



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS  
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

© Prokurator Generalny – Minister Sprawiedliwości, [www.pk.gov.pl](http://www.pk.gov.pl) [Translation already published on the official website of the Polish Ministry of Justice]. Permission to re-publish this translation has been granted by the Polish Prosecutor General for the sole purpose of its inclusion in the Court's database HUDOC

© Prokurator Generalny – Minister Sprawiedliwości, [www.pk.gov.pl](http://www.pk.gov.pl) [Tłumaczenie zostało już opublikowane na oficjalnej stronie Ministerstwa Sprawiedliwości]. Zezwolenie na publikację tego tłumaczenia zostało udzielone przez Prokuratora Generalnego wyłącznie w celu zamieszczenia w bazie Trybunału HUDOC

EUROPEJSKI TRYBUNAŁ PRAW CZŁOWIEKA  
WIELKA IZBA

**SPRAWA HANAN przeciwko NIEMCOM**

*(Skarga nr 4871/16)*

**WYROK**

Art. 1 • Łącznik jurysdykcyjny pociągający za sobą obowiązek przeprowadzenia śledztwa w sprawie śmierci osób cywilnych w wyniku ataku lotniczego rozkazanego w toku czynnych działań wojennych w eksterytorialnym konflikcie zbrojnym • Istnienie „szczególnych cech” wskazujących na związek: wyłączna jurysdykcja Niemiec nad ich wojskami w sprawach o poważne przestępstwa oraz obowiązek przeprowadzenia śledztwa na podstawie międzynarodowego prawa humanitarnego (MPH) i prawa krajowego • Brak możliwości wszczęcia śledztwa przez władze afgańskie ze względów prawnych

Art. 2 (proceduralny) • Adekwatność, niezwłoczność, rozsądny czas trwania i niezależność śledztwa • Brak istotnego konfliktu normatywnego między MPH a art. 2 • Fakty ustalone w sposób dokładny i wiarygodny w celu ustalenia legalności użycia śmiertelnej siły • Udział najbliższych krewnych i kontrola publiczna • Istnienie środka odwoławczego w celu zakwestionowania skuteczności śledztwa

STRASBURG

16 lutego 2021 r.

*Wyrok jest ostateczny, ale może podlegać korekcie wydawniczej.*

**W sprawie Hanan przeciwko Niemcom**

Europejski Trybunał Praw Człowieka, zasiadając jako Wielka Izba w składzie:

Jon Fridrik Kjølbro, *Przewodniczący*,  
Linos-Alexandre Sicilianos,  
Ksenija Turković,  
Paul Lemmens,  
Yonko Grozev,  
Helen Keller,  
Aleš Pejchal,  
Faris Vehabović,  
Carlo Ranzoni,  
Mārtiņš Mits,  
Tim Eicke,  
Lətif Hüseynov,  
Lado Chanturia,  
Arnfinn Bårdsen,  
Erik Wennerström,  
Saadet Yüksel,  
Anja Seibert-Fohr, *Sędziowie*,

oraz Johan Callewaert, *Zastępca Kanclerza Wielkiej Izby*,

obradując na posiedzeniu niejawnym w dniu 26 lutego 2020 r. oraz w dniu 2 grudnia 2020 r.,

wydaje następujący wyrok, który został przyjęty w ostatnim z wyżej wymienionych dni:

**POSTĘPOWANIE**

1. Sprawa wywodzi się ze skargi (nr 4871/16) przeciwko Republice Federalnej Niemiec wniesionej do Trybunału 13 stycznia 2016 r. na podstawie art. 34 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności („Konwencja”) przez obywatela afgańskiego, Abdula Hanana („skarżący”).

2. Skarżący był reprezentowany przez W. Kalecka, prawnika praktykującego w Berlinie. Rząd niemiecki („Rząd”) był reprezentowany przez pełnomocników, A. Wittling-Vogel i N. Wenzel, z Federalnego Ministerstwa Sprawiedliwości i Ochrony Konsumentów.

3. Skarżący zarzucił, że pozwane państwo nie przeprowadziło skutecznego śledztwa, zgodnie z wymogami proceduralnymi art. 2 Konwencji, w sprawie ataku lotniczego z dnia 4 września 2009 r. w pobliżu Kunduz w Afganistanie, w wyniku którego zginęli m.in. dwaj synowie skarżącego. Powołując się na art. 13 Konwencji w związku z art. 2, skarżący zarzucił ponadto, że nie dysponował skutecznym krajowym środkiem odwoławczym, aby móc zaskarżyć decyzję niemieckiego Federalnego

Prokuratora Generalnego (*Generalbundesanwalt*) o umorzeniu postępowania karnego.

4. Skargę przydzielono Sekcji Piątej Trybunału (Reguła 52 § 1 Regulaminu Trybunału). W dniu 2 września 2016 r. skarga została zakomunikowana Rządowi. W dniu 27 sierpnia 2019 r. Izba tej Sekcji, w składzie Yonko Grozev – Przewodniczący, Angelika Nußberger, André Potocki, Carlo Ranzoni, Mārtiņš Mits, Lətif Hüseynov, Lado Chanturia – Sędziowie, oraz Claudia Westerdiek – Sekretarz sekcji, postanowiła zrzec się właściwości na rzecz Wielkiej Izby, żadna ze stron nie zgłosiła sprzeciwu (art. 30 Konwencji i Reguła 72 Regulaminu Trybunału).

5. Skład Wielkiej Izby określono zgodnie z art. 26 ust. 4 i 5 Konwencji oraz Regułą 24 Regulaminu Trybunału. Postanowiono również zbadać przedmiot skargi równocześnie z jej dopuszczalnością (art. 29 ust. 1 Konwencji). Podczas drugiej narady Faris Vehabović i Arnfinn Bårdsen – sędziowie zastępcy zastąpili sędziów André Potockiego i Roberta Spano, którzy nie mogli wziąć udziału w dalszym rozpoznawaniu sprawy (Reguła 24 § 3 Regulaminu). Jon Fridrik Kjølbro zastąpił Linosa-Alexandre’a Sicilianosa na stanowisku przewodniczącego Wielkiej Izby w trakcie postępowania.

6. Zarówno skarżący, jak i Rząd przedstawili pisemne uwagi (Reguła 59 § 1) w kwestiach dopuszczalności i przedmiotu skargi.

7. Ponadto otrzymano uwagi stron trzecich od rządów Danii, Francji, Norwegii, Szwecji i Zjednoczonego Królestwa, a także od Centrum Praw Człowieka Uniwersytetu w Essex, Instytutu Studiów Międzynarodowych Katolickiego Uniwersytetu Najświętszego Serca w Mediolanie, Open Society Justice Initiative i Rights Watch (Zjednoczone Królestwo). Wszystkie wymienione strony trzecie uzyskały zgodę Przewodniczącego Wielkiej Izby na interwencję w procedurze pisemnej (art. 36 ust. 2 Konwencji oraz Reguły 71 § 1 i 44 § 3). Strony ustosunkowały się do uwag osób trzecich w trakcie ustnych wystąpień na rozprawie (Reguły 71 § 1 i 44 § 6 Regulaminu Trybunału).

8. Rozprawa odbyła się 26 lutego 2020 r. w Pałacu Praw Człowieka w Strasburgu (Reguła 71 § 3). W rozprawie wzięły udział rządy Francji i Zjednoczonego Królestwa, a także organizacja Rights Watch (UK), którym Przewodniczący zezwolił na udział w postępowaniu ustnym przed Wielką Izbą.

Przed Trybunałem stawili się:

a) w imieniu Rządu

A. WITTLING-VOGEL,  
N. WENZEL, *pełnomocnicy*,  
H. KRIEGER, *adwokat*,  
S. WEINKAUFF,

## WYROK HANAN PRZECIWKO NIEMCOM

S. SOHM,  
M. WITTENBERG,  
J. DROHLA,  
C. RITSCHER,  
D. GMEL,  
S. HEINE,  
C. BARTHE, *doradcy*;

b) *w imieniu Skarżącego:*  
W. KALECK, *prawnik*,  
D. AKANDE, *adwokat*  
F. JESSBERGER,  
C. MELONI,  
A. SCHÜLLER,  
I. SYCHENKOVA, *doradcy*;

c) *w imieniu interweniującej strony trzeciej – Francji:*  
F. ALABRUNE, *pełnomocnik*,  
E. LEBLOND,  
R. STAMMINGER,  
E. GOUIN, *doradcy*;

d) *w imieniu interweniującej strony trzeciej – Zjednoczonego Królestwa:*  
C. WICKREMASINGHE, *pełnomocnik*,  
JAMES EADIE QC, *adwokat*,  
J. SWORDS, *doradca*;

e) *w imieniu interweniującej strony trzeciej – Rights Watch (UK)*  
S. WORDSWORTH QC, *adwokat*,  
C. YEGINSU,  
G. SCHUMACHER, *doradcy*.

Trybunał wysłuchał wystąpień pani Wittling-Vogel, pani Krieger, pana Kalecka, pana Akandego, pana Alabrune’a, pana Jamesa Eadiego i pana Wordswortha oraz odpowiedzi udzielonych przez panią Krieger, pana Kalecka, pana Akandego, pana Jamesa Eadiego i pana Alabrune’a na pytania zadane przez sędziów.

## STAN FAKTYCZNY

### I. KONTEKST SPRAWY

9. Skarżący urodził się w Omar Khel w Afganistanie i tam mieszka.

10. Po atakach z 11 września 2001 r., w dniu 7 października 2001 r. Stany Zjednoczone wraz ze Zjednoczonym Królestwem rozpoczęły operacje

wojskowe w Afganistanie. Operacje te, nazwane zbiorczo operacją „Trwała Wolność”, przewidywały zniszczenie obozów szkoleniowych i infrastruktury terrorystów, a także schwytanie przywódców Al-Kaidy i odsunięcie talibów od władzy.

11. W dniu 16 listopada 2001 r. niemiecki parlament zezwolił na wysłanie do 3 900 niemieckich żołnierzy w ramach operacji „Trwała Wolność”. W skład kontyngentu wchodziło około 100 żołnierzy niemieckich sił specjalnych, którzy następnie uczestniczyli w operacjach zwalczania terroryzmu w Afganistanie.

12. Na początku grudnia 2001 r. dwudziestu pięciu najważniejszych afgańskich przywódców spotkało się w Bonn pod auspicjami ONZ, aby podjąć decyzję o planie rządzenia krajem. Powołali tymczasowy rząd Afganistanu i wybrali jego zwierzchnika. W porozumieniu z dnia 5 grudnia 2001 r. („porozumienie z Bonn”, zob. § 71 poniżej) uczestnicy konferencji zwrócili się do społeczności międzynarodowej o pomoc w utrzymaniu bezpieczeństwa w Afganistanie oraz przewidzieli utworzenie Międzynarodowych Sił Wsparcia Bezpieczeństwa („ISAF”).

13. W dniu 20 grudnia 2001 r. Rada Bezpieczeństwa ONZ zaaprobowала utworzenie ISAF. Zadaniem ISAF było wspieranie tymczasowego rządu Afganistanu w utrzymaniu bezpieczeństwa w Kabulu i okolicach oraz umożliwienie tymczasowemu rządowi Organizacji Narodów Zjednoczonych działania w bezpiecznym środowisku. Podczas gdy siły ISAF koncentrowały się głównie na utrzymaniu bezpieczeństwa, siły zaangażowane w operację „Trwała Wolność” nadal prowadziły operacje antyterrorystyczne i antyrebelianckie.

14. W dniu 22 grudnia 2001 r. niemiecki parlament zezwolił na rozmieszczenie niemieckich sił zbrojnych w ramach ISAF (zob. § 91 poniżej).

15. W dniu 11 sierpnia 2003 r. NATO przejęło dowództwo nad ISAF, a następnie misja ISAF została rozszerzona poza obszar Kabulu. Pod koniec 2006 r. siły ISAF były odpowiedzialne za cały Afganistan.

16. Po przejęciu przez NATO dowództwa nad ISAF Kwatery Główna ISAF („Kwatera Główna ISAF”) oraz Dowódca ISAF („COMISAF”) zostały podporządkowane Sojuszniczemu Dowództwu Połączonych Sił NATO oraz Naczelnemu Dowódcy Sił Sojuszniczych NATO w Europie. W ramach Kwatery Głównej ISAF funkcjonowało pięć Dowództw Regionalnych („RC”), które koordynowały wszystkie regionalne działania cywilno-wojskowe prowadzone przez podmioty wojskowe Prowincjonalnych Zespołów Odbudowy („PRT”)<sup>1</sup> na obszarach objętych ich

---

<sup>1</sup> Prowincjonalne Zespoły Odbudowy były niewielkimi zespołami personelu wojskowego i cywilnego pracującymi w prowincjach Afganistanu nad zapewnieniem bezpieczeństwa działań pomocowych oraz wsparciem pomocy humanitarnej lub zadań związanych z odbudową na obszarach objętych trwającym konfliktem lub obszarach wysoce niestabilnych (<https://www.nato.int/docu/review/2007/issue3/english/art2.html>).

odpowiedzialnością. Dowództwo ISAF/COMISAF zachowało kontrolę operacyjną, zaś PRT zostały podporządkowane – w formie kontroli taktycznej – właściwym dowództwom regionalnym.

17. Wojska niemieckie zostały rozmieszczone w ramach RC Północ, które było dowodzone przez Niemcy. W odpowiednim czasie dowódcą RC Północ był niemiecki generał brygady V. PRT Kunduz, będącej częścią RC Północ, dowodzonej przez niemieckiego pułkownika K.

18. Równolegle do struktury dowodzenia ISAF dowodzenie i kontrola w aspektach dyscyplinarnym i administracyjnym pozostały w gestii odpowiednich państw wysyłających oddziały (zob. § 75 poniżej). W związku z tym oddziały rozmieszczone w obszarze PRT Kunduz podlegały w tym zakresie dowództwu i kontroli pułkownika K., który sam podlegał dowództwu i kontroli generała brygady V. Ten ostatni dowodził również całym niemieckim kontyngentem ISAF w Afganistanie i podlegał – za pośrednictwem dowódcy Dowództwa Operacji Połączonych Sił *Bundeswehry* – dowództwu Federalnego Ministerstwa Obrony.

19. W czasie istotnym dla sprawy RC Północ liczyła około 5 600 żołnierzy, z czego 4 245 stanowili żołnierze niemieccy. W obszarze PRT Kunduz stacjonowało około 1 500 żołnierzy, w tym dwie niemieckie jednostki specjalne.

20. Po kwietniu 2009 r. sytuacja w zakresie bezpieczeństwa w prowincji Kunduz uległa pogorszeniu. Szczególnie podczas wyborów w sierpniu i wrześniu 2009 r. doszło do zwiększonej liczby ataków na oddziały ISAF, w wyniku których zginęło kilka osób. Według oświadczenia złożonego przez pułkownika K. przed niemiecką parlamentarną komisją śledczą żołnierze mieli spodziewać się ataków za każdym razem, gdy opuszczali bazę.

## II. OKOLICZNOŚCI SPRAWY

### A. Atak lotniczy z 4 września 2009 r.

21. W dniu 3 września 2009 r. rebelianci porwali dwie cysterny z paliwem i zabili jednego z kierowców. Później tego samego dnia cysterny z paliwem zostały unieruchomione na piaszczystym brzegu rzeki Kunduz, około siedmiu kilometrów od bazy PRT Kunduz. Aby móc ponownie ruszyć cysterny z paliwem, rebelianci zwerbowali mieszkańców pobliskich wiosek, aby spuścili z nich część paliwa.

22. Około godziny 20:00 informator powiadomił PRT Kunduz o porwaniu cystern z paliwem. Około godziny 21:00 PRT Kunduz zostało oficjalnie poinformowane o zdarzeniu. O godzinie 21:55 samolot, któremu wcześniej zlecono inną operację, otrzymał polecenie zlokalizowania cystern z paliwem. Około godziny 00:15 cysterny zostały zauważone przez samolot obserwacyjny. Nagranie wideo przesłane z samolotu do centrum dowodzenia pokazywało dwie cysterny, a także kilka pojazdów obok brzegu i wiele osób.

W ciągu nocy kapitan X. – który był obecny w centrum dowodzenia wraz z sierżantami sztabowymi W. i Y. – wielokrotnie udawał się do dyżurującego tłumacza w celu uzyskania bezpośrednich informacji od informatora i/lub przekazania pytań pułkownika K. informatorowi, który jako pierwszy poinformował PRT Kunduz o porwaniu. Około godziny 0.30 informator zgłosił częściowe opróżnienie cystern przez uzbrojonych rebeliantów, a także brak osób cywilnych na piaszczystym brzegu. Opis podany przez informatora odpowiadał warunkom, które można było zaobserwować na nagraniu wideo. O godzinie 0:48 samolot obserwacyjny zawrócił do bazy, gdyż kończyło mu się paliwo. Wkrótce potem sierżant sztabowy W. skontaktował się z kwaterą główną ISAF, aby poprosić o samolot zastępczy. Powiedziano mu, że wsparcie lotnicze może być zapewnione tylko wtedy, gdy zostanie ogłoszona sytuacja „oddziałów w kontakcie”, czyli jeśli oddziały ISAF będą w faktycznym kontakcie z rebeliantami. Około godziny 1 w nocy pułkownik K. ogłosił „oddziały w kontakcie”, mimo że nie było kontaktu z wrogiem w dosłownym tego słowa znaczeniu, i dwa samoloty F-15 Sił Powietrznych Stanów Zjednoczonych (USAF) otrzymały rozkaz dotarcia do brzegu rzeki, gdzie wciąż znajdowały się unieruchomione cysterny, z których spuszczano paliwo.

23. Samoloty F-15 weszły w przestrzeń powietrzną nad piaszczystym brzegiem rzeki około godz. 1:10 w nocy. Dyskusje między pilotami a centrum dowodzenia dotyczyły użycia bomb 500-funtowych lub 2000-funtowych oraz potencjalnych uszkodzeń obiektów cywilnych w pobliżu piaszczystego brzegu. W odpowiedzi na wielokrotne pytania pułkownika K. informator potwierdził, że w pobliżu piaszczystego brzegu znajdowali się wyłącznie rebelianci, a nie osoby cywilne. Po odrzuceniu sugestii pilotów, aby zrobić „pokaz siły” poprzez niski przelot nad cysternami, aby rozproszyc ludzi na ziemi, pułkownik K. wydał rozkaz zbombardowania wciąż unieruchomionych cystern z paliwem. O godz. 1:49 zrzucano dwie 500-funtowe bomby.

24. Pierwszy zwiad został przeprowadzony przez samoloty USAF F-15 natychmiast po ataku lotniczym. Ponadto bezzałogowy samolot sprawdził miejsce ataku lotniczego o około 8 rano następnego dnia.

25. Atak lotniczy zniszczył dwie cysterny z paliwem i zabił m.in. dwóch synów skarżącego: Abdula Bayana i Nesarullaha. Mieli oni odpowiednio 12 i 8 lat. Całkowita liczba ofiar ataku lotniczego nigdy nie została ustalona (zob. §§ 40 i 65–69 poniżej). Rząd niemiecki wypłacił świadczenia *ex gratia* w wysokości 5 000 dolarów amerykańskich na osobę rodzinom 91 zabitych i 11 rannym.

## **B. Śledztwo w sprawie ataku lotniczego**

### *1. Badanie na miejscu*

26. Później tego samego dnia rano, po otrzymaniu informacji o ataku lotniczym, generał brygady V. wysłał zespół śledczy niemieckiej żandarmerii wojskowej (*Feldjäger*) z Masar-i-Sharif do Kunduz, aby udzielić PRT Kunduz wsparcia w śledztwie w sprawie ataku lotniczego.

27. O godz. 12:13 tego samego dnia zespół z PRT Kunduz wyruszył na miejsce ataku lotniczego, gdzie dotarł o godz. 12:34. Żaden z członków zespołu z Masar-i-Sharif, który wyruszył ze swojej bazy o godz. 12:24 i nie zdążył dotrzeć do bazy PRT Kunduz, nie uczestniczył w wizji lokalnej. Zespół z PRT Kunduz natrafił na mocno zmieniony teren z kilkoma wrakami samochodów, bez ciał. Podczas wizyty zespół, który był chroniony przez około stu członków afgańskich sił bezpieczeństwa, został zaatakowany, ale udało mu się kontynuować czynności śledcze po wymianie ognia. Zespół wrócił do bazy o godzinie 14:23. O godz. 14:45 zwołano spotkanie oceniające, w którym uczestniczyli pułkownik K. oraz członkowie oddziału żandarmerii wojskowej wysłanego z Masar-i-Sharif, którzy przybyli w międzyczasie.

28. W dniach 4 i 5 września 2009 r. członkowie PRT Kunduz, żandarmerii wojskowej i „zespołu ds. czynności wstępnych” ISAF (zob. § 65 poniżej) odwiedzili szpitale i wioski w okolicy oraz przeprowadzili wywiady z kilkoma osobami na temat ataku lotniczego. Pułkownik K. był częściowo zaangażowany w niektóre przesłuchania i był na bieżąco informowany o przebiegu śledztwa.

29. W dniu 9 września 2009 r. żandarmeria wojskowa przedstawiła swój raport generałowi brygady V.

### *2. Postępowanie prowadzone przez niemiecką prokuraturę*

30. W dniu ataku lotniczego główny urzędnik ds. prawnych sił zbrojnych poinformował prokuraturę w Poczdamie (gdzie znajduje się Dowództwo Operacyjne *Bundeswehry*) o ataku lotniczym. W dniu 7 września 2009 r. prokuratura w Poczdamie wszczęła wstępne śledztwo, które następnie zostało przekazane do prokuratury w Lipsku (ówczesnego miejsca pełnienia służby przez pułkownika K.), a następnie do Prokuratury Generalnej w Dreźnie (organu prokuratury nadrzędnego nad prokuraturą w Lipsku). Po kolejnych czynnościach przygotowawczych, które obejmowały wymianę informacji z Federalnym Ministerstwem Obrony na temat ram prawnych rozmieszczenia wojsk w Afganistanie i potencjalnego istnienia okoliczności wyłączających winę (*Rechtfertigungsgrund*), w dniu 5 listopada 2009 r. Prokurator Generalny w Dreźnie zwrócił się do biura Prokuratora Generalnego o zbadanie możliwości przejęcia ścigania w obliczu ewentualnej odpowiedzialności na podstawie Kodeksu przestępstw przeciwko prawu



międzynarodowemu (zob. §§ 94–95 i 101 poniżej). W tym czasie Federalny Urząd Prokuratora Generalnego był już w trakcie ustalania swoich kompetencji i wszczął wstępne śledztwo 8 września 2009 r.

31. Jeśli chodzi o przebieg postępowania, Federalny Prokurator Generalny w piśmie z dnia 27 listopada 2009 r. zwrócił się do Dowództwa Operacyjnego *Bundeswehry* o przekazanie wszystkich ustaleń faktycznych dotyczących przedmiotowego ataku lotniczego w celu dalszego wyjaśnienia. Trzy dni później Dowództwo Operacyjne *Bundeswehry* przekazało liczne raporty. W dniu 16 grudnia 2009 r. dostarczyło dalszą dokumentację. Pismem z dnia 8 grudnia 2009 r. Federalny Prokurator Generalny zwrócił się o kopie akt przedstawionych parlamentarnej komisji śledczej (zob. § 69 poniżej), które zostały mu następnie przekazane; otrzymał również kopie stenogramów z przesłuchań przed komisją. W dniu 21 grudnia 2009 r. Federalny Prokurator Generalny przesłał do Dowództwa Operacyjnego *Bundeswehry* długą listę pytań, na które udzielono odpowiedzi w piśmie z dnia 8 lutego 2010 r. W dniu 23 lutego 2010 r. do niemieckiego Federalnego Ministerstwa Obrony skierowano dodatkowe pytania, na które ministerstwo udzieliło odpowiedzi.

32. W dniu 12 marca 2010 r., na podstawie dotychczasowych ustaleń faktycznych, Federalny Prokurator Generalny wszczął postępowanie karne przeciwko pułkownikowi K. i sierżantowi sztabowemu W., którzy asystowali pułkownikowi K. w noc ataku lotniczego. W dniach od 22 do 25 marca 2010 r. Federalny Prokurator Generalny przesłuchał dwóch podejrzanych i dwóch świadków (kapitana X. i sierżanta sztabowego Y.), którzy byli obecni w centrum dowodzenia bazy w Kunduz w czasie ataku. Ponadto przeanalizowano zbiór dokumentów i nagranie wideo z samolotu.

33. W dniu 16 kwietnia 2010 r. Federalny Prokurator Generalny umorzył postępowanie karne z powodu braku wystarczających podstaw do podejrzenia popełnienia czynów zagrożonych odpowiedzialnością karną na podstawie Kodeksu przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu lub kodeksu karnego. Uznał, że w tym czasie sytuacja w Afganistanie, a przynajmniej w północnej części kraju, gdzie rozmieszczone były niemieckie siły zbrojne, nie stanowiła międzynarodowego konfliktu zbrojnego w rozumieniu międzynarodowego prawa humanitarnego – niezależnie od zaangażowania wojsk międzynarodowych. Stwierdził, że Afganistan wyraził zgodę na rozmieszczenie ISAF w sposób zgodny z prawem międzynarodowym, a siły ISAF walczyły w imieniu władz afgańskich. Talibska rebelia i powiązane z nią grupy, opisane szczegółowo w postanowieniu o umorzeniu postępowania, miały zostać sklasyfikowane jako „strona konfliktu” w rozumieniu prawa międzynarodowego. Istnienie tego, nie mającego międzynarodowego charakteru, konfliktu zbrojnego spowodowało zastosowanie międzynarodowego prawa humanitarnego (zob. również art. 25 Ustawy zasadniczej, przytoczony w § 93 poniżej) oraz Kodeksu przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu. Niemieccy żołnierze wchodzący w skład ISAF byli regularnymi uczestnikami walk, a

zatem nie ponosili odpowiedzialności karnej za działania wojenne dozwolone przez prawo międzynarodowe. Federalny Prokurator Generalny stwierdził, że odpowiedzialność pułkownika K. na podstawie Kodeksu przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu, w szczególności jego art. 11 § 1 nr 3 (zob. § 95 poniżej), została wykluczona, ponieważ pułkownik K. nie działał w bezpośrednim zamiarze zabicia lub zranienia ludności cywilnej ani uszkodzenia obiektów cywilnych. Odpowiedzialność na podstawie kodeksu karnego za zabójstwo, ale także za jakiegokolwiek inne przestępstwo, została wyłączona, ponieważ legalność ataku lotniczego w świetle prawa międzynarodowego stanowiła okoliczność wyłączającą winę.

34. Komunikat prasowy streszczający główne ustalenia Federalnego Prokuratora Generalnego i wskazujący, że większość informacji o stanie faktycznym utajniono, został on wydany 19 kwietnia 2010 r. W dniu 13 października 2010 r. przygotowano przeredagowaną wersję postanowienia o umorzeniu postępowania.

35. W postanowieniu o umorzeniu postępowania stwierdzono, że następujące dowody poddane zostały ocenie:

- „- raport ze śledztwa COMISAF ze wszystkimi załącznikami;
- przepisy NATO/ISAF (standardowe procedury operacyjne, zasady prowadzenia działań wojennych, dyrektywy taktyczne, matryca oceny danych wywiadowczych, specjalne instrukcje dotyczące operacji powietrznych i kosmicznych);
- raport Żandarmerii Wojskowej z dnia 9 września 2009 r. wraz z 44 załącznikami (w tym zdjęcia i materiały wideo);
- pisemne oświadczenie pułkownika K. z dnia 5 września 2009 r. złożone Szefowi Sztabu Niemieckich Sił Zbrojnych;
- raport pułkownika N., członka zespołu śledczego ISAF, z dnia 6 września 2009 r.;
- sprawozdanie przedstawiciela regionu Kunduz dla prezydenta Afganistanu z dnia 4 września 2009 r.;
- raport afgańskiej komisji śledczej dla prezydenta Afganistanu;
- lista potencjalnych cywilnych ofiar ataku lotniczego sporządzona przez Misję Wsparcia Narodów Zjednoczonych w Afganistanie („UNAMA”);
- raport [organizacji pozarządowej] z dnia 5 września 2009 r. [utajniony];
- raport Zespołu ds. czynności wstępnych ISAF z dnia 6 września 2009 r.;
- protokoły z rozmów w PRT Kunduz z afgańską komisją śledczą, lokalnymi przedstawicielami oraz z delegacją Zespołu ds. czynności wstępnych;
- pismo Dowództwa Operacyjnego Niemieckich Sił Zbrojnych z dnia 8 lutego 2010 r. w odpowiedzi na pytania Federalnego Prokuratora Generalnego z dnia 21 grudnia 2009 r.;
- 164 teczki akt Federalnego Ministerstwa Obrony;
- protokoły posiedzeń Sejmowej Komisji Obrony Narodowej obradującej jako pierwsza komisja śledcza, podczas których przesłuchano obu podejrzanych oraz kapitana X;

## WYROK HANAN PRZECIWKO NIEMCOM

- przesłuchania obu podejrzanych, jak również świadków kapitana X. i sierżanta sztabowego Y. przez Federalnego Prokuratora Generalnego;
- dziennik łączności między pilotami samolotu F-15 a sierżantem sztabowym W. oraz nagrania wideo”.

36. Federalny Prokurator Generalny uznał, że należy wyjaśnić w szczególności dwa aspekty: subiektywną ocenę sytuacji przez pułkownika K. w chwili wydania rozkazu przeprowadzenia ataku lotniczego oraz dokładną liczbę osób, które w jego wyniku poniosły śmierć lub doznały obrażeń.

37. Uznał za wiarygodną relację pułkownika K., że ten przyjął założenie, iż w pobliżu cystern z paliwem znajdowali się wyłącznie talibscy rebelianci, a nie cywile. Wyjaśnienia te zostały potwierdzone przez szereg obiektywnych okoliczności, zeznania osób, które były obecne w centrum dowodzenia, oraz nagrania wideo z samolotu przed atakiem lotniczym i w jego trakcie.

38. Biorąc pod uwagę, że zrzucenie bomb nastąpiło o godz. 1:49 w nocy, podczas ramadanu, a najbliższa wioska znajdowała się w odległości co najmniej 850 metrów, na obszarze, który był bastionem rebeliantów, obecność cywilów wydawała się mało prawdopodobna z punktu widzenia obiektywnego obserwatora. Dotarło również ostrzeżenie ze strony wywiadu dotyczące planowanego ataku na niemiecką bazę z użyciem pojazdów wypełnionych materiałami wybuchowymi. W miesiącach poprzedzających 4 września 2009 r. w Afganistanie przeprowadzono już wiele takich ataków. Pułkownik K. nie miał powodu, by wątpić w dokładność danych dostarczonych przez informatora. Pracował z tym samym informatorem zaledwie kilka dni wcześniej i dostarczone informacje były wiarygodne. Kapitan X., który pośredniczył w co najmniej siedmiu rozmowach telefonicznych z informatorem w celu zweryfikowania rozwoju sytuacji i potwierdzenia, że na miejscu zdarzenia byli obecni wyłącznie rebelianci, uznał informatora za wiarygodnego. Informacje przekazane przez informatora odpowiadały nagraniom wideo z samolotu. Postępowanie pułkownika K. cechowało się ostrożnością, z jaką podejmował wcześniej decyzje, które mogły spowodować szkody uboczne w życiu cywilów.

39. Pozostałe osoby obecne na stanowisku dowodzenia wiarygodnie zeznały, że działały przy założeniu, że w miejscu ataku przebywali wyłącznie rebelianci, a nie cywile. Było mało prawdopodobne, aby jakiegokolwiek dodatkowe informacje na temat tego, czy pułkownik K. podejmował działania, spodziewając się ofiar wśród ludności cywilnej, kiedy zarządził atak lotniczy, można było uzyskać poprzez przesłuchanie dodatkowych świadków. Kapitan X., który również został przesłuchany, był jedyną osobą obecną w chwili przekazywania informacji przez informatora i nic nie wskazywało na to, że przekazał on te informacje nieprawidłowo. Komunikacja radiowa między pilotami a centrum dowodzenia w żaden sposób nie wskazywała na to, że pułkownik K. podejmował działania, spodziewając się ofiar wśród ludności cywilnej. Bezsporne było, że cysterny

z paliwem znajdowały się w rękach talibskich bojowników i nie wskazywało na to, że bojownicy ci nie znajdowali się już w pobliżu cystern z paliwem w czasie ataku lotniczego. Co więcej, ponieważ talibów nie można było odróżnić od cywilów po ubiorach, piloci nie byli w stanie pomóc w ustaleniu, czy było widać, że wśród osób wokół cystern z paliwem znajdowali się cywile.

40. W przedmiotowej sprawie liczba ofiar cywilnych nie mogła stanowić poszlaki, dającej podstawę do wnioskowania o subiektywnych oczekiwaniach pułkownika K. Nie udało się ustalić liczby osób zabitych lub rannych w wyniku ataku lotniczego ani tego, ilu z nich było talibami, a ilu cywilami. Biorąc pod uwagę rozbieżne ustalenia różnych raportów w tym zakresie, metody, którymi się posłużono do poczynienia tych ustaleń oraz dostępne dowody, w tym materiał wideo, prawdopodobne było, że zabitych lub rannych zostało około pięćdziesiąt osób. Pewne było, że wśród zabitych było dwóch znanych talibskich dowódców, a dostępne raporty pozwalały wnioskować, że wśród ofiar było znacznie więcej talibów niż cywilów. Dalsze wyjaśnienie tej kwestii nie było możliwe, ponieważ obyczaje społeczne i religijne ludności afgańskiej uniemożliwiały stosowanie nowoczesnych technik kryminalistycznych, w tym ekshumacji ciał lub analizy DNA, które byłyby nieodzowne. W każdym razie liczba osób obecnych na miejscu w chwili ataku lotniczego nie stanowiła powodu do kwestionowania założenia pułkownika K., że miał do czynienia wyłącznie z talibskimi bojownikami.

41. W odniesieniu do odpowiedzialności pułkownika K. na podstawie Kodeksu przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu, Federalny Prokurator Generalny uznał, że atak lotniczy z dnia 4 września 2009 r. spełniał wymóg kontekstu funkcjonalnego oraz zawierał komponenty obiektywne art. 11 § 1 nr 3 Kodeksu, ponieważ stanowił atak środkami wojskowymi w związku z niemiędzynarodowym konfliktem zbrojnym w Afganistanie. Natomiast komponenty subiektywne przestępstwa nie były obecne. Wymagany był bezpośredni zamiar spowodowania nieproporcjonalnych szkód ubocznych. Pułkownik K. wiarygodnie zeznał, że działał w oparciu o założenie, że na miejscu zdarzenia obecni byli wyłącznie rebelianci. Zatem nie tylko nie spodziewał się szkód wśród ludności cywilnej ze stopniem pewności wymaganym przez przepis; w rzeczywistości nie spodziewał się, że takie szkody w ogóle wystąpią. Kwestia nieproporcjonalności oczekiwanych szkód ubocznych nawet się nie pojawiła.

42. Cysterny z paliwem zostały porwane przez zorganizowaną grupę uzbrojonych talibskich bojowników. Zarówno członkowie tej grupy, jak i cysterny z paliwem były legalnymi celami wojskowymi w czasie, gdy pułkownik K. zarządził atak lotniczy. W odniesieniu do talibów Federalny Prokurator Generalny wyjaśnił, że zgodnie z prawem międzynarodowym wszystkie osoby, które zostały funkcjonalnie włączone do zorganizowanej grupy zbrojnej i pełniły ciągłą funkcję bojową w jej ramach, nie były

cywilami, ale legalnymi celami wojskowymi. Takie osoby mogły być również atakowane poza zakresem trwających działań wojennych, dopóki nie zrezygnowały z tej funkcji bojowej w sposób trwały i ostateczny (zob. § 80 poniżej).

43. Federalny Prokurator Generalny uznał, że powszechne prawo karne nadal ma zastosowanie, i stwierdził, że jego kompetencje obejmują ściganie przestępstw na podstawie kodeksu karnego, gdy działania wojskowe wchodzą w zakres Kodeksu przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu. Jednakże pułkownik K. nie mógł również zostać pociągnięty do odpowiedzialności na podstawie kodeksu karnego, zaś sierżant sztabowy W. nie mógł zostać pociągnięty do odpowiedzialności za pomocnictwo pułkownikowi K. Jakkolwiek obecne były obiektywne i subiektywne komponenty przestępstwa zabójstwa, to działania pułkownika K. były zgodne z prawem międzynarodowym, które służyło jako okoliczność wyłączająca winę w odniesieniu do działań wojskowych.

