-333.



wojskowe jako dowód praktyki), Trybunał nie posiłkował się koncepcją zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową przy wywodzeniu bezprawnego i karalnego charakteru zbrodni objętych jego jurysdykcją. Podobnych zabiegów nie przeprowadzały także powstałe kilkadziesiąt lat później trybunały *ad hoc*<sup>59</sup>. W ich orzecznictwie można było natomiast odnotować praktykę określania zakresu norm prawa umownego i zwyczajowego na podstawie analizy rozwiązań krajowych, z wykorzystaniem metody charakterystycznej dla wywodzenia ogólnych zasad prawa. Przykładowo, w sprawie *Furundžija* Międzynarodowy Trybunał Karny dla byłej Jugosławii (MTKJ) przeprowadził analizę krajowych definicji przestępstwa zgwałcenia w różnych systemach prawnych w poszukiwaniu ich cech wspólnych, co następnie stanowiło podstawę do sformułowania autonomicznej definicji zgwałcenia jako zbrodni przeciwko ludzkości lub zbrodni wojennej na potrzeby toczących się przed tym Trybunałem postępowań karnych<sup>60</sup>. W przyjętej przez MTKJ metodzie nie chodziło zatem o bezpośrednią transpozycję wybranego modelu wewnętrznego (tut. przestępstwa zgwałcenia) na poziom międzynarodowy, lecz o identyfikację pierwiastków wspólnych modeli reprezentatywnych dla poszczególnych systemów prawnych, a następnie ich dostosowanie do specyfiki międzynarodowego prawa karnego<sup>61</sup>.

Wywodzenie zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową jest więc w praktyce procesem dwuetapowym, opartym na oddolnym dookreśleniu międzynarodowej normy prawnej (*bottom-up approach*). Wybór pomiędzy tym, co jest taką zasadą, a tym, co niekoniecznie spełnia kryterium powszechności regulacyjnej na poziomie krajowym, nie jest jednak zadaniem łatwym, zwłaszcza gdy ustawodawstwo wewnętrzne państw (systemów) pozostaje nie-spójne, co utrudnia, a niekiedy wręcz uniemożliwia identyfikację jakichkolwiek elementów wspólnych<sup>62</sup>.

W końcu do ogólnych zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową w kontekście kryminalizacji nie odwoływał się dotąd MTK. Określający hierarchię źródeł wyrokowania tego Trybunału art. 21 SMTK dopiero w trzeciej kolejności odnosi się do „ogólnych zasad prawa wyinterpretowanych przez

---

<sup>59</sup> Wyjątek stanowi wywodzenie karalności obrazy sądu (*contempt of court*), o czym wspomniano już wcześniej. Ten typ przestępstwa nie jest jednak uznawany za zbrodnię międzynarodową.

<sup>60</sup> Było to spowodowane brakiem stosowanej definicji w innych źródłach prawa międzynarodowego. Por. wyrok MTKJ z dnia 10 grudnia 1998 r. w sprawie *Prokurator przeciwko Anto Furundžija*, IT-95-17/1-T, pkt 178.

<sup>61</sup> Tamże.

<sup>62</sup> MTKJ przyjął, że przyjęcie szerszej definicji bądź odmienna kategoryzacja określonych czynności sprawczych, aniżeli ma to miejsce w prawie krajowym osoby oskarżonej, nie stanowi naruszenia zasady *nullum crimen sine lege*. Por. tamże, pkt 184.

Trybunał z praw krajowych różnych systemów prawnych świata [...]”. Jest to niewątpliwie źródło subsydiarne w bogatej palecie tzw. prawa właściwego MTK. Nie jest ono samodzielną podstawą wywodzenia normy określającej zakaz lub formę popełnienia zbrodni objętej jurysdykcją MTK<sup>63</sup>. Natomiast zgodnie z wyrażonym w art. 22 SMTK standardem *nullum crimen sine lege* – bliższym temu obowiązującemu w kontynentalnej kulturze prawnej niż w prawie międzynarodowym – niedopuszczalne jest pociąganie do odpowiedzialności karnej za czyn, który w chwili popełnienia nie stanowił zbrodni podlegającej jurysdykcji Trybunału i określonej w jego dokumentach konstytucyjnych. Wyrażenie danego typu zbrodni w treści Statutu oraz jego dookreślenie w Elementach Zbrodni jest natomiast przesłanką domniemania przewidywalności i dostępności decyzji kryminalizacyjnej, *ergo* spełnienia wymogów zasady legalizmu<sup>64</sup>. Wprowadzenie tak precyzyjne określonych standardów gwarancyjnych do Statutu Rzymskiego nie oznacza jednak, że w swojej praktyce orzeczniczej Trybunał wolny jest od podejmowania twórczej wykładni wyrażonych w formie *lex scripta* znamion; wykładni, która może być uznana za zbyt liberalną, a niekiedy nawet za naruszającą zasadę legalizmu<sup>65</sup>. W kontekście klauzuli norymberskiej warto także odnotować, że wspomniany przepis nie zawiera odniesienia do podobnego „wyjątku” od zasady odpowiedzialności na podstawie obowiązującego prawa.

Niezależnie od szczegółowych wymiarów często odmiennych standardów gwarancyjnych przyjmowanych przez kolejne trybunały międzynarodowe, jasne jest, że zasady prawa uznane przez społeczność międzynarodową mogą stanowić źródło międzynarodowej odpowiedzialności karnej<sup>66</sup>. W rzeczywistości

<sup>63</sup> Tak: wyrok MTK w sprawie *Prokurator przeciwko G. Katanga*, 7 marca 2014 r., ICC-01/04-01/0, pkt 40.

<sup>64</sup> Odpowiedzialność na podstawie norm wywiedzionych ze Statutu Rzymskiego spełnia wszystkie wymiary zasady legalizmu. Por. decyzja MTK z dnia 29 stycznia 2007 r. dotycząca potwierdzenia zarzutów w sprawie *Prokurator przeciwko T. Lubanga Dyilo*, sprawa nr ICC-01/04-01/06, pkt 302–303; por. także: druga decyzja MTK z dnia 4 stycznia 2017 r. dotycząca zarzutu jurysdykcyjnego w sprawie *Prokurator przeciwko Bosco Ntaganda*, sprawa nr ICC-01/04-02/06, pkt 35 (Statut Rzymski jako „międzynarodowy kodeks karny”).

<sup>65</sup> W kontekście możliwości popełnienia zbrodni wojennych na członkach tej samej grupy zbrojnej – wyrok MTK z dnia 15 czerwca 2017 r. w postępowaniu apelacyjnym przeciwko drugiej decyzji dotyczącej zarzutu obrony odnośnie do jurysdykcji Trybunału w sprawie *Prokurator przeciwko B. Ntaganda*, sprawa nr ICC-01/04-02/06 OA5.

