



Patryk Gacka*

PRZEGLĄD ORZECZEŃ I DECYZJI MIĘDZYNARODO- WEGO TRYBUNAŁU KARNEGO

(GRUDZIEŃ 2019 R. – MARZEC 2020 R.)

W przeglądzie orzeczeń MTK od grudnia 2019 r. do marca 2020 r. omówieniu poddano trzy decyzje Izby Odwoławczej MTK. Pierwsza z nich odnosi się do szczególnie spornej autoryzacji postępowania przygotowawczego w sytuacji Afganistanu. Następne dwie dotyczą zaś kolejno spraw Al Hassana („karygodność zbrodni” w zw. z art. 17 SMTK) oraz Saifa Gaddafiego (wyrok sądu krajowego, amnestia a dopuszczalność postępowania przed MTK).

Pojęcia kluczowe: Międzynarodowy Trybunał Karny, Afganistan, amnestia, karygodność

Afganistan a interesy wymiaru sprawiedliwości

W poprzednim numerze „Głosu Prawa” wstępnie zarysowano już toczącą się przed MTK batalię prawną o upoważnienie do prowadzenia postępowania przygotowawczego w odniesieniu do sytuacji w Afganistanie. Tytułem przypomnienia, na mocy kontrower-

* Patryk Gacka, doktorant Uniwersytetu Warszawskiego; ORCID: 0000-0002-0762-7418. Praca naukowa finansowana ze środków budżetowych na naukę w latach 2016-2020, jako projekt badawczy w ramach programu „Diamentowy Grant” (DI2015 017245). Ponadto autor uzyskał środki finansowe w ramach finansowania stypendium doktorskiego z Narodowego Centrum Nauki w programie Etiuda (2019/32/T/HSS/00563).

syjnej decyzji z kwietnia 2019 r.¹, w której Izba Przygotowawcza MTK (*Pre-Trial Chamber*) nie uwzględniła wniosku o autoryzację śledztwa prokuratorskiego, przynajmniej na pewien czas zamknięta została międzynarodowa ścieżka dochodzenia sprawiedliwości karnej i odszkodowawczej przeciwko osobom winnym popełnienia zbrodni na terytorium Afganistanu oraz innych państw w związku z konfliktem toczącym się w Afganistanie (m.in. tajne więzienia CIA w Polsce). Przeszkodą uniemożliwiającą prowadzenie postępowania przygotowawczego przez Prokuratora MTK były zdaniem Izby Przygotowawczej „interesy wymiaru sprawiedliwości” (*interests of justice*), czyli ni mniej, ni więcej – instytucjonalny i procesowy pragmatyzm².

Pragmatyzm ten można wyrazić w następujący sposób: skoro po- ciągnięcie do odpowiedzialności karnej przywódców największych mocarstw, zwłaszcza Stanów Zjednoczonych, za zbrodnie popełnio- ne w związku z konfliktem zbrojnym w Afganistanie jest mało praw- dopodobne, zaś próba podjęcia takich działań wiązałyby się z róż- norodnymi komplikacjami natury finansowej i politycznej, bardziej zasadne jest przekierowanie i tak ograniczonych przecież zasobów Biura Prokuratora MTK na śledztwa w tych sprawach, co do których istnieje wyższe prawdopodobieństwo, że przyniosą one wymierne skutki... Trudno o bardziej czytelny przykład konfliktu pomiędzy idealistycznie pojmowaną sprawiedliwością materialną i procedu- ralną a realiami polityki międzynarodowej, w której Trybunał mi- mowolnie musi funkcjonować.

Wspomniana decyzja nie spotkała się jednak z akceptacją tak wewnętrzną, jak i zewnętrzną podmiotów funkcjonujących w obrębie szeroko pojmowanej międzynarodowej sprawiedliwości karnej. Przeciwnie, zarówno Biuro Prokuratora MTK, jak i przedsta- wiciele ofiar³, organizacje pozarządowe oraz eksperci⁴ niezwłocznie rozpoczęli niespotykane dotąd starania o to, ażeby doprowadzić do odwrócenia wspomnianej decyzji w postępowaniu odwoławczym przed MTK. Na początku grudnia 2019 r., gdy w *World Forum Co- nvention Center* w Hadze odbywało się Zgromadzenie Państw-Stron MTK, w oddalonym o kilka kilometrów budynku Trybunału przez trzy dni toczyło się posiedzenie dotyczące merytorycznej popraw- ności rozumowania zaprezentowanego osiem miesięcy wcześniej przez Izbę Przygotowawczą MTK. Choć w trakcie tego posiedzenia

¹ Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan (ICC-02/17-33), 12 kwietnia 2019 r.

² Por. P. Gacka, Przegląd orzeczeń i decyzji Międzynarodowego Trybunału Karnego (kwiecień-li- stopad 2019 r.), „Głos Prawa. Przegląd Prawniczy Allerhanda” 2019, nr 2 (4), s. 346-347.

³ Warto wspomnieć także o „polskim akcencie” w tym postępowaniu. W charakterze Pełnomoc- ników Ofiar (Legal Representative of Victims) występowali Aduwokat Mikołaj Pietrzak oraz Aduwokat Maria Radziejowska.