44. Status ofiar ataku lotniczy w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego był kluczowy dla określenia jego legalności. Uzbrojeni bojownicy powiązani z niepaństwową stroną niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego i cywile uczestniczący bezpośrednio w działaniach wojennych byli legalnymi celami ataków wojskowych, natomiast cywile nieuczestniczący bezpośrednio w działaniach wojennych nie byli takimi celami. Uzbrojeni talibowie, którzy porwali dwie cysterny z paliwem – i którzy prawdopodobnie stanowili większość ofiar ataku lotniczego – rzeczywiście byli członkami zorganizowanej grupy zbrojnej, strony konfliktu zbrojnego. Byli oni zatem legalnymi celami wojskowymi, których „zniszczenie” było dopuszczalne w granicach konieczności wojskowej, w kontekście której nie można było wnioskować o żadnych ograniczeniach w przedmiotowej sprawie.

45. Atak lotniczy doprowadził również do zabicia cywilów, którzy byli chronieni międzynarodowym prawem humanitarnym i nie byli legalnymi celami ataku wojskowego. Można przyjąć jako założenie, że wszystkie ofiary ataków lotniczych, które nie były talibskimi bojownikami, były cywilami niebiorącymi bezpośredniego udziału w działaniach wojennych, w tym osobami pomagającymi talibom wydostać cysterny z paliwem z piaszczystego brzegu i próbującymi zdobyć paliwo dla własnej korzyści. Jednak rozkaz pułkownika K. o rozpoczęciu ataku lotniczego był zgodny z prawem międzynarodowym, nawet biorąc pod uwagę, że zabił on również cywilów chronionych międzynarodowym prawem humanitarnym. Międzynarodowe prawo humanitarne zakazywało ataków wymierzonych w ludność cywilną jako taką lub w cel wojskowy tylko wtedy, gdy szkody cywilne, których można było spodziewać się w momencie wydania rozkazu ataku, były nieproporcjonalne („nadmierne”) względem oczekiwanej, rzeczywistej i bezpośredniej korzyści wojskowej (zob. § 81 poniżej). Wojskowy standard nieproporcjonalności, czyli zakaz nadmierności, nie

może być utożsamiany z bardziej rygorystycznym kryterium braku racjonalności. Obiektywne oczekiwania atakującego w czasie akcji wojskowej były decydujące, zarówno w odniesieniu do taktycznej przewagi wojskowej, jak i przewidywalnych cywilnych szkód ubocznych. Cywilne szkody uboczne miałyby znaczenie dla testu proporcjonalności tylko wówczas, gdyby dowódca nie podjął „wykonalnych środków ostrożności”, które pozwoliłyby mu przewidzieć wystąpienie poważnych cywilnych szkód ubocznych. Nieproporcjonalność w tym sensie może być przypisana tylko w przypadku oczywistego ekscesu.

46. Atak lotniczy, o którym mowa, miał dwa cele wojskowe: zniszczenie porwanych przez talibów cystern z paliwem oraz zabicie talibskich bojowników. Biorąc pod uwagę okoliczności znane pułkownikowi K. (odległość piaszczystego brzegu od zamieszkałych osad, pora nocna i obecność uzbrojonych talibów), a także biorąc pod uwagę wypowiedzi informatora, pułkownik K. nie miał powodu, by podejrzewać obecność chronionych cywilów na miejscu zdarzenia. Nie było możliwości podjęcia dalszych działań rozpoznawczych i/lub zapobiegawczych w odpowiednim czasie. Niebezpieczeństwo, że cysterny z paliwem lub paliwo zostaną odzyskane przez talibów, nie było tym zagrożeniem, które pułkownik K. musiał zaakceptować. Okoliczności wystarczająco wskazywały, że osoby, o których mowa, były uzasadnionym celem ataku wojskowego: nie była wymagana absolutna pewność.

47. Jednakże nawet zakładając dla potrzeb wyводу, że pułkownik K. powinien był spodziewać się zabicia kilkudziesięciu chronionych cywilów, nie byłoby to nieproporcjonalne do spodziewanej przewagi militarnej. Nie naruszyłyby to również zasady stosowania możliwie najłagodniejszych środków. Kwestia środków została w istocie omówiona przed atakiem lotniczym między pułkownikiem K., sierżantem sztabowym W. i pilotami. Wbrew zaleceniom tych ostatnich, by użyć cięższego uzbrojenia, pułkownik K. zdecydował się na najmniejszy dostępny rozmiar bomby i użycie zapalników opóźniających detonację, co ograniczyło efektywny zasięg bomb.

48. Wniosek, że rozkaz ataku był dopuszczalny w świetle prawa międzynarodowego, nie miał wpływu na ogólny obowiązek wcześniejszego ostrzeżenia przed atakiem, który mógłby potencjalnie spowodować szkody uboczne dla ludności cywilnej. Pułkownik K. nie tylko działał w oparciu o uzasadnione założenie, że rozkazany przez niego atak nie uderzy w żadną ludność cywilną, ale od wspomnianego obowiązku można było odstąpić, gdyby tak nakazywały okoliczności (zob. § 81 poniżej). W tym przypadku udzielenie ostrzeżenia mogło udaremnić realizację uzasadnionego celu wojskowego, jakim było zabicie talibskich bojowników.

49. Jakikolwiek zarzucane naruszenie wewnętrznych zasad, takich jak zasady prowadzenia działań wojennych przez ISAF, które przewidywały samoograniczenie dla osiągnięcia długoterminowego politycznego

rozwiązania konfliktu afgańskiego i które zapewniały wyższy poziom ochrony ludności cywilnej niż wymagany przez prawo międzynarodowe, było nieistotne dla oceny zgodności z prawem działań wojskowych.

*3. Zaangażowanie skarżącego w śledztwo i jego sprzeciw wobec postanowienia o umorzeniu postępowania*

**(a) Dostęp do akt śledztwa**

50. W dniu 12 kwietnia 2010 r. skarżący, za pośrednictwem swojego pełnomocnika, złożył zawiadomienie o przestępstwie do Federalnego Prokuratora Generalnego w związku ze śmiercią m.in. swoich dwóch synów. Zażądał również dostępu do akt śledztwa. Pełnomocnik skarżącego przedstawił upoważnienie do działania w imieniu skarżącego, a także inne upoważnienie uprawniające go do działania w imieniu krewnych kolejnych 113 osób, które miały zostać zabite w wyniku ataku lotniczego. Pismem z dnia 27 kwietnia 2010 r. Federalny Prokurator Generalny poinformował pełnomocnika skarżącego, że postępowanie karne zostało w międzyczasie umorzone bez przesłuchania skarżącego, a wniosek skarżącego o dostęp do akt śledztwa wymagałby bardziej szczegółowej oceny dotyczącej statusu ofiary skarżącego. Skarżący złożył następnie wnioski w pismach z 9 czerwca i 7 lipca 2010 r., które zostały odrzucone przez Federalnego Prokuratora Generalnego w pismach z 16 lipca i 3 września 2010 r. jako bezzasadne. W dniu 1 września 2010 r. pełnomocnik skarżącego ograniczył swój wniosek o dostęp do akt śledztwa, złożony wcześniej w imieniu wszystkich osób, które reprezentował, do osoby skarżącego. W dniu 3 września 2010 r. skarżącemu przyznano dostęp do jawnych części akt śledztwa. W dniu 15 października 2010 r., czyli dwa dni po uprawomocnieniu się postanowienia o umorzeniu postępowania, pełnomocnikowi skarżącego doręczono jego przeredagowaną wersję. W dniu 26 października 2010 r. pełnomocnik skarżącego zapoznał się z aktami sprawy w biurze Federalnego Prokuratora Generalnego.

**(b) Wniosek o wniesienie oskarżenia publicznego**

51. W dniu 15 listopada 2010 r. skarżący złożył wniosek do Sądu Apelacyjnego w Düsseldorfie, domagając się wniesienia oskarżenia publicznego przeciwko podejrzanym lub, alternatywnie, aby właściwy prokurator podjął śledztwo w sprawie w celu ustalenia ich odpowiedzialności na podstawie kodeksu karnego. Skarżący stwierdził w szczególności, że w celu kompleksowego ustalenia obiektywnych okoliczności ataku lotniczego wymagane były pewne dodatkowe czynności śledcze.

52. W dniu 13 grudnia 2010 r. Federalny Prokurator Generalny przedstawił swoje uwagi i wniósł o odrzucenie wniosku jako niedopuszczalnego z powodu niespełnienia wymogów formalnych lub, alternatywnie, jako bezzasadnego, ponieważ twierdzenia skarżącego nie

wskazywały wystarczającej podstawy do podejrzeń, że podejrzani ponoszą odpowiedzialność karną. Odpierając argument skarżącego dotyczący rzekomych braków w śledztwie, prokurator utrzymywał, że przeprowadzono wszystkie niezbędne czynności śledcze, które dawały jakiekolwiek szanse powodzenia. Ponadto, nawet opierając się na faktach przedstawionych przez skarżącego, nie doszło o naruszeniu międzynarodowego prawa humanitarnego.

53. W dniu 16 lutego 2011 r. Sąd Apelacyjny w Düsseldorfie odrzucił wniosek skarżącego o wniesienie oskarżenia publicznego jako niedopuszczalny. Uznał, że wniosek skarżącego nie spełniał wymogów formalnych (zob. § 99 poniżej). Skarżący nie odniósł się – w wystarczającym stopniu lub w ogóle – do niektórych dowodów, na których opierało się postanowienie Prokuratora Generalnego z dnia 13 października 2010 r. o umorzeniu postępowania i które zostały w nim wymienione. Z jego twierdzeń nie wynikało jasno, do których dowodów miał dostęp, a do których nie. Wbrew ciężącemu na nim obowiązкови przedstawienia również faktów mogących uniewinnić podejrzanych, skarżący ograniczył się do przedstawienia wybranych fragmentów niektórych dowodów, w szczególności tych, które jego zdaniem potwierdzały oskarżenia. W szczególności nie omówił on dokładnie (i) dwustronicowego oświadczenia złożonego przez pułkownika K. szefowi sztabu z dnia 5 września 2009 r.; (ii) raportu żandarmerii wojskowej z dnia 9 września 2009 r.; (iii) dzienników łączności między pilotami a sierżantem sztabowym W. bezpośrednio przed zrzuceniem bomby; ani (iv) materiału wideo z samolotu F-15 i nie uargumentował, dlaczego jego zdaniem ocena tych dowodów przez Prokuratora Generalnego była wadliwa. W zakresie, w jakim skarżący twierdził, że w raporcie organizacji pozarządowej, do którego uzyskał dostęp, stwierdzono, że atak lotniczy był bezprawny i stanowił naruszenie międzynarodowego prawa humanitarnego, nie przedstawił on kluczowych okoliczności, które doprowadziły do takiej oceny. To samo dotyczyło wzmianki skarżącego o notatce generała brygady V. z dnia 4 września 2009 r. W konsekwencji jego twierdzenia faktyczne nie pozwoliły sądowi apelacyjnemu na ustalenie, wyłącznie w oparciu o stanowisko skarżącego, czy istniała wystarczająca podstawa do podejrzeń wobec podejrzanych, a tym samym powód do wniesienia oskarżenia publicznego. Ponadto skarżący nie przedstawił odpowiednich dowodów ani jakichkolwiek dowodów na poparcie szeregu twierdzeń obciążających podejrzanych, w szczególności twierdzenia, że lokalny informator nie był obecny na piaszczystym brzegu, że piloci samolotów F-15 zażądali dalszego rozpoznania, że wielu cywilów przebywało na zewnątrz w noc ataku lotniczego, ponieważ był to ramadan, oraz że talibscy rebelianci zwykle działali w grupach liczących po dziesięć lub mniej osób.



**(c) Skarga dotycząca naruszenia prawa do bycia wysłuchanym**

54. W dniu 28 marca 2011 r. skarżący złożył skargę dotyczącą naruszenia prawa do bycia wysłuchanym (*Gehörsrüge*) w odniesieniu do postanowienia sądu apelacyjnego. Stwierdził, że sąd apelacyjny podjął decyzję bez umożliwienia mu odniesienia się do uwag Prokuratora Generalnego lub obrońcy. Co więcej, nie można było przewidzieć, że będzie musiał poszerzyć swoją wiedzę na temat konkretnych dowodów, na których oparł się Federalny Prokurator Generalny, oraz przedstawić istotną treść tych dokumentów. Sąd apelacyjny powinien był go o tym pouczyć przed oddaleniem jego wniosku. W każdym razie wymaganie od niego omówienia każdego dowodu, na który powołał się Prokurator Generalny, uczyniłoby wniosek o wniesienie oskarżenia publicznego nieskutecznym, biorąc pod uwagę zakres akt sprawy.

55. Postanowieniem z dnia 31 marca 2011 r. Sąd apelacyjny oddalił zażalenie skarżącego jako bezzasadne. Decyzja z dnia 16 lutego 2011 r. opierała się wyłącznie na oświadczeniach skarżącego w celu ustalenia, czy wymogi formalne zostały spełnione. Sąd wziął pod uwagę, że skarżącemu udzielono dostępu do akt śledztwa w ograniczonym zakresie. Sąd nie miał obowiązku zwracania uwagi na braki w oświadczeniach skarżącego, ponieważ termin do złożenia wniosku o wniesienie oskarżenia publicznego upłynął i braki formalne nie mogły już zostać uzupełnione.

*4. Postępowanie przed Federalnym Trybunałem Konstytucyjnym*

56. W dniach 17 marca 2011 r. i 27 kwietnia 2011 r. skarżący, reprezentowany przez adwokata, złożył skargi konstytucyjne do Federalnego Trybunału Konstytucyjnego. Późniejsza skarga obejmowała wcześniejszą skargę, a ponadto kwestionowała decyzję sądu apelacyjnego z dnia 31 marca 2011 r. Twierdząc, że postępowanie karne było nieskuteczne, skarżący argumentował w szczególności, że nie podjęto wszystkich niezbędnych czynności śledczych w celu kompleksowego ustalenia obiektywnych okoliczności ataku lotniczego; ani skarżący, ani naoczni świadkowie, ani eksperci wojskowi nie zostali przesłuchani w celu ustalenia, czy podejrzani mogli w uzasadniony sposób oprzeć swoją decyzję o wydaniu rozkazu ataku lotniczego na dostępnych im informacjach oraz czy podjęto wystarczające środki ostrożności. Liczba ofiar nie została ustalona, nie było też raportów medycznych na temat przyczyn śmierci. Ponadto skarżący, jako najbliższy krewny dwóch ofiar ataku lotniczego, nie był wystarczająco zaangażowany w postępowanie, ze względu na ograniczony i opóźniony dostęp do akt śledztwa, brak wysłuchania, opóźnienie w doręczeniu postanowienia Prokuratora Generalnego o umorzeniu postępowania oraz nadmierne wymogi w zakresie dopuszczalności zastosowane przez sąd apelacyjny.

57. W dniu 8 grudnia 2014 r. Federalny Trybunał Konstytucyjny odmówił przyjęcia skargi konstytucyjnej do rozpoznania (nr 2 BvR 627/14) w zakresie,

w jakim dotyczyła ona dostępu do akt postępowania. Skarżący nie zakwestionował tej decyzji w niniejszej skardze.

58. W dniu 19 maja 2015 r. Federalny Trybunał Konstytucyjny odmówił przyjęcia skargi konstytucyjnej do rozpoznania (nr 2 BvR 987/11) w zakresie, w jakim dotyczyła ona skuteczności postępowania karnego, stwierdzając, że w każdym razie była ona bezzasadna. Jakkolwiek skarżącemu przysługiwało prawo do skutecznego śledztwa w sprawie karnej, to zarówno postanowienie o umorzeniu wydane przez Federalnego Prokuratora Generalnego, jak i decyzja Sądu Apelacyjnego w Düsseldorfie w odniesieniu do jego wniosku o wniesienie oskarżenia publicznego spełniały odpowiednie wymogi.

59. W postanowieniu o umorzeniu Federalny Prokurator Generalny nie pominął ani znaczenia prawa do życia i wynikających z tego obowiązków państwa do jego ochrony, ani wymogu przeprowadzenia skutecznego śledztwa w sprawie śmierci osób, zgodnie z orzecznictwem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Postanowienie Federalnego Prokuratora Generalnego zawierało opis przeprowadzonych czynności śledczych i stwierdzono w nim, że nie było wystarczających przesłanek do ustalenia uzasadnionych podstaw do podejrzeń. Postanowienie to opierało się głównie na argumencie, że w chwili wydania rozkazu ataku lotniczego podejrzani byli przekonani, że osoby znajdujące się w bezpośrednim sąsiedztwie cystern z paliwem były uzbrojonymi rebeliantami, co wykluczało zamiar wymagany do odpowiedzialności na podstawie art. 11 § 1 nr 3 Kodeksu przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu. Ustalenie to nie było arbitralne, a zatem nie budziło zastrzeżeń w świetle prawa konstytucyjnego.

60. Dodatkowe czynności śledcze, takie jak przesłuchanie świadków, którzy obserwowali atak lotniczy, nie zmieniałyby tego. Samo bombardowanie i śmierć wielu cywilów nigdy nie budziły wątpliwości. Kluczowy element decyzji o umorzeniu śledztwa był taki, że nie można było udowodnić, jakoby podejrzani wiedzieli z całą pewnością, że atak lotniczy zrani czy nawet spowoduje śmierć cywilów. Ani to ustalenie, ani czynności śledcze przeprowadzone w tym celu nie budziły wątpliwości w świetle prawa konstytucyjnego. Wreszcie uznanie przez Federalnego Prokuratora Generalnego swojej właściwości również do badania sprawy o przestępstwa na podstawie kodeksu karnego, które mogły zostać popełnione w wyniku tego samego czynu skutkującego wszczęciem postępowania o przestępstwa na podstawie Kodeksu przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu – nie było arbitralne.

61. Federalny Trybunał Konstytucyjny uznał ponadto, że decyzja Sądu Apelacyjnego w Düsseldorfie z dnia 16 lutego 2011 r. również nie budzi zastrzeżeń w świetle prawa konstytucyjnego. Przeprowadzone postępowanie i jego dokumentacja przez Federalnego Prokuratora Generalnego spełniały wymogi konstytucyjne. Późniejsza decyzja sądu w toku kontroli sądowej nie mogła zatem skutkować naruszeniem prawa do skutecznego śledztwa

w sprawie karnej. W tym zakresie nie miało decydującego znaczenia, czy sąd odrzucił wniosek o wniesienie oskarżenia publicznego jako niedopuszczalny, czy też oddalił jako bezzasadny, jeżeli można było dopatrzeć się analizy zaskarżonego postanowienia o umorzeniu śledztwa. Sąd apelacyjny odrzucił ten wniosek jako niedopuszczalny, ale sposób i zakres uzasadnienia sądu apelacyjnego wskazywał, że przeprowadził on szczegółową analizę postanowienia Prokuratora Generalnego o umorzeniu i udokumentowanych w nim czynności śledczych.

62. Ponadto Federalny Trybunał Konstytucyjny uznał, że decyzja sądu apelacyjnego nie naruszyła wagi ani zakresu prawa skarżącego do skutecznej ochrony jego interesów prawnych (*Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz*). Zastosowane przez sąd apelacyjny wymogi co do treści wniosku o wniesienie oskarżenia publicznego nie budziły w tym zakresie zastrzeżeń na gruncie prawa konstytucyjnego. Ponieważ skarżący w znacznym stopniu oparł swój wniosek o wniesienie oskarżenia publicznego na treści akt śledztwa, musiał przedstawić istotną treść dowodów, na które się powoływał; w przeciwnym razie intencja ustawodawcy, zgodnie z którą właściwy sąd musi mieć możliwość zbadania zasadności wniosku wyłącznie na podstawie samego uzasadnienia, zostałaby podważona. Wybiórcze, a wręcz zniekształcone przedstawienie części relacji podejrzanego bądź przesłuchań świadków może stworzyć niedokładny obraz wyniku śledztwa, co nie jest jednak łatwe do skorygowania. Może to wymagać od skarżącego przedstawienia informacji o okolicznościach, które mogłyby uniewinnić podejrzanego. Natomiast w przedmiotowej sprawie skarżący nie spełnił tych wymogów.

63. Wreszcie decyzja sądu apelacyjnego nie naruszyła prawa skarżącego do bycia wysłuchanym. W tym względzie Federalny Trybunał Konstytucyjny uznał powody przedstawione przez sąd apelacyjny w postanowieniu z dnia 31 marca 2011 r.

64. Decyzję Federalnego Trybunału Konstytucyjnego doręczono adwokatowi skarżącego w dniu 13 lipca 2015 r.

##### 5. *Inne postępowania*

65. Po tym, jak rankiem w dniu 4 września 2009 r. COMISAF dowiedział się o ataku lotniczym, wszczął śledztwo. Tak zwany „Zespół ds. czynności wstępnych” przybył do Kunduz późnym popołudniem. Zespół obejrzał nagranie wideo z samolotu F-15 i przeprowadził wywiady z kilkoma członkami PRT Kunduz, w tym z pułkownikiem K. Następnego dnia zespół przeprowadził wizję lokalną, odwiedził szpital i spotkał się z afgańskimi urzędnikami. W swoim raporcie z dnia 6 września 2009 r. zespół zalecił dalszą ocenę wydarzeń przez Wspólną Komisję Śledczą. Komisja ta zakończyła swoje postępowanie w dniu 26 października 2009 r. i opublikowała poczynione ustalenia w drugim raporcie („Raport ze śledztwa COMISAF”). Oba raporty są zaklasyfikowane jako „NATO-/ISAF-Confidential”.

66. Na polecenie prezydenta Islamskiej Republiki Afganistanu 4 września 2009 r. do Kunduz wysłano komisję śledczą, która przesłuchiwała świadków ataku lotniczego i zabezpieczyła dowody. Raport końcowy został opublikowany 10 września 2009 r. Stwierdzono w nim, że w wyniku ataku lotniczego zginęło 99 osób, w tym 69 rebeliantów i 30 cywilów. Ponadto ranni zostali zarówno rebelianci, jak i cywile. Co więcej, w raporcie stwierdzono, że atak lotniczy był wymierzony w rebeliantów i że udało się w ten sposób osłabić siatkę talibów.

67. Misja wspierająca Organizacji Narodów Zjednoczonych w Afganistanie (UNAMA) zebrała informacje o potencjalnych ofiarach ataku lotniczego. Sporządzono listę z danymi osobowymi 109 zabitych i 33 rannych. Ponadto UNAMA poinformowała o ataku lotniczym w swoim raporcie rocznym (UNAMA, *Annual Report on Protection of Civilians in Armed Conflict 2009*, styczeń 2010) w następujący sposób:

**Atak lotniczy na porwane cysterny z paliwem w dystrykcie Aliabad w prowincji Kunduz**

„W dniu 3 września na głównej drodze Kunduz-Baghlan grupa talibów porwała dwie cysterny z paliwem. Sprawcy próbowali przekroczyć rzekę Kunduz w kierunku dystryktu Chahar Dara, w pobliżu wioski Omarkhel w dystrykcie Aliabad. Ciężarówki utknęły w korycie rzeki i talibowie, po bezskutecznych próbach ich wydostania, wezwali okolicznych mieszkańców do spuszczenia paliwa. Gdy mieszkańcy wioski spuszczali paliwo, kilka godzin później, we wczesnych godzinach porannych w dniu 4 września, przeprowadzono atak lotniczy. Czynności śledcze były utrudnione z racji wystąpienia [sic] kuli ognia, która spopieliała dużą liczbę ludzi, co znacznie utrudniło identyfikację. Z pewnością na miejscu byli niektórzy talibowie, ale nie ulega też wątpliwości, że wielu cywilów również znajdowało się w pobliżu ciężarówek. Według śledztw UNAMA HR zginęło 74 cywilów, w tym wiele dzieci”.

68. Od 5 września 2009 r. Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża (MKCK) również prowadził śledztwo w sprawie ataku lotniczego i w dniu 30 października 2009 r. przedłożył ISAF poufny raport.

69. W dniu 16 grudnia 2009 r. niemiecki parlament powołał komisję śledczą w celu oceny, między innymi, czy atak lotniczy był zgodny z mandatem udzielonym przez parlament niemieckim siłom zbrojnym, z planem operacyjnym oraz z obowiązującymi rozkazami i zasadami prowadzenia działań wojennych. W dniu 20 października 2011 r. komisja zakończyła swoje postępowanie i opublikowała raport. Jeśli chodzi o liczbę ofiar ataku lotniczego, odnotowano, że w rozmaitych raportach wskazywano od 14 do 142 zmarłych (od 14 do 113 cywilów) i od 10 do 33 rannych (od 4 do 9 cywilów). Jeśli chodzi o kwestię zgodności z obowiązującymi rozkazami i zasadami prowadzenia działań wojennych, komisja doszła do wniosku, że pułkownik K. popełnił pewne błędy proceduralne podczas wydawania rozkazu ataku lotniczego i częściowo naruszył obowiązujące zasady prowadzenia działań wojennych ISAF. W związku z tym, w oparciu o informacje dostępne komisji, atak lotniczy nie mógł zostać uznany za proporcjonalny i nie powinien być zostać wydany rozkaz jego

przeprowadzenia. Jednak komisja stwierdziła również, że pułkownik K. w czasie istotnym dla sprawy działał zgodnie ze swoją najlepszą wiedzą i w celu ochrony „swoich” żołnierzy. Dlatego jego decyzja o wydaniu rozkazu ataku lotniczego była zrozumiała.

#### 6. *Postępowanie cywilne o odszkodowanie*

70. Skarżący wraz z inną osobą złożył pozew cywilny o odszkodowanie przeciwko Republice Federalnej Niemiec w związku z zabiciem ich krewnych w wyniku ataku lotniczego z dnia 4 września 2009 r. Po oddaleniu powództwa przez Sąd Okręgowy w Bonn i bezskutecznej apelacji powodów wniesionej do Sądu Apelacyjnego w Kolonii, Federalny Trybunał Sprawiedliwości wyrokiem z dnia 6 października 2016 r. oddalił skargę kasacyjną powodów jako bezzasadną. Kwestia, czy Niemcy mogą zostać pozwane za eksterytorialne operacje wojskowe *Bundeswehry* pod dowództwem operacyjnym NATO, pozostała otwarta. Federalny Trybunał Sprawiedliwości stwierdził jednak, po pierwsze, że strona powodowa, jako osoby fizyczne, nie może domagać się od Niemiec odszkodowania za naruszenie międzynarodowego prawa humanitarnego opartego bezpośrednio na prawie międzynarodowym; takie prawo, co do zasady, przysługuje wyłącznie ich państwu. Po drugie, Trybunał stwierdził, że niemieckie prawo dotyczące odpowiedzialności państwa nie ma zastosowania do szkód wyrządzonych cudzoziemcom przez niemieckie siły zbrojne w ramach udziału w konflikcie zbrojnym za granicą. Niezależnie od kwestii legitymacji, takie roszczenie powodów zostało w każdym razie wykluczone, ponieważ nie doszło do naruszenia obowiązków służbowych przez niemieckiego żołnierza ani przez organ, w szczególności nie doszło do zawinionego naruszenia zasad międzynarodowego prawa humanitarnego przez pułkownika K. Sąd apelacyjny nie naruszył prawa, gdy ustalił, opierając się na faktach ustalonych przez Sąd Okręgowy, że pułkownik K. nie był w stanie obiektywnie przewidzieć obecności cywilów w miejscu ataku lotniczego w momencie wydania rozkazu przeprowadzenia ataku lotniczego, przy czym podjęto wszelkie możliwe środki ostrożności. Federalny Trybunał Konstytucyjny odmówił rozpatrzenia skargi konstytucyjnej skarżącego złożonej w odniesieniu do tego postępowania cywilnego (sygn. akt 2 BvR 477/17, postanowienie z dnia 18 listopada 2020 r., doręczone w dniu 16 grudnia 2020 r.).

## WŁAŚCIWE RAMY PRAWNE I PRAKTYKA

### I. PRAWO MIĘDZYNARODOWE

#### A. Rezolucje Rady Bezpieczeństwa ONZ i umowy międzynarodowe dotyczące Afganistanu i ISAF

*1. Porozumienie w sprawie tymczasowych ustaleń w Afganistanie do czasu ponownego utworzenia stałych instytucji rządowych z dnia 5 grudnia 2001 r. („porozumienie z Bonn”)*

71. Istotne dla sprawy fragmenty porozumienia brzmią następująco:

„Uczestnicy rozmów ONZ w sprawie Afganistanu,

(...)

*potwierdzając* niepodległość, suwerenność narodową i integralność terytorialną Afganistanu,

*uznając* prawa ludności Afganistanu do swobodnego decydowania o własnej przyszłości politycznej zgodnie z zasadami islamu, demokracji, pluralizmu i sprawiedliwości społecznej,

(...)

*uznając*, że może upłynąć pewien czas, zanim nowe afgańskie siły bezpieczeństwa zostaną w pełni ukonstytuowane i zaczną funkcjonować oraz że w międzyczasie muszą zatem zostać wprowadzone inne postanowienia dotyczące bezpieczeństwa wyszczególnione w załączniku I do niniejszego porozumienia,

(...)

uzgodniły, co następuje:

#### RZĄD TYMCZASOWY

(...)

#### V. Postanowienia końcowe

(...)

3) Rząd Tymczasowy będzie współpracować ze społecznością międzynarodową w walce z terroryzmem, narkotykami i przestępczością zorganizowaną. Zobowiązuje się do przestrzegania prawa międzynarodowego oraz utrzymywania pokojowych i przyjaznych stosunków z krajami sąsiadującymi i resztą społeczności międzynarodowej.

(...)

#### ZAŁĄCZNIK I

#### MIĘDZYNARODOWE SIŁY BEZPIECZEŃSTWA

1. Uczestnicy rozmów ONZ-owskich w sprawie Afganistanu uznają, że odpowiedzialność za zapewnienie bezpieczeństwa oraz prawa i porządku w całym kraju spoczywa na samych Afgańczykach. W tym celu zobowiązują się uczynić wszystko, co

## WYROK HANAN PRZECIWKO NIEMCOM

w ich mocy oraz w zakresie ich wpływów, aby zapewnić owo bezpieczeństwo, także całemu personelowi Organizacji Narodów Zjednoczonych oraz innych międzynarodowych organizacji rządowych i pozarządowych rozmieszczonych w Afganistanie.

2. Mając na uwadze ten cel, uczestnicy zwracają się do społeczności międzynarodowej o pomoc nowym władzom afgańskim w tworzeniu i szkoleniu nowych afgańskich sił bezpieczeństwa i sił zbrojnych.

3. Mając świadomość, że może upłynąć pewien czas, zanim nowe afgańskie siły bezpieczeństwa i siły zbrojne zostaną w pełni ukonstytuowane i zaczną funkcjonować, uczestnicy rozmów ONZ-owskich w sprawie Afganistanu zwracają się do Rady Bezpieczeństwa ONZ o rozważenie zezwolenia na szybkie rozmieszczenie w Afganistanie sił objętych mandatem ONZ. Siły te będą pomagać w utrzymaniu bezpieczeństwa w Kabulu i jego okolicach. Siły takie mogą, w razie potrzeby, być stopniowo rozszerzane na inne ośrodki miejskie i inne obszary.

4. Uczestnicy rozmów ONZ-owskich w sprawie Afganistanu zobowiązują się do wycofania wszystkich jednostek wojskowych z Kabulu i innych ośrodków miejskich lub innych obszarów, w których rozmieszczone są siły ONZ. Pożądane jest również, aby takie siły pomagały w odbudowie infrastruktury Afganistanu”.

### *2. Rezolucja Rady Bezpieczeństwa Organizacji Narodów Zjednoczonych nr 1386 (2001) z dnia 20 grudnia 2001 r.*

72. Wyżej wymieniona rezolucja ma następujące brzmienie:

„Rada Bezpieczeństwa,

*potwierdzając* swoje poprzednie rezolucje w sprawie Afganistanu, w szczególności rezolucje 1378 (2001) z dnia 14 listopada 2001 r. i 1383 (2001) z dnia 6 grudnia 2001 r.,

*wspierając* międzynarodowe wysiłki na rzecz wykorzenienia terroryzmu, zgodnie z Kartą Narodów Zjednoczonych, potwierdzając również swoje rezolucje 1368 (2001) z dnia 12 września 2001 r. i 1373 (2001) z dnia 28 września 2001 r.,

*z zadowoleniem przyjmując* zmiany w Afganistanie, które pozwolą wszystkim Afgańczykom cieszyć się niezbywalnymi prawami i wolnością nieskrępowaną uciskiem i terrorem,

*uznając*, że odpowiedzialność za zapewnienie bezpieczeństwa oraz prawa i porządku w całym kraju spoczywa na samych Afgańczykach,

*potwierdzając* swoje poparcie dla Porozumienia w sprawie tymczasowych ustaleń w Afganistanie do czasu ponownego utworzenia stałych instytucji rządowych, podpisanego w Bonn w dniu 5 grudnia 2001 r. (S/2001/1154) („porozumienie z Bonn”),

*biorąc pod uwagę* wniosek skierowany do Rady Bezpieczeństwa w załączniku 1, pkt 3, do porozumienia z Bonn o rozważenie upoważnienia do wczesnego rozmieszczenia w Afganistanie międzynarodowych sił bezpieczeństwa, jak również informację z dnia 14 grudnia 2001 r. przedstawioną przez Specjalnego Przedstawiciela Sekretarza Generalnego w sprawie jego kontaktów z władzami afgańskimi, w której władze te z zadowoleniem przyjęły rozmieszczenie w Afganistanie międzynarodowych sił bezpieczeństwa objętych mandatem Organizacji Narodów Zjednoczonych,

*biorąc pod uwagę* list z dnia 19 grudnia 2001 r. od dra Abdullaha Abdullaha do Przewodniczącego Rady Bezpieczeństwa (S/2001/1223),

## WYROK HANAN PRZECIWKO NIEMCOM

*z zadowoleniem przyjmując* list Sekretarza Stanu do Spraw Zagranicznych i Wspólnoty Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej do Sekretarza Generalnego z dnia 19 grudnia 2001 r. (S/2001/1217) oraz *biorąc pod uwagę* zawartą w nim ofertę Zjednoczonego Królestwa dotyczącą objęcia przewodnictwa w organizacji Międzynarodowych Sił Wsparcia Bezpieczeństwa i dowodzeniu nimi,

*podkreślając*, że wszystkie siły afgańskie muszą ściśle przestrzegać swoich zobowiązań wynikających z praw człowieka, w tym poszanowania praw kobiet, oraz międzynarodowego prawa humanitarnego,

*potwierdzając* swoje głębokie zaangażowanie na rzecz suwerenności, niepodległości, integralności terytorialnej i jedności narodowej Afganistanu,

*stwierdzając*, że sytuacja w Afganistanie nadal stanowi zagrożenie dla międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa,

*zdecydowana* zapewnić pełne wykonanie mandatu Międzynarodowych Sił Wsparcia Bezpieczeństwa, w porozumieniu z tymczasowym rządem Afganistanu ustanowionym na mocy porozumienia z Bonn,

*działając* na podstawie rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych,

1. *zatwierdza*, jak przewidziano w załączniku 1 do porozumienia z Bonn, utworzenie na okres 6 miesięcy Międzynarodowych Sił Wsparcia Bezpieczeństwa w celu wsparcia tymczasowego rządu Afganistanu w utrzymaniu bezpieczeństwa w Kabulu i jego okolicach, tak aby tymczasowy rząd Afganistanu, jak również personel Organizacji Narodów Zjednoczonych mogły działać w bezpiecznym środowisku;

2. *wzywa* państwa członkowskie do przekazywania personelu, sprzętu i innych zasobów dla Międzynarodowych Sił Wspierania Bezpieczeństwa oraz zachęca państwa członkowskie do informowania dowództwa sił i Sekretarza Generalnego;

3. *upoważnia* państwa członkowskie uczestniczące w Międzynarodowych Siłach Wspierania Bezpieczeństwa do podjęcia wszelkich niezbędnych środków w celu wypełnienia ich mandatu;

4. *wzywa* Międzynarodowe Siły Wsparcia Bezpieczeństwa do ścisłej współpracy z tymczasowym rządem Afganistanu przy wdrażaniu mandatu sił, a także ze specjalnym przedstawicielem Sekretarza Generalnego;

5. *wzywa* wszystkich Afgańczyków do współpracy z Międzynarodowymi Siłami Wsparcia Bezpieczeństwa oraz odpowiednimi międzynarodowymi organizacjami rządowymi i pozarządowymi, a także z zadowoleniem przyjmuje zobowiązanie stron porozumienia z Bonn do uczynienia wszystkiego, co w ich mocy i w zakresie ich wpływów, aby zapewnić bezpieczeństwo, w tym bezpieczeństwo i swobodę przemieszczania się całego personelu Organizacji Narodów Zjednoczonych oraz całego pozostałego personelu międzynarodowych organizacji rządowych i pozarządowych rozmieszczonego w Afganistanie;

6. *odnotowuje* zobowiązanie złożone przez afgańskie strony porozumienia z Bonn w załączniku 1 do tego porozumienia do wycofania wszystkich jednostek wojskowych z Kabulu i wzywa je do realizacji tego zobowiązania we współpracy z Międzynarodowymi Siłami Wsparcia Bezpieczeństwa;

7. *zachęca* państwa sąsiadujące i inne państwa członkowskie do udzielenia Międzynarodowym Siłom Wsparcia Bezpieczeństwa niezbędnej pomocy, o jaką mogą zostać poproszone, w tym zapewnienia zezwoleń na przelot i tranzyt;



## WYROK HANAN PRZECIWKO NIEMCOM

8. *podkreśla*, że wydatki Międzynarodowych Sił Wsparcia Bezpieczeństwa będą ponoszone przez odpowiednie uczestniczące państwa członkowskie; *zwraca się do* Sekretarza Generalnego o ustanowienie funduszu powierniczego, za pośrednictwem którego wkłady mogłyby być przekazywane zainteresowanym państwom członkowskim lub operacjom, oraz zachęca państwa członkowskie do wniesienia wkładu do takiego funduszu;

9. *zwraca się do* dowództwa Międzynarodowych Sił Wsparcia Bezpieczeństwa o przedstawianie Sekretarzowi Generalnemu okresowych sprawozdań z postępów w realizacji mandatu;

10. *wzywa* Państwa członkowskie uczestniczące w Międzynarodowych Siłach Wsparcia Bezpieczeństwa do udzielenia pomocy afgańskiemu rządowi tymczasowemu w tworzeniu i szkoleniu nowych afgańskich sił bezpieczeństwa i sił zbrojnych;

11. *postanawia* nadal czynnie zajmować się tą sprawą”.

