



UNIWERSYTET JAGIELLOŃSKI
Ośrodek Międzynarodowego Prawa Humanitarnego
i Praw Człowieka

Ochrona praw człowieka w wymiarze regionalnym

pod redakcją

Marcina Marcinko

Kraków 2012

Redakcja naukowa: dr Marcin Marcinko

Recenzenci:

dr Wojciech Burek, Instytut Europeistyki Uniwersytetu Jagiellońskiego

dr Paweł Filipek, Instytut Europeistyki Uniwersytetu Jagiellońskiego

Redakcja techniczna: Magdalena Bujakowska-Marcinko

© Copyright by Ośrodek Międzynarodowego Prawa Humanitarnego i Praw Człowieka

Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2012

ISBN 83-915947-2-6

Wydawca:

Ośrodek Międzynarodowego Prawa Humanitarnego

i Praw Człowieka WPiA UJ

al. Zygmunta Krasińskiego 18

30-101 Kraków

<http://www.opc.uj.edu.pl>

Za treść poglądów wyrażonych w poszczególnych artykułach niniejszej publikacji odpowiadają ich autorzy.

Spis treści:

Marcin Marcinko, *Słowo wstępne* 5

Afryka i Bliski Wschód

Maciej I. Andrzejewski, Marzena Cios, *Rola i przyszłość Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów w regionalnym systemie ochrony praw człowieka* 10

Monika Ciesielska, *Zakaz dyskryminacji i zasada równości w regionalnych systemach ochrony praw człowieka na przykładzie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Arabskiej Karty Praw Człowieka* 22

Anna Dąbrowska, *Dyskryminacja kobiet w systemach prawa karnego państw islamskich* ... 35

Katarzyna Kawala, *Ochrona praw mniejszości narodowych i etnicznych w Afryce (w kontekście porównania z sytuacją w Europie)* 46

Katarzyna Mertuszka, *Prawo narodów do samostanowienia – konfrontacja z rzeczywistością: Kurdystan* 55

Katarzyna Przybyśławska, *Sytuacja bezpaństwowców na Bliskim Wschodzie a międzynarodowe standardy ochrony praw człowieka* 62

Europa

Kaja Kowalczevska, *Prawo szariatu i jego kompatybilność z europejskim systemem ochrony praw człowieka* 81

Kaja Kowalczevska, Joanna Uchańska, *Prawa kobiet w postępowaniu o nadanie statusu uchodźcy w prawie międzynarodowym i europejskim – zagadnienia systemowe* 91

Jacek Kowalewski, *Enhancing the capacity of domestic courts in ex-Yugoslavia to try war crimes: an OSCE/UN project* 114

Anna Kuna, *Wolność sumienia i wyznania w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i polskiego Trybunału Konstytucyjnego* 120

Varia

Małgorzata Czerwińska, *Rola Międzynarodowego Trybunału Karnego w udoskonalaniu systemu ochrony praw człowieka* 133

Karol Juszka, *Spojrzenie polskich sądów na ochronę praw człowieka w stosowaniu przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności* 145

Karol Juszka, Elżbieta Żywucka-Kozłowska, <i>Prawa człowieka w postępowaniu wykonawczym na przykładzie przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności</i>	150
Karol Juszka, Elżbieta Żywucka-Kozłowska, <i>Badania nad efektywnością przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności</i>	154
Kaja Kowalczevska, <i>Prace przygotowawcze do Deklaracji z Brighton</i>	159
Program Studenckiej Konferencji Naukowej „Ochrona praw człowieka w wymiarze regionalnym”	163

Słowo wstępne

W Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, przyjętej w 1948 roku przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w formie rezolucji, ustanowiono katalog praw i wolności człowieka, uznany i zaakceptowany przez niemal wszystkie państwa świata za uniwersalny, ale nie zamknięty, lecz stanowiący podstawę do dalszego rozwoju praw i wolności przysługujących każdemu człowiekowi. Rozwój ów miał następować zarówno w skali globalnej, za pośrednictwem takich organizacji, jak ONZ, jak i w skali regionalnej, dzięki funkcjonowaniu regionalnych organizacji międzyrządowych. Poza tym, każde państwo w swoim ustawodawstwie wewnętrznym miało przyjmować i rozwijać wspomniany katalog.

Tymczasem, choć na przestrzeni ostatnich 60 lat powstało wiele regionalnych i wewnętrznych aktów prawnych i dokumentów poświęconych ochronie praw człowieka i w mniejszym lub większym stopniu uwzględniały one katalog Deklaracji, nie zawsze stanowiły jego rozwinięcie. Co więcej, często zdarzało się (głównie w przypadku państw, rzadziej organizacji), że gwarantowane prawa i wolności, jak również instrumenty i instytucje, które miały stać na ich straży, pozostawały wyłącznie „na papierze”, a stan przestrzegania tych praw w praktyce budził sporo zastrzeżeń. Z kolei w niektórych regionach świata materialnoprawny i formalnoprawny rozwój praw i wolności człowieka osiągnął tak znaczący stopień, że dla niektórych państw – nawet z danego regionu – może być on trudny do zaakceptowania, przede wszystkim z pozaprawnych (politycznych, religijnych, kulturowych i innych) powodów. Jeśli zatem przyjmując, że przedstawiony w Powszechnej Deklaracji katalog praw i wolności człowieka ma charakter uniwersalny, to już jego rozwinięcie w wymiarze regionalnym wydaje się być mocno zróżnicowane.

Problematyka owego „regionalnego aspektu” międzynarodowego prawa praw człowieka stała się tematem Studenckiej Konferencji Naukowej „Ochrona praw człowieka w wymiarze regionalnym”, zorganizowanej w marcu 2011 roku przez Ośrodek Międzynarodowego Prawa Humanitarnego i Praw Człowieka Uniwersytetu Jagiellońskiego. Uczestnicy konferencji – studenci prawa oraz zaproszeni goście (pracownicy naukowcy oraz przedstawiciele organizacji pozarządowych) – starali się znaleźć odpowiedź na pytanie, w jakim stopniu i w jaki sposób uwidaczniają się wspomniane różnice, a także,

w jakim zakresie czynniki pozaprawne mogą wpłynąć na poszanowanie praw i wolności człowieka w poszczególnych regionach świata czy w konkretnych państwach, które pełnią swoistą rolę „przewodników” w danym regionie i mogą kształtować podejście innych państw tego regionu do kwestii rozwijania i przestrzegania tych praw. Na przykładzie funkcjonujących organizacji regionalnych ocenie poddane zostały wypracowane w ich ramach mechanizmy ochrony praw i wolności człowieka, zarówno w sensie ogólnym, jak i w odniesieniu do poszczególnych problemów charakterystycznych dla danego regionu. W trakcie konferencji poruszono również kwestię konkretnych praw i wolności oraz stan ich przestrzegania w wybranych krajach, posiadających status co najmniej „mocarstw regionalnych”. Wystąpienia uczestników zakończyła dyskusja nad obecnym, rzeczywistym zakresem poszanowania i ochrony praw i wolności człowieka w omawianych regionach i państwach. Konkluzję uczestników stanowiła zaś próba oceny, czy dążenie do ciągłego rozwijania tych praw i formalne nadawanie im uniwersalnego charakteru jest konieczne, czy też lepiej pozostać przy ich regionalnym wymiarze, licząc na ich stopniową uniwersalizację, poprzez zwyczaj międzynarodowy i ewolucję systemów polityczno-społeczno-gospodarczych.

Niniejsza publikacja jest wyrazem poglądów i przemyśleń prelegentów na zaprezentowane przez nich podczas wspomnianej konferencji tematy. W opracowaniu tym nie udało się niestety zamieścić wszystkich przedstawionych wówczas zagadnień, jednak te z nich, które ostatecznie się tu znalazły, stanowią wystarczająco reprezentatywny i nad wyraz interesujący zbiór artykułów naukowych. Ich tematyka jest niezwykle różnorodna, jak zresztą sam „regionalny wymiar” praw człowieka, dla łatwiejszej orientacji usystematyzowano je jednak według „regionalnego klucza”.

Największym zainteresowaniem cieszył się region Bliskiego Wschodu oraz Afryka Północna, dlatego pierwsza część publikacji dotyczy właśnie państw położonych w tych regionach. W części tej znalazły się zarówno zagadnienia bardziej ogólne, dotyczące zdecydowanie większej liczby państw – jak artykuł poświęcony Afrykańskiemu Trybunałowi Praw Człowieka i Ludów, tekst dotyczący dyskryminacji kobiet w systemach prawa karnego państw islamskich, czy analiza sytuacji bezpaństwowców na Bliskim Wschodzie w kontekście międzynarodowych standardów ochrony praw człowieka – jak i opracowania odnoszące się do konkretnego narodu – Kurdów i wciąż nierozwiązanego problemu ich prawa do samostanowienia. W pierwszej części znalazły się także ciekawe artykuły prawnoporównawcze – pierwszy dotyczy zakazu dyskryminacji i zasady równości w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Arabskiej Karcie Praw Człowieka, a drugi

skupia się na problematyce ochrony praw mniejszości narodowych i etnicznych w Afryce w porównaniu z analogiczną ochroną w Europie.

Część druga poświęcona jest Europie, lecz – co ciekawe – niemal wszystkie artykuły zawierają elementy porównawcze – dotyczy to tekstu poruszającego kwestię prawa szariatu w kontekście europejskiego systemu ochrony praw człowieka, artykułu o prawach kobiet w postępowaniu o nadanie statusu uchodźcy w prawie międzynarodowym i europejskim oraz analizy orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i polskiego Trybunału Konstytucyjnego w odniesieniu do wolności sumienia i wyznania. Część drugą dopełnia artykuł omawiający wspólny projekt OBWE i ONZ mający na celu budowanie zdolności sądów krajowych państw postjugosłowiańskich w zakresie sądenia zbrodniarzy wojennych.

Ostatnia, trzecia część, zawiera artykuły nie mieszczące się wyraźnie w żadnej z powyższych kategorii. Znalazł się tu tekst poświęcony roli Międzynarodowego Trybunału Karnego w udoskonalaniu systemu ochrony praw człowieka, cykl artykułów będących wynikiem badań naukowych odnoszących się do ochrony praw człowieka w stosowaniu przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności w polskim systemie penitencjarnym oraz komunikat dotyczący prac przygotowawczych do Deklaracji z Brighton.

Publikacja ta nie powstałaby, gdyby nie zaangażowanie wielu osób – i choć nie jestem w stanie wymienić wszystkich, mimo to wszystkim chciałbym serdecznie podziękować. Przede wszystkim ogromne podziękowania należą się prelegentom, którzy przygotowali do publikacji poszczególne artykuły, a także pozostałym prelegentom i uczestnikom konferencji za ich wkład i inspirację dla autorów. Specjalne podziękowania kieruję do osób i organizacji, które objęły honorowym patronatem wspomnianą wyżej konferencję i dzięki którym konferencja ta nabrała profesjonalnego i wyjątkowego charakteru: dziękuję zatem pani Dziekan Wydziału Prawa i Administracji, prof. Krystynie Chojnickiej, pani Rzecznik Praw Obywatelskich, prof. Irenie Lipowicz, *Amnesty International* Polska (reprezentowanej na konferencji przez panią Natalię Olchawę) oraz Centrum Pomocy Prawnej im. Haliny Nieć (które reprezentowała na konferencji pani Prezes Centrum, dr Katarzyna Przybysławska). Serdecznie również dziękuję recenzentom publikacji – dr Wojciechowi Burkowi i dr Pawłowi Filipkowi – za ich wnikliwą i dogłębną ocenę każdego z prezentowanych tekstów. Podziękować chciałbym także Magdalenie Bujakowskiej-Marcinko – zawodowo, za pomoc techniczną przy redakcji całego zbioru i prywatnie, za cierpliwość i zrozumienie dla męża spędzającego godziny nad wprowadzaniem kolejnych poprawek.

Zarówno autorzy artykułów, jak i piszący te słowa redaktor niniejszej publikacji, liczą, że spotka się ona z przychylnym przyjęciem ze strony Czytelników i stanie się dla nich

lekturą nie tylko interesującą, lecz także pomocną w ich pracy zawodowej bądź naukowym zgłębianiu problematyki ochrony praw człowieka w poszczególnych regionach naszego globu.

Marcin Marcinko

Kraków, kwiecień 2012

Afryka i Bliski Wschód

Maciej I. Andrzejewski¹

Marzena Cios²

Rola i przyszłość Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów w regionalnym systemie ochrony praw człowieka

1. Wprowadzenie

Prawa człowieka³ w XXI w. stały się jedną z najważniejszych idei współczesnego świata, nic więc dziwnego, że odgrywają one istotną rolę nie tylko na poziomie krajowym, ale coraz częściej na forum międzynarodowym⁴. Jednakże sama idea ochrony praw i podstawowych wolności człowieka nie ma większego znaczenia, jeśli nie pociąga za sobą procedury pozwalającej jednostce skutecznie bronić się przed ich naruszeniem⁵. Dlatego zdolność dochodzenia praw jest najważniejszym aspektem *iura hominum*, ponieważ są one nie tylko szczytnymi ideałami czy aspiracjami, lecz przede wszystkim uprawnieniami stanowiącymi podstawę roszczeń⁶. Na kontynencie afrykańskim, w przeciwieństwie do systemu europejskiego czy interamerykańskiego, bardzo długo nie wykształcił się mechanizm sądowego dochodzenia roszczeń wynikających z naruszeń Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów, jednakże proces demokratyzacji państw afrykańskich spowodował podniesienie standardów ochrony praw człowieka i obywatela⁷.

¹ Autor jest absolwentem Wydziału Prawa i Administracji UJ, wolontariuszem Ośrodka Międzynarodowego Prawa Humanitarnego i Praw Człowieka WPiA UJ.

² Autorka jest absolwentką Wydziału Zamiejscowego Nauk Prawnych i Ekonomicznych w Tomaszowie Lubelskim Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego im. Jana Pawła II w Lublinie, doktorantką w Katedrze Postępowania Karnego UJ.

³ Pojęcie prawa człowieka (*iura hominum*) po raz pierwszy zostało spisane w 1537 r., wywodzi się ono z tradycji prawa naturalnego, a jego rozpowszechnienie nastąpiło pod koniec XVIII w. (zob. P. Bała, A. Wielomski, *Prawa człowieka i ich krytyka – przyczynek do studiów o ideologii czasów ponowoczesnych*, Warszawa 2008, s. 19).

⁴ J. Hołda, Z. Hołda, A. Rybczyńska, D. Ostrowska, *Prawa człowieka – zarys wykładu*, Warszawa 2008, s. 13.

⁵ M. Nowicki, *Co to są prawa człowieka*, http://www.hfhrpol.waw.pl/pliki/MNowicki_CoToSa.pdf (02.02.2011), s. 7.

⁶ W. Osiatyński, *Wprowadzenie do praw człowieka*, http://www.hfhrpol.waw.pl/pliki/WOsiatynski_HistIFilo.pdf (02.02.2011), s. 2.

⁷ G. Michałowska, *Problemy ochrony praw człowieka w Afryce*, Warszawa 2008, s. 42.

Mimo, iż kraje Afryki są uczestnikami organizacji powszechnych i powiązanych z nimi agencji oraz stronami powstających z ich inspiracji umów zapewniających ochronę praw i wolności człowieka w różnych aspektach, to podstawowymi instrumentami ochrony praw jednostki, poza warstwą normatywną, pozostają regionalne instytucje sprawujące nadzór nad ich przestrzeganiem⁸.

W tym miejscu, przed przystąpieniem do merytorycznej części artykułu, należy poczynić dystynkcję o charakterze terminologicznym, zwracając uwagę na specyfikę nazw aktów prawnych i instytucji powoływanych do ochrony praw człowieka i podstawowych wolności na kontynencie afrykańskim (np. Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów, Afrykański Trybunał Praw Człowieka i Ludów). Charakterystycznym elementem jest uwzględnienie w nich praw ludów (narodów), ze względu na ich nierozzerwalne powiązanie z historią i charakterem kontynentu. Analizując zakres ochrony praw człowieka na kontynencie afrykańskim, należy zauważyć, iż są one ograniczane przez prawa i obowiązki ludów, przez co wyraźnie widać, iż system ten oparty jest na dominacji i realizacji w pierwszej kolejności praw ludów, a dopiero później praw jednostek⁹. W swym założeniu, prawa ludów mają manifestować, a jednocześnie chronić nie tylko uprawnienia jednostki, ale całych społeczności, których suwerenność i niezależność ma być w sposób szczególny poddana ochronie¹⁰.

2. Kształtowanie się ochrony praw człowieka i ludów na kontynencie afrykańskim

Proces kształtowania się systemu ochrony praw człowieka i podstawowych wolności na kontynencie afrykańskim trwa aż do dnia dzisiejszego, dlatego niemożliwe jest wskazanie jednoznacznej daty jego powstania¹¹. Jego historycznych źródeł należy doszukiwać się już w XIX wieku, w działaniach podejmowanych na rzecz uzyskania niepodległości przez ludy Afryki, jednakże dopiero po zakończeniu II wojny światowej udało się podjąć kroki zmierzające do stworzenia jednolitego systemu ochrony praw jednostki¹². Przez ponad pięćdziesiąt lat na kontynencie afrykańskim kształtowały się podstawy, instytucje i struktury systemu ochrony praw człowieka, tak na poziomie krajowym, jak i regionalnym¹³. W 1961 roku na konferencji organizowanej przez Międzynarodową Komisję Prawników w Lagos

⁸ *Ibidem*, s. 32.

⁹ B. S. Diallo, *Międzynarodowe instrumenty ochrony praw człowieka*, Poznań 2010, s. 171.

¹⁰ M. Jabłoński [w:] B. Banaszak, A. Bisztyga, K. Complak, M. Jabłoński, R. Wieruszewski, K. Wójtowicz, *System ochrony praw człowieka*, Kraków 2005, s. 240.

¹¹ B. S. Diallo, *op.cit.*, s. 169.

¹² *Ibidem*, s. 229.

¹³ N. J. Udombana, *Toward the African Court on Human and Peoples' Rights: Better later than never*, <http://www.law.yale.edu/documents/pdf/LawJournals/UDOMBANA.PDF> (28.01.2011), s. 47-48.

(Nigeria) pojawił się pomysł utworzenia Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów, jednakże pozostał on tylko ideą¹⁴. Wraz z powołaniem do życia, na konferencji w Addis Abebie (Etiopia) w dniu 25 maja 1963 roku, Organizacji Jedności Afrykańskiej (OJA) – pierwszej organizacji międzynarodowej, jednoczącej większość państw Afryki¹⁵ – została potwierdzona w preambule jej Karty wierność postanowieniom Karty Narodów Zjednoczonych oraz Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. Artykuł II Karty Organizacji Jedności Afrykańskiej, wśród celów stawianych tej organizacji, wskazywał natomiast na popieranie współdziałania międzynarodowego przy przestrzeganiu wspomnianych dokumentów¹⁶.

Na przełomie lat sześćdziesiątych i siedemdziesiątych XX wieku stan praw człowieka na kontynencie afrykańskim był godny ubolewania. Liczne zamachy stanu, junty, dyktatury, prowadziły do konieczności powołania mechanizmu promującego i chroniącego prawa człowieka. Niestety, dopiero w 1981 roku udało się wypracować zręby jednolitego, regionalnego systemu ochrony praw i wolności jednostki w postaci Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów. Dokument ten, podpisany w Nairobi (Kenia) w dniu 26 czerwca 1981 roku, wszedł w życie dopiero w dniu 21 października 1986 roku, ze względu na wymóg ratyfikacji przez zwykłą większość państw OJA. W preambule Karty znajdujemy odwołanie do Karty Narodów Zjednoczonych i Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka oraz tradycji historycznej i wartości cywilizacji afrykańskiej, które powinny inspirować i kształtować koncepcje praw człowieka i obywatela. Ponadto zwrócono uwagę, że fundamentalne prawa człowieka wywodzą się z właściwości istoty ludzkiej, które uzasadniają ich międzynarodową ochronę, a rzeczywistość i poszanowanie praw ludów powinny koniecznie gwarantować prawa człowieka. W końcowej części preambuły szefowie państw wyrazili przekonanie co do swojego obowiązku popierania oraz ochrony praw i wolności człowieka i ludów, z uwzględnieniem wagi, jaką tradycyjnie przykładają do nich w Afryce¹⁷.

Organem czuwającym nad poszanowaniem wartości wymienionych w preambule została Afrykańska Komisja Praw Człowieka i Ludów. Konkretyzacja ogólnych postanowień preambuły została dokonana w art. 45 Karty, zgodnie z którym funkcją Komisji będzie popieranie praw człowieka i ludów, a w szczególności:

¹⁴ G. M. Wachira, *African Court on Human and Peoples' Rights: Ten years on and still no justice*, <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/48e4763c2.pdf> (28.01.2011), s. 9.

¹⁵ M. Jabłoński, *op. cit.*, s. 230.

¹⁶ G. Michałowska, *op. cit.*, s. 33.

¹⁷ A. Bieńczyk-Missala, *Międzynarodowa ochrona praw człowieka – wybór dokumentów*, Warszawa 2008, s. 507-508.

- gromadzenie dokumentów, podejmowanie studiów i badań nad problemami afrykańskimi w dziedzinie praw człowieka i ludów, organizowanie seminariów, sympozjów i konferencji, rozpowszechnianie informacji, wspieranie narodów oraz lokalnych instytucji zajmujących się prawami człowieka i ludów, a w przypadku zaistnienia problemu, dostarczanie rządowi własnych poglądów i rekomendacji,
- formułowanie i ustanawianie zasad i reguł, których celem jest rozwiązywanie prawnych problemów, dotyczących praw człowieka i ludów oraz podstawowych wolności, na których rządy mogą opierać swoje ustawodawstwo,
- współpraca z innymi afrykańskimi i międzynarodowymi instytucjami zajmującymi się popieraniem i ochroną praw człowieka¹⁸.

Materialną legitymację funkcjonowania Komisji, oprócz aktów prawnych o charakterze międzynarodowym (np. Karta Narodów Zjednoczonych, Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, dokumenty przyjęte przez wyspecjalizowane organy ONZ, których członkami są państwa-strony Karty), stanowią postanowienia afrykańskich dokumentów dotyczących praw człowieka i ludów (np. Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów, Akt Konstytucyjny, Afrykańska Karta Praw i Dorobku Dziecka). Ponadto Komisja uwzględnia ogólne lub specjalne konwencje międzynarodowe ustalające reguły wyraźnie uznane przez Państwa Członkowskie OJA, afrykańską praktykę zgodną z międzynarodowymi normami praw człowieka i ludów, zwyczaje przyjęte jako prawo, ogólne zasady prawa uznane przez państwa afrykańskie, jak również prawne procedury i doktrynę. Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów przewiduje dwie procedury składania zawiadomień o naruszeniu praw i wolności jednostki – pierwszą dla państw, a drugą dla podmiotów indywidualnych.

Zgodnie z art. 47 i 48 Karty, jeżeli państwo-strona Karty ma uzasadnione podstawy do przypuszczenia, że inne państwo naruszyło jej postanowienia, przysługuje mu prawo pisemnego zwróceniu uwagi na ten problem państwu naruszającemu. Jest ono także przesyłane do Sekretarza Generalnego OJA, jak i do Przewodniczącego Komisji. Jeżeli w ciągu trzech miesięcy od zawiadomienia sprawa nie zostanie rozwiązana na drodze polubownej, to każde z państw ma prawo przedstawić sprawę Komisji. W przypadku pogwałcenia postanowień Karty, możliwe jest także bezpośrednie zawiadomienie Komisji, poprzez skierowanie zawiadomienia do Przewodniczącego Komisji, Sekretarza Generalnego OJA oraz do państwa zainteresowanego. Komisja może zbadać sprawę dopiero po

¹⁸ *Ibidem*, s. 516.

wyczerpaniu wszystkich środków krajowych przez dane państwo, chyba że procedura taka w sposób nieuzasadniony zmierzałaby do przedłużania postępowania¹⁹. Zbierając materiał dowodowy Komisja ma prawo zwrócić się do zainteresowanego państwa o dostarczenie jej stosownych informacji, a państwa te mogą składać przed Komisją oświadczenia zarówno w formie pisemnej, jak i ustnej. Ze swojej działalności Komisja sporządza sprawozdanie ustalające fakty i wnioski w danej sprawie, a następnie przesyła je do zainteresowanego państwa i do Zgromadzenia Szefów Państw i Rządów, które jest najwyższym organem decyzyjnym OJA.

W przypadku ujawnienia poważnych lub masowych naruszeń praw człowieka i ludów, Komisja zwróci uwagę na te sprawy Zgromadzeniu Państw i Rządów, które może wystąpić do Komisji o przeprowadzenie pogłębionej analizy tych spraw i przedłożenie rzeczywistego sprawozdania, łącznie z ustaleniami i rekomendacjami Komisji.

Po analizie procedury postępowania przed Komisją należy dojść do wniosku, iż nie posiadana ona uprawnień decyzyjnych, a jej kompetencje sprowadzają się do badania danej sprawy, czynienia zaleceń i dążenia do polubownego jej załatwienia²⁰. Dlatego nadal aktualny pozostaje postulat prof. M. Kenig-Witkowskiej, aby Komisja była organem promującym prawa człowieka, skupiającym się na monitorowaniu raportów państw oraz współpracy z organizacjami rządowymi i pozarządowymi na polu legislacyjno-informacyjnym²¹.

W latach dziewięćdziesiątych formuła dotychczasowego działania OJA wyczerpała się, dlatego w celu usprawnienia jej funkcjonowania podjęto działania zmierzające do zmian ustrojowo-organizacyjnych, czego efektem było podpisanie w Lomé w dniu 11 lipca 2001 roku, aktu założycielskiego powołującego do życia Unię Afrykańską²². W Akcie Konstytucyjnym Szefowie Państw i Rządów Państw Członkowskich Organizacji Jedności Afrykańskiej są zdecydowani promować i chronić prawa człowieka i ludów, czego wyrazem jest uwzględnienie wśród celów Unii:

- popierania współpracy międzynarodowej na rzecz ścisłego przestrzegania Karty Narodów Zjednoczonych i Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka,

¹⁹ Postępowanie przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu również może rozpocząć się dopiero po wyczerpaniu wszystkich środków krajowych, jednakże w tym zakresie Komisja idzie dalej, ponieważ może także podjąć działania, gdy postępowanie w nieuzasadniony sposób prowadzi do przewlekłości postępowania.

²⁰ M. M. Kenig-Witkowska, *Afrykański Trybunał Praw Człowieka i Ludów*, <http://www.palestra.pl/index.php?go=artykul&id=455> (28.01.2011), s. 2.

²¹ *Ibidem*, s. 9.

²² M. Jabłoński, *op. cit.*, s. 230.

- promocji i ochrony praw człowieka i ludów, zgodnie z Afrykańską Kartą Praw Człowieka i Ludów oraz innymi stosownymi dokumentami dotyczącymi praw człowieka²³.

Unia Afrykańska, będąca prawną spadkobierczynią Organizacji Jedności Afrykańskiej, w dziedzinie ochrony praw człowieka i podstawowych wolności działa dalej w oparciu o postanowienia Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów. Praktyka działania Komisji udowodniła, iż nie dysponuje ona żadnymi środkami przymusu pozwalającymi na egzekwowanie przyjętych w Karcie postanowień. Ponadto powiązanie działań Komisji ze stanowiskiem Zgromadzenia prowadzi do uzależnienia tego organu od politycznych niuansów funkcjonowania tej organizacji²⁴. Zwrócić należy także uwagę na fakt, iż Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów okazała się aktem bardziej promującym niż chroniącym prawa człowieka, z dość ułomnym mechanizmem zapewniającym wprowadzenie w życie jej postanowień²⁵. Z uwagi na to, coraz częściej stawiano postulaty domagające się stworzenia odrębnie działającego trybunału, który w większym stopniu niż Komisja byłby predysponowany do merytorycznego i *stricte* sądowego rozstrzygnięcia spraw indywidualnych²⁶.

3. Afrykański Trybunał Praw Człowieka i Ludów²⁷

Po czterech latach wytężonej pracy nastąpił przełom, intensywne negocjacje i kompromisy zwieńczono wspólnym stanowiskiem²⁸. Wysiłki te pozwoliły na przyjęcie przez Zgromadzenie Szefów Państw i Rządów Organizacji Jedności Afrykańskiej, w dniu 9 czerwca 1998 roku w Ouagadougou (Burkina Faso), protokołu ustanawiającego Afrykański Trybunał Praw Człowieka i Ludów. Wszedł on w życie w dniu 25 stycznia 2004 roku, po upływie trzydziestu dni od złożenia piętnastego dokumentu potwierdzającego ratyfikację lub przystąpienie. Co ciekawe, Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka funkcjonował już od 1978 roku, natomiast Europejski Trybunał Praw Człowieka został powołany do życia w dniu 4 listopada 1950 roku, jednakże zaczął funkcjonować dopiero od 1959 roku, kiedy ósme państwo-strona podpisało deklarację o uznaniu jego obowiązkowej jurysdykcji. Wskazane dane pokazują, jak długo Afrykańczycy musieli czekać na pierwszy organ ściśle

²³ A. Bieńczyk-Missala, *op. cit.*, s. 528-529.

²⁴ M. Jabłoński, *op. cit.*, s. 257.

²⁵ M. M. Kenig-Witkowska, *op. cit.*, s. 1.

²⁶ M. Jabłoński, *op. cit.*, s. 257.

²⁷ Tekst protokołu tłumaczony jest z wersji anglojęzycznej: *Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights on the establishment of an African Court on Human and Peoples' Rights*, dostępnej na oficjalnej stronie Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów (<http://www.african-court.org/fileadmin/documents/Court/Court%20Establishment/africancourt-humanrights.pdf>, 28.01.2011).

²⁸ G. M. Wachira, *op. cit.*, s. 2.

sądowy, powołany do ochrony ich praw. Kiedy europejski system ochrony praw człowieka był już dobrze rozwinięty, a interamerykański także działał dość sprawnie, Afrykański Trybunał Praw Człowieka i Ludów dopiero zaczynał funkcjonować. Nic więc dziwnego, że system ochrony prawnej na kontynencie afrykańskim nie jest tak dobrze rozwinięty, gdyż 50 lat to niewątpliwie ogromna przepaść cywilizacyjna między społeczeństwami.

W krótkiej preambule protokołu powołującego do życia Trybunał odnajdujemy *expressis verbis* nawiązanie do Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów, w punkcie stanowiącym, iż wolność, równość, sprawiedliwość i godność są zasadniczymi celami słuszných aspiracji ludów afrykańskich. Ponadto zostało wyrażone przekonanie, że Afrykański Trybunał Praw Człowieka i Ludów ma stanowić uzupełnienie i wzmocnienie dla Afrykańskiej Komisji Praw Człowieka i Ludów. W słowach tych można odnaleźć nawiązanie do uniwersalnych wartości właściwych dla wszystkich systemów ochrony praw i wolności jednostki²⁹.

3.1. Struktura Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów

Afrykański Trybunał Praw Człowieka i Ludów składa się z 11 sędziów. Kandydatów na stanowisko sędziego Trybunału może przedstawić każde z 53 państw członkowskich Unii Afrykańskiej. Liczba kandydatów nie może jednakże przekraczać trzech osób, a dwie z nich muszą pochodzić z państwa zgłaszającego daną kandydaturę. Kandydat musi cechować się wysokim poziomem moralnym oraz uznaną praktyką sądową lub akademicką, a ponadto doświadczeniem w zakresie ochrony praw człowieka. Powołanie na stanowisko sędziowskie następuje w głosowaniu tajnym, a przy wyborze członkowie Zgromadzenia kierują się dyrektywą, w myśl której sędziowie powinni być reprezentantami głównych regionów geograficznych Afryki oraz różnych kultur prawnych³⁰. Ponadto została wprowadzona zasada równości płci sędziów Trybunału, jednakże możliwość zgłoszenia trzech kandydatów przez państwo stanowi pewien mankament i stwarza problemy interpretacyjne na tle tej zasady³¹. Kadencja sędziów Trybunału trwa 6 lat i mogą oni zostać wybrani ponownie tylko raz. Należy zaznaczyć, iż mandat czterech sędziów wygasa po upływie dwóch lat, a kolejnych czterech sędziów po upływie czterech lat. Długość kadencji zostaje określona w drodze losowania dokonywanego niezwłocznie po pierwszych wyborach.

²⁹ M. Jabłoński, *op. cit.*, s. 259.

³⁰ Jest to również osobliwość kontynentu afrykańskiego, ponieważ ani system europejski, ani interamerykański nie przewidują takiego kryterium wyboru członka składu orzekającego.

³¹ M. Jabłoński, *op. cit.*, s. 259.

3.2. Podmioty legitymowane do wszczęcia postępowania przed Trybunałem

Podmiotami uprawnionymi do wszczęcia postępowania przed Afrykańskim Trybunałem Praw Człowieka i Ludów są:

- Komisja,
- państwo-strona, która złożyła skargę do Komisji,
- państwo-strona, przeciwko której skarga została złożona w Komisji,
- państwo-strona, którego obywatele są ofiarami łamania praw człowieka.

Ponadto przed Trybunałem mogą występować, w charakterze obserwatora, organizacje pozarządowe oraz osoby fizyczne. Uzyskanie statusu obserwatora jest jednoznaczne z przyznaniem prawa do składania wniosków do Trybunału w toczącym się postępowaniu³². Warto tu podkreślić, iż umożliwienie dochodzenia przez organizację pozarządową praw i podstawowych wolności człowieka jest rozwiązaniem innowacyjnym, nieprzewidywanym przez inne trybunały międzynarodowe³³.

3.3. Procedura postępowania przed Trybunałem

Afrykański Trybunał Praw Człowieka i Ludów proceduje na podstawie postanowień Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów oraz innych instrumentów ochrony praw człowieka. Postępowanie przed Trybunałem powinno być poprzedzone próbą polubownego zakończenia sprawy. Posiedzenia Trybunału odbywają się publicznie. Szczegółowe warunki przeprowadzenia postępowania przed Trybunałem określa Regulamin Trybunału, który powinien uwzględniać komplementarność zadań Komisji i Trybunału. Trybunał obraduje na sesjach zwyczajnych, które zwyczajowo odbywają się cztery razy do roku, a każda z nich trwa około piętnastu dni. Terminy kolejnych sesji ustalane są na poprzedniej sesji przez Trybunał. W wyjątkowych wypadkach Prezydent może, w porozumieniu z innymi członkami Trybunału, dokonać zmiany terminu sesji. Każda ze stron postępowania uprawniona jest do reprezentacji przez pełnomocnika, a gdy wymaga tego sprawiedliwość, może zostać zwolniona z opłat. Każda osoba, świadek lub przedstawiciel strony, korzystają z ochrony na podstawie zasad prawa międzynarodowego. Trybunał rozpatruje wnioski składane przez strony postępowania i przeprowadza dochodzenie, gdy uzna to za konieczne, a strony obowiązane są do udzielenia wszelkiej pomocy w celu wyjaśnienia sprawy. Dowody przeprowadzane przed Trybunałem mogą być zarówno pisemne, jak i ustne, dopuszczalne są także opinie biegłych.

³² *Ibidem*, s. 260.

³³ G. Michałowska, *op. cit.*, s. 43.

Kworum wymagane do rozpoznania sprawy przed Trybunałem wynosi 7 sędziów. Jeśli na początku posiedzenia nie osiągnięto kworum lub w trakcie posiedzenia przestaje ono istnieć, Prezydent decyduje o odroczeniu posiedzenia. Orzeczenie zapada większością głosów w ciągu 90 dni od zakończenia postępowania. Wyrok jest odczytywany na posiedzeniu jawnym i musi zawierać uzasadnienie. W przypadku stwierdzenia naruszenia praw i wolności człowieka Trybunał przygotowuje zalecenia prowadzące do usunięcia naruszeń, w tym decyduje o wypłatach odpowiedniego odszkodowania lub zadośćuczynienia. W razie szczególnie poważnego naruszenia praw człowieka i w celu uniknięcia nieodwracalnej szkody na osobie, może on zdecydować o zastosowaniu środków tymczasowych, które uzna za stosowne. Trybunał może dokonać zarówno rewizji swojego orzeczenia, jak i jego wykładni. W przypadku braku jednomyślności składu orzekającego, sędziom przysługuje *votum separatum*, czyli prawo do zgłoszenia zdania odrębnego.

O wyroku zostają, poza stronami, zawiadomione Państwa członkowskie Unii Afrykańskiej oraz Komisja Praw Człowieka i Ludów. Ponadto informacja o wyroku zostaje przesłana do Rady Ministrów, która monitoruje jego wykonanie w imieniu Zgromadzenia Unii. Państwa-strony zobowiązane są do wykonania wyroku Trybunału, w czasie przez niego określonym. Trybunał jest zobowiązany do przygotowywania dla Zgromadzenia corocznego sprawozdania ze swojej działalności, które w szczególności powinno zawierać informacje o niezastosowaniu się państw do wyroku.

3.4. Efektywność postępowania przed Trybunałem

W 2000 roku wyrażono nadzieję, że Trybunał nie zawiedzie oczekiwań mieszkańców Afryki, że będzie on uzdrowieniem dla kontynentu, który był dotychczas targany zamachami stanu, wojnami, klęskami głodu, a przede wszystkim nadużyciami prawa³⁴. Jednakże w przeciągu ponad dziesięciu lat od ustanowienia Trybunału, był on zdolny rozpoznać jedynie jedną sprawę. Pierwsze rozstrzygnięcie, a właściwie jego brak miało miejsce dopiero w dniu 15 grudnia 2009 roku w sprawie *Michelot Yogogombaye przeciwko Republice Senegalu*. W rozstrzygnięciu tym Trybunał stwierdził, że na podstawie art. 34(6) protokołu nie ma on jurysdykcji do rozpoznania wniesionej skargi³⁵, przy czym sędzia Fatsah Ouguerouz złożył

³⁴ M. Jabłoński, *op. cit.*, s. 259.

³⁵ Szerzej zob. *Judgment Michelot Yogogombaye vs Republic of Senegal*, dostępny na oficjalnej stronie Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów: http://www.african-court.org/fileadmin/documents/Court/Latest_Judgments/English/JUDGMENT._MICHELOT_YOGOGOMBAYE_VS._REPUBLIC_OF_SENEGAL_1_.pdf (28.01.2011).

zdanie odrębne³⁶. Nasuwa się więc pytanie, czy instytucja, która powinna budzić w Afrykańczykach nadzieję i zaufanie, dotyczące jego skuteczności jako instytucji powołanej do ochrony ich fundamentalnych praw, nie jest jedynie mrzonką³⁷. Mimo, że państwa afrykańskie chętnie uczestniczą w dyskusjach o prawach człowieka, składaniu deklaracji, a nawet gremialnie ratyfikują umowy międzynarodowe, niestety ich realizacja nie jest zadowalająca, bo wciąż jest to proces bardzo powolny³⁸. Ponadto, oceniając efektywność Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów, zwrócić należy uwagę, iż oprócz problemów finansowych i personalnych, z jakimi musi zmierzyć się Trybunał, konieczna jest promocja idei praw człowieka poprzez różnego rodzaju środki, od procesów legislacyjnych począwszy, poprzez edukację, na działalności organizacji pozarządowych skończywszy³⁹. Jednakże, jeżeli porównamy ilość spraw rozpoznanych na początku swojej działalności⁴⁰ przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, należy dojść do wniosku, że procedowanie w Afryce w sprawach dotyczących ochrony praw jednostki, jak do tej pory, nie odbiega od standardów europejskich.

3.5. Przyszłość Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów

Ewolucja systemu ochrony praw i wolności człowieka na kontynencie doprowadziła do połączenia Afrykańskiego Trybunału Sprawiedliwości z Afrykańskim Trybunałem Praw Człowieka i Ludów. Po podpisaniu w dniu 1 lipca 2008 roku protokołu w Sharm El-Sheikh (Egipt), utworzony został Afrykański Trybunał Sprawiedliwości i Praw Człowieka, który ma stać się najwyższym organem sądowym Unii Afrykańskiej. Fuzja dwóch działających dotąd odrębnie organów sądowych spowodowana była z jednej strony chęcią oszczędności finansowych, poprzez ograniczenia liczby i tak już rozbudowanych instytucji Unii Afrykańskiej⁴¹. Z drugiej unifikacja Trybunałów miała zapobiegać niekorzystnemu zjawisku, jakie wystąpiło w Europie, kiedy to sprzeczne wyroki Europejskiego Trybunału Praw

³⁶ Szerzej zob. *Separate opinion of judge Fatsah Ouguergouz*, dostępna na oficjalnej stronie Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów:

http://www.african-court.org/fileadmin/documents/Court/Latest_Judgments/English/SEPARATE_OPINION_OF_JUDGE_FATSA_H_OUGUERGOUZ.EN.pdf, (28.01.2011).

³⁷ G. M. Wachira, *op. cit.*, s. 25.

³⁸ G. Michałowska, *op. cit.*, s. 51.

³⁹ B. S. Diallo, *op. cit.*, s. 183.

⁴⁰ W latach 1959-1962 – brak spraw, w latach 1962-1975 – 20 wyroków, od 1986 r. – liczba skarg wynosiła ok. 20 rocznie, od 1991 r. było to już 100 skarg rocznie (zob. B. S. Diallo, *op. cit.*, s. 104).

⁴¹ Thijs Bouwknegt, *African Court of Justice and Human Rights underway*, <http://static.rnw.nl/migratie/www.rnw.nl/internationaljustice/courts/ACHPR/080613-africancourt-redirected> (07.07.2011).

Człowieka oraz decyzje Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości pojawiały się jednocześnie, prowadząc do rozbieżności w orzecznictwie⁴².

Afrykański Trybunał Sprawiedliwości i Praw Człowieka zacznie funkcjonować, gdy postanowienia protokołu z 2008 roku ratyfikuje co najmniej 15 państw-stron Unii Afrykańskiej. Na dzień 3 lutego 2010 roku, z 21 sygnatariuszy protokół ratyfikowały tylko Libia i Mali⁴³. Nowy Trybunał składać się będzie z 16 sędziów powoływanych na sześcioletnią kadencję, którzy pracować będą w dwóch sekcjach: Sekcji do spraw Ogólnych, w której zasiadałyby połowa wszystkich sędziów Trybunału oraz z sekcji Praw Człowieka, w której również orzekałoby 8 sędziów.

Ciężko jest jednoznacznie przesądzać o losie Afrykańskiego Trybunału Sprawiedliwości i Praw Człowieka, ponieważ fuzja dwóch trybunałów w jeden jest kolejnym przykładem odmienności systemu prawnego państw afrykańskich – w przeciwieństwie do tego systemu, europejski system podzielony jest dychotomicznie na Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej i Europejski Trybunał Praw Człowieka.

4. Wnioski

Powołanie Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów nie zakończy naruszeń w dziedzinie praw człowieka, jednakże będzie on wzmocnieniem regionalnego systemu ich ochrony jako całości, dostarczeniem ważnego czynnika o charakterze prewencyjnym i pomocą w dalszym budowaniu silnej kultury praw człowieka w Afryce⁴⁴.

Analizując wskazane instytucje ochrony praw człowieka i podstawowych wolności na kontynencie afrykańskim, należy stwierdzić, iż ani w warstwie prawnej, ani organizacyjnej nie odbiegają one od modeli przyjętych w innych regionach, natomiast uwzględniają one specyfikę środowiska afrykańskiego z jego ułomnościami, odmiennością kulturową oraz świadomością zapóźnień cywilizacyjnych i zagrożeń związanych z globalizacją. Dlatego kluczowym problemem jest ich rzetelna implementacja, przyswojenie rzeczywistej potrzeby ich wprowadzenia, umiejętności uruchomienia, aż w końcu zdolności wyegzekwowania poprzez zainicjowanie właściwych procedur⁴⁵.

⁴² Zob. *African Court of Justice and Human Rights*, <http://www.ihrda.org/african-court-of-justice-and-human-rights-acjhr/>.

⁴³ Zob. *List of countries which have signed, ratified/acceded to the protocol on the statute of the African court of justice and human rights*, <http://www.africa-union.org/root/au/documents/treaties/list/Protocol%20on%20Statute%20of%20the%20African%20Court%20of%20Justice%20and%20HR.pdf> (07.07.2011).

⁴⁴ N. J. Udombana, *op. cit.*, s. 66.

⁴⁵ G. Michałowska, *op. cit.*, s. 51.

Należy także pamiętać, że stworzenie efektywnego systemu gwarancji ochrony praw i wolności człowieka realne jest nie tylko wtedy, gdy kolejne akty prawne zaczynają wchodzić w życie, ale przede wszystkim kiedy zmienia się mentalność i zwyczaje ludzi, w tym przypadku wszystkich ludów afrykańskich. Ponadto budowanie stabilnego systemu ochrony wymaga wykreowania pewnych standardów postępowania, zrozumienia i uświadomienia sobie istoty uprawnień⁴⁶.

⁴⁶ M. Jabłoński, *op. cit.*, s. 272.

Zakaz dyskryminacji i zasada równości w regionalnych systemach ochrony praw człowieka na przykładzie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Arabskiej Karty Praw Człowieka

1. Uwagi wprowadzające

W sensie etymologicznym dyskryminowanie oznacza dokonywanie różnicowania pomiędzy pewnymi obiektami na gruncie określonych kryteriów różnicowania. W takim znaczeniu dyskryminowanie jest neutralne wartościowo i stanowi konieczny proces w życiu społecznym². Za pomocą pojęć „równość” i „niedyskryminowanie”, które nie są synonimami, zasadniczo określa się tę samą zasadę w sposób pozytywny lub negatywny: dyskryminacja jest szczególnym przypadkiem negacji równości³.

Poprzez definicje zawarte w różnych dokumentach możliwe jest odkrycie, ustalenie i stwierdzenie każdej dyskryminacji, która według danej konwencji jest zakazana. Każda umowa przedstawia odpowiednie dla niej przesłanki, które pozwalają różnicowanie zakwalifikować jako zgodne z prawem. W niniejszym artykule przedstawię, jak zakaz dyskryminacji został sformułowany w dwóch międzynarodowych dokumentach – Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Arabskiej Karcie Praw Człowieka.

¹ Autorka jest wolontariuszką Ośrodka Międzynarodowego Prawa Humanitarnego i Praw Człowieka UJ, absolwentką Wydziału Prawa i Administracji UJ (2010) i Europejskiej Akademii Dyplomacji (2011).

² U. Kischel, *Zur Dogmatik des Gleichheitssatzes in der Europäischen Union*, „Europäische Grundrechte Zeitschrift“, 1974, s. 6.

³ G. Hebling, *Das völkerrechtliche Verbot der Geschlechterdiskriminierung in einem plurikulturellen Kontext. Das Beispiel des Schutzes der Menschenrechte muslimischer Frauen in westlicher Ländern*, Zürich 2001, s. 73.

2. Europejska Konwencja Praw Człowieka

Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (EKPC)⁴ została uchwalona 4 listopada 1950 roku w Rzymie przez państwa Rady Europy. Dnia 3 września 1953 roku weszła w życie. Obecnie jej stronami jest 47 państw członkowskich Rady Europy.

Konwencja ta nie zna ogólnej zasady równości. Zakaz dyskryminacji z art. 14 ma zastosowanie w związku z prawami i wolnościami ujętymi w Konwencji. Z tego powodu zakaz dyskryminacji ma charakter akcesoryjny w stosunku do praw chronionych Konwencją⁵.

Artykuł 14 EKPC gwarantuje korzystanie z zawartych w Konwencji praw i wolności bez dyskryminacji – nie ustanawia zatem nakazu równego traktowania, a jedynie gwarantuje równość tylko w odniesieniu do innych gwarantowanych w Konwencji praw. Ponieważ art. 14 EKPC gwarantuje korzystanie z zawartych w Konwencji praw i wolności bez dokonywania różnicowania, to zdaniem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC), należy interpretować i stosować te prawa z EKPC nie tylko ze względu na dane prawo, ale także powołując się na gwarancję z art. 14 EKPC. Według takiej wykładni art. 14 EKPC stanowi ważną część składową, względnie ważne uzupełnienie każdego innego ustanowionego w Konwencji prawa⁶.

Odnosnie do kolejności badania wystąpienia naruszenia art. 14, należy stwierdzić, że jeżeli ETPC stwierdzi naruszenie jakiegoś prawa z konwencji, to w naruszeniu tym leży już z reguły niedopuszczalna dyskryminacja, której ETPC nie musi specjalnie, dodatkowo badać⁷.

Artykuł 14 zabrania, aby 2 grupy adresatów znajdujących się w porównywalnej sytuacji były traktowane nierówno. Dlatego zawsze najpierw należy zbadać, czy występuje porównywalna sytuacja. Jeżeli występuje porównywalna sytuacja, to przy powołaniu się na kryteria wymienione w art. 14 EKPC, różne traktowanie nie może zostać dokonane. W związku z wyliczonymi w art. 14 EKPC powodami dyskryminacji, pojawia się pytanie, czy katalog ten jest zamknięty, czy tylko przykładowy. Treść tego artykułu wskazuje na przykładowe wyliczenie kryteriów, co wynika z użycia słowa „w szczególności”. Inne kryteria muszą jednak odnosić się do osoby, do jej statusu osobistego, na co wskazuje brzmienie przepisu. Takimi niewskazanymi wprost kryteriami mogą być np. umysłowe lub

⁴ Dz. U. z 1993 r., nr 61, poz. 284 oraz Dz. U. z 1998 r. nr 147, poz. 962.

⁵ A. Peters, *Einführung in die Europäische Menschenrechtskonvention*, Tübingen 2003, s. 184.

⁶ *Ibidem*, s. 186.

⁷ S. Bernegger, *Der (allgemeine) Gleichheitsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot gemäß Art. 14 EMRK [w:] 50 Jahre Allgemeine Erklärung der Menschenrechte – Grund – und Menschenrechte in Österreich*, Band III, „Wesen und Werte“ (red. Rudolf Machacek, Willibald P. Pahr, Gerhard Stadler), Strassburg, Arlington 1998, s. 785.

fizyczne upośledzenie, orientacja seksualna, wiek, zawód. Kryteria rzeczowe, jak np. różne opodatkowanie posiadłości, nie są ważne⁸.