⁴ Kontynuując powyższy wątek, opinię ekspercką (Amicus Curiae) przedstawił w formie pisem- nej i ustnej prof. Paweł Wiliński (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu), sędzia polskie- go Sądu Najwyższego.

analizie poddano całą gamę zagadnień związanych z interpretacją Statutu MTK oraz aplikacją jego postanowień do konkretnego stanu faktycznego, kluczowe znaczenie miały, jak się zdaje, dwa z nich⁵.

Pierwsza kwestia dotyczyła tego, czy ofiary zbrodni posiadają uprawnienie do tego, by wnieść apelację od decyzji Izby Przygotowawczej odmawiającej upoważnienia do wszczęcia postępowania przygotowawczego, a zatem, czy powinny być one traktowane jako strona postępowania na tak wczesnym jego etapie, tj. w chwili, gdy wciąż nie może być mowy ani o osobie podejrzanej, ani tym bardziej o osobie oskarżonej o popełnienie konkretnych zbrodni. Kwestia ta została przez Izbę Odwoławczą rozstrzygnięta jeszcze w trakcie grudniowego posiedzenia, kiedy to prowadzący je sędzia Hofmański wyłożył stanowisko większości sędziów, zgodnie z którym ofiary nie posiadają prawa do odwołania się od decyzji Izby Przygotowawczej o odmowie autoryzacji postępowania przygotowawczego⁶. W uzasadnieniu tej decyzji wskazano, że to, który uczestnik postępowania posiada uprawnienia apelacyjne, zależy od proceduralnego kontekstu wyznaczanego przez etap postępowania i wydawane w jego ramach decyzje (por. pkt 12). Mimo że ofiary mogą uczestniczyć w toczącym się przed Izbą Przygotowawczą etapie przedprocesowym, nie oznacza to jednak, że posiadają one uprawnienia do tego, by to postępowanie wszcząć, a także by odwołać się od wydanych w jego trakcie decyzji (pkt 20). Pojęcie „strony postępowania”, o którym mowa w art. 82 SMTK, nie ma więc charakteru stałego w tym sensie, że jest ono zależne od kontekstu procesowego (pkt 14). Co do zasady, przez „stronę postępowania” rozumieć należy podstawowych uczestników procesu karnego, tj. oskarżonego i prokuratora (pkt 15).

Może się jednak zdarzyć i tak, że „stronami postępowania” będzie tylko jeden podmiot. Tak, zdaniem Izby Odwoławczej, konstrukcyjnie rysuje się sytuacja, która analizowana była w przedmiotowej sprawie. Regulujący wszczęcie postępowania przygotowawczego *proprio motu* art. 15 w zw. z art. 82 SMTK (odwołanie od decyzji) ma więc odnosić się tylko i wyłącznie do Prokuratora MTK. Jeżeli Izba nie zgodzi się na autoryzację postępowania przygotowawczego *proprio motu*, to odwołać się od tej decyzji może tylko i wyłącznie Prokurator MTK (por. pkt 21). Nie zmienia tego także szersza perspektywa normatywna oparta na innych źródłach prawa międzynarodowego (art. 21 SMTK). W tej mierze Izba Odwoławcza dobitnie stwierdziła, iż odrzucenie apelacji ofiar od decyzji Izby Przygotowawczej nie jest przykładem takiej interpretacji Statutu MTK, która naruszałaby ich prawo do

⁵ Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Judgment on the appeal against the decision on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan (ICC-02/17 OA4), 5 marca 2020 r.

⁶ Reasons for the Appeals Chamber's oral decision dismissing as inadmissible the victims' appeals against the decision rejecting the authorisation of an investigation into the situation in Afghanistan (ICC-02/17 OA OA2 OA3 OA4), 4 marca 2020 r.

efektywnego środka odwoławczego (pkt 23) zgodnie ze standardami przyjętymi w międzynarodowym prawie praw człowieka.

W opinii piszącego te słowa była to decyzja trafna. Martwi jednak fakt, że na wydanie pisemnego i do tego niezbyt szczegółowego uzasadnienia ustnej decyzji trzeba było czekać aż cztery miesiące⁷! Wspomnieć wypada także o tym, że z opinią większości składu nie zgodziła się sędzia Luz del Carmen Ibáñez Carranza, która liczące ponad 20 stron zdanie odrębne złożyła już 5 grudnia 2019 r.⁸, a więc drugiego dnia posiedzenia⁹. Widać zatem, że było to logistycznie wykonalne.

Sędzia Carranza, zgodnie z wykazywaną dotąd aktywnością orzeczniczą w interpretacji postanowień Statutu MTK zorientowaną na interesy ofiar i przy uwzględnieniu szerszego kontekstu normatywnego argumentowała (pkt 29-50), że ofiary prawo do apelacji posiadają i w rezultacie powinny być traktowane jako „strona” etapu poprzedzającego wszczęcie postępowania przygotowawczego zgodnie z art. 15 SMTK (por. pkt 12, 21, 27), który czyni je kluczowymi – obok Prokuratora MTK – aktorami na tym etapie postępowania przed MTK (pkt 25)¹⁰.