### *3. Kolejne rezolucje Rady Bezpieczeństwa Organizacji Narodów Zjednoczonych*

73. W rezolucji 1510 (2003) z 13 października 2003 r. Rada Bezpieczeństwa ONZ rozszerzyła mandat ISAF na obszary Afganistanu poza Kabulem i jego okolicami.

74. Ponadto Rada Bezpieczeństwa ONZ stale odnawiała mandat dla ISAF udzielony rezolucją 1386 (2001). W czasie istotnym dla sprawy Rada Bezpieczeństwa ONZ rezolucją nr 1833 (2008) z dnia 22 września 2008 r. przedłużyła ten mandat na okres dwunastu miesięcy, licząc od 13 października 2008 r. Odpowiednie fragmenty tej rezolucji brzmią:

„Rada Bezpieczeństwa,

(...)

*uznając*, że odpowiedzialność za zapewnienie bezpieczeństwa oraz prawa i porządku w całym kraju spoczywa na władzach afgańskich, *podkreślając* rolę Międzynarodowych Sił Wsparcia Bezpieczeństwa (ISAF) we wspieraniu afgańskiego rządu w działaniach służących polepszaniu sytuacji w zakresie bezpieczeństwa oraz *zadowoleniem przyjmując* współpracę rządu afgańskiego z ISAF;

(...)

*podkreślając* centralną i bezstronną rolę, jaką Organizacja Narodów Zjednoczonych nadal odgrywa w szerzeniu pokoju i zapewnieniu stabilności w Afganistanie, przewodząc wysiłkom społeczności międzynarodowej, *odnotowując* w tym kontekście synergię celów misji wspierającej Organizacji Narodów Zjednoczonych w Afganistanie (UNAMA) i ISAF oraz *podkreślając* potrzebę wzmocnionej współpracy, koordynacji i wzajemnego wsparcia, z należyтым uwzględnieniem ich wyznaczonych obowiązków;

(...)

*wyrażając również* zaniepokojenie szkodliwymi następstwami brutalnych działań terrorystycznych ze strony talibów, Al-Kaidy i innych grup ekstremistycznych dla zdolności rządu afgańskiego do zagwarantowania praworządności, zapewnienia bezpieczeństwa i podstawowych usług dla ludności afgańskiej oraz zapewnienia pełnego korzystania z praw człowieka i podstawowych wolności;

## WYROK HANAN PRZECIWKO NIEMCOM

*ponownie wyrażając* poparcie dla ciągłych wysiłków podejmowanych przez rząd Afganistanu, z pomocą społeczności międzynarodowej, w tym ISAF i koalicji w ramach operacji „Trwała Wolność” (OEF), w celu poprawy sytuacji w zakresie bezpieczeństwa i dalszego przeciwdziałania zagrożeniu stwarzanemu przez talibów, Al-Kaidę i inne grupy ekstremistyczne, a także *podkreślając* w tym kontekście potrzebę ciągłego podejmowania wysiłków międzynarodowych, w tym wysiłków ISAF i koalicji OEF;

(...)

*uznając* wysiłki podjęte przez ISAF i inne siły międzynarodowe w celu zminimalizowania ryzyka ofiar cywilnych i *wzywając* je do podjęcia dodatkowych zdecydowanych starań w tym zakresie, w szczególności poprzez ciągły przegląd taktyk i procedur oraz prowadzenie przeglądów i śledztw po działaniach we współpracy z rządem afgańskim w przypadkach, w których doszło do wystąpienia ofiar cywilnych i gdy rząd afgański uzna to wspólne śledztwo za właściwe;

(...)

*przypominając* o wiodącej roli, jaką władze afgańskie odegrają w organizacji następnych wyborów prezydenckich, przy wsparciu Organizacji Narodów Zjednoczonych, oraz *podkreślając* znaczenie pomocy, jakiej ISAF udzieli władzom afgańskim w celu zapewnienia bezpiecznego środowiska sprzyjającego wyborom;

(...)

*wyrażając* uznanie dla przywódczej roli Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego (NATO) oraz dla wkładu wielu narodów w ISAF i koalicję OEF, w tym jej składnik przechwytywania na morzu, który funkcjonuje w ramach operacji antyterrorystycznych w Afganistanie zgodnie z obowiązującymi zasadami prawa międzynarodowego;

*stwierdzając*, że sytuacja w Afganistanie nadal stanowi zagrożenie dla międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa;

*zdeteminowana*, aby zapewnić pełną realizację mandatu ISAF, w koordynacji z rządem Afganistanu;

*działając* na podstawie rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych;

1. *postanawia* przedłużyć mandat Międzynarodowych Sił Wsparcia Bezpieczeństwa, zgodnie z rezolucjami 1386 (2001) i 1510 (2003), na okres dwunastu miesięcy, po 13 października 2008 r.;

2. *upoważnia* państwa członkowskie uczestniczące w ISAF do podjęcia wszelkich niezbędnych środków w celu wypełnienia mandatu ISAF;

(...)

5. *wzywa* ISAF do dalszej pracy w ścisłym porozumieniu z rządem Afganistanu i specjalnym przedstawicielem Sekretarza Generalnego ONZ, a także z koalicją OEF przy realizowaniu mandatu sił;

6. *zwraca się* do kierownictwa ISAF o regularne powiadamianie Rady Bezpieczeństwa, za pośrednictwem Sekretarza Generalnego, o realizacji mandatu ISAF, między innymi poprzez dostarczanie kwartalnych raportów;

7. *postanawia* nadal czynnie zajmować się tą sprawą”.

WYROK HANAN PRZECIWKO NIEMCOM

4. *Wojskowa umowa techniczna między Międzynarodowymi Siłami Wsparcia Bezpieczeństwa (ISAF) a Administracją Tymczasową Afganistanu („Administracja Tymczasowa”) z dnia 4 stycznia 2002 r.*

75. Istotne dla sprawy fragmenty porozumienia mają następujące brzmienie:

„Artykuł I: Zobowiązania ogólne

(...)

4. Dla celów niniejszej Wojskowej Umowy Technicznej poniższe wyrażenia mają znaczenie opisane poniżej:

(...)

g. Obszar odpowiedzialności (AOR) oznacza obszar zaznaczony na mapie załączonej w załączniku B.

(...)

i. Działania ofensywne oznaczają każde użycie uzbrojonych sił wojskowych.

(...)

Artykuł II: Status międzynarodowych sił bezpieczeństwa

1. Ustalenia dotyczące statusu ISAF znajdują się w załączniku A.

Artykuł III: Zapewnienie bezpieczeństwa oraz prawa i porządku publicznego

1. Administracja Tymczasowa uznaje, że zapewnienie bezpieczeństwa oraz prawa i porządku jest jej obowiązkiem. W zakres tego obowiązku wchodzi utrzymanie i wsparcie uznanych sił policyjnych działających zgodnie z uznanymi międzynarodowymi standardami i prawem Afganistanu oraz z poszanowaniem uznanych międzynarodowo praw człowieka i podstawowych wolności, a także poprzez podjęcie innych odpowiednich środków.

2. Administracja Tymczasowa dopilnuje, by wszystkie afgańskie jednostki wojskowe znalazły się pod jej dowództwem i kontrolą zgodnie z porozumieniem z Bonn. Administracja Tymczasowa zgadza się na jak najszybszy powrót wszystkich jednostek wojskowych stacjonujących w Kabulu do koszar wyszczególnionych w załączniku C. Jednostki te nie opuszczą koszar bez uprzedniej zgody Administracji Tymczasowej i powiadomienia dowódcy ISAF przez Przewodniczącą Administracji Tymczasowej.

3. Administracja Tymczasowa powstrzyma się od wszelkich działań ofensywnych w ramach AOR.

(...)

ZAŁĄCZNIK A

Ustalenia dotyczące statusu Międzynarodowych Sił Wsparcia Bezpieczeństwa („Porozumienie w sprawie statusu sił ISAF”)

Artykuł 1: Prawo właściwe i jurysdykcja

1. Postanowienia Konwencji dotyczącej przywilejów i immunitetów Narodów Zjednoczonych z dnia 13 lutego 1946 r. odnoszące się do ekspertów biorących udział w misji będą miały zastosowanie *mutatis mutandis* do ISAF i personelu pomocniczego, w tym powiązanego personelu łącznikowego.

(...)

3. Personel ISAF i personel wspierający, w tym związany z nim personel łącznikowy, będzie w każdych okolicznościach i w każdym czasie podlegać wyłącznej jurysdykcji swoich właściwych organów krajowych w odniesieniu do wszelkich przestępstw lub przewinień dyscyplinarnych, które mogą zostać przez nich popełnione na terytorium Afganistanu. Tymczasowa Administracja będzie wspierać państwa uczestniczące w ISAF w wykonywaniu ich odpowiednich jurysdykcji.

4. Personel ISAF i personel wspierający, w tym powiązany personel łącznikowy, nie będzie podlegał zatrzymaniu ani aresztowaniu. Omyłkowo zatrzymany lub aresztowany personel ISAF i personel wspierający, w tym powiązany personel łącznikowy, zostanie natychmiast przekazany władzom ISAF. Administracja Tymczasowa zgadza się, że członkowie ISAF i personelu wspierającego, w tym powiązanego personelu łącznikowego, nie mogą zostać wydani ani w inny sposób przekazani pod opiekę trybunału międzynarodowego, jakiegokolwiek innego podmiotu lub państwa bez wyraźnej zgody państwa udzielającego wsparcia. Siły ISAF będą przestrzegać prawa i kultury Afganistanu.

(...)”.

## **B. Prawo międzynarodowe i praktyka**

### *1. Konwencja wiedeńska o prawie traktatów*

76. Artykuł 31 Konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów z 1969 r. („Konwencja wiedeńska”) stanowi, co następuje:

#### **Artykuł 31 Ogólna reguła interpretacji**

„1. Traktat należy interpretować w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrazom w ich kontekście, oraz w świetle jego przedmiotu i celu.

2. Dla celów interpretacji traktatu kontekst obejmuje, oprócz tekstu, łącznie z jego wstępem i załącznikami:

a) każde porozumienie dotyczące traktatu, osiągnięte między wszystkimi stronami w związku z zawarciem traktatu;

b) każdy dokument sporządzony przez jedną lub więcej stron w związku z zawarciem traktatu, przyjęty przez inne strony jako dokument odnoszący się do traktatu.

3. Łącznie z kontekstem należy brać pod uwagę:

a) każde późniejsze porozumienie między stronami, dotyczące interpretacji traktatu lub stosowania jego postanowień;

b) każdą późniejszą praktykę stosowania traktatu, ustanawiającą porozumienie stron co do jego interpretacji;

c) wszelkie odpowiednie normy prawa międzynarodowego, mające zastosowanie w stosunkach między stronami.

4. Specjalne znaczenie należy przypisywać wyrazowi wówczas, gdy ustalono, że taki był zamiar stron”.

## 2. Orzecznictwo Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości

77. W swojej opinii doradczej w sprawie *legalności groźby lub użycia broni jądrowej* (8 lipca 1996 r.) Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, co następuje:

„25. Trybunał zauważa, że ochrona na podstawie Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych nie ustaje w czasie wojny, z wyjątkiem art. 4 Paktu, zgodnie z którym niektóre postanowienia mogą zostać uchylone w czasie stanu wyjątkowego. Poszanowanie prawa do życia nie jest jednak takim postanowieniem. Co do zasady, prawo do tego, by nie zostać arbitralnie pozbawionym życia, ma zastosowanie również podczas działań wojennych. Kryteria, co stanowi arbitralne pozbawienie życia, należy jednak ustalić na podstawie właściwego *lex specialis*, mianowicie prawa mającego zastosowanie w konflikcie zbrojnym, które ma na celu uregulowanie prowadzenia działań wojennych. Tak więc kwestię, czy dany przypadek pozbawienia życia w wyniku użycia określonej broni w toku działań wojennych należy uznać za arbitralne pozbawienie życia sprzeczne z art. 6 Paktu, można rozstrzygnąć jedynie przez odniesienie do prawa mającego zastosowanie w konflikcie zbrojnym, a nie poprzez wnioskowanie z postanowień samego Paktu.

(...)

41. Podporządkowanie wykonywania prawa do samoobrony warunkom konieczności i proporcjonalności jest zasadą zwyczajowego prawa międzynarodowego. Jak stwierdził Trybunał w sprawie dotyczącej *działań wojskowych i paramilitarnych w i przeciwko Nikaragui (Nikaragua przeciwko Stanom Zjednoczonym Ameryki)*: istnieje »szczególna zasada, zgodnie z którą samoobrona uzasadnia jedynie środki proporcjonalne do ataku zbrojnego i niezbędne do odpowiedzi na taki atak – zasada ta jest dobrze utrwalona w zwyczajowym prawie międzynarodowym« (*I.C.J., Sprawozdania 1986*, s. 94, par. 176). Ten podwójny warunek odnosi się w równym stopniu do art. 51 Karty, niezależnie od użytych środków przymusu”.

78. W opinii doradczej w sprawie *skutków prawnych budowy muru na okupowanych terytoriach palestyńskich* (9 lipca 2004 r.) Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości odrzucił argument Izraela, że instrumenty ochrony praw człowieka, które go obowiązywały, nie miały zastosowania na okupowanym terytorium, i orzekł:

„106. (...) Trybunał uważa, że ochrona przewidziana przez konwencje praw człowieka nie ustaje w przypadku konfliktu zbrojnego, z wyjątkiem skutków przepisów dotyczących odstępstw, z rodzaju zawartych w art. 4 [Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych]. W odniesieniu do relacji między międzynarodowym prawem humanitarnym a prawem praw człowieka istnieją zatem trzy możliwe sytuacje: niektóre prawa mogą być wyłącznie kwestiami międzynarodowego prawa humanitarnego; inne mogą być wyłącznie kwestiami z dziedziny praw człowieka; jeszcze inne mogą być kwestiami obu tych gałęzi prawa międzynarodowego. Aby odpowiedzieć na postawione mu pytanie, Trybunał będzie musiał wziąć pod uwagę obie te gałęzie prawa międzynarodowego, mianowicie system ochrony praw człowieka oraz, jako *lex specialis*, międzynarodowe prawo humanitarne”.

79. W wyroku dotyczącym *działań zbrojnych na terytorium Konga (Demokratyczna Republika Konga przeciwko Ugandzie)* (19 grudnia 2005 r.) Międzynarodowy Trybunał Sprawiedliwości orzekł, co następuje:

„215. Trybunał, po ustaleniu, że działania UPDF [Ludowe Siły Obrony Ugandy] oraz oficerów i żołnierzy UPDF można przypisać Ugandzie, musi teraz zbadać, czy działania te stanowią naruszenie międzynarodowych zobowiązań Ugandy. W tym względzie Trybunał musi określić reguły i zasady międzynarodowego systemu ochrony praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego, które są istotne dla tego celu.

216. Trybunał przypomniał najpierw, że miał okazję zająć się kwestiami relacji między międzynarodowym prawem humanitarnym a międzynarodowym systemem ochrony praw człowieka oraz zastosowaniem instrumentów międzynarodowej ochrony praw człowieka poza terytorium kraju w swojej opinii doradczej z dnia 9 lipca 2004 r. w sprawie *skutków prawnych budowy muru na okupowanych terytoriach palestyńskich*. W niniejszej opinii doradczej Trybunał stwierdził, że

»ochrona przewidziana przez konwencje praw człowieka nie ustaje w przypadku konfliktu zbrojnego, z wyjątkiem skutków przepisów dotyczących odstępstw, z rodzaju zawartych w art. 4 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych. W odniesieniu do relacji między międzynarodowym prawem humanitarnym a instrumentami ochrony praw człowieka istnieją zatem trzy możliwe sytuacje: niektóre prawa mogą być wyłącznie kwestiami międzynarodowego prawa humanitarnego; inne mogą być wyłącznie kwestiami prawa człowieka; jeszcze inne mogą być kwestiami obu tych gałęzi prawa międzynarodowego« (I.C.J. nr 2004, par.106).

W związku z tym stwierdzono, że należy wziąć pod uwagę obie gałęzie prawa międzynarodowego, mianowicie międzynarodowe prawo praw człowieka i międzynarodowe prawo humanitarne. Trybunał stwierdził ponadto, że międzynarodowe instrumenty ochrony praw człowieka mają zastosowanie „w odniesieniu do czynów popełnionych przez państwo w ramach wykonywania jego jurysdykcji poza jego własnym terytorium”, w szczególności na terytoriach okupowanych (*ibid.*, s. 178–181, pkt 107–113)”.<sup>2</sup>

### 3. Międzynarodowe prawo humanitarne

80. Artykuł 50 Protokołu dodatkowego do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r. dotyczącego ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (Protokół I), z dnia 8 czerwca 1977 r. („Protokół dodatkowy I”), który ma zastosowanie do międzynarodowych konfliktów zbrojnych, definiuje osoby cywilne jako osoby niebędące członkami sił zbrojnych. Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z dnia 12 sierpnia 1949 r. dotyczący ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (Protokół II) z dnia 8 czerwca 1977 r. („Protokół dodatkowy II”), który ma zastosowanie do niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych, nie zawiera definicji ludności cywilnej. Definicja ludności cywilnej zawarta w Protokole dodatkowym I jest normą międzynarodowego prawa zwyczajowego, która ma również zastosowanie do niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (zob. zasada 5 *zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego* opracowana przez MKCK i komentarz do niej<sup>2</sup>).

<sup>2</sup> J.-M. Henckaerts i L. Doswald-Beck (red.), *Customary International Humanitarian Law* [Zwyczajowe międzynarodowe prawo humanitarne] (Genewa/Cambridge: MKCK/Cambridge University Press, 2005).

Osoby cywilne podlegają ochronie przed atakami w niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych, chyba że biorą bezpośredni udział w działaniach wojennych (art. 13 ust. 3 Protokołu dodatkowego II i zasada 6 *zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego*). W odniesieniu do niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych analiza *zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego* wykazała, że istnieje niejasność co do tego, czy członkowie grup zbrojnej opozycji mogą być uważani za osoby cywilne i być atakowani zgodnie z prawem tylko wtedy, gdy biorą bezpośredni udział w działaniach wojennych, czy też, gdziekolwiek się znajdują, to z racji przynależności należy uważać ich za stale biorących bezpośredni udział w działaniach wojennych bądź nie uważać ich za osoby cywilne (zob. komentarz do zasad 5 i 6). W 2009 r. MKCK opublikował *Wytyczne interpretacyjne dotyczące pojęcia bezpośredniego udziału w działaniach wojennych na podstawie międzynarodowego prawa humanitarnego*<sup>3</sup>, stwierdzając, między innymi, że w niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych zorganizowane grupy zbrojne stanowiły siły zbrojne niepaństwowej strony konfliktu i składały się wyłącznie z osób, których ciągłą funkcją było branie bezpośredniego udziału w działaniach wojennych („ciągła funkcja bojowa”). Tacy członkowie zorganizowanych grup zbrojnych należących do niepaństwowej strony konfliktu zbrojnego przestawali być osobami cywilnymi i tracili ochronę przed bezpośrednim atakiem, dopóki sprawowali swoją ciągłą funkcję bojową.

81. Zakaz masowych ataków, określony w art. 51 ust. 4 Protokołu dodatkowego I, stanowi normę międzynarodowego prawa zwyczajowego, mającą zastosowanie zarówno w międzynarodowych, jak i niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych (zob. zasady 11–13 *Zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego* i komentarze do nich). Zasada proporcjonalności ataku, skodyfikowana w art. 51 ust. 5 lit. b i powtórzona w art. 57 ust. 2 lit. a ppkt (iii) Protokołu dodatkowego I, jest uznawana za normę międzynarodowego prawa zwyczajowego, która ma zastosowanie zarówno w międzynarodowych, jak i niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych (zob. § 77 powyżej i zasada 14 analizy *zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego*). Przewiduje ona, że zakazane jest przeprowadzenie ataku, który może spowodować przypadkowe straty w ludności cywilnej, zranienie ludności cywilnej, uszkodzenie obiektów cywilnych lub kombinację tych skutków, które są nadmierne w stosunku do przewidywanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej. Praktyka państwowa wskazuje, że perspektywa *ex ante* jest w tym względzie decydująca, a Niemcy złożyły deklarację w tym zakresie podczas ratyfikacji Protokołu dodatkowego I. Zasada środków ostrożności w ataku,

<sup>3</sup> N. Melzer, *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation in Hostilities under International Humanitarian Law* [Wytyczne interpretacyjne dotyczące pojęcia bezpośredniego udziału w działaniach wojennych na mocy międzynarodowego prawa humanitarnego] (Genewa: MKCK, 2009).

skodyfikowana w art. 57 Protokołu dodatkowego I, jest normą międzynarodowego prawa zwyczajowego mającą zastosowanie zarówno w międzynarodowych, jak i niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych (zob. zasady 15–21 i komentarze do nich). Stanowi ona, że podczas prowadzenia operacji wojskowych należy zwracać uwagę na to, aby oszczędzać ludność cywilną, osoby cywilne i obiekty cywilne, oraz że należy podjąć wszelkie możliwe środki ostrożności, m.in. w zakresie wyboru środków i metod prowadzenia wojny, w celu uniknięcia, a w każdym razie zminimalizowania, przypadkowych strat w ludności cywilnej, obrażeń ciała osób cywilnych i szkód w obiektach cywilnych. Należy zrobić wszystko, co możliwe, aby zweryfikować, czy obrane cele są celami wojskowymi, i ocenić, czy można spodziewać się, że atak spowoduje przypadkową śmierć cywilów, zranienie cywilów, uszkodzenia obiektów cywilnych lub kombinację takich skutków, które są nadmierne w stosunku do przewidywanej konkretnej i bezpośredniej korzyści wojskowej. Każda ze stron konfliktu musi skutecznie i z wyprzedzeniem ostrzegać o atakach, które mogą mieć wpływ na ludność cywilną, chyba że okoliczności na to nie pozwalają, na przykład wówczas gdy element zaskoczenia ma zasadnicze znaczenie dla powodzenia operacji lub bezpieczeństwa atakujących sił. Obowiązek podjęcia wszelkich „wykonalnych” środków ostrożności był interpretowany przez wiele państw jako ograniczony do takich środków ostrożności, które są wykonalne lub praktycznie możliwe, biorąc pod uwagę wszystkie okoliczności panujące w danym czasie, w tym względy humanitarne i wojskowe.

82. Cztery konwencje genewskie z 1949 r. i Protokół dodatkowy I do nich, z których wszystkie mają zastosowanie wyłącznie do międzynarodowych konfliktów zbrojnych (z wyjątkiem wspólnego art. 3 do Konwencji), nakładają na każde układające się państwo obowiązek zbadania i ścigania zarzucanych poważnych naruszeń Konwencji, w tym umyślnego zabójstwa osób podlegających ochronie<sup>4</sup>. Protokół dodatkowy II nie zawiera podobnego postanowienia. Jego art. 6 zawiera pewne gwarancje, których należy przestrzegać przy ściganiu i karaniu przestępstw związanych z konfliktem zbrojnym, w tym „zapewnienie przez sąd podstawowych gwarancji niezawisłości i bezstronności” oraz „bezzwłoczne” informowanie oskarżonego o podstawach zarzutów przeciwko niemu.

83. Zgodnie z utrwaloną normą zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego, która ma również zastosowanie w niemiędzynarodowych

---

<sup>4</sup> Artykuły 49 i 50 Konwencji o polepszeniu losu rannych i chorych w armiach czynnych (I konwencja genewska z 12 sierpnia 1949 r.); artykuły 50 i 51 Konwencji o polepszeniu losu rannych, chorych i rozbitków sił zbrojnych na morzu (II konwencja genewska z 12 sierpnia 1949 r.); artykuły 129 i 130 Konwencji o traktowaniu jeńców wojennych (III konwencja genewska z 12 sierpnia 1949 r.); artykuły 146 i 147 Konwencji genewskiej o ochronie osób cywilnych podczas wojny (IV konwencja genewska z 12 sierpnia 1949 r.); oraz artykuły 85 i 86 Protokołu dodatkowego I.



konfliktach zbrojnych, państwa muszą prowadzić śledztwa w sprawie zbrodni wojennych rzekomo popełnionych przez ich obywateli lub siły zbrojne lub na ich terytorium oraz, w stosownych przypadkach, ścigać podejrzanych. Muszą również prowadzić śledztwa w sprawach o inne zbrodnie wojenne objęte ich jurysdykcją i, w stosownych przypadkach, ścigać podejrzanych (zob. zasada 158 *zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego* i komentarz do niej). Państwa angażujące się w wielonarodowe operacje pod auspicjami organizacji międzynarodowej są zobowiązane do zapewnienia poszanowania całego międzynarodowego prawa humanitarnego, w tym *zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego*, przez swoje kontyngenty krajowe, w tym poprzez wykonywanie uprawnień dyscyplinarnych i karnych, które im przysługują<sup>5</sup>.

84. Międzynarodowe prawo humanitarne nakłada na dowódców obowiązki w zakresie zapewnienia zgodności z jego zasadami, m.in. dotyczące wszczynania postępowań dyscyplinarnych lub karnych wobec podwładnych lub innych osób pozostających pod ich kontrolą (zob. art. 87 Protokołu dodatkowego I i komentarz MKCK do niego<sup>6</sup>, oraz zasadę 153 *zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego* i komentarz do niej w kontekście odpowiedniej zasady odpowiedzialności dowództwa za niezapobieganie zbrodniom wojennym, ich niepowstrzymywanie lub niezgłaszanie).

85. W 2019 r. MKCK i Genewska Akademia Międzynarodowego Prawa Humanitarnego i Praw Człowieka opublikowały Wytyczne dotyczące prowadzenia śledztw w sprawie naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego: prawo, polityka i dobre praktyki („Wytyczne dotyczące prowadzenia śledztw w sprawie naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego”). Wytyczne te, odnotowując, że międzynarodowe prawo humanitarne zawiera niewiele przepisów dotyczących konkretnego sposobu prowadzenia śledztw, opierają się na uznanych międzynarodowo zasadach najczęściej wymaganych dla skuteczności śledztwa (niezależność, bezstronność, dokładność i szybkość oraz, w zmodyfikowanej formie, przejrzystość) i wyjaśniają ich praktyczne zastosowanie do śledztw w konfliktach zbrojnych.

---

<sup>5</sup> MKCK, *Komentarz do Pierwszej Konwencji Genewskiej* (wyd. 2, Cambridge: Cambridge University Press, 2016), w odniesieniu do wspólnego art. 1 czterech konwencji genewskich z 1949 r. (pkt 125-26, 133-37 i 143-49).

<sup>6</sup> Y. Sandoz, C. Swinarski i B. Zimmermann (red.), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (Geneva: MKCK/Martinus Nijhoff Publishers, 1987), w odniesieniu do art. 87 Protokołu dodatkowego I (pkt 3549-63).

*4. Podstawowe zasady i wytyczne ONZ dotyczące prawa do zadośćuczynienia i odszkodowania dla ofiar rażących naruszeń międzynarodowego prawa praw człowieka i poważnych naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego („Podstawowe zasady i wytyczne ONZ”)*

86. Podstawowe zasady i wytyczne ONZ, przyjęte rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ 60/147 z dnia 16 grudnia 2005 r. (A/RES/60/147), wzywają państwa do prowadzenia śledztw w sprawie naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego „skutecznie, szybko, dokładnie i bezstronnie” (pkt II, 3. lit. b)).

*5. Komitet Praw Człowieka Organizacji Narodów Zjednoczonych*

87. W swoim Komentarzu ogólnym nr 36 w sprawie prawa do życia na podstawie art. 6 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych, przyjętym w dniu 30 października 2018 r., Komitet Praw Człowieka stwierdził:

„63. (...) W świetle art. 2 ust. 1 Paktu Państwo-Strona ma obowiązek poszanowania i zapewnienia praw wynikających z art. 6 wszystkim osobom przebywającym na jego terytorium i wszystkim osobom podlegającym jego jurysdykcji, tj. wszystkim osobom, nad których korzystaniem z prawa do życia sprawuje władzę lub skuteczną kontrolę. Obejmuje to osoby znajdujące się poza jakimkolwiek terytorium skutecznie kontrolowanym przez państwo, których prawo do życia jest jednak naruszane przez jego działania wojskowe lub inne w bezpośredni i racjonalnie przewidywalny sposób (...).

64. Podobnie jak pozostałe postanowienia Paktu, art. 6 ma zastosowanie również w sytuacjach konfliktów zbrojnych, do których mają zastosowanie zasady międzynarodowego prawa humanitarnego, w tym do prowadzenia działań wojennych. Jakkolwiek zasady międzynarodowego prawa humanitarnego mogą mieć znaczenie dla interpretacji i stosowania art. 6, gdy sytuacja wymaga ich zastosowania, to obie sfery prawa wzajemnie się uzupełniają, a nie wykluczają. Użycie śmiertelnej siły zgodnie z międzynarodowym prawem humanitarnym i innymi obowiązującymi normami prawa międzynarodowego co do zasady nie jest arbitralne. Natomiast praktyki niezgodne z międzynarodowym prawem humanitarnym, pociągające za sobą zagrożenie dla życia ludności cywilnej i innych osób chronionych przez międzynarodowe prawo humanitarne, w tym ataki na ludność cywilną, obiekty cywilne i obiekty niezbędne do przetrwania ludności cywilnej, masowe ataki, niestosowanie zasad ostrożności i proporcjonalności oraz wykorzystywanie ludzkich tarcz naruszałyby również art. 6 Paktu. Państwa-Strony powinny, ogólnie rzecz biorąc, ujawniać kryteria atakowania z użyciem śmiertelnej siły osób lub obiektów, których namierzenie może skutkować pozbawieniem życia, w tym podstawę prawną konkretnych ataków, proces identyfikacji celów wojskowych i uczestników walk lub osób biorących bezpośredni udział w działaniach wojennych, okoliczności, w których użyto odpowiednich środków i metod prowadzenia działań wojennych oraz to, czy rozważano alternatywy wyrządzające mniejszą szkodę. Muszą one również prowadzić śledztwa w sprawie zarzucanych lub podejrzewanych naruszeń art. 6 w sytuacjach konfliktów zbrojnych zgodnie z odpowiednimi standardami międzynarodowymi (...).”

## 6. *Protokół Minnesota*

88. W 2017 r. Biuro Wysokiego Komisarza NZ ds. Praw Człowieka opublikowało zmienioną wersję Protokołu z Minnesoty w sprawie śledztwa w sprawie potencjalnie bezprawnej śmierci (Protokół z Minnesoty), będącego zbiorem międzynarodowych wytycznych, który stanowi:

„21. Jeśli podczas prowadzenia działań wojennych okaże się, że atak spowodował ofiary w ludziach, należy przeprowadzić ocenę pooperacyjną w celu ustalenia faktów, w tym dokładności celowania. Jeśli istnieją uzasadnione podstawy, aby podejrzewać, że popełniono zbrodnię wojenną, państwo musi przeprowadzić pełne śledztwo oraz ścigać osoby odpowiedzialne. W przypadku podejrzenia lub domniemania, że śmierć nastąpiła w wyniku naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego, które nie stanowi zbrodni wojennej, oraz w przypadku, gdy śledztwo („oficjalne śledztwo”) w sprawie śmierci nie jest wyraźnie wymagane na mocy międzynarodowego prawa humanitarnego, konieczne jest co najmniej dalsze postępowanie wyjaśniające. W każdym przypadku stwierdzenia dowodów na działalność niezgodną z prawem, należy przeprowadzić pełne śledztwo”.

## 7. *Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka*

89. W swoim wyroku z dnia 15 września 2005 r. w sprawie *Mapiripán Massacre przeciwko Kolumbii* dotyczącej masakry ludności cywilnej dokonanej przez grupę paramilitarną, którą miały wspomagać władze państwowe, Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka uznał istnienie niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego i stwierdził, że weźmie pod uwagę międzynarodowe prawo humanitarne przy interpretacji Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka (pkt 114–115). Trybunał stwierdził następnie, że standardem do którego należało porównywać śledztwa w sprawie bezprawnych egzekucji, było „poważne, bezstronne i skuteczne śledztwa, które nie może być podejmowane jako zwykła formalność, z góry skazana na niepowodzenie” (pkt 223). Takie śledztwo musi opierać się na wszelkich dostępnych środkach służących odkryciu prawdy w rozsądnych ramach czasowych, mając na uwadze złożoność wydarzeń będących przedmiotem śledztwa oraz ich kontekst (zob. w szczególności sprawa *Afro-Descendant Communities Displaced from the Cacarica River Basin (Operation Genesis) przeciwko Kolumbii*, Zastrzeżenia wstępne, przedmiot, zadośćuczynienie i koszty, wyrok z dnia 20 listopada 2013 r., §§ 370–373).

## II. MATERIAŁY PRAWNOPORÓWNAWCZE

90. Zgodnie z informacjami dostępnymi Trybunałowi, w szczególności dotyczącymi ustawodawstwa i praktyki w trzynastu państwach członkowskich Rady Europy, które uczestniczą w operacjach wojskowych za granicą (Belgia, Francja, Irlandia, Włochy, Holandia, Polska, Rumunia, Federacja Rosyjska, Hiszpania, Szwecja, Turcja, Ukraina i Zjednoczone Królestwo), wszystkie te państwa upoważniły właściwe organy krajowe do

prowadzenia śledztw w sprawie zarzucanych zbrodni wojennych lub bezprawnego pozbawienia życia, popełnionych za granicą przez członków ich sił zbrojnych. Śledztwo jest obowiązkowe w ośmiu państwach; w trzech państwach jest ono zasadniczo nieobowiązkowe, zgodnie z szerokim rozumieniem pojęcia uznaniowego ścigania (*opportunité des poursuites*). Obowiązek przeprowadzenia śledztwa jest uważany co do istoty za autonomiczny w siedmiu państwach, natomiast w dwóch państwach zależy on w większym stopniu od jurysdykcji państwa, chociaż wydaje się, że przypisanie państwu zarzucanych czynów nie jest wymogiem koniecznym. W odniesieniu do gwarancji proceduralnych podczas śledztwa w sprawach o przestępstwa, jakie mieli popełnić członkowie sił zbrojnych za granicą, prawo krajowe w dziesięciu państwach odnosi się do ogólnych gwarancji proceduralnych mających zastosowanie w każdej sprawie karnej, zaś w dwóch państwach mają zastosowanie szczególne przepisy prawa lub zasady, których zakres i jakość nie wydają się jednak znacząco różnić od przepisów mających zastosowanie w zwykłych sprawach karnych.