Ponadto, do naruszenia art. 14 może dojść, kiedy pomimo zachodzenia istotnie nieporównywalnej sytuacji nie zostanie przeprowadzone żadne różnicowanie. Artykuł 14 EKPC zawiera więc zakaz różnicowania oraz nakaz różnicowania⁹.

Jako kryterium dla pytania, czy różnicowanie w korzystaniu z praw i wolności z Konwencji nie stanowi dyskryminacji w znaczeniu art. 14 EKPC, ETPC stwierdził, że różnicowanie musi być usprawiedliwione „obiektywnymi i odpowiednimi okolicznościami” („*objective and reasonable justification*”). Istnienie okoliczności usprawiedliwiających musi być oceniane w stosunku do celu działania i badanego środka. Należy też brać pod uwagę zasady obowiązujące w demokratycznych społeczeństwach¹⁰.

Takie „obiektywne i odpowiednie okoliczności usprawiedliwiające” zachodzą, zdaniem ETPC, wtedy, kiedy odmienne traktowanie:

- a) służy prawowitemu celowi („*legitimate aim*”),
- b) pomiędzy użytym środkiem i celem, który za jego pomocą ma zostać osiągnięty, zachodzi odpowiedni stosunek („*reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised*”)¹¹.

Ważnym aspektem omawianego zagadnienia jest pewien zakres swobodnego uznania pozostawiony państwom członkowskim, który uzależniony jest w szczególności od tego, czy w państwach członkowskich istnieje wspólny standard oceny danych kwestii. Jeżeli nie ma takiego standardu, to zakres swobodnego uznania jest zasadniczo szeroki¹².

Płeć jest kryterium, które w ramach art. 14 EKPC nie jest szczególnie uwydatnione. Jednakże ETPC wymaga, aby różnicowanie ze względu na płeć było uzasadnione szczególnie ważnymi powodami¹³. Orzecznictwo strasburskie rozwinęło od połowy lat 80-tych XX stulecia kryterium „poważnych powodów”, które być mogą jedynie podstawą dla różnicowania opartego wyłącznie na kryterium płci i które tym samym stanowią wysoką przeszkodę dla usprawiedliwienia dyskryminacji ze względu na płeć¹⁴.

⁸ D. Harris, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford 2009, s. 479.

⁹ *Ibidem*, s. 488.

¹⁰ P. van Dijk, G. J.H. van Hoof, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague 1998, s. 174.

¹¹ I. Fahrenhorst, *Familienrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, das Ehe- und Familienrecht der Bundesrepublik Deutschland und seine Vereinbarkeit mit der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten - dargestellt anhand von ausgewählten Beispielen*, Paderborn 1994, s. 175.

¹² P. van Dijk, G. J.H. van Hoof, *op. cit.*, s. 176.

¹³ *Ibidem*, s. 512.

¹⁴ A. Brötel, *Der Anspruch auf Achtung des Familienlebens, Rechtsgrund und Grenzen staatlicher Einwirkungsmöglichkeiten in familiäre Rechtspositionen nach der Europäischen Konvention zum Schutze der*

Dlatego też kryterium szczególnych powodów, które mogłoby wyjątkowo usprawiedliwiać nierówne traktowanie ze względu na płeć, ogranicza dużo silniej zakres swobodnego uznania dla państw członkowskich w porównaniu do dyskryminacji ze względu na inne cechy. W odniesieniu do rozstrzygnięć ETPC i Komisji dotyczących dyskryminacji ze względu na płeć, można zauważyć dwa aspekty. Po pierwsze, nie ma zbyt dużej liczby dostępnych rozstrzygnięć, które miałyby za przedmiot dyskryminację płci. Powodem tego jest prawdopodobnie to, że EKPC nastawiona jest na ochronę praw obywatelskich i politycznych, natomiast prawa socjalne i ekonomiczne, w których właśnie kobiety w znacznym stopniu narażone są na dyskryminację, są spod tej ochrony wyłączone. Po drugie, w obliczu skarg nie można kategorycznie stwierdzić, że jedna płeć w pierwszym rzędzie jest dotknięta dyskryminacją¹⁵.

Z analizy orzecznictwa ETPC i praktyki orzeczniczej Komisji można przedstawić dziedziny, które były przedmiotem skarg – zarówno kobiet i mężczyzn – dotyczących dyskryminacji ze względu na płeć. Są to przede wszystkim dziedziny związane z rodziną lub prywatną sferą¹⁶.

W kwietniu 2005 roku wszedł w życie dwunasty Protokół Dodatkowy do EKPC, zgodnie z którym „korzystanie z każdego prawa zagwarantowanego przepisami prawa powinno być zapewnione bez dyskryminacji wynikającej z takich powodów, jak: płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne, pochodzenie narodowe lub społeczne, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, bądź z jakichkolwiek innych przyczyn”.

W artykule 1 XII Protokołu Dodatkowego ustanowiony został ogólny zakaz dyskryminacji, który nie ma charakteru akcesoryjnego. Nie zmienia on art. 14 EKPC ani go nie uchyla, tylko go uzupełnia. Dwunasty Protokół Dodatkowy do EKPC przejął jednoznacznie dotychczasowe pojęcie dyskryminacji, które rozwinęło orzecznictwo do art. 14 EKPC. Decydującą różnicę w porównaniu z art. 14 EKPC przedstawia niezależność nowego zakazu dyskryminacji od naruszenia innych praw z Konwencji, a także możliwość zastosowania go w przypadku dyskryminacji w związku z prawami, które nie są w Konwencji ustanowione jako takie, jak np. równość płac¹⁷.

Menschenrechte und Grundfreiheiten; dargestellt an ausgewählten Beispielen des deutschen Familienrechts, Baden-Baden 1991, s. 101.

¹⁵ P. van Dijk, G. J.H. van Hoof, *op. cit.*, s. 517.

¹⁶ M. Wittinger, *Die Gleichheit der Geschlechter und das Verbot geschlechtsspezifischer Diskriminierung in der Europäischen Menschenrechtskonvention – Status quo und die Perspektiven durch das Zusatzprotokoll Nr. 12 zur EMRK*, „Europäische Grundrechte Zeitschrift“, 2001, s. 273.

¹⁷ *Ibidem*, s. 278.

Zakaz dyskryminacji z XII Protokołu Dodatkowego do EKPC z powodu swojej autonomii wpływa na wszystkie dziedziny prawa wewnątrz krajowego. Odnosi się on do wszystkich praw ustanawianych przez narodowe ustawy i zgodnie z ust. 2 także przez wszystkie akty administracyjne i zabrania dyskryminacji z wymienionych w nim powodów. To wyliczenie, które jest identyczne z art. 14 EKPC, nie jest wyczerpujące¹⁸.

Z problemem dyskryminacji wiąże się sprawa równouprawnienia w małżeństwie i rodzinie. Mówi o tym art. 5 VII Protokołu Dodatkowego do EKPC: „małżonkom przysługują równe prawa i obowiązki o charakterze cywilnoprawnym w stosunkach wynikających z małżeństwa, tak pomiędzy nimi, jak w stosunkach z ich dziećmi, w trakcie trwania małżeństwa i w związku z jego rozwiązaniem”.

Poza ogólnym zakazem dyskryminacji w art. 14 EKPC, w art. 5 VII Protokołu Dodatkowego jest zawarta szczególna zasada równości dla małżonków. Artykuł 5 tego Protokołu kładzie nacisk na zobowiązanie państw, aby w prawie narodowym zagwarantować równość praw i obowiązków małżonków. Obowiązek państwa dotyczy tylko dziedziny prywatno-prawnej, ponieważ według wyjaśniającego sprawozdania, przepis ten nie odnosi się do innych dziedzin prawa, jak prawo administracyjne, podatkowe, karne, socjalne, kościelne lub prawo pracy. Państwo ma obowiązek, w dziedzinie prywatnoprawnej poprzez odpowiednie ustawodawstwo, troszczyć się o stworzenie równych praw małżonków¹⁹.

Poza prawami małżonków, w art. 5 zd. 2 VII Protokołu Dodatkowego do EKPC są również chronione prawa dzieci. Niekiedy może z tego wynikać ograniczenie zasady równości, ponieważ np. przy rozwodzie muszą zostać podjęte konieczne środki w interesie dzieci, nawet gdyby miało to skutkować nierównym potraktowaniem małżonków²⁰.

W odróżnieniu od art. 12 EKPC – prawa do zawarcia małżeństwa – art. 5 VII Protokołu Dodatkowego do EKPC nie dotyczy równości małżonków w odniesieniu do przepisów o zawieraniu małżeństwa, ale odnosi się do małżeństwa już zawartego.

3. Arabska Karta Praw Człowieka

W roku 2003 Rada Ligi Państw Arabskich postanowiła dokonać rewizji Arabskiej Karty Praw Człowieka, mając na celu jej modernizację i aktualizację ze względu na

¹⁸ S. Agirbasli, *Vom akzessorischen Diskriminierungsverbot zum allgemeinen Gleichheitsgebot. Eine Untersuchung über die möglichen Rechtswirkungen des am 1. April 2005 mittlerweile für 15. Mitgliedstaaten in Kraft getretenen 12. Zusatzprotokolls zur Europäischen Konvention für Menschenrechte*, „Europäische Hochschulschriften“, s. 87-89.

¹⁹ M. Wittinger, *Familien und Frauen im regionalen Menschenrechtsschutz: ein Vergleich der Europäischen Menschenrechtskonvention, der Amerikanischen Menschenrechtskonvention und der Afrikanischen Charta der Menschenrechte und Rechte der Völker*, Baden-Baden 1999, s. 177.

²⁰ P. van Dijk, G. J.H. van Hoof, *op. cit.*, s. 515.

międzynarodową ochronę praw człowieka. W 2004 roku Rada uchwaliła dokładnie opracowaną, nową wersję Arabskiej Karty Praw Człowieka²¹. W proces jej powstania zaangażowane były nie tylko arabskie, ale także międzynarodowe organizacje praw człowieka oraz instytucje zajmujące się ochroną tych praw, jak np. Komisja Praw Człowieka ONZ. Inaczej niż jej poprzedniczka, Karta ta została zaakceptowana i stała się częścią porządku międzynarodowego – większość 22 państw członkowskich Ligi Państw Arabskich ją podpisała, a w połowie marca 2008 roku Karta weszła w życie.

Zakaz dyskryminacji sformułowany jest w art. 3 pkt.1 i brzmi:

„Każde państwo-strona Karty zobowiązane jest do zapewnienia wszystkim jednostkom na swoim terytorium i podlegającym jego jurysdykcji prawa do korzystania z wszystkich praw i wolności uznanych w niniejszym dokumencie bez jakiegokolwiek różnicy ze względu na rasę, kolor skóry, płeć, język, religię, poglądy, myśli, narodowość lub pochodzenie społeczne, własność, urodzenie lub fizyczne lub psychiczne upośledzenie”.

Ze sformułowania tego wynika, że ten ogólny zakaz dyskryminacji nie jest przepisem autonomicznym, o samodzielnym znaczeniu, podobnie jak art. 14 EKPC i art. 2 Afrykańskiej Konwencji Praw Człowieka (AfrKPC). Zapewnia on „korzystanie z wszystkich praw i wolności uznanych w niniejszym dokumencie”, co oznacza, że wymaga on styczności z którymś z praw gwarantowanych przez Kartę.

Artykuł 3 Arabskiej Karty Praw Człowieka (ArabKPC) zawiera wyliczenie powodów dyskryminacji. Jest ono szerokie, wymienione zostało wiele czynników i jest to wyliczenie zamknięte, a nie przykładowe, jak w art. 2 AfrKPC lub art. 14 EKPC. Wynika to jednoznacznie z braku użycia sformułowania sugerującego (dopuszczającego) inne możliwe powody, jak np. „*such as*” w AfrKPC lub „w szczególności” w art. 14 EKPC. Oznacza to, że w przyszłości możliwe będzie powołanie się na dyskryminację tylko i wyłącznie z przyczyn wymienionych w art. 3 ArabKPC.

W pierwszych słowach art. 3 ArabKPC ustanowiony został pozytywny obowiązek państw-stron Karty do zapewnienia wszystkim jednostkom znajdującym się na terenie danego państwa prawa do korzystania ze wszystkich praw w niej zawartych bez dyskryminacji.

Punkt 2 artykułu 3 ArabKPC uściśla i bardziej szczegółowo podaje, na czym polega to zobowiązanie państw:

²¹ *Arab Charter on Human Rights of 2004*, translation by Dr. Mohammed Amin Al-Midani and Mathilde Cabanettes, revised by Professor Susan M. Akram, “Boston University International Law Journal” 2006 (zob. http://www.humanrights.ch/home/de/Instrumente/Regionale/Arabische_Charta/content.html).

„Państwa-strony niniejszej Karty powinny podejmować konieczne środki do zagwarantowania efektywnej równości w korzystaniu z wszystkich praw i wolności ustanowionych w niniejszej Karcie, jak również do ochrony przed każdą formą dyskryminacji na podstawie któregośkolwiek powodu wymienionego w poprzednim paragrafie”.

Zobowiązania te oznaczają aktywny obowiązek państw członkowskich, a więc myślę, że także podejmowanie pozytywnych działań mających na celu zapobieganie dyskryminacji i aktywne zwalczanie już istniejącej dyskryminacji.

Podobnie jak w Karcie Afrykańskiej, w art. 11 Karty Arabskiej ustanowiona została zasada równości: „Wszystkie osoby są równe wobec prawa”. Zasada równości, w przeciwieństwie do zakazu dyskryminacji, jest prawem autonomicznym, samodzielnym i nie wymaga styczności z innymi prawami z Karty. Równość wobec prawa stanowi gwarancję obiektywnego stosowania prawa przez sądy w stosunku do każdej jednostki oraz gwarancję tego, że osoby znajdujące się w podobnej sytuacji traktowane będą tak samo.

Dalsza część artykułu 11 mówi: „(...) mają prawo do korzystania z ochrony prawa bez dyskryminacji”. To sformułowanie stanowi z kolei wprowadzenie do Karty Arabskiej równej ochrony przez prawo. Jest to zatem zobowiązanie nałożone na ustawodawcę.

Widzimy więc, że twórcom Karty zależało na tym, aby państwa aktywnie podejmowały działania mające na celu zagwarantowanie równości oraz zapobieganie i zwalczanie dyskryminacji.

Pojęcie równości pojawia się jeszcze kilkakrotnie w różnych miejscach Karty, co może świadczyć o tym, jak ważne było dla jej twórców. Możemy je odnaleźć między innymi już na samym początku Karty, w preambule oraz w art. 1 ArabKPC, które mówią o celach i zadaniach stawianych Karcie.

Bardzo ważnym przepisem jest art. 3 pkt. 3 ArabKPC, który ustanawia zasadę równości kobiet i mężczyzn. Jest to równość w godności, w prawach i obowiązkach: „Mężczyzna i kobieta są równi w ludzkiej godności, prawach i obowiązkach”. Problem równości pomiędzy płciami w krajach islamskich jest bardzo kontrowersyjny. W Koranie możemy znaleźć różne cytaty mówiące o wyższości mężczyzn nad kobietami, np.: „Mężczyźni stoją nad kobietami ze względu na to, że Bóg dał wyższość jednym nad drugimi, i ze względu na to, że oni rozdają ze swojego majątku”²². W islamie kobieta i mężczyzna są równi jako ludzkie istoty, natomiast pełnią inne role i zadania w społeczeństwie. Głównym obowiązkiem mężczyzny jest dbanie o zabezpieczenie finansowe rodziny, a obowiązkiem

²² Koran, 4, 34 (przekład J. Bielawskiego, Warszawa 1986; tekst dostępny na stronie internetowej: <http://www.poznajkoran.pl/koran/>).

kobiety troska o rodzinę i wychowanie dzieci. Według islamu role te wzajemnie się uzupełniają, a to, że z powodu odmiennych ról mężczyzna i kobieta mają inne obowiązki, zgodne jest z potrzebami społecznymi, a nie jest związane z wyższością i niższością pomiędzy płciami²³.

W literaturze islamskiej często opisywano, że mężczyzna i kobieta równi są właśnie „w godności”. Natomiast wyraźnie zaznaczano, że pełnią w społeczeństwie inne role, dlatego też mają inne obowiązki, a z tego wynika, że również inne prawa²⁴.

Arabska Karta Praw Człowieka wyraźnie zrywa z tym tradycyjnym rozumieniem równości między mężczyzną i kobietą jako jedynie „równości w godności”. Wymienienie w art. 3 pkt. 3 ArabKPC także równości praw i obowiązków świadczy o uznaniu równości między płciami w każdej dziedzinie życia. Pewne obawy budzić może jednak dalsza część tego przepisu, która brzmi: „mężczyzna i kobieta są równi w ludzkiej godności, w prawach i obowiązkach, wewnątrz ram pozytywnej dyskryminacji ustanowionej na korzyść kobiet w islamskim szariacie i innych prawach objawionych, legislaturze i dokumentach międzynarodowych”.

Jakkolwiek w Karcie nie ma ogólnego wskazania na prawo szariatu, pojęcie to pojawia się tylko w jednym miejscu – równości płci. Na temat praw kobiety odwołano się do przewidzianej w islamskim szariacie „pozytywnej dyskryminacji”. Odesłanie to jest problematyczne. Z perspektywy islamskiej „wyjątkowość żeńskość” należy szczególnie chronić i z tego przekonania zostają wyprowadzane przepisy dotyczące ubioru i zachowania się kobiet albo przepisy chroniące żony męża-poligamisty, który zawiera nowe małżeństwo – z tej perspektywy są to reguły, które kobiety „uprzywilejowują”. Cementują jednak różną pozycję prawną, np. w małżeństwie poligamicznym²⁵.

Obok prawa szariatu w artykule tym wymienione zostały inne prawa objawione oraz dokumenty międzynarodowe. Nie sprecyzowano jednak, o jakie prawa i dokumenty chodzi. Z jednej strony mogą to być dokumenty o ochronie praw człowieka „świata zachodniego”, jak np. wymienione w preambule Karta Narodów Zjednoczonych, Powszechna Deklaracja Praw Człowieka, Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych i Międzynarodowy Pakt Praw Ekonomicznych, Socjalnych i Kulturalnych, a z drugiej strony dokumenty państw islamskich, jak np. Kairska Deklaracja Praw Człowieka w Islamie, wymieniona w preambule

²³ R. Hani, *Kobieta w islamie*, Stowarzyszenie Studentów Muzułmańskich w Polsce, Warszawa 1993, s. 18.

²⁴ M. Wittinger, *Christentum, Islam, Recht und Menschenrechte – Spannungsfelder und Lösungen*, Wiesbaden 2008, s. 47.

²⁵ *Ibidem*, s. 69.

na równi z dokumentami zachodnimi oraz Powszechna Islamska Deklaracja Praw Człowieka, lub jeszcze inne.

Zasady zawarte w dokumentach islamskich, podobnie jak samo prawo szariatu, są jednak sprzeczne z zasadą równości w rozumieniu dokumentów zachodnich, a także z zasadami dotyczącymi praw człowieka znajdującymi się w innych niż islamskie dokumentach międzynarodowych.

Ostatnie zdanie pkt. 3 art. 3 ArabKPC ustanawia zobowiązanie państw członkowskich do aktywnego zwalczania dyskryminacji: „każde państwo-strona niniejszej Karty powinno podejmować wszystkie konieczne środki, aby zagwarantować efektywną równość między mężczyzną i kobietą”. Kolejny raz więc w Karcie państwa zobowiązane zostają do aktywnego działania i podkreślona zostaje ich rola w urzeczywistnianiu efektywnej równości.

Z art. 3 pkt. 3 ArabKPC ustanawiającym zasadę równości mężczyzn i kobiet związany jest inny artykuł – chodzi o art. 33 pkt. 1 i 2, dotyczący praw rodziny. Punkt 1 artykułu 33 brzmi następująco: „Rodzina jest naturalną i fundamentalną jednostką społeczną, utworzoną przez małżeństwo mężczyzny i kobiety”. Jak widzimy, przepis ten nie odnosi się do związków homoseksualnych, między mężczyznami lub między kobietami, chroni jedynie związki heteroseksualne.

W dalszej jego części czytamy: „Prawo mężczyzny i kobiety zdolnych do zawarcia małżeństwa i do założenia rodziny powinno zostać uznane”. Fragment ten mówi, że zawrzeć małżeństwo mogą jedynie osoby, które są do tego zdolne, a więc które m.in. osiągnęły odpowiedni wiek. Artykuł ten nie precyzuje tego wieku, pozostawiając najwyraźniej regulację tego problemu państwom członkowskim. Prawo do zawarcia małżeństwa uregulowane w porządkach prawnych państw członkowskich powinno zostać uznane przez Kartę.

Bardzo ważne jest także następne zdanie pkt. 1 art. 33: „Żadne małżeństwo nie powinno być zawarte bez pełnej zgody przyszłych małżonków”. Zdanie to łączy się z zasadą równości oraz zakazem dyskryminacji. Małżeństwo w islamie jest umową cywilną, więc aby było ważne, muszą zostać spełnione podobne warunki, jak przy zawieraniu innych umów. Nie ma jednej ogólnie przyjętej ceremonii, wiele zależy od tradycji danego kraju muzułmańskiego. W prawie szariatu, aby związek małżeński był prawomocny, konieczne są oświadczenia jednej strony oraz przyjęcie ich przez stronę drugą. Teoretycznie zgoda obu stron jest ważnym i koniecznym elementem – i taka zasada jest zgodna z przepisami Karty²⁶.

²⁶ R. Hani, *op. cit.*, s. 15.

W państwach islamskich, pomimo, że teoretycznie do zawarcia małżeństwa wymagana jest zgoda obojga narzeczonych, częstą praktykę stanowi zawieranie małżeństwa poprzez zawarcie kontraktu pomiędzy przyszłym mężem a ojcem lub innym opiekunem prawnym, pod którego opieką znajduje się przyszła żona, często bez brania pod uwagę jej zdania, ponieważ zgodę kobiety wyraża za nią jej przedstawiciel. Jest ona wtedy zmuszona podporządkować się woli opiekuna, od którego woli zależy jej los, często nie jest zresztą w ogóle pytana o zdanie²⁷.

Artykuł 33 wyraźnie zabrania takich praktyk i wymaga zgody również kobiety. Z wyrażeniem zgody łączy się również problem małżeństw pomiędzy dziećmi lub małżeństw małych dziewczynek z dużo starszymi od nich mężczyznami. W przypadku bowiem, gdy jedno lub oboje „narzeczonych” to osoby małoletnie, nie może być mowy o świadomym i pełnym wyrażeniu zgody na zawarcie małżeństwa. Z problemem tym wiąże się także zd. 3 pkt. 2 art. 33 ArabKPC, które mówi o ochronie „prawa młodych osób do maksymalnych możliwości dla fizycznego i psychicznego rozwoju” oraz pkt. 3 tego artykułu zobowiązujący państwa-strony do zagwarantowania w swoim ustawodawstwie przepisów gwarantujących dzieciom bezpieczeństwo oraz „atmosferę wolności i godności”. Oczywiście jest, że wydanie małej dziewczynki za mąż bez jej zgody stanowi naruszenie tych przepisów.

Problemem, który wiąże się z zawarciem małżeństwa, wolnym wyborem przyszłego małżonka, a także zakazem dyskryminacji ze względu na wyznanie, jest obowiązujący muzułmanów zakaz zawierania związków małżeńskich z osobami innego wyznania. Jak mówi Koran, „I nie żęńcie się z kobietami, które czczą bożków, dopóki one nie uwierzą. Z pewnością wierząca niewolnica jest lepsza od kobiety czczącej bożków, choćbyście ją podziwiali”²⁸. Należy tu jednak zaznaczyć, że muzułmanin może ożenić się także z chrześcijanką lub żydówką, ale muzułmanka nie może zawrzeć związku z niemuzułmaninem, z wyjątkiem sytuacji, że przeszedłby on na islam²⁹. Regulacje takie są sprzeczne z postanowieniami Karty i stanowią naruszenie zakazu dyskryminacji.

W Arabskiej Karcie Praw Człowieka nie został wprost poruszony problem poligamii. Prawo islamskie dopuszcza, aby mężczyzna miał więcej niż jedną żonę (może mieć do czterech żon), jednocześnie nie przyznając kobiecie prawa do posiadania więcej niż jednego męża³⁰. Małżeństwo poligamiczne jest dopuszczalne przez islam, zgodnie z następującym

²⁷ Sherif Abdel Azim, *Die Frau im Islam im Vergleich zur Frau in der judeo-christlichen Tradition*, Ontario 2008, s. 17.

²⁸ Koran, 2, 221.

²⁹ T. Nagel, *Das islamische Recht, eine Einführung*, Westhofen 2001, s. 239.

³⁰ R. Hani, *op. cit.*, s. 16.

wersetem Koranu: „A jeśli boicie się, że możecie być niesprawiedliwi w stosunku do sierot, bierzcie więc żony, po dwie, po trzy lub po cztery, wśród kobiet, które się Wam spodobają”³¹. Przepis taki jawnie dyskryminuje kobiety i jest sprzeczny z zasadą równości i wydaje się, że poprzez zastosowanie przepisów Karty mógłby zostać wyeliminowany, jako naruszający ustanowione w niej zasady.

Ostatnie zdanie pkt. 1 art. 33 ArabKPC odnosi się do zawarcia małżeństwa, jego trwania i rozwiązania. Nakłada obowiązek na państwa członkowskie Karty, aby uregulowały w swoim prawie wewnętrznym prawa i obowiązki małżonków („obowiązujące prawo powinno regulować prawa i obowiązki”). Pozostawia tym samym państwom-stronom Karty pewną swobodę w tej kwestii, nie dając dokładniejszych wskazówek.

W związku z ochroną rodziny i prawem małżeńskim, uwzględnione zostaje prawo obowiązujące w państwach członkowskich, które reguluje prawa i obowiązki mężczyzn i kobiet, wobec czego ograniczenia wynikające z prawa szariatu nadal są możliwe, mimo że reguły te stoją w sprzeczności z ustanowioną w art. 11 ArabKPC zasadą równości wszystkich osób wobec prawa.

Nie należy zapominać o kontekście, w jakim znajduje się cytowany przepis – jest on częścią Karty wprowadzającej ogólną zasadę równości i zakaz dyskryminacji i z pewnością zasady te powinny przyświecać państwom przy stanowieniu odpowiednich przepisów w prawie narodowym. W Karcie wyraźnie wprowadzona jest jedynie zasada równości przy zawieraniu małżeństwa (zgoda obu stron), nie jest natomiast sformułowana wprost zasada równości małżonków w czasie jego trwania, jednak zasadę taką można wyprowadzić ze wskazanej już zasady równości i zakazu dyskryminacji, a także z pkt. 2 art. 33 ArabKPC, który zakazuje przemocy i brutalnego traktowania w relacjach pomiędzy członkami rodziny, w szczególności w stosunku do kobiet i dzieci.

Należy zauważyć, że art. 33 ArabKPC mówi o prawach i obowiązkach małżonków w momencie rozwiązania małżeństwa. Myślę, że twórcy Karty chcieli zwrócić w ten sposób uwagę na przepisy prawa islamskiego, które są dyskryminujące dla kobiet.

Rozwód jest w islamie dopuszczalny, jednak traktowany jest on jako wyjście ostateczne, kiedy nie udało się osiągnąć celu małżeństwa i uległo ono zupełnemu rozpadowi. Przepisy prawa szariatu pozwalają mężczyźnie w bardzo łatwy sposób rozwieść się z kobietą – wystarczy, że powtórzy 3 razy „rozwodzę się z tobą”, podczas gdy dla kobiety jest to utrudnione i możliwe tylko z kilku wyraźnie ustalonych przyczyn oraz tylko na drodze

³¹ Koran, 4, 3.

sądowej. Przyczyny te są różne w zależności od danego kraju. Kobieta ma prawo do rozwodu np. jeżeli mąż złamał warunki zapisane w kontrakcie małżeńskim, jeżeli mąż cierpi na chorobę, która stanowi zagrożenie dla kobiety, jeżeli jest impotentem lub jeżeli nie utrzymuje rodziny³². Na temat praw małżonków po rozwiązaniu małżeństwa Karta się jednak nie wypowiada.

W odniesieniu do art. 33 pkt. 2, należy jeszcze wskazać na jego zd. 1 i zd. 3, które po raz kolejny wprowadzają zobowiązanie dla państw-stron. Jest to zobowiązanie do zapewnienia ochrony rodziny i jej członków (zd. 1) oraz zapewnienia troski i specjalnej ochrony matek, dzieci i osób starszych (zd. 3).

4. Podsumowanie

Można zauważyć, że pomiędzy omówionymi w niniejszej pracy dokumentami są pewne podobieństwa i pewne różnice:

- 1) Oba dokumenty zawierają zakaz dyskryminacji, który jest akcesoryjny. Wyliczenie powodów dyskryminacji w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka jest wyliczeniem przykładowym, niewyczerpującym, natomiast w Arabskiej Karcie Praw Człowieka wyliczenie to jest wyczerpujące.
- 2) Żaden z dokumentów nie zawiera definicji pojęcia „dyskryminacja”.
- 3) Ogólna zasada równości zawarta jest w Karcie Arabskiej, w Europejskiej Konwencji brak jest tej zasady.
- 4) W Europejskiej Konwencji Praw Człowieka zakaz dyskryminacji kobiet nie jest zawarty w oddzielnym przepisie. Jednakże w orzecznictwie ETPC wypracowano kryterium poważnych powodów usprawiedliwienia odmiennego traktowania ze względu na płeć. Artykuł 5 VII Protokołu Dodatkowego do EKPC zawiera zasadę równości mężczyzn i kobiet w małżeństwie i rodzinie. Karta Arabska zawiera nakaz równego traktowania mężczyzn i kobiet. Ten przepis zawiera odwołanie do przepisów prawa międzynarodowego. Dokument ten zawiera prawo dotyczące rodziny i małżeństwa wymagające zgody przyszłych małżonków na zawarcie małżeństwa.

Nie można zapominać, że każdy z tych dokumentów powstał w innej kulturze i w innych warunkach społecznych, gospodarczych, wśród wyznawców różnych religii i różnej historii. Wszystkie te czynniki mają duży wpływ na kształt, rozumienie i przestrzeganie danego dokumentu, dlatego opisując go nie można poprzestać na brzmieniu

³² Sherif Abdel Azim, *op. cit.*, s. 35.

przepisów, nie należy zapominać o czynnikach pozaprawnych i rzeczywistości, w której powstał i ma obowiązywać.

Dyskryminacja kobiet w systemach prawa karnego państw islamskich

Margaret Atwood w powieści zatytułowanej „Opowieść pokojówki” podjęła temat futurystycznej wizji świata, zbliżonej do wizji George’a Orwella czy Aldousa Huxleya. Idąc o krok dalej, autorka umiejscowiła akcję w wyobrażonym, mizoginistycznym państwie zdominowanym przez fundamentalistyczne rządy mężczyzn. W tym nowym państwie, o nazwie Gilead, położonym w Bostonie, w stanie Massachusetts, praca oraz nauka były sferami życia zabronionymi dla kobiet, prześladowania homoseksualistów należały do porządku dziennego, zakazano działalności sekt religijnych, a wszelkie „niepożądane” populacje ludzkie przesiedlono do kolonii. Kobiety były nastawiane wrogo przeciwko sobie poprzez dominację i indoktrynację męską, ich seksualność znalazła się pod kontrolą państwa, zaś reprodukcja stała się sprawnym narzędziem terroru. Asumptem do napisania przez Atwood powieści w 1986 roku były najprawdopodobniej Rewolucja Irańska w 1979 roku oraz nasilenie ruchu organizacji chrześcijańskich w Stanach Zjednoczonych. Obawy autorki stały się w niedługim czasie rzeczywistością tak w Europie, w Afryce, jak i na Bliskim Wschodzie².

1. Uniwersalizm a regionalizm praw człowieka w kontekście dyskryminacji kobiet

Od chwili przyjścia na świat, dziewczynka musi konfrontować się z otoczeniem, które ceni jej istnienie mniej niż istnienie urodzonego w takich samych okolicznościach chłopca. Musi zmierzyć się z przeciwnościami związanymi z edukacją, odżywianiem, wyglądem,

¹ Autorka jest absolwentką Wydziału Prawa i Administracji UJ oraz wolontariuszką Ośrodka Międzynarodowego Prawa Humanitarnego i Praw Człowieka UJ; odbyła stypendium z zakresu prawa międzynarodowego publicznego oraz prawa ochrony środowiska w ramach programu Erasmus w Reykjavíku; uczestniczyła *Regional IHL Moot Court Competition* w 2011 roku organizowanego w Sarajewie; od sierpnia 2011 roku zatrudniona w Biurze Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji.

² J. Afary J., *The Human Rights of Middle Eastern and Muslim Women: A Project for the Twenty-first Century*, “Human Rights Quarterly”, Vol. 26, 2004, s. 106-125, http://muse.jhu.edu/login?uri=/journals/human_rights_quarterly/v026/26.1afary.pdf.

zdrowiem czy innymi sferami życia wyłącznie ze względu na swoją płeć³. Jest postrzegana przez pryzmat roli, jaką powinna odgrywać w małżeństwie i jej zdolności do wydania potomstwa. Prędzej czy później skazana jest na zetknięcie się z sytuacją dyskryminującą. W wielu społeczeństwach kobiety są wciąż postrzegane jako z natury słabsze, niedoskonałe intelektualnie oraz fizycznie i emocjonalnie uzależnione od mężczyzn. Funkcjonując w takich tradycjach, są skazane na takie odrażające praktyki, jak okaleczenie narządów płciowych, niewolnictwo, przymusowe małżeństwa, gwałty małżeńskie czy zabójstwa honorowe. Kiedy porządek państwowy ulega załamaniu, prowadząc do anarchii lub wojny domowej, to właśnie kobiety stają się grupą ludności cywilnej najbardziej narażoną na tortury, nadużycia przemocy fizycznej oraz napastowanie seksualne. Tym samym, stanowią największy odsetek uchodźców w skali światowej i są przedmiotem częstej wiktyimizacji⁴.

Powojenna rzeczywistość przyniosła wiele inicjatyw służących ochronie praw kobiet. Idea równości i niedyskryminacji stała się fundamentem współczesnego reżimu praw człowieka, kształtowanego poprzez instrumenty prawa międzynarodowego pod auspicjami Organizacji Narodów Zjednoczonych i organizacji regionalnych. *Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji Kobiet*⁵, zwana dalej *Konwencją*, która została uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 18 grudnia 1979 roku i weszła w życie dwa lata później, opisywana jest często jako międzynarodowa karta praw kobiet. Dyskryminacja kobiet w rozumieniu *Konwencji* oznacza:

„wszelkie zróżnicowanie, wyłączenie lub ograniczenie ze względu na płeć, które powoduje lub ma na celu uszczuplenie albo uniemożliwienie kobietom, niezależnie od ich stanu cywilnego, przyznania, realizacji bądź korzystania na równi z mężczyznami z praw człowieka oraz podstawowych wolności w dziedzinach życia politycznego, gospodarczego, społecznego, kulturalnego, obywatelskiego i innych”.

Państwa-strony konwencji zobowiązały się podjąć bez zwłoki wszelkie stosowne kroki w celu zapewnienia pełnego rozwoju i awansu kobiet. Implementacja i postęp w stosowaniu konwencji są monitorowane przez Komitet do Spraw Likwidacji Dyskryminacji Kobiet (ang. *Committee on the Elimination of Discrimination against Women – CEDAW*), a państwa muszą realizować co cztery lata procedurę sprawozdawczą dotyczącą wykonywania

³ J. Rehman, *International Human Rights Law*, 2nd ed., Essex, 2010, s. 511.

⁴ *Ibidem*, s. 512.

⁵ *Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet* przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 18 grudnia 1979 r. (Dz. U. z 1982 r., Nr 10, poz. 71).

postanowień, które zostały przyjęte. Osoby prywatne i grupy osób pochodzące z tych państw, które przyjęły *Protokół Dodatkowy* z 1999 roku, mogą wystosować skargę w związku z naruszeniem praw zagwarantowanych w *Konwencji*, która zostaje rozpoznana przez Komitet.

Konwencja umożliwia także złożenie w chwili ratyfikacji lub przystąpienia zastrzeżeń, które powinny być zgodne z jej przedmiotem i celem. Na tym polu ujawnia się konflikt między *uniwersalizmem* a *regionalizmem* praw człowieka. *Konwencja* stanowi kontynuację i rozwinięcie zasady niedopuszczalności dyskryminacji ustanowionej w *Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka* oraz potwierdza założenia *Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych* oraz *Międzynarodowego Paktu Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych*. Te akty normatywne określają w wymiarze *uniwersalnym* charakter praw człowieka – przynależą do każdej istoty ludzkiej, bez względu na płeć, rasę, etniczność, religię oraz inne uwarunkowania. *Konwencja* w sprawie kobiet przewiduje procedurę zgłaszania zastrzeżeń, która została wykorzystana przez liczne państwa-strony, w razie niezgodności niektórych artykułów z ich prawem krajowym, systemem religijnym lub kulturą⁶. W ten sposób ujawnia się ów *regionalizm* praw człowieka, a mianowicie wyróżnienie odrębnych standardów, które mają pierwszeństwo przed międzynarodowym prawem praw człowieka.

Przykładem takiego rozróżnienia jest prawo religijne, kierujące życiem sunnickiej i szyickiej odmiany Islamu, które nie uznaje rozdziału życia świeckiego od religijnego oraz dominuje w większości islamskich państw - stron *Konwencji*. Zasadniczy problem stanowią zastrzeżenia związane z art. 2, uważanym za fundament *Konwencji*, który zobowiązuje państwa do likwidacji za pomocą wszelkich odpowiednich środków polityki dyskryminacyjnej wobec kobiet. Islam jest jednak nie tylko religią, ale przede wszystkim kompletnym kodeksem norm moralnych i społecznych. Dlatego państwa islamskie, takie jak Arabia Saudyjska czy Bangladesz, nie uznały za wiążące m.in. postanowień art. 2, jako pozostających w kolizji z prawem szariatu, opartym na zasadach *Koranu* i *Sunny*⁷. Poszanowanie praw kobiet na równi z mężczyznami, jakemu postuluje *Konwencja*, umożliwia transformację poszczególnych systemów prawa krajowego, ale z drugiej strony

⁶ *Ibidem*, s. 514-516.

⁷ *Declarations, Reservations and Objections to CEDAW*, United Nations Entity for Gender Equality and the Empowerment of Women, <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reservations-country.htm>; S. Zuhur, *Gender, Sexuality and the Criminal Laws in the Middle East and North Africa: a comparative study*, Women for Women's Human Rights (WWHR) – NEW WAYS, Istanbul 2005, s. 64.

możliwość zgłaszania zastrzeżeń równoważy ten potencjał zmiany i ogranicza zakres międzynarodowych standardów praw człowieka.

Przechodząc do omówienia systemów krajowych prawa karnego w wybranych państwach islamskich, postaram się przedstawić w jaki sposób ujawnia się konflikt między *uniwersalizmem a regionalizmem* praw człowieka w kontekście dyskryminacji kobiet.

2. Systemy prawa karnego państw islamskich

2.1. Iran

W Islamskiej Republice Iranu, dyskryminacja na podstawie religii i płci została zinstytucjonalizowana przy pomocy ideologii państwowej, która faworyzuje mężczyzn ponad kobietami oraz muzułmanów ponad osobami o innym światopoglądzie. W świetle art. 19 *Konstytucji* Iranu „wszyscy obywatele Iranu, niezależnie od ich etnicznego czy plemiennego pochodzenia, dzielą prawa na równi z innymi. Kolor skóry, rasa, język i tym podobne, nie mogą powodować uprzywilejowania”. Należy zauważyć, że konstytucja milczy na temat rozróżnienia na podstawie religii czy płci⁸. Kobiety mają bezwzględny zakaz wstępu na mecze piłkarskie, natomiast pobyt w hotelu musi odbywać się przy udziale męża lub krewnego mężczyzny.

Artykuł 630 *Kodeksu karnego* pozwala mężowi na dokonanie zabójstwa żony i jej kochanka, pod warunkiem, że przyłapie ich w czasie trwania stosunku konsensualnego. Jeśli żona nie wyraziła zgody na stosunek, może zabić tylko mężczyznę⁹. Choć poligamia nie jest często stosowana w praktyce, mężczyzna może być legalnie w związku małżeńskim równocześnie z czterema kobietami. Żonaty mężczyzna może także zaangażować się w romans z obcą kobietą, dzięki instytucji „przejściowego małżeństwa” dowolną ilość razy, podczas gdy mężatce za podobne postępowanie grozi skazanie na ukamienowanie lub śmierć przez „zabójstwo honorowe”¹⁰.

Okrycie ciała i głowy są obowiązkiem kobiety, wynikającym wprost z art. 638 *Kodeksu karnego*, którego niedotrzymanie skutkuje karą pozbawienia wolności od 10 dni do dwóch miesięcy lub grzywną o równowartości od 5 do 50 dolarów. Zwyczajowo przyjmuje się, że karalne są takie czyny, jak: odkrywanie włosów, stosowanie kosmetyków, noszenie okularów przeciwsłonecznych, ubieranie obcisłych lub zbyt krótkich płaszczy, ukazywanie ciała powyżej nadgarstków lub kostek, a także dekolty oraz przywdziewanie

⁸ S. Kelly, J. Breslin, *Women's Rights in the Middle East and North Africa*, New York 2010, s. 124.

⁹ S. Zuhur, *op. cit.*, s. 25.

¹⁰ S. Kelly, J. Breslin, *op. cit.*, s. 126-132.

trzewików sięgających powyżej spodni. W żadnym z wypadków naruszenia nie jest konieczna skarga prywatna, ponieważ to do państwa należy monitorowanie i kontrolowanie wizerunku kobiety¹¹.

Zarówno kobiety, jak i mężczyźni, podlegają usankcjonowanym prawnie torturom, okrutnemu, nieludzkiemu i poniżającemu traktowaniu za aktywność polityczną czy sprzeniewierzenie się zasadom życia seksualnego. Obecnie tylko w *Kodeksie karnym* Iranu i Sudanu znajduje się przepis zakazujący cudzołóstwa pod groźbą kary śmierci przez ukamienowanie. Praktyka ta utrzymała się głównie w małych miastach, ale obrazuje problem zaburzenia relacji między sferą życia publicznego i prywatnego. Współżycie dwojga dorosłych ludzi nie zależy bowiem wyłącznie od ich zgody, lecz jest kontrolowane przez władzę religijną. Jediną prawnie obowiązującą strukturą związku jest małżeństwo heteroseksualne. Zgodnie z art. 127 *Kodeksu karnego*, zabronionym jest czyn homoseksualny pomiędzy kobietami, jeśli uzyskano jako dowód zeznania czterech mężczyzn¹². Art. 134 *Kodeksu karnego* definiuje akt homoseksualny jako „kontakt dwóch niespokrewnionych kobiet, stojących pod nieznacznym okryciem bez uzasadnienia”¹³. Kobieta uznana winną, powinna zostać skazana na chłostę wynoszącą sto uderzeń, chyba, że wyrazi skruchę. Jeśli jednak zostanie oskarżona czwarty raz o współżycie z inną kobietą, wówczas czeka ją kara śmierci.

Poligamia i „przejściowe małżeństwa” destabilizują relacje między małżonkami i są przyczyną przemocy domowej, która nie spotyka się ze szczególną ochroną ze strony państwa. Uważana jest raczej za trudność związaną z życiem prywatnym, a ofiary mogą domagać się rekompensaty. Gwałt nie stanowi odrębnego przestępstwa, ale może zostać uznany za cudzołóstwo, tj. stosunek płciowy kobiety i mężczyzny „zakazanych dla siebie”. Ofiara wykorzystania seksualnego może uniknąć odpowiedzialności karnej, jeśli dowiedzie, że współżyła pod wpływem przymusu. W praktyce, taki dowód jest trudny do przeprowadzenia, a sąd przywiązuje większą wagę do prowokującego ubioru i zachowania kobiety niż do agresji mężczyzny. Wykorzystanie seksualne w obrębie małżeństwa również nie jest karalne, bowiem zaspokojenie męża należy do obowiązków żony¹⁴.

Chociaż dostęp do opieki zdrowotnej i kontroli urodzeń poczynił znaczny postęp w ostatnich latach, kobiety wciąż posiadają niewielki zakres ingerencji w kwestii własnej cielesności. Przeprowadzenie operacji chirurgicznej wymaga pisemnej zgody męża lub ojca.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*, s. 134-135.

¹³ S. Zuhur, *op. cit.*, s. 45.

¹⁴ S. Kelly, J. Breslin, *op. cit.*, s. 136.

Aborcja jest legalna, pod warunkiem, że płód nie ma wykształconych oznak życia, definiowanych prawem islamu i gdy zagraża życiu matki. W razie bezprawnej aborcji, ojciec dziecka lub jego ojciec, którzy są opiekunami płodu, mogą powziąć środki odwetu i domagać się rekompensaty finansowej od matki. Rekompensata ta zależy od stopnia rozwoju płodu przed uzyskaniem „ducha ludzkiego”. Lekarz i osoby pomagające w popełnieniu nielegalnej aborcji są zagrożone karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Kobiety są jednak chronione przed niektórymi szkodliwymi tradycyjnymi praktykami, jak okaleczenie narządów płciowych czy przymusowe małżeństwa¹⁵.

2.2. Liban

Ustawa karna Libanu traktuje gwałt jako przestępstwo, które zasadniczo narusza dobro w postaci honoru kobiety, co oznacza, że nie jest czynem karalnym w stosunkach małżeńskich. Takie podejście jest logiczną konsekwencją wartości cenionych w społeczeństwie. Kobieta powinna być usłużna i oddana mężowi w każdej chwili, kiedy będzie tego żądał. Jak mówi prawo ksiąg świętych, „jeśli waha się, by przystać na propozycję współżycia, a mąż będzie się gniewał tej nocy, zostanie przeklęta przez anioły od świtu dnia nowego”¹⁶. Zasadą przewodnią jest czerpanie przyjemności przez obie strony oraz aby akt odbywał się rozważnie i w sposób cywilizowany, nie zwierzęcy, w miłości i trosce, a więc esencji małżeństwa. Wszelkie formy dyskryminacji czy przemocy są zabronione, jako niezgodne z powyższą zasadą. Artykuł 503 *Kodeksu karnego* przewiduje za gwałt na obcej kobiecie minimalną karę 5 lat pozbawienia wolności i ciężkich robót, a jeśli ofiara miała mniej niż 15 lat, wówczas kara minimalna wzrasta do lat 7. Jednakże w wypadku gdy, podobnie jak w Iraku i Kuwejcie, sprawca i ofiara zawrą następnie związek małżeński, oskarżenie będzie bezskuteczne. Prostyucja jest prawnie dozwolona po spełnieniu kilku warunków formalnych. Właściciele domów publicznych muszą posiadać licencję na ich prowadzenie, a pracownicy muszą poddawać się okresowym badaniom lekarskim¹⁷.

W ostatnich latach natężyła się działalność kampanii w sprawie zmian dyskryminujących postanowień *Kodeksu karnego* z 1943 roku, inicjowanych przez Demokratyczne Zgromadzenie Kobiet Libańskich (*Lebanese Women's Democratic Gathering*) przy współudziale Sieci Kobiet Libańskich (*Lebanese Women's Network*)¹⁸.

¹⁵ *Ibidem*, s. 148.

¹⁶ S. Musdah Mulia, *Sexuality and Sharia*, 2nd CSBR Sexuality Institute, Istanbul 2009, s. 6-7.

¹⁷ S. Kelly, J. Breslin, *op. cit.*, s. 253-254.

¹⁸ *Ibidem*, s. 256-257.

2.3. Arabia Saudyjska

Kobiety stanowią drugorzędną kategorię w hierarchicznym społeczeństwie saudyjskim, zdominowanym przez elity męskie. Policja religijna, znana jako Komitet na rzecz Propagowania Cnót i Zapobiegania Wadom (ang. *Committee for the Promotion of Virtue and the Prevention of Vice*), sprawuje pieczę nad publicznym zachowaniem moralnym, obejmującym właściwy ubiór i interakcje pomiędzy mężczyznami a kobietami¹⁹. Podobne instytucje istnieją także w Iranie i Afganistanie, a kobiety są dotkliwie karane głównie za ukazywanie części ciała, takich jak dłonie czy kostki.

Królestwo Arabii Saudyjskiej nie posiada kodeksu karnego. Wszyscy obywatele podlegają arbitralnej jurysdykcji karnej, ustalonej zgodnie z zasadami prawa szariatu. Wróżbiarstwo, czary, noszenie amuletów są praktykami zabronionym i szeroko dyskutowanymi w saudyjskich szkołach. W 2006 roku kobieta jordańskiego pochodzenia została skazana na karę śmierci za uprawianie czarów. Innym z przestępstw jest *khulwa*, czyli bezprawny kontakt towarzyski pomiędzy mężczyzną i kobietą niepowiązanymi ze sobą, który może mieć miejsce w czasie spotkania w restauracji lub jazdy w taksówce. W lutym 2008 roku aresztowano 37-letnią kobietę, matkę trójki dzieci, pochodzącą ze Stanów Zjednoczonych, w czasie rozmowy przy jednym stoliku z kolegą. Policja zabrała ją do więzienia w Malaz, gdzie została zmuszona do nagiej rewizji osobistej, a jej ubrania rozrzucono po bardzo brudnej łazience. Stała przed sądem, który uczynił jej reprimendę i stwierdził, że brudne ubrania odpowiadają jej brudnej osobowości. Po podpisaniu przyznania się do winy, została uwolniona i przekazana pod opiekę męża. Rok później, 75-letnia kobieta z Syrii została skazana za popełnienie *khulwy* na 40 batów, cztery miesiące pozbawienia wolności i deportację, po tym, jak policja znalazła ją samotnie w towarzystwie dwóch młodych mężczyzn²⁰.