Odnosząc się do pojęcia „stron” (*either party*), a nie „strony” postępowania, art. 82 SMTK ma więc wyraźnie wskazywać, że na każdym etapie postępowania prawo do odwołania przysługuje dwóm, a nie jednemu tylko podmiotowi. Nieprawidłowe jest więc twierdzenie Izby Odwoławczej, zgodnie z którym podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania od decyzji wydanej na podstawie art. 15 ust. 4 SMTK jest wyłącznie Prokurator MTK. W związku z tym, że w chwili podejmowania decyzji o autoryzacji wszczęcia postępowania przygotowawczego, nie może być w ogóle mowy o oskarżonym, to – zdaniem sędzi Carranzy – prawo to przysługuje nie tylko Prokuratorowi MTK, ale również biorącym udział w postępowaniu ofiarom (por. pkt 52). W tym rozumieniu, „stronami” etapu poprzedzającego autoryzację postępowania przygotowawczego byłyby Prokurator MTK oraz ofiary zbrodni popełnionych w związku z rozpatrywaną przez Trybunał sytuacją.

Sprzeciw wobec zajętej przez większość składu orzekającego pozycji został wyrażony przez sędzię Carranzę w stanowczy sposób:

⁷ Zostało ono zresztą wydane zaledwie na dzień przed wydaniem przez Izbę Apelacyjną wyroku od apelacji Prokuratora MTK.

⁸ Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, Dissenting opinion to the majority's oral ruling of 5 December 2019 denying victims' standing to appeal (ICC-02/17-133), 5 grudnia 2019 r.

⁹ Już w pierwszym punkcie tego zdania odrębnego wyraźnie podkreślając, że nie zgadza się z formą, w jakiej decyzja ta została przekazana biorącym udział w postępowaniu Pełnomocnikom Ofiar, jak gdyby kwestia pozycji procesowej ofiar była mało istotnym problemem prawnym, który można rozstrzygnąć ustną decyzją bez wyłożenia szczegółowego uzasadnienia, co miałyby stanowić naruszenie art. 83(4) SMTK (pkt 1).

¹⁰ Art. 15(3) SMTK wyraźnie stanowi, że „(...) Pokrzywdzeni mogą składać oświadczenia do Izby Przygotowawczej zgodnie z Regułami Procesowymi i Dowodowymi!”

„interpretacja wykluczająca ofiary spośród tych, którzy mogą odwołać się od decyzji, zwłaszcza na etapie (procesu wyznaczanym przez – P. G.) art. 15 SMTK, prowadziłyby do rewiktylizacji ofiar poprzez zaniegowanie ich prawa dostępu do wymiaru sprawiedliwości i szybkiego oraz skutecznego środka prawnego. Po raz pierwszy były one (tj. ofiary – P. G.) pokrzywdzone przez zbrodnie, następnie rewiktylizowane przez zaskarżoną decyzję, i wnet ponownie przez decyzję (Izby Odwoławczej – P. G.) odmawiającej im prawa do odwołania się od niej” (tj. od decyzji Izby Przygotowawczej – P. G.; pkt 53).

W tym miejscu emocjonalnym uzasadnieniu sędzieja Carranza dążyła zatem do wzmocnienia pozycji ofiar w postępowaniu przed MTK. Zaprezentowana w zdaniu odrębnym wielopłaszczyznowa interpretacja odnosząca się do międzynarodowego prawa praw człowieka, prawa europejskiego, a także prawa krajowego wybranych państw (w tym Polski!), zdaje się być jednak w większej mierze postulatem *de lege ferenda*, aniżeli prawidłowym zdekodowaniem reguł określających pozycję ofiar w postępowaniu przed MTK. Przyznać trzeba przy tym, że Statut Rzymski, który pod różnymi względami jest przecież niedoskonałym i wewnętrznie niespójnym aktem prawnym, nie ułatwia sędziom MTK realizacji powierzonych im funkcji orzeczniczej.

Druga i kluczowa z perspektywy dalszego postępowania w odniesieniu do sytuacji w Afganistanie kwestia odnosiła się z kolei do tego, czy Izba Przygotowawcza popełniła błąd o charakterze materialnoprawnym, podejmując decyzję o odmowie autoryzacji postępowania przygotowawczego. Zanim jednak przejdę do zwięzłego omówienia rozumowania Izby Odwoławczej, warto przytoczyć podstawy prawne, których wykładnią była przedmiotem sporu.

Zgodnie z art. 15 SMTK Prokurator może podjąć się wszczęcia postępowania przygotowawczego na podstawie własnej, autonomicznej decyzji (*proprio motu*)¹¹. Wybór tej ścieżki nie oznacza jednak, że Prokurator może od razu rozpocząć działania składające się na tradycyjne postępowanie przygotowawcze. W tym też sensie nie jest to wybór do końca wolny, gdyż zgodnie z art. 15 ust. 3 SMTK Prokurator jest wprawdzie zobowiązany zwrócić się do Trybunału z wnioskiem o autoryzację postępowania. Dopiero gdy takie upoważnienie otrzyma, może rozpocząć prowadzenie postępowania przygotowawczego.