<sup>66</sup> „Nie ulega wątpliwości, że czyny takie jak morderstwo, tortury, zgwałcenie i inne nieludzkie traktowanie są przestępstwami w świetle ogólnych zasad prawa uznanych przez wszystkie systemy prawne” – wyrok MTKJ z dnia 16 listopada 1998 r. w sprawie *Prokurator przeciwko Zejnil Delaćić, Zdravko Mucić, Hazim Delić oraz Esad Landžo*, IT-96-21-T, pkt 313 (tł. własne). W związku z tym, że czyny te składają się (*actus reus*) na konstrukcje zbrodni międzynarodowych, to i przewidywalność nielegalnego charakteru tych zbrodni była możliwa do przewidzenia i spełnia kryterium jakościowe zbrodni legalizmu. W przytoczonym powyżej stwierdzeniu MTKJ podjął się

jednak proces rozwoju międzynarodowego prawa karnego od przypadku norymbersko-tokijskiego począwszy, świadczy o tym, że rolę samoistnych źródeł zakazów karnych w prawie międzynarodowym pełnią przede wszystkim prawo traktatowe i zwyczajowe. Zasady prawa uznane przez społeczność międzynarodową mają w tym względzie znaczenie subsydiarne, co wyraża się w tym, że ich przydatność praktyczna sprowadza się przede wszystkim do dookreślenia zakresu kryminalizacji, o ile zachodzi taka potrzeba, zaś metoda analogii i wertrykalnego wywodzenia normy wykorzystywana w tym procesie umożliwia osiągnięcie tego celu.

#### 5. KLAUZULA NORYMBERSKA – RETROSPEKTYWNA CZY PROSPEKTYWNA?

Skoro zasady prawa uznane przez społeczność międzynarodową nie były samodzielną podstawą normatywną procesów organizowanych po II wojnie światowej oraz wydanych wówczas wyroków, lecz znalazły odzwierciedlenie w bliższych nam procesach toczących się przed trybunałami *ad hoc* od połowy lat 90. XX wieku, aby następnie ponownie stracić na znaczeniu w modelu postępowania przed MTK, warto zastanowić się teraz nad temporalnym zakresem zastosowania art. 7 ust. 2 EKPC, art. 15 ust. 2 MPPOiP oraz art. 49 ust. 2 KPP. Czy zawarta w tych przepisach klauzula norymberska została pomyślana wyłącznie jako klauzula retrospektywna, tj. jako klauzula odnosząca się do procesów przedmiotowo sprzężonych z II wojną światową, czy też może istnieje możliwość jej zastosowania prospektywnego, tj. także w odniesieniu do procesów karnych dotyczących współczesnych naruszeń dotąd niekryminalizowanych na podstawie innych źródeł prawa międzynarodowego i wewnętrznego?

W pierwszym, oczywistym, gdyż potwierdzonym nazwą omawianej klauzuli, wymiarze, art. 7 ust. 2 EKPC, art. 15 ust. 2 MPPOiP oraz art. 49 ust. 2 KPP odnoszą się wyłącznie do przypadku norymberskiego i stanowią normatywnie usankcjonowaną odpowiedź na podniesione przez obrońców oskarżonych w tych procesach zarzuty naruszenia zasady *nullum crimen sine lege*. Przyjęcie wspomnianych regulacji było w tym ujęciu wyrazem poparcia dla przyjętych

---

udzielenia odpowiedzi na postawiony przez oskarżonego zarzut naruszenia zasady *nullum crimen sine lege*, a zwłaszcza wymogu przewidywalności związanego z płaszczyzną *lex certa* przez trybunały *ad hoc*. Odrzucenie tego zarzutu przez Trybunał zasadzało się na prostej operacji myślowej: skoro morderstwo było kryminalizowane w prawie państwa, z którego pochodził sprawca, to mógł on przewidzieć, że jego czyn jest także nielegalny (innymi słowy: nie staje się legalny) na poziomie międzynarodowym.

*post factum* norm prawnych (*lex scripta*) kryminalizujących oraz określających sankcję karną za zbrodnie międzynarodowe, jak i dla toczących się na ich podstawie powojennych procesów karnych<sup>67</sup>.

Wedle drugiej ścieżki interpretacyjnej, klauzula norymberska ma natomiast charakter nie tylko retrospektywny, ale również prospektywny. Dopuszczenie możliwości stosowania zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową jako szczególnej podstawy odpowiedzialności karnej, miałyby umożliwić uzupełnienie przyszłych luk w prawie wewnętrznym i międzynarodowym; luk, które nie byłyby możliwe do wypełnienia w drodze interpretacji obowiązujących w chwili popełnienia określonego czynu przepisów karnych (umownych, zwyczajowych).

W warstwie językowej ust. 2 przytoczonych przepisów EKPC oraz MPPOiP nie pozwala na ograniczenie stosowalności tego wyjątku wyłącznie do przypadku norymbersko-tokijskiego. Wgląd w prace przygotowawcze prowadzi jednak do odmiennej konstatacji. Ujęta w art. 7 ust. 2 EKPC oraz art. 15 ust. 2 MPPOiP klauzula od początku pomyślana była bowiem przez pryzmat jej powiązania z tym okresem historycznym<sup>68</sup>. Powiązanie to przybiera postać normatywną i faktualną. Odnosi się ono do merytorycznej relacji pomiędzy dookreślonymi w formie pisemnej znamionami poszczególnych zbrodni międzynarodowych objętymi jurysdykcją MTW a toczącymi się po zakończeniu wojny procesami karnymi, o ile te dotyczą zbrodni popełnionych w związku z II wojną światową<sup>69</sup>. Ta restrykcyjna wykładnia<sup>70</sup> spotkała się z aprobatą ETPC także w tych decyzjach, które faktycznie odnosiły się do wydarzeń pozbawionych łącznika z II wojną światową<sup>71</sup>.

Akceptując ten stan rzeczy, w literaturze wskazuje się jednak niekiedy, że w innych sprawach ETPC nie stronił od przyjęcia dynamicznej wykładni tekstu Konwencji, odchodząc od pierwotnych zamierzeń wyrażonych przez państwa w *travaux préparatoires*<sup>72</sup>. Zgodnie z tym argumentem nie można więc z góry wykluczyć analogicznego zabiegu interpretacyjnego w przypadku zasady legalizmu. W praktyce oznaczałoby to odejście od przyjętej obecnie interpretacji

<sup>67</sup> W odniesieniu do praw oraz zwyczajów wojennych: *Kononov przeciwko Łotwie*, pkt 244-246.