### III. PRAWO KRAJOWE I PRAKTYKA

#### A. Zezwolenie na rozmieszczenie wojsk niemieckich w ramach ISAF

91. 22 grudnia 2001 r. niemiecki parlament zezwolił na wysłanie niemieckich żołnierzy do Afganistanu i ich udział w ISAF. Zezwolenie odnosiło się do porozumienia z Bonn i rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ nr 1386 (2001) w sprawie zadań i obowiązków wojsk. Ponadto zezwolenie wyjaśniało prawo do indywidualnej i zbiorowej samoobrony:

„Wykonywanie prawa do indywidualnej i zbiorowej samoobrony pozostaje bez uszczerbku [przez udział w ISAF]. Oddziały rozmieszczone w ramach tej operacji [ISAF] są ponadto upoważnione do użycia siły wojskowej w obronie innych”.

92. W dniu 16 października 2008 r. niemiecki parlament przedłużył pobyt niemieckich żołnierzy w Afganistanie do 13 grudnia 2009 r.

#### B. Niemiecka Ustawa zasadnicza (*Grundgesetz*)

93. Artykuł 25 niemieckiej Ustawy zasadniczej brzmi:

„Ogólne zasady prawa międzynarodowego są częścią składową prawa federalnego. Mają one pierwszeństwo przed ustawami oraz tworzą prawa i obowiązki bezpośrednio dla mieszkańców terytorium Federacji”.

#### C. Kodeks przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu (*Völkerstrafgesetzbuch*)

94. W czerwcu 2002 r. został przyjęty i wszedł w życie Kodeks przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu zmieniający prawo

krajowe w celu wejścia w życie Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego („statut rzymski”) z dniem 1 lipca 2002 r., także w odniesieniu do Niemiec. Artykuł 153f Kodeksu postępowania karnego (zob. § 96 poniżej) został wprowadzony w tym samym czasie. Głównym celem zmian w prawie było umożliwienie prowadzenia śledztw i ścigania na poziomie krajowym przestępstw wchodzących w zakres statutu rzymskiego, zwłaszcza w świetle zasady komplementarności przewidzianej w statucie rzymskim (zob. publikacja Parlamentu Federalnego (*Bundestagsdrucksache*) nr 14/8524, s. 12).

95. Odpowiednie przepisy Kodeksu przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu obowiązujące w czasie istotnym dla sprawy brzmią, jak następuje:

#### **Artykuł 1**

„Ustawa ma zastosowanie do wszystkich przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu określonych w niniejszej ustawie oraz do poważnych przestępstw określonych w tej ustawie, nawet jeśli przestępstwo zostało popełnione za granicą i nie ma związku z Niemcami”.

#### **Artykuł 2**

„Prawo karne powszechne ma zastosowanie do przestępstw określonych w niniejszej ustawie, z zastrzeżeniem art. 1 i art. 3–5 niniejszej ustawy zawierających przepisy szczególne”.

#### **Artykuł 11**

##### **Zbrodnie wojenne polegające na stosowaniu zakazanych metod prowadzenia działań wojennych**

„1. Kto w związku z międzynarodowym konfliktem zbrojnym lub konfliktem zbrojnym niemającym charakteru międzynarodowego

(...)

3. przeprowadza atak przy użyciu środków wojskowych i przewiduje w sposób pozbawiony wątpliwości, że atak spowoduje śmierć lub obrażenia osób cywilnych lub zniszczenie obiektów cywilnych na skalę nieproporcjonalną do przewidywanej konkretnej i bezpośredniej ogólnej korzyści wojskowej,

(...)

podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3. (...)

2. Jeżeli sprawca w wyniku popełnienia przestępstwa określonego w ust. 1 pkt 1–6 powoduje śmierć lub ciężkie uszkodzenie ciała osoby cywilnej (art. 226 kodeksu karnego) lub osoby chronionej na mocy międzynarodowego prawa humanitarnego, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 5. W przypadku umyślnego spowodowania śmierci, sprawca podlega karze dożywotniego pozbawienia wolności lub karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 10.

(...)”.

## **D. Śledztwa w sprawach karnych**

96. Odpowiednie przepisy niemieckiego Kodeksu postępowania karnego brzmią, jak następuje:

### **Artykuł 152**

„1. Prokuratura jest uprawniona do wnoszenia oskarżenia publicznego.

2. O ile przepisy prawa nie stanowią inaczej, prokuratura jest zobowiązana do podjęcia czynności w odniesieniu do wszystkich przestępstw podlegających ściganiu, jeżeli istnieją wystarczające przesłanki faktyczne”.

### **Artykuł 153c**

„1. Prokuratura może odstąpić od ścigania przestępstw

1. które zostały popełnione poza zakresem terytorialnym obowiązywania niniejszej ustawy [...];

(...)

Przestępstwa podlegające odpowiedzialności karnej zgodnie z Kodeksem przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu podlegają przepisom art. 153f.

(...)”.

### **Artykuł 153f**

„1. Prokuratura może odstąpić od ścigania przestępstwa, za które grozi odpowiedzialność karna na podstawie art. 6–14 Kodeksu przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu, w przypadkach, o których mowa w art. 153c § 1 pkt 1 i 2, jeżeli podejrzany nie ma miejsca zamieszkania w Niemczech i nie przewiduje się, że będzie je miał. Jeżeli w przypadkach, o których mowa w art. 153c § 1 pkt 1, podejrzany jest obywatelem niemieckim, ma to jednak zastosowanie tylko wtedy, gdy przestępstwo jest ścigane przed międzynarodowym trybunałem sprawiedliwości lub przez państwo, na którego terytorium przestępstwo zostało popełnione lub którego obywatel został pokrzywdzony w wyniku przestępstwa.

2. Prokuratura może odstąpić od ścigania przestępstwa podlegającego odpowiedzialności karnej na podstawie art. 6–14 Kodeksu przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu w przypadkach, o których mowa w art. 153c § 1 pkt 1 i 2, w szczególności jeżeli:

1. żaden obywatel Niemiec nie jest podejrzany o popełnienie przestępstwa;

2. przestępstwo nie zostało popełnione przeciwko obywatelowi Niemiec;

3. żaden z podejrzanych nie przebywa ani nie przewiduje się, że będzie przebywał w Niemczech;

4. przestępstwo jest ścigane przez międzynarodowy trybunał sprawiedliwości lub przez państwo, na którego terytorium przestępstwo zostało popełnione i którego obywatel jest podejrzany o popełnienie przestępstwa lub został pokrzywdzony w wyniku przestępstwa.

(...)”

### Artykuł 160

„1. Niezwłocznie po uzyskaniu przez prokuraturę informacji o podejrzeniu popełnienia przestępstwa w drodze zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa lub w inny sposób prokuratura bada okoliczności faktyczne w celu podjęcia decyzji, czy należy wnieść oskarżenie publiczne.

2. Prokuratura ustala nie tylko okoliczności obciążające, ale także uniewinniające i zapewnia przeprowadzenie dowodów, jeżeli zachodzi ryzyko ich utraty (...)”.

### Artykuł 170

„1. Jeżeli śledztwo dostarczy wystarczających podstaw do wniesienia oskarżenia publicznego, prokuratura wnosi akt oskarżenia do właściwego sądu.

2. We wszystkich innych przypadkach prokuratura kończy postępowanie. Prokurator zawiadamia o tym podejrzanego, jeżeli był on przesłuchiwany w charakterze podejrzanego lub wydano przeciwko niemu nakaz aresztowania; to samo stosuje się, jeżeli podejrzany zażądał takiego zawiadomienia lub jeżeli zawiadomienie ma szczególne znaczenie”.

### Artykuł 171

„Jeżeli prokuratura nie uwzględni wniosku o wniesienie oskarżenia publicznego lub po zakończeniu śledztwa postanowi o umorzeniu postępowania, zawiadamia o tym wnioskodawcę, wskazując przyczyny. W treści postanowienia informuje się wnioskodawcę, jeżeli jest on osobą pokrzywdzoną, o możliwości zaskarżenia postanowienia i przewidzianym do tego terminie (art. 172 § 1)”.

97. Zgodnie z ugruntowaną praktyką krajową przesłanki wskazujące, że dana osoba mogła popełnić przestępstwo, które nie spełniają kryterium „wystarczających przesłanek faktycznych” określonego w art. 152 § 2 Kodeksu postępowania karnego, są niewystarczające do wszczęcia formalnego postępowania przygotowawczego na podstawie art. 160 § 1 Kodeksu postępowania karnego. W takim scenariuszu prokuratura może przeprowadzić wstępne śledztwo w celu ustalenia, czy istnieją „wstępne podstawy do podejrzeń” (*Anfangsverdacht*) uzasadniające wszczęcie formalnego postępowania przygotowawczego. W takich wstępnych śledztwach dana osoba nie ma statusu „oskarżonego” i nie można podejmować żadnych środków przymusu. Prokuratura jest jednak uprawniona do przesłuchiwania świadków i w stosownych przypadkach do doprowadzenia do przesłuchania świadków przez sąd (zob. postanowienie Sądu Okręgowego w Offenburgu nr Qs 41/93 z dnia 25 maja 1993 r.).

### **E. Możliwości zaskarżenia postanowienia prokuratora o niewnoszeniu oskarżenia**

98. Postanowienia prokuratury o odmowie wniesienia oskarżenia nie są ostateczne w rozumieniu *powagi rzeczy osądzonej*. Postępowanie może zostać wznowione w przypadku pojawienia się nowych dowodów lub przedstawienia dowodów w innym świetle (zob. Federalny Trybunał

Sprawiedliwości, nr 2 StR 524/10, wyrok z dnia 4 maja 2011 r., par. 9), na przykład w formie późniejszych wniosków pokrzywdzonego.

99. Postanowienie o umorzeniu postępowania karnego może zostać zaskarżone przez każdą pokrzywdzoną stronę w ciągu miesiąca od otrzymania zawiadomienia, poprzez złożenie wniosku o wniesienie oskarżenia publicznego (art. 172 i nast. Kodeksu postępowania karnego). W uzasadnieniu takiego wniosku należy wskazać fakty na poparcie zarzutów oraz dowody popełnienia przestępstwa. Ten wymóg formalny ma umożliwić sądowi ustalenie, czy istnieje wystarczające podejrzenie popełnienia przestępstwa wyłącznie na podstawie treści uzasadnienia wniosku, bez konieczności zapoznawania się z aktami lub załącznikami (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Hamm, nr 3 Ws 209/09, postanowienie z dnia 14 lipca 2009 r.). Składający wniosek musi przedstawić istotne elementy postanowienia prokuratora o umorzeniu postępowania (Sąd Apelacyjny w Hamm, nr 1 Ws 135/11, postanowienie z dnia 28 kwietnia 2011 r.; Federalny Trybunał Konstytucyjny, nr 2 BvR 967/07, postanowienie z dnia 4 września 2008 r., pkt 17). Jeśli składający wniosek chce powołać się na dodatkowe dowody zawarte w aktach śledztwa, musi przedstawić istotną treść odpowiednich dowodów w uzasadnieniu wniosku, co może wymagać od niego szerszego omówienia dowodów, które mogą uniewinnić podejrzanego (zob. Federalny Trybunał Konstytucyjny, nr 2 BvR 2040/15, postanowienie z dnia 27 lipca 2016 r., pkt 15). Sąd, oceniając, czy istnieją wystarczające podstawy do podejrzeń, może rozważyć, czy podejrzany miałby zostać uniewinniony w toku późniejszego postępowania karnego, na podstawie zasady *in dubio pro reo* (zob. Federalny Trybunał Konstytucyjny, nr 2 BvR 2318/07, postanowienie z dnia 13 grudnia 2007 r., pkt 2).

100. Federalny Trybunał Konstytucyjny jest uprawniony do kontroli i uchylania postanowień o umorzeniu postępowania wydanych przez prokuratorów i skorzystał z tego uprawnienia (zob. nr 2 BvR 878/05, postanowienie z dnia 17 listopada 2005 r., pkt 23). Może stwierdzić naruszenie praw podstawowych osoby, w przypadku gdy postanowienie oddalające wniosek o wniesienie oskarżenia publicznego zostało oparte na nadmiernie formalistycznym zastosowaniu wymogów (zob. nr 2 BvR 912/15, postanowienie z dnia 21 października 2015 r.). W sprawach dotyczących zabójstw, za które funkcjonariusze państwowi mogą ponosić odpowiedzialność, dostosował się do wymogów orzecznictwa Trybunału dotyczących skutecznych śledztw na podstawie art. 2 Konwencji (zob. nr 2 BvR 2307/06, postanowienie z dnia 4 lutego 2010 r.; nr 2 BvR 2699/10, postanowienie z dnia 26 czerwca 2014 r.).

#### **F. Ustawa o ustroju sądów (*Gerichtsverfassungsgesetz*)**

101. Istotne przepisy niemieckiej ustawy o ustroju sądów brzmią, jak następuje:



## WYROK HANAN PRZECIWKO NIEMCOM

### Artykuł 120

„1. W sprawach karnych sąd apelacyjny dla okręgu, w którym ma siedzibę rząd *kraju związkowego*, jest właściwy dla terytorium danego *kraju związkowego* do rozpatrywania i rozstrzygania spraw w pierwszej instancji dotyczących (...)

8. przestępstw wymienionych w Kodeksie przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu (...).”

### Art. 142a

„1. Federalny Prokurator Generalny wykonuje obowiązki prokuratury w odniesieniu do spraw karnych podlegających jurysdykcji sądów apelacyjnych w pierwszej instancji zgodnie z § 120 ust. 1 i 2 również w tych sądach. W celu przekazania ścigania Federalnemu Prokuratorowi Generalnemu wystarczy, że istnieją odpowiednie przesłanki faktyczne, aby spełnić warunki wstępne dla jego jurysdykcji. Prokuratura niezwłocznie informuje Federalnego Prokuratora Generalnego o wszelkich zdarzeniach, które uzasadniają rozważenie przekazania mu ścigania. Jeżeli w przypadkach, o których mowa w § 120 ust. 1, urzędnicy prokuratury *kraju związkowego* i Federalny Prokurator Generalny nie mogą dojść do porozumienia, który z nich powinien przejąć ściganie, decyzję podejmuje Prokurator Generalny”.

### Artykuł 146

„Urzędnicy prokuratury stosują się do urzędowych poleceń swoich przełożonych”.

### Artykuł 147

„Prawo do nadzoru i zwierzchnictwo należy do:

1. Federalnego Ministra Sprawiedliwości i Ochrony Konsumentów w odniesieniu do Federalnego Prokuratora Generalnego i prokuratorów federalnych; (...).”

## PRAWO

### I. DOPUSZCZALNOŚĆ

#### A. Właściwość Trybunału *ratione personae* i *ratione loci*

##### 1. Stanowiska stron

##### (a) Pozwany Rząd

102. Pozwany Rząd utrzymywał, że wniosek był niezgodny *ratione personae* i *ratione loci* z postanowieniami Konwencji.

##### (i) Zgodność *ratione personae*

103. W odniesieniu do właściwości Trybunału *ratione personae*, Rząd przywołał sprawy *Behrami przeciwko Francji* i *Saramati przeciwko Francji, Niemcom i Norwegii* ((dec.) [WI], nr. 71412/01 i 78166/01, decyzja z dnia 2 maja 2007 r. – dalej *Behrami i Saramati*) i stwierdził, że działania wojskowe prowadzone pod ostatecznym zwierzchnictwem i kontrolą Rady Bezpieczeństwa Organizacji Narodów Zjednoczonych, działającej na

podstawie rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych, nie mogą być przypisane danemu Układającemu się Państwu. W związku z tym Trybunał nie był właściwy *ratione personae* do zbadania przedmiotowych działań wojskowych. Rząd argumentował ponadto, że konkluzja w sprawach *Behrami i Saramati* została potwierdzona w wielu późniejszych orzeczeniach Trybunału i należy ją uznać za utrwalone orzecznictwo. Jakkolwiek Trybunał uznał, że niektóre działania wojskowe w Iraku można przypisać odpowiednim Układającym się Państwom w sprawach *Jaloud przeciwko Holandii* ([WI], nr 47708/08, ETPC 2014), *Al-Jedda przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* ([WI], nr 27021/08, ETPC 2011) oraz *Al-Skeini i Inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* ([WI], nr 55721/07, ETPC 2011), taka konkluzja znajdowała oparcie w wyjątkowych okolicznościach tych spraw. Te szczególne okoliczności nie występowały jednak w przedmiotowej sprawie, która na poziomie faktycznym była porównywalna z *Behrami i Saramati*:

- ISAF zostały utworzone na mocy rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ nr 1386 (2001); wcześniej nie istniały; Rada Bezpieczeństwa przekazała swoje uprawnienia, upoważniając państwa uczestniczące w ISAF do „podjęcia wszelkich niezbędnych środków”; mandat był wystarczająco precyzyjny i określał cele misji, a także role i obowiązki wszystkich zaangażowanych stron; ponadto przewidziano wymóg raportowania;

- ISAF były dowodzone i kontrolowane w sposób porównywalny z KFOR, w formie jednolitego dowództwa nad oddziałami z dużej liczby państw tworzących siły wielonarodowe; do państw zaangażowanych w obecność wojskową należały również państwa, które nie były stronami Konwencji;

- obecność ISAF i ich działania wojskowe w Afganistanie były wielokrotnie sankcjonowane przez Radę Bezpieczeństwa i organy ONZ; owo usankcjonowanie obejmowało ataki lotnicze w celu zwalczania talibów;

- oceny tej nie zmienił fakt, że tak zwane „pełne dowództwo” nad kontyngentem wysłanym przez Niemcy spoczywało w rękach niemieckich dowódców; jeśli chodzi o państwa wysyłające wojska, nie było różnicy między KFOR a ISAF.

(ii) *Zgodność ratione loci*

(α) Brak wykonywania jurysdykcji eksterytorialnej w Afganistanie

104. Zdaniem Rządu Trybunał nie był ponadto właściwy *ratione loci* do rozpatrzenia skargi. Śmierć synów skarżącego nie nastąpiła w wyniku wykonywania przez Niemcy jurysdykcji eksterytorialnej. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Układające się Państwo wykonywało jurysdykcję poza swoim terytorium tylko wtedy, gdy sprawa dotyczyła „skutecznej kontroli nad danym obszarem” lub sprawowania

„władzy i kontroli przez przedstawiciela państwa”. Żaden z tych dwóch wyjątków nie miał zastosowania w przedmiotowej sprawie.

105. Niemcy nie miały skutecznej kontroli nad regionem Kunduz i obszarem, na który zrzucono bomby. We wrześniu 2009 r. niemieckie oddziały ISAF w tym regionie były zaangażowane w działania wojenne w strefie walk, która znajdowała się pod kontrolą rebeliantów. Liczba rebeliantów na tym obszarze była prawie tak wysoka jak liczba żołnierzy ISAF. Oddziałom ISAF stacjonującym w Kunduz, gdy tylko opuszczały garnizon, groziło niebezpieczeństwo ataku ze strony rebeliantów lub wpadnięcia w ich pułapki. Oddziały były w stanie jedynie odpowiadać na działania zaczepne i poniosły poważne straty w walkach z rebeliantami. Siła oddziałów ISAF była zdecydowanie zbyt mała – zważywszy na rozległe terytorium około 8 000 kilometrów kwadratowych, dużą liczbę i wysoki poziom organizacji talibskich rebeliantów działających w regionie – aby ISAF mogły skutecznie kontrolować region Kunduz.

106. Jeśli chodzi o jurysdykcję opartą na „sprawowaniu władzy i kontroli przez przedstawiciela państwa”, okoliczności sprawy nie były porównywalne z *Al-Skeini i Inni* lub *Jaloud* (oba wyroki cyt. powyżej). W żadnym momencie misji ISAF w Afganistanie nie było sytuacji porównywalnej z tą panującą w Iraku w latach 2003 i 2004. Misja ISAF koncentrowała się wyłącznie na udzielaniu wsparcia afgańskiemu rządowi cywilnemu w walce z uzbrojonymi rebeliantami i budowaniu afgańskich sił bezpieczeństwa. Afgański rząd cywilny dysponował własnymi siłami bezpieczeństwa, zwłaszcza w rejonie Kunduz. Rankiem po przedmiotowym ataku lotniczym to afgańskie siły bezpieczeństwa oczyściły piaszczysty brzeg rzeki z pozostałej tam broni, przed przybyciem niemieckich i innych jednostek zwiadowczych. Niemiecka jednostka zwiadowcza była w stanie przeszukać teren dopiero po tym, jak jednostka afgańskich sił bezpieczeństwa zapewniła jej ochronę przed atakami talibskich rebeliantów. ISAF nie wykonywały uprawnień rządowych ani nie przejmowały funkcji wykonawczych, na przykład poprzez wykonywanie funkcji policyjnych w celu utrzymania ogólnego bezpieczeństwa i porządku.

107. Atak lotniczy z dnia 4 września 2009 r. nie ustanowił łącznika jurysdykcyjnego między osobami nim dotkniętymi a pozwanym państwem, ponieważ był to natychmiastowy akt eksterytorialny, a przepisy art. 1 nie obejmowały „przyczynowo-skutkowego” pojęcia „jurysdykcji” (Rząd powołał się na *Banković i Inni przeciwko Belgii i Innym* (dec.) [WI], nr 52207/99, § 75, ETPC 2001-XII, oraz *Medvedyev i Inni przeciwko Francji* [WI], nr 3394/03, § 64, ETPC 2010). Nie doprowadziło to do powstania luki w zakresie odpowiedzialności, ponieważ Układające się Państwa musiały przestrzegać swoich zobowiązań wynikających z międzynarodowego prawa humanitarnego.

(β) Brak właściwości *ratione loci* w związku z wszczęciem postępowania karnego

108. Zdaniem Rządu czynności śledcze podjęte przez władze niemieckie nie były, w szczególnych okolicznościach przedmiotowej sprawy, wystarczające, aby skargi na gruncie art. 2 w jego aspekcie proceduralnym były zgodne *ratione loci* z Konwencją. Zarówno sprawa *Güzelyurtlu i Inni przeciwko Cyprowi i Turcji* ([WI], nr 36925/07, wyrok z dnia 29 stycznia 2019 r.), jak i sprawa *Romeo Castaño przeciwko Belgii* (nr 8351/17, wyrok z dnia 9 lipca 2019 r.) dotyczyły wzajemnych obowiązków współpracy, w szczególności obowiązków współpracy na podstawie części proceduralnej art. 2 Konwencji między dwoma Układającymi się Państwami w sprawach karnych w przestrzeni prawnej Konwencji. Łącznik jurysdykcyjny dla takiego obowiązku współpracy wynikał ze szczególnego charakteru Konwencji jako traktatu o zbiorowym egzekwowaniu praw człowieka. Miał na celu zapobieżenie próżni w systemie ochrony praw człowieka między dwoma Układającymi się Państwami w przestrzeni prawnej Konwencji oraz zagwarantowanie, by każde Układające się Państwo mogło wypełnić swoje zobowiązanie proceduralne wynikające z art. 2 Konwencji. Uzasadnienie to ograniczyło zasadę, zgodnie z którą łącznik jurysdykcyjny został ustanowiony przez wszczęcie śledztwa w sprawie zgonów, które miały miejsce poza terytorium państwa, do przypadków, w których co najmniej dwa Układające się Państwa muszą przyjąć odpowiedzialność za zbiorowe egzekwowanie Konwencji.

109. Przedmiotowa sprawa nie dotyczyła uchybienia ze strony Niemiec w przyjęciu odpowiedzialności za zbiorowe egzekwowanie Konwencji. W grę nie wchodziły żadne wzajemne zobowiązania do współpracy między Układającymi się Państwami w sprawach karnych w ramach przestrzeni prawnej Konwencji. Śmierci, które były przedmiotem śledztwa, miały miejsce podczas działań wojskowych poza terytorium państw członkowskich Rady Europy. Szczególny charakter Konwencji jako zbiorowego traktatu wykonawczego między Układającymi się Państwami nie wchodził w grę.

110. Powołując się na sprawy *Güzelyurtlu i Inni* (cyt. powyżej), *Markovic i Inni przeciwko Włochom* ([WI], nr 1398/03, ETPC 2006-XIV) oraz *Chagos Islanders przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* ((dec.), nr 35622/04, postanowienie z dnia 11 grudnia 2012 r.), Rząd twierdził, że wszczęcie śledztwa lub postępowania może ustanowić jurysdykcję jedynie w odniesieniu do środków, które państwo może podjąć wyłącznie w ramach swojej właściwości miejscowej – ograniczając w ten sposób przedmiot kontroli Trybunału do czynów, które miały tam miejsce – lub, w przypadku Turcji w sprawie *Güzelyurtlu i Inni*, na podstawie jurysdykcji ustanowionej w inny sposób. Tam, gdzie prowadzono śledztwa eksterytorialne, jurysdykcja została ustanowiona z uwzględnieniem wyjątkowego charakteru jurysdykcji eksterytorialnej w misjach wojskowych poza terytoriami Układających się Państw (*Al-Skeini i Inni*, § 149 oraz *Jaloud*, § 152, oba cyt. powyżej).

Formalny i natychmiastowy akt Układającego się Państwa w celu podjęcia decyzji o wszczęciu śledztwa karnego nie mógł sam w sobie utworzyć łącznika jurysdykcyjnego i uruchomić obowiązku proceduralnego na mocy art. 2, niezależnie od jakichkolwiek innych okoliczności danej sprawy. Decydujące znaczenie miało to, czy samo kwestionowane śledztwo miało charakter eksterytorialny. Istota zarzutów skarżącego dotyczyła środków śledczych, które zostały lub jego zdaniem powinny zostać podjęte poza terytorium Niemiec i poza ich jurysdykcją. Szczególne wyzwania związane ze śledztwem, które wynikały z eksterytorialnej sytuacji w strefie walk podczas niemieckiego konfliktu zbrojnego, nadal miały decydujący wpływ na późniejsze postępowanie krajowe.

111. Nie było potrzeby rozszerzania zakresu Konwencji w celu uniknięcia luki w odpowiedzialności, ponieważ Niemcy były już zobowiązane przez międzynarodowe prawo humanitarne i krajowe prawo karne do zbadania śmierci cywilów podczas prowadzenia działań wojennych. Ponadto Niemcy były również zobowiązane do przeprowadzenia śledztwa w przedmiotowej sprawie na mocy międzynarodowego prawa karnego. Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego dotyczył jednak jurysdykcji tego sądu, a nie Niemiec w rozumieniu art. 1 Konwencji.

112. Gdyby zakres zastosowania wyroku w sprawie *Güzelyurtlu i Inni* (cyt. powyżej) został rozszerzony na śledztwa w sprawie eksterytorialnych działań wojskowych podczas prowadzenia działań wojennych, które nie wiążą się z wykonywaniem jurysdykcji eksterytorialnej w rozumieniu art. 1, państwa byłyby zobowiązane do wykonywania niemożliwych zadań w zakresie ustalania faktów eksterytorialnie. Takie podejście stanowiłoby również pominięcie istniejącego orzecznictwa w przedmiocie wyjątkowego charakteru jurysdykcji eksterytorialnej i właściwości Trybunału *ratione personae*. Ponadto ustanowienie jurysdykcji na podstawie art. 1 stałoby się arbitralne. Gdyby sam fakt wszczęcia postępowania był wystarczający do powstania łącznika jurysdykcyjnego nawet przy niewykazaniu istnienia innych podstaw dla łącznika jurysdykcyjnego, mogłoby to stanowić zachętę do nieprzewodzenia takich postępowań w ogóle. Ponadto takie podejście mogłoby spowodować niespójne stosowanie Konwencji przez Układające się Państwa uczestniczące w tej samej eksterytorialnej misji wojskowej. Gdyby jedno państwo wszczęło postępowanie, a drugie nie, to drugie państwo mogłoby uniknąć odpowiedzialności na podstawie Konwencji.

113. Szczególne cechy, które wyjątkowo doprowadziły do powstania łącznika jurysdykcyjnego w sprawie *Güzelyurtlu i Inni* (cyt. powyżej), nie występowały w tej sprawie. W szczególności zachowanie wyłącznej jurysdykcji karnej nad niemieckim personelem ISAF w odniesieniu do przestępstw, które mogą zostać przez niego popełnione na terytorium Afganistanu, zgodnie z sekcją I podsekcja 3 porozumienia o statusie sił ISAF (zob. § 75 powyżej) nie stanowiło „szczególnej cechy” na potrzeby powstania łącznika jurysdykcyjnego w rozumieniu art. 1 Konwencji (Rząd powołał się

na *Güzelyurtlu i Inni*, cyt. powyżej, § 190). Owym przepisem była zasada immunitetu, która wyłączała ściganie personelu ISAF przez władze afgańskie. Zachowanie jurysdykcji karnej dotyczyło wewnętrznych stosunków między żołnierzem a państwem wysyłającym. Nie otwierało to cywilnym organom ścigania państw wysyłających wojska możliwości prowadzenia własnych śledztw karnych na terytorium Afganistanu, podobnie jak delegacja uprawnień w odpowiednich rezolucjach Rady Bezpieczeństwa ONZ. Takie śledztwa mogły ingerować w suwerenność Afganistanu. Uprawnienia żandarmerii wojskowej w zakresie prowadzenia śledztw wewnętrznych były ograniczone. Nie wolno im było wzywać afgańskich świadków ani stosować środków śledczych bądź środków przymusu w celu zabezpieczenia dowodów. Te ograniczenia uprawnień Niemiec do prowadzenia śledztw w Afganistanie wzmocniły argument, że to Organizacja Narodów Zjednoczonych była podmiotem odpowiedzialnym, a nie Niemcy. Nie było podstaw do przypisania uprawnień ani jurysdykcji eksterytorialnej w odniesieniu do śledztwa. Zasada podobna do sekcji I podsekcji 3 porozumienia o statusie sił ISAF została również włączona do porozumienia o statusie sił w sprawie *Behrami i Saramati* (cyt. powyżej) i nie wzbudziła tam wątpliwości.

**(b) Skarżący**

114. Skarżący stwierdził, że okoliczności faktyczne skargi zaistniały w ramach jurysdykcji Niemiec w rozumieniu art. 1 Konwencji.

*(i) Powstanie łącznika jurysdykcyjnego poprzez wszczęcie śledztwa karnego*

115. Skarżący twierdził, że śledztwo karne w sprawie śmierci jego synów przeprowadzone przez władze niemieckie było wystarczające do powstania łącznika jurysdykcyjnego dla celów art. 1 między Niemcami a skarżącym. W sprawie *Güzelyurtlu i Inni* (cyt. powyżej) śmierci, które były przedmiotem śledztwa, również miały miejsce poza jurysdykcją terytorialną państwa, w stosunku do którego instytucja śledztwa karnego ustanowiła łącznik jurysdykcyjny. Podejście to było zgodne z charakterem obowiązku proceduralnego wynikającego z art. 2, który przekształcił się w odrębny i autonomiczny obowiązek. Trybunał uznał obowiązek ten za „rozłączny”, który może ciążyć na państwie, nawet jeśli śmierć nastąpiła poza jego jurysdykcją. Podejście to było również zgodne z tymi samymi przesłankami, jak w przypadku spraw *Markovic i Inni* (cyt. powyżej), *Aliyeva i Aliyev przeciwko Azerbejdżanowi* (nr 35587/08, wyrok z dnia 31 lipca 2014 r.) oraz *Gray przeciwko Niemcom* (nr 49278/09, wyrok z dnia 22 maja 2014 r.).

116. W przeciwieństwie do twierdzenia Rządu, obowiązek dążenia do współpracy, jako element obowiązku proceduralnego wynikającego z art. 2, nie ograniczał się do dążenia do wzajemnej współpracy między Układającymi się Państwami. Trybunał wyjaśnił w sprawie *Güzelyurtlu i Inni*

(cyt. powyżej), że istnieją dwa rodzaje spraw, w których obowiązek współpracy może powstać w odniesieniu do obowiązku proceduralnego wynikającego z art. 2. Po pierwsze, istniały przypadki, w których państwo, w ramach własnego obowiązku prowadzenia śledztwa, mogło być zobowiązane do poszukiwania współpracy ze strony innych państw. Po drugie, istniały przypadki, w których państwo mogło być zobowiązane do udzielenia pomocy innemu państwu prowadzącemu śledztwo objęte jego jurysdykcją. Jedynie w odniesieniu do tego ostatniego scenariusza Trybunał wypowiedział się na temat obowiązku wzajemnej współpracy między Układającymi się Państwami w sprawie *Güzelyurtlu i Inni*. Przedmiotowa sprawa dotyczyła jednak tego pierwszego scenariusza, ponieważ odnosiła się do zobowiązania Niemiec do poszukiwania współpracy w prowadzonym przez nie śledztwie. Ani orzecznictwo, ani logika nie ograniczały Niemiec do zabiegania o współpracę wyłącznie wśród innych Układających się Państw.

117. Stwierdzenie, że wszczęcie śledztwa było wystarczające do ustalenia łącznika jurysdykcyjnego, nie przesądziłoby o arbitralności ustanowienia jurysdykcji lub zniechęcałoby do wszczynania śledztw. Nawet jeśli nie wszczęto śledztwa lub postępowania, łącznik jurysdykcyjny oparty na obowiązku proceduralnym nałożonym przez art. 2 istniałby, gdyby sprawa miała „szczególne cechy” (skarżący powołał się na *Güzelyurtlu i Inni*, cyt. powyżej, § 190). Te szczególne cechy zależały od konkretnych okoliczności sprawy i, zdaniem skarżącego, obejmowałyby kwestię, czy na państwie ciążył obowiązek przeprowadzenia śledztwa na mocy prawa krajowego lub międzynarodowego. W przedmiotowej sprawie taki obowiązek istniał zarówno na mocy prawa krajowego, jak i międzynarodowego, co przyznał Rząd, biorąc pod uwagę, że w grę wchodziła odpowiedzialność karna pułkownika K. m.in. za zarzucaną zbrodnię wojenną.

118. Zachowanie jurysdykcji karnej nad swoim personelem zgodnie z sekcją I podsekcja 3 umowy o statusie sił ISAF (zob. §75 powyżej) miało w tym względzie znaczenie. W przeciwieństwie do twierdzeń Rządu, nie była to zasada dotycząca immunitetu, ale jurysdykcji. Niemcy wyraźnie zachowały jurysdykcję karną nad swoim personelem wobec władz afgańskich, ONZ i ISAF. Wzmacniało to argument, że czyny dokonane przez niemieckie podmioty w Afganistanie można było przypisać Niemcom. Ponadto Niemcy zachowały pełną kontrolę nad tym śledztwem, przesłuchały podejrzanego, świadków, zebrały dowody i podjęły czynności dochodzeniowe, które również, choć w niewystarczającym stopniu, zaangażowały skarżącego. Jurysdykcja Niemiec nigdy nie została zakwestionowana w toku śledztwa. Wszystkie zarzucane naruszenia, zarówno na terytorium Niemiec, jak i za granicą, zostały popełnione przez niemieckich urzędników.

119. Gdyby łącznik jurysdykcyjny opierał się jedynie na wszczęciu postępowania w Niemczech, kontrola Trybunału nie ograniczałaby się do środków dochodzeniowych na terytorium Niemiec. Odmienne stanowisko

byłoby sprzeczne z orzecznictwem Trybunału, który postrzegał łącznik jurysdykcyjny zgodnie z charakterem proceduralnego obowiązku przeprowadzenia skutecznego śledztwa. Niektóre z zarzucanych błędów w czynnościach śledczych miały miejsce w Afganistanie, inne w Niemczech. To, że fakty, które spowodowały wszczęcie śledztwa, miały miejsce poza terytorium państw członkowskich Rady Europy, nie było decydującym czynnikiem. Konwencja miała zastosowanie nie tylko w przestrzeni prawnej Układających się Państw. Należało wziąć pod uwagę fakt, że incydent, który wymagał zbadania, był, zdaniem skarżącego, przypisywany Niemcom i podlegał ich eksterytorialnej jurysdykcji.