Rozpatrując wniosek Prokuratora o autoryzację postępowania przygotowawczego, w świetle art. 15 ust. 4 SMTK, Izba Przygotowawcza ma z kolei obowiązek przeanalizować, czy „istnieje uzasadniona podstawa do wszczęcia postępowania przygotowawczego”, jak i to, czy „sprawa wydaje się być objęta jurysdykcją Trybunału”. Ani ten,

¹¹ Inne sposoby to zgłoszenie sprawy przez Państwo-Stronę albo państwo uznające jurysdykcję, jak i przez Radę Bezpieczeństwa ONZ. Procedura w tych przypadkach jest odmienna od tej opisywanej powyżej, gdyż nie wymaga autoryzacji Izby Przygotowawczej.

ani jakikolwiek inny przepis Statutu Rzymskiego nie precyzuje jednak, co składa się na ową „uzasadnioną podstawę”.

Statut wyraźnie określa natomiast kryteria, które Prokurator MTK ma obowiązek uwzględnić przy podejmowaniu decyzji o wszczęciu postępowania przygotowawczego (art. 53 ust. 1 SMTK). Oprócz tych oczywistych przesłanek odnoszących się do tego, czy istnieje w ogóle jakakolwiek podstawa do przyjęcia, że zbrodnia rzeczywiście została popełniona, jak i tego, czy sprawa jest dopuszczalna w świetle kryteriów określonych w art. 17 SMTK, Prokurator ma także obowiązek wziąć pod uwagę, czy „pomimo uwzględnienia wagi zbrodni i interesów pokrzywdzonych istnieją istotne powody do uznania, że postępowanie przygotowawcze nie służyłoby interesowi wymiaru sprawiedliwości” (art. 53 ust. 1(c) SMTK).

Zawarta w przytoczonym powyżej przepisie klauzula ma zatem charakter negatywny. Stanowi ona niejako ostatnią przeszkodę, którą Prokurator MTK musi pokonać, zanim podejmie decyzję o wszczęciu postępowania albo o złożeniu wniosku o autoryzację jego wszczęcia do Izby Przygotowawczej MTK. Innymi słowy, Prokurator musi być przekonany, że oprócz spełnienia wymogów formalnych (art. 53 ust. 1(a) oraz 1(b) SMTK), jak i wymogów materialnych (waga sprawy i interesy pokrzywdzonych), nie ma innych powodów o bardziej niedookreślonym, czy też nieuchwytnym charakterze, które uzasadniałyby to, ażeby postępowania przygotowawczego nie wszczynać.

Relacja pomiędzy przytoczonymi art. 15 oraz art. 53 SMTK pozostawała jednak przez długi czas niejasna. Szczególnie wątpliwe było to, czy Izba Przygotowawcza posiada kompetencję do kontroli spełnienia wyłożonego powyżej testu z art. 53 ust. 1 SMTK. Wyjaśnienia tej wątpliwości podjęła się w omawianym wyroku Izba Odwoławcza, stwierdzając, że „treść oraz umiejscowienie art. 15 oraz art. 53 ust. 1 Statutu uwidacznia, że są to odrębne przepisy odnoszące się do wszczęcia postępowania przez Prokuratora w dwóch odmiennych kontekstach. Art. 15 Statutu reguluje wszczęcie postępowania przygotowawczego *proprio motu*, zaś art. 53 ust. 1 dotyczy sytuacji, które zostają przedstawione Prokuratorowi przez Państwo-Stronę albo Radę Bezpieczeństwa” (pkt 33).

Jest to konstatacja niewątpliwie kluczowa tak z perspektywy analizowanego rozstrzygnięcia, jak i przyszłych decyzji dotyczących autoryzacji postępowania przygotowawczego przez MTK. Jest ona ważna także dlatego, że w przedmiotowej sprawie Izba Przygotowawcza oparła swoje rozumowanie dotyczące testu kontrolnego z art. 15 SMTK na kryteriach wywodzonych z art. 53 ust. 1 SMTK, stwierdzając ostatecznie, iż autoryzacja postępowania przygotowawczego w odniesieniu do sytuacji w Afganistanie nie leży w interesie wymiaru sprawiedliwości (*interests of justice*). W świetle trafnej wykładni

Izby Odwoławczej, było to jednak nic innego, jak zespolenie dwóch przepisów, które z racji na swoją treść, usytuowanie i funkcję zestawiane być ze sobą nie powinny.

Kontrolując zasadność wniosku Prokuratora MTK o upoważnienie wszczęcia postępowania przygotowawczego *proprio motu*, Izba Przygotowawcza powinna była zatem ograniczyć się wyłącznie do oceny, czy spełnione zostały wspomniane powyżej kryteria z art. 15 ust. 4 SMTK. W rezultacie, zdaniem Izby Odwoławczej, na tak wczesnym etapie postępowania, Izba Przygotowawcza ma za zadanie określić, czy istnieją podstawy do tego, by sądzić, że zbrodnie zostały popełnione, jak i czy sprawy, do których może potencjalnie doprowadzić postępowanie przygotowawcze, będą podlegały jurysdykcji Trybunału (pkt 34). Izba Przygotowawcza nie powinna natomiast analizować żadnego innego kryterium (np. „interesów wymiaru sprawiedliwości”), choć jasne jest także i to, że przesłanki z art. 15 ust. 4 SMTK pozostają w wysokim stopniu niedookreślone.