<sup>68</sup> M. BOOT, *Nullum crimen sine lege*, s. 137-141 oraz 158-161; K. GALLANT, *The Principle of Legality*, s. 177-200.

<sup>69</sup> *Kononov przeciwko Łotwie*, pkt 186.

<sup>70</sup> Tak: *Vasiliasauskas przeciwko Litwie*, pkt 189.

<sup>71</sup> *Maktouf and Damjanović przeciwko Bośni i Hercegowinie*, pkt 72 (konflikt zbrojny w byłej Jugosławii w latach 1992-1995).

<sup>72</sup> M. TIMMERMAN, *Legality in Europe. On the principle nullum crimen, nulla poena sine lege in EU law and under the ECHR*, Cambridge: Intersentia 2018, s. 57.

klauzuli norymberskiej jako sprzężonej z organizowanymi po II wojnie światowej procesami karnymi zbrodniarzy wojennych<sup>73</sup>.

Argument na rzecz takiej właśnie złożonej, tj. retroaktywnej, jak i prospektywnej stosowalności art. 7 ust. 2 EKPC umacnia przyjęcie perspektywy systemowej poprzez uwzględnienie w procesie interpretacji przyjętego w 1966 r. art. 15 ust. 2 MPPOiP, a także zaakceptowanego w obecnej postaci w 2007 r. art. 49 ust. 2 KPP. Przepisy te – ustanowione wiele lat po wejściu w życie Konwencji – zawierają bowiem analogiczne odniesienia do „klauzuli norymberskiej”. Szczególnie istotny zdaje się być w tym względzie kasus Karty Praw Podstawowych. Mimo iż jest to akt prawny przyjęty w zupełnie innej epoce aniżeli EKPC oraz MPPOiP, i w rezultacie niecierpiący na podobne „historyczne uwikłanie”, KPP posługuje się taką samą formułą „wyjątku” od zasady legalizmu, co dokumenty przyjęte kilkadziesiąt lat wcześniej. Fakt ten można interpretować na dwa sposoby – albo art. 49 KPP rzeczywiście dopuszcza wspomnianą powyżej retrospektywno-prospektywną interpretację, albo jest wyłącznie przykładem transponowania pewnej zastanej w prawie międzynarodowym konwencji normatywnej i, jako taki, nie zmienia znaczenia nadanego klauzuli norymberskiej w momencie jej sformułowania po wojnie (tj. funkcja retrospektywna).

To nie pierwszy, lecz drugi nurt wykładni art. 49 KPP zdaje się odpowiadać rzeczywistości normatywnej. Karta pozostaje bowiem sprzężona z tekstem EKPC<sup>74</sup>, zaś prawa i wolności chronione przez jej normy mają znaczenie analogiczne względem tego przewidzianego w Konwencji. O znaczeniowej zależności pomiędzy tymi aktami prawnymi świadczą także oficjalne uwagi wyjaśniające do tekstu KPP. Mowa jest w nich o tym, że art. 49 ust. 2 „odnosi się

---

<sup>73</sup> Taką możliwość wywieść można z decyzji ETPC w sprawie Naletić dotyczącej zarzutu naruszenia art. 7 ETPC w związku z aktem oskarżenia o popełnienie zbrodni wojennych i zbrodni przeciwko ludzkości wydanym przez MTKJ i wynikającej z tego sposobności orzeczenia wyższej kary przez MTKJ, aniżeli wymiar sankcji karnej grożącej w przypadku procesu przed sądem krajowym za przestępstwa zwykle (morderstwo, porwanie, udział w grupie przestępczej). W decyzji tej ETPC stwierdził, iż: „nawet zakładając, że art. 7 EKPC znajduje zastosowanie do przedmiotowej sprawy, konkretnym przepisem, który mógłby zostać zastosowany, byłby ust. 2, a nie ust. 1 art. 7 Konwencji”. Przytoczone stwierdzenie można interpretować jako dowód akceptacji dynamicznej wykładni art. 7 ust. 2 ETPC. Biorąc jednak pod uwagę formę, w jakiej uwaga ta została poczyniona (decyzja o dopuszczalności sprawy), trudno uznać ją za autorytatywną, zwłaszcza w zestawieniu z późniejszym orzecznictwem ETPC. Por. decyzja Czwartej Sekcji z dnia 4 maja 2000 r. odnośnie do dopuszczalności sprawy *M. Naletić przeciwko Chorwacji*, skarga nr 51891/99.

<sup>74</sup> Art. 49 KPP w zw. z art. 52 ust. 3 KPP. Por. V. MITSILEGAS, *Article 49 Principles of Legality and Proportionality of Criminal Offences and Penalties*, [w:] *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, red. S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, Oxford: Oxford University Press 2014, s. 1369.

w szczególności do zbrodni przeciwko ludzkości”<sup>75</sup>. Wyrażenie „w szczególności” oznacza, co oczywiste, że nie jest to katalog zamknięty. Niejasne pozostaje jednak to, dlaczego w uwagach wyjaśniających poczyniono wyraźne odniesienie tylko i wyłącznie do zbrodni przeciwko ludzkości, pomijając w efekcie inne zbrodnie międzynarodowe, zwłaszcza zaś zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciwko pokojowi, za których popełnienie karano w powojennych procesach przed sądami międzynarodowymi i krajowymi. Pomimo tej wątpliwości, przywołanie szczególnie problematycznego z perspektywy uzasadnienia kryminalizacji po II wojnie światowej typu zbrodni międzynarodowej, tj. zbrodni przeciwko ludzkości, może być odczytywane jako przejaw normatywnej retrospektywności, tym bardziej mając na względzie fakt, iż w 2007 r. zbrodnie te posiadały już silne ugruntowanie w prawie międzynarodowym, niepotrzebne było więc tworzenie klauzuli zorientowanej prospektywnie. Co więcej, wykładnię tę zdaje się potwierdzać także natura interpretacji karnistycznej, z której wynika, że sens klauzuli norymberskiej jako „wyjątku” od zasady powinien być rozumiany zawężająco właśnie z racji na jej wyjątkowy charakter<sup>76</sup>.

Zawarte w ustępie drugim omawianych aktów prawnych pozorne odstępstwo od zasady legalizmu (*nullum crimen sine iure*) należy zatem rozumieć przez pryzmat jego historycznego zakotwiczenia w kazusie norymberskim i procesach toczących się tak na poziomie krajowym, jak i na poziomie międzynarodowym po II wojnie światowej<sup>77</sup>. Ma ono temporalnie *stricte* retrospektywny charakter, tj. uniemożliwia postawienie zarzutu naruszenia art. 7 EKPC, zgodnie z którym zachowanie ‘x’ nie podlegało kryminalizacji na poziomie krajowym lub międzynarodowym w okresie II wojny światowej, a mimo to skarżący został *post factum* uznany za sprawcę określonego typu zbrodni międzynarodowej ustanawiającego karalność takiego zachowania.