*(ii) Jurysdykcja Niemiec w odniesieniu do kwestionowanego śledztwa została również ustalona na podstawie innych okoliczności*

120. Skarżący stwierdził, że nawet w przypadku braku śledztwa karnego łącznik jurysdykcyjny dla celów art. 1 zostałby ustanowiony. Fakty leżące u podstaw niniejszej skargi podlegały jurysdykcji eksterytorialnej Niemiec, ponieważ Niemcy sprawowały „kontrolę” nad ofiarami ataku lotniczego. Powołując się na Komentarz ogólny nr 36 Komitetu Praw Człowieka (zob. § 87 powyżej) oraz na sprawę *Al-Skeini i Inni* (cyt. powyżej, § 137), skarżący argumentował, że decydujące znaczenie miało to, że Niemcy były w stanie wywrzeć wpływ na odpowiednie prawa – w przedmiotowej sprawie prawo do życia – synów skarżącego, którzy zginęli w wyniku ataku lotniczego. Nie można dokonać logicznego rozróżnienia między wykonywaniem władzy mogącym wpływać na prawo do życia, a wykonywaniem władzy w kontekście patrolu, punktu kontrolnego lub operacji lotniczej. Fakt, że pułkownik K. zdecydował się nie rozmieszczać wojsk lądowych, lecz użyć ataku lotniczego, nie mógł uzasadniać wyciągnięcia innego wniosku w odniesieniu do jurysdykcji niż ten, do którego doszli *Al-Skeini i Inni* oraz *Jaloud* (oba cyt. powyżej). Atak lotniczy był przejawem wykonywania przez Niemcy władzy publicznej w regionie. Wojska niemieckie działały za zgodą i na zaproszenie rządu afgańskiego i korzystały z niektórych uprawnień publicznych normalnie wykonywanych przez władze lokalne lub suwerenne. Wojska te zostały upoważnione przez Radę Bezpieczeństwa ONZ do wspierania afgańskiego rządu tymczasowego i jego następców w utrzymaniu bezpieczeństwa, między innymi poprzez obsługę punktów kontrolnych, regularne patrole i operacje bezpieczeństwa w walce z rebelią. Całkowity upadek porządku państwa afgańskiego nie był konieczny do ustanowienia łącznika jurysdykcyjnego na tej podstawie.

121. Niemcy sprawowały również skuteczną kontrolę nad obszarem, w którym doszło do ataku lotniczego skutkującego śmiercią synów skarżącego. Dowodzony przez Niemców RC Północ składał się z około 5 600 żołnierzy, a miejsce ataku lotniczego znajdowało się zaledwie siedem kilometrów od bazy PRT Kunduz, gdzie w czasie ataku lotniczego przebywało około 1 500 żołnierzy. Skarżący wskazał na fakt, że skuteczna



kontrola może być ograniczona do konkretnego obszaru, na którym doszło do incydentu, w tym czasie, i nie wymaga, aby państwo działało jako władza okupacyjna (skarżący powołał się na *Jaloud*, cyt. powyżej, §§ 139 i 142, oraz *Issa i Inni przeciwko Turcji*, nr 31821/96, §§ 74 i 76, wyrok z dnia 16 listopada 2004 r.). Niedaleka odległość od niemieckiej bazy oraz możliwość natychmiastowego rozmieszczenia wojsk lądowych i uzyskania bliskiego wsparcia lotniczego – które dotarło na miejsce porwanych cystern w ciągu kilku minut – dowiodły, że obszar, na którym doszło do ataku lotniczego, znajdował się pod skuteczną kontrolą niemiecką. Stan czynnych działań wojennych sam w sobie nie wyklucza możliwości, sprawowania przez państwo w pewnym momencie skutecznej kontroli nad danym obszarem, w szczególności w odniesieniu do prawa do życia ludności na tym obszarze. Trybunał uznał wcześniej, że naruszenia Konwencji popełnione w kontekście konfliktu zbrojnego podlegają jurysdykcji Układającego się Państwa dla celów art. 1, w tym podczas faz czynnych działań wojennych (skarżący odniósł się do sprawy *Hassan przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* [WI], nr 29750/09, ETPC 2014).

122. Fakty, które stanowiły podstawę skargi skarżącego, można również przypisać Niemcom. Skarżący argumentował, że podejście do kryteriów przypisania określone w sprawie *Behrami i Saramati* (cyt. powyżej) zostało udoskonalone w sprawie *Al-Jedda* (cyt. powyżej), która wprowadziła „skuteczną kontrolę” jako jeden z warunków wstępnych przypisania działalności. W wyroku tym Trybunał uznał również, że pewną działalność można przypisać więcej niż jednemu podmiotowi, mianowicie Organizacji Narodów Zjednoczonych i Układającemu się Państwu. Koncepcja wielokrotnego przypisania została już dawno uznana przez Komisję Prawa Międzynarodowego. Podczas gdy COMISAF miał dowództwo operacyjne, Niemcy zachowały pełne dowództwo nad swoimi wojskami (skarżący powołał się na *Jaloud*, cyt. powyżej). Pułkownik K. i niemieckie oddziały nie zostały oddane „do dyspozycji” żadnego obcego mocarstwa ani organizacji międzynarodowej i nie znajdowały się pod „wyłącznym kierownictwem i kontrolą” Rady Bezpieczeństwa ONZ, NATO, COMISAF-u ani żadnego innego państwa. Potwierdza to ciąg wiążących rozkazów wydanych przez pułkownika K. bez udziału jego przełożonych, prowadzących do ataku lotniczego, w wyniku którego zginęli synowie skarżącego. Działalność ta znacznie różniła się od działalności w sprawach *Behrami i Saramati* (cyt. powyżej), podobnie jak ramy prawne działalności wojsk niemieckich w Kunduz.

## 2. Interweniujące strony trzecie

### (a) Rządy Danii, Francji, Norwegii, Szwecji i Zjednoczonego Królestwa

123. Powołując się na *Behrami i Saramati* (cyt. powyżej), interweniujące rządy stwierdziły, że zarzuty skargi skarżącego nie były zgodne *ratione*

*personae* z Konwencją. Rada Bezpieczeństwa ONZ sprawowała ostateczną władzę i kontrolę nad ISAF.

124. Interweniujące rządy twierdziły, że Niemcy nie wykonywały jurysdykcji eksterytorialnej w rozumieniu art. 1. Niemcy nie sprawowały faktycznej kontroli nad przedmiotowym obszarem ani władzy i kontroli przez przedstawiciela państwa.

125. Istniały zasadnicze różnice między przedmiotową sprawą a sprawą *Güzelyurtlu i Inni* (cyt. powyżej). Wszczęcie śledztwa na szczeblu krajowym w sprawie faktów zaistniałych w toku operacji wojskowej za granicą w ramach mandatu organizacji międzynarodowej nie mogło samo w sobie wystarczyć do ustanowienia łącznika jurysdykcyjnego dla celów art. 1. Odmienne stanowisko podważałoby orzecznictwo w sprawach *Behrami i Saramati* oraz *Banković i Inni* i mogłoby prowadzić do powszechnego stosowania Konwencji. Mogłoby to wpłynąć na chęć i zdolność państw do angażowania się w wielostronne operacje wojskowe za granicą i mogłoby mieć negatywny wpływ na państwa wszczynające śledztwa. Międzynarodowe prawo humanitarne stanowiło *lex specialis* regulujące sytuacje konfliktów zbrojnych, a Układające się Państwa musiały przestrzegać jego zobowiązań nawet w przypadku braku zastosowania Konwencji. Międzynarodowe prawo humanitarne nie przewidywało ogólnego obowiązku badania każdej śmierci w konflikcie zbrojnym; obowiązek ten pojawiał się tylko w określonych okolicznościach.

126. W szczególności rządy Francji i Zjednoczonego Królestwa zakwestionowały obowiązek przeprowadzenia śledztwa przez Niemcy, jako że incydent objęty śledztwem należało ich zdaniem przypisywać Organizacji Narodów Zjednoczonych, a nie Niemcom. Sytuacja ta różniła się od zaistniałej w sprawach *Šilih przeciwko Słowenii* ([WI], nr 71463/01, § 159, wyrok z dnia 9 kwietnia 2009 r.) oraz *Janowiec i Inni przeciwko Rosji* ([WI], nr. 55508/07 i 29520/09, § 132, ETPC 2013), które dotyczyły śledztw w sprawie czynów, które miały miejsce poza granicami jurysdykcji temporalnej pozwanego państwa. Rząd Zjednoczonego Królestwa dodał, że byłoby to sprzeczne z zasadą *Monetary Gold* (wyrok w sprawie *złota monetarnego wywiezionego z Rzymu w 1943 r.* (pytanie prejudycjalne) z dnia 15 czerwca 1954 r., I.C.J., Zbiór 1954, s. 19), aby nałożyć obowiązki śledcze, które nieuchronnie wymagałyby oceny roli innych, prawdopodobnie niebędących Układającymi się Państwami, sojuszników.

127. Rządy Francji i Zjednoczonego Królestwa dodały, że sekcja I podsekcja 3 porozumienia o statusie sił ISAF dotyczyła spraw dyscyplinarnych personelu służby i odnosiła się do czynności śledczych mających miejsce w Niemczech. Ani ISAF, ani ONZ, ani władze afgańskie nie miały takich uprawnień dyscyplinarnych. Przepis ten miał ograniczony charakter, który nie pozwalał na szersze wnioski i nie stanowił podstawy do przypisywania odpowiednich czynności śledczych państwom wysyłającym wojska. Nie stanowił „szczególnej cechy” w odniesieniu do jurysdykcji w

rozumieniu art. 1 w sprawach dotyczących aspektu proceduralnego art. 2. Przyglądając się śledztwu odrębnie, należało wziąć pod uwagę ograniczenia prawne narzucone przez ramy prawne Organizacji Narodów Zjednoczonych i misji ISAF, a także prawo afgańskie. Warto zauważyć, że niemieckie organy ścigania nie mogły prowadzić śledztw w Afganistanie.

128. Rządy Francji i Zjednoczonego Królestwa zwróciły uwagę, że Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego dotyczy właściwości tego sądu i zajmuje się indywidualną odpowiedzialnością karną. Podkreślono, że indywidualnej odpowiedzialności karnej nie należy mylić z odpowiedzialnością państwa na podstawie Konwencji, i stwierdzono, że postanowienia statutu rzymskiego nie mogą mieć żadnego wpływu na ustalenie jurysdykcji państwa na podstawie art. 1 Konwencji.

**(b) Centrum Praw Człowieka Uniwersytetu w Essex, Open Society Justice Initiative, Instytut Studiów Międzynarodowych Katolickiego Uniwersytetu Najświętszego Serca w Mediolanie i Rights Watch (Zjednoczone Królestwo)**

129. Open Society Justice Initiative i Instytut Studiów Międzynarodowych Katolickiego Uniwersytetu Najświętszego Serca w Mediolanie stwierdziły, że w prawie międzynarodowym istnieje tendencja do uznawania obowiązków proceduralnych państw w przypadku, gdy sprawują one bezpośrednią kontrolę lub władzę nad prawami ofiary, niezależnie od tego, gdzie incydent miał miejsce, i niezależnie od tego, czy państwo sprawowało również jurysdykcję nad materialnym prawem ofiary na gruncie art. 2.

130. Alternatywnie, gdyby jurysdykcja nad materialnym prawem ofiary na gruncie art. 2 była wymagana w celu ustalenia, czy powstało zobowiązanie proceduralne, Open Society Justice Initiative i Rights Watch (UK) wskazały coraz powszechniej uznawany pogląd, że międzynarodowe zobowiązania wynikające z praw człowieka powstają wówczas, gdy państwo sprawuje władzę, kontrolę lub zwierzchnictwo nad prawami danej osoby. Centrum Praw Człowieka Uniwersytetu w Essex stwierdziło, że jurysdykcja eksterytorialna istnieje w odniesieniu do prawa do życia z powodu namierzania lub użycia siły. Rights Watch (UK) i Instytut Studiów Międzynarodowych Katolickiego Uniwersytetu Najświętszego Serca w Mediolanie opowiedziały się za funkcjonalnym podejściem do analizy jurysdykcji, jak przewidział sędzia Bonello w swojej opinii w sprawie *Al-Skeini i Inni* (cyt. powyżej).

131. Open Society Justice Initiative dodała, że jeśli międzynarodowe prawo humanitarne miało zastosowanie do konfliktu i danego incydentu eksterytorialnego, to wówczas państwo było związane międzynarodowymi zobowiązaniami w zakresie prawa humanitarnego do przeprowadzenia śledztwa i nie ma dalszego sporu w kwestii jurysdykcji.

### 3. Ocena Trybunału

#### (a) W kwestii zasad mających zastosowanie

132. Skarżący złożył skargę wyłącznie na podstawie aspektu proceduralnego art. 2 Konwencji w sprawie postępowania karnego dotyczącego ataku lotniczego, w którym zginęli jego dwaj synowie. W wyroku *Güzelyurtlu i Inni* (cyt. powyżej) Trybunał niedawno określił zasady dotyczące występowania „łącznika jurysdykcyjnego” dla celów art. 1 Konwencji w sprawach o śmierć poza terytorium Układającego się Państwa, w odniesieniu do którego powstał obowiązek proceduralny na mocy art. 2 Konwencji. Po podsumowaniu dotychczasowego orzecznictwa w tym zakresie Trybunał orzekł:

#### “(b) Podejście Trybunału

188. W świetle wyżej przytoczonego orzecznictwa wydaje się, że jeżeli organy śledcze lub sądowe Układającego się Państwa wszczynają własne śledztwo lub postępowanie karne w sprawie śmierci, która nastąpiła poza jurysdykcją tego państwa, na podstawie ich prawa krajowego (np. na podstawie przepisów o jurysdykcji powszechnej lub w oparciu o zasadę osobowości czynnej lub biernej), to wszczęcie tego śledztwa lub postępowania jest wystarczające do ustalenia łącznika jurysdykcyjnego dla celów Artykułu 1 pomiędzy tym Państwem a krewnymi ofiary, którzy następnie wnoszą sprawę do Trybunału (zob. *mutatis mutandis*, *Markovic i Inni*, cyt. powyżej, §§ 54–55).

189. Trybunał pragnie podkreślić, że takie podejście jest również zgodne z charakterem proceduralnego obowiązku przeprowadzenia skutecznego śledztwa na podstawie art. 2, który przekształcił się w odrębny i autonomiczny obowiązek, mimo że uruchamiają go akty dotyczące aspektów materialnych tego przepisu (zob. *Šilih przeciwko Słowenii* [WI], nr 71463/01, § 159, wyrok z dnia 9 kwietnia 2009 r., oraz *Janowiec i Inni przeciwko Rosji* [WI], nr. 55508/07 i 29520/09, § 132, EKPC 2013). W tym sensie można je uznać za rozłączne zobowiązanie wynikające z art. 2 i wiążące państwo nawet wtedy, gdy śmierć nastąpiła poza jego jurysdykcją (zob. *mutatis mutandis*, *Šilih*, § 159, w odniesieniu do zgodności (*ratione temporis*)).

190. W przypadku, gdy w Układającym się Państwie nie wszczęto śledztwa lub postępowania zgodnie z jego prawem krajowym, w sprawie śmierci, która nastąpiła poza jego jurysdykcją, Trybunał będzie musiał ustalić, czy można w każdym przypadku ustalić łącznik jurysdykcyjny, aby obowiązek proceduralny nałożony na mocy art. 2 znalazł zastosowanie w odniesieniu do tego państwa. Chociaż obowiązek proceduralny wynikający z art. 2 będzie co do zasady realizowany wyłącznie w odniesieniu do Układającego się Państwa, którego jurysdykcji podlegał zmarły w chwili śmierci, „szczególne cechy” danej sprawy będą uzasadniać odejście od tego podejścia, według zasad sformułowanych w sprawie *Rantsev [przeciwko Cyprowi i Rosji]*, nr 25965/04], §§ 243–244 [ETPC 2010]. Trybunał nie uważa jednak, że musi określić *in abstracto*, które „szczególne cechy” powodują wystąpienie łącznika jurysdykcyjnego w odniesieniu do proceduralnego obowiązku przeprowadzenia śledztwa na podstawie art. 2, ponieważ cechy te będą z konieczności zależeć od szczególnych okoliczności każdej sprawy i mogą się znacznie różnić w zależności od sprawy”.

133. Stosując te zasady w rozpatrywanej sprawie, Trybunał stwierdził, że „łącznik jurysdykcyjny” między skarżącymi – którzy złożyli skargę na podstawie proceduralnej części art. 2 w odniesieniu do śmierci ich krewnych

w części Cypru kontrolowanej przez rząd cypryjski – a Turcją został ustalony na dwóch podstawach, z których każda wystarczyłaby sama w sobie do ustalenia takiego łącznika jurysdykcyjnego w zakresie tej sprawy (zob. *Güzelyurtlu i Inni*, cyt. powyżej, §§ 191–196). Łącznik jurysdykcyjny został ustanowiony, po pierwsze, ponieważ władze „Tureckiej Republiki Cypru Północnego” („TRNC”) wszczęły własne postępowanie karne w sprawie zabójstwa krewnych skarżących, przez co sądy „TRNC” uzyskały jurysdykcję karną nad osobami, które popełniły zbrodnie, niezależnie od tego, gdzie na obszarze całej wyspy Cypr się znajdowały, co zatem nakładało na Turcję odpowiedzialność na mocy Konwencji. Łącznik jurysdykcyjny został również ustanowiony, ponieważ istniały dwie szczególne cechy związane z sytuacją na Cyprze: (i) północna część Cypru znajdowała się pod skuteczną kontrolą Turcji dla celów Konwencji, co uzasadniało odejście od ogólnego podejścia ustalonego w sprawie *Rantsev* (cyt. powyżej), a zatem wiązało się z proceduralnym obowiązkiem Turcji na mocy art. 2; oraz (ii) władze tureckie wiedziały o obecności podejrzanych o morderstwo na terytorium kontrolowanym przez Turcję i „TRNC” i uniemożliwiły Cyprovi wypełnienie zobowiązań wynikających z Konwencji.

**(b) Zastosowanie tych zasad w przedmiotowej sprawie**

134. Władze niemieckie wszczęły, zgodnie z prawem krajowym, postępowanie karne w sprawie śmierci dwóch synów skarżącego i innych cywilów w związku z atakiem lotniczym w dniu 4 września 2009 r. w pobliżu Kunduz.

135. Nie kwestionując zasad określonych w sprawie *Güzelyurtlu i Inni* (cyt. powyżej) oraz zastosowania tych zasad do okoliczności faktycznych tej sprawy, Trybunał uznał, że istnieją istotne różnice między przytoczoną a przedmiotową sprawą. W opinii Trybunału zasada, zgodnie z którą wszczęcie krajowego postępowania karnego lub postępowania w sprawie śmierci do których doszło poza jurysdykcją *ratione loci* tego państwa, a nie w ramach wykonywania jego jurysdykcji eksterytorialnej, jest *samo w sobie* wystarczające do ustalenia łącznika jurysdykcyjnego między tym państwem a krewnymi ofiary, którzy wnoszą skargę do Trybunału (*ibid.*, §§ 188, 191 i 196), nie ma zastosowania do okoliczności faktycznych w przedmiotowej sprawie. Przedmiotowa sprawa rzeczywiście różni się od sprawy *Güzelyurtlu i Inni* tym, że śmierci objęte śledztwem przez niemieckie organy ścigania miały miejsce w kontekście eksterytorialnej operacji wojskowej w ramach mandatu udzielonego rezolucją Rady Bezpieczeństwa ONZ działającej na podstawie rozdziału VII Karty Narodów Zjednoczonych, poza terytorium Układających się Państw Konwencji. Przyjmując takie podejście, Trybunał ma również na uwadze obawy podniesione przez pozwany Rząd i interweniujące rządy, że ustalenie łącznika jurysdykcyjnego jedynie na podstawie wszczęcia śledztwa może mieć zniechęcający wpływ na wszczynanie śledztw na szczeblu krajowym w sprawach dotyczących

śmierci, do których doszło w ramach eksterytorialnych operacji wojskowych oraz skutkować niespójnym stosowaniem Konwencji w odniesieniu do Układających się Państw uczestniczących w tej samej operacji. Gdyby sam fakt wszczęcia krajowego śledztwa karnego w sprawie jakiegokolwiek śmierci, która miała miejsce w dowolnym miejscu na świecie, był wystarczający do ustalenia łącznika jurysdykcyjnego bez żadnych dodatkowych wymogów, to zakres stosowania Konwencji uległby nadmiernemu rozszerzeniu.

136. Jednakże w sprawie *Güzelyurtlu i Inni* Trybunał stwierdził że łącznik jurysdykcyjny został również ustalony ze względu na „szczególne cechy” tej sprawy. Uznał, że takie szczególne cechy, których nie zdefiniował *in abstracto*, mogą ustanowić łącznik jurysdykcyjny powodujący realizację obowiązku proceduralnego nałożonego w art. 2, nawet w przypadku braku wszczęcia śledztwa lub postępowania w Układającym się Państwie w odniesieniu do śmierci, która nastąpiła poza jego jurysdykcją (*ibid.*, § 190). Ma to również zastosowanie w odniesieniu do sytuacji eksterytorialnych poza przestrzenią prawną Konwencji (zob. *mutatis mutandis*, *Markovic i Inni*, cyt. powyżej, §§ 54–55), jak również w odniesieniu do zdarzeń mających miejsce w fazie aktywnych działań wojennych w konflikcie zbrojnym (zob. sprawa *Gruzja przeciwko Rosji (II)* [WI], nr 38263/08, §§ 329–332, 21 stycznia 2021 r.).

137. W przedmiotowej sprawie Trybunał uznał, po pierwsze, że Niemcy były zobowiązane na mocy zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego do zbadania spornego ataku lotniczego, ponieważ dotyczył on indywidualnej odpowiedzialności karnej członków niemieckich sił zbrojnych za zarzucaną zbrodnię wojenną (zob. w szczególności reguła 158 *zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego* sformułowana przez MKCK), oraz zobowiązania państw biorących udział w operacjach wielonarodowych pod auspicjami organizacji międzynarodowej do zapewnienia poszanowania całego międzynarodowego prawa humanitarnego, w tym zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego, przez ich kontyngenty krajowe, m.in. poprzez wykonywanie uprawnień dyscyplinarnych i karnych, o których mowa w § 83 powyżej; zob. również Podstawowe zasady i wytyczne ONZ, przywołane w § 86 powyżej, oraz dalsze wytyczne międzynarodowych organów ochrony praw człowieka, przywołane w §§ 87–89 powyżej). Istnienie obowiązku przeprowadzenia śledztwa na mocy prawa międzynarodowego, z którym pozwany Rząd zgodził się w przedmiotowej sprawie, świadczy o powadze zarzucanego przestępstwa (zob. także *Gruzja przeciwko Rosji (II)*, cyt. powyżej, § 331).

138. Trybunał uznał, po drugie, że władze afgańskie nie mogły, ze względów prawnych, same wszcząć postępowania przeciwko pułkownikowi K. i sierżantowi sztabowemu W. w sprawie o zarzucane im przestępstwa. Zgodnie z sekcją I podsekcja 3 porozumienia o statusie sił ISAF, państwa wysyłające oddziały faktycznie zachowały wyłączną jurysdykcję nad personelem, który wysłały do ISAF w odniesieniu do wszelkich przestępstw

lub przewinień dyscyplinarnych, które ich oddziały mogą popełnić na terytorium Afganistanu (zob. § 75 powyżej), co jest powszechną praktyką państw wysyłających oddziały w misjach wojskowych autoryzowanych przez Organizację Narodów Zjednoczonych. Pozwany Rząd i rządy stron trzecich stwierdziły, że przepis ten ustanawia zasadę immunitetu. Zdaniem Trybunału jest to prawdą w zakresie, w jakim chroni personel ISAF z państw wysyłających wojska przed ściganiem przez władze afgańskie. Jednocześnie jednak jest to również przepis regulujący jurysdykcję, jak podniósł skarżący: wyjaśnia, kto ma jurysdykcję nad personelem ISAF w sprawach karnych i stanowi, że tylko państwa wysyłające oddziały są uprawnione do wszczęcia śledztwa lub postępowania karnego przeciwko personelowi, który wysyła do ISAF, nawet w przypadku zarzucanych zbrodni wojennych. Niewykonywanie przez państwa wysyłające wojska jurysdykcji karnej w celu zbadania zarzutów popełnienia przestępstw przez ich personel, który wysyła do ISAF (lub innych wielonarodowych misji wojskowych), może prowadzić do sytuacji bezkarności, również w odniesieniu do przestępstw pociągających za sobą indywidualną odpowiedzialność karną na mocy prawa międzynarodowego.

139. Po trzecie, niemieckie organy ścigania były również zobowiązane na mocy prawa krajowego do wszczęcia śledztwa, co potwierdził Rząd. Śledztwo zostało przeprowadzone przez Federalnego Prokuratora Generalnego, ponieważ dotyczyło potencjalnej odpowiedzialności pułkownika K. i sierżanta sztabowego W., dwóch obywateli niemieckich, m.in. za zbrodnię wojenną określoną w Kodeksie przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu. Federalny Prokurator Generalny ma wyłączną kompetencję do ścigania przestępstw na podstawie tego Kodeksu (zob. § 101 powyżej), które podlegają zasadzie jurysdykcji powszechnej (zob. § 95 powyżej) i zasadzie obowiązkowego ścigania. Zgodnie z prawem krajowym władze niemieckie mogły zrezygnować z takiego śledztwa tylko wtedy, gdy zarzucane przestępstwo zostało zbadane albo przed międzynarodowym trybunałem, albo przez władze, na których terytorium miało dojść do przestępstwa lub których obywatele byli ofiarami (zob. § 96 powyżej). Dwa ostatnie scenariusze zostały wykluczone w przedmiotowej sprawie, gdyż Niemcy zachowały wyłączną jurysdykcję nad swoimi żołnierzami, zgodnie z umową o statusie sił ISAF, w odniesieniu do wszelkich przestępstw, które mogą popełnić na terytorium Afganistanu.

140. W związku z tym Trybunał zauważył, że przestępstwa zagrożone karą na podstawie niemieckiego Kodeksu przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu mają poważny charakter. Kodeks i związane z nim przepisy Kodeksu postępowania karnego zostały przyjęte w kontekście ratyfikacji przez Niemcy statutu rzymskiego w celu umożliwienia śledztwa i ścigania tych przestępstw na szczeblu krajowym oraz uniknięcia bezkarności (zob. § 94 powyżej).

141. Trybunał zauważa ponadto, że zgodnie z dostępnymi mu informacjami w większości Układających się Państw, które uczestniczą w operacjach wojskowych za granicą, właściwe organy krajowe są zobowiązane na mocy prawa krajowego do prowadzenia postępowań w sprawie zbrodni wojennych lub bezprawnych śmierci, o popełnienie których za granicą podejrzewa się członków ich sił zbrojnych, zaś obowiązek prowadzenia śledztw jest uważany za, co do zasady, autonomiczny (zob. § 90 powyżej).

142. W przedmiotowej sprawie fakt, że Niemcy zachowały wyłączną jurysdykcję nad swoimi wojskami w odniesieniu do poważnych przestępstw, a ponadto były zobowiązane do prowadzenia śledztw na mocy prawa międzynarodowego i krajowego, stanowi „szczególne cechy”, które łącznie powodują występowanie łącznika jurysdykcyjnego dla celów art. 1 Konwencji w kontekście proceduralnego obowiązku prowadzenia śledztwa na podstawie art. 2.

143. Trybunał zauważa, że skarżący nie złożył skargi na akt materialny, który spowodował powstanie obowiązku przeprowadzenia śledztwa. Nie musi zatem badać, czy dla celów art. 1 Konwencji istnieje również łącznik jurysdykcyjny w odniesieniu do jakiegokolwiek istotnego obowiązku wynikającego z art. 2. Podkreśla jednak, że z samego ustanowienia łącznika jurysdykcyjnego odnoszącego się do obowiązku proceduralnego na podstawie art. 2 nie wynika, że akt materialny podlega jurysdykcji Układającego się Państwa lub że akt ten może być przypisany temu Państwu.

144. W związku z tym zakres przedmiotowej sprawy jest ograniczony do działań i zaniechań śledczych niemieckiego personelu wojskowego w Afganistanie, które zostały podjęte z racji zachowania wyłącznej jurysdykcji na mocy porozumienia o statusie sił ISAF nad niemieckimi żołnierzami w odniesieniu do wszelkich przestępstw karnych lub przewinień dyscyplinarnych, które żołnierze ci mogą popełnić na terytorium Afganistanu, a także do działań i zaniechań prokuratury i organów sądowych w Niemczech. Mogą one stanowić podstawę odpowiedzialności Niemiec na mocy Konwencji (porównaj *Jaloud*, cyt. powyżej, §§ 154–155).

145. Trybunał nie przeoczył ograniczeń dotyczących uprawnień Niemiec do prowadzenia śledztw w Afganistanie ani faktu, że śmierci będące przedmiotem śledztwa, miały miejsce w kontekście czynnych działań wojennych. Jednakże takie okoliczności same w sobie nie wykluczają stwierdzenia, że mogły być konieczne dalsze czynności śledcze, także na terytorium Afganistanu, w tym skorzystanie z międzynarodowej pomocy prawnej i nowoczesnej technologii. Konkretnie zarzuty dotyczące śledztwa odnoszą się do zakresu i treści obowiązku proceduralnego wynikającego z art. 2 spoczywającego na władzach niemieckich, a tym samym do przedmiotu skargi (zob. *Güzelyurtlu i Inni*, cyt. powyżej, § 197).



## B. Dalsze zastrzeżenie Rządu

### 1. *Stanowiska stron*

146. Rząd stwierdził, że skarżący nie wyczerpał wszystkich krajowych środków odwoławczych dotyczących zarzutów braku niezależności – zarówno w Afganistanie (zob. § 158 poniżej), jak i w Niemczech (z powodu nacisków rzekomo wywieranych przez Federalne Ministerstwo Obrony na Prokuratora Generalnego w Dreźnie oraz z powodu abstrakcyjnej możliwości wydawania przez Federalne Ministerstwo Sprawiedliwości wiążących dyrektyw Prokuratorowi Generalnemu) – oraz przekroczenia rozsądnego czasu trwania śledztw (zob. §§ 164–166 poniżej). Nie podniósł tych zarzutów, nawet co do istoty, ani w swojej skardze konstytucyjnej do Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, ani we wniosku o wniesienie oskarżenia publicznego przed Sądem Apelacyjnym w Düsseldorfie. Jego nieokreślone odniesienia do ogólnego obowiązku prowadzenia skutecznych śledztw na podstawie art. 2 Konwencji nie były wystarczające w tym względzie. Nie wymienił odpowiednich kryteriów w odniesieniu do tych konkretnych skarg i nie przedstawił żadnych argumentów. Nie rozwinął nawet tych aspektów w opisie stanu faktycznego śledztwa, który przedstawił w swoich uwagach.

147. Skarżący twierdził, że wyczerpał krajowe środki odwoławcze, co jest wymagane przez art. 35 ust. 1 Konwencji. Przed sądami krajowymi podniósł zarzuty, które obecnie przywołuje przed Trybunałem, przynajmniej co do istoty. Zarówno we wniosku o wniesienie oskarżenia publicznego, jak i w skardze konstytucyjnej szczegółowo opisał przebieg i czas trwania śledztwa oraz zarzucił szereg niedociągnięć, odnosząc się do wynikającego z art. 2 Konwencji obowiązku przeprowadzenia skutecznego śledztwa. Federalny Trybunał Konstytucyjny miał możliwość wydać rozstrzygnięcie w sprawie zarzutów wniesionych przez skarżącego. Sytuacja była podobna do sytuacji w sprawie *Hentschel i Stark przeciwko Niemcom* (nr 47274/15, wyrok z dnia 9 listopada 2017 r.).

### 2. *Ocena Trybunału*

148. Trybunał powtarza, że celem zasady wyczerpania środków odwoławczych jest umożliwienie Układającemu się Państwu zajęcia się konkretnym zarzucanym mu naruszeniem Konwencji, a tym samym zapobieżenie mu lub naprawienie go. Prawdą jest, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału nie zawsze jest konieczne, aby w postępowaniu krajowym wyraźnie powołano się na Konwencję, pod warunkiem, że skarga została złożona „przynajmniej co do istoty”. Oznacza to, że skarżący musi podnieść argumenty prawne o takim samym lub podobnym skutku na podstawie prawa krajowego, aby dać sądom krajowym możliwość naprawienia zarzucanego naruszenia. Jednakże, jak wynika z orzecznictwa

Trybunału, rzeczywiste zapewnienie Układającemu się Państwu możliwości zapobieżenia lub naprawienia zarzucanego naruszenia wymaga uwzględnienia nie tylko faktów, ale również argumentów prawnych skarżącego, w celu ustalenia, czy skarga przedłożona Trybunałowi została rzeczywiście wcześniej podniesiona co do jej istoty przed władzami krajowymi. Wynika to z faktu, że „byłoby to sprzeczne z subsydiarnym charakterem mechanizmów konwencyjnych, gdyby skarżący, ignorując ewentualny argument wynikający z Konwencji, mógł powołać się na jakąś inną podstawę przed władzami krajowymi w celu zakwestionowania spornego środka, a następnie wnieść skargę do Trybunału na podstawie argumentu wynikającego z Konwencji” (zob. m.in. *Radomilja i Inni przeciwko Chorwacji* [WI], skargi nr 37685/10 i 22768/12, § 117, 20 marca 2018 r. i przytoczone tam orzecznictwo).

149. W przypadku gdy skarżący zarzuca brak skutecznego śledztwa na podstawie art. 2 lub art. 3 Konwencji w ich aspekcie proceduralnym, dla zapewnienia zgodności z art. 35 § 1 Konwencji, w tym w odniesieniu do argumentów prawnych, które nie zostały wyraźnie podniesione na poziomie krajowym, wystarczające jest, jeśli skarżący zakwestionował skuteczność tego śledztwa przed właściwym sądem krajowym i, opisując szczegółowo przebieg i czas trwania śledztwa oraz późniejszego postępowania sądowego, odniósł się do istotnych elementów faktycznych, tak aby sąd ten mógł ocenić skuteczność śledztwa (por. *Hentschel i Stark*, cyt. powyżej, §§ 64 i 66). W związku z tym Trybunał przypomina, że zgodność z wymogiem proceduralnym art. 2 podlega ocenie na podstawie kilku istotnych parametrów, które są ze sobą powiązane i które, rozpatrywane łącznie, a nie oddzielnie, umożliwiają ocenę stopnia skuteczności śledztwa (zob. *Mustafa Tunç i Fecire Tunç przeciwko Turcji* [WI], nr 24014/05, § 225, wyrok z dnia 14 kwietnia 2015 r.).

150. W przedmiotowej sprawie nie jest kwestią sporną, że skarżący zakwestionował skuteczność śledztwa przed Federalnym Trybunałem Konstytucyjnym i że odwołał się do obowiązku proceduralnego wynikającego z art. 2 Konwencji. Sporne między stronami jest natomiast to, czy w opisie stanu faktycznego śledztwa i postępowania sądowego w swoich pismach do Federalnego Trybunału Konstytucyjnego skarżący wystarczająco rozwinął pewne aspekty, które później w skardze do Trybunału uznał za uchybienia w postępowaniu.

151. Trybunał zauważa, że skarżący opisał w swojej skardze konstytucyjnej ocenę na miejscu przeprowadzoną przez zespół PRT Kunduz w następstwie ataku lotniczego, raport niemieckiej żandarmerii wojskowej oraz przebieg śledztwa podjętego przez niemieckie organy ścigania. W ten sposób odniósł się przed Federalnym Trybunałem Konstytucyjnym do istotnych elementów faktycznych w związku z postawionymi zarzutami dotyczącymi opóźnień w ocenie na miejscu przeprowadzonej przez niemiecki kontyngent wojskowy po ataku lotniczym, braku niezależności osób

zaangażowanych w te czynności, opóźnienia we wszczęciu formalnego postępowania karnego i braku skuteczności wstępnych śledztw. Trybunał stwierdza, że skarżący odniósł się w ten sposób przed Federalnym Trybunałem Konstytucyjnym do istotnych elementów faktycznych dotyczących powyższych aspektów, by umożliwić temu sądowi ocenę skuteczności śledztwa. Zarzut Rządu dotyczący niewyczerpania krajowych środków odwoławczych musi zatem zostać oddalony w odniesieniu do tych aspektów.