Inaczej kształtuje się natomiast sytuacja Prokuratora MTK, który podejmując decyzję o tym, czy złożyć wniosek o wszczęcie postępowania *proprio motu*, musi uwzględnić wszystkie kryteria, o których mowa we wspomnianym już wcześniej art. 53 ust. 1 SMTK. O ile zatem Prokurator MTK nie może nie odnieść się do art. 53 ust. 1(a)-(c) SMTK przy podejmowaniu którejkolwiek z możliwych ścieżek wszczęcia postępowania przygotowawczego (za upoważnieniem lub bez konieczności otrzymania upoważnienia od Izby Przygotowawczej), o tyle Izba Przygotowawcza nie ma podstaw do tego, by spełnienie tych kryteriów w prokuratorskim procesie decyzyjnym kontrolować (na etapie przygotowawczym; pkt 35-40). Konkluzja Izby Apelacyjnej nie mogła być więc inna, niż stwierdzenie, że Izba Przygotowawcza dopuściła się błędu podejmując decyzję, zgodnie z którą „śledztwo dotyczące sytuacji w Afganistanie na tym etapie nie służyłoby interesom wymiaru sprawiedliwości” (pkt 46). Kryterium „interesu wymiaru sprawiedliwości” jest bowiem zawarte w art. 53 ust. 1 SMTK, a nie art. 15 ust. 4 SMTK.

Drugi zarzut Prokuratora MTK odnosił się z kolei do przyjętego przez Izbę Przygotowawczą „pozytywnego” rozumienia „interesów wymiaru sprawiedliwości”. W świetle przytoczonych powyżej ustaleń, Izba Odwoławcza uznała, że zarzut ten został już w istocie „skonsumowany” przez decyzję co do naruszenia prawa materialnego w odniesieniu do relacji pomiędzy art. 15 ust. 4 a art. 53 ust. 1 SMTK (por. pkt 48). W związku z tym, że sens tego wyrażenia był kwestią sporną w pismach procesowych wniesionych do Trybunału przez poszczególnych uczestników grudniowego posiedzenia, Izba Odwoławcza podjęła jednak decyzję o przedstawieniu pewnych obserwacji na temat podejścia zaprezentowanego przez Izbę Przygotowawczą (pkt 48). Była to niewątpliwie szansa dla Trybunału do wyka-

zania się kontrolowanym aktywizmem i wyjaśnienia wykładniczych wątpliwości z wyrażeniem tym związanych.

Tak się jednak nie stało. Izba Odwoławcza poczyniła za to trzy ogólne uwagi. Pierwsza z nich odnosi się, co prawda, do rozumienia „interesów wymiaru sprawiedliwości”, lecz jej wartość jest znikoma, gdy idzie o dookreślenie sensu i granic znaczeniowych. Trybunał skonstatował, że art. 53 ust. 1(c) SMTK został sformułowany „negatywnie”, a nie „pozytywnie”, co oznacza, że Prokurator MTK nie musi ustalić tego, czy prowadzenie postępowania przygotowawczego leżałoby w interesie wymiaru sprawiedliwości, lecz wyłącznie to, czy jego prowadzenie nie leżałoby w tym interesie. Taki wniosek można już jednak wywieść nawet z pobieżnej lektury tego przepisu.

Natomiast dwie kolejne uwagi trudno nie traktować inaczej, aniżeli w kategoriach dosyć poważnej krytyki rozumowania zaprezentowanego w kwietniowej decyzji przez Izbę Przygotowawczą. Izba Odwoławcza stwierdziła bowiem, że rozumowanie Izby Przygotowawczej było „pobieżne, spekulatywne i nie odnosiło się do informacji, które mogłyby je wspierać” (pkt 49), zaś nieuwzględnienie poglądów konkretnych ofiar dotyczących tak wagi zbrodni, jak i interesów samych pokrzywdzonych, skutkowało błędnym wnioskowaniem o interesach wymiaru sprawiedliwości w przedmiotowej sprawie. W tym też sensie, z rozumowania Izby Odwoławczej wywieść można następującą konstatację: Izba Przygotowawcza nie tylko popełniła błąd wprowadzając do oceny wniosku o autoryzację postępowania przygotowawczego *proprio motu* perspektywę normatywną wyznaczaną przez art. 53 ust. 1 SMTK, ale ponadto nieprawidłowo zinterpretowała zakodowane tam „interesy wymiaru sprawiedliwości” stanowiące podstawę jej decyzji odmownej. Tam, gdzie błąd mógł zostać popełniony, został więc niestety przez Izbę Przygotowawczą popełniony.

Następnie Izba Odwoławcza zdecydowała o samodzielnej modyfikacji pierwotnej decyzji, dodatkowo wskazując, że zakres postępowania przygotowawczego prowadzonego przez Prokuratora MTK nie musi być ograniczony wyłącznie do tych zbrodni i ofiar, które zostały kolejno popełnione i pokrzywdzone na terytorium Afganistanu (por. pkt 76-77). Wydana przez Izbę Odwoławczą autoryzacja zezwala zatem na rozpoczęcie postępowania przygotowawczego przez Prokuratora w odniesieniu do zbrodni rzekomo (*allegedly*) popełnionych na terytorium Afganistanu w okresie od 1 maja 2003 r., jak i innych zbrodni, które posiadają łącznik (*nexus*) z konfliktem zbrojnym toczącym się w Afganistanie i są wystarczająco powiązane z sytuacją, oraz były popełnione na terytorium innych Państw-Stron po 1 lipca 2002 r. (pkt 79)¹². W praktyce oznacza to, że od marca 2020 r. Proku-

¹² Warto jeszcze odnotować, że choć decyzja ta została poparta przez cały pięcioposobowy skład Izby Odwoławczej, sędzia Carranza po raz kolejny zaprezentowała odmienne rozumowanie, nawet jeśli prowadzące ją do tej samej konkluzji, przedkładając liczącą 10 stron opinię odrębną (*separate*

rator MTK może przeprowadzić śledztwo w odniesieniu do zbrodni popełnionych także na terytorium Polski. Zamiast o to „czy”, należy więc odtąd pytać, „kiedy” tak się stanie.