Taki zawężający rezultat wykładni temporalnego wymiaru klauzuli norymberskiej jest jednak całkowicie neutralizowany przez kompleksową wykładnię art. 7 EKPC, art. 15 MPPOiP oraz art. 49 KPP, a dokładniej – omówioną już wcześniej logiczną sprzeczność wyrażającą się w normatywnym zachodzeniu ust. 1 oraz ust. 2 tych przepisów. Zasady prawa uznane przez społeczność międzynarodową są wszak objęte także szerszą kategorią „prawa międzynarodowego” (ust. 1).

<sup>75</sup> *Explanation relating to the Charter of Fundamental Rights* (2007/C 303/02), Official Journal of the European Union C 303/17, 14 grudnia 2007 r.

<sup>76</sup> *Touvier przeciwko Francji*, s. 161. Jest to reguła niepodlegająca derogacji. Por. art. 15 ust. 2 EKPC.

<sup>77</sup> Odmienne, wskazując na brak wyraźnych ograniczeń *ratione temporis* w tekście Konwencji: T. MARINIELLO, *The ‘Nuremberg Clause’*, s. 230; M. SZWARC-KUCZER, *Art. 49*, [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej: komentarz*, red. A. Wróbel, Warszawa: C.H. Beck 2013, s. 1279.

Choć więc tzw. klauzula norymberska oparta na zasadach prawa uznanych przez społeczność międzynarodową jest pod względem faktycznym zorientowana retrospektywnie (ust. 2), odpowiedzialność karną na podstawie tych zasad można ponosić także współcześnie, bez równoczesnego naruszenia formalnego aspektu międzynarodowej zasady legalizmu, tj. obowiązującej podstawy prawnej (art. 7 ust. 1 EKPC, art. 15 ust. 1 MPPOiP, art. 49 ust. 1 KPP). Analizując treść klauzuli norymberskiej z tej szerszej perspektywy, trudno nie dojść do wniosku, że jej wartość normatywna jest w praktyce znikoma. W symbolice zatem, tj. w sformułowaniu domniemania legalności oraz swoistej dyrektywy interpretacyjnej, poszukiwać należy jej rzeczywistego znaczenia.

#### 6. FUNKCJA TZW. KLAUZULI NORYMBERSKIEJ W ŚWIETLE JEJ SKUTKU

Kontynuując powyższą myśl, przyjęta w międzynarodowych aktach prawnych klauzula norymberska miała w założeniu pełnić funkcję „tarczy” przed zarzutami podważającymi legalność toczących się po II wojnie światowej procesów karnych. Jak wskazuje K. Karski: „[i]ntencją międzynarodowego prawodawcy nie było stworzenie nawet cienia wątpliwości co do tego, iż mogłoby dojść w ten sposób do negacji dopiero co utworzonego prawa norymberskiego”<sup>78</sup>. W. Sobczak dodaje z kolei, że konstrukcja ta miała zapobiegać podejmowaniu działań oraz podnoszeniu argumentów prawnych w celu uniknięcia „kary za przestępstwo międzynarodowe przez osobę broniącą się twierdzeniem, że czyn jakiego się dopuściła, nie jest penalizowany w prawie krajowym określonego państwa”<sup>79</sup>.

Otwartą kwestią pozostaje jednak to, czy przytoczone powyżej uzasadnienie funkcjonalne zasługuje na pozytywną ocenę. Pierwsza wątpliwość dotyczy tego, do jakiego stopnia postrzeganie zasad ogólnych prawa uznanych przez społeczność międzynarodową w kategoriach normatywnej tarczy jest kompatybilne ze stanem prawa międzynarodowego przed wybuchem II wojny światowej z jednej strony, a treścią wydawanych wyroków – w tym zwłaszcza

---

<sup>78</sup> K. KARSKI, *Zasada lex retro non agit a międzynarodowe prawo karne: kilka refleksji na tle genezy pojęcia*, [w:] *Międzynarodowe i europejskie prawo karne – osiągnięcia, kierunki rozwoju, wyzwania*, red. J. Nowakowska-Małusecka, I. Topa, Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego 2015, s. 60.

<sup>79</sup> Zob. W. SOB CZAK, *Zasada nieretroaktywności w prawie karnym*, [w:] *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych*, red. R. Wieruszewski et al., Warszawa: C.H. Beck 2012, s. 347.

przywołanych w nim podstaw prawnych – z drugiej. Czy rzeczywiście ogólne zasady prawa mogły stanowić podstawę wywiedzenia kryminalizacji m.in. zbrodni przeciwko pokojowi na ówczesnym etapie rozwoju prawa karnego międzynarodowego? Ani w dokumentach konstytuujących powstałe wtedy sądy i trybunały międzynarodowe, ani w wydawanych wówczas wyrokach karalny charakter czynów składających się na zbrodnie przeciwko pokojowi, zbrodnie przeciwko ludzkości oraz zbrodnie wojenne nie wywodzono przecież z ogólnych zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową.

Tak w Norymberdze, jak i w Tokio starano się natomiast wykazać, że czyny oskarżonych niemieckich zbrodniarzy wojennych były kryminalizowane w momencie ich popełnienia zarówno na podstawie traktatów, jak i prawa zwyczajowego<sup>80</sup>. Nawet jeśli *post factum* uzna się tę linię argumentacji za nieprzekonującą<sup>81</sup>, nie ulega wątpliwości, iż po zakończeniu wojny nie chciano korzystać ze wspomnianej już wcześniej „osłony normatywnej” tworzonej przez zasady prawa uznane przez społeczność międzynarodową<sup>82</sup>. Za nieprzekonujący uznać należy także argument odnoszący się do poziomu krajowego, zgodnie z którym przyjęcie ust. 2 było konieczne w związku z tym, iż wiele państw naruszyło regułę *lex praevia*, uchwalając akty prawne mające stanowić podstawę odpowiedzialności sprawców zbrodni już po zakończeniu wojny<sup>83</sup>. Choć naruszenie zasady retroaktywności jest w tych przypadkach czytelne<sup>84</sup>, trudno jednak bronić

<sup>80</sup> Zbrodnie przeciwko pokojowi, zbrodnie wojenne, zbrodnie przeciwko ludzkości. Por. art. 6 MTW. MTW stwierdził: „Karta nie jest arbitralnym sprawowaniem władzy przez zwycięskie państwa, lecz [...] wyrazem prawa międzynarodowego istniejącego w chwili jej powstania (tj. Karty – P.G.); i jako taka stanowi wkład do prawa międzynarodowego” – *Judgment of the International Military Tribunal (Nuremberg)*, s. 216.