2.4. Egipt

Przemoc w stosunku do kobiet stanowi poważny problem w Egipcie. Nadużycia przemocy domowej mogą zostać zakwalifikowane jako spowodowanie poważnego uszkodzenia ciała, jednak takie postanowienie wydaje się być w ogóle nieefektywne, ponieważ art. 60 *Kodeksu karnego* zezwala na stosowanie przemocy „w dobrej wierze”. Prawo szariatu jest częstym usprawiedliwieniem dla różnych środków „dyscyplinujących kobiety”, jednak ten artykuł wydaje się być prostym przyzwoleniem na użycie siły, pod

¹⁹ J. Afary, *op. cit.*, s. 9; S. Kelly, J. Breslin, *op. cit.*, s. 427.

²⁰ S. Kelly, J. Breslin, *op. cit.*, s. 429.

warunkiem, że bicie kobiety nie jest zbyt dotkliwe i nie dotyczy twarzy oraz innych wrażliwych okolic ciała²¹.

Artykuł 17 *Kodeksu karnego* przewiduje pobłażliwe kary dla mężczyzn oskarżonych o popełnienie zabójstwa honorowego. Zbrodnie te dotyczą sytuacji, w której kobieta ponosi śmierć z rąk jej krewnego, jeśli dostrzeże on w jej zachowaniu sprzeniewierzenie się zasadom moralnym, godzącym w honor rodziny. W przeciwieństwie jednak do regulacji z sąsiednich państw, które wymagają od mężczyzny przyłapania kobiety w czasie kompromitującego aktu, zabójstwa honorowe w Egipcie mogą być uzasadnione, jeśli informacja o akcie oparta jest o pogłoski lub własne domysły²². *Kodeks karny* w art. 277 definiuje cudzołóstwo z rozróżnieniem ze względu na płeć. Mężczyzna może zostać skazany, jeśli popełnił czyn w domu, który dzieli z żoną, zaś kobieta niezależnie od miejsca popełnienia czynu²³. Okaleczenie narządów płciowych (ang. *Female genital mutilation – FMG*) jest zabronione, aczkolwiek jest wciąż stosowaną praktyką na terenach wiejskich, a także w Indiach, Indonezji, Malezji i wielu krajach afrykańskich. Szacuje się, że obecnie żyje na świecie 130 milionów kobiet, które przeszły tę bolesną operację, mającą zapewnić im czystość.

Rozpowszechnione na ulicach Egiptu molestowanie seksualne, osłabia wolność przemieszczania się kobiet oraz prawo do ochrony nienaruszalności cielesnej poza domem. Egipskie Centrum Praw Kobiet w Kairze (ang. *Egyptian Center for Women's Rights in Cairo*) podało w 2008 roku, że 46% egipskich kobiet i 52% kobiet obcego pochodzenia jest co dzień poddawanych napastowaniu przez mężczyzn, które objawia się w postaci nieprzyzwoitych spojrzeń, dotykania, wypowiedzi z podtekstem seksualnym czy stalkingu²⁴.

2.5. Libia

Libia jest obecnie pod rządami pułkownika Muammara al-Qadhafiego, który doszedł do władzy w bezkrwawej rewolucji w 1969 roku. Zorganizował on system polityczny zgodnie z własną interpretacją arabskiego nacjonalizmu, socjalizmu i Islamu, opisanego w „Zielonej Księdze”. Lider rewolucji wysunął w niej postulat równości pomiędzy płciami i potępił dyskryminację na tym polu. Paradoksalnie, wspominał także o biologicznych różnicach pomiędzy kobietą a mężczyzną i zadeklarował, iż nie mogą być traktowani w równy sposób. Nie da się zaprzeczyć, że jego reformy legislacyjne poczyniły realne kroki w celu zapewnienia kobietom statusu pełnoprawnych obywateli i uczestnictwa w życiu społecznym,

²¹ *Ibidem*, s. 99.

²² *Ibidem*, s. 93.

²³ S. Zuhur, *op. cit.*, s. 22-27; S. Kelly, J. Breslin, *op. cit.*, s. 93.

²⁴ S. Kelly, J. Breslin, *op. cit.*, s. 100.

kulturalnym i ekonomicznym. Na drugim biegunie stoją niereformowalne tradycje społeczeństwa patriarchalnego i kultury plemiennej²⁵.

Libia przyjęła *Konwencję* w sprawie kobiet w 1989 roku i jako pierwsze państwo arabskie ratyfikowała w 2004 roku *Protokół Opcjonalny do Konwencji*. Nie posiada jeszcze własnej konstytucji i wciąż pracuje nad nowym projektem kodeksu karnego. Obecnie obowiązująca ustawa karna zapewnia co do zasady równe traktowanie kobiet i mężczyzn, z wyjątkiem takich czynów, jak cudzołóstwo. Oboje z partnerów powinni zostać ukarani batożeniem do stu uderzeń, ale art. 375 zezwala na obniżenie wymiaru kary dla mężczyzny, który zabija spokrewnioną kobietę z powodu popełnienia przez nią czynu haniebnego. Jeśli natomiast spowoduje uszczerbek na zdrowiu krewnej, kara pozbawienia wolności ograniczona jest do dwóch lat. Zabójstwa honorowe nie należą do częstej praktyki w społeczeństwie libijskim²⁶.

Działalność opozycyjna kobiet karana jest aresztem, pozbawieniem wolności lub przymusową deportacją. Dla młodych kobiet, które popełniły wykroczenie przeciwko zasadom moralnym lub są podatne na niemoralną działalność, zostały utworzone „domy społecznej rehabilitacji”. Z drugiej strony, te dziewczyny które zostały zgwałcone lub zaszły w ciążę przed ślubem, mogą fakultatywnie wstąpić do tej instytucji, co zdarza się często z obawy przed gniewem rodziny. Kobiety poddawane są licznym nadużyciom praw podstawowych, takich jak rutynowe badanie na obecność chorób zakaźnych czy trwałość błony dziewiczej bez ich zgody. Chociaż trafiają tam głównie jako nastolatki, nie otrzymują żadnego wykształcenia poza instrukcjami moralnego życia religijnego²⁷.

3. Wnioski końcowe

Islam postrzegany jest obecnie jako czynnik wysokiego ryzyka w relacjach międzynarodowych, który zastąpił pod względem zagrożenia miejsce komunizmu²⁸. W świetle omówionych systemów karnych, można powiedzieć, że jest także zagrożeniem w stosunkach wewnętrznych, kiedy zaciera się granica między sferą publiczną a prywatną.

Przedstawiciele międzynarodowych organizacji państw muzułmańskich wyrażają obawy związane ze światowym ruchem praw człowieka. Przede wszystkim twierdzą, iż *Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet* została stworzona

²⁵ *Ibidem*, s. 283-284.

²⁶ *Ibidem*, s. 287-288.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ J. Cesari, *When Islam and Democracy Meet: Muslims in Europe and in the United States*, New York 2004, s. 3.

przy uwzględnieniu zasad judeochrześcijańskiej tradycji, z pominięciem dorobku świata islamskiego. Iran zarzucił ONZ próbę narzucenia dominacji świata zachodniego na Bliskim Wschodzie, bez poszanowania dla prawa regionalnego. Wprowadzenie moratorium na kary cielesne, kamienowanie i karę śmierci, może, zdaniem przedstawicieli władzy religijnej, prowadzić w konsekwencji do zakazu piątkowych modlitw i innych religijnych zwyczajów²⁹.

Relacje międzyludzkie są determinowane przez ideologię i system patriarchalny, które według wielu ludzi są zgodne z wolą bożą. Znamienne w tym miejscu są słowa proroka Mahometa, iż „życie jest pełne uciech, ale największą z nich jest dobra kobieta”³⁰. Konsekwencją definiowania seksualności człowieka zgodnie z *Koranem* i *Sunną* wyłącznie z męskiego punktu widzenia, jest przyzwolenie społeczne na agresję w stosunku do kobiet. W powieści Atwood, główna bohaterka znajduje w końcu odwagę, by zbuntować się przeciwko zniewoleniu seksualnemu w mieście opanowanym przez mężczyzn. Przypomina to kształtujące się od kilku lat ruchy emancypacji kobiet na Bliskim Wschodzie i w Afryce Północnej. W Arabii Saudyjskiej zniesiono całkowity zakaz prowadzenia przez nie pojazdów. W Tunezji poligamia została zdelegalizowana i przywrócono prawo rozwodu dla kobiet. W niektórych państwach arabskich Zatoki Perskiej, w których tradycyjne relacje między płciami są bardzo konserwatywne, postuluje się o zniesienia obowiązku całkowitego okrycia ciała. Na ulicach miast można spotkać kobiety, które noszą kolorowe, modne szaty czy makijaż i poruszają się bez opieki krewnego, nie ryzykując przy tym utratą zdrowia lub życia. Poza omówionym systemem karnym, dyskryminacja na podstawie płci pojawia się na każdym polu życia prywatnego, od prawa do opieki nad dziećmi po napastowanie w miejscu pracy.

Pojawia się zatem kilka kluczowych pytań do rozważenia. Czy kompletne okrycie ciała przyczynia się do respektowania kobiety jako istoty ludzkiej i zapewnienia pełnię podstawowych praw człowieka? Czy zakaz opuszczania domu nocą lub bez opieki krewnego męskiego oznacza zapewnienie pełnej ochrony przed wszelkimi formami przemocy? Rzeczywistość nie potwierdza takiego wniosku. Przeciwnie, hipokryzja społeczeństwa powoduje wzrost liczby naruszeń podstawowych praw kobiet. Trudno jest też oprzeć się obiecującej wizji życia po śmierci, w którym na wiernego wyznawcę czeka urocza i piękna kobieta, będąca nagrodą pobożnego życia na ziemi. *Koran* nie przewiduje jednak analogicznej nagrody dla pobożnie żyjących i oddanych mężom kobiet. Jedyna obietnica dotyczy

²⁹ D. MacEoin, G. D. Green, (2009), *Sharia Law: One law for all?*, Civitas: Institute for the Study of Civil Society, London 2009, s. 56-60.

³⁰ S. Musdah Mulia, *op. cit.*, s. 3.

zakończenia menstruacji. Regionalizm praw, podobnie jak regionalizm kultur i obyczajów, sprawia, że świat jest różnorodny, a poznawanie go pouczające. Koniecznym jednak wydaje się zrewidowanie tekstów świętych ksiąg Islamu i próba konstrukcji alternatywnej wizji z przełamaniem hegemonii w interpretacji tych tekstów. Dotychczasowe prawo Szariatu, jakkolwiek szczerze zasady pielęgnuje, nie uwzględnia kobiecego punktu widzenia i kształtuje ich prawa w sposób dyskryminujący.

Ochrona praw mniejszości narodowych i etnicznych w Afryce (w kontekście porównania z sytuacją w Europie)

1. Europejska geneza

Pomysł zagwarantowania praw przedstawicielom mniejszości religijnych, etnicznych czy językowych powstał w Europie w drugiej połowie XIX wieku i stopniowo ewoluował. Po I wojnie światowej i po rozpadzie wielkich imperiów, wyodrębniły się państwa narodowe, dodatkowo jeszcze wzmocnione wspólną walką o odzyskanie niepodległości. Naturalna stała się konieczność chronienia ludności, która pod wpływem zmian politycznych znalazła się pod zwierzchnictwem administracji innego państwa. Po II wojnie światowej powstały konkretne rozwiązania uniwersalne, np. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych czy Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 1966 roku². Z pierwszego dokumentu wynika, że przyjmuje się istnienie społeczeństw jednolitych pod względem kulturowym, lub przynajmniej takich, w których pewna większość dominuje, a międzynarodowa ochrona przysługuje, z definicji, tym grupom, które są mniejsze pod względem liczebności – znajdują się w niedominującej pozycji. Grupy takie często posiadają odrębne cechy etniczne, językowe czy religijne i demonstrują odrębność w celu zachowania swojej kultury³.

W przypadku ONZ, należy również wspomnieć o istotnym dokumencie o charakterze *soft law*, jakim jest Deklaracja praw osób należących do mniejszości narodowych lub etnicznych, religijnych i językowych, przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 10 grudnia 1992 roku. W artykule 1 Deklaracji czytamy:

„Państwa będą chroniły w obrębie ich odnośnych terytoriów istnienie oraz tożsamość narodową lub etniczną, religijną i językową mniejszości, jak również zapewniały warunki

¹ Autorka jest studentką III roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, wolontariuszką Ośrodka Międzynarodowego Prawa Humanitarnego i Praw Człowieka WPiA UJ oraz obserwatorką zgromadzeń publicznych Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka.

² G. Michałowska, *Problemy ochrony praw człowieka w Afryce*, Warszawa 2008, s. 215.

³ *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych*, Nowy Jork, 19 grudnia 1966 r. (http://www.opc.uj.edu.pl/poradnik/links/pdf/Miedzynarodowy_P_P_Czlowieka.pdf).

służące wspieraniu takiej tożsamości. Dla osiągnięcia tych celów Państwa przyjmą środki ustawodawcze i inne”.

Z kolei w artykule 2 postanowiono, iż:

„Osoby należące do mniejszości narodowych lub etnicznych, religijnych i językowych, (zwane osobami należącymi do mniejszości) mają prawo do korzystania ze swej własnej kultury, do wyznawania i praktykowania swej własnej religii oraz do używania swego własnego języka, publicznie i prywatnie, swobodnie i bez ingerencji lub jakiegokolwiek formy dyskryminacji”⁴.

2. Europejskie regulacje prawne

Współczesna Europa, jako specyficzna, zintegrowana „struktura”, której państwa są ponadto członkami wielu organizacji międzynarodowych, dysponuje szerokim wachlarzem zabezpieczeń prawnych dla przedstawicieli mniejszości narodowych i etnicznych. Oto przykłady dwóch z nich, wraz z treścią stosownych artykułów:

a) **Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej**, proklamowana dnia 7 grudnia 2000 roku, obecnie stanowiąca część Traktatu z Lizbony, podpisanego 13 grudnia 2007 roku, który to nadał jej moc wiążącą:

„**Artykuł 21: Niedyskryminacja**

1. Zakazana jest wszelka dyskryminacja w szczególności ze względu na płeć, rasę, kolor skóry, pochodzenie etniczne lub społeczne, cechy genetyczne, język, religię lub przekonania, poglądy polityczne lub wszelkie inne poglądy, przynależność do mniejszości narodowej, majątek, urodzenie, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną.

2. W zakresie zastosowania Traktatów i bez uszczerbku dla ich postanowień szczególnych zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową”⁵.

b) **Konwencja ramowa o ochronie mniejszości narodowych** – weszła w życie dnia 1 lutego 1998 roku:

„**Artykuł 4**

1. Strony zobowiązują się zagwarantować osobom należącym do mniejszości narodowych prawo do równości wobec prawa oraz jednakową ochronę prawa. W tym względzie jakakolwiek dyskryminacja wynikająca z przynależności do mniejszości narodowej jest zabroniona.

⁴ *Deklaracja Praw Osób Należących do Mniejszości Narodowych lub Etnicznych, Religijnych i Językowych*, 10 grudnia 1992 r.

⁵ *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, (2007/C 303/01), Nicea, 7 grudnia 2000 r., <http://eur-lex.europa.eu/pl/treaties/dat/32007X1214/htm/C2007303PL.01000101.htm>, 11.10.2011.

2. Strony zobowiązują się do przyjęcia, tam gdzie to konieczne, odpowiednich środków w celu popierania, we wszystkich sferach życia ekonomicznego, społecznego, politycznego i kulturalnego pełnej i rzeczywistej równości pomiędzy osobami należącymi do mniejszości narodowej a osobami należącymi do większości. W tym względzie wezmą pod uwagę specyficzne warunki osób należących do mniejszości narodowych.

Artykuł 5

1. Strony zobowiązują się wspierać tworzenie warunków koniecznych do utrzymywania i rozwijania przez osoby należące do mniejszości narodowych ich kultury, jak również zachowania zasadniczych elementów ich tożsamości, to jest ich religii, języka, tradycji i dziedzictwa kulturowego”.

Rozwiązania europejskie charakteryzują się dużym szacunkiem w stosunku do mniejszości narodowych i etnicznych. Przedstawicielom takiej ludności zapewnia się szeroki wachlarz uprawnień. Mogą oni pielęgnować swoją kulturę i język, a państwa traktują ich jako element wzbogacający kulturę narodową i zapewniają im szczególną ochronę prawną⁶.

3. Mniejszości narodowe i etniczne w Polsce

Polska należy do krajów europejskich, które posiadają najniższy odsetek mniejszości narodowych i etnicznych. Według ustawy z dnia 6 stycznia 2005 roku o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym – mniejszości te wyodrębnia się bazując na sześciu kryteriach, w szczególności: mniejszej niż pozostała ludność liczebności oraz zamieszkiwaniu obecnego terytorium naszego kraju przez przodków jej członków od co najmniej stu lat. Definicja mniejszości etnicznej oznacza natomiast grupę, która nie utożsamia się z innym narodem (współcześnie) zorganizowanym we własnym państwie⁷.

4. Specyfika sytuacji w Afryce

Sprawa przedstawia się nieco inaczej na kontynencie afrykańskim, gdzie nie licząc części północnej, mamy do czynienia z mozaiką etniczną. Raczej trudno też mówić o ukształtowanych, nowoczesnych narodach, świadomych własnej odrębności w rozumieniu europejskim. Wystarczy podać tu chociażby liczbę ponad 1000 języków i dialektów, którymi posługują się mieszkańcy Afryki albo sam fakt licznych wojen domowych, które mają

⁶ *Konwencja ramowa o ochronie mniejszości narodowych*, 1 lutego 1995, Strasburg, <http://lex.pl/serwis/du/2002/0209.htm>, 11.10.2011.

⁷ *Ustawa z dnia 6 stycznia 2005 roku o mniejszościach narodowych i etnicznych oraz o języku regionalnym*, http://www.mswia.gov.pl/portal/pl/238/3482/Ustawa_o_mniejszosciach_narodowych_i_etnicznych_oraz_o_jezyku_regionalnym.html, 11.10.2011.

miejsce w stosunkowo młodych państwach afrykańskich. Wspólnej identyfikacji nie służą również sztucznie wydzielane terytoria, często zamieszkiwane przez antagonistycznie nastawione do siebie plemiona. Prawie każdy mieszkaniec Afryki myśli o sobie jako przede wszystkim o członku plemienia. Plemię uznaje się za prototyp narodu, ale bywa, że zatrzymuje się ono na pewnym poziomie organizacji politycznej⁸.

Najliczniejszą grupę plemion afrykańskich stanowią ludy Bantu (do nich zalicza się bowiem 300-400 grup etnicznych). Wywodzą się z obszarów sawanny trawiastej i zostały wyodrębnione na podstawie kryterium językowego. Jednak nawet w obrębie tej grupy istnieją dodatkowe podziały na Bantu północno-zachodnich, północnych, centralnych, wschodnich czy południowo-wschodnich.

4.1. Wpływy burzliwej historii

Już w połowie XV wieku na terytorium Afryki zaczęli pojawiać się pierwsi Europejczycy. Sto lat później, na fali „podziału świata” poprzez odkrycia geograficzne, Portugalczycy zaczęli tworzyć pierwsze kolonie. W 1652 roku Holendrzy założyli Kapsztad, który stał się bazą dla wywozu niewolników na inne kontynenty, co spowodowało wyniszczenie gospodarki i upośledzenie rozwoju kontynentu.

W połowie XVIII wieku wywożono rocznie z Afryki 60-100 tysięcy osób. Dopiero na początku XIX wieku zniesiono niewolnictwo w większości kolonii afrykańskich. Zaprzestanie wywozu niewolników łączyło się z tym, że państwa wzmożyły podbój Afryki. Pod koniec XIX wieku do wyścigu dołączyły kraje, które do tej pory nie miały swoich kolonii (na przykład Niemcy). Afrykańczycy stawiali zacięty opór kolonizatorom, czego dowodem mogą być liczne powstania, takie jak powstanie Mahdiego w Sudanie, w latach 1881-1893. Niestety, nie przyniosło to większych rezultatów – przed I wojną światową w Afryce były tylko dwa niepodległe państwa. Zaistniała w XIX wieku sytuacja wymagała formalizacji, czego dokonano na konferencji w Berlinie (która zakończyła się w roku 1885 i została zwołana z inicjatywy króla belgijskiego Leopolda II), dzieląc ostatecznie kontynent. Pozycję dominującą zachowały Wielka Brytania i Francja.

Europejczycy bezwzględnie wykorzystywali Afrykę jako źródło surowców i taniej siły roboczej. Dopiero przemiany w Afryce zachodzące w XX wieku łączyły się z upadkiem imperializmu i kolonializmu, który z kolei bezpośrednio łączył się z wojnami światowymi. Właśnie po II wojnie światowej rozpoczął się proces dekolonizacji Afryki. Przebiegał on

⁸ *Współczesne oblicza Afryki*, <http://www.czarnykontynent.pl/wspolczesne-oblicza-afryki>, 11.10.2011.

nierównomiernie, zależał od rozwoju ekonomicznego danej kolonii i często miał miejsce podczas działań zbrojnych. Dużą rolę odegrała w tym procesie utworzona w 1963 roku Organizacja Jedności Afrykańskiej, skupiająca uzyskujące niepodległość państwa Afryki.

Widać więc wyraźnie, że w czasach, w których na kontynencie europejskim panował już pokój i można było zająć się rozwiązaniami międzynarodowymi, prowadzącymi do ulepszenia współpracy między państwami i ochrony obywateli, Afryka musiała borykać się z wojnami narodowyzwolenческими i walką o granice⁹.

Na kontynencie afrykańskim większość nie zawsze idzie w parze z dominującą pozycją, a po doświadczeniach historycznych pojęcie mniejszości raczej nie wzbudza pozytywnych skojarzeń. Przykładem może być polityka apartheidu, która w latach 1948-1991 stanowiła podstawę polityki władz RPA, zakładając supremację ludności białej (która stanowiła tylko 13% społeczeństwa) nad pozostałymi. W praktyce społeczeństwo południowoafrykańskie podzielono na grupy rasowe i etniczne, które zostały od siebie oddzielone poprzez wydzielenie osobnych miejsc do pracy i mieszkania. Wszelkie odstępstwa od tego podziału były surowo karane. Mimo, że ludność biała znajdowała się w mniejszości, na pewien czas podporządkowała sobie pozostałych współobywateli.

4.2. Afrykańskie regulacje prawne

Mimo przedstawionych powyżej uwarunkowań, ludom Afryki, podobnie jak Europejczykom, udało się opracować akty prawnomiędzynarodowe o charakterze regionalnym, które w pewnym zakresie odnoszą się do omawianej problematyki. Przede wszystkim należy tu wskazać **Afrykańską Kartę Praw Człowieka i Ludów**, przyjętą w Nairobi dnia 26 czerwca 1981 roku:

„Artykuł 19:

Wszystkie ludy będą równe; będą one korzystały z tego samego szacunku oraz miały te same prawa. Nic nie usprawiedliwia dominacji jednego ludu nad drugim.

Artykuł 22:

1. Wszystkie ludy będą miały prawo do swojego gospodarczego, społecznego i kulturalnego rozwoju z poszanowaniem własnej wolności i tożsamości oraz w równym korzystaniu ze wspólnego dziedzictwa ludzkości.
2. Państwa będą miały obowiązek zapewnić, indywidualnie lub zbiorowo, korzystanie z prawa do rozwoju”¹⁰.

⁹ *Encyklopedia Wiem: Afryki historia*, http://portalwiedzy.onet.pl/60104,,,afryki_historia,haslo.html, 11.10.2011.

¹⁰ *Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów*, Nairobi, 26 czerwca 1981 r.

Widać tutaj znaczną różnicę w porównaniu z rozwiązaniami europejskimi. Należy zwrócić także uwagę na pojęcie „lud”, które jest charakterystyczne dla sytuacji afrykańskiej, natomiast w Afrykańskiej Karcie pojęcie mniejszości narodowej w ogóle nie funkcjonuje.

W związku z ogromną liczbą plemion, dla Afryki bardziej adekwatne są normy prawa międzynarodowego, które mówią o zakazie dyskryminacji czy to ze względu na rasę, kolor skóry, religię, czy przekonania. W innym przypadku nad interesami państwowymi górę wzięłyby partykularyzmy plemienne, prowadzące do fragmentaryzacji. Powyższe normy zajmują bardzo istotną pozycję w konstytucjach wielu państw afrykańskich, czasami, tak jak w Namibii, są one uzupełnione zakazem apartheidu, a w Nigerii podkreśla się dodatkowo działania państwa prowadzące do integracji narodowej. Poza tym, w Afryce około 70% ludności żyje w warunkach wiejskich, a mieszkańcy często nie mają dostępu nawet do podstawowych świadczeń socjalnych, edukacji czy opieki medycznej. W takich warunkach nietrudno o konflikty na tle etnicznym między bogatymi a biednymi¹¹. Konstytucyjne promowanie jedności i wzajemnego poszanowania dla odmienności, nawet jeżeli często w wymiarze symbolicznym, stanowi dobry punkt wyjścia.

Przynależność państwową na kontynencie afrykańskim reguluje się w sposób specyficzny, zupełnie odbiegający od zachodnich standardów, w których istnieje jasny dla wszystkich podział na obywateli, cudzoziemców i apatrydów. Każdy status ma też zarezerwowany dla siebie pakiet praw. W Afryce linearne granice są zatarte, normą jest również to, że ludność bardzo często się przemieszcza, a dodatkowo słaba biurokratyzacja skutkuje rzadkim wydawaniem dowodów tożsamości, paszportów czy wiz.

Państwa afrykańskie nie są oczywiście jednolite pod względem przestrzegania poszanowania różnorodności. Z jednej strony zwrócić należy uwagę na RPA, której konstytucja z 1996 roku posiada wyjątkowo szeroki katalog rozwiązań zabraniających dyskryminacji, np. z powodu płci, orientacji seksualnej czy statusu materialnego. Bardzo dużą rolę odgrywa ustawa o promocji równości i zapobieganiu niesprawiedliwej dyskryminacji, która została przyjęta w 2000 roku. Takie zabezpieczenie zapewnia w miarę harmonijne funkcjonowanie różnych grup społecznych. Dla kontrastu można wspomnieć, że sytuacja zupełnie wymknęła się spod kontroli w Demokratycznej Republice Konga, którą zamieszkuje ponad 200 plemion, władających różnymi językami i posiadających różny dostęp do

(http://www.biblioteka.pluru.pl/index.php?option=com_content&view=article&id=97:afrykaska-karta-praw-czowieka-i-ludow&catid=42:pozostae&Itemid=62), 11.10.2011.

¹¹ A. Zwoliński, *Biedy Afryki*, Kraków 2009.

surowców¹². Łączy się to z niekończącymi się wojnami międzyplemiennymi pochłaniającymi tysiące ofiar. Z kolei w Sudanie w 2005 roku zakończyła się trwająca przez 21 lat wojna domowa. W kraju zamieszkiwanym przez 40-milionową populację współegzystuje 500 plemion. Co prawda liczebnie przeważa ludność czarnoskóra, ale władza sprawowana jest przez społeczność arabską, zamieszkującą północną część kraju (na południu dominują chrześcijanie i wyznawcy religii tradycyjnych). Styczeniowe referendum, w którym Sudańczycy opowiedzieli się za podziałem kraju, jest krokiem w kierunku likwidacji sztucznych granic i wydzieleniu ich w zgodzie z rzeczywistością¹³.

4.3. Ludność tubylcza a rozwiązania afrykańskie

Należy jeszcze wspomnieć o szczególnym segmencie mniejszości etnicznych, a mianowicie o ludności tubylczej. Antropolog David Maybury-Lewis twierdził, że taka ludność to około 5% populacji globu i należy do potomków ludzi, którzy pierwsi znaleźli się na danych terenach i zostali podbici przez grupy odmienne rasowo, kulturowo czy etnicznie, wskutek czego zostali wcieleni do obcego państwa, gdzie na ogół są gorzej traktowani. W Afryce do takich ludów zalicza się Pigmejów, Masajów czy Buszmenów San. Dla ludności tubylczej najważniejsze jest prawo do samostanowienia, a od państwa oczekują zapewnienia terenu na wyłączność, gdzie będą mogli żyć i pielęgnować swoją kulturę¹⁴. Dlatego właśnie muszą być oni traktowani na warunkach zupełnie innych niż pozostałe mniejszości¹⁵.

Jeżeli chodzi o Międzynarodowe Pakty Praw Człowieka, to w odniesieniu do ludności tubylczej konieczna jest liberalna interpretacja artykułów pierwszych obu paktów:

„1. Wszystkie narody mają prawo do samostanowienia. Z mocy tego prawa swobodnie określają one swój status polityczny i swobodnie zapewniają swój rozwój gospodarczy, społeczny i kulturalny.

2. Wszystkie narody mogą swobodnie rozporządzać dla swoich celów swymi bogactwami i zasobami naturalnymi bez uszczerbku dla jakichkolwiek zobowiązań wynikających z międzynarodowej współpracy gospodarczej, opartej na zasadzie wzajemnych korzyści, oraz z prawa międzynarodowego. W żadnym przypadku nie można pozbawiać narodu jego własnych środków egzystencji”.

¹² G. Michałowska, *Problemy ochrony praw człowieka w Afryce*, Warszawa 2008, s. 215.

¹³ P. Jimbo, *Południowy Sudan oddzieli się od Północy? Referendum trwa*, http://wiadomosci.gazeta.pl/Wiadomosci/1,80633,8920171,Poludniowy_Sudan_oddzieli_sie_od_Polnocy__Referendum.html, 11.10.2011.

¹⁴ G. Michałowska, *op. cit.*, s. 230.

¹⁵ Problemem ludności tubylczej po raz pierwszy zainteresowano się w 1923 roku, kiedy to na obradach Ligi Narodów pojawili się amerykańscy Indianie, z wodzem Irokezów na czele.

Podobne brzmienie mają artykuły 20 i 21 Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Ludów.

Sytuacja ludności tubylczej w Afryce jest o tyle ciekawa, że wiele z jej grup nie zostało jeszcze wyodrębnionych, ponieważ trudno je wyróżnić na tle innych plemion. Ogólnie rzecz biorąc, ludność tubylczą na kontynencie afrykańskim można podzielić na dwie grupy: pierwszą – która żyje w całkowitym odosobnieniu i nad władzę państwową przedkłada pozycje szamanów czy wodzów, często nie zdając sobie sprawy z praw człowieka i prawa międzynarodowego oraz drugą – która wtopiła się w resztę społeczeństwa i stanowi jedną z wielu grup etnicznych.

Na 29. Sesji Afrykańskiej Komisji Praw Człowieka i Ludów ustanowiono Grupę Roboczą Ekspertów do spraw Tubylczych Populacji/Wspólnot w Afryce. Wydarzenie to miało miejsce w maju 2001 roku w Trypolisie i było ważnym krokiem w kierunku ochrony i promocji prawa. Wówczas kilka delegacji ludności tubylczej miało możliwość przedstawienia swoich problemów. Od tego czasu reprezentacje uczestniczą we wszystkich sesjach Komisji. Na rzecz ludności tubylczej działa również *Indigenous Peoples of Africa Coordinating Committee* (IPACC), który reprezentuje ją w kontaktach z rządami i organizacjami pozarządowymi. Natomiast na arenie ogólnoświatowej działa organizacja *Survival International*¹⁶.

4.4. Panafrykanizm

Warto pamiętać, że Afryka to nie tylko partykularyzmy, ale także próba wyzbycia się ich i skupienia na tym, co łączy wszystkich mieszkańców kontynentu. Za przykład może posłużyć ruch panafrykański. Idee jego twórców, Afroamerykanów – Williama Du Bois oraz Marcusa Garveya – przeniesiono na kontynent w roku 1919. Postulowali oni zjednoczenie się i niepodległość całej czarnoskórej Afryki. Ruch manifestował swoje postulaty na czterech konferencjach. Najważniejsza z nich miała miejsce w 1960 roku – dała ona asumpt do stworzenia w 1963 roku Organizacji Jedności Afrykańskiej, która za cele stawiała sobie umacnianie jedności i solidarności państw afrykańskich oraz współpracę, także w duchu Karty Narodów Zjednoczonych i Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka. Organizacja osiągnęła swój główny cel, w postaci likwidacji kolonializmu. Nie był to jednak koniec afrykańskiej współpracy – w 2003 roku utworzono Unię Afrykańską, której celem jest m.in. walka z terroryzmem i promowanie zniszczenia zapasów nuklearnych¹⁷.

¹⁶ G. Michałowska, *op. cit.*, s. 249.

¹⁷ Encyklopedia WIEM, *Panafrykanizm*, <http://portalwiedzy.onet.pl/46188,,,panafrykanizm,haslo.html>,

Ogromną rolę w afrykańskiej integracji, a przynajmniej we współpracy międzynarodowej, odgrywa sport. Powołana w 1957 roku Afrykańska Konfederacja Piłkarska aktywnie włączyła się do walki z rasizmem i kolonializmem. Ogromnym sukcesem była więc możliwość zorganizowania w RPA mundialu w 2010 roku, biorąc pod uwagę, że w początkowej fazie nawet rozgrywki pomiędzy kilkoma państwami były kontrolowane przez władze kolonialne. Panafrykanizm nie jest jednak ruchem jednorodnym i nie obyło się bez negatywnych akcentów. Jednym z nich był ruch *negritude*, który posiadał wyraźnie rasistowski charakter¹⁸.

5. Podsumowanie

W celu zmiany sytuacji mniejszości narodowych oraz ludności tubylczej w Afryce, potrzebne jest rozwinięte społeczeństwo obywatelskie. Do niego jeszcze daleka droga, a na chwilę obecną najważniejsze jest kształtowanie się świadomości narodowej mieszkańców, która wykracza poza interesy rodowe i plemienne oraz pozwala identyfikować się z szerszym kręgiem współobywateli. Aby zdać sobie sprawę z potrzeb różnorodnych mniejszości, konieczny jest przede wszystkim rozwój gospodarczy i kulturalny czy oświatowy. Najpierw należy uporać się z podstawowymi problemami, takimi jak głód, brak wody pitnej, konflikty zbrojne – żeby później móc skupić się na współpracy, historii i wspólnej kulturze. W Afryce w ciągu kilkudziesięciu lat zmieniło się bardzo dużo. Dowodem tego może być chociaż obecna dzisiaj „moda na Afrykę”. Kontynent staje się coraz częściej miejscem międzynarodowych imprez, kwitnie turystyka, a politycy, jak Barack Obama, czy ludzie mediów – Oprah Winfrey – podkreślają swoje afrykańskie korzenie.

Afryka idzie swoją własną drogą, nie rezygnując jednak z dorobku ogólnoswiatowego. Widoczny jest rozwój i współpraca wewnętrzna, mimo ogromnej różnorodności, często pokazując, że coś, co stanowi wadę, w innej sytuacji może stać się ogromną zaletą.

11.10.2011.

¹⁸ Britannica Online Encyclopedia, *Negritude*, <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/408139/Negritude>, 11.10.2011.

Prawo narodów do samostanowienia – konfrontacja z rzeczywistością: Kurdystan

W odpowiedzi kurdyjskiego kandydata do parlamentu tureckiego na pytanie „Po co Kurdowie są potrzebni Turcji?” można znaleźć meritum problemu. Naci Kutlay udzielił odpowiedzi: „Po to, by rozumiano w tym kraju sens demokracji i praw człowieka”².

1. Prawo narodów do samostanowienia

Rozbudowanie systemu praw człowieka po okresie II wojny światowej oraz rozwój prawa międzynarodowego publicznego mają na celu realizację jednego z najważniejszych zadań, przed jakim stoi współczesny świat – współistnienie podmiotów międzynarodowych bez konfliktów i wojen. Obserwując obecną sytuację na arenie międzynarodowej, możemy sami stwierdzić, jak ambitny i trudno osiągalny cel wyznaczyła sobie społeczność globalnej wioski. Wciąż w wielu miejscach na świecie podstawowe prawa i wolności ludzi są bezkarnie łamane. System Organizacji Narodów Zjednoczonych, mimo wielu sukcesów i o wiele prężniejszego działania niż jego poprzedniczka, Liga Narodów, nie jest w stanie zapewnić każdemu człowiekowi na świecie minimalnej ochrony jego praw. Powstało też wiele systemów regionalnych, skupionych tylko na problemach określonego terytorium. Pomimo tego każdego dnia czyjeś prawa są łamane.

Jednym z podstawowych praw człowieka, zaliczanym do tzw. praw III generacji, jest prawo narodów do samostanowienia. Samostanowienie narodów jest prawem stanowiącym spore wyzwanie dla całej społeczności międzynarodowej. Jest kwestią delikatną,

¹ Autorka jest absolwentka administracji Wydziału Prawa i Administracji UJ oraz studentką IV roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji UJ, wieloletnią współpracowniczką i wolontariuszką Polskiej Akcji Humanitarnej oraz wolontariuszką Ośrodka Międzynarodowego Prawa Humanitarnego i Praw Człowieka WPiA UJ.

Niniejszy artykuł, pod tytułem „Kurdyjska konfrontacja z rzeczywistością”, ukazał się po raz pierwszy na łamach magazynu „Spectrum” (nr 1, zima 2011), wydawanego przez Forum Obywatelskie Uniwersytetu Jagiellońskiego.

² J. Bocheńska, *Kurdystan turecki w przededniu wyborów parlamentarnych w Turcji*, <http://www.wschodniaperspektywa.pl/content/view/818/98/>, 16.10.2011.

w kontekście której pojawiają się problematyczne pojęcia, takie jak naród, czy też granica pomiędzy ingerencją w wewnętrzne sprawy państwowe a powstawanie nowych państw. Główna realizacja samostanowienia narodów odbyła się w procesie dekolonizacji, co niewątpliwie było jednym z najbardziej znaczących wydarzeń w drugiej połowie XX wieku. Jak dotychczas był to najbardziej widoczny przykład urzeczywistnienia tego prawa, chociaż nie sposób zapominać o niepodległości zdobytej przez Kosowo oraz o ostatnich wydarzeniach w Sudanie. Większość mocarstw światowych obawia się, że tego typu działania uruchomią reakcję łańcuchową w innych, podobnych regionach – chodzi przede wszystkim o tereny Kaukazu Północnego (Inguszetia, Czeczenia), Górski Karabach, czy też naddniestrzańską część Mołdawii, bądź też rejon Kaszmiru. W niniejszym artykule autorka skupia się na tzw. „problemie kurdyjskim”. Tym mianem określa się konflikt polityczny związany z samostanowieniem narodu Kurdów. Problem ten jest bardzo skomplikowany i złożony, ponadto Kurdowie są największym tak aktywnie działającym na rzecz separacji narodem, wzbudzającym wiele skrajnych emocji.

Już w 1851 roku problem niezależności międzynarodowej włącznie z tworzeniem niepodległego państwa oraz uprawnienie narodu do wyboru ustroju wewnętrznego zauważył Pasquale Mancini. Sformułował on zasadę narodowości. Według tej zasady Mancini popiera przyznanie narodom suwerenności, która nie ogranicza się tylko do własnego terytorium, ale przede wszystkim pozwala decydować o wyborze własnego rządu³.

Początki pojęcia samostanowienia narodów pojawiło się ponownie w doktrynach po I wojnie światowej. Główna idea to przyznanie każdemu narodowi prawa samodzielnego decydowania o swoich losach, o państwie, rządach, stosunkach z innymi państwami. Warto przypomnieć o programie pokojowym Wilsona, gdzie 12. punkt mówi o prawie do bezpieczeństwa i rozwoju oraz autonomii dla narodów przebywających na terenie Imperium Osmańskiego. Kwestię samostanowienia poruszał także Lenin, twierdząc, że nieuchronnie świat cywilizowany dąży do powstawania państw narodowych.

Prawo wszystkich narodów do samostanowienia postrzegane jako swoboda decydowania o swoim statusie politycznym i rozwoju gospodarczym, społecznym i kulturalnym, jak również korzystania z bogactw naturalnych, jest ujęte w art. 1 Międzynarodowych Paktów Praw Człowieka⁴. Brak samostanowienia sprowadza się w praktyce do nieprzestrzegania praw człowieka i jego wolności. Jak słusznie zauważa Robert

³ P. Milik, *Prawo narodów do samostanowienia – wojna narodowowyzwoleńcza*, <http://basajew.blog.pl/archiwum/index.php?nid=11016077>, 16.10.2011.

⁴ *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych*, Nowy Jork, 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167).

Andrzejczuk: „Człowiek nie może być wolny w zniewolonym narodzie”⁵. Prawo do samostanowienia zostało także ujęte w Karcie Narodów Zjednoczonych⁶ w art. 1 ust. 2, jako jeden z celów ONZ: „Rozwijać pomiędzy narodami przyjazne stosunki oparte na poszanowaniu zasady równouprawnienia i samostanowienia narodów oraz stosować inne odpowiednie środki dla umocnienia powszechnego pokoju”. Równocześnie trzeba umieć wychwycić cienką granicę pomiędzy krzewieniem i ochroną praw człowieka, a naruszeniem art. 2 Karty Narodów Zjednoczonych, który ma następującą treść: „żadne postanowienie niniejszej Karty nie upoważnia Narodów Zjednoczonych do ingerencji w sprawy, które z istoty swej należą do kompetencji wewnętrznej któregośkolwiek państwa”. Ponadto trzeba mieć na uwadze zasadę integralności państwa.

Prawo do samostanowienia jest ujęte także w tzw. „soft law” – prawie miękkim. Jego wyegzekwowania nie można dochodzić na drodze sądowej, ma raczej charakter zaleceń, rad. Zgromadzenie Ogólne, w rezolucji 421/V, przyjętej 2 grudnia 1950 roku, prawo ludów i narodów do samostanowienia określiło jako „fundamentalne prawo człowieka”. Deklaracja w sprawie przyznania niepodległości krajom i narodom kolonialnym, przyjęta przez ZO ONZ dnia 14 grudnia 1960 roku, stanowi, że „wszystkie ludy mają prawo do samostanowienia; na mocy tego prawa określają według własnej woli swój status polityczny i swobodnie rozwijają swoje życie gospodarcze, społeczne i kulturalne”. Prawo narodów do samostanowienia zostało potwierdzone w Deklaracji Wiedeńskiej i Programie Działań, przyjętych na zakończenie II Światowej Konferencji Praw Człowieka w 1993 roku. Traktatem, który ze względu na specyfikę regionu, uwzględnia prawa ludów (jako kategorię różną od narodu), jest Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów, przyjęta w Nairobi w 1981 roku⁷.

W tym miejscu należy zaznaczyć, iż fakt powstawania państw ma głównie charakter pozaprawny. Jest to skupienie procesów politycznych, historycznych oraz socjologicznych. Samo prawo międzynarodowe nie jest w stanie wpływać bezpośrednio na przebieg przyczynowo-skutkowy, prowadzący do powstania państwa, jednakże bez elementu uznania tworu semi-państwowego na arenie międzynarodowej nie może on w pełni funkcjonować – nie może zaciągać zobowiązań międzynarodowych, być stroną traktatów itp.

⁵ R. Andrzejczuk, *Uzasadnienie prawa narodów do samostanowienia*, Lublin 2002, s. 47.

⁶ *Karta Narodów Zjednoczonych*, San Francisco, 26 czerwca 1945 r. (Dz. U. z 1947 r., Nr 23, poz. 90 z późn. zm.).

⁷ *Kategorie praw człowieka*, http://www.unic.un.org.pl/prawa_czlowieka/pcz_kategorie.php, 16.10.2011.

2. Kurdystan – obecna sytuacja w Turcji

Jak wygląda obecna sytuacja w kurdyjskiej części Turcji? Czy istnieje nieoficjalne państwo Kurdystan? Czy Turcja jest wielonarodowym państwem przyjaznym nie tylko Turkom? Na te i wiele innych pytań miała przynieść odpowiedź moja wyprawa naukowo-badawcza przeprowadzona na przełomie lutego i marca 2011 roku. Podczas mojego pobytu w Turcji przeprowadziłam wiele rozmów zarówno ze stroną kurdyjską, jak i turecką, w myśl zasady *audiatur et altera pars*. Wielokrotnie mnie ostrzegano na miejscu, że mogę mieć problemy – obcokrajowiec w tej części kraju nie jest mile widziany z powodów politycznych. Wśród Kurdów udało mi się przeprowadzić wywiady m.in. z wpływowym politykiem, pracownikiem departamentu rządowego, nauczycielem historii, pracownikiem organizacji na rzecz aktywizacji zawodowej kobiet, studentami. Ze strony tureckiej: z policjantem pracującym w Hakkari (o tym mieście będzie jeszcze w dalszej części artykułu), pracownikami Uniwersytetu w Bitlis, przedstawicielem artystycznej bohemy oraz studentami. Z wielu godzin rozmów oraz moich własnych obserwacji i przeżyć w Południowo-Wschodniej Anatolii wyłania się dzisiejszy obraz problemu kurdyjskiego, który w dalszym ciągu pozostaje nierozwiązany. Obraz o wiele spokojniejszy niż kilka lat temu, ale w dalszym ciągu szokujący i stawiający wiele wyzwań dla ochrony i propagowania praw człowieka.

Kiedy w tej części Turcji pytasz o stolicę, każdy – oprócz wojska i policji – wskaże na Diyarbakir. Miasto to jest nieoficjalną stolicą Kurdystanu, natomiast sercem jest Hakkari (tak samo, jak sercem Turcji jest Istanbul, a nie Ankara). Hakkari jest miastem otoczonym z każdej strony wysokimi górami, trudno dostępne. Stąd w tym miejscu można natknąć się na dawniejszy tryb życia, mocne tradycje i zasady. Jeśli ludność kurdyjska reaguje na działania rządu, to pierwszym miejscem reakcji będzie zawsze Hakkari. Faktycznie w mieście często dochodzi do zamieszek, protestów, manifestacji. Jediną ludnością pochodzenia tureckiego w tej części kraju są funkcjonariusze publiczni (wojsko i policja). Miejsce to jest najbardziej problematyczne. Jak w większości miast w tej części Turcji, na ulicach słychać muzykę i rozmowy w języku kurdyjskim. Obecnie nie jest on zakazany, ale nie naucza się go w szkołach. Jeszcze dziesięć lat temu za wypowiedzenie samego słowa „Kurd” lub „kurdyjski” można było trafić do więzienia.

Jeśli chodzi o przestrzeganie podstawowych praw człowieka, to od kilku lat sytuacja się polepsza. Polityka rządu złagodniała, jednakże ludność kurdyjska nie korzysta z pełni praw. Państwo boi się iść na zbyt wiele ustępstw, obawiając się odłączenia tej części kraju, która jest bogata w złoża surowców naturalnych. W rzeczywistości na dzień dzisiejszy żaden z moich rozmówców nie chce niepodległego państwa w sensie nowych granic, nowej waluty,

całkowicie kurdyjskiego rządu. Ponadto krytykują rozwiązanie zastosowanie w Iraku (autonomiczny region Kurdystan), twierdząc, że jest to fikcja. Ludność kurdyjska w większości jest nastawiona pokojowo, pragnąc tylko godnej egzystencji i możliwości partycypacji w rządzeniu krajem (obecnie w parlamencie jest dwudziestu polityków kurdyjskiego pochodzenia na ponad 500 miejsc), wiele osób angażujących się w politykę często bezpodstawnie trafia do więzień. Kurdowie są zajęci w dużej mierze życiem codziennym, które w tej części Turcji nie jest łatwe – jest to najbardziej zacofany ekonomicznie region.

Co ciekawe, z moich własnych obserwacji wynika, że w Południowo-Wschodniej Anatolii to ludność pochodzenia tureckiego czuje się mniejszością – żyją oni często na zamkniętych osiedlach poza centrum miasta, za drutem kolczastym i z kontrolą wojskową przed wjazdem na osiedle. W autobusach muszą zajmować najgorsze miejsca. Rząd, aby zachęcić do osiedlania się tutaj, oferuje dużo większe pensje na stanowiskach publicznych niż gdzie indziej w kraju. W tureckich szkołach, prasie i telewizji przedstawia się Kurdów jako „tureckich górali”. Wystarczy jednak spojrzeć na mapę i zobaczyć, że nie wszystkie góry są zamieszkiwane przez ludność kurdyjską. Ponadto historia tego narodu sięga najdawniejszych lat (Urartu) i trwa nieprzerwanie do dnia dzisiejszego. Mimo wielu trudności i tępienia języka kurdyjskiego przetrwał on, wiele kurdyjskich tradycji także. W przeszłości Kurdowie mieli też inną religię niż obecnie (jezydyzm) – islam został im narzucony, aby ujednoczyć społeczeństwo.

Wracając do nieoficjalnej stolicy Kurdystanu – cywilne lotnisko w Diyarbakirze to wydzielona część z lotniska wojskowego. Cały region jest silnie zmilitaryzowany. Codziennością są opancerzone wozy na ulicach, gęsto rozstawione posterunki wojskowe i policyjne, *check pointy* na całym terenie Południowo-Wschodniej Turcji (dwukrotnie sprawdzano autobus, w którym jechałam, oficjalnie główny powód to poszukiwanie narkotyków i cudzoziemców z Iranu i Iraku), widok żołnierzy z karabinami na ulicach nikogo nie dziwi. W dniu mojego przylotu do Diyarbakiru miała odbyć się manifestacja na rzecz uwolnienia poprzednich włodarzy miasta, którzy obecnie znajdują się w więzieniu (nieoficjalny powód: prowadzenie zbyt silnej polityki na rzecz Kurdów). Miasto jest pełne funkcjonariuszy policji i wojska, na ulicach są ustawione szykany, aby spowolnić ruch. Ostatecznie nie widzę żadnej demonstracji, oprócz demonstracji siły ze strony tureckiej. Mój kolega Turek tłumaczy to złą pogodą.