Dopuszczalność sprawy Al Hassana przed MTK

Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud jest drugim po Ahmadzie Al Faqi Al Mahdim oskarżonym z Mali, który będzie odpowiadać przed MTK za popełnienie zbrodni przeciwko ludzkości oraz zbrodni wojennych. Oprócz działań nakierowanych na zniszczenie chronionych dóbr kultury (jak w sprawie Al Mahdiego), jest on także oskarżony o czyny wymierzone w życie i zdrowie indywidualnych ofiar z Mali. Choć formalnie proces przeciwko niemu rozpoczął się już we wrześniu 2019 r., po tym jak Izba Orzekająca MTK potwierdziła 13 zarzutów określonych w prokuratorskim akcie oskarżenia¹³, na początku października 2019 r. Al Hassan odwołał się od wydanej trzy dni przed zatwierdzeniem zarzutów decyzji dotyczącej spełnienia kryteriów dopuszczalności sprawy przed MTK (art. 17 w zw. z art. 19 SMTK)¹⁴, co wymusiło analizę dwóch podniesionych przez niego zarzutów przez Izbę Odwoławczą MTK. Ta zaś wydała stosowny wyrok w lutym 2020 r.

Podniesione przez Al Hassana zarzuty dotyczyły dwóch błędów rzekomo popełnionych przez Izbę Przygotowawczą, tj. przyjęcia zbyt szerokiego rozumienia pojęcia „sprawy” (*case*) oraz przeszacowania „powagi sprawy” (*gravity*) w związku z indywidualną rolą, którą miał on odegrać w popełnieniu zarzucanych mu czynów¹⁵.

Z merytorycznej perspektywy, kluczowym zagadnieniem, z którym musiała zmierzyć się Izba Odwoławcza była druga wątpliwość, a więc to, czy sprawa Al Hassana rzeczywiście wypełnia wymóg „powagi sprawy”. Konstrukcja ta skrywa szeroki wachlarz zagadnień odnoszących się nie tylko do jednostkowych spraw zawisłych przed Trybunałem, lecz także do szerszej problematyki polityki karnej, która powinna określać praktykę funkcjonowania MTK. Kogo ścigać i karać? Wyłącznie dowódców, czy także niższe stopniem, lecz biorące udział w popełnieniu zbrodni jednostki? Za jakie czyny oraz

opinion). Por. Separate opinion of Judge Luz del Carmen Ibáñez Carranza to the Judgment on the appeal against the decision of Pre-Trial Chamber II on the authorisation of an investigation into the situation in the Islamic Republic of Afghanistan (ICC-02/17-138-Ank-Corr), 6 marca 2020 r.

¹³ The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud (ICC-01/12-01/18), 30 września 2019 r.

¹⁴ The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, Décision relative à l'exception d'irrecevabilité pour insuffisance de gravité de l'affaire soulevée par la défense (ICC-01/12-01/18-459), 27 września 2019 r.

¹⁵ The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, Judgment on the appeal of Mr Al Hassan against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled 'Décision relative à l'exception d'irrecevabilité pour insuffisance de gravité de l'affaire soulevée par la défense' (ICC-01/12-01/18 OA), 19 lutego 2020 r.

w jakim kontekście? Pytania te dotyczą zatem samego rdzenia międzynarodowokarnego obrotu prawnego. Udzielenie na nie satysfakcjonującej odpowiedzi zdaje się być jednak niemożliwe *in abstracto* i jest łatwiejsze od uchwycenia przy ocenie konkretnej sytuacji i zarzucanych oskarżonemu czynów.

Podkreślić należy, że w kontekście sprawy zawisłej przed MTK, decyzja o tym, że niespełnione zostały wymogi dopuszczalności sprawy ma – co jasne – fundamentalne znaczenie praktycznie, gdyż oznacza – ni mniej, nic więcej – że sprawa nie może zostać formalnie wszczęta, zaś podejrzany nie może być formalnie oskarżony w postępowaniu przed MTK. Stwierdzenie niespełnienia wymogów określonych w art. 17 STMK wywiera także określone konsekwencje dotyczące ogólnie pojmowanej reputacji oraz zaufania wobec Trybunału. Nieuchronnie odbierane jest to jako porażka Biura Prokuratora MTK, prowadzi do zawodu po stronie ofiar uczestniczących w tej wczesnej fazie postępowania, a także symbolizuje marnotrawstwo ograniczonych zasobów MTK. W przedmiotowej sprawie tak się jednak ostatecznie nie stało, gdyż Izba Odwoławcza doszła do wniosku, że kryteria określone w art. 17 SMTK zostały w odniesieniu do sprawy Al Hassana spełnione.