<sup>81</sup> Por. zestawienie poglądów: K. INDECKI, *Zasada nullum crimen sine lege w prawie karnym międzynarodowym*, [w:] *Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Genowefie Rejman z okazji osiemdziesiątych urodzin*, red. L. Gardocki, M. Królikowski, A. Walczak-Żochowska, Warszawa: Wydawnictwo Liber 2005, s. 147-152; J.N. SHKLAR, *Legalism: Law, Morals, and Political Trials*, Cambridge: Harvard University Press 1964 („fikcja pozytywnego prawa międzynarodowego” – s. 156).

<sup>82</sup> Karny charakter określonych zachowań wywodzono z bezprawności odnoszącej się do działań państw oraz ich niemoralnego charakteru. W związku z tym w literaturze pisze się o łączniku pomiędzy niemoralnością, bezprawnością a kryminalnością (*immorality, illegality, criminality*) – B. VAN SCHAAK, *Crimen Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals*, “The Georgetown Law Journal” 97 (2008), 119 s. 128-129.

<sup>83</sup> Na co wskazywali przedstawiciele Luksemburga. Dokładny przegląd stanowisk poszczególnych państw prezentuje: W. SCHABAS, *European Convention*, s. 332.

<sup>84</sup> Taką opinię wyraża również: W. WOŁODKIEWICZ, „*Lex retro non agit*”: sformułowanie w polskiej doktrynie prawniczej, „*Zeszyty Prawnicze*” 1 (2001), s. 118. Warto przy okazji zwrócić uwagę, że o retroaktywności tzw. dekretu sierpniowego z 1944 r. świadczy dobitnie metoda formułowania zawartych w nim przepisów, które wyrażone zostały w czasie przeszłym, a nie teraźniejszym zgodnie z zasadami techniki prawodawczej (np. art. 3: „Kto [...] wymuszał świadectwa...”). *Ratio legis* tego dekretu można więc bez trudu zidentyfikować już na tej tylko podstawie.



stanowiska, że tzw. klauzula norymberska pozwala *post factum* na odmienną ocenę tych praktyk. Argument, wedle którego bezprawny charakter czynów określających zbrodnie międzynarodowe można było wywieść w trakcie II wojny światowej na podstawie zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową, co z kolei uzasadniałoby przyjęte z retroaktywną mocą regulacje krajowe, jest z tego względu nieprzekonujący. W tym też sensie mająca pełnić funkcję „tarczy” klauzula norymberska narażona jest na podobny zarzut, co regulacje prawne, które miała ona za zadanie uzasadniać i chronić.

W prowadzonych po wojnie procesach zbrodniarzy wojennych sądy krajowe nie odwoływały się w jednolitym stopniu do rozwiązań międzynarodowych. Przykładowo – w RFN procesy toczyły się na podstawie krajowych typów przestępstw<sup>85</sup>. W innych państwach, m.in. w Polsce, sądy opierały swą jurysdykcję tak na prawie krajowym, jak i na prawie międzynarodowym. W wydawanych przez sądy krajowe wyrokach odwoływano się natomiast do poczynionych przez MTW ustaleń, co świadczy o akceptacji normatywnej spuścizny norymberskiej, która w pewnych wymiarach podlegała następczemu rozwinięciu na poziomie krajowym<sup>86</sup>. W końcu funkcjonalność klauzuli norymberskiej jest nieprzekonująca także dlatego, że i same zasady prawa uznane przez społeczność międzynarodową są przecież identyfikowane w drodze analizy porównawczej rozwiązań krajowych.

Ustanowiona *post factum* w powstałym po II wojnie światowej międzynarodowym prawie praw człowieka osłona abstrahowała zatem od argumentacji zaprezentowanej w wyrokach obu trybunałów międzynarodowych, jak i w orzecznictwie sądów krajowych. Funkcjonalność klauzuli norymberskiej zdaje się być zresztą pośrednio podważana także przez współczesne orzecznictwo ETPC odnoszące się do podstaw kryminalizacji w okresie II wojny światowej. Chociażby w przytoczonej już sprawie *Kononov*, omawiając istotę powiązania ust. 1 oraz ust. 2 art. 7 EKPC, ETPC wyraźnie stwierdził, że: „Karta MTW nie była legislacją *ex post facto*”<sup>87</sup>, zaś definicja zbrodni wojennych zawarta w art. 6(b) Karty deklarowała międzynarodowe prawa i zwyczaje wojenne w kształcie z 1939 r.<sup>88</sup> W rezultacie Trybunał uznał, iż w 1944 r. istniały wystarczająco

<sup>85</sup> Por. m.in. F. WEINSCHENK, *Nazis Before German Courts: The West German War Crimes Trials*, „International Lawyer” 10(1976), nr 3, s. 515-529 („większość oskarżonych o nazistowskie zbrodnie odpowiada na podstawie art. 211 Kodeksu karnego RFN”, tj. za morderstwo – s. 524)

<sup>86</sup> W kontekście procesów toczących się przed Najwyższym Trybunałem Narodowym: P. GRZEBYK, *The Role of the Polish Supreme National Tribunal in the Development of Principles of International Criminal Law*, [w:] *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 2, red. M. Bergsmo, C. Wui Ling, Y. Ping, Bruksela: FICHL Publication Series 2014, s. 603-630.

<sup>87</sup> *Kononov przeciwko Łotwie*, pkt 207.

<sup>88</sup> Tamże, pkt 186.

czytelne podstawy ku temu, by uznać nie tylko normatywne ugruntowanie kryminalizacji zbrodni wojennych w prawie międzynarodowym, ale także przewidywalność ich karalnego charakteru<sup>89</sup>. W tym kontekście paradoksalnie mniej jasne jest to, czy merytorycznie poprawne byłoby stwierdzenie, że zbrodnie wojenne, zbrodnie przeciwko ludzkości oraz zbrodnie przeciwko pokojowi podlegały w 1939 r. kryminalizacji na podstawie zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową, jak miałyby to wynikać z treści art. 7 ust. 2 EKPC. To bowiem wymagałoby odniesienia się do krajowych rozwiązań prawnych, których niedostatki klauzula norymberska miała przecież za zadanie rekompensować.

Trudno z tego względu nie odnieść wrażenia, że ustanowienie tego „wyjątku” w formie klauzuli norymberskiej doprowadziło do efektu odwrotnego od zamierzonego, tj. do pośredniego podważenia legalności toczących się po wojnie procesów zbrodniarzy wojennych przez twórców nowego systemu praw człowieka. Nie jest to zresztą wyłącznie współczesna ocena. Podobne zapatrywania wyrażane były przez przedstawicieli niektórych państw biorących udział w pracach przygotowawczych nad tekstami EKPC oraz MPPOiP<sup>90</sup>.