Jedną z najbardziej kontrowersyjnych spraw jest działalność lewicowej, narodowowyzwoleńczej Kurdyjskiej Partii Robotniczej (PKK) – tak naprawdę jednej z wielu

kurdyjskich partii. Wielu moich kurdyjskich rozmówców przyznaje, że cel, do którego dąży ta partia, jest słuszny, ale sposób dążenia do niego już nie. Z drugiej strony, niektórzy są całkowicie przekonani, że to strona turecka stoi za zamachami i mordami, aby mieć pretekst do atakowania ludności kurdyjskiej. Zapewne prawda leży gdzieś pośrodku. Trzeba podkreślić, że partia ta nie zajmuje się tylko walką o niepodległość, ale często angażowała się w edukowanie ludzi, informowanie, jakie prawa im przysługują, szczególnie kobietom. Faktycznie, na ulicach widać większy liberalizm w życiu kobiet kurdyjskich niż tureckich. Wielu Kurdów czuje się oszukiwanych przez rząd, ponieważ przy próbie każdego porozumienia i chęci rozwiązania konfliktu rząd nie dotrzymuje złożonych obietnic. Spotkałam się z poglądem, że w rzeczywistości rozwiązanie tej sprawy nie jest na rękę rządzącym, ponieważ nie tylko łatwiej jest rządzić wewnątrznie podzielonym krajem w myśl zasady *divide et impera*, ale także dzięki istnieniu Kurdów istnieje realna praca dla wojska i policji.

Podsumowując, należy zauważyć, że Kurdowie nie tyle chcą własnego państwa, co pełnej ochrony ich praw, choćby takich jak wolność słowa. Moim zdaniem rząd turecki nie może traktować ludności kurdyjskiej jako obywateli drugiej kategorii, bojąc się, że przyznanie pełni praw doprowadzi do odłączenia tej części tureckiego terytorium.

3. Autonomiczny Kurdystan w Iraku

Pogłębianie tematu kurdyjskiego nie ograniczyło się tylko do wyjazdu do Turcji. W Krakowie funkcjonuje Kurdyjskie Centrum Informacji i Dokumentacji. Organizacja ta zrzesza osoby zainteresowane tematyką Kurdów, m.in. naukowców, jak również studentów. Jednym z jej celów jest upowszechnianie i promocja wiedzy o kulturze, historii i problemach narodu kurdyjskiego. Udało mi się zaprzyjaźnić z Kurdem studiującym na Uniwersytecie Jagiellońskim. Znajomość ta jest o tyle istotna, że pokazuje inny punkt widzenia problemu samostanowienia niż turecki – osoba ta pochodzi z autonomicznego regionu Kurdystanu, który funkcjonuje w ramach federacji irackiej. Chciałabym przedstawić, jak rozwiązano problem kurdyjski w Iraku.

Kurdowie w Turcji na temat tego, jak rozwiązano problem w Iraku, wypowiedzieli się nieprzychylnie, głównie argumentując, że jest to fikcja, bo mimo tego, że Kurdowie wybierają tam własny parlament, a nawet mają własne wojsko (Peshmerga), to w ostateczności nie ogłoszono nigdy niepodległości. Prawie jedna piąta budżetu Iraku jest przeznaczona dla Kurdystanu, tym samym Kurdowie są uzależnieni finansowo od władz centralnych, zależność ta pojawia się też w kwestii podejmowania ważnych decyzji

międzynarodowych. Z drugiej strony, z opowieści znajomego Kurda z Iraku wyłania się obraz o wiele bardziej sprzyjający ochronie praw człowieka i demokracji niż to co zobaczyłam w Turcji.

Autonomia Kurdystanu jest zagwarantowana w konstytucji Iraku w artykule 117 – Irak uznaje region Kurdystanu i jego istniejące władze jako region federalny. Trzeba przypomnieć kontekst historyczny powstania tego stanu rzeczy. Problem kurdyjski zyskał na rozgłosie podczas wojny w Iraku. W 1991 roku sankcje nałożone przez ONZ w ramach programu „Ropa za żywność” wspomagały rozwój Kurdystanu. Nowa rzeczywistość była kreowana głównie pod wpływem politycznym Stanów Zjednoczonych. Po wielu krwawych wojnach Kurdowie w Iraku otrzymali autonomię, która *de facto* funkcjonuje jak odrębne państwo, ale *de iure* nie ma znaczenia na arenie międzynarodowej, a na mapach nie jest zaznaczone jako odrębne terytorium.

4. Newroz – nadzieja na wolność

Ostatnie chwile na lotnisku w Diyarbakirze – za kilka godzin będę w Europie. Korzystając z wolnej chwili chodzę po malutkiej hali odlotów. Zagaduję chłopca sprzedającego pamiątki: „English?”, ze szczerym uśmiechem kręcąc głową odpowiada „Kurdish!”. Jediną rzeczą przyciągającą uwagę na tym stoisku jest brelok z napisem „21 Diyarbakir”. Dla laika to zbitka przypadkowych cyfr i nazwa miasta na wschodzie Turcji, dla osób znających symbolikę Kurdów znaczące zestawienie dwóch symboli: nazwa nieoficjalnej stolicy tureckiego Kurdystanu i „21” nawiązujące do pierwszego dnia wiosny, kiedy to jest obchodzone najważniejsze święto Kurdów: *Newroz* – Nowy Dzień niosący nadzieję na wolność.

Sytuacja bezpaństwowców na Bliskim Wschodzie a międzynarodowe standardy ochrony praw człowieka

1. Wstęp

Problem bezpaństwowości jest współcześnie jednym z najpoważniejszych wyzwań w zakresie ochrony praw człowieka. Obywatelstwo, jako węzeł prawny pomiędzy jednostką a państwem, posiada niewątpliwą funkcję ochronną, można je również rozumieć jako swego rodzaju „prawo do posiadania praw”, a jego brak sprowadza na jednostkę bezpośrednie, negatywne konsekwencje, które kumulatywnie mogą uniemożliwić normalną egzystencję.

Prawa człowieka nie są rzecz jasna uwarunkowane posiadaniem przez jednostkę obywatelstwa, niemniej jednak niektóre uprawnienia, zwłaszcza te o charakterze praw socjalnych i ekonomicznych, mogą być, jeżeli nie wyłączone, to przynajmniej ograniczone w odniesieniu do cudzoziemców (w tym bezpaństwowców) przebywających na terenie państwa. Obywatele mogą też łatwiej i skuteczniej dochodzić realizacji swoich praw człowieka. Obywatelstwo może zatem zadecydować o możliwości faktycznej realizacji poszczególnych praw o powszechnym znaczeniu z jednej strony, jak i o przyznaniu pewnych szczególnych uprawnień z drugiej. Ochrona państwowa nad obywatelem jest przy tym aktualna, nawet gdy przebywa on poza swoim krajem, przyjmując formę opieki dyplomatycznej. Bezpaństwowiec takiej ochrony nie posiada nigdzie.

Szczególny status bezpaństwowców sprawia, iż zarówno w odniesieniu do zakresu przyznawanych im praw, jak i w sferze ich praktycznej realizacji, znajdują się oni w znacznie gorszej sytuacji nie tylko od obywateli państwa, na terenie którego przebywają, ale również od innych cudzoziemców (tych posiadających obywatelstwo). Pomimo, iż bezpaństwowcy często migrują poszukując lepszych warunków życia, lub też uciekając przed prześladowaniami i naruszeniami praw człowieka stają się uchodźcami, w przeważającej mierze, nierzadko z pokolenia na pokolenie, żyją oni w kraju, który uważają za własny, który

¹ Autorka jest doktorem nauk prawnych, absolwentką Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, Prezesem Centrum Pomocy Prawnej im. Haliny Nieć, stałym współpracownikiem Ośrodka Międzynarodowego Prawa Humanitarnego i Praw Człowieka WPiA UJ.

jednakże traktuje ich, w najlepszym przypadku jak obcych, cudzoziemców, a w najgorszym jak osoby niewygodne, niechciane i podejrzane. Ignorowanie przez państwa problemu bezpieczeństwa, ich nieudolność bądź niekiedy celowa polityka mająca na celu utrzymywanie *status quo*, spycha bezpieczeństwowców na margines społeczeństwa i pozbawia możliwości realizacji jednego z najbardziej podstawowych dążeń człowieka – możliwości bezpiecznego życia we własnym kraju.

Pomimo ponad półwiecznych międzynarodowych wysiłków na rzecz utworzenia wspólnych standardów dotyczących przeciwdziałania i redukcji bezpieczeństwa, nadal około 12 milionów ludzi na całym świecie pozostaje bez obywatelstwa. Niemal w każdym regionie świata istnieją populacje skazane na egzystencję w prawnej próżni, a jednym ze szczególnie dotkniętych tym problemem obszarów jest Bliski Wschód.

Jedenastego marca 2011 r. w miastach Al-Jahra, Sulabiya i Al-Ahmedi w Kuwejcie odbyły się pokojowe demonstracje kilkuset Bidunów, domagających się prawa do obywatelstwa². Podobne demonstracje pojawiały się już od lutego, gdy na fali rewolucyjnych nastrojów w całym świecie arabskim, ta marginalizowana przez lata grupa około 100 – 120 000 bezpieczeństwowców rozpoczęła odważniejszą walkę o swoje prawa. We wzrastającym zainteresowaniu świata i mediów całym regionem upatrują oni dodatkowej szansy na poprawę swojej sytuacji.

Na Bliskim Wschodzie problem bezpieczeństwa ma szczególny wymiar i uwarunkowania, dotyczy przede wszystkim określonych mniejszości etnicznych lub religijnych, takich jak Kurdowie, Biduni, Rohingya czy Bahaici, powiązany jest ponadto również z dyskryminującymi wobec kobiet regulacjami prawnymi dotyczącymi obywatelstwa i marginalizacją populacji nomadów. Odrębnym zagadnieniem jest status kilku milionów Palestyńczyków, z których większość nie posiada żadnego obywatelstwa, a których sytuacja jako uchodźców i bezpieczeństwowców zarazem, wpisuje się w skomplikowaną mozaikę instrumentów prawa międzynarodowego, regulacji regionalnych, praw krajowych i konfliktu palestyńsko-izraelskiego. Obok Palestyńczyków największymi społecznościami bezpieczeństwowców na Bliskim Wschodzie są wspomniani już Biduni oraz Kurdowie.

Status bezpieczeństwowców w tym regionie, pomimo dostrzegalnych w niektórych państwach tendencji zmierzających do zmniejszenia obszarów dyskryminacji, podejmowanych *ad hoc* akcji naturalizacyjnych oraz reform prawa o obywatelstwie, pozostaje

² M. Lynch, *Kuwait's Bidoon (Stateless) Face Unprovoked Force in Their Struggle for Basic Human Rights*, *Refugees International*, <http://www.refugeesinternational.org/blog/kuwait-bidoon-face-force-fight-basic-human-rights>, 11.03.2011.

nadal jednym z najgorszych na świecie. Na Bliskim Wschodzie krzyżuje się przy tym wiele przyczyn bezpaństwowości: od sukcesji państw, nieprzestrzegania przez plemiona nomadów granic państwowych po przemyślaną politykę państwową marginalizacji określonych grup etnicznych lub religijnych i dyskryminację kobiet. W niniejszym artykule zostaną omówione główne przyczyny bezpaństwowości w państwach regionu, przedstawiona zostanie charakterystyka poszczególnych dotkniętych tym problemem grup oraz kwestia prawnomiędzynarodowych zobowiązań państw Bliskiego Wschodu w odniesieniu do ochrony praw bezpaństwowców na ich terytoriach.

Bez wątpienia, dalszy kierunek zmian sytuacji społeczności bezpaństwowców na Bliskim Wschodzie będzie miał bezpośredni wpływ na stabilizację lub zaognienie sytuacji w regionie. Budowa trwałej demokracji oraz podwalin społeczeństwa obywatelskiego nie będzie bowiem możliwa bez włączenia do niego setek tysięcy pozostających w cieniu bezpaństwowców.

2. Przyczyny bezpaństwowości na Bliskim Wschodzie

Należy pamiętać, iż bezpaństwowość jest zjawiskiem dynamicznym i w zdecydowanej większości przypadków status bezpaństwowca nie jest w prosty sposób identyfikowalny. W wielu sytuacjach posiadanie lub brak obywatelstwa może być trudne do jednoznacznego ustalenia, zwłaszcza w przypadku bezpaństwowości *de facto*. Na Bliskim Wschodzie, podobnie jak w innych regionach, część przypadków bezpaństwowości dotyczy całych grup, które z racji ich zbiorowego wykluczenia i marginalizacji pozostają trwale pozbawione obywatelstwa państwa, a kolejne pokolenia rodzą się bezpaństwowcami, niejako dziedzicząc ten status po swoich rodzicach. Istotna liczba apatrydów staje się jednakże bezpaństwowcami w trakcie swojego życia, pośrednio lub bezpośrednio wskutek własnych działań – takich jak długotrwały wyjazd z kraju, zawarcie związku małżeńskiego, zrzeczenie się pierwotnego obywatelstwa w celu uzyskania innego, bądź też wskutek obiektywnych zdarzeń – takich jak zmiana granic i sukcesja państw, zmiana prawa i polityki władz w danym państwie.

Analizując sytuację największych grup bezpaństwowców na Bliskim Wschodzie, można wyróżnić trzy najważniejsze przyczyny ich obecnego statusu:

1. Pierwszą z nich jest zjawisko sukcesji państw i kształt przyjętych przez nowopowstałe państwa ustaw o obywatelstwie. Zmiany granic i przekształcenia państw związane następnie z sukcesją, często powodują pozbawienie określonych osób prawa do nabycia obywatelstwa nowego państwa. Niekiedy jest to spowodowane źle przygotowanymi ustawami o obywatelstwie, innym razem jest celowym zabiegiem związanym np.

z pozbyciem się z grona obywateli określonych grup etnicznych (np. Liban celowo pominął w censuzie ludności z 1932 r. Beduinów, przez co nie mogli oni nabyć obywatelstwa).

2. Drugim, specyficznym dla Bliskiego Wschodu powodem bezpaństwowości, jest brak akceptacji dla kontrolowanych granic państwowych przez plemiona nomadów, niedoceniecie przez nich znaczenia instytucji obywatelstwa, nierejestrowanie urodzin, przedkładanie więzi plemiennych nad narodowościowe/państwowe. Z drugiej strony, władze państwowe nieufnie podchodzą do nomadów, spychając ich na margines społeczeństwa i utrudniając dostęp do świadczeń socjalnych. W ekstremalnych przypadkach, takich jak Biduni w Kuwejcie, są oni ponadto uznawani za niebezpieczną, opozycyjną względem władz kastę i celowo utrzymywani w statusie apatrydów.

3. Trzecią główną przyczyną bezpaństwowości w tym regionie jest celowa polityka państw, polegająca na wykorzystaniu prawa o obywatelstwie do utrzymywania określonych grup etnicznych lub religijnych w położeniu kontrolowanej marginalizacji społecznej i wykluczenia prawnego. W konsekwencji władze pozbawiają obywatelstwa osoby i grupy uznawane za niebezpieczne lub nielojalne wobec państwa, stosując tą możliwość jako sankcję wobec niewygodnych jednostek. W tym samym punkcie należy wymienić również taktykę władz polegającą na instrumentalnym wykorzystywaniu prawa o obywatelstwie dla zapewnienia określonej równowagi etnicznej/religijnej w państwie. Taktyka taka jest szczególnie atrakcyjna dla państw z trudem utrzymujących równowagę pomiędzy rywalizującymi siłami religijnymi, etnicznymi i politycznymi zarazem.

Przykłady takich działań państw można znaleźć w wielu krajach regionu. W okresie 2004 – 2005 władze Kataru pozbawiły obywatelstwa 6000 członków plemienia Al Murra, bazując na podejrzeniu, że ukrywają oni fakt posiadania podwójnego obywatelstwa³. Uznano to za dowód nielojalności wobec państw, choć większość z tych osób posiadała wyłącznie obywatelstwo Kataru. W Libii władze postąpiły podobnie w stosunku do nieznaney liczby członków plemienia Tabu, oskarżając ich o sympatyzowanie z władzami Czadu (grudzień 2007)⁴.

Władze Kuwejtu, ze względu na sytuację geopolityczną starają się za wszelką cenę zachować sunnicką większość, nie przyznając obywatelstwa szyitom. Podobnie Liban – stara się zachować równowagę pomiędzy różnymi grupami wyznaniowymi, a otwarcie drogi do

³ United States Department of State, *2005 Country Reports on Human Rights Practices – Qatar*, 8 March 2006; Minority Rights Group International, *World Directory of Minorities and Indigenous Peoples – Qatar: Overview*, 2007.

⁴ US State Department, *2008 Country Reports on Human Rights Practices – Libya*, 25 February 2009; Freedom House, *Freedom in the World 2009 – Libya*, 16 July 2009.

naturalizacji dla przeważnie muzułmańskich bezpaństwowców mogłoby naruszyć kruchą równowagę religijną w kraju.

Najbardziej znanym przykładem celowej marginalizacji i utrzymywania bezpaństwowości są Palestyńczycy w regionie Bliskiego Wschodu. Przyjęty przez państwa Ligi Arabskiej Protokół z Casablanki⁵ do dziś stanowi podstawę polityki sygnatariuszy wobec osób narodowości palestyńskiej. W celu utrzymania odrębnej tożsamości Palestyńczyków, pomimo braku niezależnego państwa palestyńskiego, arabskie kraje przyjmujące zobowiązały się co prawda do wydawania Palestyńczykom dokumentów podróży, ale bez prawa do naturalizacji.

3. Prawo międzynarodowe wobec problemu bezpaństwowości

Prawo do posiadania obywatelstwa stanowi jedno z podstawowych praw człowieka, co zostało potwierdzone już w Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r.:

„Każdy człowiek ma prawo do posiadania obywatelstwa. Nie wolno nikogo pozbawiać samowolnie obywatelstwa ani nikomu odmawiać prawa do zmiany obywatelstwa”⁶.

Niezwykle szybko Narody Zjednoczone dostrzegły w problemie bezpaństwowości poważne zagrożenie dla fundamentalnych praw człowieka. Z tego względu kwestia prawa do obywatelstwa stała się centralnym zagadnieniem w ramach dwóch międzynarodowych konwencji przygotowanych na forum ONZ: Konwencji w sprawie statusu osób bez przynależności państwowej z roku 1954⁷ oraz Konwencji o ograniczaniu bezpaństwowości z roku 1961⁸.

Konwencja z 1954 r. początkowo miała stanowić protokół o bezpaństwowości, powiązany z Konwencją dotyczącą statusu uchodźców z 1951 r.⁹, ostatecznie jednak stała się ona samodzielnym traktatem. Dokument ten skupia się na regulacji i poprawie statusu bezpaństwowców. Konwencja z 1961 r. skupia się na zapobieganiu nowym przypadkom bezpaństwowości, w szczególności zobowiązując państwa-strony do nadawania obywatelstwa wszystkim osobom urodzonym na ich terytorium, które inaczej nie nabyłyby obywatelstwa

⁵ Protokół o traktowaniu uchodźców palestyńskich z 11 września 1965 r. (tzw. Protokół z Casablanki), Liga Państw Arabskich; League of Arab States, *Protocol for the Treatment of Palestinians in Arab States* (“Casablanca Protocol”), 11.09.1965, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/460a2b252.html>, 03.04.2012.

⁶ Art. 15 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka przyjętej rezolucją Zgromadzenia Ogólnego ONZ 217 A(III), przyjętej i proklamowanej 10.12.1948.

⁷ Konwencja dotycząca statusu bezpaństwowców, 28 September 1954, *United Nations Treaty Series*, vol. 360, s. 117.

⁸ Konwencja o ograniczaniu bezpaństwowości, New York, 30 August 1961, *United Nations Treaty Series*, vol. 989, s. 175.

⁹ Konwencja dotycząca statusu uchodźców, Genewa, 18 lipca 1951 r. (Dz. U. z 1991 r., Nr 119, poz. 515).

żadnego państwa. Słabością konwencji jest brak odniesienia do możliwości odebrania obywatelstwa z uwagi na różne czynniki, która nadal obecna jest w prawodawstwie wielu państw, nie proponuje ona również retroaktywnego nadania obywatelstwa wszystkim osobom aktualnie nie posiadającym żadnego obywatelstwa.

Rok 2011 to rok 50-tej rocznicy podpisania Konwencji o ograniczaniu bezpaństwowości. Jest to jednocześnie ważny moment podsumowania efektywności dotychczasowych działań społeczności międzynarodowej na rzecz eliminacji zjawiska bezpaństwowości na świecie. Wymienione dwa wyspecjalizowane instrumenty prawne dotyczące tego zagadnienia okazały się niewystarczające, a o braku poważnego zainteresowania ze strony państw kwestią bezpaństwowości świadczy niewielka liczba państw, które przystąpiły do tych konwencji¹⁰.

Status i prawa bezpaństwowców nie polegają jednak wyłącznie na tych dwóch wyspecjalizowanych instrumentach prawnych. Prawa bezpaństwowców należą do praw człowieka, a prawo do posiadania obywatelstwa jak i szereg innych fundamentalnych dla tej kategorii osób praw zawarte są w traktatach międzynarodowych o ogólnym znaczeniu. To co wyróżnia bezpaństwowców to brak ochrony państwa, co – podobnie jak w przypadku uchodźców – sprawia, iż są potencjalnie bardziej narażeni na poważne naruszenia praw jednostki. O ile jednak uchodźcy mogą poszukiwać ochrony przyznawanej na podstawie Konwencji genewskiej z 1951 r. w 144 krajach świata, nadal brak jest równoważnego reżimu ochrony dla bezpaństwowców.

4. Zobowiązania prawnomiędzynarodowe państw Bliskiego Wschodu wobec bezpaństwowców

Wszystkie państwa Bliskiego Wschodu są stronami Konwencji o prawach dziecka z 1989 r.¹¹, Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z 1979 r.¹² oraz Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z roku 1965¹³.

¹⁰ Są to 63 państwa w przypadku Konwencji z 1954 r. i 35 państw w przypadku Konwencji z 1961 r.

¹¹ Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r., Nr 120, poz. 526).

¹² Artykuł 9 Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z roku 1979 głosi: „Państwa Strony zapewnią kobietom równe prawa z mężczyznami w zakresie nabywania, zmiany lub zachowania obywatelstwa”. Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 18 grudnia 1979 r. (Dz. U. z dnia 2 kwietnia 1982 r.).

¹³ Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z roku 1965 zobowiązuje państwa do „zagwarantowania każdemu, bez rozróżnienia rasy, koloru skóry oraz narodowości czy pochodzenia etnicznego, równości w obliczu prawa”, w szczególności w zakresie podstawowych praw człowieka, w tym prawa do obywatelstwa (Artykuł 5). Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 7 marca 1966 r. (Dz. U. z 1969 r., Nr 25, poz. 187).

Za wyjątkiem Arabii Saudyjskiej, Omanu, Kataru i Zjednoczonych Emiratów Arabskich, państwa Bliskiego Wschodu związały się również Paktem Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 roku¹⁴. Wszystkie te konwencje odnoszą się w pewnych kontekstach do prawa do posiadania obywatelstwa¹⁵. Pomimo faktu, iż niektóre z państw podpisały te konwencje z zastrzeżeniami w odniesieniu do prawa do obywatelstwa, tak szerokie uczestnictwo w tych traktatach świadczy o deklarowanym poszanowaniu zasady równości, zakazu dyskryminacji oraz przywiązaniu do potrzeby ochrony praw człowieka wspólnym dla całego regionu.

5. Regionalne i krajowe normy prawne

O prawie do obywatelstwa oraz jego uzyskiwaniu i zmianie w określonych kontekstach mówi także szereg innych instrumentów prawnych, takich jak: Konwencja o obywatelstwie kobiet zamężnych z 1957 r.¹⁶, która powtarza postanowienia Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, przewidując prawo do obywatelstwa oraz prawo do niepozbawiania obywatelstwa. Mówi także o promowaniu „powszechnego poszanowania dla podstawowych wolności i praw człowieka należnych wszystkim ludziom bez dyskryminacji ze względu na płeć oraz ich przestrzegania”. Pierwsze trzy artykuły Konwencji zawierają konkretne postanowienia dotyczące obywatelstwa kobiety zamężnej. Precyzyjne uregulowania mające zapobiegać niebezpieczeństwu dziecka zawiera również wspomniana wyżej Konwencja o prawach dziecka. Traktat ten zawiera w szczególności dwa artykuły, w których znalazły się istotne zapisy dotyczące obywatelstwa:

Artykuł 2 stanowi, że „Państwa-Strony w granicach swojej jurysdykcji będą respektowały i gwarantowały prawa zawarte w (...) Konwencji wobec każdego dziecka, bez jakiegokolwiek dyskryminacji, niezależnie od rasy, koloru skóry, płci, języka, religii, poglądów politycznych, statusu majątkowego, niepełnosprawności, cenzusu urodzenia lub jakiegokolwiek innego tego dziecka albo jego rodziców bądź opiekuna prawnego”.

¹⁴ Artykuł 24 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych stanowi, że:

„Każde dziecko, bez żadnej dyskryminacji ze względu na rasę, kolor skóry, płeć, język, religię, pochodzenie narodowe lub społeczne, sytuację majątkową lub urodzenie, ma prawo do środków ochrony, jakich wymaga status małoletniego, ze strony rodziny, społeczeństwa i Państwa”.

„Każde dziecko powinno być zarejestrowane niezwłocznie po urodzeniu i posiadać nazwisko”.

„Każde dziecko ma prawo do nabycia obywatelstwa” (zob. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 16 grudnia 1966 (Dz.U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167)).

¹⁵ Więcej na temat praw bezpaństwowców – por.: D Weissbrodt, *The Human Rights of Non-citizens*, Oxford 2008, s. 79 i n.

¹⁶ Konwencja o obywatelstwie kobiet zamężnych przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 29 stycznia 1957 r. (Dz. U. z 1959 r., Nr 56, poz. 334).

Według **Artykułu 7**, „Niezwłocznie po urodzeniu dziecka zostanie sporządzony jego akt urodzenia, a dziecko od momentu urodzenia będzie miało prawo do otrzymania imienia, uzyskania obywatelstwa oraz, jeśli to możliwe, prawo do poznania swoich rodziców i pozostawania pod ich opieką”.

W Artykule tym pojawił się również następujący zapis: „Państwa-Strony zapewnią, aby te prawa stały się zgodne z ich prawem wewnętrznym oraz z ich międzynarodowymi zobowiązaniami w tej dziedzinie, w szczególności w przypadkach, gdyby brak tych uregulowań spowodował, iż dziecko zostałoby bezpaństwowcem”.

Stosunek państw Bliskiego Wschodu do problemu bezpaństwowości odzwierciedlają również traktaty regionalne. Do najistotniejszych należy Arabska Karta Praw Człowieka z 1994 r.¹⁷, która jako jedno z podstawowych praw wymienia również prawo do obywatelstwa. Afrykańska Karta Praw i dobrobytu dziecka¹⁸ gwarantuje z kolei prawo każdego dziecka do obywatelstwa i nakłada na państwa-strony obowiązek stworzenia gwarancji, że dzieci nie staną się bezpaństwowcami od urodzenia. Pakt praw dziecka w Islamie Organizacji Konferencji Islamskiej¹⁹ również stypuluje prawo dziecka do obywatelstwa i zobowiązuje rządy państw do podjęcia wszelkich wysiłków na rzecz rozwiązania problemu bezpaństwowości w odniesieniu do dzieci urodzonych na ich terytoriach (a więc także dzieci cudzoziemskich), jak i dzieci obywateli ich krajów przebywających poza granicami.

W wielu państwach Bliskiego Wschodu zapisy odnoszące się do prawa do obywatelstwa oraz zakazu dyskryminacji znalazły się w ustawach konstytucyjnych. Konstytucja Egiptu zawiera zakaz dyskryminacji i zapewnia dostęp do obywatelstwa niezależnie od wyznania. Irak i Jemen w swych konstytucjach posiadają zakazy odbierania obywatelstwa osobom, które nabyły je przez urodzenie, a w ustawach zasadniczych Bahrajnu, Libanu i Kataru gwarantuje się również równość kobiet i mężczyzn²⁰.

Przywiązanie do zasady równości oraz ochrona bezpaństwowców na Bliskim Wschodzie w rzeczywistości pozostają jednak nadal jedynie polityczną deklaracją. Z powyższego zarysu norm międzynarodowych o charakterze powszechnym, jak

¹⁷ Arabska Karta Praw Człowieka, League of Arab States, *Arab Charter on Human Rights*, 15 September 1994, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/>

¹⁸ Afrykańska Karta Praw i dobrobytu dziecka, Organization of African Unity, *African Charter on the Rights and Welfare of the Child*, 11 July 1990, CAB/LEG/24.9/49 (1990), <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b38c18.html>

¹⁹ Pakt praw dziecka w Islamie, Organization of the Islamic Conference, *Covenant on the Rights of the Child in Islam*, June 2005, OIC/9-IGGE/HRI/2004/Rep.Final, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/44eaf0e4a.html>

²⁰ UN High Commissioner for Refugees, *The situation of stateless persons in the Middle East and North Africa*, October 2010, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4cea28072.html>, 3.04.2012., s. 37.

i regionalnym, wynika z jednej strony, iż problem bezpieczeństwa jest dostrzegany, nie ma również wątpliwości co do charakteru koniecznych reform oraz współzależności pomiędzy dziedzicznym statusem bezpieczeństwa i pozycją prawną kobiet w regionie. Z drugiej strony, istnieje poważny rozdźwięk pomiędzy deklarowanymi zasadami tych państw a faktyczną sytuacją społeczności bezpieczeństwa. W okresach zaognienia wewnętrznych konfliktów etnicznych oraz w wyniku agresywnej, niekiedy otwarcie wymierzonej w bezpieczeństwa polityki rządów, bezpieczeństwa z Bliskiego Wschodu regularnie porzucają swoje dotychczasowe kraje i poszukują ochrony międzynarodowej gdzie indziej, zwykle w formie statusu uchodźcy. Ochronę taką mogą jednak uzyskać jedynie nieliczne jednostki, spełniające zarazem definicję uchodźcy z Konwencji genewskiej z 1951 roku.

Wskutek braku funkcjonującego międzynarodowego systemu ochrony dla bezpieczeństwa oraz inercji społeczności międzynarodowej niezainteresowanej szerszą ratyfikacją odpowiednich traktatów w tej dziedzinie, los bezpieczeństwa jest jeszcze bardziej skomplikowany niż los uchodźców. W razie braku przyznania im tej ochrony, mogą oni bowiem mieć trudności z powrotem do kraju pochodzenia, który nie uznając ich za obywateli, zwykle nie będzie też skłonny wydawać im dokumentów podróży. Uchodźctwo jest zatem dla bezpieczeństwa ścieżką niepewną, a w większości przypadków również niechcianą. Omawiane społeczności walczą bowiem przede wszystkim o uznanie ich bytu w obecnych krajach, które uznają za swe ojczyzny. W odróżnieniu od mniejszości narodowych nie posiadają oni jednak potężnego adwokata swych racji w postaci innego państwa, a pomimo całego arsenału norm międzynarodowych, które są poważnymi argumentami na rzecz poprawy ich sytuacji prawnej, a nawet przyznania im obywatelstwa, realizacja tych praw wydaje się obecnie mało realna. Taki układ sił sprawia, iż niezbędny jest międzynarodowy nacisk polityczny, zarówno ze strony poszczególnych krajów, jak i ze strony Narodów Zjednoczonych i Unii Europejskiej w celu przyspieszenia reform i zakończenia polityki marginalizacji społeczności bezpieczeństwa w regionie Bliskiego Wschodu. Wsparcie międzynarodowe dążeń bezpieczeństwa miałyby zarazem ogromny wpływ na budowę demokratycznych społeczeństw w omawianych krajach i ustabilizowanie sytuacji wewnętrznej, a tym samym podniesienie bezpieczeństwa całego regionu.

6. Kim są bezpieczeństwa na Bliskim Wschodzie?

Beduini stanowią zróżnicowaną grupę charakteryzującą się przede wszystkim tradycyjnie koczowniczym trybem życia, chociaż w ten sposób żyje dziś faktycznie niewielki ich odsetek (ok. 1-2%). Przywiązanie i lojalność Beduinów przede wszystkim wobec

plemienia i rodziny, a nie do władz państwowych, powoduje, że w wielu krajach Bliskiego Wschodu są bezpaństwowcami. Beduini doświadczają również poważnych problemów z poszanowaniem ich prawa własności i często celowo spychani są przez władze na margines społeczeństwa. Szczególnie trudna jest sytuacja tej grupy w Libanie i w Izraelu.

Beduini zostali pominięci w cenzusie ludności w 1932 r., który stał się podstawą do późniejszego przyznania formalnego obywatelstwa Libanu, gdyż nie byli w stanie udokumentować swojego długotrwałego zamieszkiwania na terytorium państwa. Problemy ze statusem tej grupy miał po wielu latach rozwiązać Dekret Naturalizacyjny z 1994 roku. Na jego mocy obywatelstwo uzyskało co prawda ok. 150 000 osób, jednak w praktyce realizacja postanowień dekretu była mocno krytykowana przez niezależnych obserwatorów.

Rohingya pochodzą z Birmy, gdzie stanowią dyskryminowaną mniejszość muzułmańską w jej przeważająco buddyjskim społeczeństwie. Ze względu na ich odmienność religijną i kulturową nie zostali uznani za obywateli państwa po ogłoszeniu przez Birnę niepodległości w 1948 roku. Uciekając przed prześladowaniami w swym kraju, Rohingya utworzyli społeczności m.in. w Bangladeszu i Malezji, a około 300 000 członków tej mniejszości uciekło do Arabii Saudyjskiej, gdzie nie mają niestety szans na naturalizację. Rohingya to według oceny ONZ jedna z najbardziej prześladowanych mniejszości na świecie.

Biduni to mniejszość, której arabska nazwa oznacza dosłownie „bez obywatelstwa”. Biduni zamieszkują większość krajów na Bliskim Wschodzie, a ich największe skupiska znajdują się w Kuwejcie, Bahrajnie, Zjednoczonych Emiratach Arabskich, Katarze i Arabii Saudyjskiej. Chociaż większość Bidunów jest zarazem Beduinami, to tych pojęć nie należy utożsamiać. Biduni cierpią z powodu istotnych ograniczeń podstawowych praw człowieka i konsekwentnego odmawiania im przez władze prawa do nabycia obywatelstwa państw, w których od pokoleń zamieszkują. Na fali wydarzeń Arabskiej Wiosny, w Kuwejcie odbyły się liczne manifestacje Bidunów, którzy jak dotąd nie osiągnęli jednak swego zasadniczego celu, jakim jest formalne uznanie za obywateli. Pod presją demonstracji sądy w Kuwejcie zgodziły się jednak na wydawanie Bidunom aktów urodzenia, ślubu i zgonu, co i tak stanowi ogromny krok naprzód.

Palestyńczycy stanowią narodowościowo najliczniejszą grupę uchodźców na świecie, w większości są oni jednak jednocześnie bezpaństwowcami. Państwa arabskie będące stronami Protokołu z Casablanki traktują Palestyńczyków zamieszkujących na ich terytoriach jako szczególną kategorię cudzoziemców i choć zobowiązały się do wydawania im dokumentów podróży, to nie nadają im obywatelstwa, deklarując konieczność zachowania odrębnej tożsamości palestyńskiej. W krajach Bliskiego Wschodu zamieszkuje też duża grupa

Palestyńczyków, którym kraje przyjmujące nie przedłużyły ważności dokumentów podróży, lub którzy w ogóle ich nie otrzymali. Ich sytuacja jest szczególnie trudna.

Około 300 000 pozbawionych obywatelstwa **Kurdów** zamieszkuje w Syrii, dziesiątki tysięcy Kurdów-bezpaństwowców żyje także w Libanie. Mniejsze grupy mieszkają w Iranie, a po upadku reżimu Saddama Husseina także w Iraku.

Część Kurdów syryjskich została pominięta podczas cenzusu ludności w 1962 r. (głównie w prowincji Al-Hasaka na północnym wschodzie kraju, zamieszkiwanej przeważnie przez Kurdów), a część pozbawiona obywatelstwa. Szacuje się, że na skutek cenzusu, który był podstawą do ustalenia obywatelstwa, około 120 – 150 000 Kurdów utraciło syryjskie obywatelstwo. Według oficjalnego stanowiska władz, osoby te były szpiegami z Turcji, którzy dopiero niedawno wjechali do Syrii i w związku z tym nie mieli oni prawa do syryjskiego obywatelstwa. Ta grupa Kurdów stała się odtąd cudzoziemcami – Adżanib.

Ci Kurdowie, którzy zostali całkowicie w cenzusie pominięci, oraz dzieci pochodzące ze związków pomiędzy obywatelami Syrii a Adżanib (związki takie są nielegalne), nie mogą zostać zarejestrowane i uzyskać aktu urodzenia, jak i innych dokumentów. Ta kategoria Kurdów to tzw. Maktoumin (niezarejestrowani, a dosłownie: ukryci).

7. Dyskryminacja kobiet a bezpaństwowość

Pomimo zróżnicowanej sytuacji w poszczególnych krajach Bliskiego Wschodu, większość tych państw nie zapewnia w praktyce pełnej równości płci. Prawa kobiet w państwach arabskich stanowią jeden z kamieni milowych na drodze do pełnej demokratyzacji regionu i uwspólnienia standardów praw jednostki z europejskim obszarem prawnym. Dyskryminacja kobiet dotyka również kwestii obywatelstwa; w większości państw regionu dominuje ogólna zasada, zgodnie z którą dzieci „dziedziczą” obywatelstwo ojca, a kobieta zamężna z cudzoziemcem nie może przekazać im własnego obywatelstwa. W wyniku takiej regulacji, w przypadku małżeństwa z bezpaństwowcem, dzieci przychodzące na świat z takiego „mieszanego” związku będą również bezpaństwowcami. Reguła ta pociąga za sobą szereg negatywnych konsekwencji, nie tylko natury prawnej, ale również społecznej. Bezpośrednim efektem takiego prawa jest zwiększanie liczby bezpaństwowców na Bliskim Wschodzie, trudności w funkcjonowaniu par mieszanych, ich ostracyzm społeczny, a nawet rozpad takich małżeństw. Trudności w dostępie do rynku pracy, edukacji i opieki zdrowotnej doświadczane przez bezpaństwowców powodują, że niektórzy z nich w ogóle nie chcą zakładać rodziny, obawiając się o możliwość jej utrzymania, a w niektórych krajach przepisy

prowadzą wręcz do rozwodów małżeństw obywaterek Kuwejtu z bezpaństwowcami, motywowanych możliwością uzyskania obywatelstwa przez dzieci po rozwodzie.

Dyskryminujące wobec kobiet przepisy statuujące zasadę przekazywania obywatelstwa przez ojca na dzieci powodują, że widmo bezpaństwowości dotyczy nie tylko związków pomiędzy obywatelkami danego kraju a bezpaństwowcami, ale także małżeństw obywaterek z cudzoziemcami posiadającymi obce obywatelstwo. W niektórych sytuacjach, w zależności od zasad prawa ojczystego mężczyzny oraz wobec częstych proceduralnych przeszkód do uzyskania przez dzieci urodzone na terenie innego kraju obywatelstwa cudzoziemskiego ojca, również takie pary muszą liczyć się z ryzykiem, iż ich dzieci pozostaną bez obywatelstwa.

Obecnie w samym tylko Libanie około 18 000 kobiet jest zamężnych z cudzoziemcami, a dzieci pochodzące z tych związków znajdują się w grupie szczególnie narażonej na bezpaństwowość. Biorąc pod uwagę statystyki dzietności kobiet w regionie, problem ten może dotyczyć nawet około 40 000 dzieci. Co do zasady, dzieci, których ojciec jest nieznany, również nie mogą uzyskać obywatelstwa, jednak pozytywnym wyjątkiem w tym zakresie są Jordania, Jemen i Libia, gdzie prawo zezwala na nadanie obywatelstwa matki dzieciom, których ojciec jest nieznany lub który jest bezpaństwowcem²¹.

Dzieci, które nie mają możliwości uzyskania obywatelstwa przez urodzenie, zwykle nie mają realnej szansy na zmianę swojego statusu przez całe swoje życie. Akcje naturalizacji lub uznania za obywateli co prawda są na Bliskim Wschodzie przeprowadzane, ale mają one charakter doraźny i w przeszłości były ostro krytykowane za skomplikowane procedury, zaporowe opłaty oraz dużą uznaniowość w wydawaniu decyzji²². Rodzice dzieci-bezpaństwowców w większości krajów regionu doświadczają ponadto trudności w rejestracji ich aktów urodzenia, co pociąga za sobą brak możliwości lub co najmniej poważne trudności w uzyskaniu dokumentów tożsamości. Brak dokumentów tożsamości i dokumentacji wskazujących na urodzenie w danym kraju często uniemożliwia naturalizację. To błędne koło może zostać naprawione jedynie przez systemowe zmiany w prawie i praktyce państw arabskich na Bliskim Wschodzie.

²¹ Zob. art. 3 par. 4 Ustawy o obywatelstwie Jordanii z 1954 r. (*Law No. 6 of 1954 on Nationality (last amended 1987)* [Jordan], 1 January 1954, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b4ea13.html>); art. 3 par. b) Ustawy o obywatelstwie Yemenu z 1990 r. (*Law No. 6 of 1990 on Yemeni Nationality* [Yemen], 26 August 1990: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ae6b57b10.html>); art. 4 Ustawy o obywatelstwie Libii z 2010 r. (*Law Number (24) for 2010/1378 On The Libyan Nationality* [Libya], 28 May 2010: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4e2d8bf52.html>).

²² Por.: B. Manby, *Citizenship law in Africa. A comparative study*, Open Society Justice Initiative 2009; G. Parolin, *Citizenship in the Arab World. Kin, Religion and Nation-State*, IMISCOE Research, Amsterdam 2009.

Dyskryminujące wobec kobiet prawo, jak i naganna praktyka nawet tych państw regionu Bliskiego Wschodu, które deklarują przywiązanie do zasady równości płci, stanowią temat szczególnego zainteresowania organów traktatowych ONZ monitorujących stan przestrzegania praw człowieka. Swoje zaniepokojenie złą sytuacją kobiet w regionie wielokrotnie wyrażał przede wszystkim Komitet ds. Likwidacji Dyskryminacji Kobiet, Komitet Praw Dziecka, a nawet Komitet ds. Likwidacji Dyskryminacji Rasowej²³.

Niektóre państwa arabskie Bliskiego Wschodu zapewniają bardzo wysoki standard warunków socjalnych własnym obywatelom, którzy poza dostępem do bezpłatnej edukacji i opieki zdrowotnej mogą mieć np. prawo do bezpłatnej ziemi oraz nieoprocentowanych kredytów budowlanych od państwa (przykład: ZEA, bardzo wysoki poziom świadczeń istnieje również w Kuwejcie)²⁴. Im wyższy poziom świadczeń dla obywateli, tym bardziej widoczne są różnice pomiędzy standardem ich życia, a dyskryminującym traktowaniem bezpaństwowców. Takie zróżnicowanie budzi tym większe sprzeciwy i poczucie krzywdy wobec państwa wśród bezpaństwowców, którzy w końcu mieszkają w swej ojczyźnie²⁵. Bezpaństwowcy na Bliskim Wschodzie doświadczają przy tym trudności niemal w każdej sferze życia, brak obywatelstwa skutecznie utrudnia im natomiast dochodzenie sprawiedliwości przed sądem. W efekcie wewnątrz społeczeństw dochodzi do głębokiej polaryzacji pomiędzy uprzywilejowanymi obywatelami a bezpaństwowcami, nierzadko i tak odmiennymi kulturowo, etnicznie lub religijnie od większości.

8. Detencja i wydalenie

Bezpaństwowcy jako nie-obywatele, pomimo swojego historycznego związku z krajem, często są traktowani jak „zwykli” cudzoziemcy, a z racji braku dokumentów ich pobyt jest nierzadko uznawany za nielegalny, przez co grozi im detencja, a nawet bezpowrotne wydalenie z własnego kraju.

²³ Przykłady: CRC Concluding Observations on Qatar, CRC/C/15/Add.163, 6.11.2001; United Arab Emirates, CRC/C/15/Add.183, 13.06.2002; Syria, CRC/C/15/Add.212, 10.06.2003; Saudi Arabia, CRC/C/SAU/CO/2, 17.03.2006; Jordan, CRC/C/JOR/CO/3, 29.09.2006; Oman, CRC/C/OMN/CO/2, 29.09.2006; Human Rights Committee Concluding Observations on Egypt, CCPR/CO/76/EGY, 28.11.2002; Jordan, CCPR/C/79/Add.35, 10.08.1994; Lebanon, CCPR/C/79/Add.78, 1.04.1997. CERD Concluding Observations on Saudi Arabia, CERD/C/62/CO/8, 2.06.2003; Bahrain, CERD/C/BHR/CO/7, 14.04.2005; Oman, CERD/C/OMN/CO/1, 19.10.2006.

²⁴ A. Shiblak, *The lost tribes of Arabia* [w:] *Forced Migration Review*, Number 32, 2009; *Kuwait's stateless despair at their state*, "The National", 02.03.2009 [United Arab Emirates]; UK Home Office, *Operational Guidance Note – Kuwait*, March 2009; US State Department, *Country Report on Human Rights Practices – Kuwait*, Section on "National/Racial/Ethnic Minorities", 2005.

²⁵ Freedom House, *Freedom in the World 2008 – United Arab Emirates*, 2 July 2008; Freedom House, *Freedom in the World 2009 – United Arab Emirates*, 16.07.2009.

Takie sytuacje nie są wyłącznie teoretycznym zagrożeniem, gdyż np. władze Kuwejtu i Kataru wydawały już wielokrotnie nakazy deportacji Bidunów ze swojego terytorium²⁶. Podobny los spotkał członków wspomnianego wyżej plemienia Al-Murra wygnanego z Kataru²⁷. W Kuwejcie Biduni bez dokumentów przetrzymywani są ponadto w detencji²⁸, również w Libanie nieudokumentowani bezpaństwowcy mogą być aresztowani i umieszczeni w detencji²⁹.

9. Prawo powrotu do własnego kraju

W większości krajów regionu bezpaństwowcy, z racji braku paszportów lub dokumentów podróży, mają też trudności z przekraczaniem granicy, a w razie opuszczenia kraju mogą nie zostać wpuszczeni z powrotem.

Duża liczba Bidunów zamieszkujących tradycyjnie terytorium Kuwejtu, podczas inwazji sił Iraku w latach 1990-1991 opuściła kraj i w większości przedostała się do Iraku. Od czasu wojny władze Kuwejtu odmawiały im prawa powrotu, stawiając przed Bidunami warunki, którym obiektywnie nie mieli możliwości sprostać (przedstawienie kuwejskiego paszportu lub paszportu innego kraju oraz wymaganej wizy)³⁰. W Syrii bezpaństwowi Kurdowie mają trudności w opuszczeniu terytorium kraju, a ci, którym uda się wyjechać, zwykle nie mają możliwości powrotu, zaś na granicy traktowani są jak cudzoziemcy bez wymaganych dokumentów pozwalających na wjazd³¹. Kurdowie, którym władze Syrii pozwalają powrócić do kraju, są zazwyczaj zatrzymywani w detencji i karani za nielegalny wyjazd z kraju, orzekane kary są zróżnicowane w poszczególnych przypadkach: od grzywny do kary pozbawienia wolności³².

Syria przyznaje prawo powrotu jedynie niektórym bezpaństwowcom kurdyjskim – tym, należącym do kategorii Adżanib, którzy dodatkowo uzyskali dokumenty podróży

²⁶ Human Rights Watch, *Promises Betrayed: Denial of Rights of Bidun, women, and freedom of expression*, October 2000; UK Home Office, Operational Guidance Note – Kuwait, March 2009; K. Southwick, M. Lynch, *Nationality Rights for All. A progress report and global survey on statelessness*, Refugees International 2009.

²⁷ Amnesty International, *Amnesty International Report 2006 – Qatar*, 23.05.2006.

²⁸ M. Lynch, *Kuwait Voices: Stateless in Jahra*, Refugees International, Weblog, 29.09.2008.

²⁹ UN High Commissioner for Refugees, *The situation of stateless persons in the Middle East and North Africa*, October 2010, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4cea28072.html>, 03.04.2012., s. 22.

³⁰ Human Rights Watch, *Promises Betrayed: Denial of Rights of Bidun, women, and freedom of expression*, October 2000; UK Asylum and Immigration Tribunal, *HE (Bidoon – statelessness – risk of persecution) Kuwait CG* [2006] UKAIT 00051; A. Shiblak, “Arabia’s Bidoon” [w:] B. Blitz (ed.), *Statelessness and the benefits of citizenship: A comparative study*, 2009.

³¹ Danish Immigration Service, *Report on fact-finding mission to Syria and Lebanon. Conditions for Kurds and stateless Palestinians in Syria etc*, 17-27 September 2001.

³² M. Lynch; P. Ali, *Buried Alive. Stateless Kurds in Syria*, Refugees International, January 2006; UK Home Office, *Country of Origin Information Report – Syria*, 10 October 2007; Home Office, *Operational Guidance Note: Syria*, February 2009.

zapewniające możliwość ponownego wjazdu do Syrii oraz tym, którzy są w stanie udokumentować swój dotychczasowy pobyt w Syrii i zamieszkiwanie tam swojej rodziny.

10. Trudności mieszkaniowe

Niektóre państwa regionu przyznają cudzoziemcom prawo do zakupu i własności nieruchomości wyłącznie na zasadzie wzajemności. Z oczywistych względów bezpaństwowcy w wyniku takiego podejścia nie mają możliwości zakupu własnego domu czy ziemi. Na przykład w Libanie bezpaństwowcy w ogóle nie mogą być właścicielami nieruchomości. W Katarze, bezpaństwowcy mogą nabywać nieruchomości wyłącznie na dwóch wyznaczonych obszarach, a gdy w latach 2004-2005 władze Kataru pozbawiły obywatelstwa członków plemienia Al-Murra, natychmiast odcięto ich domy od wody i prądu.