Zgodnie z przyjętą przez Izbę interpretacją, wymóg „powagi sprawy” musi być oceniany każdorazowo (*case-by-case basis*) na podstawie konkretnego materiału faktualnego (pkt 53). Cel tego zabiegu jest prosty – wykluczenie takich spraw, które choć zdają się wypełniać znamiona typów czynów zabronionych na podstawie Statutu Rzymskiego, charakteryzują się jednak znikomym stopniem karygodności. To jednak, jak słusznie zauważył Trybunał, byłaby sytuacja „atypowa”, o czym świadczyć ma także przyjęte w art. 17 SMTK sformułowanie, zgodnie z którym zachowania wypełniające opis typu (typów) co do zasady spełniają kryterium karygodności (pkt 53, 55). Aby tą mającą wynikać z istoty zbrodni objętych jurysdykcją MTK karygodność zapewnić (*in abstracto*), w trakcie prac przygotowawczych nad Statutem Rzymskim podjęto decyzję o tym, aby katalog zbrodni ograniczyć wyłącznie do czterech szczególnych typów, tj. zbrodni ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości, zbrodni wojennych oraz zbrodni agresji, które zostały zdefiniowane w art. 5-8bis SMTK. Celem art. 17 SMTK nie jest zatem zobowiązanie Trybunału do rozpatrywania wyłącznie najpoważniejszych zbrodni, lecz zobowiązanie go do nieścigania tych o marginalnym stopniu karygodności (pkt 59). Złożoność stanów faktycznych odzwierciedlanych przez liczbę czynów składających się na zbrodnie, okres ich popełnienia, liczba zaangażowanych sprawców, jak i pokrzywdzonych ofiar nie ma w tym sensie charakteru stałego. Nie oznacza to jednak, że wyłącznie najbardziej karygodne z nich zasługują na to, aby podlegać ściganiu w ramach postępowania przed MTK.

Rozpatrując konstrukcję „powagi sprawy”, Trybunał zwrócił także uwagę na to, że składają się na nią elementy ilościowe i jakościowe. Zauważono przy tym, że „same elementy ilościowe nie przesądzają o wadze danej sprawy”, co w praktyce oznacza, że duża liczba ofiar nie może być traktowana jako wystarczający wskaźnik karygodności. Konieczne jest także uwzględnienie innych przesłanek, takich jak natura, skala, forma popełnienia zbrodni, rola sprawcy, wpływ czynów sprawcy na ofiary itd. (pkt 92). Jest to w tym sensie ocena holistyczna, dokonywana zresztą także na innych etapach postępowania przed MTK, m.in. przy miarkowaniu sankcji karnej (pkt 94). Zarzuty Al Hassana zostały więc przez Izbę Orzekającą odrzucone, zaś datę pierwszych posiedzeń wyznaczono na połowę lipca 2020 r.

Dopuszczalność sprawy Saifa Al-Islam Gaddafiego przed MTK

Dopuszczalność sprawy była przedmiotem kontroli MTK również w sprawie Saifa Al-Islam Gaddafiego¹⁶. W tym jednak przypadku badana wątpliwość odnosiła się do odmiennego, aniżeli w sprawie Al Hassana zagadnienia, a mianowicie do przyjętego przed MTK rozumienia koncepcji komplementarności jurysdykcyjnej w kontekście postępowań toczących się na poziomie krajowym (art. 1 w zw. z art. 17 SMTK), w tym przypadku w Libii, oraz wpływu wyroku skazującego, jak i amnestii na możliwość wszczęcia postępowania przed MTK. (art. 17 oraz art. 20 SMTK). Gaddafi został bowiem skazany *in absentia* przez sąd libijski w 2015 r. na karę śmierci za zbrodnie popełnione w związku z konfliktem toczącym się w Libii cztery lata wcześniej. Wyroku jednak nie wykonano, a ponadto objęto go amnestią, choć i ta kwestia pozostawała w trakcie postępowania przed MTK przedmiotem kontrowersji.

Saif Gaddafi jest podejrzany o popełnienie zbrodni przeciwko ludzkości. Pomimo wydanego przed dziewięcioma laty nakazu aresztowania, wciąż nie został on jednak przekazany do aresztu MTK w haskim Scheveningen na skutek braku kooperacji ze strony libijskiej. W 2018 r. pełnomocnik Gaddafiego złożył z kolei sprzeciw wobec dopuszczalności sprawy przed MTK na podstawie wspomnianego już powyżej faktu skazania Gaddafiego przez sąd libijski, który to wyrok miał uzyskać status *res iudicata* w momencie objęcia Gaddafiego amnestią. W tym układzie, prowadzenie postępowania przed MTK stanowiłoby, zdaniem obrony, naruszenie art. 17(1)(c) SMTK, który czyni sprawę niedopuszczalną, jeżeli „osoba podejrzana zo-

¹⁶ The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Judgment on the appeal of Mr Saif Al-Islam Gaddafi against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled ‘Decision on the “Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gaddafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute” of 5 April 2019 (ICC-01/11-01/11), 9 marca 2020 r.

stała już osądzona z powodu czynu będącego przedmiotem skargi i rozprawa przed Trybunałem jest niedopuszczalna na podstawie artykułu 20 ustęp 3¹⁷, tj. przepisu wyrażającego zasadę *ne bis in idem*. W wydanej w kwietniu 2019 r. decyzji, Trybunał zarzut ten jednak oddalił¹⁷. W wyniku apelacji Gaddafiego, kwestia ta została ponownie rozpatrzona przez Izbę Odwoławczą, która 9 marca 2020 r. wydała wyrok będący przedmiotem poniższej analizy.