Choć więc, jak wskazuje K. Karski<sup>91</sup>, intencje twórców konwencji i paktów były jasne, czy efekt przyjętego siedemdziesiąt lat temu rozwiązania nie jest odmienny od zamierzonego? Odpowiedź na to pytanie musi być w mojej opinii twierdząca. Wprowadzenie do EKPC i innych aktów prawnych klauzuli norymberskiej w formie defensywnie zorientowanych zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową postawiło wyrok norymberski i toczące się po wojnie procesy w negatywnym świetle. Od samego początku stało to także w sprzeczności z innymi dokumentami tamtej epoki, w których otwarcie broniono konkretnych podstaw prawnych leżących u podstaw działalności orzeczniczej MTW oraz sądów krajowych<sup>92</sup>. Włączenie klauzuli do tekstów EKPC oraz MPPOiP ocenić można jako przejaw zachowawczości jej twórców; zachowawczości, co warte podkreślenia, nie tyle umacniającej przekonanie

<sup>89</sup> Tamże, pkt 227.

<sup>90</sup> Tak również: J.-M.L. GOROSTIZA, *Art. 7*, [w:] *Convenio europeo de derechos humanos: comentario sistemático*, red. I. Lasagabaster Herrarte, Madryt: Civitas 2015, s. 319; toczące się wówczas debaty szeroko omawia: M. BOOT, *Nullum crimen sine lege*, s. 137-141 oraz 158-161.

<sup>91</sup> Por. K. KARSKI, *Zasada lex retro non agit*, s. 60.

<sup>92</sup> Rezolucja 95 (I) Zgromadzenia Ogólnego ONZ, 11 grudnia 1946 r.: „Zgromadzenie Ogólne [...] potwierdza zasady prawa międzynarodowego rozpoznane przez Kartę Trybunału Norymberskiego oraz wyrok tego Trybunału”. W wydanej w 1951 r. opinii doradczej MTS stwierdził: „zasady leżące u podstaw Konwencji dotyczącej ludobójstwa są zasadami, które zostały uznane przez narody cywilizowane jako wiążące państwa nawet bez jakichkolwiek zobowiązań traktatowych”. Por. opinia doradcza MTS w sprawie *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, ICJ Reports 1951, s. 23.

o legalności wspomnianych procesów, ile raczej rzucającej cień na podejmowane w trakcie wojny, jak i po wojnie próby rozliczenia tych szczególnie odpowiedzialnych za popełnione w jej trakcie zbrodnie<sup>93</sup>.

#### PODSUMOWANIE

Klauzula norymberska jest konstrukcją, która w założeniu miała źródłowo uszczegółwić zakres zasady legalizmu, pełniąc przy tym funkcję swoistej „tarczy” przed potencjalnymi zarzutami naruszenia zasady *nullum crimen nulla poena sine lege* przez powojenne procesy karne zbrodniarzy wojennych. Wbrew formułowanym niekiedy twierdzeniom, nie stanowi ona jednak wyjątku od zasady *lex retro non agit*, lecz konstytuuje autonomiczny pod względem źródeł zakazów karnych standard wyrażany przez zasadę *nullum crimen sine iure*. W tym też sensie klauzula norymberska nie powinna być interpretowana jako forma wtórnej legitymizacji praktyki pociągania do odpowiedzialności karnej za czyny niezabronione w chwili ich popełnienia.

Przeciwnie, od samego początku jej celem było nie tyle uzasadnienie retroaktywnego stosowania prawa, ile wykluczenie merytorycznych podstaw dla takiego zarzutu poprzez wskazanie źródła karalności (tj. zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową) czynów ściganych już po zakończeniu wojny. Remedium było więc proste – procesy te nie naruszały zasady legalizmu, nie stanowiły retroaktywnej aplikacji prawa, gdyż popełnione w trakcie wojny zbrodnie były już wówczas zabronione przez normy prawa międzynarodowego, nawet jeśli dopiero *post factum* znalazło to swoje odzwierciedlenie w ustawodawstwie krajowym oraz w innych źródłach prawa międzynarodowego (prawie traktatowym). Retrospektywność klauzuli norymberskiej ma więc w tym rozumieniu wymiar faktualny, a nie normatywny.

W artykule wykazano, że klauzula norymberska w przyjętej siedemdziesiąt lat temu postaci cechuje się merytoryczną i logiczną wadliwością. Jej braki wynikają przede wszystkim z tego, że twórcy Konwencji, starając się za wszelką cenę nie dopuścić do sytuacji, w której zbrodniarze wojenni byłiby w stanie skutecznie wykazywać, iż są ofiarami naruszenia zasady legalizmu, wprowadzili odniesienie do źródła obowiązującego prawa, które roli tej nie mogło wówczas spełnić. Stworzono w ten sposób pewną normatywną fikcję prawną, zakładając,

---

<sup>93</sup> Z odesłania do zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową zrezygnowano natomiast w art. 11 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka (1948), mimo że znajdowało się ono w projekcie tekstu Deklaracji. Por. M. BOOT, *Nullum crimen sine lege*, s. 129-130.

że jeżeli niemożliwe jest uzasadnienie karalności określonych zachowań na podstawie prawa krajowego lub prawa międzynarodowego, to w zanadrzu jest jeszcze kategoria zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową, które funkcję tę mogą zrealizować. Zapomniano jednak, że w ujęciu systemowym zasady te muszą przynależeć albo do prawa krajowego, albo do prawa międzynarodowego. *Tertium non datur*.

Fikcja klauzuli norymberskiej wywarła także symboliczne skutki, prowadząc wbrew zamysłowi jej twórców do pośredniego podważenia podstaw współczesnego międzynarodowego prawa karnego. Jeżeli jednak uzna się, iż rzeczywiście wprowadzenie takiej „tarczy” było wówczas konieczne, to można zastanowić się, czy nie byłoby bardziej zasadne, a przynajmniej z prawnej perspektywy mniej kontrowersyjne, ażeby funkcję tę pełniła klauzula *prawa natury*. Byłoby to w mojej opinii zmierzenie się z zarzutem retroaktywnego stosowania prawa niejako z „otwartą przyłbicą”. Zamiast tworzenia pozorów karalności zbrodni międzynarodowych na podstawie heterogenicznej kategorii normatywnej o wątych podstawach normatywnych w okresie II wojny światowej, klauzula *prawa natury* posługiwałaby się argumentacją etyczną, co uzasadnione byłoby przede wszystkim niemoralnym charakterem czynów naruszających podstawowe dobra człowieka. Czyny te uderzały przecież w sam rdzeń ludzkiej egzystencji, ich moralny osąd nie powinien więc pozostawiać żadnych złudzeń.