Podobne problemy dotyczące nieruchomości i związane z nimi problemy mieszkaniowe dotyczą bezpaństwowców w ZEA, Syrii oraz Kuwejcie. Syria zaostrzyła prawo odnoszące się do własności i dziedziczenia nieruchomości przez bezpaństwowców w roku 2008 (Dekret nr 49), co dotknęło w szczególności populację kurdyjską w tym państwie. Co ciekawe, Kurdowie nielegalnie posiadający nieruchomości i tak zobowiązani są do opłacania podatków od nieruchomości. W Kuwejcie Biduni poza zakazem własności nieruchomości nie mogą również legalnie ich wynajmować.

11. Dostęp do rynku pracy

W Egipcie, Syrii i Kuwejcie bezpaństwowcy mają ograniczony lub zupełnie zamknięty dostęp do pracy w sektorze publicznym. Niektóre zawody, szczególnie w dziedzinie prawa, medycyny i inżynierskie – są również ograniczane lub zamknięte dla bezpaństwowców. Nawet bez formalnych zakazów tego typu, bezpaństwowcy mają ogromne trudności w znalezieniu pracy ze względu na brak wymaganych dokumentów, w tym podstawowych – dokumentów tożsamości, oraz trudności w uzyskaniu odpowiedniego wykształcenia (co wynika z kolei z ograniczonego dostępu do edukacji). Bezpaństwowcy, którzy nie mogą posiadać, a niekiedy nawet wynajmować nieruchomości, nie mogą też prowadzić normalnie własnej działalności gospodarczej. W Syrii Kurdowie nie mogą nawet zarejestrować swojej działalności, nie mogą też zarejestrować samochodu czy otworzyć konta bankowego lub uzyskać zawodowego prawa jazdy. Biduni w Bahrajnie również nie mogą zakładać własnej działalności gospodarczej ani uzyskiwać rządowych kredytów. W wyniku takich ograniczeń bezpaństwowcy spychani są na margines rynku pracy, podejmując się

niebezpiecznych, ciężkich, nisko płatnych prac i spotykając się z dodatkową dyskryminacją w pracy.

12. Dostęp do edukacji i opieki zdrowotnej

Bezpaństwowcy mają ograniczony lub całkowicie zamknięty dostęp do instytucji państwowych, takich jak szkoły czy szpitale. W Libii, po pozbawieniu obywatelstwa członków plemienia Tabu, władze lokalne wydały zarządzenia zakazujące tej grupie dostępu do szkolnictwa i świadczeń opieki zdrowotnej. Poważne problemy z dostępem do edukacji dotyczą Bidunów w Arabii Saudyjskiej, chociaż ministerstwo edukacji zobowiązało się w ostatnim czasie na podjęcie kroków zaradczych w tym zakresie. Największe trudności dotyczą dzieci, które chcą kontynuować naukę po zakończeniu szkoły podstawowej: w ZEA Biduni mogą uczyć się jedynie do poziomu gimnazjum, a Biduni w Kuwejcie i Kurdowie w Syrii mają trudności w dostępie do liceum, jak i do nauki na poziomie uniwersytetu.

Ze względu na ograniczenia w dostępie do edukacji i opieki zdrowotnej, bezpaństwowcy skazani są na odpłatne świadczenia prywatne i odpłatną edukację. Nauka i świadczenia medyczne za granicą są niedostępne ze względu na brak możliwości wyjazdu z kraju.

13. Życie rodzinne

W wielu krajach Bliskiego Wschodu bezpaństwowcy mają trudności z zarejestrowaniem małżeństwa. Brak możliwości uzyskania oficjalnego aktu ślubu pociąga za sobą szereg praktycznych konsekwencji – małżonkowie są traktowani jak osoby stanu wolnego, dzieci pochodzące z takich związków uznawane są za dzieci pozamałżeńskie, co z kolei powoduje trudności w uzyskaniu dla nich aktów urodzenia. Małżonkowie w takiej sytuacji, w konserwatywnych państwach arabskich nie mogą nawet wynająć wspólnego pokoju hotelowego. Brak oficjalnego potwierdzenia faktu zawarcia związku małżeńskiego ma również znaczenie w przypadku rozwodu – zwłaszcza kobiety są na straconej pozycji w razie dochodzenia roszczeń z tytułu alimentów oraz ubiegania się o opiekę nad dzieckiem.

W Kuwejcie nie można zarejestrować ślubu Bidunów lub obywatela/obywatelki Kuwejtu z Bidunem. W Syrii małżeństwa pomiędzy oraz z bezpaństwowcami z kategorii Adżanib i Maktoumin nie mogą być zarejestrowane. W Omanie na ślub z obcokrajowcem, w tym również z bezpaństwowcem, potrzebna jest zgoda Ministra Spraw Wewnętrznych.

Taka sytuacja sprawia, że kobiety starają się zawierać związki małżeńskie wyłącznie z mężczyznami, którzy zapewnią obywatelstwo ich dzieciom. Kobiety bez obywatelstwa np. w Kuwejcie są w związku z tym narażone na zawieranie związków z przymusu, w młodym wieku, co podnosi ryzyko przemocy domowej i wykorzystania seksualnego. W przypadku gdy małżonek-bezpaństwowiec wyjeżdża z kraju np. poszukując pracy, jego powrót i połączenie z rodziną może się następnie okazać niemożliwy. W ten sposób rozpada się wiele rodzin Bidunów w Kuwejcie.

14. Podsumowanie

Sytuacja bezpaństwowców w krajach Bliskiego Wschodu od wielu lat pozostaje jednym z największych wyzwań w dziedzinie ochrony praw człowieka. Status tych osób jest szczególnie zagrożony w tym regionie z uwagi na celową politykę wielu państw marginalizujących określone społeczności i grupy etniczne oraz ze względu na stosunkowo dużą liczebność osób tej kategorii w omawianych krajach. Nie bez znaczenia pozostaje również korelacja pomiędzy bezpaństwowością a dyskryminacją kobiet, która jest nadal poważną przeszkodą demokratyzacji społeczeństw Bliskiego Wschodu. Należy przy tym podkreślić, iż problem bezpaństwowości w tych krajach dotyczy niemal wyłącznie osób stale zamieszkujących na terytoriach tych państw, którzy historycznie i kulturowo są z tymi państwami związani i którzy nie są w większości zainteresowani emigracją lub poszukiwaniem ochrony zastępczej gdzie indziej.

W tym stanie prawnym i faktycznym rozwiązaniem dla większości problemów, z jakimi borykają się bezpaństwowcy w regionie, byłoby stosowanie przez rządy państw postanowień Konwencji o statusie bezpaństwowców z 1954 roku i Konwencji o ograniczaniu bezpaństwowości z 1961 roku. Niestety, konwencje te mają niewielkie znaczenie z uwagi na nikłe zainteresowanie państw i niską ogólną liczbę ratyfikacji. Wśród państw Bliskiego Wschodu stronami Konwencji z 1954 r. są jedynie Algieria, Tunezja i Libia. Te dwa ostatnie państwa ratyfikowały również Konwencję z 1961 roku. Pomimo formalnych zobowiązań międzynarodowych wynikłych z tych konwencji, nawet jednak te kraje nie poprawiły znacząco sytuacji bezpaństwowców a Libia wręcz dopuszcza się nadal rażących naruszeń praw osób należących do tej grupy. Zmiany polityczne i społeczne oraz reformy zapoczątkowane na fali Arabskiej Wiosny dają jednakże nadzieję na dalszą demokratyzację regionu i stopniową poprawę losu bezpaństwowców. Jeżeli natomiast nowoformujące się elity polityczne zignorują wagę problemu i nie będą włączać bezpaństwowców w budowę nowych

społeczeństw obywatelskich w tych krajach, to nie możemy liczyć na trwałą stabilizację i demokratyzację regionu.

Europa

Prawo szariatu i jego kompatybilność z europejskim systemem ochrony praw człowieka

Świat arabski od dawna pasjonował naszych rodaków – wystarczy tylko wspomnieć egzotyczne wyprawy Juliusza Słowackiego czy Adama Mickiewicza. Jednakże od tego czasu nasze podejście do Arabów oraz ich kultury zmieniło się diametralnie. Fascynacja i zainteresowanie ustąpiły pierwszeństwa stereotypom oraz strachowi wobec terroryzmu i fundamentalizmu islamskiego. Rozpoczynając niniejszy artykuł, chciałabym powołać się na tezę Samuela Huntingtona o „zderzeniu cywilizacji”², która zakłada, iż w dzisiejszym świecie konflikty rodzą się nie pomiędzy państwami, lecz między cywilizacjami (których według autora istnieje jedynie osiem). Założenie, iż źródłami konfliktów są różnice kulturowe, a przede wszystkim podziały religijne, wydaje się mocno uproszczone i wyolbrzymione, dlatego też Huntington jest często krytykowany za mitomanie i uogólnianie. Być może ludzie żyjący w odmiennych kręgach kulturowych są w stanie stworzyć tolerancyjny świat, mimo, iż granice między tymi kręgami zaczynają się zacierać i przemieszczać.

Sytuacja w Europie, gdzie populacja muzułmańska zwiększa się w coraz większym tempie, służy za swoisty eksperyment socjologiczny, który może pomóc w odpowiedzi na pytanie o możliwość zgodnego współżycia tak odmiennych kultur. Największą różnicą między światem islamu, a światem chrześcijaństwa jest brak rozróżnienia na to, co boskie i to, co cesarskie. Podążając za tym rozumowaniem, atak wojsk amerykańskich na Irak z muzułmańskiego punktu widzenia nie był jedynie napaścią na państwo, gdyż był to równocześnie atak na ich religię – islam. Głośna sprawa karykatur Proroka z 2005 roku³,

¹ Autorka jest absolwentką Wydziału Prawa i Administracji UJ oraz prawa międzynarodowego i francuskiego na Uniwersytecie w Orléans (Francja) i międzynarodowego prawa prywatnego i handlowego na Uniwersytecie Paris 2 Panthéon-Assas (Francja). Aktualnie jest kandydatką *Master in European Interdisciplinary Studies* w Kolegium Europejskim w Natolinie. Jest również wolontariuszką Ośrodka Międzynarodowego Prawa Humanitarnego i Praw Człowieka WPiA UJ.

Artykuł jest oparty na publikacji « *Le droit musulman* » François-Paul Blanc, Essai (poche), styczeń 2007.

² S. Huntington, *Zderzenie cywilizacji i nowy kształt ładu światowego*, Warszawa 2007, *passim*.

³Zob.: *Muhammeds ansigt*, <http://upload.wikimedia.org/wikipedia/en/7/75/Jyllands-Posten-pg3-article-in-Sept-30-2005-edition-of-KulturWeekend-entitled-Muhammeds-ansigt.png>, [dostęp 02.08.2011].

która spowodowała rozruchy na tle rasowym, a także zachowanie żołnierzy amerykańskich w więzieniu Abu Ghraib w Iraku⁴ i inne przykłady, które ciągle pojawiają się w mediach, ilustrują pewną ignorancję oraz brak zrozumienia, a nawet brak chęci zrozumienia odmienności kultu innych istot ludzkich, którym tak samo jak „nam” należy się godność i poszanowanie dla poglądów politycznych czy życia prywatnego. Jak pisał Terry Pratchett, *„Mówią, że niepełna wiedza jest rzeczą niebezpieczną, ale jednak nie tak złą, jak całkowita ignorancja”*. Dlatego przed wydaniem jakichkolwiek osądów czy ocen, należy przynajmniej rozpocząć zgłębianie wiedzy na temat przedmiotu naszych zainteresowań, którym w tym przypadku będzie ocena zgodności dwóch systemów prawa na poziomie ochrony praw jednostki.

Aby móc porównać obydwa systemy – zakładając, iż czytelnik posiada podstawową wiedzę na temat europejskiego systemu ochrony praw człowieka – chciałabym przedstawić poszczególne instytucje prawa rodzinnego, przede wszystkim małżeństwa, a następnie na podstawie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPC) dokonać analizy kompatybilności obydwu systemów. Powyższe zestawienie wydaje się dość pożądane w czasach, gdy podróże na inny koniec kontynentu czy na inny kontynent nie stanowią już czegoś nadzwyczajnego. Otwarcie granic sprzyja powstawaniu mieszanych małżeństw, które nierzadko kończą się tragicznie ze względu na bagatelizowanie różnic obydwu światów. Zupełnie inaczej będzie wyglądać sytuacja osoby, która wzięła ślub w Europie, a następnie przeprowadziła się do kraju arabskiego, a osoby, która pozostaje w granicach jurysdykcji ETPC.

Prawo muzułmańskie – szariat (arab. *szari'a* – droga prowadząca do wodopoju) – jest opisane w świętej księdze islamu – Koranie, który przedstawia objawione słowa Allaha, spisane przez Proroka po natchnieniu przez Anioła Gabriela. Święta Księga precyzuje podstawowe reguły życia muzułmanina, opisując religię, obyczaje oraz prawo. Drugim ważnym źródłem, które również powstało z inspiracji boskiej jako prawo zwyczajowe spisane przez mędrców na podstawie życia i praktyk Proroka, jest Sunna. Z biegiem czasu powstały źródła poprzez wykładnię (*idźma*) oraz wnioskowanie analogiczne (*kijas*). Od X wieku dużego znaczenia nabierał zwyczaj oraz orzecznictwo licznych szkół teologicznych. Te ostatnie zaznaczają obecność różnic w szczegółach praktyk w zależności od kraju, jednak podstawowe prawo boskie pozostaje to samo. Na koniec, należy wymienić źródła pozytywne, które powstały wraz ze sformowaniem nowożytnych państw muzułmańskich. Chodzi tu

⁴ Zob.: http://topics.nytimes.com/topics/news/international/countriesandterritories/iraq/abu_ghraib/index.html [dostęp 02.08.2011].

o różnego typu akty administracyjne, rozporządzenia zwane ogólnie *Kanun* (w zależności od państwa), które są aktami wykonawczymi szariatu, w związku z czym nie naruszają żadnego z praw fundamentalnych. W ten sposób system prawa gwarantuje przestrzeganie religii, która opiera się na ścisłej więzi z prawem. W związku z powyższym, nie można dokonać opisu prawa bez wspomnienia podstawowych zasad islamu, którymi jest wiara w jedyne Boga, który nie posiadał potomstwa, w Anioły, w Święte Księgi (poza Koranem, muzułmanie czczą także Torę i Ewangelię), w Proroków (w tym także Jezusa, Mojżesza i Adama), w Dzień Sądu Ostatecznego i Przeznaczenie (życie ludzkie jest całkowicie podporządkowane woli boskiej). Ponadto, aby zostać zbawionym i wpuszczonym do raju, każdy muzułmanin powinien rygorystycznie przestrzegać Filarów Wiary.

W związku z różnymi interpretacjami Koranu, restrykcyjne przestrzeganie zasad islamu wzbudza wiele kontrowersji poza krajami arabskimi. Środowisko międzynarodowe wyraża obawy odnośnie wojny (*dżihad*) czy statusu kobiety w życiu społecznym i rodzinnym. Wobec tego, w niniejszym artykule chciałabym skupić się na przedstawieniu instytucji małżeństwa ze szczególnym uwzględnieniem różnic między kobietą a mężczyzną.

Małżeństwo w islamie jest kontraktem prawnym, obyczajowym i religijnym, pomiędzy kobietą i mężczyzną, na który duży wpływ mają interesy społeczności. Nie należy mylić omawianej poniżej instytucji z tzw. *urfi*⁵, z którym ma do czynienia większość Polek wyjeżdżających np. do Egiptu, będącym nową formą kontraktu, która nie posiada wartości prawnej, natomiast stanowi zwyczajowe rozwiązanie obejścia ścisłych zasad wstrzeźliwości par muzułmańskich.

Warunkiem ważności ślubu jest konieczność zachowania odpowiedniej formy, brak przeciwwskazań oraz ustanowienie posagu. Po pierwsze, wymiana oświadczeń woli musi mieć miejsce w obecności dwóch świadków, a samo oświadczenie musi być złożone ustnie, bez przymusu (nie ma ustalonej formuły, wystarczy, że ze słów wynika jasna wola wejścia w związek małżeński). Następnie, przeszkody do zawarcia związku należy podzielić na tymczasowe oraz absolutne. Choć jak zwykle detale zależą od konkretnej szkoły teologicznej, generalnie jako przeszkody absolutne należy wymienić pokrewieństwo poprzez krew oraz pokrewieństwo poprzez mleko – mamka jest traktowana jak krewna, a karmione przez nią dziecko jak dziecko jej i jej męża. W epoce przedislamskiej istniała także przeszkoda ze względu na adopcję, jednak od kiedy Koran jej zakazał, nie ma ona prawa bytu (jedynie współczesny system tunezyjski dopuszcza instytucję adopcji).

⁵ Zob.: http://www.answering-islam.org/Index/U/urfi_marriage.html [dostęp 02.08.2011].

Kolejna przeszkoda istnieje w wypadku związku z osobą spokrewnioną w linii prostej, kiedy to mężczyzna nie może pojąć za żonę matki ani córki swojej żony, nawet po jej śmierci czy odesłaniu (*talaq*). Jednak w wypadku braku konsumpcji małżeństwa, przeszkoda ta przestaje obowiązywać wobec córki poślubionej kobiety. Jeśli natomiast chodzi o pannę młodą, to – w wypadku rozwiązania poprzedniego małżeństwa, nawet nieskonsumowanego – nie może ona wyjść za ojca ani syna swojego byłego męża.

Jeśli natomiast chodzi o mleko to, podobnie jak nasienie ludzkie, ma ono to samo znaczenie co krew, a w rezultacie poprzez pięciokrotne wypowiedzenie formuły odesłania i rozwiązanie małżeństwa, ponowny ślub pomiędzy tymi samymi osobami staje się niemożliwy.

Jeśli chodzi o przeszkody tymczasowe, to niektóre z nich wynikają z zasad religijnych, a inne z obaw socjopolitycznych. Po pierwsze, muzułmanka może poślubić jedynie muzułmanina, natomiast muzułmanin może poślubić także kobietę wyznania żydowskiego lub chrześcijankę (zakazane są związki z wyznawcami religii politeistycznych lub poganami). W przeciwieństwie do przywiązanych do surowych zasad i tradycji krajów szyickich, które nie akceptują w ogóle małżeństwa z osobą nie będącą wyznawcą islamu, zasada ta nie jest w ogóle przestrzegana w Tunezji.

Kolejną przeszkodą na drodze do zawarcia kolejnego (sic!) małżeństwa jest posiadanie czterech żon i chęć małżeństwa z piątą, bez wcześniejszego odesłania jednej z nich. Istnieje również zakaz zawierania małżeństwa przez kobietę, która jest w okresie wstrzemięźliwości (*'idda*) czyli czasie po rozwodzie, odesłaniu lub śmierci męża oraz zakaz wobec osoby, która znajduje się w ostatnim stadium choroby śmiertelnej i domniemywa się jej osłabienie zarówno fizyczne i psychiczne, jak i moralne.

Na koniec, należy krótko omówić ostatni warunek ważności ślubu, czyli posag (*sadak*, *mahr*). Od czasu Koranu staje się on własnością kobiety, a nie jej rodziny oraz powinien zostać określony kwotowo, proporcjonalnie do statusu społecznego kobiety i sytuacji materialnej męża. Co więcej, powinien być ustanowiony naprawdę, a nie jedynie obiecany, a po zawarciu małżeństwa „zapomniany” lub odwołany. Instytucja posagu jest bardzo szczegółowo określona przez konkretne szkoły teologiczne, który wyróżniają go jako warunek konieczny, niezbędny lub zawieszający ważności małżeństwa.

W epoce przedislamskiej pozycja kobiety była znacznie bardziej osłabiona niż w dzisiejszych czasach, gdyż kobieta wraz z zawarciem małżeństwa stawała się niejako własnością męża, istotą pozbawioną możliwości kierowania swoim życiem. Wraz z powstaniem Koranu i nauk przekazanych przez Mahometa, kobieta zyskała zdolność

prawną lub zdolność do czynności prawnych (ta ostatnia jest ograniczona w nielicznych przypadkach), co więcej, otrzymała ona osobowość prawną niezależną od męża oraz własny majątek (w islamie nie istnieje wspólność majątkowa).

Wraz z zawarciem małżeństwa po obydwu stronach rodzą się wzajemne obowiązki, które nie są jednak identyczne. Małżonek ma obowiązek zagwarantowania zamieszkania z żoną i nie opuszczania jej na dłuższe okresy czasu, gdyż w takim przypadku żona ma prawo do skarżenia się na zaniechanie ze strony męża, a w konsekwencji zyskuje podstawę do rozwodu. Mąż musi także skonsumować małżeństwo, a w wypadku niemożności miejscowy sędzia może zarządzić okres obserwacji jego męskości, po którym, w wypadku negatywnych wyników, można przeprowadzić ewentualny rozwód. Kolejną odrębnością jest obowiązek równego podziału nocy pomiędzy wszystkie żony, przy czym słowo „noc” powinno być interpretowane jako czas poświęcony każdej kobiecie, a nie jedynie czas pomiędzy zachodem i wschodem słońca – poligamia została zniesiona jedynie w Tunezji.

Ponadto, mąż ma obowiązek utrzymywania żony (*nafaka*), tak, aby ta nie była zmuszona do podjęcia pracy w celu zapewnienia sobie egzystencji. Poszczególne obrządki nie są zgodne co do momentu powstania tego zobowiązania – niektórzy twierdzą, że obowiązuje ono od zawarcia małżeństwa, inni, że dopiero od jego skonsumowania. Sam obowiązek polega na zapewnieniu pożywienia, mieszkania, ubrań oraz dodatkowego wyposażenia dla żony. Wartość dostarczanych dóbr waha się w zależności od statusu majątkowego męża, niemniej jednak w żadnym wypadku żona nie może być zmuszona do mieszkania wraz z pozostałymi małżonkami. Mąż ma obowiązek dostarczania jedzenia w ilości, którą kobieta jest w stanie spożyć i nic ponadto, a obowiązek zaopatrywania jej w ubrania ogranicza się do podarowania jednego stroju zimowego i jednego letniego. Nowożytnie prawodawstwa Afryki Północnej uzależniają wartość *nafaka* nie tylko od statusu męża, ale i od sytuacji żony.

Następnie, zgodnie z interpretacją Koranu, każda usprawiedliwiona przemoc męża wobec małżonki (prawo do karania) musi być sprowokowana przez jej wcześniejsze zaniechanie. Natomiast nawet zawiniona, ale nadmierna i nieproporcjonalna przemoc, stanowi nadużycie prawa męża i może prowadzić do rozwiązania małżeństwa. Oczywiście największą trudność stanowi tutaj wykładnia zwrotu „nadmierna i nieproporcjonalna”, która jest dokonywana przez kadię oraz wspólnotę – jeśli żona jest w stanie dostarczyć przekonujące dowody, kadi będzie próbował poprzez koncyliację pogodzić małżonków, jeśli jednak to nie przyniesie efektów, sędzia może orzec rozwiązanie małżeństwa.

Ostatnim przywilejem męża jest wydawanie zgody na wyjście żony poza miejsce zamieszkania, której kobieta nie musi uzyskać jedynie wobec wizyt w domu rodzinnym,

u matki i ojca. Poza paroma przypadkami, jak np. algierskim kodeksem rodzinnym, gdzie podtrzymana jest doktryna klasyczna całkowitego ograniczenia swobody poruszania się małżonki, nowożytne prawodawstwa nie precyzują tej domeny władzy małżeńskiej.

Małżeństwo rodzi również obowiązki po stronie kobiety, która przede wszystkim musi być bezwzględnie posłuszna wobec każdej racjonalnej decyzji męża. Jak już było wspomniane wyżej, musi ona mieszkać w gospodarstwie męża, jednak może pozwolić sobie na opuszczenie go w wypadku nieprzestrzegania obowiązków małżeńskich ze strony mężczyzny, np. braku spłaty posagu lub zamieszkania na wsi, gdy w kontrakcie małżeńskim sprecyzowano miasto jako przyszłe miejsce zamieszkania małżonków. Co ciekawe, zgodnie z Koranem, obowiązek wierności spoczywa jedynie na kobiecie, a współczesne kodyfikacje nie poruszają tej bezdyskusyjnej i oczywistej zasady, poza marokańskim kodeksem rodzinnym, w którym zasada wzajemnej wierności wyprowadzona jest z faktu wspólnego zamieszkania małżonków. Zgodnie z tradycją, żona powinna zajmować się utrzymaniem porządku w obejściu jedynie w wypadku skrajnego ubóstwa męża, lecz w dzisiejszych czasach, ze względu na zmiany socjoekonomiczne i ewolucję mentalności, obowiązek ten został pozbawiony mocy prawnej.

Na koniec, jak już wcześniej było to wspomniane, w niektórych obrządkach, a mianowicie *malekite*, żona musi uzyskać zgodę męża na dokonanie czynności rozporządzających, takich jak darowizna oraz poręczenie na rzecz osoby trzeciej. Pomimo to, większość kodeksów Afryki Północnej ustanawia zasadę *a contrario* – pełnej zdolności do czynności prawnych.

Pomijając przyczyny, takie jak zgon lub śmierć cywilna w wyniku apostazji, małżeństwo może być rozwiązane poprzez odesłanie (*talaq*) lub rozwód sądowy. Instytucja rozwodu nie różni się zbyt wiele od swojego europejskiego odpowiednika, natomiast odesłanie, jako jednostronna czynność prawna, nie istnieje w prawodawstwie europejskim. Po raz kolejny, nie zapominając o licznych odrębnościach tej instytucji w każdej ze szkół teologicznych, należy pokrótce przedstawić cztery warunki ważności tej czynności, która może przybrać formę odesłania odwoływalnego lub odesłania ostatecznego.

Po pierwsze, zdolność do odesłania małżonki posiada jedynie mąż muzułmanin, który jest dojrzały płciowo i pozostaje przy zdrowych zmysłach (współczesne kodeksy zawierają również wykluczenie ze względu na stan kompletnego uniesienia i upojenia). Następnie, odesłanie może nastąpić jedynie w trakcie trwania małżeństwa w prawnym znaczeniu, czyli dopiero po skonsumowaniu związku. Kolejnym wymogiem jest wola dokonania odesłania, której wyraz nie musi przybierać uroczystej formy, jednak w związku z użyciem formuły

odesłania zazwyczaj czynność ta automatycznie ujawnia i potwierdza istnienie powyższej intencji. Orzecznictwo dzieli przywołane formuły na formalne (w których jasno i precyzyjnie użyte jest słowo *talaq*), równoważne (z których łatwo można wydedukować wolę odesłania żony) oraz wymyślone (które nie są jasne, a w celu przeprowadzenia odesłania mąż musi powołać się na konkretne dowody). Współczesne ustawodawstwo rezygnuje z wymogu tradycyjnej formuły, w związku z czym, niekiedy dochodzi do absurdalnych sytuacji, gdy żona zostaje odesłana poprzez SMS-a lub drogą mailową⁶. Sama czynność wypowiedzenia formuły musi nastąpić trzykrotnie (ale nie naraz), gdy kobieta jest w stanie czystości (poza okresem krwawienia miesięcznego) oraz po ustaniu, a przed wznowieniu współżycia małżeńskiego. Do momentu wypowiedzenia trzeciej formuły (mające miejsce po 3 cyklach miesięcznych) małżeństwo i związane z nim prawa i obowiązki nadal istnieją, a mąż może ciągle się rozmyślić. Dopiero trzykrotnie wypowiedziana formuła rozwiązuje małżeństwo, a w wypadku, gdy odesłanie nie było spowodowane złym prowadzeniem się kobiety, może ona domagać się ustanowienia odszkodowania finansowego.

Przechodząc do kolejnej części, czyli oceny kompatybilności szariatu z Europejską Konwencją Praw Człowieka (dalej: EKPC), na podstawie orzecznictwa ETPC, należy zwrócić uwagę na odpowiednik EKPC w krajach arabskich, a mianowicie Arabską Kartę Praw Człowieka z 2004 roku (dalej: ArabKPC). Jest ona odpowiedzią Ligi Arabskiej na zarzuty społeczności międzynarodowej podnoszącej kwestie ciągłego niespełniania standardów międzynarodowych ochrony praw człowieka przez kraje arabskie, mimo licznych ratyfikacji umów międzynarodowych. Niestety, wersja ostateczna ArabKPC uwzględnia podejście niektórych państw arabskich w tak kluczowych kwestiach, jak kara śmierci, ograniczenie praw kobiet, wolności słowa i wyznania, a w związku z tym nadal nie spełnia wymagań międzynarodowych. Arabska Karta Praw Człowieka została ratyfikowana jedynie przez dziesięć państw arabskich i weszła w życie w 2008 roku, jednak w tym przypadku można odnieść się optymistycznie do tak niskiej liczby ratyfikacji, gdyż w rzeczywistości dokument ten często zapewnia mniejszą ochronę niż konkretne prawo krajowe (dyskusje na temat ratyfikacji z tego powodu miały miejsce np. w Libanie czy Tunezji). Sukces ArabKPC będzie można ocenić dopiero po przesłaniu pierwszych podsumowań i raportów na temat jej implementacji oraz zmian prawa krajowego. Mimo, iż ArabKPC jest dużym sukcesem na poziomie regionu, to porównując ją ze standardami europejskimi, wydaje się ona wciąż niewystarczająca.

⁶ Zob.: <http://blog.sami-aldeeb.com/tag/repudiation/> [dostęp 02.08.2011].

W dzisiejszym świecie, w którym według Maxa Webera racjonalizm etyczny został wyparty przez politeizm wartości, a żadna z odpowiedzi na pytanie o to, co jest gorsze, a co lepsze, nie jest jednoznaczna ani pewna, to właśnie sędzia stoi na straży wartości obiektywnych – a przynajmniej stara się, a jego decyzje korzystają z takiego domniemania. Właśnie w świecie, w którym mieszą się różnorodne systemy wartości, litera prawa stara się zapewnić rozstrzygającą odpowiedź. Mimo tego, nawet sędziowie ETPC są zmuszeni do interpretacji przepisów, czyli poddawania ocenie przedstawionych stanów faktycznych i odpowiednich argumentów prawnych.

Analizując orzecznictwo ETPC, udało mi się wyodrębnić co najmniej trzy obiektywne wartości uznawane przez system europejski, które nie są zagwarantowane ani w szariacie, ani w przywołanej Arabskiej Karcie Praw Człowieka, która pozostawia je do regulacji organom państwowym.

Po pierwsze, należy przywołać wolność myśli, sumienia i wyznania (art. 9 EKPC) powiązaną z wolnością zrzeszania się i stowarzyszania (art. 11 EKPC), które zostały przeanalizowane w orzeczeniu ETPC *Refah Partisi (Partii Dobrobytu) i inni v. Turcja* z 31 lipca 2001 roku⁷. Orzeczenie to podkreśla trzy istotne wartości, które nie są respektowane w prawie muzułmańskim. W pierwszej kolejności, rządy prawa gwarantują równość praw i obowiązków, a grupy osób nie mogą być dyskryminowane ze względu na różnice płci, poglądów politycznych czy religijnych, jak zakładała Partia Dobrobytu, opierając swój program polityczny na szariacie. Następnie, państwo jest gwarantem tolerancji i wolności religii, która może być ograniczona jedynie ze względów porządkowych i względów bezpieczeństwa publicznego oraz poszanowania praw innych osób. Ponadto, pluralizm prawny, czyli np. dopuszczenie systemu opartego na szariacie, jest ograniczony zasadą niedyskryminacji (art. 14 EKPC). W konsekwencji, w sprawie *Gunduz v. Turcja* z 4 grudnia 2003 roku⁸, ETPC stwierdza, iż wspieranie systemu prawnego opartego na szariacie pod rządami EKPC jest bardzo trudne, jeśli nie niemożliwe.

Kolejnym źródłem konfliktu jest brak zakazu okrutnych, nieludzkich i poniżających kar, które mogą być stosowane w wypadku nieposłuszeństwa, jako kary za gwałt, cudzołóstwo lub inne przestępstwa moralne. Powołując się na zakaz tortur (art. 3 EKPC) w wyroku *Tyler v. Wielka Brytania* z 25 kwietnia 1978 roku oraz w wyroku *Jabari v. Turcja* z 11 lipca 2000 roku, ETPC podkreślił absolutny zakaz stosowania kar cielesnych, które są

⁷ Zob.: http://www.icnl.org/knowledge/ijnl/vol6iss1/special_5.htm [dostęp 02.08.2011].

⁸ Zob.: *Gündüz v. Turkey*,

<http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/1d4d0dd240bfee7ec12568490035df05/3afe92916187310741256e1c0046b835?OpenDocument> [dostęp 02.08.2011].

niezgodne z ludzką godnością i integralnością jednostki. W związku z tą jedną z najbardziej fundamentalnych wartości demokratycznego społeczeństwa, wymaga się między innymi ścisłej kontroli zarzutów, gdy deportacja do innego kraju może narazić jednostkę na takie zakazane traktowanie, jak np. ukamienowanie czy wychłostanie, a nawet karę śmierci, zasądzaną również wobec nieletnich.

Ostatnim aspektem, który chciałabym poruszyć w niniejszym opracowaniu, jest status prawny kobiet. Jak już wcześniej zostało wspomniane, w niektórych krajach kobiety nie posiadają pełnej zdolności do czynności prawnych, a w rozporządzaniu swym majątkiem są ograniczone autoryzacją danego aktu przez współmałżonka, co stanowi naruszenie uprawnienia obydwu płci.

Kolejnymi instytucjami niezgodnymi z podstawowymi zasadami cywilizacji europejskiej jest poligamia oraz wcześniej opisane odesłanie żony. Poligamia przyznaje szereg przywilejów zarezerwowanych dla mężczyzn, m.in. w ramach prawa do rozwodu oraz dziedziczenia, nie wspominając o podstawowej różnicy, jaką jest jednostronne prawo do posiadania więcej niż jednej współmałżonki oraz brak obowiązku wierności. Jeśli chodzi o odesłanie, to chciałabym powołać się na orzecznictwo Sądu Najwyższego Francji z 17 lutego 2004 roku, gdy w pięciu wyrokach ustanowiono zasadę porządku publicznego mówiącą, iż rozwiązanie małżeństwa poprzez jednostronną czynność prawną (odesłanie) jest niezgodne z zasadą równości małżonków w sferze cywilnoprawnej, wyrażoną w artykule 5 Protokołu Dodatkowego nr 7 do EKPC z 22 listopada 1984 roku. W wyroku *Johnston v. Wielka Brytania* z 15 maja 1986 roku, ETPC zalecił również państwu wzięcie pod uwagę tych okoliczności w trakcie wydawania decyzji o pozwoleniu na wjazd do kraju oraz pobyt stały dla rodzin muzułmańskich, gdyż powyższe praktyki stanowią naruszenie zakazu dyskryminacji w korzystaniu z praw i wolności EKPC (art. 14).

Ponadto w wyroku *Şahin v. Turcja* z 2005 roku⁹, ETPC uznał obowiązek noszenia chusty jako kolejny przejaw dyskryminacji i nierówności płci, a także uznał zakaz jej noszenia za usprawiedliwiony ze względu na konieczność ochrony laickiego charakteru przestrzeni publicznej.

Podsumowując należy stwierdzić, iż jakkolwiek obydwa systemy mają bardzo zbliżone dogmaty i ogólne zasady, podczas dokonywania skrupulatnej i szczegółowej analizy zastosowania prawa okazuje się, iż wszelkie podobieństwa się zacierają, a prym wiodą ciężkie, jeśli nie niemożliwe do pogodzenia rozstrzygnięcia. Powołując się na przykład

⁹ Zob.: <http://www.minorityrights.org/3056/minority-rights-jurisprudence/leyla-sahin-v-turkey.html> [dostęp 02.08.2011].

dżihadu, czyli świętej wojny, która ma na celu ochronę religii i społeczności muzułmańskiej lub jakikolwiek inny zamysł, w rzeczywistości dochodzimy do wniosku, że zawsze chodzi o wzywanie do przemocy, które nie może być ignorowane w jakimkolwiek demokratycznym społeczeństwie.

Kwestię braku kompatybilności obydwu systemów można wytłumaczyć poprzez stały i niezmienny charakter norm religijnych, które z założenia nie ulegają przeobrażeniom na przestrzeni czasu – w przeciwieństwie do zasad społeczeństwa demokratycznego, które ewoluują wraz z nowymi potrzebami i wyzwaniem. Jako dobry przykład wyrazu woli wspólnoty europejskiej można wymienić preambuły Traktatu lizbońskiego oraz Statutu Rady Europy, w których jako podstawę wolności i prymatu prawa wymienia się wspólne dziedzictwo obyczajowe, ale i duchowe ludów zamieszkujących kontynent europejski. Z jednej strony, zasady społeczeństwa demokratycznego ulegają ciągłej ewolucji, ale z drugiej są wciąż mocno zakorzenione we wspólnej spuściźnie Europy i dlatego też praktyki religijne oraz wynikające z niej filozofie nie mogą być niezgodne z zasadą pluralizmu i podstawowymi zasadami EKPC.

W świetle aktualnego systemu prawnego oraz struktury wartości europejskich zawartych w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, prawo szariatu nie może zostać uznane jako akceptowalne źródło prawa, a część czynności podjętych zgodnie z jego przesłankami może stanowić poważne naruszenia prawa krajowego oraz generalnie prawa międzynarodowego. Wobec tego faktu, harmonijne współżycie kultury europejskiej z kulturą islamu nie jest w pełni możliwe – przynajmniej, jeśli bierzemy pod uwagę system prawny Europy.

Kaja Kowalczevska¹

Joanna Uchańska²

Prawa kobiet w postępowaniu o nadanie statusu uchodźcy w prawie międzynarodowym i europejskim – zagadnienia systemowe

1. Wprowadzenie

Celem niniejszego opracowania jest przedstawienie i ocena regulacji prawnych w systemie międzynarodowym i europejskim dotyczących praw jednej ze szczególnych grup podmiotów w postępowaniu o nadanie statusu uchodźcy: kobiet – uchodźców, które stanowią obecnie, obok kolejnej z grup objętych wyjątkową ochroną – dzieci, tzw. *vulnerable groups*, czyli osoby o szczególnych potrzebach³. Według najnowszych szacunków prezentowanych przez Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców (dalej: UNHCR), na początku 2009 roku na całym świecie było 6.7 miliardów ludzi, w tym 15.2 milionów uchodźców, 983,000 osób ubiegających się o azyl oraz 27.1 milionów osób wewnątrznie przesiedlonych. Kobiety stanowią prawie połowę powołanej populacji (47%)⁴. Taka liczba uchodźców mogłaby zasiedlić niejedno duże terytorium kraju na świecie. Dla porównania ludność Ekwadoru w 2011 roku jest szacowana na nieco ponad 15 mln mieszkańców, czyli tyle, ile szacowana liczba uchodźców na świecie, a ludność Szwajcarii na nieco ponad 7,5 mln mieszkańców – ile szacowana liczba kobiet będących uchodźcami.

¹ Autorka jest absolwentką Wydziału Prawa i Administracji UJ oraz prawa międzynarodowego i francuskiego na Uniwersytecie w Orléans (Francja) i międzynarodowego prawa prywatnego i handlowego na Uniwersytecie Paris 2 Panthéon-Assas (Francja). Aktualnie jest kandydatką *Master in European Interdisciplinary Studies* w Kolegium Europejskim w Natolinie. Jest również wolontariuszką Ośrodka Międzynarodowego Prawa Humanitarnego i Praw Człowieka WPiA UJ.

² Autorka jest absolwentką Wydziału Prawa i Administracji UJ oraz Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ, wolontariuszką Ośrodka Międzynarodowego Prawa Humanitarnego i Praw Człowieka WPiA UJ.

³ Por. Niezależna ocena wpływu działań UNHCR na zapewnienie praw i potrzeb ochrony dzieci uchodźców, EPAU/2002/02 (maj 2002) oraz Polityka UNHCR w sprawie kobiet uchodźców i wytyczne sprawie ich ochrony: Ocena dziesięciu lat stosowania (maj 2002).

⁴ Zob.: <http://www.polity.org.za/article/2009-global-trends-refugees-asylum-seekers-returnees-internally-displaced-and-stateless-persons-june-2010-2010-06-15> oraz http://us-cdn.creamermedia.co.za/assets/articles/attachments/28123_unhcr.pdf [dostęp: maj 2011].

Rozważania dotyczące problematyki praw kobiet, które są uchodźcami, rozpoczyna przedstawienie podstawowych pojęć dotyczących podmiotów biorących udział w procedurze uchodźczej oraz wskazanie głównych instrumentów w prawie międzynarodowym i europejskim regulujących kwestie uzyskania ochrony uchodźczej oraz traktujące o ochronie praw kobiet, a dalej praw kobiet będących uchodźcami. Autorki dokonały selekcji aktów prawnych⁵, gdyż nie sposób byłoby przytoczyć wszystkie regulacje prawne traktujące o prawach uchodźców i prawach kobiet.

Następnie w niniejszym opracowaniu zwrócono uwagę na rozróżnienie między podstawami prześladowania oraz formami prześladowania, na które narażone są kobiety. W związku z tym dokonano analizy przyczyn prześladowania, na które najczęściej powołują się aplikantki w procedurze o nadanie statusu uchodźcy. Następnie autorki podjęły próbę zwrócenia uwagi na gwarancje proceduralne, które mają urzeczywistniać możliwość uzyskania ochrony przez kobietę, jako osobę szczególnie narażoną na pewne formy prześladowania.

2. Akty prawne gwarantujące ochronę uchodźcom

Biorąc pod uwagę uniwersalny charakter Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka Zgromadzenia Ogólnego Narodów Zjednoczonych z 10 grudnia 1948 roku⁶ (dalej: Deklaracja Praw Człowieka), należy wymienić ją jako jeden z podstawowych i kluczowych dokumentów prawa międzynarodowego, który opiera się na uznaniu bezwzględного charakteru przyrodzonej i niezbywalnej godności⁷. Nie podlega żadnej wątpliwości, iż ta najbardziej naturalna i uniwersalna zasada powinna wyznaczać kierunek interpretacji wszystkich regulacji dotyczących praw człowieka, w tym także praw przysługujących uchodźcom.

Inne prawa i wolności mające kluczowe znaczenie dla ochrony praw uchodźcy, a w konsekwencji praw kobiet – uchodźców, zagwarantowane zostały w Deklaracji Praw Człowieka i są to: wolność od dyskryminacji (art. 2), prawo do życia, wolności i bezpieczeństwa swej osoby (art. 3), zakaz tortur (art. 5), równość w prawie (art. 7), prawo do ubiegania się o azyl⁸ (art. 14), wolność myśli, sumienia i religii (art. 18) oraz prawo do swobodnego wyrażania poglądów (art. 19).

⁵ Dlatego przedstawionego tutaj katalogu nie należy traktować jako wyczerpującego. Skądinąd, takie wyczerpujące przedstawienie nie byłoby uzasadnione, ponieważ wiele aktów prawnych dotyczących ochrony praw kobiet *in genere* nie ma bezpośredniego związku z gwarancjami praw kobiet w procedurze uchodźczej.

⁶ UN GA/RES/217, 10 December 1948.

⁷ Zob. preambuła Deklaracji Praw Człowieka oraz jej art. 1: „Wszyscy ludzie rodzą się równi pod względem swej godności i swych praw”.

⁸ W tym miejscu należy zwrócić uwagę na rozróżnienie terminologiczne pomiędzy pojęciem „azyl” a pojęciem

W dalszej kolejności kluczowe znaczenie dla określenia praw człowieka ma Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 16 grudnia 1966 roku (dalej: MPPOiP)⁹, który w niewielkim stopniu odbiega od postanowień Deklaracji Praw Człowieka, stanowiącej *de facto* punkt odniesienia dla obu Paktów¹⁰. Jednakże jego zastosowanie będzie mieć niewielkie znaczenie dla praw uchodźców, gdyż w porównaniu z Deklaracją Praw Człowieka, MPPOiP jest uboższy m.in. właśnie o prawo do ubiegania się o azyl¹¹, co należy uznać za negatywny aspekt regulacji w kontekście omawianej tematyki.

Przechodząc do aktów szczególnych, mających znaczenie dla ochrony uchodźców, należy wymienić: Konwencję Genewską z dnia 28 lipca 1951 roku dotyczącą statusu uchodźców (dalej: Konwencja Genewska z 1951 roku)¹² oraz Protokół dodatkowy do Konwencji Genewskiej z dnia 31 stycznia 1967 roku¹³, które w sposób kompleksowy regulują prawa uchodźców.

Ponadto, dokonując analizy prawa europejskiego, należy zauważyć, że wśród aktów chroniących prawa uchodźców w Europie, szczególną pozycję zajmuje prawodawstwo Unii Europejskiej (dalej: UE).

Jednocześnie nie należy zapominać, iż regionalnymi regulacjami Europy, które dotyczą praw człowieka *in genere*, są także akty prawne przygotowane przez Radę Europy. Oczywiście, głównym obiektem zainteresowań wśród aktów gwarantujących ochronę praw człowieka, w tym kobiet będących uchodźcami, będzie Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z dnia 4 listopada 1950 roku (dalej: EKPCz) ze zmianami wprowadzonymi przez Protokoły Dodatkowe¹⁴.

Wśród aktów prawa unijnego gwarantujących ochronę uchodźców wyróżniamy akty prawa pierwotnego i wtórnego. Wśród tych pierwszych kluczowe znaczenie ma Karta Praw Podstawowych¹⁵, której art. 18 stanowi: „Gwarantuje się prawo do azylu z właściwym poszanowaniem zasad Konwencji Genewskiej i Protokołu dodatkowego dotyczących statusu

„uchodźstwo”. Otóż termin azyl polityczny jest najczęściej używany w znaczeniu opieki prawnej, jakiej udziela obcokrajowcowi (azyłantowi) państwo, na terytorium którego się znalazł. Tym samym udziela mu schronienia przed ścigającymi go organami państwa jego pochodzenia, w konsekwencji zwykle uznając, że jest niesłusznie prześladowany (najczęściej ze względów politycznych). *Ergo*, definicja uchodźcy jest znacznie szersza, gdyż przyznana ochrona jest motywowana nie tylko przesłankami politycznymi.

⁹ Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 167.

¹⁰ Mamy na myśli zarówno Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych, jak i Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 16 grudnia 1966 roku (Dz. U. z 1977 r., Nr 38, poz. 169).

¹¹ MPPOiP nie posiada także odniesienia do prawa własności.

¹² Dz. U. z 1991 r., Nr 119, poz. 515.

¹³ Dz. U. z 1991 r., Nr 119, poz. 517.

¹⁴ Dz. U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 ze zm.

¹⁵ Dz. Urz. C 83 z 30 marca 2010 r., s. 389-403.

uchodźców oraz zgodnie z TUE i TFUE”. Z kolei na podstawie art. 78 ust. 1 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TFUE)¹⁶, postanowiono, iż „Unia rozwija wspólną politykę w dziedzinie azylu, ochrony uzupełniającej i tymczasowej ochrony”. Realizacja tej polityki ma swoje miejsce w szczególności w postanowieniach aktów prawa wtórnego, do których można między innymi zaliczyć:

- 1) Dyrektywę RE 2004/83/WE z dnia 29 kwietnia 2004 roku w sprawie minimalnych norm dla kwalifikacji i statusu obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako uchodźców lub jako osoby, które z innych względów potrzebują międzynarodowej ochrony oraz zawartości przyznawanej ochrony (dalej: Dyrektywa Kwalifikacyjna)¹⁷;
- 2) Dyrektywę RE 2003/86/WE z dnia 22 września 2003 roku w sprawie prawa do łączenia rodzin¹⁸;
- 3) Dyrektywę RE 2003/9/WE z dnia 27 stycznia 2003 roku ustanawiającą minimalne normy dotyczące przyjmowania osób ubiegających się o azyl¹⁹;
- 4) Dyrektywę RE 2005/85/WE z dnia 1 grudnia 2005 roku w sprawie ustanowienia minimalnych norm dotyczących procedur nadawania i cofania statusu uchodźcy w Państwach Członkowskich²⁰.

Przechodząc do analizy aktów dotyczących praw kobiet, należy wskazać na akty o charakterze generalnym oraz akty, których postanowienia zostały skierowane na zagwarantowanie kolejnych praw kobiet – takich, jak ochrona przed przemocą seksualną oraz przemocą na tle płciowym, które mają fundamentalne znaczenie przy ubieganiu się o przyznanie statusu uchodźcy.

Do podstawowych aktów zajmujących się ochroną praw kobiet należy zaliczyć: Konwencję z dnia 18 grudnia 1979 roku w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet²¹ oraz Protokół fakultatywny z dnia 6 grudnia 1999 roku do Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet²². Takie wyodrębnienie można dokonać z uwagi na uznanie Konwencji za swoistą Kartę Praw Kobiet o zasadniczym znaczeniu dla tematyki *gender*. Wśród innych aktów o ogólnym charakterze należy wskazać także Deklarację w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet z 1967 roku²³.

¹⁶ Dz. Urz. C 83 z 30 marca 2010 r., s. 47-199.

¹⁷ Dz. Urz. UE L 31 z 6 lutego 2003 r., s. 18-25.

¹⁸ Dz. Urz. UE L 251 z 3 października 2003 r., s. 12-18.

¹⁹ Dz. Urz. UE L 31 z 6 lutego 2003 r., s. 18-25

²⁰ Dz. Urz. UE L 326 z 13 grudnia 2005 r., s. 13-34.

²¹ Dz. U. z 1982 r., Nr 10, poz. 72.

²² Dz. U. z 2003 r., Nr 248, poz. 2484.

²³ UN GA/RES/226, 7 November 1967.

W swych postanowieniach potępia ona dyskryminację wobec kobiet, którą uznaje za niesprawiedliwą i godzącą w ludzką godność.

Na koniec koniecznym jest wskazanie Deklaracji Organizacji Narodów Zjednoczonych o eliminacji przemocy wobec kobiet przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne w 1993 roku²⁴ oraz Deklaracji o ochronie kobiet i dzieci na wypadek zagrożenia w czasie konfliktu zbrojnego z 1974 roku²⁵.