152. Natomiast skarga konstytucyjna skarżącego nie odnosiła się do rzekomego braku niezależności śledztwa w Niemczech. Trybunał uważa, że można pozostawić otwartą kwestię, czy skarżący wyczerpał krajowe środki odwoławcze w odniesieniu do tego konkretnego argumentu, ponieważ jest on w każdym razie niedopuszczalny jako oczywiście nieuzasadniony. Trybunał uważa, że wzajemne relacje między Federalnym Ministerstwem Obrony a Prokuratorem Generalnym w Dreźnie w kontekście wstępnego śledztwa prowadzonego przez tego ostatniego (zob. § 30 powyżej) od samego początku nie mogły wpłynąć na niezależność śledztwa, biorąc pod uwagę, że Prokurator Generalny, który wszczął wstępne śledztwo w dniu 8 września 2009 r. (zob. § 30 powyżej), miał wyłączne kompetencje do prowadzenia śledztw i ścigania przestępstw na podstawie Kodeksu przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu oraz że Prokurator Generalny w Dreźnie był prawnie zobowiązany do niezwłocznego przekazania śledztwa w sprawie odpowiedzialności pułkownika K. za przestępstwa na podstawie tego kodeksu Prokuratorowi Generalnemu (zob. § 101 powyżej). Nic nie wskazuje na to, by Federalne Ministerstwo Obrony próbowało wpływać na śledztwo Federalnego Prokuratora Generalnego lub ingerować w to postępowanie. Co więcej, braku niezależności nie można wywnioskować z abstrakcyjnej możliwości wydawania przez Federalne Ministerstwo Sprawiedliwości wiążących dyrektyw dla Federalnego Prokuratora Generalnego, ponieważ bezsporne jest, że w przedmiotowej sprawie nie wydano takich dyrektyw (zob. *Mustafa Tunç i Fecire Tunç*, cyt. powyżej, § 222).

### C. Wnioski

153. Wyłączając zarzuty dotyczące braku niezależności śledztwa przeprowadzonego w Niemczech, skarga nie jest oczywiście bezzasadna w rozumieniu art. 35 ust. 3 lit. a) Konwencji. Nie jest ona też niedopuszczalna na jakiegokolwiek innej podstawie. W związku z tym Trybunał uznaje ją za dopuszczalną.

## II. PRZEDMIOT SKARGI

154. Skarżący zarzucił na podstawie art. 2 Konwencji, że śledztwo w sprawie ataku lotniczego, w którym zginęli m.in. jego dwaj synowie, nie

było skuteczne. Oprócz nieprawidłowości w śledztwie, skarżący zarzucił również, powołując się na art. 13 Konwencji w związku z art. 2, że nie dysponował skutecznym krajowym środkiem odwoławczym, aby zaskarżyć postanowienie niemieckiego Federalnego Prokuratora Generalnego o umorzeniu śledztwa.

155. Ponieważ istotą skargi skarżącego jest twierdzenie, że żadna osoba nie była ścigana za śmierć jego synów, Trybunał uznaje za właściwe zbadanie skarg wyłącznie na podstawie proceduralnego aspektu art. 2 Konwencji (zob. *Armani Da Silva przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* [WI], nr 5878/08, §§ 291–292, 30 marca 2016 r., oraz *Hentschel i Stark*, cyt. powyżej, § 45). Przepis ten brzmi jak następuje:

„1. Prawo każdego człowieka do życia jest chronione przez ustawę. Nikt nie może być umyślnie pozbawiony życia, wyjąwszy przypadki wykonania wyroku sądowego skazującego za przestępstwo, za które ustawa przewiduje taką karę.

2. Pozbawienie życia nie będzie uznane za sprzeczne z tym artykułem, jeżeli nastąpi w wyniku bezwzględnego koniecznego użycia siły:

- a) w obronie jakiegokolwiek osoby przed bezprawną przemocą;
- b) w celu wykonania zgodnego z prawem zatrzymania lub uniemożliwienia ucieczki osobie pozbawionej wolności zgodnie z prawem;
- c) w działaniach podjętych zgodnie z prawem w celu stłumienia zamieszek lub powstania”.

## A. Stanowiska stron

### 1. Skarżący

156. Skarżący stwierdził, że prawo do tego, by nie być arbitralnie pozbawionym życia ma również zastosowanie w czasie konfliktu zbrojnego, podobnie jak obowiązek przeprowadzenia skutecznego śledztwa na podstawie art. 2 Konwencji w jego aspekcie proceduralnym. Międzynarodowe prawo humanitarne zostało już uwzględnione w art. 15 ust. 2 Konwencji i nie miało tutaj zastosowania. Jednak nawet gdyby międzynarodowe prawo humanitarne miało zastosowanie w przedmiotowej sprawie, śledztwo wciąż musi spełniać standardy międzynarodowego prawa humanitarnego i międzynarodowego prawa człowieka w zakresie niezależności, bezstronności, dokładności, skuteczności, czasu trwania i transparentności. Standardy Konwencji nie przestały obowiązywać, nawet jeśli Konwencja była interpretowana w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego.

157. Śledztwo w przedmiotowej sprawie było nieskuteczne, ponieważ (i) nie było prowadzone przez dostatecznie niezależne osoby; (ii) zebrane dowody były jednostronne i podjęto niewystarczające czynności śledcze w celu ustalenia faktów, a okoliczności towarzyszące nie zostały w ogóle zbadane; (iii) śledztwo nie zostało wszczęte niezwłocznie i nie zostało

przeprowadzone z należytą starannością; oraz (iv) skarżący jako najbliższy krewny nie był wystarczająco zaangażowany.

**(a) Skuteczność śledztwa**

*(i) Niezależność*

158. Zdaniem skarżącego osobom odpowiedzialnym za czynności śledcze i prowadzącym je w Afganistanie brakowało wymaganej niezależności od osób uwikłanych w atak lotniczy z dnia 4 września 2009 r. Członkowie zespołu, który przeprowadził wstępny zwiad na miejscu jedenaście godzin po ataku lotniczym, byli bezpośrednimi współpracownikami podejrzanych. Ponieważ służyli pod dowództwem pułkownika K., pozostawali nawet w stosunku hierarchicznej podległości względem niego. Wszyscy zaangażowani śledczy byli częścią niemieckiego kontyngentu wojskowego w Afganistanie i żaden z zespołów nie skoncentrował się na zabezpieczeniu dowodów ani ustaleniu odpowiedzialności. Żołnierze zaangażowani w atak lotniczy nie zostali od siebie odseparowani, co wiązało się z ryzykiem zмовы.

*(ii) Zebrane dowody były niewystarczające*

159. Skarżący stwierdził, że niemieccy prokuratorzy nie przeprowadzili żadnych czynności śledczych w Afganistanie. Brak wizyty na miejscu ataku lotniczego wskazywał na naruszenie art. 2. Federalny Prokurator Generalny oparł swoją decyzję niemal wyłącznie na ustaleniach faktycznych pochodzących ze źródeł zewnętrznych, w szczególności pozyskanych od personelu wojskowego, które nie zostały poczynione ani w celu ustalenia odpowiedzialności karnej, ani zgodnie z przepisami postępowania karnego. Federalny Prokurator Generalny nie skorzystał z listy potencjalnych ofiar cywilnych przekazanej przez UNAMA i nie skontaktował się z krewnymi osób pokrzywdzonych w Afganistanie, czyli m.in. ze skarżącym.

160. Przebieg śledztwa wskazywał, że jego wynik był z góry ustalony. Śledztwo Federalnego Prokuratora Generalnego rozpoczęło się według sztywnego, pięcio- lub sześciotygodniowego harmonogramu, który nie pozostawiał miejsca na dodatkowe czynności. Zgodnie z tym harmonogramem miała zostać podjęta tylko jedna dalsza czynność śledcza, mianowicie przesłuchanie dwóch podejrzanych i dwóch świadków: obaj świadkowie to podwładni pułkownika K., którzy byli obecni na stanowisku dowodzenia w czasie ataku lotniczego. To przesłuchanie wydawało się być czystą formalnością. W rzetelnym śledztwie z nieprzesądzonym wynikiem powinno być miejsce na podjęcie innych czynności śledczych.

161. śledztwo nie spełniło swojego celu, jakim było ustalenie okoliczności towarzyszących wydarzeniom i ustalenie, czy użyta siła była zgodna z prawem. Pozostawiono znaczny stopień niepewności co do zgodności ataku lotniczego z międzynarodowym prawem humanitarnym.

Nigdy nie ustalono liczby ofiar i ich statusu jako cywilów lub bojowników ani nie wyjaśniono znaczenia pojęć „rebeliant” lub „talib” – które były szerokie i nie definiowały legalnych celów wojskowych. Nie można było zatem ocenić oczekiwanej korzyści wojskowej względem możliwego do przewidzenia pozbawienia życia cywilów, a tym samym, czy użycie siły było nadmierne. Rzeczywiste okoliczności powinny zostać zbadane poprzez przesłuchanie naocznych świadków. Skoro ocalały kierowca cysterny, tłumacz i piloci zostali przesłuchani przez parlamentarną komisję śledczą, to przeprowadzenie takiej czynności śledczej przez Federalnego Prokuratora Generalnego również byłoby racjonalne i możliwe. Dodatkowe wyjaśnienia można było również uzyskać, zlecając niezależnym biegłym wojskowym ocenę zdjęć z monitoringu wykonanych przez samolot oraz przesłuchując mieszkańców wiosek z okolic miejsca ataku lotniczego, w tym skarżącego. Przesłuchanie tych świadków można było przeprowadzić z wykorzystaniem nowoczesnej technologii.

162. Federalny Prokurator Generalny nie zbadał również w wystarczającym stopniu, czy istniało bezpośrednie zagrożenie, które sprawiło, że atak lotniczy, a tym samym użycie siły wobec synów skarżącego, było „bezwzględnie konieczne” w rozumieniu art. 2 ust. 2 Konwencji. Nie zbadano, czy podjęte zostały wystarczające środki ostrożności w celu uniknięcia ofiar cywilnych, ani czy założenie o braku obecności cywilów było uzasadnione. Należało uzyskać przedmioty skonfiskowane przez afgańskie siły bezpieczeństwa, takie jak pozostałości broni, którą nosiły zaatakowane osoby.

163. Uzasadnienie, na którym oparł się Federalny Prokurator Generalny, umarzając śledztwo, nie mogło usprawiedliwiać luk w śledztwie. Rzekome szczere przekonanie podejrzanych, że działali zgodnie z prawem, miało znaczenie jedynie jako argument obrony przed zarzutem istotnego naruszenia art. 2, ale należało ustalić, czy atak lotniczy był obiektywnie zgodny z międzynarodowym prawem humanitarnym. Pociągnięcie do odpowiedzialności karnej za nieumyślne spowodowanie śmierci, z racji zaniedbania towarzyszącego założeniu, że w miejscu zrzutu bomb nie było cywilów, było możliwe i kwestia ta powinna być dalej badana.

*(iii) Śledztwo nie zostało przeprowadzone z należytą starannością*

164. Śledztwo nie zostało przeprowadzone z należytą starannością. Obowiązkowa ocena zniszczeń bojowych została przeprowadzona dopiero jedenaście godzin po ataku lotniczym, z naruszeniem zasad prowadzenia działań wojennych ISAF. Uniemożliwiło to ustalenie dokładnych okoliczności i stopnia zniszczeń spowodowanych atakiem lotniczym, ponieważ w międzyczasie teren uległ znacznemu przeobrażeniu. Niemcy mogły wysłać drona, aby nagrał materiał filmowy dokumentujący scenerię. Doszło również do opóźnień w przesłuchaniach żołnierzy zaangażowanych w atak lotniczy w Afganistanie.

165. Formalne śledztwo zostało wszczęte dopiero 12 marca 2010 r., po upływie ponad sześciu miesięcy od ataku. Opóźnienie to znacznie podważyło wartość dowodową zeznań i umożliwiło uzgodnienie wersji. Decydujące znaczenie miało nie to, czy władze faktycznie dopuściły się nieuczciwych działań, ale to, czy podjęto skuteczne środki ostrożności, aby zapobiec znowie. Zaniechanie wezwania pułkownika K. i innych żołnierzy biorących udział w incydencie do powrotu do Niemiec w celu natychmiastowego przesłuchania spowodowało znaczne i nieuzasadnione opóźnienia. Wiele czynności śledczych, w tym odbieranie wyjaśnień od podejrzanych, można było rozpocząć natychmiast po ataku lotniczym, m.in. z wykorzystaniem nowoczesnych technologii.

166. Wstępne dochodzenie wszczęte zaraz po ataku lotniczym nie mogło być uznane za prawidłowe postępowanie karne. Jego jedynym celem było ustalenie, czy istniały „wstępne podstawy do podejrzeń” wymagane do wszczęcia formalnego postępowania karnego, a jego forma uniemożliwiała przeprowadzenie czynności śledczych takich jak przesłuchanie świadków. Czas trwania wstępnego śledztwa nie mógł uzasadniać zwężności formalnego postępowania karnego.

*(iv) Brak wystarczającego zaangażowania skarżącego*

167. Skarżący, jako najbliższy krewny dwóch ofiar, nie był zaangażowany w śledztwo w zakresie niezbędnym do zabezpieczenia jego uzasadnionych interesów. W dniu 12 kwietnia 2010 r., a więc w czasie, gdy formalne śledztwo było nadal otwarte, skarżący złożył zawiadomienie o przestępstwie w związku z atakiem lotniczym i zażądał dostępu do akt śledztwa. Federalny Prokurator Generalny zamknął śledztwo w dniu 16 kwietnia 2010 r. bez wysłuchania skarżącego i bez umożliwienia jego adwokatowi dostępu do akt sprawy. Dostęp do akt został przyznany dopiero w dniu 3 września 2010 r., a postanowienie Federalnego Prokuratora Generalnego o umorzeniu śledztwa zostało udostępnione skarżącemu dopiero w dniu 13 października 2010 r. Skarżący powinien być zostać przesłuchany, ponieważ nie można było wykluczyć, że posiadał istotne informacje, w szczególności dotyczące tożsamości osób obecnych na miejscu wybuchu bomby.

**(b) Kontrola sądowa i środki odwoławcze od postanowienia o umorzeniu postępowania**

168. Skarżący twierdził, że nie miał możliwości wystąpienia o kontrolę sądową postanowienia Federalnego Prokuratora Generalnego o umorzeniu śledztwa, wbrew wymogom art. 2.

169. Zakres i charakter wniosku o wniesienie oskarżenia publicznego, a także obostrzone kryteria dopuszczalności sprawiły, że był on nieskuteczny jako środek odwoławczy w przedmiotowej sprawie, która dotyczyła naruszeń prawa do życia dokonanych przez siły zbrojne poza granicami kraju.

Mechanizm nie umożliwiał ofiarom i ich krewnym skutecznego zaskarżenia postanowienia o umorzeniu śledztwa w sprawach dotyczących niedostępnych lub niejawnych informacji, takich jak decyzje wojskowe. Skarżący nie był w stanie udowodnić, że istniały wystarczające podstawy do podejrzenia, że podejrzani ponoszą odpowiedzialność karną, ponieważ niemieckie organy ścigania nie zbadały sprawy dokładnie, a skarżący nie był w stanie wypełnić wszystkich luk. Skarżący nie był w stanie szczegółowo odnieść się do każdego dowodu w swoim uzasadnieniu wniosku.

170. Skarga konstytucyjna do Federalnego Trybunału Konstytucyjnego nie stanowiła również skutecznego środka odwoławczego w celu poddania kontroli postanowienia o umorzeniu postępowania. Federalny Trybunał Konstytucyjny badał jedynie konkretne naruszenia prawa konstytucyjnego i zajmował się przede wszystkim kwestią, czy decyzja o umorzeniu śledztwa była arbitralna. W przeciwieństwie do spraw *Hentschel i Stark* (cyt. powyżej) Federalny Trybunał Konstytucyjny nie analizował szczegółowo śledztwa i nie zbadał przedmiotu roszczenia skarżącego na podstawie art. 2 Konwencji.

171. Wady śledztwa miały negatywny wpływ na inne potencjalne środki odwoławcze skarżącego, w tym na jego roszczenie o odszkodowanie. Parlamentarna komisja śledcza nie spełniła wymogów skutecznego środka odwoławczego. Jej ustalenia, które nie wyjaśniały w pełni okoliczności ani legalności ataku lotniczego, nie były wiążące i nie odnosiły się do praw procesowych skarżącego wynikających z art. 2.

## 2. Rzqd

172. Na wstępie Rząd podkreślił, że niemiecki system prawny kompleksowo zareagował na atak lotniczy, w wyniku którego zginęli synowie skarżącego. Federalny Prokurator Generalny przeprowadził dogłębną analizę w celu ustalenia, czy zaangażowany personel wojskowy ponosi odpowiedzialność karną. Parlamentarna komisja śledcza przez ponad półtora roku badała polityczny i faktyczny wymiar wydarzeń. Postępowanie sądowe w sprawie odszkodowania było nadal w toku.

173. Odnosząc się do postępowania karnego przeciwko personelowi wojskowemu zaangażowanemu w atak lotniczy, Rząd stwierdził, że Niemcy wywiązały się ze swojego obowiązku przeprowadzenia śledztwa. W momencie ataku lotniczego sytuacja w regionie Kunduz nie była międzynarodowym konfliktem zbrojnym w rozumieniu międzynarodowego prawa humanitarnego, do którego zastosowanie miał wspólny art. 3 konwencji genewskich oraz zasady zwyczajowego międzynarodowego prawa humanitarnego. Ogólna zasada ustanowiona w sprawie *Hassan* (cyt. powyżej), aby interpretować Konwencję w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego, miała również zastosowanie do konfliktów zbrojnych, które nie miały charakteru międzynarodowego. W związku z tym międzynarodowe prawo humanitarne stanowiło właściwą podstawę do określenia, czego wymagano od pozwanego państwa. Sytuacja



w rozpatrywanej sprawie różniła się od tej w sprawie *Jaloud* (cyt. powyżej), ponieważ przedmiotowy incydent miał miejsce w trakcie prowadzenia działań wojennych. Charakter i stopień kontroli wymagany do spełnienia minimalnego progu skuteczności śledztwa należało interpretować z uwzględnieniem specyfiki sytuacji oraz ram prawnych prowadzenia działań wojennych. Rząd podkreślił szczególną rolę przypisaną dowódcom w prowadzeniu śledztw na podstawie międzynarodowego prawa humanitarnego.

**(a) Skuteczność śledztwa**

174. Żadne z zarzucanych przez skarżącego uchybień w dochodzeniu nie miało miejsca. Nawet przyjmując, że doszło do uchybień, śledztwo i tak doprowadziło do ujawnienia wszystkich istotnych faktów dotyczących incydentu i umożliwiło identyfikację osób odpowiedzialnych. Istota przedmiotowego wniosku nie dotyczyła skuteczności śledztwa i nie miała na celu bardziej dogłębnego wyjaśnienia istotnych faktów. Był on raczej skierowany przeciwko ocenie prawnej dokonanej przez Federalnego Prokuratora Generalnego. Jednakże art. 2 Konwencji nie obejmował kontroli indywidualnych decyzji Prokuratora pod względem ich prawidłowości (rząd odniósł się do sprawy *Armani Da Silva*, cyt. powyżej, § 259).

*(i) Rozsądny czas trwania śledztwa*

175. Zdaniem rządu śledztwo zostało przeprowadzone w rozsądnym czasie. Jeśli chodzi o środki podjęte w Afganistanie, wystarczyło przeprowadzić wstępne czynności zwiadowcze w obszarze zrzutu bomby po ataku lotniczym. Gdy tylko dowiedziano się, że mogło dojść do ofiar wśród ludności cywilnej, ISAF powołał zespół śledczy, który tego samego dnia udał się do Kunduz, przeprowadził oględziny w obszarze zrzutu bomby i przesłuchał pułkownika K., a także innych niemieckich żołnierzy. Jego raport doprowadził do powołania Wspólnej Komisji Śledczej, która 26 października 2009 r. przedstawiła obszerny raport. Również w dniu ataku lotniczego do Kunduz wysłano zespół śledczy niemieckiej żandarmerii wojskowej, który także przygotował raport. Środki zwiadowcze po ataku zasugerowane w tym raporcie zostały później podjęte przez ISAF i afgańskich urzędników. Co więcej, w dniu ataku lotniczego odpowiednie organy niemieckich sił zbrojnych wszczęły czynności wyjaśniające w kierunku potencjalnego wszczęcia formalnych śledztw dyscyplinarnych.

176. Niemieckie organy ścigania zostały poinformowane o ataku z powietrza w dniu jego przeprowadzenia i natychmiast podjęły czynności. Decyzja o wszczęciu formalnego postępowania karnego nie została opóźniona i została skutecznie przygotowana w ramach poprzednich śledztw wstępnych. Wbrew twierdzeniom skarżącego, organy ścigania były

upoważnione na mocy prawa krajowego do przesłuchania i zapewnienia sądowego przesłuchania świadków w toku śledztwa wstępnego.

177. Osoby odpowiedzialne za postępowania poczyniły odpowiednie kroki w celu zmniejszenia ryzyka porozumienia się. Zarówno władze niemieckie, jak i ISAF przesłuchały pułkownika K. i innych zamieszanych w sprawę żołnierzy w dniu 4 września 2009 r. i kilka razy później. Prokuratura otrzymała dostęp do dokumentów dotyczących przesłuchań wszystkich ważnych świadków, które zostały przeprowadzone przez organy krajowe i międzynarodowe, m.in. ISAF, wkrótce po incydencie. Wszystkie ważne dowody, takie jak nagrania audio komunikacji radiowej z samolotami USAF F-15 lub obrazy termalne z samolotowych kamer na podczerwień, zostały natychmiast zabezpieczone. Protokoły z przesłuchań podejrzanych były dostępne dla Federalnego Prokuratora Generalnego, który także przesłuchiwał ich osobiście.

178. Kolejność wydarzeń dotyczących ataku lotniczego została ustalona na samym początku śledztwa. Nie było niczego, co można było ukryć w drodze porozumienia się. Nakazanie pułkownikowi K. lub innym funkcjonariuszom potencjalnie odpowiedzialnym za incydent powrotu do Niemiec w celu przesłuchania w rzeczywistości utrudniłoby śledztwo. Skuteczne przesłuchanie podejrzanych i świadków wymagało wysoce specjalistycznej wiedzy na temat sytuacji wojskowej i okoliczności w terenie. Śledczy ISAF posiadali tę specjalistyczną wiedzę.

(ii) *Niezależność*

179. Osoby odpowiedzialne za przeprowadzenie śledztwa były wystarczająco niezależne od osób biorących udział w ataku lotniczym. Na wstępie należy zauważyć, że odpowiedzialność za śledztwo w sprawach o przestępstwa potencjalnie popełnione przez niemieckich żołnierzy spoczywała, wyłącznie i we wszystkich przypadkach, na cywilnych organach ścigania oraz powszechnych sądach karnych, niezależnie od tego, czy potencjalne przestępstwa zostały popełnione w Niemczech, czy za granicą. Ze względów historycznych Niemcy celowo powstrzymały się od ponownego wprowadzenia odrębnego wojskowego wymiaru sprawiedliwości po 1949 r. Odpowiedzialność cywilnych organów ścigania i sądów była elementem gwarantującym niezależność postępowania.

180. W swojej ocenie Federalny Prokurator Generalny oparł się m.in. na niezależnych śledztwach przeprowadzonych przez ISAF, afgański rząd cywilny, MKCK i UNAMA. Artykuł 2 Konwencji nie wymagał od organów ścigania samodzielnego uzyskania wszystkich dowodów i dokonania wszystkich niezbędnych ustaleń. Obowiązek przeprowadzenia śledztwa może zostać spełniony poprzez udostępnienie organom ścigania publicznego wyników śledztw parlamentarnych i międzynarodowych w sprawie incydentu, zaś postępowanie karne może opierać się na wynikach ww. śledztw (Rząd powołał się na *Giuliani i Gaggio przeciwko Włochom* [WI], nr

23458/02, §§ 309–310, ETPC 2011; *Tagayeva i Inni przeciwko Rosji*, skarga nr 26562/07 i 6 innych, § 628–639, 13 kwietnia 2017 r.; oraz *Kebe i Inni przeciwko Ukrainie*, skarga nr 49037/15, § 102–106, 30 sierpnia 2016 r.). Było to właściwe w szczególności ze względu na wielopoziomową strukturę rozmieszczenia wojsk w Afganistanie w ramach delegacji uprawnień Rady Bezpieczeństwa ONZ, co nie wiązało się z uprawnieniami cywilnych organów ścigania państw wysyłających wojska do prowadzenia własnych postępowań karnych na terytorium Afganistanu (innych niż w ramach międzynarodowej pomocy prawnej), a także służyło uzyskaniu wysokiego poziomu kontroli publicznej.

181. Niemiecka żandarmeria wojskowa nie działała w imieniu Federalnego Prokuratora Generalnego, a jej ustalenia faktyczne stanowiły tylko jedno z niezależnych źródeł. Żandarmeria wojskowa została podporządkowana dowódcy niemieckiego kontyngentu ISAF i przedstawiła mu swój raport końcowy. Był on hierarchicznie i funkcjonalnie niezależny od dowódcy PRT Kunduz. Nawet zakładając, że żandarmerii wojskowej brakowało niezależności, nie mogło to sprawić, że śledztwa jako takie były nieskuteczne. Raport żandarmerii wojskowej był tylko jednym z wielu źródeł, na których opierał się Federalny Prokurator Generalny, a ze względu na jej ograniczone uprawnienia śledcze mogła odgrywać jedynie niewielką rolę. Ponadto, w świetle ograniczeń prawnych dotyczących uprawnień Niemiec do prowadzenia śledztw w Afganistanie, nie było realnej alternatywy dla śledztw prowadzonych przez żandarmerię wojskową. Co więcej, sytuacja w zakresie bezpieczeństwa w tym czasie nie pozwalała na wysłanie cywilnych prokuratorów lub funkcjonariuszy policji na miejsce zdarzenia w celu przeprowadzenia niezależnego śledztwa. Wymaganie, aby śledztwa w sprawie zarzucanych bezprawnych zabójstw w toku konfliktów zbrojnych zawsze były prowadzone przez władze cywilne, byłoby nierealistyczne i potencjalnie przyniosłoby efekt przeciwny do zamierzonego.

(iii) *Wystarczalność dowodów*

182. Czynności podjęte przez zespoły śledcze, które stanowiły podstawę ustaleń Federalnego Prokuratora Generalnego, zostały przeprowadzone zgodnie z wytycznymi z 2019 r. *dotyczącymi prowadzenia śledztw w sprawie naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego* w odniesieniu do sposobu prowadzenia postępowań karnych w szczytowym momencie konfliktu zbrojnego.

183. Nie było wymogu prowadzenia dalszych śledztw w celu ustalenia dokładnej liczby ofiar. Federalny Prokurator Generalny wziął pod uwagę wszystkie raporty przygotowane na potrzeby innych śledztw i po przeprowadzeniu oceny dowodów poczynił kompleksowe ustalenia w tym zakresie. W celu oceny odpowiedzialności karnej podejrzanych w wystarczającym stopniu uwzględnił fakt, że szkody stwierdzone po

incydencie mogły wskazywać, czy atakujący był w stanie przewidzieć prawdopodobieństwo ofiar wśród ludności cywilnej przed atakiem. Ustalenie przez Federalnego Prokuratora Generalnego, że liczba osób obecnych na miejscu w chwili zrzućenia bomby nie wzbudzała wątpliwości, że ta grupa była talibskimi rebeliantami, nie mogło zostać podważone przez dalsze badanie liczby ofiar.

184. Federalny Prokurator Generalny nie miał obowiązku konsultowania się z ekspertami wojskowymi w celu ustalenia, czy podjęto wszystkie „rozsądne i wykonalne środki ostrożności”. Była to kwestia zastosowania standardów międzynarodowego prawa humanitarnego i prokurator mógł oprzeć swoją ocenę na raporcie przygotowanym przez zespół śledczy ISAF, który składał się z ekspertów wojskowych z różnych krajów. Słusznie ustalili, że pułkownik K. nie miał do dyspozycji żadnych innych wykonalnych środków rozpoznawczych i zapobiegawczych. Siedem razy potwierdzono mu, że informator zidentyfikował osoby obecne na miejscu jako „rebeliantów”, a zdjęcia z kamer na podczerwień z samolotu USAF F-15, na których osoby obok cystern z paliwem były widoczne jako kropki – źródła ciepła – były zgodne z oświadczeniami informatora. Nie było konieczności symulowania sytuacji w centrum dowodzenia ani przesłuchiwanie kolejnych świadków, którzy nie mieli kontaktu z podejrzanymi w czasie istotnym dla sprawy, ponieważ nie dostarczyłoby to żadnych informacji mogących obciążyć podejrzanych.

185. Zarzut skarżącego, że międzynarodowe prawo humanitarne zostało zastosowane nieprawidłowo, dotyczył kwestii stosowania i interpretacji prawa krajowego, a także oceny istniejących dowodów, do których Trybunał – ze względu na subsydiarny charakter jego roli – mógłby mieć zastrzeżenia jedynie w przypadku arbitralności lub innego uzasadnionego powodu. W przedmiotowej sprawie nie można było wskazać takiego przekonującego powodu. Federalny Prokurator Generalny wyszedł z założenia, że legalność rozkazu ataku lotniczego należy oceniać zgodnie ze standardem „rozsądnego dowódcy”. Ocena ta opierała się na prawdopodobnych skutkach w chwili podejmowania decyzji, a nie na skutkach ataku lotniczego, które są znane z perspektywy czasu. Ten pogląd prawny był zgodny z ustalonymi doktrynami międzynarodowego prawa publicznego.

186. Powszechnie uznawano, że działania wojskowe w konflikcie zbrojnym, które były zgodne z międzynarodowym prawem humanitarnym, nie prowadziły do odpowiedzialności karnej uczestniczących w nich żołnierzy, a zgodność z międzynarodowym prawem humanitarnym raczej stanowiła okoliczność wyłączającą winę, także w odniesieniu do przestępstw powszechnych. Interpretacja, zgodnie z którą odpowiednie przepisy międzynarodowego prawa humanitarnego określały, co było „bezwzględnie konieczne” w rozumieniu art. 2 ust. 2 Konwencji w sytuacji konfliktu zbrojnego, była zgodna z podejściem Trybunału w sprawie *Hassan* (cyt. powyżej). Wreszcie Federalny Prokurator Generalny przedstawił obszerne

uzasadnienie, dlaczego jakiegokolwiek potencjalne naruszenie zasad prowadzenia działań wojennych było nieistotne dla ustalenia odpowiedzialności karnej. Wstępne śledztwo przeprowadzone w celu ustalenia, czy należy wszcząć formalne postępowanie dyscyplinarne, doprowadziło do wniosku, że pułkownikowi K. nie można było postawić nawet zarzutów dyscyplinarnych.

(iv) *Zaangażowanie skarżącego*

187. Skarżący był zaangażowany w śledztwo w zakresie niezbędnym do ochrony jego uzasadnionych interesów. Przesłuchanie go w charakterze świadka nie było konieczne do zapewnienia rzetelnego zbadania okoliczności. Ustalono, że jego dwaj synowie zginęli w wyniku ataku lotniczego. Skarżący, którego zeznania dotyczące m.in. jego obecności w miejscu zdarzenia pozostały niejasne, nie posiadał wiedzy istotnej dla ustalenia, czy podejrzani powinni byli przewidzieć obecność cywilów na piaszczystym brzegu, a tym samym ich odpowiedzialności karnej.

188. Skarżący miał wystarczającą możliwość złożenia zeznań w toku śledztwa. Decyzje podjęte przez organy ścigania o niewnoszeniu zarzutów nie były ostateczne w rozumieniu *powagi rzeczy osądzonej* i postępowanie mogło zostać wznowione w późniejszym terminie. Skarżący nie został pozbawiony możliwości wpłynięcia na śledztwo z powodu postanowienia Federalnego Prokuratora Generalnego o jego umorzeniu. Federalny Prokurator Generalny zapoznał się z dowodami oraz pisemnymi uwagami skarżącego i odrzucił je jako bezpodstawne.

189. Nie było nieuzasadnionej zwłoki w uznaniu skarżącego za stronę pokrzywdzoną i w przyznaniu mu dostępu do akt postępowania. W następstwie wniosku z dnia 12 kwietnia 2010 r. Federalny Prokurator Generalny był zobowiązany do umożliwienia podejrzanym złożenia wyjaśnień. Ponieważ wniosek pełnomocnika skarżącego został złożony w imieniu dużej liczby osób, które twierdziły, że zostały pokrzywdzone, weryfikacja ich statusu wymagała pewnego czasu. W odpowiedzi na pismo skarżącego z dnia 7 lipca 2010 r. Federalny Prokurator Generalny potwierdził w piśmie z dnia 16 lipca 2010 r., że dowód statusu skarżącego jako pokrzywdzonego został ustalony w odniesieniu do jego młodszego syna, ale nadal brakowało niezbędnych dowodów w odniesieniu do szeregu innych osób, w imieniu których złożono wniosek. Po tym, jak pełnomocnik skarżącego, pismem z dnia 1 września 2010 r., ograniczył zakres wniosku o dostęp do akt do skarżącego, Federalny Prokurator Generalny niezwłocznie udzielił dostępu – pismem z dnia 3 września 2010 r.

(b) **Środek odwoławczy w celu złożenia skargi na zarzucaną nieskuteczność postępowania**

190. Nie było wymagane zapewnienie skarżącemu skutecznego środka odwoławczego w celu zbadania decyzji Federalnego Prokuratora

Generalnego o niewniesieniu oskarżenia (Rząd powołał się na wyrok *Armani Da Silva*, cyt. powyżej, §§ 278–279). Niemniej jednak skarżący miał w rzeczywistości do dyspozycji dwa skuteczne sądowe środki odwoławcze, aby zakwestionować skuteczność śledztwa, i z nich skorzystał: (i) wniosek o wniesienie oskarżenia publicznego przed sądem apelacyjnym oraz (ii) skarga konstytucyjna.

191. Wniosek o wniesienie oskarżenia publicznego jako taki wiązał się z przeprowadzeniem kontroli w wystarczającym zakresie w przypadku rażących lub szczególnie poważnych naruszeń obowiązku przeprowadzenia śledztwa przez organy ścigania. Nic nie wskazywało na to, że sąd apelacyjny nie nakazałby wznowienia śledztwa, gdyby wniosek skarżącego spełniał wymogi dopuszczalności i gdyby sąd apelacyjny uznał, że przeprowadzone dotychczas śledztwo było niewystarczające. Wymogi dopuszczalności zastosowane przez sąd apelacyjny nie były nadmierne, w szczególności biorąc pod uwagę fakt, że skarżący był reprezentowany przez adwokata. Zgodnie z orzecznictwem sądów krajowych sąd apelacyjny nie zażądał streszczenia treści całego materiału dowodowego zgromadzonego w aktach śledztwa, ale raczej przedstawienia treści tych dowodów, na których oparł się Federalny Prokurator Generalny.

192. Ponadto Federalny Trybunał Konstytucyjny zbadał skuteczność śledztwa, w następstwie skargi konstytucyjnej skarżącego. Wyraźnie podkreślił, że decyzja Federalnego Prokuratora Generalnego o niewnoszeniu oskarżenia była zgodna nie tylko ze standardami Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, ale także z wymogami ustanowionymi w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Wyjaśnił, dlaczego Federalny Prokurator Generalny nie był zobowiązany do przesłuchania naocznych świadków ani do przeprowadzenia dalszych dowodów, ponieważ dalsze czynności śledcze dotyczące liczby i tożsamości ofiar ataku lotniczego nie dotyczyłyby żadnych elementów istotnych dla oceny odpowiedzialności karnej podejrzanych. Federalny Trybunał Konstytucyjny podkreślił ponadto, że w decyzji sądu apelacyjnego w sprawie wniosku o wniesienie oskarżenia publicznego dokładnie omówiono powody podane przez Federalnego Prokuratora Generalnego.