Idąc tym tokiem rozumowania, odrzuceniu na podstawie klauzuli *prawa natury* podlegałyby formalne zarzuty braku możliwości przewidzenia bezprawności podejmowanych przez zbrodniarzy wojennych działań. W sytuacji, gdy jednostka dopuszcza się czynów o takim *quantum* indywidualnej i społecznej szkodliwości, ich karalność w nadzwyczajnych sytuacjach wynikać powinna nie tyle z dostępności językowej, ile dostępności moralnej komunikatu kryminalizacyjnego<sup>94</sup>. Zarzut naruszenia zasady legalizmu przez sądy nakładające kary na zbrodniarzy wojennych mogłby być także traktowany w kategoriach nadużycia prawa (*abuse of law*). Choć współczesny prawnik-pozytywista (normatywista) powyższą propozycję uzna prawdopodobnie za herezję, czy fikcja, na której oparta została klauzula norymberska, nie przeczy ideom pozytywistycznym, co gorsza – czyniąc to pod osłoną obowiązującego źródła prawa?

Z perspektywy obrotu prawnego, w dotychczasowych procesach odnoszących się do karalności czynów popełnionych przed kilkudziesięciu laty, konstrukcja ta odgrywała znikomą rolę. Nie jest to zresztą przypadek. Wszak to, co

---

<sup>94</sup> O rozróżnieniu tym pisze: K. SZCZUCKI, *Dostępność moralna czy językowa? Rzecz o wykładni prokonstytucyjnej prawa karnego*, [w:] *Nullum crimen sine lege*, red. I. Sepiolo, Warszawa: C.H. Beck 2012, s. 44 n.

normatywnie możliwe do wywiedzenia z art. 7 ust. 2 EKPC, art. 15 ust. 2 MPPOiP oraz art. 49 ust. 2 KPP, tj. zasady prawa uznane przez społeczność międzynarodową, zostało także objęte zakresem ust. 1 przytoczonych przepisów. W efekcie, to standard ochrony zawarty w ust. 1 stanowił i wciąż stanowi podstawowy punkt odniesienia w sprawach dotyczących zarzutu naruszenia zasady legalizmu. Z uwagi na niewielkie znaczenie praktyczne, rola klauzuli norymberskiej sprowadza się więc nie tyle do bycia „tarczą”, ile raczej interpretacyjną dyrektywą, paradoksalnie pośrednio podważającą gwarancyjny charakter regulacji, w której została wyrażona.

Klauzula norymberska została oparta na odniesieniu do „drugoplanowego” źródła prawa międzynarodowego, tj. zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową. Jak wykazano w pracy, zasady te mogą być – co prawda – źródłem kryminalizacji, lecz w dotychczasowej praktyce międzynarodowych trybunałów karnych pełniły one przede wszystkim funkcję pomocniczą w zakresie doprecyzowania treści poszczególnych znamion, a nie wprowadzaniu autonomicznej karalności określonych zachowań. Z kolei w przypadku Międzynarodowego Trybunału Karnego, którego jurysdykcja została oparta na bardziej szczegółowych podstawach (art. 21 SMTK), aniżeli miało to miejsce w przypadku wcześniej powstałych trybunałów międzynarodowych, zasady prawa uznane przez społeczność międzynarodową mają nie „drugoplanowe”, lecz raczej „trzecioplanowe” znaczenie. Uwzględniając postępujący rozwój międzynarodowego prawa karnego w formie *lex scripta*, można się zresztą spodziewać kontynuacji tego trendu w dalszej praktyce trybunałów międzynarodowych, z pożytkiem dla standardu gwarancyjnego wynikającego z zasady legalizmu.

## BIBLIOGRAFIA

### ŹRÓDŁA PRAWA

- Dekret Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 31 sierpnia 1944 r. o wymiarze kary dla faszystowsko-hitlerowskich zbrodniarzy winnych zabójstw i znęcania się nad ludnością cywilną i jeńcami oraz dla zdrajców Narodu Polskiego, Dz.U. 1944, Nr 4, poz. 16.
- Statut Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości, Dz.U. 1947.23.90.
- Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2.
- Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r., Dz.U. 1977, Nr 38, poz. 167.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 1997, Nr 88, poz. 553.
- Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Dz.Urz.UE 2016 C 202.

## LITERATURA

- AMBOS Kai: *Treatise of International Criminal Law*, Vol. I, Oxford: Oxford University Press 2013.
- BASSIOUNI Cherif M.: *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Hague–London– Boston: Martinus Nijhoff Publishers 1999.
- BIGLER Olivier: Art. 7 CEDH, [w:] *Convention européenne des droits de l’homme (CEDH): commentaire des articles 1 à 18 CEDH*, red. L. Gonin, O. Bigler, Berne–Paris: Stämpfli Editions: 2018, s. 445-468.
- BLEICHRODT Edwin: *No Punishment without Law*, [w:] *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, red. P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn, L. Zwaak, Cambridge: Intersentia 2018, s. 381-424.
- BOOT Machteld: *Nullum crimen sine lege and the subject matter jurisdiction of the International Criminal Court: genocide, crimes against humanity, war crimes*, Antwerpia: Intersentia 2002.
- CASSESE Antonio: *Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law The Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR*, “*Journal of International Criminal Justice*” 2006, nr 4, s. 410-418.
- CASSESE Antonio: *Cassese’s International Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press 2013.
- DOUGLAS Lawrence: *The Right Wrong Man. John Demjanjuk and the Last Great Nazi War Crimes Trial*, Princeton: Princeton University Press 2016.
- FLETCHER George: *Parochial versus Universal Criminal Law*, “*Journal of International Criminal Justice*” 3 (2005), s. 20-34.
- GALLANT Kenneth: *The Principle of Legality in International and Comparative Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2009.
- GLASER Stefan: *The Charter of the Nuremberg Tribunal and New Principles*, [w:] *Perspectives on the Nuremberg Trial*, red. G. Mettraux, Oxford: Oxford University Press 2008, s. 55-70.
- GOROSTIZA J.-M. Landa: Art. 7, [w:] *Convenio europeo de derechos humanos: comentario sistemático*, red. I. Lasagabaster Herrarte, Madryt: Civitas 2015, s. 298-337.
- GRZEBYK Patrycja: *The Role of the Polish Supreme National Tribunal in the Development of Principles of International Criminal Law*, [w:] *Historical Origins of International Criminal Law*, Vol. 2, red. M. Bergsmo, C. Wui Ling, Y. Ping, Bruksela: FICHL Publication Series 2014, s. 603-630.
- HOFMAŃSKI Piotr: Art. 7, [w:] *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, red. L. Garlicki, A. Wróbel, Warszawa: C.H. Beck 2010, pkt 7-8.
- INDECKI Krzysztof: *Zasada nullum crimen sine lege w prawie karnym międzynarodowym*, [w:] *Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Genowefie Rejman z okazji osiemdziesiątych urodzin*, red. L. Gardocki, M. Królikowski, A. Walczak-Żochowska, Warszawa: Wydawnictwo Liber 2005, s. 147-152.
- JAIN Neha: *Judicial Lawmaking and General Principles of Law in International Criminal Law*, “*Harvard International Law Journal*” 57 (2016), nr 1, s. 111-150.
- KARSKI Karol: *Zasada lex retro non agit a międzynarodowe prawo karne: kilka refleksji na tle genezy pojęcia*, [w:] *Międzynarodowe i europejskie prawo karne – osiągnięcia, kierunki rozwoju, wyzwania*, red. J. Nowakowska-Małusecka, I. Topa, Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego 2015, s. 45-61.