3. Definicja uchodźcy według Konwencji Genewskiej z 1951 roku a prawo unijne

Dokonując analizy praw kobiet będących uchodźcami, należy umiejscowić w centrum rozważań definicję uchodźcy przyjętą przez Konwencję Genewską z 1951 roku. Zgodnie z jej art. 1A(1), uchodźcą jest zarówno osoba, która uważana była za uchodźcę pod rządami Porozumień z dnia 12 maja 1926 roku i dnia 30 czerwca 1928 roku lub Konwencji z dnia 28 października 1933 roku i dnia 10 lutego 1938 roku, Protokołu z dnia 14 września 1939 roku lub konstytucji Międzynarodowej Organizacji do Spraw Uchodźców, jak i pod rządami Konwencji Genewskiej. Dochodzi tutaj do pewnego odwołania historycznego wskazującego na to, iż osoby zakwalifikowane jako uchodźca przed obowiązywaniem Konwencji Genewskiej z 1951 roku utrzymują ten status²⁶. Nadto za uchodźcę uważać będziemy osobę określoną jako uchodźca zgodnie z art. 1A(2) Konwencji Genewskiej z 1951 roku. Jest to osoba, która na skutek uzasadnionej obawy przed prześladowaniem²⁷ z powodu rasy, religii, narodowości, przynależności do określonej grupy społecznej, lub z powodu poglądów politycznych przebywa poza granicami państwa, którego jest obywatelem, nie może lub nie chce z powodu tych obaw korzystać z ochrony tego państwa, albo która nie ma żadnego obywatelstwa i znajduje się poza państwem poprzedniego stałego zamieszkania i na skutek podobnych zdarzeń nie może lub nie chce powrócić do tego państwa.

²⁴ UN GA/RES/48/104, 19 December 1993.

²⁵ UN GA/RES/3318 (XXIX), 14 December 1974.

²⁶ Kwalifikuje się tutaj zarówno osoby posiadające „paszport nansenowski” (zaświadczenie tożsamości używane jako dokument podróży wydawany uchodźcom zgodnie z postanowieniami umów przedwojennych) oraz „zaświadczenia o kwalifikowaniu się” wydane przez Międzynarodową Organizację do spraw Uchodźców; por. *Zasady i tryb ustalania statusu uchodźcy, zgodnie z Konwencją dotyczącą statusu uchodźcy z 1951 roku oraz Protokołem dodatkowym do niej z 1967 roku*, red. wersji polskiej I. Kurz, Warszawa 2007, s. 16-17.

²⁷ Przesłanka uzasadnionej obawy przed prześladowaniem rodzi spore wątpliwości interpretacyjne w praktyce. Obawa ma być „uzasadniona”, wynika stąd, iż poza subiektywnym przeświadczeniem o prześladowaniu, należy także wykazać jej obiektywny charakter. W orzecznictwie NSA podkreśla się, że: „Status uchodźcy otrzymują osoby, które żywią uzasadnioną obawę przed prześladowaniem z powodów określonych w konwencji. Dodana do elementu obawy – subiektywnego stanu umysłu – cecha „uzasadniona” oznacza, że nie tylko stan umysłu zainteresowanej osoby decyduje o statusie uchodźcy, lecz że stan ten musi być uzasadniony przez sytuację obiektywną” (wyrok NSA z 15 marca 2004 r., sygn. akt V SA 738/2003, LexPolonica nr 367536, OSA 2005/1, s. 1). Patrz też wyrok NSA z 12 lipca 2005 r., sygn. akt V SA 3265/2001, LexPolonica nr 357214.

Przy określaniu statusu uchodźcy szczególnego podkreślenia wymagają dwie kwestie. Po pierwsze, pojęcie uchodźcy zostało zdefiniowane z dwóch perspektyw, które dopiero kumulatywnie kształtują definicję uchodźcy – a mianowicie, w sposób pozytywny i negatywny. Przesłanki pozytywne zostały przedstawione w art. 1A(2) Konwencji Genewskiej z 1951 roku i zwane są dalej klauzulami „włączenia”. Przesłanki negatywne dzielą się z kolei na klauzule „ustania” i „wyłączenia”. Dotyczą one odpowiednio: ustania ochrony uchodźczej oraz niemożliwości jej uzyskania, nawet jeśli osoba ta kwalifikowałaby się do objęcia ochroną na podstawie przesłanek przewidzianych w art. 1A Konwencji Genewskiej. Po drugie, należy wskazać, iż decyzja o przyznaniu statusu uchodźcy ma charakter deklaratoryjny. Nie dochodzi tutaj do konstytutywnego uznania za uchodźcę *ex nunc*, ale do stwierdzenia, że ktoś uchodźcą jest *ex tunc*²⁸. Ergo, decyzja o nadaniu statusu uchodźcy nie jest decyzją konstytutywną, chociaż wiąże się z nią powstanie pewnych praw skutecznych dopiero od momentu jej uprawomocnienia.

Tym samym uchodźcą jest człowiek przebywający poza granicami państwa, którego jest obywatelem lub państwa stałego zamieszkania, z powodu uzasadnionej obawy przed prześladowaniem, z powodu swojej rasy, religii, narodowości, przynależności do określonej grupy społecznej lub z powodu przekonań politycznych, i nie może lub nie chce z powodu tych obaw korzystać z ochrony tego państwa²⁹.

Z kolei zgodnie z art. 2 Dyrektywy Kwalifikacyjnej, „uchodźca oznacza obywatela państwa trzeciego, który na skutek uzasadnionej obawy przed prześladowaniem z powodu rasy, religii, narodowości, przynależności do określonej grupy społecznej lub z powodu poglądów politycznych przebywa poza granicami państwa, którego jest obywatelem, oraz nie może lub nie chce z powodu tych obaw skorzystać z ochrony tego państwa, albo który nie ma żadnego obywatelstwa i znajdując się na skutek podobnych zdarzeń poza państwem swojego zamieszkania, nie może lub nie chce z powodu tych obaw powrócić do tego państwa, i co do którego nie stosuje się art. 12”³⁰. Jakkolwiek przesłanki włączenia wydają się zbieżne z tymi, które zostały wymienione w Konwencji Genewskiej z 1951 roku, to podczas badania przesłanek do nadania ochrony trzeba kierować szczególną uwagę na wskazany art. 12 Dyrektywy Kwalifikacyjnej, w którym zostały wymienione przesłanki wyłączenia mające szersze zastosowanie niż te, które zostały zapisane w Konwencji Genewskiej z 1951 roku. Konkludując, większa liczba wyjątków do przyznania ochrony zmniejsza jej dostępność.

²⁸ *Ibidem*, s. 15.

²⁹ Zob. też *Ochrona Uchodźcy i rola UNHCR*, Regionalne Przedstawicielstwo UNHCR w Europie Środkowo-Wschodniej, Budapeszt 2008, s. 4-13.

³⁰ W art. 12 zostały przewidziane reguły wyłączenia.

Do powyższych nieścisłości rozwiązania zawartego w prawie unijnym nawiązuje dr K. Przybysławska, która stawia dwie zasadnicze tezy. Po pierwsze, wnioskuje, iż dochodzi tutaj do zniekształcenia definicji uchodźcy zawartej w art. 1 Konwencji Genewskiej. Uważa, że: „zamiast oprzeć regulację unijną na konkretyzacji oraz rozszerzeniu katalogu praw przyznanych uchodźcom, dyrektywa wkracza na niwę prawa materialnego, podejmując *de facto* zmiany w definicji ustalonej przez art. 1 traktatu”³¹. Po drugie, dr K. Przybysławska wskazuje na „modyfikujący kierunek legislacji” Dyrektywy Kwalifikacyjnej, wyrażając pogląd, że: „dyrektywa uzurpuje sobie w ten sposób prawo do ponownego sformułowania kwalifikacji bycia uchodźcą”³², zamiast odwołać się *explicite* do definicji zawartej w Konwencji Genewskiej z 1951 roku.

Powyższe uwagi należy skonfrontować z analizą jednej z zasad prawa unijnego – zasady pierwszeństwa. Omówienie jej ma pierwszorzędne znaczenie w ustaleniu zakresów stosowania przez państwa członkowskie UE, które są także stronami Konwencji Genewskiej z 1951 roku.

Państwa członkowskie UE są zobligowane w pierwszej kolejności do stosowania prawa UE pomimo licznej sieci zobowiązań międzynarodowych istniejących jeszcze przed momentem podpisania traktatu akcesyjnego. Zostaje to potwierdzone zarówno przez prawodawstwo, jak i przez orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE³³.

Jak zauważa prof. J. Barcz, „w przypadku przystąpienia działa generalna reguła prawa międzynarodowego, zgodnie z którą przystąpienie do Unii Europejskiej nie narusza praw i obowiązków wynikających z takich umów³⁴ dla nowego państwa członkowskiego”³⁵. Jak dalej zauważa prof. J. Barcz, stosownie do art. 351 TFUE, dla państwa przystępującego do UE wiąże się to albo z koniecznością wypowiedzenia, albo co najmniej renegotjowania takich umów³⁶.

³¹ K. Przybysławska, *Niepożądani uchodźcy. Granice ochrony i zasady wykluczenia w świetle prawa międzynarodowego*, UNHCR, Warszawa 2009, s. 150.

³² *Ibidem*.

³³ Por. orzeczenia w sprawach: ETS 26/62 *van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, Zb. Orz. 1963, s. 1 oraz ETS 16/64 *Costa v. ENEL*, Zb. Orz. 1964, s. 585.

³⁴ Zgodnie z art. 87 ust 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 roku (dalej: Konstytucja RP), „Źródłami powszechnie obowiązującego prawa Rzeczypospolitej Polskiej są: Konstytucja, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia”, a na podstawie art. 91 ust. 1 Konstytucji RP, „Ratyfikowana umowa międzynarodowa, po jej ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, stanowi część krajowego porządku prawnego i jest bezpośrednio stosowana, chyba że jej stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy”.

³⁵ J. Barcz, *Umowy międzynarodowe Unii Europejskiej z państwami trzecimi* [w:] *Ustrój Unii Europejskiej* (red. J. Barcz), Warszawa 2009, s. IV, 109-110.

³⁶ Por. J. Barcz, *Umowy międzynarodowe...*, s. IV, 109-110.

Jak w związku z powyższymi uwagami ma się regulacja definicji uchodźcy o niższym poziomie ochrony do innych gwarancji przyznawania statusu uchodźcy w prawie unijnym? Dla przykładu, art. 53 Karty Praw Podstawowych stanowi, że „Żadne z postanowień niniejszej Karty nie będzie interpretowane jako ograniczające lub podważające prawa człowieka i podstawowe wolności uznane, we właściwych im obszarach zastosowania, przez prawo Unii i prawo międzynarodowe oraz umowy międzynarodowe, których Unia, Wspólnota lub wszystkie Państwa Członkowskie są stronami, łącznie z europejską Konwencją o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz przez konstytucje Państw Członkowskich”. Co więcej, w art. 6 ust. 2 zd. 1 TUE stwierdzono, iż „Unia przystępuje do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności”³⁷. Dalej w art. 6 ust. 3 TUE jeszcze raz podkreślono, że „prawa podstawowe zagwarantowane w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz wynikające z tradycji konstytucyjnych wspólnych Państw Członkowskim, stanowią część prawa Unii jako zasady ogólne prawa”. Jednak już w zd. 2 art. 6 ust. 2 TUE stwierdza się, że „przystąpienie do Konwencji nie ma wpływu na kompetencje Unii określone w Traktatach”.

Karta Praw Podstawowych gwarantuje wysoki poziom ochrony praw człowieka, a w większości przepisów znajduje ona zastosowanie nie tylko do obywateli UE. Jednak z uwagi na art. 6 ust. 2 zd. 2 TUE oraz bezsprzecznie obowiązującą zasadę pierwszeństwa prawa unijnego, można dojść do wniosku, że w przypadku kolizji prawa unijnego z prawem państw członkowskich (czyli także zobowiązań wynikających z umów międzynarodowych, którymi państwa te są związane) w konkretnym przypadku, przepisy sprzeczne z prawem UE, nawet jeśli gwarantują wyższy poziom ochrony, nie znajdą zastosowania.

W świetle powyższych przepisów można podjąć próbę obrony tezy stanowiącej, że jeśli ochrona przewidziana w Dyrektywie Kwalifikacyjnej będzie niższa niż wynikająca z Konwencji Genewskiej z 1951 roku i Protokołu do niej, to na podstawie art. 18 Karty Praw Podstawowych, w konkretnym przypadku taka norma nie powinna znaleźć zastosowania. Z drugiej jednak strony, pojęcie pierwszeństwa prawa unijnego wynikające z TUE, jest zasadą kardynalną przy interpretacji prawa, potwierdzoną orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE, a zgodnie z art. 351 TFUE, państwo członkowskie, które zawarło umowę międzynarodową, której postanowienia są niezgodne z prawem unijnym, jest zobowiązane do renegowacji, a nawet w skrajnych przypadkach do wypowiedzenia takiej umowy. Mimo, iż

³⁷ Na podstawie art. 6 ust. 1 zd.1 TUE Karta Praw Podstawowych uzyskała moc równą Traktatom (TUE i TFUE), stąd należy do aktów prawa pierwotnego, z którymi akty prawa wtórnego, w tym Dyrektywa Kwalifikacyjna, powinny być zgodne.

Karta Praw Podstawowych ma moc równą traktatom, to art. 18 Karty Praw Podstawowych nie znajdzie zastosowania w konflikcie z prawem przewidzianym w dyrektywie w konkretnym przypadku stosowania prawa przez państwo, nawet jeśli to dyrektywa jest niższa w hierarchii aktów pierwotnych prawa unijnego. Wynika to między innymi z faktu, iż instytucją uprawnioną do oceny legalności aktu prawodawczego w UE jest – na mocy art. 263 TFUE – Trybunał Sprawiedliwości UE. *Ergo*, definicja uchodźcy przewidziana w Dyrektywie Kwalifikacyjnej będzie miała pierwszeństwo przed definicją uchodźcy ustanowioną w Konwencji Genewskiej z 1951 roku, mimo, iż wszystkie państwa członkowskie UE są stronami Konwencji Genewskiej z 1951 roku, a to, czy postanowienie Dyrektywy Kwalifikacyjnej jest zgodne z postanowieniami Karty Praw Podstawowych, jako aktu prawa pierwotnego, stosując *argument a rubrica*, będzie jedynie podlegać badaniu Trybunału Sprawiedliwości UE. Póki do takiego badania nie dojdzie, należy domniemywać legalność postanowień Dyrektywy Kwalifikacyjnej i obowiązek stosowania jej postanowień przez państwa członkowskie UE.

4. Podstawy prześladowania a formy prześladowania – potrzeba delimitacji

W celu przystąpienia do analizy przepisów o postępowaniu o nadanie statusu uchodźcy, należy wskazać na przesłanki, na które powołują się kobiety w trakcie postępowania o nadanie statusu uchodźcy oraz dokonać jasnej delimitacji pomiędzy podstawami prześladowania a formami prześladowania.

Podstawą prześladowania, na którą może powołać się kobieta, może być np. prześladowanie z powodu przynależności do określonej grupy społecznej, tj. np. płci i z tego powodu kobieta może być poddana przemocy, w tym przemocy seksualnej. Z kolei forma prześladowania oznacza, że kobieta może być prześladowana z powodu przekonań politycznych i z tego powodu poddana przemocy seksualnej, co stanowi formę prześladowania. Niemniej jednak owo rozróżnienie nie przeszkadza w postawieniu tezy, iż formy i podstawy prześladowania przeplatają się oraz mogą być kumulowane.

5. Prześladowanie z powodu przynależności do określonej grupy społecznej

Jak wskazuje się w literaturze, pojęcie przynależności do określonej grupy społecznej budzi problemy interpretacyjne z dwóch powodów. Po pierwsze, nie ma samoistnego znaczenia w oderwaniu od postanowień Konwencji Genewskiej z 1951 roku. Po drugie, zaproponowana poprawka dotycząca ustalenia niniejszej przesłanki została zaproponowana

przez delegację szwedzką bez dokładniejszych wyjaśnień³⁸. Po trzecie, samo orzecznictwo odnosi się do niniejszej przesłanki, począwszy od szerokiej interpretacji, a skończywszy na traktowaniu jej bardzo restrykcyjnie³⁹.

Definicja uchodźcy, zawarta w Konwencji Genewskiej z 1951 roku, była przedmiotem dyskusji w perspektywie aspektu płci. Ostatecznie doszło do odrzucenia przesłanki płci jako bezpośredniego powodu prześladowań, a zamiast tego przyjęto pojęcie „przynależności do grupy społecznej”, którego interpretacje pozostawia się sądom krajowym. W związku z tym, naturalnie wykształciły się różne kierunki rozumienia pojęcia „grupa społeczna”. Z jednej strony Kanada, która ma dla wielu krajów wzorcowy system ochrony uchodźców oraz jest pionierem w szeroko przyznawanej i dobrze rozwiniętej ochronie, uważa, iż sam fakt bycia kobietą implikuje przynależność do grupy społecznej – kobiet. Z drugiej strony, większość sędziów europejskich nie jest w stanie zaakceptować faktu, iż połowa populacji stanowiłaby grupę społeczną.

W orzeczeniu w sprawie *INS v. Sanchez – Truijlo*⁴⁰, amerykański Sąd Apelacyjny stwierdził, że „sformułowanie określona grupa społeczna zakłada istnienie zbioru ludzi blisko ze sobą związanych pod wpływem wspólnego celu i motywacji”, z kolei w decyzji *Matter of Acosta*⁴¹ podniesiono konieczność, aby „pomiędzy członkami określonej grupy społecznej istniała rzeczywista więź o charakterze społecznym wynikająca z dobrowolnego stowarzyszenia, a nie jedynie pewne podobieństwo w zakresie kulturowym, pochodzenia czy statusu społecznego”⁴². Taka interpretacja jest bardzo restrykcyjna, a w konsekwencji nie pozwala na oparcie podstaw ubiegania się o przyznanie ochrony jedynie z uwagi na przynależność do określonej grupy społecznej.

Przesłanka prześladowania ze względu na przynależność do grupy społecznej od dawna sprawia problemy interpretacyjne również w orzecznictwie francuskich sądów. Początkowo dotyczyła ona mieszkańców południowo-wschodniej Azji, którzy ze względu na przynależność do burżuazji kupieckiej byli uważani za przeciwników miejscowych reżimów

³⁸ Delegacja szwedzka podkreśliła potrzebę wprowadzenia *explicite* przesłanki grupy społecznej, ponieważ praktyka wskazuje, że dochodzi do prześladowań uchodźców z powodu przynależności do określonej grupy społecznej („*experience had shown that certain refugees had been persecuted because they belonged to particular social groups*”). Brak pogłębionej debaty na ten temat może być uzasadniony między innymi faktem, że prześladowanie z tego powodu może wynikać z przemian w społeczeństwach krajów socjalistycznych (tak w: G. S. Goodwin-Gill, *The refugee in international law*, Oxford 1996, s. 46).

³⁹ Tak A. Górecka [w:] A. Gajewska, A. Górecka, A. Kacperska, J. Mączyńska, *Definicja uchodźcy. Wybór orzecznictwa*, Kraków 2005, s. 68.

⁴⁰ No. 85-7609, United States Court of Appeals, Ninth Circuit. Argued and Submitted Sept. 11, 1986, Decided Oct. 15, 1986.

⁴¹ A-24159781, United States Board of Immigration Appeals, 1 March 1985.

⁴² *Op. cit.*

politycznych. Pod koniec lat 90-tych, dołączono kolejną grupę społeczną, jaką stanowią transseksualiści i homoseksualiści z Algierii, którzy są ofiarami ostracyzmu, zarówno społecznego, jak i politycznego⁴³.

Jeśli chodzi o interpretację grupy społecznej z „kobiecego” punktu widzenia, to od 2001 roku doktryna francuska uznaje istnienie następujących grup społecznych: kobiety, które są narażone na obrzezanie, jak również rodzice dziecka, które może zostać poddane tej operacji i którzy jednocześnie nie mogą liczyć na wsparcie państwa⁴⁴ oraz kobiety pochodzące z określonych regionów rolnych w Turcji i Pakistanie, które sprzeciwiają się przymusowemu lub aranżowanemu małżeństwu i z tego powodu narażają się na prześladowanie wśród miejscowej społeczności⁴⁵. Pod koniec kwietnia 2011 roku *Cour nationale du droit d’asile* (dalej: CNDA) wydał pierwszą decyzję⁴⁶, w świetle której grupę społeczną, której należy się status uchodźcy, stanowią kobiety pochodzące ze stanu Edo w Nigerii, które są ofiarami handlu ludźmi, zmuszonymi do prostytucji w Europie.

Jednocześnie należy podkreślić, iż bardzo często kobiety w swoich wnioskach o nadanie statusu podnoszą zarzuty mające tak naprawdę podłoże polityczne, ale równocześnie związane z problematyką *gender*: Chinka, która nie może mieć drugiego dziecka⁴⁷, Iranka będąca rozwódką czy Algierka uważana za kobietę wyzwoloną i nieprzestrzegającą prawa szariatu. W takim wypadku nie można stwierdzić wystarczających przesłanek do zaakceptowania przynależności do konkretnej oraz dającej się zidentyfikować grupy społecznej. W rezultacie powyższe powody powinny być kwalifikowane jako przesłanki prześladowania ze względu na religię lub poglądy polityczne, jednocześnie umożliwiając przyznanie statusu uchodźcy, który mógłby zostać odmówiony w wypadku powołania się jedynie na przesłankę przynależności do grupy społecznej.

Płeć kulturowa sprawia, iż kobiety, w zależności od zamieszkiwanego kraju, a dokładniej mentalności danej społeczności, są podatne na prześladowania ze względu na zachowanie, które w innym środowisku zostałyby uznane za całkowicie normalne i akceptowalne.

Powodem prześladowań jest zazwyczaj naruszanie zasad zwyczajowych i religijnych, które często się na siebie nakładają. W ten sposób chęć emancypacji, nieprzestrzeganie kanonów dotyczących wyglądu, w tym głównie ubioru, nieposłuszeństwo wobec męża,

⁴³ CNDA 12.05.1999, *Djellal, Contentieux des réfugiés, Jurisprudence du Conseil d’État et de la Cour nationale du droit d’asile, Année 2009.*

⁴⁴ CNDA 07.12.2001, *Sissoko, ibidem.*

⁴⁵ CNDA 04.03.2005, *Mlle Tas, ibidem.*

⁴⁶ CNDA 29.04.2011, N°10012810, *Edosa Felix.*

⁴⁷ Orzeczenie *Cheung* [w:] A. Gajewska, A. Górecka, A. Kacperska, J. Mączyńska, *Definicja uchodźcy...*, s. 82.

sprzeciw wobec obrzędów obrzezania lub aranżowaniu/przymuszaniu do ślubu, rozwód oraz samotne wychowywanie dziecka, a w końcu homoseksualizm, biseksualizm oraz transseksualizm, stają się powodem prześladowań.

Niekiedy jest to związane z pojęciem kobiet wyzwolonych, tzw. *westernised woman*. Nawiązuje ono zazwyczaj do muzułmanek, które przebywając przez pewien czas w odrębnej kulturze (Zachodu), postanawiają zmienić swoje dotychczasowe nawyki czy zachowanie. W związku z nierozzerwalnością islamu ze sferą publiczną i prywatną życia, ich sposób ubierania się, wystawiania, malowania, czy choćby sprzeciw wobec zasad szariatu (poddania się woli mężczyzny, stanowienia części spadku, własności męża itd.), stanowi wystarczający powód do prześladowania, które może zakończyć się nawet wymierzeniem kary śmierci, np. poprzez ukamienowanie.

Kobiety – uchodźcy szukające ochrony we Francji najczęściej pochodzą z Algierii i Maroka, Afryki Środkowej i Mali, z krajów byłego bloku komunistycznego oraz Ameryki Południowej⁴⁸. Są one celem różnorodnych prześladowań, których autorami są władze publiczne, rodzina, sąsiedzi, grupy przestępcze lub zbrojne. Naruszenia praw kobiet mają zazwyczaj miejsce w sytuacjach powszechnej przemocy oraz braku dostępu do ochrony ofiar przed przemocą seksualną, nierówności oraz naruszeń publicznych, jak i prywatnych, jak np. przemoc domowa. W tym kontekście, zdecydowanie się na uchodźstwo może być wynikiem impulsu i nagłych zdarzeń, tj. bezpośredniego niebezpieczeństwa, aresztowania, agresji lub śmierci bliskich lub może być dokładnie wypracowaną i przemyślaną, dojrzałą decyzją. Ucieczka składa się czasem z wielu etapów: niektóre kobiety kierują się na samym początku do dużego miasta lub stolicy, inne uciekają do sąsiedniego państwa, gdzie jednak wciąż mogą zostać odnalezione przez prześladowców. Według socjologa i pracownika UNHCR Francja, Smaina Laachera⁴⁹, najrzadszym rozwiązaniem jest oficjalna skarga skierowana bezpośrednio do władz (oczywiście jedynie w przypadkach, gdy władze nie są autorem samego prześladowania), gdyż kobiety mają przeważnie pewność, że taka skarga jest niemożliwa ze względu na sytuację w ich kraju.

Bardzo często okazuje się, że kobiety decydują się na ucieczkę w poszukiwaniu pomocy – nie po konkretnym wydarzeniu, które miałyby być impulsem do podjęcia decyzji w afekcie, lecz w momencie, kiedy długotrwałe i zwyczajowe prześladowania oraz przemoc stają się na tyle silne, by nie pozwolić na dalsze przebywanie i funkcjonowanie w określonym miejscu. W związku z tym, w postępowaniu o udzielenie statusu uchodźcy, kobiety mają

⁴⁸ Według statystyk *Service d'Information Geopolitique*, CNDA 2011.

⁴⁹ Smain Laacher, *De la violence à la persécution, femmes sur la route de l'exil*, 2010.

problemy ze sprecyzowaniem jednego konkretnego wydarzenia, które zdecydowało o ich migracji, a także z określeniem przemocy, jakiej doznały w sposób konkretny i zindywidualizowany. W takiej sytuacji wyłania się jaskrawa rozbieżność pomiędzy zasadami prawa uchodźców a doświadczeniami osób ubiegających się o ten status.

W dodatku należy zauważyć, iż zdarzenia szczególnie bolesne są bardzo trudne do wyjawienia ze względu na ich intymny charakter oraz ponowne przeżywanie ciężkiej traumy przez ofiary. Nie chodzi tu jedynie o przemoc na tle seksualnym, ale i o trudności związane z aspektami braku znajomości języka nowego miejsca, obecności tłumacza, zachowania w trakcie spotkania z urzędnikami czy publiczności rozpraw.

Poza prześladowaniami w kraju pochodzenia, kobiety są narażone na liczne niebezpieczeństwa podczas samej ucieczki. Jeśli można postawić tezę, iż „droga do celu” uchodźców jest wyjątkowo niebezpieczna, to należy bezsprzecznie zgodzić się, iż kobieta będzie szczególnie narażona na pewne przejawy owego niebezpieczeństwa w podróży. Jest to związane z sytuacją podległości wobec osób, praktycznie jedynie mężczyzn, którzy będą sprawować nad nimi władzę i opiekę, a co więcej, podatnością na nadużycia dokonane przez mężów, policjantów, paserów, przemytników, straż graniczną, celników i innych. Niebezpieczeństwa, które grożą kobietom są liczne – poczynając na zgwałceniu, przymuszaniu do prostytucji, porwaniu, poprzez handel ludźmi i organami, a kończąc na wyparci i porzuceniu przez rodzinę. Co więcej, takie formy prześladowania, jak przemoc domowa, czy obrzezanie oraz problemy, które generuje przynależność do płci kulturowej⁵⁰ (przejawiające się w kontroli narodzin, karze za przekraczanie norm porządku społecznego lub przynależności do danej orientacji seksualnej), nie są jedynymi zagrożeniami, gdyż powyższe formy prześladowania mogą mieć większy wymiar z uwagi na silnie rozwiniętą przestępczość zorganizowaną⁵¹, która zajmuje się między innymi handlem kobietami, zmuszaniem do prostytucji, sutenerstwem i niewolnictwem.

⁵⁰ „Płeć biologiczna (*sex*) – obejmuje cechy biologiczne mężczyzn i kobiet, które mają charakter wrodzony, a różnice między nimi ograniczają się do fizjologicznych funkcji rozrodczych. Natomiast płeć kulturowa (*gender*) – to pojęcie oznaczające cechy społeczne przypisywane kobietom i mężczyznom (...). Płeć kulturowa jest wyuczona, a tym samym zmienna” (UNHCR, *Przemoc seksualna i przemoc na tle płciowym wobec uchodźców, uchodźców – repatriantów oraz osób przesiedlonych wewnątrznie. Przewodnik po metodach zapobiegania i przeciwdziałania*, 2003, s. 12).

⁵¹ „Zorganizowana grupa przestępcza” oznacza posiadającą strukturę grupę składającą się z trzech lub więcej osób, istniejącą przez pewien czas oraz działającą w porozumieniu w celu popełnienia jednego lub więcej poważnych przestępstw określonych na podstawie niniejszej konwencji, dla uzyskania, w sposób bezpośredni lub pośredni, korzyści finansowej lub innej korzyści materialnej (Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej z dnia 15 listopada 2000 r. – Dz. U. z 2005 r., Nr 18, poz. 158).

Zagadnieniem spornym na gruncie prawa uchodźczego jest fakt, iż sama Konwencja Genewska z 1951 roku powstała na podstawie doświadczeń i modeli męskich, a w konsekwencji była rozwijana i interpretowana z męskiego punktu widzenia, gdyż to mężczyźni byli odpowiedzialni za wdrażanie jej postanowień stworzonych przez mężczyzn i dla mężczyzn, a więc nieprzystosowanych do sytuacji kobiet. Stopniowo, pod naciskiem różnych międzynarodowych organizacji wyspecjalizowanych w tematyce praw kobiet, w tym równości płci, wspólnota międzynarodowa przyjęła regulacje odpowiadające na potrzebę adaptacji licznych instrumentów prawnych zajmujących się prawami kobiet⁵².

Formy prześladowań przyjmują różne postaci, przy czym niekoniecznie wszystkie stanowią „odpowiedź” na konkretne zachowanie kobiety, wymagające kary. Jak już wspomniano, kobiety doświadczają przemocy również jedynie ze względu na fakt „bycia kobietą”, czyli bycia kimś słabszym, traktowanym jako przedmiot lub jednostka o niższej wartości, której nie przysługują żadne prawa czy przywileje. W ten sposób kobiety stają się ofiarami przemocy domowej, nielegalnego pozbawiania wolności (*de facto* niewolnictwa), gwałtu, tortur, handlu ludźmi, w tym przymusowej prostytucji, zemsty rodowej czy przestępstw honorowych⁵³.

Ubieganie się o status uchodźcy i ucieczka z kraju, jak wspomniano wyżej, wiąże się z ogromnym ryzykiem i niepewnością, dlatego też w wielu przypadkach pozostaje jedynie odległym marzeniem kobiet, które na co dzień cierpią prześladowania i tracą nadzieję na polepszenie swojej sytuacji. Jak podaje dziennik *Spiegel* z 2000 roku⁵⁴, częstą odpowiedzią na przymuszone małżeństwo jest odebranie sobie życia. Dziewczęta z Turcji w wieku 14-19 lat, wydane za mężczyzn w wieku 40-50 lat, połykają trucizny na szczury czy ogromne ilości lekarstw lub strzelają sobie w głowę zaraz przed ceremonią lub w krótkim okresie po ślubie. W wypadku prób ucieczki lub otwartego sprzeciwu wobec woli własnej rodziny, która zaaranżowała małżeństwo, stają się one ofiarami przestępstw honorowych, a więc giną z rąk własnych braci lub ojców. Dodatkowo, tego typu zajścia są często aprobowane przez przywiązane do tradycji społeczeństwo, a co za tym idzie, zostają publicznie obwołane „samobójstwami”, których prawdziwi sprawcy nigdy nie będą ścigani przez wymiar sprawiedliwości.

⁵² „Prawa kobiet, które były prześladowane na tle seksualnym, są obiektem szczególnych zainteresowań, a dalej wymagają sprecyzowania pewnych pojęć, które będą mieć kluczowe znaczenie podczas rozpatrywania wniosku o nadanie statusu uchodźcy” (art. 1 i 2 Deklaracji z 1993 r. oraz Zalecenia nr 19, par. 6, 11. Sesji Komitetu CEDAW).

⁵³ *Human Rights Watch* definiuje je jako „akty przemocy, zwykle morderstwa, popełnione przez męskich członków rodziny wobec kobiet – członków rodziny, które są postrzegane jako te, które przyniosły hańbę rodzinie” (zob.: http://stopwaw.org/honor_killings.html [dostęp 03.08.2011]).

⁵⁴ B. Zand, *Und keiner halt mich auf*, „Der Spiegel“, 06.11.2000.

W kontekście ubiegania się przez kobiety o uzyskanie statusu uchodźcy, należy uczynić szczególnym przedmiotem rozważań te sprawy, które dotyczą prześladowania z uwagi na wyłamania się spod ścisłych zasad religijnych. W 1993 roku w Wielkiej Brytanii rozpoznawano sprawę obywatelki Pakistanu, Syed Khatoon Shah, która wystąpiła z wnioskiem o udzielenie statusu uchodźcy, obawiając się, że zostanie oskarżona przez swojego męża o cudzołóstwo oraz niemoralność seksualną na podstawie prawa szariatu. Po wyrzuceniu jej przez męża przybyła w 1992 roku do Wielkiej Brytanii i urodziła dziecko. Rozpatrywana sprawa ma także kluczowe znaczenie przy interpretacji przesłanki grupy społecznej. Jak wskazuje w kontekście niniejszej sprawy A. Górecka, „generalizacje pozycji kobiety w poszczególnych krajach nie są przydatne przy rozstrzygnięciu kwestii statusu uchodźcy. Wszystko zależy tu bowiem od dowodów i faktów ustalonych w konkretnej sprawie”⁵⁵.

Dalej należy podkreślić, iż kobiety walczące o zaprzestanie dyskryminacji i uznanie istnienia praw kobiet, a więc tworzące odpowiednie stowarzyszenia czy ruchy społeczne, są prześladowane za swoje poglądy polityczne, a co za tym idzie, kwalifikują się pod ochronę Konwencji Genewskiej. Jako przykład można podać sprawę Mlle Aminatou, która stworzyła ruch poparcia dla praw kobiet oraz wspierała kandydaturę przewodniczącego opozycyjnego ruchu „Akcja dla Zmian” w wyborach prezydenckich w 2003 roku w Mauretanii. W rezultacie została trzykrotnie aresztowana, pozbawiona wolności oraz poddana takiemu traktowaniu, iż podczas trzeciego zatrzymania musiała zostać hospitalizowana. Dzięki pomocy pielęgniarki udało jej się uciec ze szpitala, aby następnie opuścić kraj i udać się do Francji, gdzie w 2009 roku otrzymała status uchodźcy⁵⁶.

Kolejnym przykładem objęcia ochroną na podstawie statusu uchodźcy, jest przypadek obywatelki Gwinei, która w 2008 roku poddała się operacji rekonstrukcji genitaliów, z powodu wcześniejszego przymusowego obrzezania. Niedługo potem rozstała się z mężem, pozostając bez jakiegokolwiek wsparcia rodziny z Gwinei. Sąd uznał, iż jej obawy w wypadku samotnego powrotu do kraju, gdzie mimo oficjalnych deklaracji państwa o zakazie obrzezania praktyka ta jest powszechna, są uzasadnione ze względu na silnie zakorzenioną praktykę obrzezania, właśnie wśród jej plemienia (*Diakhanké*)⁵⁷.

Ofiary przemocy, które nie spełniają wszystkich przesłanek kwalifikujących ich do objęcia ochroną w postaci przyznania statusu uchodźcy, mogą ubiegać się o ochronę

⁵⁵ A. Górecka [w:] A. Gajewska, A. Górecka, A. Kacperska, J. Mączyńska, *Definicja uchodźcy...*, s. 84-85.

⁵⁶ CNDA 24.04.2009, *Mlle Aminatou*.

⁵⁷ CNDA 06.07.2009, *Mme D.ép.K.*

subsydiarną na mocy Dyrektywy Kwalifikacyjnej, a mianowicie ochronę tymczasową. W takim przypadku, uzyskują one pomoc państwa ze względu na uprawdopodobnienie, iż w razie powrotu do kraju zamieszkania, zostaną poddane torturom lub innemu niehumanitarnemu traktowaniu. Tak też było w wypadku kobiety pochodzącej z Demokratycznej Republiki Konga, która została zatrudniona jako sekretarka, a zaraz po przybyciu do domniemanego biura, została pozbawiona wolności, wielokrotnie gwałcona i wykorzystywana seksualnie, a w wyniku krwotoku poporodowego hospitalizowana. Dzięki pomocy lekarza pochodzącego z tego samego plemienia, udało jej się uciec ze szpitala, a następnie z kraju. Nie mogąc zwrócić się o pomoc do władz, ze względu na silne wpływy swojego prześladowcy, który z łatwością mógłby skorumpować każdego policjanta czy urzędnika, uzyskała status osoby chronionej we Francji⁵⁸.

Ten sam status otrzymują, na podstawie wielokrotnie potwierdzonego orzecznictwa, kobiety pochodzące z Nigerii, a szczególnie z Benin City, które zostały zmuszone do prostytucji na terenie Francji, pod warunkiem zgłoszenia się na policję, zadenuncjowania sutenera, kontaktu z odpowiednim stowarzyszeniem zajmującym się pomocą socjalną oraz obawą przed powrotem do kraju ze względu na brak spłaty długu wobec sieci handlarzy ludźmi oraz związanymi z tym faktem przemocą, prześladowaniami i możliwością ponownego stania się ofiarą handlu⁵⁹.

Jeśli chodzi o przypadki przemocy domowej, przyznanie ochrony dodatkowej jest często związane z wysokim poziomem skorumpowania miejscowych władz. Tak było też w przypadku obywatelki Mongolii, która była ofiarą przemocy, pozbawienia wolności oraz gwałtu ze strony swojego ojczyma. Powyższa sytuacja powtarzała się odkąd dziewczyna skończyła 13 lat, w wyniku czego urodziła dziecko, a następnie próbowała uciec do stolicy i ukryć się u przyjaciół. Jednak ojczym, który był wpływowym biznesmenem, za każdym razem odnajdywał ją i niewolił z powrotem. Ostatecznie udało jej się uciec do Francji, gdzie korzysta z ochrony dodatkowej⁶⁰. Ponadto pojawia się tu także problem określenia źródła przemocy, która według orzeczeń NSA powinna wynikać z działań przedstawicieli państwa, nie osób prywatnych, a co za tym idzie wnioski oparte na przesłance przemocy domowej spotkały się z odmową przyznania omawianego statusu⁶¹.

Kobiety bardzo często padają ofiarami przemocy ze względu na charakter poszukiwanej pracy, gdyż będąc podwładnymi oraz mieszkając z pracodawcami, stają się

⁵⁸ CNDA 26.10.2009, *Mlle Osako Kalonda*.

⁵⁹ CNDA 23.10.2009, *Mlle E*.

⁶⁰ CNDA 16.10.2009, *Mlle B*.

⁶¹ NSA V SA 248/99, 20.12.1999; SN III RN 110/2000, 7.06.2001.

bardzo łatwym celem do nadużyć. Bieda oraz bezrobocie zmuszają je do emigracji ekonomicznej, a dodawszy do tego brak lub minimalny poziom wykształcenia oraz różnice w mentalności, sprawiają, iż afrykańskie kobiety z łatwością stają się prywatnymi niewolnikami w rezydencjach zamożnych, często wykształconych obcokrajowców. Tak też było w wypadku pewnej Etiopki, która wyjechała do Kataru w charakterze pomocy domowej u emira, a dokładniej jego synowej, księżniczki Al Thani. Zmuszona do bezpłatnej pracy, 16 godzin na dobę oraz bez prawa do urlopu, zamieszkując oraz odżywiając się w poniżających warunkach, wraz z dwójką służby uciekła z apartamentów księżniczki podczas wizyty w Paryżu, a następnie wniosła przeciwko niej skargę. Otrzymała ochronę dodatkową ze względu na wpływowy charakter prześladowców oraz duże prawdopodobieństwo prześladowań jej oraz jej rodziny w wypadku powrotu do Etiopii⁶².

6. Przemoc domowa

Pojęcie „przemocy wobec kobiet” odnosi się do wszelkich aktów przemocy z powodu płci, które powodują lub mogą przynieść kobiecie szkodę albo cierpienie fizyczne, seksualne lub psychiczne. Pojęcie to obejmuje groźbę popełnienia takiego czynu, użycie przymusu i arbitralne pozbawienie wolności, mające miejsce tak w życiu publicznym, jak i w życiu prywatnym.

Definicja ta odnosi się m.in. do przemocy w rodzinie lub wśród osób mieszkających razem, włącznie z agresją fizyczną i psychiczną, znęcaniem się emocjonalnym i psychicznym, przypadkami zgwałceń i wykorzystywania seksualnego, kazirodztwem, gwałtem małżeńskim⁶³ lub przez stałego albo okazjonalnego partnera bądź przez konkubenta, przestępstwami popełnionymi w imię „honoru”, okaleczaniem genitaliów i innymi tradycyjnymi praktykami krzywdzącymi kobiety, jak na przykład wymuszone małżeństwo⁶⁴.

W Deklaracji ONZ z 1993 roku o Eliminacji Przemocy wobec Kobiet wyróżniono trzy poziomy występowania przemocy wobec kobiet: państwo, społeczeństwo i rodzinę. Jak czytamy w niniejszej Deklaracji, przemoc w rodzinie to: maltretowanie przez partnerów, wykorzystywanie seksualne dziewczynek, przemoc związana z posagiem, gwałt małżeński,

⁶² CNDA 06.10.2009, *Mlle H.*

⁶³ „Tylko 9% spośród gwałtów ma miejsce poza domem (np. w ciemnej alejce), do reszty zazwyczaj dochodzi w mieszkaniu. W 83% przypadków sprawcami gwałtów są osoby, które kobieta zna i którym ufa. W 20% są to stali partnerzy, a w 33% mężowie ofiar” (zob.: K. Miłoszewska, http://www.cpk.org.pl/index.php?option=com_content&view=article&id=149:gwat-maeski&catid=120:cpk-w-mediach&Itemid=8#[dostęp: 27.07.2011r.]).

⁶⁴ Por. Zalecenie Rec (2002)5 Komitetu Ministrów do państw członkowskich w sprawie ochrony kobiet przed przemocą oraz *Podręcznik dla Parlamentarzystów – Parlamenti zjednoczone w zwalczaniu przemocy wobec kobiet* (red. A. Rudnicki), Warszawa 2007.

okaleczanie żeńskich narządów płciowych i inne tradycyjne praktyki, które są szkodliwe dla kobiet. Zalicza się tu także naruszanie praw osób pracujących jako pomoc domowa: więzienie ich, brutalność fizyczną względem nich, niewolnicze warunki pracy i przemoc seksualną.

Naczelny Sąd Administracyjny rozpatrywał w 2008 roku skargę kasacyjną kobiety, która występowała o nadanie statusu uchodźcy jako ofiara przemocy domowej. Sąd stwierdził, że można ją uznać za prześladowanie, jeżeli spełnione są pozostałe przesłanki wymienione w Konwencji Genewskiej, które wyjaśnia tzw. dyrektywa kwalifikacyjna⁶⁵.

7. Handel kobietami

Handel ludźmi, mimo oficjalnego i globalnego zakazu znajdującego wyraz w ratyfikacji przez państwa Konwencji Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, jest wciąż aktualnym problemem, nie tylko, jakby mogło się wydawać, na kontynencie afrykańskim.

Skalę problemu oraz jego wagę w oczach wspólnoty międzynarodowej można zilustrować poprzez odwołanie się do licznych tekstów prawnych poruszających tę tematykę:

- art. 4 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka ONZ: zakaz niewolnictwa i handlu niewolnikami,
- art. 8 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych: stan niewoli oraz przestępstwo niewolnictwa i handlu niewolnikami,
- art. 4 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności: zakaz niewolnictwa i pracy przymusowej,
- art. 5 ust. 3 Karty Praw Podstawowych: zakaz handlu kobietami,
- Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet,
- Konwencja o prawach dziecka,
- Konwencja w sprawie zwalczania handlu ludźmi i eksploatacji prostytucji, otwarta do podpisu 21 marca 1950 roku w Lake Sukces,
- Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej.

Niezwykle istotnym dla powyższego problemu jest artykuł 3 Protokołu z Palermo o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu za handel ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi, gdyż zawiera on rozbudowaną definicję handlu ludźmi. „Handel ludźmi” w świetle art. 3 oznacza werbowanie, transport, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie

⁶⁵ Dz. Urz. UE L 31 z 6 lutego 2003 r., s. 18-25.

osób z zastosowaniem gróźb lub użyciem siły lub też z wykorzystaniem innej formy przymusu, uprowadzenia, oszustwa, wprowadzenia w błąd, nadużycia władzy lub wykorzystania słabości, wręczenia lub przyjęcia płatności lub korzyści dla uzyskania zgody osoby mającej kontrolę nad inną osobą, w celu wykorzystania. Wykorzystanie obejmuje, jako minimum, wykorzystanie prostytutki innych osób lub inne formy wykorzystania seksualnego, pracę lub usługi o charakterze przymusowym, niewolnictwo lub praktyki podobne do niewolnictwa, zniewolenie albo usunięcia organów. Jak widać, definicja ta jest znacznie szersza niż tradycyjna wizja handlu ludźmi jako kwestii „sprzedaży dalej” danej osoby.

Unia Europejska przedstawiła swoje stanowisko w rezolucji z dnia 19 maja 2000 roku w sprawie komunikatu Komisji Europejskiej dla Rady Europejskiej i Parlamentu Europejskiego „*Na rzecz dalszych działań w zwalczaniu handlu kobietami*”. W rezultacie, w 2006 roku Parlament Europejski uznał handel kobietami za formę przestępczości zorganizowanej i przyjął zapis o ściganiu osób świadomie korzystających z usług kobiet zmuszanych do prostytucji.

Natomiast decyzja ramowa 2002/629/WSiSW w sprawie zwalczania handlu ludźmi z 19 lipca 2002 roku stanowi uzupełnienie dotychczasowego rozwiązania oraz wzmocnienie postanowień Konwencji Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej wraz z Protokołem o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu za handel ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi i zobowiązuje państwa członkowskie do zapewnienia w ich prawie wewnętrznym możliwości ścigania i karania czynów, które mieszczą się w definicji handlu ludźmi oraz nakłada obowiązek penalizacji wszystkich form przestępstwa handlu ludźmi, a także usiłowania jego popełnienia. Również w wytycznych UNHCR z 2000 roku⁶⁶ wśród zagadnień proceduralnych zwrócono szczególną uwagę na problematykę handlu ludźmi w celu czerpania zysków z wymuszonej prostytucji lub wykorzystania seksualnego jako formy prześladowania⁶⁷.

Wśród innych aktów, które przedmiotem swych rozważań czynią problematykę handlu ludźmi, można wymienić Dyrektywę Rady 2004/81/WE z dnia 29 kwietnia 2004 roku w sprawie zezwolenia na pobyt wydawanego obywatelom państw trzecich będącym ofiarami handlu ludźmi albo będącym wcześniej przedmiotem działań ułatwiających nielegalną

⁶⁶ *Prześladowanie z powodu płci. Wytyczne do zasad i trybu stosowanych w procedurze określania statusu uchodźcy.*

⁶⁷ „W indywidualnych przypadkach, kiedy państwo nie chciało lub nie było zdolne do udzielenia ochrony w kontekście handlu ludźmi, osoba sprzedana w celu wymuszenia prostytucji lub świadczenia usług seksualnych ma zatem podstawę do ubiegania się o status uchodźcy” (zob.: Wysoki Komisarz Narodów Zjednoczonych ds. Uchodźców, *Przemoc seksualna...*, s. 124).

imigrację, którzy współpracują z właściwymi organami, a także Konwencję RE z 3 maja 2005 roku w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi⁶⁸.

Dlatego też, pomimo gwarancji i zapewnień w aktach prawa międzynarodowego i unijnego, obawa przed staniem się ofiarą handlu ludźmi, kiedy państwo pochodzenia nie jest w stanie w rzeczywistości skutecznie zagwarantować ochrony w tym zakresie, jest podstawą do ubiegania się o status uchodźcy. Należy jednak zauważyć, iż nie wszystkie ofiary handlu ludźmi lub jego potencjalne ofiary mogą uzyskać status uchodźcy. W tym celu muszą one udowodnić rzeczywistą obawę przed prześladowaniem na podstawie jednej z przesłanek zapisanych w Konwencji z 1951 roku, czyli rasy, religii, narodowości, przynależności do określonej grupy społecznej lub ze względu na poglądy polityczne oraz udowodnić brak woli lub możliwości udzielenia ochrony ze strony państwa pochodzenia. Wymóg kumulatywnego spełnienia tych przesłanek często powoduje decyzję o odrzuceniu wniosku o udzielenie statusu, jak miało to miejsce w sprawie *Omeredo v. Austria*⁶⁹.

8. Gwarancje proceduralne w postępowaniu o nadanie statusu uchodźcy

Dla zagwarantowania kobietom równego traktowania w postępowaniu o nadanie statusu uchodźcy konieczne jest zastosowanie zasady dyskryminacji wyrównawczej wraz z urzeczywistnieniem zasady sprawiedliwości. Nadto celowym jest wyszczególnienie wyłącznej cechy kobiet, którą jest ich podatność na pewne formy prześladowania. Tych form prześladowania nie doświadczają bowiem mężczyźni. Z uwagi na odmienność form i podstaw prześladowania kobiet, nieuniknione jest dostosowanie pomocy prawnej, medycznej i psychologicznej udzielanej kobietom w postępowaniu o nadanie statusu uchodźcy.