## **B. Interweniujące strony trzecie**

### *1. Rządy Francji, Norwegii i Zjednoczonego Królestwa*

193. Interweniujące rządy twierdziły, że obowiązek proceduralny wynikający z art. 2 w odniesieniu do sytuacji konfliktu zbrojnego poza terytorium kraju należy interpretować w sposób zgodny z międzynarodowym prawem humanitarnym, które stanowi *lex specialis*. Dotyczyło to nie tylko kwestii, kiedy powstał obowiązek przeprowadzenia śledztwa, ale także treści takiego obowiązku. W odniesieniu do tego ostatniego aspektu, rząd Zjednoczonego Królestwa podkreślił, że art. 6 Protokołu dodatkowego II

zasadniczo ograniczał się do obowiązków prokuratorskich w zakresie niezależności i nie zawierał szerszego odniesienia do wymogów transparentności ani zaangażowania najbliższych krewnych. W odniesieniu do wymogu niezależności, rządy Francji i Zjednoczonego Królestwa doprecyzowały szczególną rolę przypisaną dowódcom w prowadzeniu śledztw na mocy międzynarodowego prawa humanitarnego i stwierdziły, że zobowiązania *lex specialis* odnoszące się do szczególnych obowiązków dowódców w zakresie prowadzenia śledztw zostałyby wyłączone, gdyby zobowiązania proceduralne wynikające z art. 2 interpretować w sposób wymagający wyłączenia dowódców wojskowych z śledztw.

194. Interweniujące rządy stwierdziły, że należy wziąć pod uwagę praktyczne realia rozmieszczenia wojsk. Mogą one obejmować zakwaterowanie osób prowadzących śledztwo, takich jak funkcjonariusze żandarmerii wojskowej, wspólnie z innymi członkami kontyngentu wojskowego; posiadanie przez osoby prowadzące śledztwo pewnych powiązań hierarchicznych lub instytucjonalnych z dowództwem wojskowym odpowiedzialnym za operację; oraz wpływ ograniczonych zasobów na szybkość i liczbę czynności śledczych, zwłaszcza w odniesieniu do mniejszych Układających się Państw i kontyngentów. Rządy Francji i Zjednoczonego Królestwa wskazały na ograniczenia prawne nałożone przez ramy prawne ONZ i misji ISAF, a także przez prawo afgańskie, w szczególności na fakt, że niemieckie organy ścigania nie mogły prowadzić śledztw w Afganistanie.

195. Rządy Francji i Zjednoczonego Królestwa dodały, że z praktyki państwowej wynika, że państwa uważają, że „zgodne z prawem działania wojenne”, o których mowa w art. 15 Konwencji, stanowią odstępstwo od art. 2, nawet w przypadku braku uprzedniego powiadomienia o odstępstwie.

2. *Centrum Praw Człowieka Uniwersytetu w Essex, Open Society Justice Initiative, Instytut Studiów Międzynarodowych Katolickiego Uniwersytetu Najświętszego Serca w Mediolanie i Rights Watch (Zjednoczone Królestwo)*

196. Centrum Praw Człowieka Uniwersytetu w Essex stwierdziło, że międzynarodowe prawo humanitarne znalazło zastosowanie na podstawie obiektywnych kryteriów. Tam, gdzie miało ono zastosowanie, a państwo zdecydowało się powołać na międzynarodowe prawo humanitarne, jednoczesne stosowanie międzynarodowego prawa humanitarnego i instrumentów praw człowieka może skutkować znaczącą modyfikacją treści zobowiązań państwa wynikających z instrumentów praw człowieka. Jeżeli państwo postanowiło nie powoływać się na międzynarodowe prawo humanitarne, Trybunał powinien uznać, że miało ono zastosowanie, zauważając jednocześnie, że państwo zdecydowało się na rozpatrzenie sprawy wyłącznie na podstawie instrumentów praw człowieka. Aby państwo mogło powołać się na międzynarodowe prawo humanitarne, wystarczyło, że

miało ono zastosowanie i że pozwane państwo powołało się na nie przed Trybunałem; odstępstwo raczej nie było wymagane w międzynarodowym konflikcie zbrojnym i może nie być wymagane w eksterytorialnym konflikcie zbrojnym, który nie ma charakteru międzynarodowego. W przypadku gdy jednocześnie stosowanie międzynarodowego prawa humanitarnego nie skutkowało modyfikacją odpowiedniej zasady z dziedziny praw człowieka, organ ochrony praw człowieka mógł oprzeć się na międzynarodowym prawie humanitarnym w celu potwierdzenia analizy praw człowieka, bez konieczności powoływania się przez państwo na międzynarodowe prawo humanitarne. Instytut Studiów Międzynarodowych Katolickiego Uniwersytetu Najświętszego Serca w Mediolanie podkreślił, że opieranie się na międzynarodowym prawie humanitarnym wymaga bardzo starannego rozważenia, aby nie doszło do naruszenia w szczególności art. 15 Konwencji.

197. Centrum Praw Człowieka Uniwersytetu w Essex stwierdziło, że międzynarodowe prawo humanitarne wymaga, aby przy zamiarze użycia siły zrobić wszystko, co możliwe dla sprawdzenia, czy cele, które mają zostać zaatakowane, są celami wojskowymi. Na mocy międzynarodowego prawa humanitarnego istniał obowiązek prowadzenia śledztw w sprawie podejrzewanych naruszeń, a *wytyczne dotyczące prowadzenia śledztw w sprawie naruszeń międzynarodowego prawa humanitarnego* zawierały szczegółowe informacje na temat odpowiednich standardów. Open Society Justice Initiative, Instytut Studiów Międzynarodowych Katolickiego Uniwersytetu Najświętszego Serca w Mediolanie i Rights Watch (UK) argumentowały, że standardów wypracowanych w międzynarodowym systemie ochrony praw człowieka dotyczących obowiązku prowadzenia śledztw w sprawie śmierci cywilów podczas konfliktu zbrojnego nie należy obniżać przez odniesienie do międzynarodowego prawa humanitarnego.

### C. Ocena Trybunału

#### 1. Istotne zasady ogólne

198. W postępowaniu krajowym sytuacja ataku lotniczego, w wyniku którego zginęli dwaj synowie skarżącego, została scharakteryzowana jako konflikt zbrojny, który nie ma charakteru międzynarodowego w rozumieniu międzynarodowego prawa humanitarnego. Przyznając, że Niemcy nie skorzystały z prawa do derogacji na mocy art. 15 Konwencji, Rząd stwierdził, że międzynarodowe prawo humanitarne stanowi właściwą miarę do określenia tego, co było wymagane od pozwanego państwa w danych okolicznościach, zgodnie z podejściem Trybunału w sprawie *Hassan* (cyt. powyżej).

199. Trybunał zauważył, że nie ma konfliktu normatywnego w zakresie wymogów skutecznego śledztwa pomiędzy normami międzynarodowego prawa humanitarnego mającymi zastosowanie do niniejszej sprawy (zob. §§ 82 i 84–85 powyżej), a normami Konwencji. Trybunał może zatem



ograniczyć się do zbadania okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy w świetle swojego orzecznictwa na podstawie art. 2, bez konieczności zajmowania się kwestią, czy w przedmiotowej sprawie spełnione są wymogi pozwalające na uwzględnienie kontekstu i zasad międzynarodowego prawa humanitarnego przy interpretacji i stosowaniu Konwencji w przypadku braku formalnego odstępstwa na podstawie art. 15 Konwencji (zob. *Hassan*, cyt. powyżej, §§ 98 i nast.).

200. Przypominając, że obowiązek proceduralny wynikający z art. 2 należy stosować realistycznie (zob. *Al-Skeini i Inni*, cyt. powyżej, § 168), Trybunał uważa, że wyzwania i ograniczenia dla organów śledczych wynikające z faktu, że do śmierci doszło podczas działań wojennych w (eksterytorialnym) konflikcie zbrojnym, odnosiły się do śledztwa jako całości i wpływały na wykonalność czynności śledczych, które mogły zostać podjęte w toku postępowania, także przez cywilne organy ścigania w Niemczech. W związku z tym standardy stosowane w śledztwie prowadzonym przez cywilne organy ścigania w Niemczech powinny być dyktowane standardami ustanowionymi w odniesieniu do śledztw w sprawie śmierci w eksterytorialnym konflikcie zbrojnym, jak określono w sprawie *Al-Skeini i Inni* (cyt. powyżej, §§ 163-167) i powtórzono w sprawie *Jaloud* (cyt. powyżej, § 186).

201. To zaś, jaka forma śledztwa pozwoli osiągnąć cele art. 2, może różnić się w zależności od okoliczności. Niezależnie od zastosowanego modelu, gdy organy powezmą wiedzę o sprawie, muszą działać z własnej inicjatywy (zob. *Al-Skeini i Inni*, cyt. powyżej, § 165).

202. Aby śledztwo było „skuteczne” w rozumieniu art. 2 Konwencji, musi ono być przede wszystkim odpowiednie (zob. *Ramsahai i Inni przeciwko Holandii* [WI], nr 52391/99, § 324, ETPC 2007-II, oraz *Armani Da Silva*, cyt. powyżej, § 233). Oznacza to, że ma umożliwiać ustalenie faktów, określenie, czy użyta siła była uzasadniona w danych okolicznościach oraz wykrycie i – w stosownych przypadkach – ukaranie osób odpowiedzialnych (zob. *Armani Da Silva*, § 233; *Mustafa Tunç i Fecire Tunç*, § 172; oraz *Al-Skeini i Inni*, § 166, wszystkie cyt. powyżej). Nie jest to wymóg rezultatu, ale środków (zob. *Nachova i Inni przeciwko Bułgarii* [WI], nr. 43577/98 i 43579/98, § 160, ETPC 2005-VII; *Al-Skeini i Inni*, cyt. powyżej, § 166; oraz *Mustafa Tunç i Fecire Tunç*, cyt. powyżej, § 173). Władze muszą podjąć wszelkie zasadne kroki, jakie są możliwe, by zabezpieczyć dowody dotyczące zdarzenia, w tym dowody z zeznań świadków, dowody z opinii biegłych oraz – w razie konieczności – przeprowadzić sekcje zwłok, które pozwolą na sporządzenie kompletnego i dokładnego wykazu obrażeń oraz obiektywną analizę ustaleń klinicznych, w tym przyczyny śmierci. Wszelkie niedociągnięcia w śledztwie, które podważają jego zdolność do ustalenia przyczyny śmierci lub osoby odpowiedzialnej, będą stanowić ryzyko naruszenia tego standardu (zob. *Armani Da Silva*, § 233, oraz *Al-Skeini i Inni*, § 166, oba cyt. powyżej).

203. W szczególności wnioski z śledztwa muszą opierać się na dokładnej, obiektywnej i bezstronnej analizie wszystkich istotnych elementów, w przeciwnym razie możliwość ustalenia okoliczności sprawy i tożsamości osób odpowiedzialnych zostanie w istotnym stopniu podważona (zob. *Kolevi przeciwko Bułgarii*, nr 1108/02, § 201, 5 listopada 2009 r., oraz *Armani Da Silva*, cyt. powyżej, § 234). Niemniej jednak charakter i stopień kontroli, które spełniają minimalny próg skuteczności śledztwa, zależą od okoliczności konkretnej sprawy. Charakter i stopień kontroli należy oceniać na podstawie wszystkich istotnych faktów i w odniesieniu do praktycznych realiów czynności śledczych (zob. *Velcea i Mazăre przeciwko Rumunii*, nr 64301/01, § 105, 1 grudnia 2009 r., oraz *Armani Da Silva*, cyt. powyżej, § 234). Nie jest możliwe zredukowanie całej różnorodności sytuacji, które mogą wystąpić, do samej listy kontrolnej czynności śledczych lub innych uproszczonych kryteriów (zob. *Tanrikulu przeciwko Turcji* [WI], nr 23763/94, §§ 101-110, ETPC 1999-IV; *Velikova przeciwko Bułgarii*, nr 41488/98, § 80, ETPC 2000-VI; oraz *Mustafa Tunç i Fecire Tunç*, cyt. powyżej, § 176).

204. Oczywiście jest, że w przypadku, gdy śmieć objęta śledztwem na podstawie art. 2 nastąpiła w okolicznościach powszechnej przemocy, konfliktu zbrojnego lub rebelii, śledczy mogą napotkać na przeszkody, a jak zauważył również specjalny sprawozdawca ONZ ds. pozasądowych, doraźnych i arbitralnych egzekucji konkretne ograniczenia mogą wymusić stosowanie mniej skutecznych środków śledczych lub mogą spowodować opóźnienie śledztwa (zob. *Al-Skeini i Inni*, cyt. powyżej, § 164; patrz również *Bazorkina przeciwko Rosji*, nr 69481/01, § 121, 27 lipca 2006 r.). Niemniej jednak obowiązek wynikający z art. 2 oznacza, że nawet w warunkach zagrożenia bezpieczeństwa należy poczynić wszelkie uzasadnione kroki w celu zapewnienia przeprowadzenia skutecznego, niezależnego śledztwa w sprawie zarzucanego naruszenia prawa do życia (zob. *Al-Skeini i Inni*, cyt. powyżej, § 164).

205. Śledztwo powinno być również na tyle szerokie, aby umożliwić organom śledczym wzięcie pod uwagę nie tylko działań funkcjonariuszy państwowych, którzy bezpośrednio użyli śmiertelnej siły, ale także wszystkich okoliczności towarzyszących, w tym planowania i kontroli danych operacji, jeżeli jest to konieczne do ustalenia, czy państwo wypełniło swój obowiązek w zakresie ochrony życia wynikający z art. 2 (*ibid.*, § 163). Będzie to wymagało odpowiedniego przesłuchania członków sił zbrojnych *prima facie* zaangażowanych w incydent (zob. *Aktaş przeciwko Turcji*, nr 24351/94, § 306, 24 kwietnia 2003 r.).

206. Generalnie za warunek konieczny skuteczności śledztwa w sprawie zarzucanego bezprawnego zabójstwa przez funkcjonariuszy państwowych można uznać niezależność osób odpowiedzialnych za śledztwo i je prowadzących od osób zaangażowanych w wydarzenia będące przedmiotem śledztwa. Oznacza to nie tylko brak powiązań hierarchicznych lub

instytucjonalnych, ale także praktyczną niezależność (zob. *Armani Da Silva*, § 232; oraz *Al-Skeini i Inni*, § 167, oba cyt. powyżej).

207. Wymóg niezwłocznego działania i rozsądnego czasu trwania postępowania jest w tym kontekście dorozumiany. Należy przyjąć, że mogą istnieć przeszkody lub trudności, które w konkretnej sytuacji uniemożliwiają postępy śledztwa. Niemniej szybką reakcję władz w toku śledztwa w sprawie użycia śmiertelnej siły można, ogólnie rzecz biorąc, postrzegać jako kluczową dla utrzymania zaufania publicznego co do przestrzegania praworządności i zapobiegania wrażeńi zmywu lub nietolerowania czynów niezgodnych z prawem (zob. *Armani Da Silva*, § 237; oraz *Al-Skeini i Inni*, § 167, oba cyt. powyżej).

208. Musi również istnieć dostateczny element publicznej kontroli śledztwa, której stopień może się różnić w zależności od przypadku. Śledztwo winno być dostępne dla rodziny ofiary w zakresie koniecznym do zabezpieczenia ich uprawnionych interesów (zob. *Armani Da Silva*, § 235; oraz *Al-Skeini i Inni*, § 167, oba cyt. powyżej). Jednakże materiały śledztwa mogą dotyczyć kwestii wrażliwych, a ich ujawnienie nie może być postrzegane jako automatyczny wymóg na podstawie art. 2 (zob. *Giuliani i Gaggio*, cyt. powyżej, § 304; *McKerr przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, nr 28883/95, § 129, ETPC 2001-III; oraz *Armani Da Silva*, cyt. powyżej, § 236). Co więcej, art. 2 nie nakłada na organy śledcze obowiązku przychylenia się do każdego wniosku o zastosowanie danej czynności śledczej, złożonego przez krewnego w trakcie śledztwa (zob. *Velcea i Mazăre*, § 113; *Ramsahai i Inni*, § 348; oraz *Armani Da Silva*, § 236, wszystkie cyt. powyżej). O wynikach śledztwa należy odpowiednio poinformować najbliższych krewnych (zob. *Damayev przeciwko Rosji*, nr 36150/04, § 87, 29 maja 2012 r.).

209. Adekwatność środków śledczych, szybkość śledztwa, zaangażowanie rodziny zmarłego i niezależność śledztwa są ze sobą powiązane i każdy z tych elementów, rozpatrywany osobno, nie stanowi celu samego w sobie. Są to kryteria, które łącznie umożliwiają ocenę stopnia skuteczności śledztwa. To właśnie w świetle celu skutecznego śledztwa należy oceniać wszelkie kwestie (zob. *Mustafa Tunç i Fecire Tunç*, cyt. powyżej, § 225).

210. Artykuł 2 nie pociąga za sobą prawa do ścigania lub skazania osób trzecich za przestępstwo (zob. *Mustafić-Mujić i Inni*, § 117, oraz *Armani Da Silva*, § 238, oba cyt. powyżej). Do tej pory Trybunał nie zakwestionował decyzji prokuratorskiej wynikającej ze śledztwa, które pod wszystkimi innymi względami było zgodne z art. 2 (zob. *Armani Da Silva*, cyt. powyżej, § 259), ani nie wymagał od właściwego sądu krajowego nakazania ścigania, jeżeli sąd ten uznał, że zastosowanie odpowiednich przepisów prawa karnego do znanych faktów nie doprowadziłoby do skazania (zob. *Mustafić-Mujić i Inni*, cyt. powyżej, § 123).

## 2. Zastosowanie w przedmiotowej sprawie

### (a) Adekwatność

211. Na wstępie Trybunał zauważył, że postępowanie karne wykazało, że dwaj synowie skarżącego zginęli w wyniku ataku lotniczego, którego przeprowadzenie rozkazał pułkownik K. w dniu 4 września 2009 r. Bezsporne było, że cysterny z paliwem, w które wymierzony był atak lotniczy, zostały porwane i pozostawały pod kontrolą rebeliantów oraz że doszło do ofiar wśród ludności cywilnej. Przyczyna śmierci synów skarżącego oraz osoba (osoby) odpowiedzialne za tę śmierć były znane od początku śledztwa (por. *Jaloud*, cyt. powyżej).

212. Federalny Prokurator Generalny ustalił, że pułkownik K. nie poniósł odpowiedzialności karnej głównie dlatego, że w chwili wydania rozkazu ataku lotniczego był przekonany, że na piaszczystym brzegu nie było żadnych osób cywilnych (zob. §§ 33–49 powyżej). Zatem nie działał z zamiarem spowodowania nadmiernych ofiar wśród ludności cywilnej, co byłoby wymagane do pociągnięcia go do odpowiedzialności na podstawie odpowiedniego przepisu Kodeksu przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu. Jego odpowiedzialność za przestępstwo powszechne została wykluczona ze względu na legalność ataku lotniczego na mocy międzynarodowego prawa humanitarnego. W odniesieniu do tego ostatniego, Federalny Prokurator Generalny rozwinął znaczenie pojęć „rebelianci” i „talibowie”, użytych w jego postanowieniu oraz wyjaśnił status ofiar ataku lotniczego w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego. Uznał, że uzbrojeni talibowie, którzy porwali dwie cysterny z paliwem, byli członkami zorganizowanej grupy zbrojnej będącej stroną konfliktu zbrojnego, a zatem byli legalnymi celami wojskowymi. W jej skład wchodziły osoby, które zostały do niej funkcjonalnie włączone i pełniły ciągłą funkcję bojową w ramach zorganizowanej grupy zbrojnej. Wszystkie ofiary ataków lotniczych niebędące talibskimi bojownikami, były cywilami chronionymi przez międzynarodowe prawo humanitarne, w tym osobami pomagającymi talibom wydostać cysterny z paliwem z piaszczystego brzegu oraz osobami, które próbowały pozyskać paliwo dla własnych korzyści (zob. §§ 42 i 44–45 powyżej).

213. W celu udzielenia odpowiedzi na istotne pytania prawne dotyczące odpowiedzialności karnej pułkownika K., śledztwo Federalnego Prokuratora Generalnego skupiało się zasadniczo na wyjaśnieniu dwóch kwestii faktycznych: subiektywnej oceny sytuacji przez pułkownika K. w momencie wydania rozkazu ataku lotniczego, która była kluczowa zarówno w odniesieniu do jego odpowiedzialności na podstawie Kodeksu przestępstw przeciwko prawu międzynarodowemu, jak i legalności ataku lotniczego w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego oraz liczby ofiar (zob. § 36 powyżej).

214. Trybunał zauważył, że niemieckie cywilne organy ścigania, w tym Federalny Prokurator Generalny, nie miały uprawnień do podejmowania czynności śledczych w Afganistanie na mocy porozumienia o statusie sił ISAF, ale były zobowiązane do skorzystania w tym celu z międzynarodowej pomocy prawnej. Federalny Prokurator Generalny mógł jednak oprzeć się na znacznej ilości materiałów z różnych źródeł, dotyczących okoliczności i skutków ataku lotniczego. Miał dostęp do raportów ze śledztw przeprowadzonych na miejscu w następstwie ataku lotniczego, m.in. przez niemiecką żandarmerię wojskową, ISAF, UNAMA i afgańskie władze cywilne (zob. § 35 powyżej), podobnie jak do dokumentów (m.in. dowodów ze zdjęć) oraz protokołów ze spotkań oraz przesłuchań przeprowadzonych w toku tych śledztw (porównaj *Giuliani i Gaggio*, § 310; *Tagayeva i Inni*, §§ 628–631; oraz *Mustafić-Mujić i Inni*, §§ 102–106, wszystkie cyt. powyżej).

215. Federalny Prokurator Generalny przesłuchiwał podejrzanych oraz innych żołnierzy obecnych w centrum dowodzenia i uznał za wiarygodne ich zeznania, że działali z przekonaniem, że na piaszczystym brzegu znajdowali się wyłącznie rebelianci, a nie cywile (zob. §§ 37–39 powyżej). Zauważył, że relacja ta została potwierdzona przez obiektywne okoliczności (odległość od zamieszkałych osad, pora nocna, obecność uzbrojonych talibów) oraz dowody, których nie można było sfałszować, takie jak zapis dźwiękowy łączności radiowej między centrum dowodzenia a pilotami samolotu USAF F-15 oraz obrazy termalne z kamer na podczerwień samolotu, które zostały natychmiast zabezpieczone. Federalny Prokurator Generalny ustalił, że pułkownik K. wykonał co najmniej siedem telefonów do informatora w celu sprawdzenia, czy na miejscu zdarzenia nie było osób cywilnych oraz czy informacje przekazane przez informatora, który wcześniej okazał się wiarygodny, pokrywały się z nagraniem wideo z samolotu. W tym celu przesłuchiwał kapitana X., który był jedyną osobą obecną w chwili przekazywania informacji przez informatora.

216. Trybunał nie ma powodu, aby wątpić w ocenę Federalnego Prokuratora Generalnego i Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, że przesłuchując kolejnych świadków, nie można było uzyskać dodatkowych informacji na temat tego, czy pułkownik K. działał spodziewając się ofiar cywilnych, kiedy wydał rozkaz ataku lotniczego (zob. §§ 39 i 60 powyżej). Dotyczy to zarówno przesłuchania pilotów samolotu F-15, jak i osób pokrzywdzonych w wyniku ataku lotniczego, w tym skarżącego. Trybunał przyjmuje do wiadomości twierdzenie Federalnego Prokuratora Generalnego, że liczba ofiar cywilnych nie mogła służyć jako poszlaka, z której dałoby się wywnioskować, jakie były subiektywne oczekiwania pułkownika K., oraz że liczba osób obecnych na miejscu zdarzenia w chwili ataku lotniczego nie stanowiła podstawy do zakwestionowania założenia pułkownika K., że miał do czynienia wyłącznie z talibskimi bojownikami (zob. §§ 40 powyżej i 218 poniżej).

217. Trybunał nie widzi również potrzeby angażowania dodatkowych ekspertów wojskowych ani przeprowadzania symulacji sytuacji w centrum dowodzenia. Raport zespołu śledczego ISAF został przygotowany przez ekspertów wojskowych z różnych krajów. Opierając się na tym raporcie, Federalny Prokurator Generalny ustalił, że podjęto wszelkie środki ostrożności, które były wykonalne w danych okolicznościach, że pułkownik K., w chwili wydania rozkazu ataku lotniczego nie miał podstaw, by podejrzewać obecność cywilów w pobliżu cystern z paliwem i że nie było wymagane wcześniejsze ostrzeżenie (zob. §§ 46 i 48 powyżej).

218. Trybunał zauważył, że w normalnych okolicznościach ustalenie dokładnej liczby oraz statusu ofiar użycia śmiertelnej siły jest niezbędnym elementem każdego prawidłowego śledztwa w sprawie incydentu z dużą liczbą ofiar. W przedmiotowej sprawie, biorąc pod uwagę rozbieżne ustalenia zawarte w różnych raportach, metody tych ustaleń oraz dostępne dowody, w tym materiały wideo, Federalny Prokurator Generalny stwierdził, że zabitych lub rannych zostało prawdopodobnie około pięćdziesięciu osób w wyniku ataku lotniczego oraz że wśród ofiar było znacznie więcej talibskich bojowników niż cywilów (zob. § 40 powyżej). Trybunał przyznaje, że dokładniejsza ocena nie byłaby możliwa w tych okolicznościach, dlatego że atak lotniczy miał miejsce w strefie walk, w porze nocnej, zaś ciała zostały usunięte z miejsca zdarzenia przez miejscową ludność w ciągu kilku godzin od ataku oraz że zastosowanie nowoczesnych technik kryminalistycznych było trudne ze względu na obyczaje społeczne i religijne miejscowej ludności. W każdym razie Trybunał zauważa, że dokładna liczba ofiar cywilnych nie miała żadnego wpływu na ocenę prawną kwestii odpowiedzialności karnej pułkownika K., która skupiła się na jego subiektywnej ocenie sytuacji w chwili wydawania rozkazu ataku lotniczego. W tych szczególnych okolicznościach Trybunał uważa, że brak ustalenia przez władze dokładnej liczby i statusu ofiar ataku lotniczego nie stanowi uchybienia, które mogłoby podważyć zgodność śledztwa ze standardami Konwencji.

219. W związku z powyższym Trybunał stwierdza, że okoliczności faktyczne ataku lotniczego, w wyniku którego zginęli dwaj synowie skarżącego, w tym proces podejmowania decyzji i weryfikacji celów prowadzący do wydania rozkazu ataku lotniczego (zob. *Al-Skeini i Inni*, cyt. powyżej, § 163), zostały ustalone w sposób dokładny i wiarygodny w celu ustalenia legalności użycia śmiertelnej siły.

220. Co się tyczy zarzutu skarżącego o braku skutecznego środka odwoławczego dającego możliwość złożenia skargi na rzekomą nieskuteczność śledztwa, Trybunał powtarza, że obowiązek proceduralny zawarty w art. 2 Konwencji nie wymaga obowiązkowej sądowej kontroli decyzji podjętych w toku śledztwa jako takich (zob. *Armani Da Silva*, cyt. powyżej, §§ 278-279 i przytoczone tam orzecznictwo). Rząd wskazał, że w każdym razie skarżący miał do dyspozycji dwa skuteczne sądowe środki

odwoławcze w celu zakwestionowania skuteczności śledztwa i skorzystał z obu, mianowicie (i) wniosek o wniesienie oskarżenia publicznego przed sądem apelacyjnym oraz (ii) skargę konstytucyjną.

221. Trybunał zauważył, że sąd apelacyjny uznał wniosek skarżącego o wniesienie oskarżenia publicznego za niedopuszczalny i że jest kwestią sporną między stronami, czy wymogi dopuszczalności były nadmierne. Zastosowanie wymogów dopuszczalności było zgodne z ugruntowanym orzecnictwem sądów krajowych w tym zakresie (zob. §§ 53, 62 i 99 powyżej). W każdym razie sąd apelacyjny dokonał dokładnej oceny dowodów, na które powołał się skarżący, oraz decyzji Federalnego Prokuratora Generalnego, na co zwrócił również uwagę Federalny Trybunał Konstytucyjny (zob. § 61 powyżej).

222. Federalny Trybunał Konstytucyjny zbadał skuteczność śledztwa, w następstwie skargi konstytucyjnej skarżącego. Wyraźnie podkreślił, że decyzja Federalnego Prokuratora Generalnego o niewnoszeniu oskarżenia była nie tylko zgodna ze standardami Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, ale także z wymogami ustanowionymi w orzecnictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (zob. §§ 59–60 powyżej). Zauważając, że Federalny Trybunał Konstytucyjny może uchylić decyzję o umorzeniu postępowania karnego (zob. § 100 powyżej), Trybunał stwierdza, że skarżący miał do dyspozycji środek odwoławczy pozwalający zakwestionować skuteczność śledztwa (zob. również *Hentschel i Stark*, cyt. powyżej, § 102).

**(b) Terminowość, rozsądny czas trwania i niezależność**

223. W zakresie, w jakim skarżący zarzucił opóźnienie i brak niezależności w odniesieniu do działań zwiadowczych na miejscu, Trybunał uważa, że aspekt ten należy zbadać w kontekście trwających działań wojennych w obszarze zrzutu bomby. Członkowie PRT Kunduz, którzy przybyli na miejsce zdarzenia o godz. 12.34 w celu przeprowadzenia wstępnego zwiadu w terenie, byli chronieni przez około stu członków afgańskich sił bezpieczeństwa, ale mimo to znaleźli się pod ostrzałem (zob. § 27 powyżej). Stanowi to znaczącą różnicę w porównaniu z *Al-Skeini i Inni* oraz *Jaloud* (oba cyt. powyżej), gdzie zgony objęte śledztwem nie miały miejsca w fazie działań wojennych eksterytorialnego konfliktu zbrojnego. W tych okolicznościach Trybunał nie uważa, aby można było realistycznie oczekiwać, że niemiecki kontyngent wojskowy przeprowadzi zwiad na miejscu szybciej niż to zrobił. Trybunał podziela pogląd skarżącego, że zapewne możliwe było przeprowadzenie dodatkowych czynności zwiadowczych za pomocą drona przed przybyciem na miejsce, ale nie jest w stanie stwierdzić, czy mogło to doprowadzić do uzyskania informacji wykraczających poza to, co zostało już ustalone w wyniku rozpoznania przeprowadzonego przez bezzałogowy statek powietrzny o 8 rano tego samego dnia (zob. § 24 powyżej). Chociaż Trybunał zgadza się ze skarżącym,

że pod względem niezależności byłoby lepiej, gdyby wstępnej oceny na miejscu nie przeprowadzali wyłącznie członkowie PRT Kunduz podlegli pułkownikowi K., to zauważa, że zespół śledczy niemieckiej żandarmerii wojskowej, którego wysłanie z Masar-i-Sharif zarządzono tego dnia rano, nie dotarł jeszcze w chwili przeprowadzania czynności zwiadowczych na miejscu (zob. §§ 26–27 powyżej). Zapewnienie ich udziału spowodowałoby zatem opóźnienie – pomimo tego że niewielkie – to jednak wskazujące na wzajemne powiązanie szybkości i niezależności.

224. Przypominając, że obowiązek proceduralny wynikający z art. 2 należy stosować realistycznie (zob. *Al-Skeini i Inni*, cyt. powyżej, § 168) oraz że niemieckie cywilne organy ścigania nie były uprawnione do podejmowania działań śledczych w Afganistanie, Trybunał nie uważa, że fakt podlegania niemieckiej żandarmerii wojskowej ogólnemu dowództwu niemieckiego kontyngentu ISAF, wpłynął na jej niezależność w stopniu pogarszającym jakość prowadzonych przez nią czynności śledczych (zob. *Jaloud*, cyt. powyżej, §§ 189-190). Jakkolwiek Trybunał stwierdził w sprawie *Al-Skeini i Inni*, że śledztwo prowadzone wyłącznie przez dowódców żołnierzy, którym zarzucano odpowiedzialność oraz ograniczenie się do odebrania zeznań od zamieszanych w sprawę żołnierzy, nie spełniało wymogów art. 2 (cyt. powyżej, §§ 153 i 171), to nie sugerowałby, że dowódcy muszą być całkowicie wyłączeni ze śledztwa przeciwko swoim podwładnym, biorąc również pod uwagę obowiązek ciążyący na dowódcach w tym zakresie na mocy międzynarodowego prawa humanitarnego (zob. §§ 84 i 193 powyżej).

225. Natomiast Trybunał uważa, że pułkownik K. nie powinien był uczestniczyć w czynnościach śledczych w Afganistanie, w tym w przesłuchaniach i wizytach w dniach 4 i 5 września 2009 r. (zob. §§ 27–28 powyżej), zważywszy że śledztwo dotyczyło jego własnej odpowiedzialności w związku z wydaniem rozkazu ataku lotniczego.

226. Trybunał nie może jednak stwierdzić, że zaangażowanie pułkownika K. uczyniło śledztwo nieskutecznym (zob. *Mustafa Tunç i Fecire Tunç*, cyt. powyżej, § 225). Odpowiedzialność za postępowanie karne spoczywała na cywilnych organach ścigania, w szczególności na Federalnym Prokuratorze Generalnym, który mógł polegać na znacznej ilości materiałów pochodzących ze śledztw prowadzonych przez różne podmioty i który podejmował dalsze czynności śledcze (por. *Al-Skeini i Inni*, cyt. powyżej, §§ 153 i 171). Co ważniejsze, ustalenie Federalnego Prokuratora Generalnego, że pułkownik K. nie ponosi odpowiedzialności karnej, opierało się przede wszystkim na ustaleniu w odniesieniu do *mens rea* pułkownika K. w chwili wydawania rozkazu ataku lotniczego, co zostało potwierdzone dowodami, których nie można było sfalszować, takimi jak nagrania dźwiękowe łączności radiowej między centrum dowodzenia a pilotami samolotu USAF F-15 oraz obrazy termalne z samolotowych kamer na podczerwień, które zostały natychmiast zabezpieczone.



227. W tych okolicznościach nie istniało realne ryzyko, że dowody, które miały decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia o odpowiedzialności karnej pułkownika K. mogłyby ulec wypaczeniu i stać się niewiarygodne. Dotyczy to w równym stopniu ryzyka, jakie miało wynikać z udziału pułkownika K. w niektórych czynnościach śledczych w Afganistanie, jak i zwłoki w przesłuchaniu przez Federalnego Prokuratora Generalnego pułkownika K. i innych żołnierzy obecnych na stanowisku dowodzenia. Stanowi to znaczącą różnicę między przedmiotową sprawą a sprawą *Jaloud* (w której pozostawało niejasne, kto oddał strzały, które zabiły syna skarżącego) oraz *Al-Skeini i Inni* (w których istotne okoliczności śmierci krewnych pierwszych pięciu skarżących pozostawały niejasne).

228. W zakresie, w jakim skarżący zarzucił brak terminowości śledztwa prowadzonego przez cywilne organy ścigania w Niemczech, Trybunał zauważa, że w dniu ataku lotniczego główny szef biura prawnego sił zbrojnych poinformował prokuratora w Poczdamie o ataku lotniczym (zob. § 30 powyżej). Trzy dni później prokurator wszczął wstępne śledztwo, ostatecznie przekazane Federalnemu Prokuratorowi Generalnemu, który równolegle wszczął wstępne śledztwo w dniu 8 września 2009 r. – cztery dni po ataku lotniczym. Właściwe władze niemieckie wszczęły zatem śledztwo w sprawie ataku lotniczego, m.in. w celu ustalenia kwestii odpowiedzialności karnej zaangażowanych osób, niezwłocznie po tym, jak dowiedziały się o możliwej śmierci cywilów.

229. Biorąc pod uwagę uprawnienia organów ścigania w trakcie postępowania przygotowawczego (zob. § 97 powyżej), podjęte środki śledcze i przedłużone czynności postępowania (zob. § 31 powyżej), w opinii Trybunału fakt, że postępowanie pozostawało na etapie wstępnego śledztwa przez około sześć miesięcy do momentu wszczęcia formalnego postępowania karnego w dniu 12 marca 2010 r., choć godny ubolewania, nie wpłynął na skuteczność śledztwa.

#### (c) Udział najbliższych krewnych i kontrola publiczna

230. Trybunał zauważa, że w dniu 12 kwietnia 2010 r. skarżący złożył zawiadomienie o przestępstwie spowodowania śmierci jego dwóch synów i zażądał dostępu do akt śledztwa (zob. § 50 powyżej). Mimo to Federalny Prokurator Generalny zamknął śledztwo cztery dni później, nie wysłuchując skarżącego ani nie udostępniając jego adwokatowi akt sprawy. Jeśli chodzi o zaangażowanie w śledztwo skarżącego jako ojca dwóch osób zabitych w wyniku ataku lotniczego, na pierwszy rzut oka wydaje się to problematyczne, biorąc pod uwagę jego twierdzenie, że nie można było wykluczyć posiadania przez niego istotnych informacji, w szczególności o tożsamości osób obecnych na miejscu bombardowania.