- MARINIELLO Triestino: The 'Nuremberg Clause' and Beyond: Legality Principle and Sources of International Criminal Law in the European Court's Jurisprudences, "Nordic Journal of International Law" 82 (2013), s. 221-248.
- MARTINEZ Manuel Galvis: The Historical Evolution of Allegiance During Occupation, "American Journal of Legal History" 2020, s. 1-25.
- MASTERNAK-KUBIAK Małgorzata: Przestrzeganie prawa międzynarodowego w świetle Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Kraków: Zakamycze 2003.
- MITSOLEAS Valsamis: Article 49 Principles of Legality and Proportionality of Criminal Offences and Penalties, [w:] The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary, red. S. Peers, T. Hervey, J. Kenner, A. Ward, Oxford: Hart Publishing 2014, s. 1351-1371.
- PAVARANI Cristina: Nessuna pena senza legge, [w:] La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Commentata ed annotata, red. C. Defilippi, D. Bosi, R. Harvey, Roma-Napoli: Edizioni scientifiche italiane 2006, s. 259-268.
- PELLET Alain: Article 38, [w:] The Statute of the International Court of Justice: a commentary, red. A. Zimmermann et al., Oxford: Oxford University Press 2012, s. 731-869.
- SAFFERLING Christoph: Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht: Völkerstrafrecht: Europäisches Strafrecht, Berlin-Heidelberg: Springer 2011.
- SALVIA de Michel: Compendium de la CEDH: les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme, Strasbourg: Editions N.P. Engel 2003.
- SHKLAR Judith N.: Legalism: Law, Morals, and Political Trials, Cambridge: Harvard University Press 1964.
- SOBCZAK Witold: Zasada nieretroaktywności w prawie karnym, [w:] Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych, red. R. Wieruszewski et al., Warszawa: C.H. Beck 2012, s. 339-357.
- SCHABAS William A.: The European Convention on Human Rights: A Commentary, Oxford: Oxford University Press 2015.
- SZCZUCKI Krzysztof: Dostępność moralna czy językowa? Rzecz o wykładni prokonstytucyjnej prawa karnego, [w:] Nullum crimen sine lege, red. I. Sepiolo, Warszawa: C.H. Beck 2012, s. 43-56.
- SZWARC-KUCZER Monika: Art. 49, [w:] Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej: komentarz, red. A. Wróbel, Warszawa: C.H. Beck 2013.
- TIMMERMAN Mikhel: Legality in Europe. On the principle nullum crimen, nulla poena sine lege in EU law and under the ECHR, Cambridge: Intersentia 2018.
- VAN SCHAACK Beth: Crimen Sine Lege: Judicial Lawmaking at the Intersection of Law and Morals, "The Georgetown Law Journal" 97 (2008), nr 119, s. 119-192.
- WEINSCHENK Fritz: Nazis Before German Courts: The West German War Crimes Trials, "International Lawyer" 10 (1976), nr 3, s. 515-529.
- WOŁODKIEWICZ Witold: „Lex retro non agit”: sformułowanie w polskiej doktrynie prawniczej, „Zeszyty Prawnicze” 1 (2001), s. 103-122.

## KLAUZULA NORYMBERSKA SIEDEMDZIESIĄT LAT PÓŹNIEJ

### Streszczenie

W artykule analizie poddana została wyrażona w art. 7 ust. 2 EKPC, art. 15 ust. 2 MPPOiP oraz art. 49 ust. 2 KPP klauzula norymberska. W założeniu jej twórców miała ona za zadanie źródłowo uszczegółwić zakres zasady legalizmu, pełniąc przy tym funkcję swoistej „tarczy” przed potencjalnymi zarzutami naruszenia zasady *nullum crimen nulla poena sine lege* przez powojenne procesy karne zbrodniarzy wojennych. W artykule wykazano, iż wbrew formułowanemu niekiedy twierdzeniom, nie stanowi ona jednak wyjątku od zasady *lex retro non agit*, lecz konstytuuje autonomiczny pod względem źródeł zakazów karnych standard wyrażany przez zasadę *nullum crimen sine iure*. W pracy zbadano ponadto stosowalność ogólnych zasad prawa uznanych przez społeczność międzynarodową w kontekście odpowiedzialności karnej, a także wykazano praktyczną nieoperatywność klauzuli norymberskiej. Krytycznej analizie poddano także konstrukcję klauzuli norymberskiej. Artykuł wykazuje jej merytoryczną i logiczną wadliwość. W podsumowaniu, autor sugeruje natomiast zastąpienie klauzuli norymberskiej klauzulą prawa natury.

**Słowa kluczowe:** ogólne zasady prawa uznane przez społeczność międzynarodową; zasada legalizmu; *nullum crimen sine lege*; *nulla poena sine lege*; *lex retro non agit*

## THE NUREMBERG CLAUSE SEVENTY YEARS LATER

### Summary

The article analyzes the Nuremberg Clause contained in art. 7(2) ECHR, art. 15(2) ICCPR and art. 49(2) CFR. The underlying idea of the clause was to specify the scope of the principle of legalism, while fulfilling the function of a “shield” against potential allegations that post-war criminal trials led to a violation of the principle of *nullum crimen nulla poena sine lege*. The article shows that, contrary to sometimes formulated claims, the clause should not be regarded as an exception to the *lex retro non agit* (*lex praevia*) principle, for it constitutes an autonomous standard expressed by the less strict principle of *nullum crimen sine iure*. The study also examines the applicability of general principles of law recognized by the international community in the context of criminal liability and demonstrates the practical inoperability of the Nuremberg Clause in that context. The structure of the Nuremberg Clause is also critically examined. The article demonstrates its substantive and logical defects. In conclusions, the author suggests a replacement of the Nuremberg clause with the ‘law of nature’ clause.

**Key words:** general principles of law recognized by the international community; the principle of legalism; *nullum crimen sine lege*; *nulla poena sine lege*; *lex retro non agit*