Na podstawie art. 35 Konwencji Genewskiej z 1951 roku oraz art. II Protokołu do niej, UNHCR opublikował w 2000 roku wytyczne pt.: „Prześladowanie z powodu płci. Wytyczne do zasad i trybu stosowanych w procedurze określania statusu uchodźcy”. Z przywołanych wytycznych wynika podstawowy wniosek, a mianowicie, iż prawa kobiet w postępowaniu winny być przestrzegane z należytą starannością. Nadto przyjęto zasadę, iż definicję uchodźcy należy interpretować z uwzględnieniem aspektu płci⁷⁰.

⁶⁸ Dz. U. z 2009 r., Nr 20, poz. 107.

⁶⁹ ECHR, *Application no. 8969/10 by Mary Magdalene OMEREDO against Austria*, lodged on 8 February 2010.

⁷⁰ Por. Wysoki Komisarz Narodów Zjednoczonych ds. Uchodźców, *Przemoc seksualna...*, s.119-120. W przedmiotowych wytycznych opowiedziano się za przyjęciem, że pojęcie prześladowania z powodu płci nie ma znaczenia prawnego, a jest jedynie jednym z kryteriów branych pod uwagę w trakcie rozpatrywania wniosku o nadanie statusu uchodźcy.

Dodatkowo, w przedmiotowych wytycznych warte wyjątkowej uwagi są gwarancje proceduralne⁷¹, w których podkreśla się, iż osoby składające wniosek oparty na przesłance prześladowania ze względu na przynależność do grupy społecznej, w szczególności płci, „a zwłaszcza osoby, które doświadczyły tortur lub przeżyć traumatycznych, wymagają wsparcia i zapewnienia o poufności wniosku”⁷². Jakkolwiek zagadnienia proceduralne w procedurze uchodźczej w ogólności związane są ze szczególnymi procedurami co do traktowania osoby dotkniętej prześladowaniem, to osoby dotknięte torturami lub niehumanitarnym traktowaniem na tle płciowym⁷³ będą wymagały szczególnej staranności w kontakcie, polegającej na odmiennym traktowaniu z uwagi na ich różny status. Sfera przeżyć seksualnych jest zaliczana do sfery wyżej kwalifikowanej niż sfera prywatności – do sfery intymności, której naruszenie nie podlega żadnym wyjątkom⁷⁴.

Co więcej, na forum Organizacji Narodów Zjednoczonych podkreśla się, „aby w ramach procedur nadawania statusu uchodźcy, osoby starające się o status uchodźcy, które mogły doznać przemocy seksualnej, były traktowane ze szczególną wrażliwością”⁷⁵.

Już na przełomie lat 90-tych XX wieku, Komitet wykonawczy UNHCR podkreślał w swoich dokumentach⁷⁶ znaczenie specjalnego traktowania kobiet uchodźców. Mimo upływu czasu, wnioski te są wciąż aktualne. Szczególną uwagę powinno się przykładać do szkolenia urzędników oraz pracowników administracji publicznej z uwzględnieniem aspektu płci oraz zapewniać im odpowiednie materiały edukacyjne. Nie należy lekceważyć i marnować potencjału, jaki wnoszą kobiety uchodźcy, dlatego powinien on być aktywnie wykorzystany z pożytkiem dla nich samych, jak i struktur i organizacji obozów (ośrodków) dla uchodźców.

Niebagatelne znaczenie specjalnego traktowania kobiet uchodźców podkreśla się już na etapie szkolenia urzędników oraz pracowników administracji publicznej z uwzględnieniem aspektu płci oraz zapewnienia im odpowiednich materiałów edukacyjnych. Komitet wielokrotnie zwraca uwagę na rolę odpowiedniego dokumentowania wszelkich danych umożliwiających podejmowanie wczesnych działań prewencyjnych w celu powstrzymania

⁷¹ W przedmiotowych wytycznych zwrócono także szczególną uwagę na problematykę handlu ludźmi w celu czerpania zysków z wymuszonej prostytucji lub wykorzystania seksualnego jako formy prześladowania.

⁷² Wysoki Komisarz Narodów Zjednoczonych ds. Uchodźców, *Przemoc seksualna...*, s. 129.

⁷³ Sfera przeżyć seksualnych jest zaliczana do sfery wyżej kwalifikowanej niż sfera prywatności – do sfery intymności, której naruszenie nie podlega żadnym wyjątkom.

⁷⁴ Por. wyrok SN z 11 marca 1986 roku, I CR 4/86, OSPIKA 1987, nr 4, poz. 86 z aprobowaną glosą A. Kopffa oraz wyrok TK z 21 października 1998 roku, K 24/98, OTK 1998, nr 6, poz. 67.

⁷⁵ Zalecenia Komitetu Wykonawczego nr 73(XIV)(1993).

⁷⁶ *Kobiety – uchodźcy*, nr 60 (XL), 1989, *Kobiety – uchodźcy*, nr 54 (XXXIX), 1988, *Kobiety – uchodźcy a ochrona międzynarodowa*, nr 64 (XLI), 1990, *Kobiety – uchodźcy a ochrona międzynarodowa*, nr 39 (XXXVI), 1985.

eskalacji przemocy fizycznej i seksualnej wobec kobiet, która wciąż stanowi główny powód ich uchodźstwa⁷⁷.

9. Wnioski

W kontekście powyższych rozważań można przedstawić kilka bardzo podstawowych, acz kluczowych wniosków. Po pierwsze, obecna liczba regulacji w sferze gwarancji praw kobiet o nadanie statusu uchodźcy nie przekłada się na odpowiedni stopień ochrony. Następnie, prawa kobiet nie są wystarczająco gwarantowane, mimo, że został zauważony ich szczególny status w postępowaniu o nadanie statusu uchodźcy. Co więcej, prawidłowej ochronie nie służą także kontrowersje związane z rozbieżnościami w określeniu definicji uchodźcy na poziomie światowym i unijnym. Rozbieżności te dotyczą nie tylko interpretacji dokonywanych przez sądy i urzędników, ale występują także między poszczególnymi regulacjami prawnymi. Wyżej zakreślony status zasad prawa unijnego oraz obowiązek ich stosowania przy uwzględnieniu zasady pierwszeństwa nie pozwala na pełnię ochrony uchodźców, w tym kobiet, a w rezultacie uniemożliwia państwom członkowskim UE realizację zobowiązań wynikających z podpisanej przez nich Konwencji Genewskiej z 1951 roku.

Kluczowym zagadnieniem w ustaleniu pozycji kobiety i jej praw w postępowaniu jest wyszczególnienie form prześladowania i ich podstaw, na które kobiety będą się powoływać w stopniu wyższym niż mężczyźni. Wynika to między innymi z traktowania kobiet jako grupy szczególnej troski (*vulnerable group*) i podkreślenia, iż nie mamy tutaj do czynienia z żadną formą dyskryminacji mężczyzn. Taka nomenklatura oraz jej realizacja ma być środkiem do pełnej realizacji praw kobiet w postępowaniu o nadanie statusu uchodźcy na równi z mężczyznami.

Jednakże, jak wynika z powyżej powołanego orzecznictwa, organy czy sądy rzadko czynią wyłączną podstawą pozytywnej decyzji o nadaniu statusu uchodźcy samą przesłankę prześladowania ze względu na płeć. Zazwyczaj owa przesłanka musi być powiązana z dodatkowymi elementami, których zaistnienie miało wpływ na prześladowanie.

Wydaje się, że uznanie płci za samodzielną przesłankę prześladowania jest wysoce pożądane. Umożliwiłoby to uzyskanie ochrony z uwagi na takie formy prześladowania wynikające z warunków kulturowych, jak przemoc domowa, prostytutka czy gwałt małżeński.

⁷⁷ Por. *Kobiety – uchodźcy*, nr 60 (XL), 1989, *Kobiety – uchodźcy*, nr 54 (XXXIX), 1988, *Kobiety – uchodźcy a ochrona międzynarodowa*, nr 64 (XLI), 1990, *Kobiety – uchodźcy a ochrona międzynarodowa*, nr 39 (XXXVI), 1985.

Dopiero wówczas zauważony już w wielu aktach międzynarodowych status kobiety narażonej na szczególne formy prześladowania mogłby uzyskać odpowiednio wysoką ochronę, gwarantującą kobiecie realizację podstawowych praw do życia, zdrowia, bezpieczeństwa, edukacji, wolności od niewolnictwa oraz tortur.

Enhancing the capacity of domestic courts in ex-Yugoslavia to try war crimes: an OSCE/UN project²

1. Introduction

Adjudication of gross violation of human rights by domestic courts, instead of international ones, is a test for a national justice system, and an opportunity to reform or enhance it³. In practical terms, mass crime cannot be dealt with by the extremely short list of international courts and its staff. For at least these two reasons, all efforts to foster states' capacity in addressing international crimes, such as the joint OSCE/UN project presented hereby, deserve attention.

This presentation's humble aim is merely to outline the concerted effort of a network of international and domestic institutions to transfer the capacity of the International Criminal Tribunal for former Yugoslavia (ICTY) to the authorities of Balkan states. The author would like to underscore the holistic approach and to introduce to the Reader some extraordinary activities undertaken in the framework of the massive project. The final assessment of the project's implementation is the object of a specific internal study under way in the time of writing of this paper⁴.

2. Jurisdictions

The ICTY was established by the resolution 827 of the United Nations Security Council in 1993, that is: in the midst of the Balkan conflict. As of today, it has concluded

¹ Autor jest magistrem prawa, aplikantem adwokackim przy Okręgowej Radzie Adwokackiej w Warszawie, Prezesem Zarządu Fundacji Inicjatywa na Rzecz Międzynarodowego Prawa Karnego i Praw Człowieka w Europie Środkowej i Wschodniej.

² At the time of delivering the presentation at the Cracow conference, the author was a consultant to the Rule of Law Unit in the Democratization Department of the Office for Democratic Institutions and Human Rights of the Organization for Security and Co-operation in Europe. For this reason, he deliberately took a more general and descriptive approach to the topic also in this post-conference writing.

³ Compare, for example, S. E. Mendelson and J. K. Glenn (eds.), *The power and limits of NGOs. A critical look at building democracy in Eastern Europe and Eurasia*, Columbia University Press (USA), 2002, p. 227.

⁴ Publicly available appraisals include A. Chehtman's "*Developing Bosnia and Herzegovina's Capacity to Process War Crimes Cases. Critical Notes on a 'Success Story'*" in: "Journal of International Criminal Justice", 2011, first published online June 15, 2011.

proceedings against 126 individuals, while over 30 trials are on-going. The Tribunal has amassed top-quality expertise in international criminal law and humanitarian law, and it has collected a universe of invaluable factual information that can be used either for further prosecution purposes and other initiatives, such as remembrance policies.

Given the time of its establishment, the Tribunal was equipped with primacy over national jurisdictions. Therefore, it has retained an ultimate say on whether a case could be transferred before a court of one of Balkan states. However, also due to its limited capacity, the Tribunal mandate got limited to cover only the “most senior leaders suspected of being most responsible for crimes”⁵ within its jurisdiction, and the date of closure of its operations was determined. The UN Security Council’s resolutions 1503 (2003) and 1534 (2004) introduced the so-called completion strategy, which originally meant that all work of ICTY would be completed by 2010. The resolutions also “call[ed] on the international community to assist national jurisdictions in improving their capacity to prosecute cases transferred from the ICTY”⁶. Eventually, the UN Security Council decided, with resolution 1966 (2010), to establish the International Residual Mechanism for Criminal Tribunals to finish the remaining tasks of ICTY and to maintain the body’s legacy. As the resolution reads, the “mechanism should be a small, temporary and efficient structure, whose functions and size will diminish over time, with a small number of staff commensurate with its reduced functions”, and its most meaningful objective is to try the “fugitives who are among the most senior leaders suspected of being most responsible for crimes”⁷.

It is of little surprise that the need to open trials against lower- and mid-rank suspects at the domestic level has become more and more pressing. In this context, the efforts to strengthen the capacity of most affected Balkan states (Croatia, Serbia and Bosnia and Herzegovina) to deal with the post-conflict justice have been increasing over years, and especially since early 2000s when their courts initiated to process their “own” cases and the ones transferred from the ICTY⁸. For example, 78 individuals heard verdicts in their post-war cases before the War Crimes Chamber and a court of general jurisdiction in Belgrade until September 2011⁹.

5 UN SC Resolution 1503 (2003), Preamble.

6 UN SC Resolution 1503 (2003), Article 1.

7 UN SC Resolution 1966 (2010), Preamble.

8 The ICTY retains the power to transfer back the cases, especially due to “a failure to diligently prosecute a referred case or conduct a fair trial” (ICTY, Referral Bench, Decision on Referral of Case Under Rule 11 bis, in the case *Prosecutor v. Stanković & Janković* (IT-96-23/2) “Foča”, 22 July 2005, para. 102.

9 Data provided on the website of the Office of the War Crimes Prosecutor of the Republic of Serbia, http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/pocetna_eng.htm (accessed October 6, 2011).

Regrettably, not all of those efforts have been efficient to a satisfactory extent. A report that paved the way for the project discussed in this paper revealed “lack of a systematic approach [in capacity-building], coupled with a tendency to approach knowledge transfer as a one-off event”¹⁰. Trainings by external experts would oftentimes be irrelevant or of poor quality, also because of little understanding of local needs¹¹. Nor the art of case management would be particularly well supported, despite its acute importance vis-à-vis the complexity of war-related violations of international law where one needs to take into account, for example, a significant amount of evidence, and variety of modes of responsibility that international criminal law employs to contain the complicity of multiple perpetrators¹².

3. The project

Confronted with the scale of identified shortcomings, some most influential and capable institutions decided to embark, in 2010 and 2011, on the War Crimes Justice Project (WCJP). It was funded by the European Union’s Fund for Stability and co-ordinated by the Office for Democratic Institutions and Human Rights, the Warsaw-based institution of the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE). Other chief partners were the ICTY and the United Nations Interregional Crime and Justice Research Institute (UNICRI) as well as the OSCE field operations in the Balkans¹³.

In general, the purpose of the Project was to support the transfer of expertise and materials on war crimes cases from the Tribunal and to assist national authorities in handling war crimes trials in an effective and fair manner. In particular, the Project encompassed the delivery of knowledge through information and communications technology. Preparatory work has been carried out with the aim of creation of a (a) comprehensive and updatable international criminal law curriculum, tailored to jurisdictions of Serbia, Croatia, and Bosnia and Herzegovina; (b) an e-learning portal allowing for self-learning in the field of international humanitarian law for professionals dealing with war crimes cases; (c) a regional digest of national jurisprudence, in order to foster information and knowledge exchange between practitioners and institutions dealing with similar or these same events. In addition to that, the ICTY’s Appeals Chamber Case Law Research Tool has been translated into local

10 V. Ullom, W. Wiley, and L. Hellman (replacing B. Mijatovic) for OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, in conjunction with the UN International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia and the UN Interregional Crime and Justice Research Institute, *Supporting the Transition Process: Lessons Learned and Best Practices in Knowledge Transfer. Final Report*, 2009, p. 10.

11 *Ibidem*.

12 *Ibidem*.

13 The project website is <http://www.osce.org/odihr/74803>.

languages. “This activity aimed at allowing practitioners to consult a wide range of appeal chamber cases was completed by the end of 2010. Over 175,000 words of the [...] database are now available in Bosnian, Croatian and Serbian.”¹⁴.

Transfer of knowledge was exercised also through delivering of targeted ‘live’ training to prosecutors, judges, investigators, and court support staff on specialist war crimes-related issues. The project involved also a series of peer-to-peer meetings, at both the national and regional level, among concerned legal professionals. These forums not only enabled the participants to discuss some most pertinent and common legal issues among themselves and together with their colleagues from the ICTY. What is equally crucial, such personal encounters created an opportunity to overcome prejudices or mistrust, and to facilitate future cross-border co-operation between individuals coming from different parts of the region and representing different legal corps (judges and prosecutors).

Another component of the project was much more straightforward, and at the same time very labour- and cost-consuming, and of immense value for the beneficiaries. It was about translation of selected ICTY case transcripts from English or French into the languages of the region, in order to allow for their use in national proceedings. “Out of the overall target of 60,000, a total of 19,000 pages have been transcribed and 4500 were handed over to the authorities in Bosnia Herzegovina, Croatia and Serbia [by 2010]. The lack of case transcripts had been identified as a major gap in the investigation, prosecution and adjudication of war crimes cases by domestic courts.”¹⁵.

A bunch of activities benefited local defence counsels. The Project envisaged the delivery of training and the production of a manual focusing on specifics of practice in war-related trials. This was because, it had been concluded, local attorneys often lacked some knowledge in the fields of international criminal law and international humanitarian law or were not fully acquainted with evidence collection or negotiating plea agreements and so forth. This is why the Project aimed at making the counsels more familiar with most effective and innovative, or less known in local jurisdictions, practices utilised by members of the Association of Defence Counsel practicing before the ICTY. Examples of this know-how are devising of a case theory, disclosure of evidence, techniques of defence investigations, the art of cross-examination, or plea-bargaining. The manual, published in English,

14 V. Ullom *et al.*, *op. cit.*, p. 10.

15 2010 Annual Report on the Instrument for Stability, from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM(2011) 494 final, Part I, accompanying document: Commission Staff Working Paper, SEC(2011) 1000 final August 16, 2011, p. 113.

Bosnian/Croatian/Serbian and Albanian languages, and other defence-oriented initiatives contributed to ensuring that equality of arms is a reality in adjudicating violations of international criminal law and international humanitarian law.

Another cluster of initiatives addressed – indirectly – the usually most vulnerable actors of criminal justice: witness and victims. International crimes result in an acute need for support in dealing with trauma, claiming reparations, re-settlement, preparation for testifying in the judicial process, and so forth. Therefore, the idea of WCJP Project was to enhance the support capacities of the non- and governmental sector (as, indeed, local structures differ significantly among concerned states), principally through training of trainers and direct training of support-services staff. In addition, within this area, the Project identified needs for a manual on witness and victims support, and for peer-to-peer meetings among respective professionals.

This non-exhaustive listing indicates the Project’s high ambitions. On a more technical level, the implementing partners committed themselves to run activities on the basis of extensive and on-going needs assessment, planning and tailoring; to systematize and preserve institutional memory; and to bring about a comprehensive and sustainable change. Substantively, the overall and long-term goal was to create more favourable conditions for a sustainable peace and security, improve fairness and efficiency of adjudication, and to bring justice for victims¹⁶.

4. Conclusion

Activities such as those undertaken in the framework of the WCJP project are expected to bridge gaps between the expertise of long-experienced professionals working at the international level and their colleagues who had less opportunity to develop in the relevant fields of law. Because this underprivileged position of local lawyers is by no means the case only in the Balkans, stakeholders in other countries, not excluding Poland, should also draw lessons from the WCJP endeavor. Shortage of relevant human resources can have a chilling effect on states willing to exercise their jurisdiction over international crimes. In order to address problems of that kind, the permanent International Criminal Court implements the so-called positive complementarity, a proactive policy of cooperation aimed at promoting national proceedings¹⁷. By law, “prosecutors and judges from all over the world (...) continue

¹⁶ Project description, on file with the author.

¹⁷ Office of the Prosecutor of the ICC, *Prosecutorial Strategy. 2009-2012*, February 1, 2010, para. 16, <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/66A8DCDC-3650-4514-AA62->

to bear primary responsibility for investigating and prosecuting the crimes within the jurisdiction of the Court [...].”¹⁸.

The regional dimension of the project evidences there is space not only for a top-down transfer of expertise, but also for horizontal exchange (see, for example, the idea of the regional digest of jurisprudence). One should praise states willing to share their experience with their neighbours and wider international community, as this can only decrease the impunity gap.

D229D1128F65/281506/OTPPProsecutorialStrategy20092013.pdf (last accessed October 10, 2011).

¹⁸ Statement made by Luis Moreno-Ocampo at the ceremony for the solemn undertaking of the Chief Prosecutor of the ICC, 16 June 2003.

Wolność sumienia i wyznania w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i polskiego Trybunału Konstytucyjnego

Współczesna Europa staje przed problemem konfliktu aksjologicznego – czerpiąca z chrześcijańskich korzeni społeczność zaczyna pytać o swoją tożsamość. Szyldowe określenia, takie jak „katolicka Hiszpania” czy „liberalna Holandia”, nie są w stanie pomieścić całej różnorodności społeczeństw krajów europejskich. W świecie, gdzie każdy ma prawo do swojej opinii, jednostka zaczyna akcentować swoją indywidualność, także poprzez określenie swojego światopoglądu, częścią którego jest religia lub jej brak. Istnienie różnorodności światopoglądowej często wywołuje napięcia i niepokoje. Jest także przyczyną nieporozumień powodujących wkroczenie w wolność sumienia i wyznania, zarówno na płaszczyźnie wertykalnej, przez państwo, jak i horyzontalnej, pomiędzy jednostkami.

Wolność sumienia i wyznania jest zagwarantowana w art. 9 Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności² – dokumencie wypracowanym na forum Rady Europy i podpisanym przez wszystkie kraje członkowskie tej organizacji. Organem powołanym na mocy Konwencji jest Europejski Trybunał Praw Człowieka³, który posiada jurysdykcję do rozpatrywania skarg indywidualnych i międzypaństwowych na naruszenie gwarancji konwencyjnych przez państwa-strony⁴. Wyroki ETPC wiążą bezpośrednio państwa, będące stroną danego postępowania – w przypadku wykazania naruszenia praw konwencyjnych nie tylko zasądzane jest odszkodowanie, lecz także państwo, które naruszyło dane prawo, jest zobligowane do usunięcia przyczyn naruszenia, np. poprzez zmianę prawa. Jako przykład można wskazać orzeczenie *Kudła przeciwko Polsce*, skutkiem

¹ Autorka jest studentką V roku prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, wolontariuszką Ośrodka Międzynarodowego Prawa Humanitarnego i Praw Człowieka WPiA UJ.

² Dalej nazywana EKPC lub Konwencją.

³ W dalszej części artykułu zamiast Europejski Trybunał Praw Człowieka użyto skrótu ETPC lub określenia „Trybunał”.

⁴ J. Hołda, Z. Hołda, D. Ostrowska, J. A. Rybczyńska *Prawa człowieka. Zarys wykładu*. Warszawa 2008, s. 59 i n.

którego wprowadzono ustawą z dnia 17 czerwca 2004 roku⁵ skargę na przewlekłość postępowania. Co ciekawe, wyroki Trybunału wiążą pośrednio każde państwo-stronę. Stanowią domniemanie, że w podobnej sprawie zdanie Trybunału będzie identyczne⁶.

Artykuł 9 EKPC gwarantuje prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania; prawo to obejmuje wolność zmiany wyznania lub przekonań oraz wolność uzewnętrzniania indywidualnie lub wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie, swego wyznania lub przekonań przez uprawianie kultu, nauczanie, praktykowanie i czynności rytualne. W ustępie 2 jest zawarta klauzula limitacyjna, tj. określająca sytuacje i warunki, w których prawo może zostać ograniczone. Ograniczenia te muszą być przewidziane przez ustawę i konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na interesy bezpieczeństwa publicznego, ochronę porządku publicznego, zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób. Trybunał rozpatrując konkretny przypadek, po dostrzeżeniu w badanym stanie faktycznym istnienia wartości chronionej konwencyjnie i naruszenia danego prawa, stosuje trzystopniowy test składający się z testu legalności, celowości i konieczności. Test legalności sprawdza, czy ingerencja w daną wartość chronioną konwencyjnie znajdowała oparcie w obowiązującym prawie, które musi spełniać warunki takie jak: dostępność, przewidywalność, istnienie środków kontroli. Prawo to musi być obowiązujące w momencie ingerencji. Co ciekawe, Trybunał dopuszcza także oparcie ingerencji na normie niepisanej, obowiązującej w systemie *common law* (sprawa *Sunday Times v. Wielka Brytania*). Może być to norma ustawowa, jak i pozaustawowa, przy czym zgodnie z polską Konstytucją ograniczenia dotyczące korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanowione wyłącznie w ustawie. Test celowości polega na rozpatrzeniu, czy ingerencja w dane prawo miała znaczenie dla ochrony wartości przewidzianych w klauzuli limitacyjnej. Test konieczności zakłada wyważenie ochrony prawa jednostki i interesu społecznego, ze względu na który nastąpiła limitacja.

Inny przypadek ograniczenia praw człowieka przewiduje art. 15 EKPC, który określa przesłanki tzw. derogacji – czasowego odstąpienia od wykonywania niektórych zobowiązań konwencyjnych. Derogacja może nastąpić wyjątkowo, w przypadku wojny lub innego niebezpieczeństwa zagrażającego życiu narodu. Również i w tym przypadku został zawarty test legalności, jednak prawem będącym podstawą ograniczenia jest prawo międzynarodowe. Wymóg zgodności z prawem krajowym jest wyinterpretowany z celu i przedmiotu traktatu oraz zasady *rule of law*. Klauzula derogacyjna zawiera także wykaz praw niederogowalnych,

⁵ Ustawa z dnia 17 czerwca 2004 roku o skardze na naruszenie prawa strony do rozpoznania sprawy w postępowaniu sądowym bez nieuzasadnionej zwłoki (Dz. U. z 2004 r., Nr 179, poz.1843).

⁶ J. Hołda *et al.*, *op. cit.*, s. 64.

do których należą prawo do życia, zakaz tortur, zakaz niewolnictwa, zakaz karania bez podstawy prawnej, zakaz ponownego sądenia lub karania za to samo przestępstwo⁷.

Zakres danego prawa Trybunał zakreśla, stosując różne praktyki interpretacyjne, wśród których jest koncepcja marginesu swobody oceny. Zakłada ona, że w przypadku, gdy nie wykształciła się określona praktyka wśród państw-stron (konsensus), każde państwo-strona ma prawo do pewnej swobody w interpretacji danej gwarancji konwencyjnej⁸.

Rozpatrując treść gwarancji z art. 9 EKPC, warto odnieść się do orzecznictwa Trybunału. W wyroku *Agga przeciwko Grecji*⁹ Trybunał przypomniał, że: „Swoboda myśli, sumienia i wyznania jest jedną z podstaw demokratycznego społeczeństwa w rozumieniu Konwencji. Pluralizm, nieodłącznie związany z demokratycznym społeczeństwem, drogo okupiony przez wieki, jest warunkiem jej poszanowania. Wprowadzenie ograniczeń wolności religii może być w pewnych okolicznościach konieczne, aby pogodzić interesy różnych grup religijnych. Każda taka ingerencja musi jednak odpowiadać pilnej potrzebie społecznej i być proporcjonalna do uprawnionego celu, w którym ją podjęto”. W cytowanym orzeczeniu stwierdzono również: „Trybunał nie wykluczył możliwości napięć ze względu na podziały wspólnoty religijnej lub jakiegokolwiek innej. Jest to jedna z cech pluralizmu. Rola władz nie polega na usuwaniu przyczyn napięcia przez eliminowanie pluralizmu, ale na zapewnieniu warunków do tego, aby konkurujące grupy wzajemnie się tolerowały.”

W wyroku *Kościół Metropolitalny Besarabii i inni przeciwko Mołdowie*¹⁰ zauważono natomiast, że: „Przy ocenie, czy była konieczna [ingerencja] w demokratycznym społeczeństwie, Trybunał przypomniał, że przedmiot ochrony art. 9: wolność myśli, sumienia i wyznania w swoim wymiarze religijnym, jest jednym z podstawowych składników tożsamości wiernych i ich koncepcji życia, ma jednak również znaczenie dla ateistów, agnostyków, sceptyków lub osób religijnie obojętnych. Wynika to z ciężko wywalczonego przez wieki pluralizmu.

Wolność religijna należy przede wszystkim do sfery wewnętrznej człowieka, ale wiąże się z manifestowaniem religii, indywidualnie lub prywatnie lub wspólnie, publicznie i w kręgu współwyznawców. Artykuł 9 wymienia różne formy manifestowania religii lub przekonań,

⁷ B. Gronowska, T. Jasudowicz, M. Balcerzak, M. Lubiszewski, R. Mizerski, *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010, s. 234 i n.

⁸ *Ibidem*.

⁹ *Agga przeciwko Grecji*, orzeczenie z dnia 17 października 2002 roku [w:] M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 1999-2004*, Kraków 2005, s. 947 i n.

¹⁰ *Kościół Metropolitalny Besarabii i inni przeciwko Mołdowie*, orzeczenie z dnia 13 grudnia 2001 roku [w:] M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 1999-2004*, s. 942 i n.

nie chroni jednak każdego aktu motywowanego lub inspirowanego przez religię lub przekonanie. (...)

Przy korzystaniu z uprawnień do wprowadzania ograniczeń i w stosunkach z różnymi religiami, kultami i wyznaniem, państwo ma obowiązek zachować bezstronność. Wynika to z potrzeby zachowania pluralizmu i prawidłowego funkcjonowania demokracji. Jedną z głównych cech jest możliwość rozwiązywania problemów przez dialog i bez przemocy. Rola władz nie polega więc na usuwaniu napięć przez eliminowanie pluralizmu, ale na zapewnieniu tolerancji.

W zasadzie prawo do wolności religii chronione w Konwencji nie pozwala, by państwo oceniało charakter przekonań religijnych lub sposób ich wyrażania”.

W wyroku *Hasan i Chaush przeciwko Bułgarii*¹¹ (wyrok Wielkiej Izby) Trybunał przypominał, że: „Z wyjątkiem bardzo szczególnych wypadków prawo do wolności religii wyklucza wszelką swobodę państwa w ocenie, czy przekonania religijne lub środki użyte do ich wyrażania są uprawnione”.

W wyroku *Larissini i inni przeciwko Grecji*¹² Trybunał stwierdził natomiast, że: „Artykuł 9 nie chroni każdego aktu motywowanego lub inspirowanego przez religię lub przekonania. Nie chroni prozelityzmu (nakłaniania na przejście na inną wiarę) przy użyciu niewłaściwych metod, takich jak np. oferowanie przywilejów materialnych lub socjalnych, lub stosowania nieuprawnionego nacisku w celu przyciągnięcia do kościoła nowych członków”.

W wyroku *Mirolubovos i inni przeciwko Łotwie*¹³ zauważono, że: „W społeczeństwie demokratycznym, w którym współistnieje wiele religii lub odmian tej samej religii, może okazać się konieczne objęcie tej wolności ograniczeniami umożliwiającymi pogodzenie ze sobą interesów rozmaitych grup i zapewnienia poszanowania przekonań każdego. Jednak przy wykonywaniu swoich uprawnień regulacyjnych w tej dziedzinie oraz w relacjach z różnymi religiami, kultami i wyznaniem państwo musi pozostać neutralne i bezstronne. Wynika to z obowiązku zachowania pluralizmu i zapewnienia dobrego funkcjonowania demokracji. Artykuł 9 Konwencji nie może być jednak używany do osłabienia roli wiary lub kościoła, do którego należy historycznie lub kulturowo ludność danego kraju”. W cytowanym orzeczeniu wskazano również, iż „W społeczeństwie demokratycznym państwo nie ma obowiązku

¹¹ *Hasan i Chaush przeciwko Bułgarii*, orzeczenie z dnia 26 października 2000 roku [w:] M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 1999-2004*, s. 937 i n.

¹² *Larissini i inni przeciwko Grecji*, orzeczenie z dnia 24 lutego 1998 roku [w:] M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Orzecznictwo 1998*, Warszawa 1999, s. 119 i n.

¹³ *Mirolubovos i inni przeciwko Łotwie*, orzeczenie z dnia 15 września 2009 roku [w:] M. A. Nowicki, *Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 2009*, Warszawa 2010, s. 248 i n.

podejmowania środków mających zagwarantować, aby wspólnoty religijne zostały poddane lub pozostały pod jednolitym kierownictwem. Rola władz w takim przypadku nie polega na usuwaniu przyczyn napięcia przez eliminowanie pluralizmu, ale na zapewnieniu wzajemnej tolerancji grup pozostających wobec siebie w opozycji”.

Wydaje się, że zaprezentowana linia orzecznicza nie została uwzględniona w szeroko komentowanym w doktrynie wyroku Izby w sprawie *Lautsi przeciwko Włochom*¹⁴. Skarżąca, pani Lautsi, zarzuciła, że wieszanie krzyża w klasie szkoły publicznej narusza prawo jej i jej dzieci do wolności światopoglądu. Powołała się na naruszenie art. 9 Konwencji oraz art. 2 I Protokołu Dodatkowego¹⁵, który brzmi: „Nikt nie będzie pozbawiony prawa do nauki. Wykonując swoje funkcje w dziedzinie wychowania i nauczania, Państwo będzie szanowało prawo rodziców do zapewnienia wychowania i nauczania zgodnie z ich własnymi przekonaniem religijnymi i filozoficznymi”.

Rozstrzygnięcie Trybunału, przyznające rację skarżącej, jest bardzo kontrowersyjne. Otóż dotychczas pluralizm był rozumiany przez Trybunał jako współistnienie w przestrzeni publicznej wielu religii; w wyroku *Lautsi przeciwko Włochom* został on sprowadzony do określenia braku symboli religijnych w życiu publicznym. W tym orzeczeniu znajdziemy stwierdzenie: „Trybunał nie wyobraża sobie, w jaki sposób obecność w klasach szkół publicznych symbolu [krucyfiksu], który w sposób racjonalny kojarzy się z katolicyzmem (religia wyznawana przez większość Włochów), może służyć edukacyjnemu pluralizmowi, który jest niezbędny do zachowania <demokratycznego społeczeństwa> w rozumieniu Konwencji”. Trudno nie dostrzec, że Trybunał przeczy swoim wcześniejszym poglądom. Gdy wcześniej stwierdzał, że państwo powinno dążyć do zapewnienia wzajemnej tolerancji, a nie niweczenia pluralizmu, teraz postuluje za usunięciem krzyża ze szkół. Skoro przyjmuje się, że wolność z art. 9 obejmuje wewnętrzną autonomię jednostki (*forum internum*) oraz sferę uzewnętrzniania wyznania lub przekonań (*forum externum*), to oczywistym wydaje się fakt współistnienia (także w przestrzeni publicznej) obok siebie ludzi eksponujących swoje różne poglądy religijne¹⁶. Dlatego uzasadnionym jest, aby uczyć tolerancji wobec innych poglądów religijnych już od najmłodszych lat, także w szkole. Jedyne pytanie, jakie pojawia się na gruncie sprawy *Lautsi przeciwko Włochom*, to fakt, że to państwo ustanowiło obowiązek

¹⁴ *Lautsi przeciwko Włochom*, orzeczenie z dnia 3 listopada 2009 roku, wyrok Izby, <http://bip.ms.gov.pl/pl/prawa-czlowieka/europejski-trybunal-praw-czlowieka/orzecznictwo-europejskiego-trybunalu-praw-czlowieka/orzeczenia-europejskiego-trybunalu-praw-czlowieka-w-sprawach-dotyczacych-innych-panstw/>

¹⁵ Protokół nr 1, Paryż, 20 marca 1952 r. (Dz. U. z 1995 r., Nr 36, poz. 175 z późn. zm.).

¹⁶ Por. L. Garlicki, P. Hofmański, A. Wróbel, *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do art. 1-18*, tom I, Warszawa 2010, s. 552 i n.

umieszczania krzyży w szkołach. Ciekawe, jak Trybunał rozsądziłby przypadek, gdyby to katolicycy rodzice (większość) zdecydowali o powieszeniu krzyża w klasie wbrew woli mniejszości? Wydaje się, że istota problemu nie leży w obecności symboli religijnych w życiu publicznym, tylko w świadomości danej społeczności, w krytycznym podejściu do osób o odmiennym światopoglądzie.

Krytyka tego orzeczenia jest uzasadniona z wielu powodów. Przede wszystkim należy zauważyć, że obecności krzyża w przestrzeni publicznej broni wiele faktów – m.in. ten, że krzyż jest symbolem nie tylko religijnym, ale także przejawia wartości, na których oparta jest cała europejska cywilizacja. Ponadto sama skarżąca przedstawiła historię umieszczania krucyfiksu w szkołach i urzędach – w przypadku Włoch tradycja uzasadnia obecność krzyży. Warto także zauważyć, że obecność jakiegokolwiek symbolu religijnego w szkołach nie neguje istnienia innych wyznań ani religii, które bardzo często odwołują się do chrześcijaństwa (np. Islam, którego wyznawcy uznają Jezusa za jednego z proroków Allacha). Nie jest przekonujący argument Trybunału, że umieszczenie krzyża w szkole może stanowić presję na uczniów niepraktykujących tej religii lub wyznających inną religię. Wydaje się, że to szkoła powinna uczyć wzajemnej tolerancji, opartej na szacunku do drugiego człowieka, który nie może podlegać wartościowaniu ze względu na jakiekolwiek kryterium. W aprobowanej glosie wyroku *Lautsi przeciwko Włochom* Ireneusz Kamiński zauważył, że sukces w tej sprawie był skutkiem powołania się na naruszenie art. 9 w koniunkcji z art. 2 I Protokołu Dodatkowego. Autor ten podkreśla, że kwestionowanie obecności krzyża może nastąpić wyłącznie w nawiązaniu do prawa rodziców wychowania dzieci zgodnie z ich przekonaniem religijnymi¹⁷.

Nasuwa się jednak pewna wątpliwość, czy sama obecność krzyża w szkole może przeszkodzić rodzicom w realizacji tego prawa. Czy jest jednak uprawnione wyciąganie tak daleko idących wniosków? Sprawa *Lautsi przeciwko Włochom* została przekazana do rozpatrzenia przez Wielką Izbę¹⁸ na skutek wniosku złożonego przez rząd włoski. Wielka Izba stwierdziła, że w powyższym stanie faktycznym nie doszło do naruszenia gwarancji konwencyjnej. Argumenty podane w uzasadnieniu częściowo pokrywają się z zaprezentowanymi powyżej. Przede wszystkim odwołano się do marginesu swobody

¹⁷ Zob. I. Kamiński, *Nakaz obecności krzyża we włoskiej szkole. Glosa do wyroku ETPCz z 3.11.2009 r. w sprawie „Lautsi v. Włochom”*, „Europejski Przegląd Sądowy”, marzec 2010, s. 40 i n.

¹⁸ Wyrok z dnia 18 marca 2011 roku,

<http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionId=3090485&skin=hudoc-en>

oceny¹⁹. Trybunał stwierdził również, że drugie zdanie art. 2 I Protokołu Dodatkowego nie zakazuje państwu przekazywać wiedzy poprzez nauczanie bezpośrednio lub pośrednio religijnych lub filozoficznych treści. Ten artykuł nie zakazuje również rodzicom sprzeciwiać się tego rodzaju nauczaniu w szkole. Zauważono również, że celem tego rozwiązania było zapewnienie pluralizmu edukacji, który umożliwi uczniom formułowanie samodzielnych poglądów, także na tematy religijne. Państwo nie może wpływać na cel indoktrynacji, bowiem mogłoby to być uznane za nierespektowanie przekonań religijnych lub filozoficznych rodziców. Jest to granica, której państwo przekroczyć nie może²⁰. Sam krzyż nazwano „biernym symbolem”, zauważono, że wpływ obecności krucyfiksu w klasie na uczniów jest znikomy w porównaniu z treściami przekazywanymi przez nauczyciela lub uczestniczeniu w zajęciach z religii²¹.

Należy zauważyć, że pomimo wydania wyroku przez Wielką Izbę w sprawie *Lautsi przeciwko Włochom*, nie jest wykluczone, że w przyszłości Trybunał nie wróci do rozstrzygnięcia podobnych kwestii.

Rozpatrując zagadnienie wolności religijnej, warto przyjrzeć się, jak wygląda polskie rozwiązanie.

Artykuł 25 Konstytucji RP zapewnia wolność religijną na poziomie instytucjonalnym, zaś w ustępie 1 tego artykułu mowa o równouprawnieniu kościołów i innych związków religijnych. Ustęp 2 nakazuje władzom publicznym Rzeczypospolitej Polskiej zachować bezstronność w sprawach przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych, zapewniając swobodę ich wyrażania w życiu publicznym. Wolność sumienia i religii zapewnia jednostce art. 53 Konstytucji. Warto zwrócić uwagę na jego ustęp 3, który stanowi, że: „Rodzice mają prawo do zapewnienia dzieciom wychowania i nauczania moralnego

¹⁹ Dosłownie: “*The Court takes the view that the decision whether or not to perpetuate a tradition falls in principle within the margin of appreciation of the respondent State. The Court must moreover take into account the fact that Europe is marked by a great diversity between the States of which it is composed, particularly in the sphere of cultural and historical development. It emphasises, however, that the reference to a tradition cannot relieve a Contracting State of its obligation to respect the rights and freedoms enshrined in the Convention and its Protocols*”.

²⁰ Dosłownie: “*In particular, the second sentence of Article 2 of Protocol No. 1 does not prevent States from imparting through teaching or education information or knowledge of a directly or indirectly religious or philosophical kind. It does not even permit parents to object to the integration of such teaching or education in the school curriculum. On the other hand, as its aim is to safeguard the possibility of pluralism in education, it requires the State, in exercising its functions with regard to education and teaching, to take care that information or knowledge included in the curriculum is conveyed in an objective, critical and pluralistic manner, enabling pupils to develop a critical mind particularly with regard to religion in a calm atmosphere free of any proselytism. The State is forbidden to pursue an aim of indoctrination that might be considered as not respecting parents' religious and philosophical convictions. That is the limit that the States must not exceed*”.

²¹ “*Furthermore, a crucifix on a wall is an essentially passive symbol and this point is of importance in the Court's view, particularly having regard to the principle of neutrality (...). It cannot be deemed to have an influence on pupils comparable to that of didactic speech or participation in religious activities*”.

i religijnego zgodnie ze swoimi przekonaniem”. Szczegółowe gwarancje i rozwiązania przewiduje ustawa z dnia 17 maja 1989 roku o gwarancjach wolności sumienia i wyznania²².

Na gruncie tych przepisów oraz rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z dnia 13 lipca 2007 roku zmieniającego rozporządzenie w sprawie warunków i sposobu oceniania, klasyfikowania i promowania uczniów i słuchaczy oraz przeprowadzania sprawdzianów i egzaminów w szkołach publicznych²³, które przewidywało wliczanie do średniej ocen oceny z religii, powstał problem, badany przez Trybunał Konstytucyjny²⁴, czy powyższy obowiązek jest zgodny z Konstytucją oraz ustawą o gwarancjach swobody sumienia i wyznania. Wnioskodawca argumentował, że fakt wliczania oceny z religii do średniej niejako zmusza uczniów do brania udziału w tych zajęciach. Dodatkowo wskazał, że uczeń często nie ma alternatywy w postaci etyki, która jest nauczana tylko w około 10% polskich szkół. Ponadto zarzucono, że inna jest podstawa wystawienia oceny z religii (oprócz wiedzy także stopień zaangażowania, postawa religijna), a inna z etyki – pod uwagę jest brana tylko wiedza, w konsekwencji czego łatwiej uzyskać dobrą ocenę z religii niż z etyki. Jak twierdzi wnioskodawca: „Oceniana jest nie tylko wiedza w sprawach religijnych, ale także pobożność. W ten sposób państwo przyjmuje na siebie, przynajmniej częściowo, odpowiedzialność za efektywność przyswajania prawd wiary i religijnych zasad moralnych przez uczniów uczęszczających na katechezę szkolną; przyczynia się do konsolidowania doktryny religijnej, staje się religijnie zaangażowane, nabiera cech państwa wyznaniowego, przestaje być państwem świeckim, neutralnym światopoglądowo”.

Trybunał stwierdził, że wskazana podstawa jest zgodna ze wzorcem, tj. art. 25 ust. 1 i 2 oraz art. 53 Konstytucji i art. 10 ust.1 ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania. W uzasadnieniu wyroku Trybunał Konstytucyjny szeroko nawiązuje do gwarancji z art. 9 EKPC oraz do interpretacji tego artykułu wypracowanej przez ETPC. Odniósł się także do orzeczenia Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Saniewski przeciwko Polsce* z dnia 26 czerwca 2001 roku²⁵, gdzie stwierdzono, że: „Nie stanowią pogwałcenia praw gwarantowanych przez art. 9 sytuacje, w których organizowana jest w szkołach państwowych dobrowolna edukacja religijna lub gdy istnieje możliwość zwolnienia z obowiązkowych zajęć z religii, a także gdy przewidziane jest przyznawanie na

²² Dz. U. z 1989 r., Nr 29, poz. 155.

²³ Dz. U. z 2007 r., Nr 130, poz. 906.

²⁴ Sygn. akt U 10/07.

²⁵ Orzeczenie znajduje się w internetowej bazie danych Europejskiego Trybunału Praw Człowieka dostępnej pod adresem: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionId=3090485&skin=hudoc-en>

świadectwach szkolnych stopni za uczestnictwo w takich zajęciach lub w alternatywnych zajęciach z etyki”.

Trybunał Konstytucyjny wyjaśnił także, jak rozumie określenie „państwo świeckie”, argumentując, że: „<Państwo świeckie> należy odczytywać w kontekście bazy aksjologicznej Konstytucji. Określenie <państwo świeckie>, jak wspomniano, występuje w nielicznych konstytucjach (np. Francji), co jest wynikiem tradycji danego kraju. Nie ma współcześnie jednej formuły państwa świeckiego, aczkolwiek da się wyróżnić jego podstawowe cechy. Państwa świeckiego nie należy współcześnie utożsamiać tylko z jego skrajną formułą zupełnej separacji państwa od kościołów i związków wyznaniowych, także w zakresie nauczania religii w szkołach publicznych. W Polsce, tradycji skrajnie pojmowanego państwa świeckiego nigdy nie było. Jak wspomniano, określenia takiego nie było nawet w Konstytucji PRL. Należy przypomnieć, że z powodów polityczno-koniunkturalnych, także w PRL były okresy nauczania religii w szkołach państwowych. Począwszy od roku 1989 – aż do czasu uchwalenia Konstytucji z 1997 roku – dokonywano zmian w polskim porządku prawnym, również w celu dostosowania go, w zakresie wolności sumienia i wyznania, do wymogów współczesnego pluralistycznego społeczeństwa demokratycznego. Przyjęta w Konstytucji z 1997 roku formuła jest pewnym kompromisem między różnymi propozycjami; odzwierciedla to zwłaszcza art. 25 Konstytucji, w którym występuje pojęcie bezstronności władz publicznych oraz autonomii i wzajemnej niezależności. Nowe pojęcia zamieszczone w Konstytucji z 1997 roku stwarzają często problemy interpretacyjne, zwłaszcza w konfrontacjach z niektórymi wcześniejszymi od Konstytucji ustawami; wszak np. ustawa o gwarancjach została uchwalona w dniu 17 maja 1989 roku, ale to Konstytucja z 1997 roku tworzy podstawę aksjologiczną interpretacji ustaw, także przepisów ustawy o gwarancjach. Zdaniem Trybunału, z Konstytucji, zwłaszcza z art. 25 i art. 53, wynika neutralny światopoglądowo, świecki w istocie swej charakter państwa, zgodny jednak ze wspomnianymi wcześniej tradycjami i współczesnymi polskimi uwarunkowaniami społecznymi, ale odpowiadający wymaganiom współczesnego państwa demokratycznego”.

Trybunał wskazał także, jak należy interpretować pojęcie „bezstronność”. Uznał, że nie może ona oznaczać „faktycznej równości instytucjonalnej między kościołem rzymskokatolickim (dominującym w Polsce pod względem wyznawców) a innymi związkami wyznaniowymi”. Jednocześnie nie może oznaczać takich działań państwa, które aprobowałyby pozycję dominującą jednego kościoła przy dyskryminacji innych kościołów lub związków wyznaniowych. Trybunał zaznaczył, że państwo nie może ingerować w strukturę świadomości społecznej, a pojęcie bezstronności ściśle wiąże się

z poszanowaniem wolności przekonań religijnych i światopoglądowych oraz wolności ich wyrażania w życiu publicznym.

Trybunał wskazał również, że wolność religii nie prowadzi do równości faktycznej, co spowodowane jest tym, że przeważająca część społeczeństwa jest wyznania rzymskokatolickiego. Zauważył, że możliwa jest sytuacja, gdy wybór przedmiotu dodatkowego przez uczniów lub rodziców nie będzie całkowicie swobodny, lecz podejmowany pod presją lokalnej opinii publicznej. Trybunał dostrzegł jednak, że jest to problem nieobjęty jego kognicją, gdyż ma podłoże socjologiczne, cechujące się brakiem tolerancji dla ludzi o odmiennym światopoglądzie. W kwestii odmiennych kryteriów dotyczących oceniania, wskazano natomiast, że wynikają one z charakteru przedmiotu, jakim jest religia, różniąca się od religioznawstwa, które jest obiektywną wiedzą.

Argumenty przytoczone przez Trybunał są godne uwagi, jednak trzeba zauważyć, że nie dotyczą one meritum sprawy. Oczywistym jest, że religia nie jest tożsama z religioznawstwem, dlatego kryterium oceny jest inne niż w przypadku etyki, co bynajmniej nie rozwiązuje problemu. Mamy do czynienia z sytuacją, gdy gwarancje konstytucyjne i ustawowe faktycznie nie są zagwarantowane, skoro Trybunał sam stwierdził, że często wybór przedmiotu dodatkowego jest podejmowany pod presją lokalnej opinii publicznej. Ponadto przytacza on bardzo obszerną argumentację dotyczącą obecności religii w szkole, opisuje ewolucję prawa w zakresie wolności religijnej, przedstawia model stosunku pomiędzy państwem a Kościołem – a przecież nie to jest przedmiotem orzeczenia. Trybunał zastosował wnioskowanie, z którego wynika, że wliczanie oceny z religii do średniej jest konsekwencją zamieszczenia tej oceny na świadectwie, co z kolei jest spowodowane nauczaniem religii w szkole. Jak słusznie zauważyła sędzia Ewa Łętowska w zdaniu odrębnym, to rozumowanie nie jest do końca jasne.