231. Jednakże w okolicznościach przedmiotowej sprawy brak przesłuchania skarżącego w charakterze świadka przed umorzeniem śledztwa nie spowodowało wadliwości śledztwa. Nie było wątpliwości, że dwaj

synowie skarżącego zginęli w wyniku ataku lotniczego, który został zarządzony przez pułkownika K., a skarżący nie byłby w stanie dostarczyć dodatkowych informacji istotnych dla ustalenia odpowiedzialności karnej pułkownika K., zważywszy na podstawy, na których oparł się Federalny Prokurator Generalny. Trybunał zauważa również, że obrońca skarżącego nie rozwinął bardziej kwestii dodatkowych istotnych informacji, które skarżący rzekomo posiadał, co potwierdza stanowisko Rządu, że oświadczenia skarżącego dotyczące jego obecności na miejscu wybuchu bomby pozostały niejasne. Ze swojej strony sąd apelacyjny stwierdził, że skarżący nie przedstawił odpowiednich dowodów ani w ogóle żadnych dowodów na poparcie licznych twierdzeń obciążających podejrzanych, w tym na okoliczność, że wielu cywilów przebywało na zewnątrz w noc ataku lotniczego (zob. § 53 powyżej).

232. Ponadto Federalny Prokurator Generalny zbadał twierdzenia skarżącego zawarte w jego pismach z dnia 9 czerwca i 7 lipca 2010 r. i odrzucił je jako bezzasadne w pismach z dnia 16 lipca i 3 września 2010 r. (zob. § 50 powyżej). Gdyby oświadczenia skarżącego zawierały nowe dowody lub skłoniły do spojrzenia na istniejące dowody w innym świetle, mogłoby to doprowadzić do wznowienia śledztwa (zob. § 98 powyżej). Skarżący nie został zatem pozbawiony możliwości wpływu na śledztwo, mimo że nie został przesłuchany przed wydaniem postanowienia o umorzeniu. W związku z tym Trybunał przypomina, że art. 2 nie nakłada na organy prowadzące śledztwo obowiązku przychylenia się do każdego wniosku o zastosowanie określonej czynności śledczej złożonego przez krewnego w toku śledztwa (zob. *Giuliani i Gaggio*, §§ 304 i 312 i nast.; *Velcea i Mazăre*, § 113; oraz *Ramsahai i Inni*, § 348, wszystkie cyt. powyżej).

233. Zauważając, że kwestia dostępu do akt postępowania została rozstrzygnięta przez Federalny Trybunał Konstytucyjny wcześniej w odrębnej decyzji, której skarżący nie zakwestionował (zob. § 57 powyżej), Trybunał nie jest w stanie dostrzec żadnych nieuzasadnionych ograniczeń ani opóźnień w dostępie skarżącego do akt śledztwa. Początkowo pełnomocnik skarżącego zwrócił się o dostęp do akt w imieniu dużej liczby osób i weryfikacja ich statusu jako pokrzywdzonych wymagała pewnego czasu. (zob. § 50 powyżej). Dostęp do jawnych części akt został ostatecznie przyznany dwa dni po tym, jak pełnomocnik skarżącego ograniczył wniosek do osoby skarżącego. Materiał śledztwa zawierał poufne informacje dotyczące operacji wojskowej w trwającym konflikcie zbrojnym, a art. 2 nie przewiduje automatycznego wymogu przyznania żyjącym krewnym zmarłej ofiary dostępu do toczącego się śledztwa (zob. *Ramsahai i Inni*, § 347; *Giuliani i Gaggio*, § 304; oraz *McKerr*, § 129, wszystkie cyt. powyżej).

234. W zakresie, w jakim skarżący skarżył się na opóźnienie w doręczeniu postanowienia o umorzeniu, Trybunał uważa, że racjonalnym działaniem było niepublikowanie i nedoręczanie postanowienia z dnia 16 kwietnia 2010 r. pokrzywdzonym stronom od razu, ale jego uprzednie

przeredagowanie, biorąc pod uwagę, że zawierało ono tajne informacje wojskowe. Kluczowe aspekty decyzji zostały jednak opublikowane w komunikacie prasowym (zob. § 34 powyżej). Dwa dni po sfinalizowaniu wersji zredagowanej w dniu 13 października 2010 r., została ona doręczona pełnomocnikowi skarżącego. Co ważne, miesięczny termin do złożenia wniosku o wniesienie oskarżenia publicznego rozpoczął bieg od dnia doręczenia decyzji o umorzeniu postępowania (zob. § 99 powyżej). W związku z tym opóźnienie w doręczeniu przeredagowanej wersji postanowienia o umorzeniu postępowania nie wpłynęło negatywnie na możliwość zaskarżenia tego postanowienia przez skarżącego (por. *Damayev*, cyt. §, § 87).

235. Wreszcie Trybunał zauważa, że śledztwo w sprawie ataku lotniczego przeprowadzone przez parlamentarną komisję śledczą (zob. § 69 powyżej) zapewniło wysoki poziom kontroli publicznej (zob. *Tagayeva i Inni*, §§ 629–631, oraz *Mustafić-Mujić i Inni*, §§ 102–106, oba cyt. powyżej; zob. także *Al-Skeini i Inni*, cyt. powyżej, §§ 71, 157 i 176).

### 3. Wniosek

236. W związku z powyższym oraz mając na uwadze okoliczności przedmiotowej sprawy, Trybunał stwierdza, że śledztwo w sprawie śmierci dwóch synów skarżącego, które zostało przeprowadzone przez władze niemieckie, było zgodne z wymogami skutecznego postępowania na podstawie art. 2 Konwencji. W związku z powyższym nie doszło do naruszenia art. 2 Konwencji.

## Z TYCH PRZYCZYN TRYBUNAŁ

1. *uznaje* jednogłośnie za niedopuszczalną część skargi dotyczącą braku niezależności śledztwa przeprowadzonego w Niemczech;
2. *uznaje* skargę, większością głosów, za dopuszczalną;
3. *orzeka*, że nie doszło do naruszenia art. 2 Konwencji w jego aspekcie proceduralnym.

Sporządzono w językach angielskim i francuskim, i obwieszczono pisemnie dnia 16 lutego 2021 r. zgodnie z Regułą 77 §§ 2 i 3 Regulaminu Trybunału.

Johan Callewaert  
Zastępca Kanclerza

Jon Fridrik Kjølbro  
Przewodniczący

WYROK HANAN PRZECIWKO NIEMCOM

Zgodnie z art. 45 ust. 2 Konwencji i Regulą 74 § 2 Regulaminu Trybunału do wyroku załączono opinię odrębną sędziów Grozeva, Ranzoniego i Eickego.

J.F.K.

J.C.

## WSPÓLNA CZĘŚCIOWO ROZBIEŻNA OPINIA SĘDZIÓW GROZEVA, RANZONIEGO I EICKEGO

### I. Wprowadzenie

1. Chociaż zgadzamy się ze stwierdzeniem braku naruszenia art. 2 Konwencji w jego aspekcie proceduralnym, to naszym zdaniem skarga powinna zostać uznana za niedopuszczalną z powodu braku wymaganego łącznika jurysdykcyjnego (dla celów art. 1) w odniesieniu do proceduralnego obowiązku przeprowadzenia śledztwa na podstawie art. 2.

2. Na potrzeby niniejszej opinii sprawę można podsumować w następujący sposób. W grudniu 2001 r. niemiecki parlament zezwolił na rozmieszczenie niemieckich sił zbrojnych w ramach Międzynarodowych Sił Wsparcia Bezpieczeństwa ONZ (ISAF) w Afganistanie, nad którymi dowództwo objęło NATO. Oddziały niemieckie przejęły przede wszystkim Prowincjonalny Zespół Odbudowy (PRT) Kunduz, którym dowodził wówczas niemiecki pułkownik K. W dniu 3 września 2009 r. rebelianci porwali dwie cysterny z paliwem, które następnie utknęły na piaszczystym brzegu rzeki Kunduz. W dniu 4 września 2009 r. we wczesnych godzinach porannych pułkownik K. wydał rozkaz zbombardowania unieruchomionych pojazdów przez dwa samoloty Sił Powietrznych Stanów Zjednoczonych. Atak lotniczy zniszczył cysterny i zabił m.in. dwóch synów skarżącego. Po wszczęciu wstępnego śledztwa po ataku lotniczym, niemiecki Federalny Prokurator Generalny wszczął postępowanie karne, by zbadać działania pułkownika K. Śledztwo to zostało umorzone w kwietniu 2010 r. z powodu braku wystarczających podstaw do podejrzeń, że podejrzani popełnili przestępstwo. W lutym 2011 r. sąd apelacyjny odrzucił wniosek skarżącego o wniesienie oskarżenia publicznego jako niedopuszczalny, a w dniu 19 maja 2015 r. Federalny Trybunał Konstytucyjny odmówił przyjęcia skargi konstytucyjnej od tej decyzji.

3. Skarżący skarżył się przed Trybunałem w Strasburgu na podstawie art. 2 Konwencji wyłącznie na wady w śledztwie karnym w sprawie ataku lotniczego (aspekt proceduralny), ale nie na zabicie jego dwóch synów w wyniku ataku lotniczego jako takiego (aspekt materialny).

4. W niniejszej opinii najpierw wyjaśnimy, dlaczego naszym zdaniem w kontekście przedmiotowej sprawy ani sam fakt wszczęcia krajowego postępowania karnego w sprawie śmierci synów skarżącego, ani tak zwane „szczególne cechy”, na których oparła się większość, nie są w stanie ustalić łącznika jurysdykcyjnego, aby uruchomić obowiązek proceduralny przewidziany art. 2. Następnie ocenimy, czy wymagany łącznik jurysdykcyjny może opierać się *per se* na operacjach wojskowych w Afganistanie.

## II. Łącznik jurysdykcyjny ustalony przez większość

5. W sprawie *Güzelyurtlu i Inni przeciwko Cyprowi i Turcji* ([WI], nr 36925/07, §§ 188–189 i 196, 29 stycznia 2019 r.) Trybunał stwierdził, że w szczególnych okolicznościach wszczęcie krajowego postępowania karnego w sprawie śmierci do których doszło poza jurysdykcją *ratione loci* danego państwa, może stworzyć łącznik jurysdykcyjny między tym państwem a krewnymi ofiary, którzy wnieśli skargę przed Trybunałem. W przedmiotowej sprawie większość uznała – i zgadzamy się z tym – że zasada ta nie ma zastosowania do rozpatrywanego tutaj scenariusza faktycznego, mianowicie śledztwa w sprawie śmierci, do których doszło w kontekście eksterytorialnej operacji wojskowej prowadzonej poza terytorium Układających się Państw Konwencji w ramach mandatu udzielonego rezolucją Rady Bezpieczeństwa Organizacji Narodów Zjednoczonych (zob. § 135 wyroku). Stwierdzenie, że jest inaczej, miałoby negatywny wpływ na wszczynanie śledztw na szczeblu krajowym i „nadmiernie rozszerzyłoby zakres stosowania Konwencji” (*ibid.*).

6. Jednakże następnie większość uznała, odnosząc się ponownie do wyroku *Güzelyurtlu i Inni* (cyt. powyżej, § 190), nie tylko, że „szczególne cechy” mogą ustanowić taki łącznik jurysdykcyjny, dla uruchomienia obowiązku proceduralnego nałożonego przez art. 2, ale także, że będzie to odnosić się nawet do sytuacji eksterytorialnych poza przestrzenią prawną Konwencji (zob. § 136 wyroku). Według większości, w przedmiotowej sprawie istniały trzy takie „szczególne cechy”: a) fakt, że Niemcy były zobowiązane na mocy prawa międzynarodowego do przeprowadzenia śledztwa w sprawie ataku lotniczego; b) fakt, że władze afgańskie, ze względów prawnych, nie mogły same wszcząć postępowania karnego; oraz (c) fakt, że niemieckie organy ścigania były również zobowiązane na mocy prawa krajowego do wszczęcia postępowania karnego.

7. Nie zgadzamy się zarówno (A) z rozszerzonym zastosowaniem „szczególnych cech” do zdarzeń, które miały miejsce poza przestrzenią prawną Konwencji, jak i (B) z trzema „szczególnymi cechami” określonymi przez większość w przedmiotowej sprawie. W naszej pełnej szacunku opinii, podejście większości oznacza odbieranie jedną ręką tego, co dało drugą i robienie dokładnie tego, czego wyraźnie starali się uniknąć, mianowicie wywoływanie efektu mrozącego (przynajmniej poprzez niepotrzebne powielanie zobowiązań już istniejących lub powstających na mocy Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego lub prawa zwyczajowego) oraz „nadmiernie rozszerzanie zakresu stosowania Konwencji”.

**(A) Nieuzasadnione rozszerzenie podejścia opartego na „cechach szczególnych”**

8. W odniesieniu do sytuacji eksterytorialnych, w których przedmiotowe zdarzenia miały miejsce poza przestrzenią prawną Konwencji, ale w których skarżący skarżyli się jedynie na naruszenie art. 2 w jego aspekcie proceduralnym, z orzecznictwa Wielkiej Izby wyraźnie wynika, że do tej pory zawsze wpierw oceniano, czy zdarzenie, które ma zostać objęte śledztwem, podlega jurysdykcji państwa w rozumieniu art. 1 Konwencji, a jeśli tak, to czy zdarzenie to można przypisać danemu państwu (ważne rozróżnienie, które zostało ostatnio ponownie zaakcentowane przez Trybunał w jego decyzji o dopuszczalności w sprawie *Ukraina przeciwko Rosji (sprawa Krymu)* ([WI], nr. 20958/14, 38334/18, §§ 264, 266 i 368, 14 stycznia 2021 r.). W takich sytuacjach Trybunał nigdy – a w żadnym razie wyraźnie – nie stosował żadnego innego testu.

9. W sprawie *Al-Skeini i Inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* ([WI], nr 55721/07, ETPC 2011) skarżący nie skarżyli się na żadne istotne naruszenie prawa do życia na podstawie art. 2, ale zarzucali jedynie, że pozwane państwo nie wypełniło swojego proceduralnego obowiązku przeprowadzenia skutecznego śledztwa w sprawie zabójstw krewnych skarżących w Iraku. Trybunał zbadał jednak najpierw, czy zabójstwa można było przypisać siłom zbrojnym pozwanego państwa (§§ 97–100), a następnie – dołączając to do przedmiotu skargi – czy zabójstwa te podlegały jurysdykcji pozwanego państwa (§§ 130–150).

10. W sprawie *Jaloud przeciwko Holandii* ([WI], nr 47708/08, ETPC 2014) skarżący również nie skarżył się na żadne istotne naruszenie art. 2, ale twierdził, że śledztwo w sprawie zabójstwa jego syna w Iraku przez siły zbrojne pozwanego państwa było niewystarczające. Trybunał ponownie ocenił po pierwsze, czy zabójstwo podlegało jurysdykcji państwa (§§ 137–153), a po drugie, czy można je było przypisać państwu (§§ 154–155).

11. W sprawie *Güzelyurtlu i Inni* (cyt. powyżej, § 190) Trybunał orzekł, że jakkolwiek obowiązek proceduralny wynikający z art. 2 byłby co do zasady spełniony tylko przez Układające się Państwo, którego jurysdykcji podlegał zmarły w chwili śmierci, to „szczególne cechy” danej sprawy mogłyby uzasadniać odstępianie od tego podejścia. Należy jednak zauważyć, że kryterium „szczególnych cech” zostało pierwotnie „ukształtowane” w innym kontekście i tylko w dwóch bardzo krótkich, niemal deklaracyjnych ustępach w sprawie *Rantsev przeciwko Cyprowi i Rosji* (nr 25965/04, §§ 243–244, ETPC 2010). Co ważniejsze, w sprawie *Güzelyurtlu i Inni* ustanowienie łącznika jurysdykcyjnego dla uruchomienia obowiązku proceduralnego nałożonego na mocy art. 2 na podstawie „szczególnych cech” było wyraźnie związane z celem uniknięcia próżni w systemie ochrony praw człowieka na terytorium Cypru, który mieści się w przestrzeni prawnej Konwencji (*ibid.*, § 195). Świadczy o tym również fakt, że w obu tych sprawach oba

zaangażowane państwa (Konwencji) były pozwanymi w sprawie rozpatrywanej przez Trybunał, a kwestia *de facto* dotyczyła podziału odpowiedzialności między nimi. Co więcej, w obu przypadkach podział odpowiedzialności i obowiązek współpracy były regulowane nie tylko przez Konwencję, ale także przez inne konwencje wielostronne (Rady Europy), mianowicie w sprawie *Rantsev* przez Konwencję Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi (CETS nr 197), a w sprawie *Güzelyurtlu i Inni* przez Europejską konwencję o ekstradycji (CETS nr 24) i niektóre z jej protokołów, a także Europejską konwencję o pomocy prawnej w sprawach karnych (CETS nr 182). Żaden z tych czynników nie występuje w przedmiotowej sprawie, która jest w rzeczywistości zdecydowanie bardziej porównywalna z sytuacją w sprawach *Al-Skeini i Inni* oraz *Jaloud*, w których Trybunał nie oceniał kwestii „szczególnych cech” ani nie stosował żadnego innego, podobnego testu; i to pomimo faktu, że obie sprawy miały miejsce po wyroku *Rantsev*.

12. W związku z tym obawiamy się, że większość rozciąga teraz rozłączny charakter proceduralnego obowiązku przeprowadzenia śledztwa poza punkt krytyczny, porzucając jakikolwiek związek z podstawowym materialnym obowiązkiem konwencyjnym wynikającym z art. 2. Trybunał rzecz jasna zaakceptował już, że obowiązek proceduralny może być postrzegany jako odrębny obowiązek prowadzący do stwierdzenia odrębnej i niezależnej „ingerencji”, ale jak dotąd uczynił to tylko w pewnych ograniczonych i bardzo specyficznych kontekstach.

13. W przeciwieństwie do tego, niniejszy wyrok nie dotyczy już stworzenia obowiązku proceduralnego w celu zbadania „zgodności z prawem użycia śmiertelnej siły przez władze państwowe” (zob. *McCann i Inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 27 września 1995 r., § 161, Seria A, nr 324) ani „obowiązku nierozzerwalnie związanego z art. 2, który wymaga, m.in., aby prawo do życia było »chronione przez prawo«” (zob. *Šilih przeciwko Słowenii* [WI], nr 71463/01, § 154, 9 kwietnia 2009 r.) – przy czym oba z nich zakładają, że (ryzyko) utraty życia powstało w ramach terytorialnej „jurysdykcji” Układającego się Państwa. Nie chodzi również o obowiązek współpracy w śledztwie prowadzonym przez inne państwo członkowskie ani o wszczęcie odrębnego śledztwa przez to państwo w następstwie ucieczki podejrzanych na obszar jego jurysdykcji, aby uniknąć próżni prawnej w „przestrzeni prawnej Konwencji” (zob. *Güzelyurtlu i Inni*, cyt. powyżej, § 195).

14. W rzeczywistości większość podkreśliła, „że z samego ustanowienia łącznika jurysdykcyjnego odnoszącego się do obowiązku proceduralnego na podstawie art. 2 nie wynika, że akt materialny podlega jurysdykcji Układającego się Państwa lub że akt ów może być przypisany temu Państwu” (zob. § 143 wyroku). Zgadzamy się z tym. Nie jest to jednak prawdziwy problem, jest raczej odwrotnie. W niniejszym wyroku Trybunał stworzył proceduralny obowiązek zbadania faktu pozbawienia życia, do którego



doszło poza przestrzenią prawną Konwencji i którego wyraźnie nie da się przypisać Układającemu się Państwu, w związku z czym owo państwo nie ma materialnego obowiązku wynikającego z art. 2 i nie ma nawet jurysdykcji. Tym jesteśmy zaniepokojeni. W jaki sposób Układające się Państwo może zostać pociągnięte do odpowiedzialności na podstawie art. 2 za błędy w śledztwie krajowym, jeżeli incydent, który miał zostać objęty śledztwem, sam w sobie nie mógł być przypisany danemu państwu i nie podlegał jurysdykcji Trybunału dla celów art. 1 Konwencji?

15. Ponadto podejście większości jest trudne do pogodzenia z proceduralnym wymogiem przeprowadzenia śledztwa na tyle szerokiego, aby pozwoliło ustalić, „czy państwo wypełniło swój obowiązek wynikający z art. 2 w zakresie ochrony życia” (zob. § 205 wyroku). Na jakiej podstawie ten drugi, materialny obowiązek wynikający z Konwencji miałby powstać w przypadku braku jakiegokolwiek „jurysdykcji” – czy to w znaczeniu „skutecznej kontroli nad obszarem”, czy też „władzy i kontroli przedstawiciela państwa”? (W odniesieniu do łącznika jurysdykcyjnego opartego na samym incydencie, zob. rozdział III poniżej).

16. W związku z tym nie jest również dla nas jasne, jakie są potencjalne granice (jeśli w ogóle) obowiązku proceduralnego wynikającego z art. 2, jak ustalono w niniejszym wyroku, w odniesieniu do działania lub zaniechania powodującego utratę życia. Jeśli nie jest wymagana ani jurysdykcja, ani przypisanie działania lub zaniechania powodującego utratę życia, z zastrzeżeniem jakichkolwiek „szczególnych okoliczności”, to czy obowiązek proceduralny mógłby powstać w związku z pozbawieniem życia spowodowanym przez powiązane milicje (uznane lub domniemane) lub przez działania sojuszników niebędących stronami Konwencji, takich jak Stany Zjednoczone Ameryki (zauważając na marginesie, że bomby w przedmiotowej sprawie zostały faktycznie zrzucone przez dwa samoloty Sił Powietrznych Stanów Zjednoczonych)?

17. Inną kwestią budzącą nasze obawy jest to, że (i w jaki sposób) stwierdzenie większości, iż Niemcy mają jurysdykcję nad całym śledztwem, nieuchronnie rozszerza jurysdykcję w takich sprawach jeszcze bardziej. W końcu większość w tym wyroku, rozszerzając zakres Konwencji na „działania i zaniechania śledcze niemieckiego personelu wojskowego w Afganistanie” (zob. § 144 wyroku), rozszerzyła zasady *Güzelyurtlu* jeszcze bardziej na obszary znajdujące się geograficznie poza przestrzenią prawną Konwencji. Stało się tak – jak rozumiemy z odniesienia do wyroku *Jaloud* (cyt. powyżej), na podstawie tego, że Niemcy sprawowały „kontrolę przedstawiciela państwa” nad swoimi śledczymi. Wniosek ten nie wydaje nam się jednak uzasadniony ani w sprawie *Güzelyurtlu i Inni* (cyt. powyżej), ani w sprawie *Markovic i Inni przeciwko Włochom* ([WI], nr 1398/03, ETPC 2006-XIV, wyraźnie przywołanej w § 136). Ta ostatnia sprawa była przecież czystą sprawą z art. 6, w której skarżący skarżyli się na odmowę dostępu do sądu przed sądami włoskimi (tj. sądami podlegającymi jurysdykcji

terytorialnej Włoch). Trybunał orzekł tam, że „jeżeli postępowanie cywilne wszczęto przed sądami krajowymi, państwo jest zobowiązane na mocy art. 1 Konwencji do zapewnienia w tym postępowaniu poszanowania praw chronionych art. 6” (*ibid.*, § 54) i tylko tych praw. Co więcej, wyrok *Markovic i Inni* poprzedza wyrok *Rantseva* i w żaden sposób nie odnosi się „szczególnych cech” mających zastosowanie w kontekście incydentów, które miały miejsce poza przestrzenią prawną Konwencji.

18. Podsumowując, chociaż prawdą jest, że Trybunał już „podzielił i dostosował” prawa wynikające z Konwencji (zob. na przykład *Al-Skeini i Inni*, cyt. powyżej, § 137; oraz *Hirsi Jamaa i Inni przeciwko Włochom* [WI], nr 27765/09, § 74, ETPC 2012), podejście większości do dostosowania „jurysdykcji” w przedmiotowej sprawie wykracza poza granice naszego przyzwolenia.

### **(B) Trzy „szczególne cechy” zastosowane przez większość**

19. Nawet przyjmując, że co do zasady „szczególne cechy” mogą ustanowić łącznik jurysdykcyjny, aby uruchomić obowiązek proceduralny na podstawie art. 2 w odniesieniu do aktów eksterytorialnych poza przestrzenią prawną Konwencji, nie jesteśmy w stanie dostrzec, co sprawia, że trzy „szczególne cechy” wyodrębnione i zastosowane przez większość w przedmiotowej sprawie są na tyle „szczególne”, aby miały uzasadniać to dalsze rozszerzenie „jurysdykcji” na podstawie art. 1. W związku z tym nie możemy zgodzić się z argumentacją i wnioskami wyciągniętymi przez większość. Ostatecznie pewność prawa wymaga, m.in., aby zaciągnięcie zobowiązań wynikających z Konwencji było racjonalnie przewidywalne dla Układających się Stron oraz osób działających w ich imieniu lub pod ich kierownictwem i kontrolą.

20. Pierwszą rzekomą „szczególną cechą” jest wynikający z prawa międzynarodowego obowiązek przeprowadzenia przez Niemcy śledztwa w sprawie ataku lotniczego. Obowiązek ten opiera się w dużej mierze na międzynarodowym prawie zwyczajowym, co znajduje odzwierciedlenie w zasadzie 158 *międzynarodowego prawa humanitarnego* Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża (zob. §§ 80–84 wyroku). Jak wynika z załączonego materiału, obowiązek ten a) wywodzi się w dużej mierze z obowiązków i praktyki państwowej wynikającej z Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego („statut rzymski”) i je odzwierciedla (zob. §§ 94–95 wyroku), oraz b) nie ogranicza się do obowiązku prowadzenia śledztwa w sprawie „śledztwa w sprawie zbrodni wojennych rzekomo popełnionych przez ich obywateli lub siły zbrojne lub na ich terytorium oraz, w stosownych przypadkach, ścigania podejrzanych”, ale obejmuje również obowiązek „prowadzenia śledztw w sprawach o inne zbrodnie wojenne objęte ich jurysdykcją i, w stosownych przypadkach, ścigania podejrzanych”. Co się tyczy pierwszego obowiązku (który może

również stać się istotny w odniesieniu do trzeciej „szczególnej cechy”), zobowiązania prawne wynikające ze statutu rzymskiego są oczywiście wspólne dla przeważającej większości Układających się Stron Konwencji, a zatem nie jest jasne, co czyni tę cechę „szczególną”. W odniesieniu do ostatniego obowiązku prowadzenia śledztw w sprawie zbrodni wojennych innych niż popełnione przez siły zbrojne państwa i jego rozszerzenia na (i) wszystkich „obywateli” i (ii) wszystkie inne zbrodnie wojenne, nad którymi państwo ma jurysdykcję, wyraźnie może on powielać (i być może godzić w) tworzenie jurysdykcji powszechnej w odniesieniu do zbrodni wojennych zawartych (w celu uniknięcia bezkarności), między innymi, w statucie rzymskim. Jest to czynnik dodatkowo podkreślony przez wyraźny nacisk na „wagę ... przestępstwa” w § 137 wyroku.

21. Jeśli przyjęcie przez państwo zobowiązania w ramach ONZ do prowadzenia postępowań karnych tworzy łącznik jurysdykcyjny dla Trybunału do stosowania Konwencji, wówczas każde zobowiązanie wynikające z międzynarodowego prawa humanitarnego może mieć ten sam skutek. A jeśli nie, to jakie jest uzasadnienie prawne i jakie są kryteria odróżniające jeden obowiązek od drugiego? Ponieważ lista zobowiązań międzynarodowych, które mogą wchodzić w grę, jest tak szeroka, obawiamy się, że zachowanie „jurysdykcji” jako dającej się obronić koncepcji stanie się niemożliwe lub przynajmniej pociągnie za sobą przypadkowe zastosowanie tej koncepcji, zależne od niejasnych względów prawnych.

22. Drugą „cechą szczególną”, na którą powołuje się większość, jest fakt, że władze afgańskie nie mogły, ze względów prawnych, same wszcząć śledztwa karnego wskutek zapisu o wyłącznej jurysdykcji zawartego w porozumieniu o statusie sił ISAF. Immunitet przyznany przez tę zasadę nie jest oczywiście „szczególny”, ale jest raczej, jak przyznano w § 138 wyroku, „powszechną praktyką państw wysyłających oddziały w misjach wojskowych autoryzowanych przez Organizację Narodów Zjednoczonych” (jak również w innych porozumieniach dotyczących statusu sił zbrojnych). W każdym razie, a z pewnością w kontekście działań i zaniechań w trakcie konfliktu zbrojnego, może istnieć wiele innych potencjalnych „względów prawnych” uniemożliwiających skuteczne śledztwo karne przeciwko sprawcom działań lub zaniechań prowadzących do utraty życia (lub traktowania sprzecznego z art. 3), nie tylko wynikających z suwerennej równości narodów – co z kolei może ograniczać możliwość prowadzenia śledztwa do sytuacji, w których podejrzany powraca do „jurysdykcji” państwa, w którym miało miejsce działanie lub zaniechanie. Co więcej, nie jest dla nas jasne, w jaki sposób mogą istnieć „sytuacje bezkarności”, jeśli państwa członkowskie Rady Europy wysyłające wojska – bo tylko nimi się zajmujemy – nie wykonują swojej krajowej jurysdykcji karnej. W końcu, w przypadku przestępstw o wadze tu zarzucanej, pozwane państwo, podobnie jak przytłaczająca większość Układających się Państw, ostatecznie podlega jurysdykcji Międzynarodowego Trybunału Karnego („MTK”), jeśli nie

dojdzie do ścigania „w kraju”; jest to jurysdykcja, którą trudno uznać za „wyłączoną” przez faktycznie dwustronne porozumienie między ISAF a Administracją Tymczasową.

23. Trzecia „szczególna cecha” polega na tym, że niemieckie organy ścigania były zobowiązane do wszczęcia śledztwa karnego na mocy prawa krajowego. Powód ten jest, jak wyraźnie przyznano w wyroku (zob. § 140 wyroku), bezpośrednią konsekwencją ratyfikacji statutu rzymskiego przez Niemcy. W związku z tym jest prawdopodobne, że będzie to wspólna cecha w takiej czy innej formie wśród przeważającej większości, jeśli nie wszystkich, Układających się Stron Konwencji. W zakresie, w jakim państwa nie przyjęły (jeszcze) takiego obowiązku wszczęcia postępowania karnego w prawie krajowym, mogą one zostać zniechęcone do tego, jeśli jest to ostatnie „brakujące ogniwo” w kombinacji „szczególnych cech” niezbędnych do ustanowienia łącznika jurysdykcyjnego wymaganego do uruchomienia obowiązku proceduralnego na mocy art. 2 Konwencji. Taka sytuacja groziłaby również (dalszym) osłabieniem zaangażowania państw-stron w MTK; a jest to skutek, który uważamy za wysoce niepożądany.

24. W każdym razie wydaje nam się, że „kombinacja” tych trzech „szczególnych cech”, określana jako konieczna do uruchomienia art. 2 w aspekcie proceduralnym (zob. § 142 wyroku), jest albo tak powszechna wśród (ogromnej) większości Państw-Stron Konwencji, że nie jest na tyle „szczególna”, aby uzasadniać tworzenie „jurysdykcji” tam, gdzie w przeciwnym razie by jej nie było, albo co najmniej nie wyjaśniono (i nie jest to dla nas oczywiste), co sprawia, że te cechy, same lub w połączeniu, są na tyle „szczególne”, aby uzasadnić dalsze rozszerzenie eksterytorialnej jurysdykcji Trybunału.

### III. Jurysdykcja oparta na działaniach wojskowych za granicą

25. Ponieważ jesteśmy zdania, że w kontekście przedmiotowej sprawy ani sam fakt wszczęcia krajowych postępowań karnych w sprawie śmierci synów skarżącego, ani zastosowanie podejścia „szczególnych cech” nie jest w stanie ustanowić łącznika jurysdykcyjnego w odniesieniu do obowiązku proceduralnego wynikającego z art. 2 Konwencji, musimy ocenić, czy taki łącznik jurysdykcyjny mógł zostać utworzony przez same operacje wojskowe w Afganistanie.

26. Zasady, które Trybunał stosuje do wykonywania jurysdykcji (w rozumieniu art. 1 Konwencji) poza terytorium Układających się Państw, w szczególności poprzez odniesienie do „wyjątkowych okoliczności” „władzy i kontroli przedstawiciela państwa” oraz „skutecznej kontroli nad danym obszarem”, zostały podsumowane w sprawach *Al-Skeini i Inni* (cyt. powyżej, §§ 130–139), *Jaloud* (cyt. powyżej, § 139) oraz *Gruzja przeciwko Rosji (II)* ([WI], nr 38263/08, § 81, 21 stycznia 2021 r.).

27. Ponieważ większość nie podjęła się oceny tej kwestii, ograniczymy się do ścisłego przestrzegania orzecznictwa Trybunału i odpowiednich zasad. Stosując te zasady do przedmiotowej sprawy, dochodzimy do wniosku, że operacje wojskowe w Afganistanie również nie ustanowiły łącznika jurysdykcyjnego, który mógłby uruchomić obowiązek proceduralny wynikający z art. 2.

28. Po pierwsze, jeśli chodzi o koncepcję kontroli przestrzennej (czyli „skutecznej kontroli nad obszarem”), wydaje nam się oczywiste, że Niemcy nie sprawowały skutecznej kontroli nad regionem Kunduz i obszarem zrztu bomb. Wszak dowody nie pozostawiają wątpliwości, że we wrześniu 2009 r. na terenie tym prowadzone były działania wojenne, a liczba rebeliantów na tym obszarze była prawie tak wysoka, jak liczba żołnierzy ISAF, przy czym ci ostatni ponosili poważne straty za każdym razem, gdy wdawali się w potyczki z rebeliantami.

29. Po drugie, w odniesieniu do koncepcji kontroli osobistej, tj. władzy i kontroli agenta państwowego, zauważamy, że ani misja ISAF, ani wojska niemieckie nie sprawowały władzy publicznej ani w regionie Kunduz, ani w ogóle w Afganistanie. Misja ISAF była wyraźnie skoncentrowana na udzielaniu wsparcia afgańskiemu rządowi cywilnemu w budowaniu afgańskich sił bezpieczeństwa. Te ostatnie siły były obecne w szczególności w rejonie Kunduz i z kolei zapewniały ochronę niemieckim oddziałom, takim jak na przykład niemiecka jednostka zwiadowcza, która podjęła się oceny szkód bojowych po ataku lotniczym.

30. Niemcy nie sprawowały również żadnej kontroli nad synami skarżącego w rozumieniu orzecznictwa Trybunału. W sprawie *Banković i Inni przeciwko Belgii i Innym* ((dec.) [WI], nr 52207/99, § 75, ETPC 2001-XII) Trybunał wyraźnie stwierdził, a ostatnio potwierdził w sprawie *Gruzja przeciwko Rosji (II)* (cyt. powyżej, § 124), że eksterytorialny atak lotniczy, jako akt natychmiastowy, nie może ustanowić łącznika jurysdykcyjnego między osobami nim dotkniętymi a pozwanym państwem, ponieważ art. 1 Konwencji nie dopuszcza pojęcia jurysdykcji „przyczyny i skutku”. Atak lotniczy w rozpatrywanej sprawie był również środkiem podjętym w trakcie prowadzenia działań wojennych w strefie walk i nie stanowił użycia siły w celu zapewnienia władzy i kontroli nad osobami (por. *Jaloud*, cyt. powyżej, § 152).

31. Po stwierdzeniu, że śmierć synów skarżącego nie nastąpiła w ramach „jurysdykcji” Niemiec, nie jest konieczne, abyśmy oceniali, czy atak lotniczy był przypisywany Niemcom i czy podlegał zatem kompetencji Trybunału *ratione personae*.

#### IV. Wniosek

32. Z powyższych względów stwierdzamy, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie ustalono łącznika jurysdykcyjnego dla celów art. 1

w odniesieniu do proceduralnego obowiązku przeprowadzenia postępowania na podstawie art. 2 – ani na podstawie śledztwa krajowego i zidentyfikowanych „szczególnych cech”, ani też na podstawie samego ataku lotniczego w Afganistanie. W związku z tym głosowaliśmy przeciwko uznaniu skargi za dopuszczalną.

33. Jednakże jeśli chodzi o przedmiot skargi, zgadzamy się z odpowiednimi ogólnymi zasadami określonymi w wyroku i z ich zastosowaniem w przedmiotowej sprawie.