Pierwsza wątpliwość, a zarazem zarzut postawiony przez Gaddafiego, odnosił się do tego, czy hipotezy przytoczonych powyżej przepisów (art. 17 SMTK) są spełnione tylko wtedy, gdy wyrok sądu krajowego nabierze charakteru *res iudicata*, czy też za wystarczający uznać można wyrok wydany przez sąd pierwszej instancji, nawet jeśli nie jest on prawomocny. Na rzecz drugiej ścieżki wykładni argumenty podnosił, co jasne, pełnomocnik Gaddafiego. Odnosząc się do tej kwestii, Izba Odwoławcza wpierv wskazała, że wydany w toczącym się *in absentia* procesie Gaddafiego wyrok sądu w Tripoli nie może być uznany za końcowy i, jako taki, nie jest on prawomocny (pkt 54). Izba Odwoławcza podzieliła ponadto stanowisko pierwszej instancji, zgodnie z którym „osądzenie”, o którym mowa w art. 17(1) (c) SMTK, odnosi się tylko do takiego orzeczenia sądu krajowego, od którego osoba skazana nie może się już odwołać (pkt 56-58). Funkcja zasady komplementarności określającej kompetencję jurysdykcyjną MTK jest prosta, tj. doprowadzenie do sytuacji, w której nikt nie uniknie sprawiedliwości, kryjąc się za fałszywym wyrokiem sądu krajowego, przybierającym postać „tarczy” przed międzynarodową odpowiedzialnością karną. Państwa-strony Statutu Rzymskiego posiadają, co prawda, jurysdykcyjne pierwszeństwo w rozpatrywaniu spraw objętych właściwością MTK. Niemniej jednak, w przypadku procesu karnego dotyczącego zbrodni międzynarodowych toczącego się na poziomie krajowym, rolą MTK jest bycie niezależnym „kontrolerem”, który nie dopuści do stanu bezkarności (por. pkt 59).

Efekt ten można jednak osiągnąć wyłącznie wtedy, gdy wyrok sądu krajowego jest ostateczny. W przeciwnym razie, wyrok skazujący sądu pierwszej instancji mógłby zamienić się w fikcję sprawiedliwości w drugiej instancji, co nieuchronnie prowadziłyby do obejścia mechanizmu kontrolnego możliwego do wywiedzenia z zasady komplementarności. Zależność ta występuje poniekąd i w drugą stronę, jeżeli to sąd odwoławczy naprawiłby błędy poczynione przez instancję pierwszą; w ten bowiem sposób sądownictwo krajowe postrzegane jako całość posiada możliwość autokorekty, w efekcie zwalniając MTK od podejmowania próby przejęcia sprawy w celu wymierzenia sprawiedliwości zgodnie z zarzutami stawianymi sprawcy zbrodni (pkt 59- 63).

¹⁷ Pre-Trial Chamber I, The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi, Decision on the “Admissibility Challenge by Dr. Saif Al-Islam Gadafi pursuant to Articles 17(1)(c), 19 and 20(3) of the Rome Statute” (ICC-01/11-01/11-662), 5 kwietnia 2019 r.

Odnosząc się do problematyki wpływu amnestii na postępowanie przed MTK, Izba Odwoławcza rozpoczęła od ustalenia, że amnestia, na którą powoływał się Gaddafi, nie obejmowała wszystkich czynów, o których popełnienie był on oskarżony, wobec czego zaprezentowana w drugim zarzucie argumentacja nie zasługuje na poparcie (pkt 94). Niejako na uboczu głównego nurtu rozważań, Izba Odwoławcza odniosła się także do normatywnej natury amnestii, stwierdzając, że „prawo międzynarodowe jest wciąż w stadium rozwojowym co do akceptowalności amnestii” (pkt 96). Następnie przywołane zostały uwagi Izby Przygotowawczej, zgodnie z którymi istnieje „silna, wzrastająca, uniwersalna tendencja, zgodnie z którą poważne i systematyczne naruszenia praw człowieka – które mogą ze swej natury stanowić zbrodnie przeciwko ludzkości – nie mogą być przedmiotem amnestii lub ułaskawienia według prawa międzynarodowego” (pkt 96). W ten sposób Izba Odwoławcza wskazała, że wpływ amnestii na międzynarodowe procesy karne podlega normatywnym fluktuacjom, choć odnotować można tendencje zmierzające do tego, by nie traktować ich jako przeszkód procesowych w przypadkach szczególnych naruszeń, których niewątpliwą egzemplifikację stanowią zbrodnie międzynarodowe. Unikając jednoznacznego stwierdzenia, MTK nie podjął się jednak rozwikłania nie tylko praktycznego, ale i filozoficznego problemu dotyczącego tarcia pomiędzy pokojem a sprawiedliwością (*peace versus justice*) w okresie tranzytywnym po zakończeniu konfliktu.