Ciężko natomiast zgodzić się z twierdzeniem P. Boreckiego i M. Pietrzaka²⁶, według których z bezstronności państwa w sprawach światopoglądowych, religijnych i filozoficznych wynika brak możliwości ingerencji instytucji publicznych w organizowanie nauki religii. Trafne wydają się bowiem argumenty Trybunału Konstytucyjnego, który widzi w nauczaniu religii w szkole realizację art. 25 i 53 Konstytucji. Autorzy wskazują także na problem wolności religijnej w aspekcie negatywnym. Twierdzą że: „Człowiek ma nie tylko prawo do ekspresji przekonań religijnych, lecz także do bycia wolnym od immisji w tej sferze, szczególnie w sytuacjach, w których znajduje się nie tyle z własnej woli, lecz z przyczyn

²⁶ P. Borecki, M. Pietrzak, *Bezstronność światopoglądowa władz publicznych a Trybunał Konstytucyjny*, „Państwo i Prawo”, nr 5, 2010, s. 18 i n.

obiektywnych”. Warto nawiązać tutaj do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W cytowanym już wyżej wyroku *Larrissi i inni przeciwko Grecji*, które dotyczyło prozelityzmu (nakłaniania do zmiany religii), Trybunał stwierdził, że: „Artykuł 9 nie chroni jednak każdego aktu motywowanego lub inspirowanego przez religię lub przekonania. Nie chroni prozelityzmu przy użyciu niewłaściwych metod, takich jak np. oferowanie przywilejów materialnych czy socjalnych, lub stosowania nieuprawnionego nacisku w celu przyciągnięcia do kościoła nowych członków”. *A contrario* można wysnuć wniosek, że prozelityzm przy użyciu właściwych metod jest chroniony artykułem 9.

Warto także wrócić do prezentowanych na początku niniejszego artykułu argumentów Trybunału, dotyczących szeroko rozumianej wolności religijnej. W pluralistycznym społeczeństwie trudno o wydzielenie przestrzeni całkowicie neutralnej, pozbawionej jakichkolwiek wpływów innych osób. Nie można jednak negować aspektu negatywnego wolności religijnej, który (moim zdaniem) sprowadza się do nakazu powstrzymywania się od nachalnego demonstrowania przekonań religijnych, które miałyby cechę nękania, znęcania się, poniżania. Byłoby natomiast niekonsekwencją przyznanie jednostce prawa do swobody wypowiedzi i zakazanie prezentowania swojego światopoglądu religijnego w szkole czy pracy. Jak stwierdził L. Garlicki w Komentarzu do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka²⁷, w zakresie *forum internum* „swoboda myśli” z art. 9 w swoim znaczeniu łączy się i w znacznym stopniu pokrywa ze swobodą posiadania poglądów, o której mowa w art. 10. Ten sam autor wskazuje, że w aspekcie negatywnym wolność sumienia i wyznania oznacza zakaz indoktrynacji, czyli narzucania przez państwo określonego światopoglądu przy wykorzystaniu środków ingerujących w psychikę adresatów. Jako przykład zagrożenia podaje właśnie nauczanie religii, która powinna być nauczana w sposób obiektywny, krytyczny i pluralistyczny (wyrok ETPC w sprawie *Kjeldsen, Busk Madsen and Peterson przeciwko Danii*). Zakaz ingerencji to także „zakaz zmuszania do działań wyrażających akceptację dla innej religii niż wyznawana przez daną osobę”, który chroni jednostkę przed robieniem tego, co jest niezgodne z jej światopoglądem – jako przykład L. Garlicki podał wyrok ETPC w sprawie *Folgero*, który zapadł w sytuacji braku adekwatnej możliwości zwolnienia z nauczania religii w szkole publicznej. Warto także zwrócić uwagę na sposób interpretacji pojęcia „nauczanie” z art. 9 EKPC przez Trybunał. W wyroku *Kokkinakis przeciwko Grecji* zauważono, że „przekonywanie do zmiany religii mieści się w zakresie swobody nauczania²⁸”.

²⁷ L. Garlicki *et al.*, *op. cit.*, s. 556.

²⁸ *Kokkinakis przeciwko Grecji*, orzeczenie z 25 maja 1993 roku, wyrok dostępny jest w internetowej bazie

Warto wrócić do postulatów wysuwanych przez P. Boreckiego i M. Pietrzaka²⁹. Jednym z nich jest zagwarantowanie państwu możliwości ingerencji w treść nauczania religii, jeżeli prowadzi ono do podważenia wolności i praw człowieka i obywatela, a także gdy jest skierowane przeciwko takim wartościom zbiorowym, jak bezpieczeństwo państwa, porządek publiczny, zdrowie lub moralność publiczna. To wyliczenie zawiera przesłanki z klauzuli limitacyjnej, określone w ustępie 2 artykułu 9. Należy przyznać rację autorom, szczególnie jeśli dąży się do pluralizmu i wykształcenia postawy tolerancyjnej wobec innych wyznań, aprobując jednocześnie postulat wprowadzania nauczania o różnych wyznaniach w szkołach.

Rozważając wątpliwości powstające na gruncie gwarancji swobody sumienia i wyznania, zauważyć wypada, że nikt w tym sporze nie może być absolutnie obiektywny. Problem mający podstawę aksjologiczną zawsze będzie skutkował tym, że poszczególni sędziowie Trybunałów (Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, jak i Trybunałów Konstytucyjnych poszczególnych państw) będą kierować się swoim światopoglądem zamiast szukać złotego środka. Dlatego spór ten jest bardzo trudny i wydaje się, że jedynym rozsądnym rozwiązaniem jest pozostawienie krajom dużego marginesu swobody, dopóki cała Europa nie znajdzie wspólnego rozwiązania, o ile jest to w ogóle możliwe.

danych pod adresem: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionId=3090485&skin=hudoc-en>

²⁹ Zob. P. Borecki, M. Pietrzak, *op. cit.*, s. 18 i n.

Varia

Rola Międzynarodowego Trybunału Karnego w udoskonalaniu systemu ochrony praw człowieka

1. Wprowadzenie

Jednym z podstawowych źródeł naruszeń praw człowieka są konflikty zbrojne, zarówno o charakterze międzynarodowym, jak i wewnętrznym. Szczególnie skomplikowana w tym zakresie jest sytuacja społeczeństwa w krajach afrykańskich. Specyfika konfliktów oraz ich podłoże generują atawistyczne zachowania w stosunku do przeciwników, angażując całe społeczeństwo z danego regionu, bądź nawet spoza niego, co jest nader częstym zjawiskiem. Mamy wówczas do czynienia z umiędzynarodowieniem wewnętrznych konfliktów zbrojnych, które powodują niewymierne straty. Zaangażowanie państw sąsiedzkich w konflikt powoduje jego rozprzestrzenianie. Bestialstwo, jakiego dopuszczają się strony konfliktu, zdaje się nie mieć granic, a rozliczanie się z przeszłością po zakończonych walkach przybiera częściej postać zemsty, aniżeli sprawiedliwej kary. Takie bezwzględne zachowania prowadzą do kumulacji agresji i nienawiści. Z drugiej jednak strony, bezczynność w karaniu sprawców dopuszczających się ludobójstwa, zbrodni wojennych i zbrodni przeciw ludzkości, również nie jest właściwym sposobem na zażegnanie konfliktu, a już na pewno w żadnej mierze nie czyni zadość poczuciu sprawiedliwości w społeczeństwie.

2. Wpływ międzynarodowych trybunałów karnych na rozwój systemu ochrony praw człowieka

Przez wiele lat państwa zmuszone były próbować radzić sobie z tym problemem samodzielnie, czemu nie sprzyjały jednak postępująca degeneracja rządów, skorumpowany, uzależniony od egzekutywy wymiar sprawiedliwości i brak środków finansowych. Dopiero dramatyczne wydarzenia XX wieku, zbrodnie popełniane na niespotykaną wcześniej skalę

¹ Autorka jest absolwentką Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego, wolontariuszką Ośrodka Międzynarodowego Prawa Humanitarnego i Praw Człowieka WPiA UJ.

w czasie pierwszej i drugiej wojny światowej, stały się impulsem do rozmów na temat konieczności zapewnienia przez państwa skutecznego systemu ochrony praw człowieka. Traumatyczne przeżycia wywołały w społeczności międzynarodowej chęć „publicznego” osądzenia głównych zbrodniarzy wojennych, co stało się zaczątkiem do powołania międzynarodowych trybunałów wojskowych (Międzynarodowego Trybunału Wojskowego [MTW], tzw. norymberskiego i Międzynarodowego Trybunału Wojskowego dla Dalekiego Wschodu [MTWDW], tzw. tokijskiego)². Choć z powołaniem tych trybunałów wiąże się wiele kontrowersji (sposób ich utworzenia, status, ograniczenie zakresu jurysdykcji *ratione personae*, ograniczenie grona sędziów do osób pochodzących z państw zwyciężczych)³, to jednak ich rola nie może być umniejszana i ograniczana wyłącznie do narzędzia wymierzania „sprawiedliwości zwycięzców”. Warto pamiętać, iż Trybunał Norymberski był pierwszym w historii międzynarodowym organem sądowym, a jego orzecznictwo znacznie przyczyniło się do sformułowania wielu zasad prawa międzynarodowego, odnoszących się do odpowiedzialności jednostki, jak choćby odrzucenie koncepcji braku odpowiedzialności osób wykonujących rozkazy⁴.

Utworzenie trybunałów było pierwszym, milowym krokiem ku zmianom w sposobie myślenia państw na potrzebę podjęcia szerszej współpracy w celu zapewnienia bezpieczeństwa światowego. Starania podjęte w tym celu zaowocowały przyjęciem w 1948 roku Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa⁵, a w roku 1949 czterech Konwencji Genewskich o ochronie ofiar wojny⁶, uzupełnionych dwoma Protokołami Dodatkowymi w 1977 roku⁷. Pojawiły się również koncepcje utworzenia międzynarodowego, niezależnego, bezstronnego organu sądowego o uniwersalnym charakterze, którego zadaniem byłoby sądenie sprawców najpoważniejszych przestępstw godzących w bezpieczeństwo światowe (ludobójstwo, zbrodnie wojenne, zbrodnie przeciw ludzkości, zbrodnia agresji). Odmienne stanowiska państw w kwestii statusu i zakresu jego jurysdykcji oraz możliwość

² J. Izydorczyk, M. Królikowski, P. Wiliński, *Podstawy prawa karnego międzynarodowego*, Warszawa 2008, s. 54-57.

³ Zob.: K. Karski, *Realizacja idei utworzenia międzynarodowego sądownictwa karnego*, „Państwo i Prawo”, nr 7, 1993, s. 68-69; M. Płachta, *Międzynarodowe trybunały karne: próba typologii i charakterystyki*, „Państwo i Prawo”, nr 3, 2004, s. 15-16.

⁴ P. Ogonowski, *Koncepcja Międzynarodowego Sądu Karnego*, „Prokuratura i Prawo”, nr 7-8, 1998, s. 44.

⁵ Konwencja w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa, uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 9 grudnia 1948 r. (ratyfikowana zgodnie z ustawą z dnia 18 lipca 1950 r.), Dz. U. z 1952 r., Nr 2, poz. 9.

⁶ Konwencje o ochronie ofiar wojny, podpisane w Genewie dnia 12 sierpnia 1949 r., Dz. U. z 1956 r., Nr 38, poz. 171.

⁷ Protokoły dodatkowe do Konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r. – dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (Protokół I) oraz dotyczący ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (Protokół II), sporządzone w Genewie dnia 8 czerwca 1977 r., Dz. U. z 1992 r., Nr 41, poz. 175.

ograniczenia ich suwerenności, spowodowały jednakże niemożność osiągnięcia w tej sprawie kompromisu⁸, a dodatkowym utrudnieniem w wypracowaniu wspólnego porozumienia stała się „zimna wojna”.

Silnym bodźcem do zmiany podejścia w kwestii utworzenia międzynarodowego sądu karnego stały się zbrodnie popełnione w latach dziewięćdziesiątych XX wieku na terytorium byłej Jugosławii, co spowodowało uchwalenie przez Radę Bezpieczeństwa ONZ w dniu 22 lutego 1993 roku rezolucji⁹, w której zaznacza się potrzebę utworzenia międzynarodowego trybunału. Rezolucją z dnia 25 maja 1993 roku¹⁰ Rada Bezpieczeństwa ONZ powołała natomiast do życia Międzynarodowy Trybunał Karny do Ścigania Osób Odpowiedzialnych za Poważne Naruszenia Międzynarodowego Prawa Humanitarnego Popełnione na Terytorium Byłej Jugosławii od 1991 roku (Międzynarodowy Trybunał do spraw byłej Jugosławii [MTKJ]). Jest to moment przełomowy dla rozwoju międzynarodowego prawa karnego. Zmianę nastawienia głównych mocarstw, stałych członków Rady Bezpieczeństwa, na potrzebę rozbudowania systemu ochrony praw człowieka poprzez ustanowienie niezależnego i bezstronnego sądu międzynarodowego, którego zadaniem byłoby sądenie za najcięższe zbrodnie międzynarodowe, wywołały również dramatyczne wydarzenia w Rwandzie, gdzie konflikt o charakterze etnicznym (naprzeciw siebie stają dwie grupy plemienne: Tutsi i Hutu) doprowadził do ludobójstwa. Czasowa bliskość wydarzeń w Jugosławii oraz zainteresowanie opinii publicznej wywołane przez *mass media* spowodowały, że Rada Bezpieczeństwa ONZ rezolucją z dnia 8 listopada 1994 roku¹¹ utworzyła Międzynarodowy Trybunał Karny do Ścigania Osób Odpowiedzialnych za Ludobójstwo i inne Poważne Naruszenia Międzynarodowego Prawa Humanitarnego Popełnione na Terytorium Rwandy oraz Obywateli Rwandy Odpowiedzialnych za Ludobójstwo i inne takie Naruszenia Popełnione na Terytorium Sąsiednich Państw od 1 stycznia do 31 grudnia 1994 roku (Międzynarodowy Trybunał do spraw Rwandy [MTKR]). Powołanie tego trybunału stało się momentem przełomowym dla krajów afrykańskich, problemami których społeczność międzynarodowa zdawała się niewiele interesować.

Zarówno MTKJ, jak i MTKR, są sądami o charakterze czasowym, powołanymi do życia celem osądzenia zbrodni popełnionych w trakcie konkretnego konfliktu (tzw. trybunały

⁸ Zob.: K. Karski, *op. cit.*, s. 70-74.

⁹ Rezolucja RB ONZ 808 (1993), <http://www.ohr.int/other-doc/un-res-bih/pdf/808e.pdf>.

¹⁰ Rezolucja RB ONZ 827(1993), http://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_827_1993_en.pdf.

¹¹ Rezolucja RB ONZ 955 (1994), <http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/ICTR%20SRES%20955.pdf>.

ad hoc), a ich jurysdykcja została ograniczona do określonego regionu¹². Ustanowienie i funkcjonowanie tych trybunałów, pomimo, iż generalnie oceniane jest pozytywnie, to jednak budzi kontrowersje. Rezolucje, na mocy których powołano trybunały, miały charakter precedensowy¹³. Istnieją wątpliwości, czy organizacja międzynarodowa, jaką z pewnością jest ONZ, może podjąć decyzję o utworzeniu takiego trybunału bez zgody państw¹⁴. Jednak brak wyraźnego sprzeciwu z ich strony (poza Serbią i Czarnogórą nieuznającą jurysdykcji MTKJ oraz władz Jugosławii zastrzegających sobie konieczność akceptacji przez parlament decyzji Rady Bezpieczeństwa¹⁵) spowodował, iż chęć państw do ustanowienia stałego międzynarodowego sądu o uniwersalnej jurysdykcji stała się bardziej odczuwalna. Trybunałom zarzuca się jednak brak efektywności, ponieważ toczące się przed nimi postępowania, choć są rzetelne, to jednak trwają zbyt długo¹⁶.

Poszukując rozwiązań, pozwalających uniknąć kontrowersji i problemów, z jakimi przyszło się zmierzyć trybunałom *ad hoc*, zaproponowano utworzenie tzw. *quasi*-trybunałów, czyli organów sądowych o charakterze mieszanym, wynikającym z połączenia krajowych czynników sądowych z międzynarodowymi mechanizmami. Podstawą ich funkcjonowania są porozumienia zawierane między ONZ a władzami danego państwa¹⁷. Działają one jako trybunały krajowe, jednak pod względem organizacyjno-prawnym zbliżone są do trybunałów międzynarodowych¹⁸. Jednak w tym przypadku również nietrudno uniknąć krytyki przyjętych rozwiązań. Ważkim problemem może być brak harmonijnego współdziałania obu mechanizmów, spowodowany utrudnieniami związanymi ze współpracą sędziów krajowych z sędziami „z zewnątrz”¹⁹. Sądami o charakterze hybrydowym są: Specjalny Trybunał dla Sierra Leone, Specjalne Trybunały Kambodżańskie oraz Specjalne Sądy Wschodniego Timoru²⁰. Połowicznym rozwiązaniem zdają się być również Komisje Prawdy i Pojednania, utworzone np. w Republice Południowej Afryki czy w Mauretanii, których celem jest ugodowe zakończenie konfliktu bez rozliczania z przeszłością²¹.

¹² Szerzej – zob.: J. Izydorczyk, M. Królikowski, P. Wiliński, *op. cit.*, s. 59-65.

¹³ M. Płachta *Międzynarodowe trybunały karne...*, s. 16.

¹⁴ K. Karski, *op.cit.*, s. 74-75.

¹⁵ *Ibidem*, s. 75.

¹⁶ G. Michałowska, *Ludobójstwo, zbrodnie wojenne i zbrodnie przeciw ludzkości w Afryce* [w:] E. Halizak, R. Kuźniar (red.), *Prawo, instytucje i polityka w procesie globalizacji*, Warszawa 2003, s. 442.

¹⁷ M. Płachta, *Międzynarodowe trybunały karne...*, s. 17.

¹⁸ J. Izydorczyk, M. Królikowski, P. Wiliński, *op. cit.*, s. 65.

¹⁹ M. Płachta, *Międzynarodowe trybunały karne...*, s. 19.

²⁰ Zob.: J. Izydorczyk, M. Królikowski, P. Wiliński, *op. cit.*, s. 65-67.

²¹ G. Michałowska, *op. cit.*, s. 436-437.

3. Podstawy funkcjonowania Międzynarodowego Trybunału Karnego

Dnia 22 kwietnia 2003 roku Luis Moreno-Ocampo podczas przemówienia z okazji objęcia funkcji pierwszego Prokuratora Międzynarodowego Trybunału Karnego wyraził głęboką nadzieję, iż tragedie, które przeżyła ludzkość w XX wieku, posłużą jako bolesna lekcja i że utworzenie Międzynarodowego Trybunału Karnego pomoże zapobiec powtórzeniu tego okrucieństwa w przyszłości²². Jego słowa w pełni oddają przeświadczenie, jakie posiadali przedstawiciele rządów na Konferencji Dyplomatycznej w Rzymie w dniu 17 lipca 1998 roku, kiedy to uchwalono Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego, nazywany Statutem Rzymskim²³. Jego ustanowienie dowodzi dojrzałości społeczności międzynarodowej oraz zdolności i chęci do przyjęcia na siebie odpowiedzialności w zakresie globalnym, a nie jak dotychczas partykularnym²⁴. Państwa, dobrowolnie godząc się na ograniczenie swych suwerennych kompetencji w zakresie prawa karnego, które do tej pory było sferą przez nie strzeżoną²⁵, podkreśliły, jak ważną, elementarną wręcz, dla nich kwestią jest zaspokojenie potrzeby sprawiedliwości, zlikwidowanie „luki bezkarności” istniejącej w różnych zakątkach świata oraz odstraszenie potencjalnych sprawców²⁶.

W dniu 11 kwietnia 2002 roku została osiągnięta wymagana dla wejścia w życie Statutu liczba ratyfikacji, który zaczął obowiązywać od 1 lipca 2002 roku²⁷. Inne, ważne dla prawidłowego funkcjonowania MTK, dokumenty przyjęto podczas I sesji Zgromadzenia Państw-Stron w Nowym Jorku w dniach 3-10 września 2002 roku, a były to: Elementy Definicji Zbrodni²⁸ oraz Reguły Procesowe i Dowodowe²⁹.

4. Główne cechy Międzynarodowego Trybunału Karnego

Międzynarodowy Trybunał Karny jest to międzynarodowy organ sądowy o charakterze stałym, wyposażony w przymioty niezależności, obiektywizmu, o uniwersalnej jurysdykcji, który funkcjonuje w oparciu o zasady komplementarności i współpracy,

²² Zob.: <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Biographies/The+Prosecutor.htm>.

²³ Zob.: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/EA9AEFF7-5752-4F84-BE94-0A655EB30E16/0/Rome_Statute_English.pdf.

²⁴ M. Płachta, *Ratyfikacja Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego w świetle prawa polskiego*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2000, s. 413.

²⁵ P. Milik, *Międzynarodowy Trybunał Karny a problematyka bezpieczeństwa światowego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy”, nr 3, 2003, s. 4-5.

²⁶ H. W. Bussmann, *Międzynarodowy Trybunał Karny – perspektywa europejska* [w:] *Międzynarodowy Trybunał Karny – USA i UE – dwa różne podejścia* (red. E. Zielińska), Warszawa 2004, s. 109.

²⁷ M. Płachta, *Jurysdykcja Międzynarodowego Trybunału Karnego*, „Studia Prawnicze”, nr 4, 2002, s. 5.

²⁸ Zob.: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/9CAEE830-38CF-41D6-AB0B-68E5F9082543/0/Element_of_Crimes_English.pdf

²⁹ Zob.: http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/F1E0AC1C-A3F3-4A3C-B9A7-B3E8B115E886/140164/Rules_of_procedure_and_Evidence_English.pdf.

powołany przez państwa celem zapewnienia ścigania najcięższych międzynarodowych przestępstw.

4.1. Międzynarodowy organ sądowy

Międzynarodowy Trybunał Karny, jak już wspomniano, został powołany bezpośrednio przez państwa do rozstrzygania sporów prawnych na podstawie ustanowionych przez nie aktów normatywnych³⁰. W związku z powyższym, w przypadku MTK nie mamy do czynienia z wątpliwościami, jakie pojawiły się w kwestii legalności powołania MTKJ i MTKR, gdyż podstawą jego funkcjonowania jest Statut mający charakter traktatu międzynarodowego, a nie rezolucja Rady Bezpieczeństwa. Trybunał posiada międzynarodową osobowość prawną, czyli podmiotowość prawną w sferze prawa międzynarodowego³¹.

4.2. Stały

W przeciwieństwie do trybunałów *ad hoc*, MTK nie został powołany do osądzenia zbrodni popełnionych w trakcie konkretnego konfliktu, a sprawuje swą jurysdykcję stale³². Siedzibą trybunału jest Haga.

4.3. Niezależny

Międzynarodowy Trybunał Karny wyposażony jest w przymiot niezależności. Istnieje kilka powodów, dla których można go za taki uznać. Pierwszym i najważniejszym jest podstawa jego funkcjonowania, którą jest Statut Rzymski, ustanowiony przez państwa w drodze porozumienia. Innym aspektem świadczącym o jego niezależności jest niepodległość strukturalna, bowiem Międzynarodowy Trybunał Karny nie jest organem ONZ, a wzajemne stosunki między tymi instytucjami uregulowane są przez porozumienie, które musi być zaakceptowane przez Zgromadzenie Państw-Stron³³. Warto jednak zwrócić uwagę na specjalne uprawnienie przysługujące Radzie Bezpieczeństwa ONZ, umożliwiające zablokowanie każdego postępowania na okres 12 miesięcy z możliwością przedłużenia. Trybunał ponadto jest niezależny finansowo, ponieważ jego budżet pochodzi z wpłat Państw-Stron.

³⁰ Cechy organów sądowych: <http://stosunki.vot.pl/?tag=organy-sadownicze>.

³¹ Odmienne: P. Milik, *Międzynarodowa osobowość prawna i zdolność prawna Międzynarodowego Trybunału Karnego*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 9, s. 68-75.

³² J. Izydorczyk, M. Królikowski, P. Wiliński, *op. cit.*, s. 50-51.

³³ M. Płachta, *Międzynarodowy Trybunał Karny: nadzieje i trudności*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy”, nr 1, 2001, s. 11.

Nie sposób jednak nie podkreślić, jak ważna, niezbędna wręcz, jest ścisła współpraca zarówno z Państwami-Stronami, innymi państwami, jak i ONZ. Trybunał nie posiada własnych sił policyjnych bądź innych organów operacyjnych, upoważnionych do stosowania niezbędnego w pewnych sytuacjach przymusu, w związku z czym zapewnienie przez niego bezpieczeństwa na obszarach, gdzie zakończył się konflikt, jest znacznie ograniczone³⁴.

Warto również zaznaczyć, iż w postępowaniu przed MTK obowiązuje zasada skargowości³⁵. Podmiotami, które uprawnione są do żądania wszczęcia postępowania sądowego są: Państwo-Strona, Rada Bezpieczeństwa oraz Prokurator (działający *proprio motu*³⁶).

4.4. Obiektywny

Zasada obiektywizmu, w myśl której należy uwzględniać okoliczności przemawiające zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego, wyrażona jest w art. 54 ust 1(a) Statutu Rzymskiego. Warto nadmienić, iż dużą dozę obiektywizmu zapewnić mają bezstronni, uczciwi, cechujący się wysokim poziomem moralnym i spełniający szereg innych kryteriów sędziowie³⁷. Wybierani są oni według skomplikowanych reguł uwzględniających reprezentację odpowiednich dziedzin prawa, głównych systemów prawnych, płci oraz regionów geograficznych³⁸. Ponadto ważnym potwierdzeniem istnienia tej zasady w postępowaniu przed MTK jest instytucja wyłączenia sędziego, którą statuuje art. 41 Statutu Rzymskiego.

4.5. Uniwersalna jurysdykcja

Międzynarodowy Trybunał Karny sprawuje swą jurysdykcję w zakresie zbrodni: ludobójstwa (art. 6 Statutu MTK)³⁹, zbrodni przeciwko ludzkości (art. 7 Statutu MTK)⁴⁰, zbrodni wojennych (art. 8 Statutu MTK)⁴¹ oraz zbrodni agresji (art. 8 bis⁴²)⁴³. Zamieszczenie

³⁴ H. W. Bussmann, *op. cit.*, s. 113.

³⁵ H. Kuczyńska, *op. cit.*, s. 55

³⁶ Działający z własnej inicjatywy.

³⁷ Art. 36 Statutu Rzymskiego, <http://lex.pl/serwis/du/2003/0708.htm>.

³⁸ P. Ogonowski, *Międzynarodowy Sąd Karny – tworzenie jego podstaw*, „Państwo i Prawo”, nr 6, 1998, s. 47.

³⁹ Definicję zbrodni ludobójstwa zaczerpnięto z art. II Konwencji w sprawie zapobiegania i karania zbrodni ludobójstwa z 1948 r., w myśl której ludobójstwem jest czyn „obejmujący celowe wyniszczanie całych lub części narodów, grup etnicznych, religijnych lub rasowych, zarówno poprzez fizyczne zabójstwa członków grupy, jak i kontrolę urodzin, przymusowe odbieranie dzieci czy stworzenie warunków życia obliczonych na fizyczne wyniszczenie”.

⁴⁰ Czyn wymieniony w ust. 1 art. 7, popełniony w ramach rozległego lub systematycznego, świadomego ataku skierowanego przeciwko ludności cywilnej.

⁴¹ Czyn wymieniony w ust. 2 art. 8, w szczególności popełniony w ramach realizacji planu lub polityki, albo na szeroką skalę.

w statucie zbrodni agresji, pomimo ujęcia jej w sposób deklaracyjny (z powodu niemożności osiągnięcia konsensusu w sprawie definicji), podkreśla znaczenie i szczególny charakter tego przestępstwa⁴⁴ (zbrodnia ta została zaliczona do najpoważniejszych przestępstw wagi międzynarodowej, tzw. *core crimes*⁴⁵).

4.6. Komplementarność

Cechą najbardziej odróżniającą MTK od dotychczasowych, opisanych wyżej trybunałów (wojskowych, *ad hoc*, hybrydowych), jest ograniczenie jego jurysdykcji przez zasadę komplementarności⁴⁶, która oznacza, iż będzie on właściwy do rozpoznania sprawy tylko wówczas, gdy organy państwa nie będą chciały (brak woli ścigania) lub nie będą mogły wykonywać swej jurysdykcji⁴⁷. Oznacza to, iż jego rola polega na uzupełnianiu krajowych systemów wymiaru sprawiedliwości⁴⁸, a więc w krajach, w których wymiar sprawiedliwości działa sprawnie i efektywnie, jurysdykcja ta nie będzie wykorzystywana⁴⁹. Zasada komplementarności pełni funkcję gwarancyjną przede wszystkim dla Państw-Stron, ma ona być zapewnieniem, iż Trybunał nie pozbawi ich możliwości stosowania prawa karnego w stosunku do sprawców przestępstw, nawet tych najcięższych. Komplementarność ma być również gwarancją dla pokrzywdzonych, iż w każdej chwili, kiedy zachwiana zostanie rzetelność postępowania, czyli będzie ono prowadzone opieszale, przewlekłe, nieskutecznie, bądź będzie zmierzało do uniknięcia ukarania sprawców, Trybunał będzie władny, w zakresie swej jurysdykcji, do podjęcia się tej sprawy.

⁴² Poprawka przyjęta w Kampali w dniu 11 czerwca 2010 r. (wejdzie w życie po roku od ratyfikowania przez 30 państw-stron) – zob. http://www.pism.pl/biuletyn/files/20100616_700.pdf.

⁴³ Jurysdykcja w stosunku do tej zbrodni została zawieszona do czasu wypracowania jednolitej definicji podczas Konferencji Rewizyjnej. Zgodnie z rezolucją nr 4, przyjętą w Kampali 11 czerwca 2010 r. podczas pierwszej Konferencji Rewizyjnej, za zbrodnię agresji uznano „planowanie, przygotowanie, rozpoczęcie lub przeprowadzenie – przez osobę będącą rzeczywiście w stanie kontrolować polityczne lub zbrojne działanie państwa lub kierować takim działaniem – aktu agresji, który ze względu na swój charakter, wagę i skalę stanowi wyraźne naruszenie przepisów Karty Narodów Zjednoczonych”. W paragrafie 2 omawianego przepisu za akt agresji uznano działanie opisane w rezolucji ZO ONZ nr 3314 z 1974 roku, a zatem „użycie sił zbrojnych przez państwo przeciwko suwerenności, integralności terytorialnej lub politycznej niezależności innego państwa lub w każdy inny sposób sprzeczny z Kartą Narodów Zjednoczonych”. Pomimo ustalenia definicji zbrodni agresji, jurysdykcja w stosunku do tej zbrodni została ponownie zawieszona do czasu kolejnej Konferencji Rewizyjnej, tj. do 1 stycznia 2017 r.

⁴⁴ M. Płachta *Jurysdykcja Międzynarodowego...*, s. 28.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 7.

⁴⁶ Szerzej o zasadzie jurysdykcji zob.: E. Socha, *Komplementarność jurysdykcji Międzynarodowego Trybunału Karnego w stosunku do sądów krajowych* [w:] E. Socha, *Zbieżność a komplementarność jurysdykcji międzynarodowych trybunałów karnych i sądów krajowych*, Wrocław 2004, s. 104-141.

⁴⁷ M. Płachta, *Międzynarodowy Trybunał...*, s. 11.

⁴⁸ H. Kuczyńska, *Postępowanie przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym*, „*Studia Iuridica*”, nr 43, 2004, s. 54.

⁴⁹ *Ibidem*, s. 55.

Omawiając zasadę komplementarności nie sposób pominąć kwestii jej korelacji z zasadą obywatelstwa i terytorialności. Należy zauważyć, iż by postępowanie mogło zostać wszczęte, wymagana jest zgoda państwa, którego oskarżony jest obywatelem, albo państwa, na którego terytorium popełniono zbrodnię⁵⁰. Takie rozwiązanie budzi jednak uzasadnione wątpliwości, gdyż w porównaniu z zakresem jurysdykcji, jaki przysługiwał innym trybunałom, prowadzi do znacznego rozszerzenia jej zasięgu – na państwa nie będące stroną Statutu, które nie wyraziły zgody na jurysdykcję Trybunału. Takie ujęcie może doprowadzić do sytuacji, w której uczestniczący w jednej misji pokojowej żołnierze będą znajdować się w różnym stosunku względem jurysdykcji MTK⁵¹.

5. Postępowania toczące się przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym

Wbrew przewidywaniom sceptyków, zdaniem których MTK miał być instytucją iluzoryczną i nieefektywną, od momentu swego powstania Trybunał otrzymał ponad 1.000 zgłoszeń popełnienia zbrodni, wchodzących w zakres jego jurysdykcji. Sprawy, w stosunku do których postępowanie zostało wszczęte i jest już na etapie postępowania przygotowawczego bądź sądowego, dotyczą zbrodni popełnionych w Demokratycznej Republice Konga, Ugandzie, Republice Środkowoafrykańskiej oraz Sudanie. Jednocześnie trwa proces weryfikacji pozostałych zgłoszeń, na dość dużą skalę czynności sprawdzające prowadzone są w Wenezueli, Wybrzeżu Kości Słoniowej, Kenii oraz Libii.

Pierwsze dochodzenie, jakie wszczął Prokurator w początkach funkcjonowania MTK, dotyczyło najpoważniejszych przestępstw popełnionych na terytorium Demokratycznej Republiki Konga, skupiając się przede wszystkim na zbrodniach mających miejsce w regionie Ituri. Miliony cywilów⁵² zginęło wskutek konfliktu, który zaczął się mieć już w 1990 roku, a do zaognienia którego doszło w 1998 roku. Jak już wcześniej wspomniano, Statut Rzymski wszedł w życie 1 lipca 2002 roku, w związku z czym Trybunał objął swą jurysdykcją przestępstwa popełnione po tym okresie. Wszczęcie pierwszego postępowania przed MTK stało się ogromnym krokiem naprzód dla sprawiedliwości międzynarodowej. W związku ze znaczną liczbą osób dokonujących rażących naruszeń praw człowieka, Prokurator MTK podkreślił, iż jego zamiarem jest doprowadzenie do ukarania sprawców ponoszących największą odpowiedzialność⁵³.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 55.

⁵¹ H. Kuczyńska, *op. cit.*, s. 55-56.

⁵² Jak podaje Ośrodek Informacji ONZ w Warszawie, liczba ta wynosi prawie 4 miliony (zob.: <http://www.unic.un.org.pl/kongo/>).

⁵³ Informacje o postępowaniu w sprawie zbrodni popełnionych na terenie Demokratycznej Republiki Konga,

O wszczęcie kolejnego postępowania przed MTK, tym razem w stosunku do zbrodni popełnionych na terenie Ugandy, wnioskuje rząd ugandyjski. Postępowanie to dotyczy zbrodniczej działalności Bożej Armii Oporu, której zarzuca się mordowanie ludności cywilnej, porywanie i wcielanie do walki małoletnich dzieci, uprowadzenia dziewcząt i zmuszanie ich do czynności seksualnych. Prokurator MTK oraz władze Ugandy za kluczowe uznały ustalenie lokalizacji i aresztowanie przywódcy tej organizacji⁵⁴. Inną ważną kwestią, jaką poruszono podczas rozmów o zakresie współpracy MTK z ugandyjskimi władzami, była sprawa reintegracji członków Bożej Armii Oporu. Słusznie bowiem zauważono, iż dzieci, które były porywane i przymusowo wcielane do walk, powinny być potraktowane inaczej. Zapewnienie im powrotu do społeczeństwa jest jednak znacznie utrudnione, ponieważ muszą stawić czoła nie tylko najgorszym wspomnieniom, które ożywają w czasie snu i na jawie, ale również negatywnym stosunkiem mieszkańców wiosek, z których pochodzą, w oczach których są bezwzględnymi zabójcami⁵⁵. W stosunku do nich prezydent Ugandy zastosował akt amnestii⁵⁶.

Kolejną, z przedstawionych Prokuratorowi spraw, była kwestia naruszeń praw człowieka dokonanych na terenie Republiki Środkowoafrykańskiej, w trakcie konfliktu wewnętrznego, toczącego się między rządem a siłami zbrojnymi rebeliantów. Jej specyfika polega na tym, iż mamy tu do czynienia z sytuacją, gdzie liczba przestępstw seksualnych znacznie przewyższa przypuszczalną liczbę dokonanych zabójstw. Prośbę o ingerencję Trybunału skierował rząd Republiki Środkowoafrykańskiej, a Sąd Kasacyjny (najwyższy rangą sąd krajowy), przedstawiając sytuację Prokuratorowi, potwierdził niezdolność do kompleksowego zajęcia się tą sprawą. Podczas badania sytuacji Urząd Prokuratora zainteresował się aktualną sytuacją w tym państwie, zwłaszcza aktami przemocy popełnianymi w północnych regionach kraju, między granicą z Czadem i Sudanem⁵⁷.

zob.:

[http://www.icc-](http://www.icc-cpi.int/menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/2004/prosecutor%20receives%20referral%20of%20the%20situation%20in%20the%20democratic%20republic%20of%20congo?lan=en-GB)

[cpi.int/menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/2004/prosecutor%20receives%20referral%20of%20the%20situation%20in%20the%20democratic%20republic%20of%20congo?lan=en-GB](http://www.icc-cpi.int/menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/2004/prosecutor%20receives%20referral%20of%20the%20situation%20in%20the%20democratic%20republic%20of%20congo?lan=en-GB).

⁵⁴ Informacje o działalności Bożej Armii Oporu i jej przywódcy, zob.: <http://www.makbet.pl/artukul/356/wojna-z-armia-boga>.

⁵⁵ Na zjawisko wykorzystywania dzieci jako żołnierzy oraz problem ich reintegracji zwraca uwagę ONZ, zaś w czerwcu 1998 r. sześć międzynarodowych, pozarządowych organizacji zajmujących się przede wszystkim ochroną praw człowieka, m. in. *Amnesty International* i *Human Right Watch*, utworzyło Koalicję na Rzecz Zaprzestania Wykorzystywania Dzieci w Konfliktach Zbrojnych.

⁵⁶ Informacje o postępowaniu w sprawie zbrodni popełnionych na terenie Ugandy, zob.: <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200204/related%20cases/icc%200204%200105/uganda?lan=en-GB>; zob. też: [http://www.icc-](http://www.icc-cpi.int/menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/2004/president%20of%20uganda%20refers%20situation%20concerning%20the%20lord_s%20resistance%20army%20_ira_%20to%20the%20icc?lan=en-GB)

[cpi.int/menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/2004/president%20of%20uganda%20refers%20situation%20concerning%20the%20lord_s%20resistance%20army%20_ira_%20to%20the%20icc?lan=en-GB](http://www.icc-cpi.int/menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/2004/president%20of%20uganda%20refers%20situation%20concerning%20the%20lord_s%20resistance%20army%20_ira_%20to%20the%20icc?lan=en-GB).

⁵⁷ Informacje o postępowaniu w sprawach zbrodni popełnionych na terenie Republiki Centralnej Afryki, zob.:

Na podstawie rezolucji Rady Bezpieczeństwa ONZ z dnia 31 marca 2005 roku⁵⁸, Prokurator zdecydował się zbadać również sytuację w Sudanie, w regionie Darfur. Niestety, konflikt wewnętrzny w Sudanie trwa do dziś, a sudański rząd odmawia współpracy w zakresie przekazania osób winnych dokonania zbrodni przeciwko ludzkości i zbrodni wojennych. Sytuacja jest więc patowa, bowiem należy wspomnieć, że postępowanie przed Trybunałem nie może się toczyć podczas nieobecności oskarżonych⁵⁹.

Najnowsze postępowania wyjaśniające, wszczęte na przełomie 2010 i 2011 roku, dotyczą naruszeń praw człowieka mających miejsce w Kenii oraz Libii. Jeżeli chodzi o Kenię, to Prokurator, działając *proprio motu*, wszczął postępowanie⁶⁰, w trakcie którego wywieziono, że winnymi popełnienia najcięższych przestępstw są przedstawiciele władz kenijskich, m.in. Minister Szkolnictwa Wyższego⁶¹. Natomiast na sytuację w Libii, związaną z zamieszkami mającymi miejsce niedawno, a nawet obecnie, podczas których zginęło wiele osób cywilnych, zwróciła uwagę Prokuratorowi Rada Bezpieczeństwa ONZ w swej rezolucji 1970 (2010)⁶².

6. Zakończenie

Przedstawiony przeze mnie zarys funkcjonowania Międzynarodowego Trybunału Karnego oraz krótka charakterystyka prowadzonych przez niego spraw pozwala na konstatację, iż jest to ważny organ sądowy, który wywiera wpływ na rozwój systemu ochrony praw człowieka. Jako stały sąd staje się on gwarantem jednolitych standardów w postępowaniu karnym międzynarodowym, co sprzyja pewności prawa⁶³. Zarówno państwa, jak i poszczególne jednostki, nabierają przekonania, iż w porównywalnych przypadkach

<http://www.icc->

[cpi.int/menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/2005/otp%20prosecutor%20receives%20referral%20concerning%20central%20african%20republic?lan=en-GB](http://www.icc-cpi.int/menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/2005/otp%20prosecutor%20receives%20referral%20concerning%20central%20african%20republic?lan=en-GB); zob. też: <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/2007/prosecutor%20opens%20investigation%20in%20the%20central%20african%20republic?lan=en-GB>.

⁵⁸ Rezolucja RB ONZ 1593 (2005), <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/85FEBD1A-29F8-4EC4-9566-48EDF55CC587/283244/N0529273.pdf>.

⁵⁹ Informacje o postępowaniu w sprawie zbrodni popełnionych na terenie Sudanu, zob.: <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/press%20and%20media/press%20releases/2005/the%20prosecutor%20of%20the%20icc%20opens%20investigation%20in%20darfur?lan=en-GB>.

⁶⁰ Decyzja o wszczęciu postępowania, [http://www.icc-](http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200109/court%20records/chambers/pr)

[cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200109/court%20records/chambers/pr](http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200109/court%20records/chambers/pr)

[etrial%20chamber%20ii/19?lan=en-GB](http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200109/court%20records/chambers/pr).

⁶¹ Informacje o postępowaniu w sprawie zbrodni na terenie Kenii, zob.: [http://www.icc-](http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200109/related%20cases/icc01090111)

[cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200109/related%20cases/icc01090111](http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200109/related%20cases/icc01090111)

[/icc01090111](http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200109/related%20cases/icc01090111).

⁶² Rezolucja RB ONZ 1970 (2010), <http://www.icc-cpi.int/NR/rdonlyres/2B57BBA2-07D9-4C35-B45E-EED275080E87/0/N1124558.pdf>.

⁶³ Zob.: H. W. Bussmann, *op. cit.*, s. 115-116.

traktowane będą podobnie. Natomiast zasada komplementarności, jako kluczowa w postępowaniu przed MTK, jest zapewnieniem dla państw, że ich suwerenność w zakresie prawa karnego nie zostanie ograniczona.

Oponenci tej instytucji twierdzą, iż jest ona zbędna, bowiem podobne zadania mogą wykonywać inne organy, np. trybunały hybrydowe. Stanowczo należy sprzeciwić się takiemu rozwiązaniu, bowiem w przypadku tych organów rzadko kiedy można mówić o obiektywizmie, a jego brak zachwiałyby poczuciem sprawiedliwości, nie tylko wśród pokrzywdzonych, ale szerzej, wśród społeczności międzynarodowej. Warto również zwrócić uwagę, iż w niektórych sytuacjach prowadzenie postępowania na terenie kraju, w którym dopiero co zakończył się konflikt, jest znacznie utrudnione i może prowadzić do odwetu, który z kolei stanie się zarzewiem nowego konfliktu.

Niezwykle trudno jest jednak ocenić efektywność Trybunału, bowiem waga zbrodni, w sprawie których toczą się przed nim postępowania, nie pozwala na ich szybkie zakończenie. Poza tym jest to „twór” stosunkowo młody i z jego rzetelną oceną przyjdzie nam, niestety, jeszcze poczekać. Już teraz pojawiają się jednak problemy pozostawiające rysy na tej kryształowej instytucji. Warto wspomnieć choćby o kwestiach sudańskich i niemożności postawienia w stan oskarżenia prezydenta tego państwa. Zadaniem Państw-Stron jest więc próba odnalezienia rozwiązania dla takich sytuacji, wszak społeczność międzynarodowa nie może pozwolić na popełnianie zbrodni. Trybunałowi postawiono szczytne zadania, do spełnienia których potrzebna jest jednak wzmożona współpraca państw. Najważniejsze jest jednak to, iż instytucja ta nie jest tylko kolejną niezrealizowaną ideą. Funkcjonowanie Trybunału wpływa korzystnie na system ochrony praw człowieka, również w zakresie regionalnym. Dość wspomnieć, iż w niektórych krajach (zwłaszcza afrykańskich) lęk przed wszczęciem postępowania przez Międzynarodowy Trybunał Karny stał się przyczyną ograniczenia zbrodniczych zapędów. Potwierdza to więc, iż Trybunał pełni nie tylko rolę jurysdykcyjną, ale również prewencyjną, przyczyniając się tym samym do udoskonalania systemu ochrony praw człowieka.

Spojrzenie polskich sądów na ochronę praw człowieka w stosowaniu przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności

Przerwa w odbywaniu kary pozbawienia wolności jest jednym ze sposobów wstrzymania wykonania tej kary, którego nie odlicza się od okresu odbywania kary². Niniejsza instytucja oparta na prawach człowieka stała się przedmiotem zainteresowania orzecznictwa w różnych aspektach jej stosowania.

Celem artykułu jest przedstawienie poglądów polskiego orzecznictwa dotyczących stosowania instytucji przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności z punktu widzenia ochrony praw człowieka. Niniejsza prezentacja koncentruje się wokół kolejnych etapów postępowania w sprawie udzielenia przedmiotowej instytucji.

Pierwszym z nich jest istota przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności. Na jej etymologię wskazuje Sąd Apelacyjny w Warszawie³ podkreślając, że „pojęcie przerwa w wykonaniu kary pozbawienia wolności” (art. 155§1 k.k.w.) oznacza przerwę w rozumieniu art. 153 k.k.w. – i co nie mniej istotne – udzieloną w trybie tego właśnie przepisu”. Orzecnicze ujęcie istoty i miejsca omawianej instytucji streszcza postanowienie Sądu Apelacyjnego w Lublinie⁴ zaznaczając, że „ciężar gatunkowy ujemnych skutków osadzenia w zakładzie karnym musi być tego rodzaju, że w żaden inny sposób niż przez udzielenie

¹ Autor jest magistrem prawa, doktorantem w Katedrze Prawa Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Niniejszy tekst został nadesłany w marcu 2012 r.

² Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy – Komentarz*, Gdańsk 2006, s. 470; Post. Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 9 marca 2005 r., II Akzw 170/05, biul. 2/05, s. 9, cyt. za: „Krakowskie Zeszyty Sądowe”, nr 7-8, 2005, poz. 148; Post. Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 4 listopada 2010 r., II AKzw 1233/2010; Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 1 października 2003 r., II AKz[1] 460/2003, cyt. za: „Krakowskie Zeszyty Sądowe”, nr 10, 2003, poz. 15; Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 17 listopada 2003 r., II AKz[1] 569/2003, cyt. za: „Krakowskie Zeszyty Sądowe”, nr 11, 2003, poz. 37.

³ Post. SA w Warszawie z dnia 6 marca 2001 r., II Akz 91/01, A.OSA Warszawa 2/01 K-8, cyt. za: „Krakowskie Zeszyty Sądowe”, nr 6, 2001, poz. 56; por. Uchwała SN z dnia 19 kwietnia 2000 r., I KZP 8/2000; Post. SA w Katowicach z dnia 14 marca 2007 r., II AKzw 1139/2006, cyt. za: „Krakowskie Zeszyty Sądowe”, nr 7-8, 2007, poz. 133.

⁴ Post. SA w Lublinie z dnia 18 stycznia 2006 r., II AKzw 871/05, cyt. za: „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2006, nr 6, poz. 108; Uchwała Składu Siedmiu Sędziów SN z dnia 30 października 2008 r., I KZP 22/2008; Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 9 marca 2006 r., II AKzw 139/2006, cyt. za: „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2006, nr 3, poz. 40.

przerwy nie można im zaradzić”.

Kolejnym aspektem stanowiącym tytułowy przedmiot zainteresowania orzecznictwa jest analiza przesłanek stosowania przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności. Omówienie obligatoryjnej przesłanki jej udzielania koncentrowało się wokół definicji choroby psychicznej⁵, innej ciężkiej choroby uniemożliwiającej wykonanie kary pozbawienia wolności⁶ oraz związanej z nimi oceny stanu zdrowia skazanego⁷. Natomiast tematyka fakultatywnych przesłanek niniejszej instytucji zwraca uwagę na interpretację przesłanki ważnych względów zdrowotnych⁸, rodzinnych⁹ i osobistych¹⁰ oraz oceny ich zastosowania¹¹.

⁵ G. Wiciński, *Glosa do postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 9 czerwca 1999 r.*, II Akz 304/99, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 12, s. 116; Postanowienie SA w Lublinie z dnia 29 sierpnia 2001 r II Akz 395/01, OSNK 2/03, poz. 31, cyt. za: „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2003, nr 3, poz. 87.

⁶ Post. Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 14 lutego 2001 r. – II Akz 496/00, OSA 11/01 poz. 85, cyt. za: „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2001, nr 11, poz. 83; G. Wiciński, *Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 29 listopada 1999 r.*, II Akz 279/99, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 11, s. 126; G. Wiciński, *Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 9 czerwca 1999 r.*..., op. cit., s. 113; L. Niedzielski, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 1977 r.*, OSPiKA 1978, z. 3, poz. 57, cyt. za: Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks...*, op. cit., s. 494-495; Post. SN z dnia 21 lutego 1995 r, WZ 35/95, OSNKW 1995, z. 7-8, poz. 52, cyt. za: Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks...*, op. cit., s. 495.

⁷ Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 29 listopada 1999 r., II Akz 279/99, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 4, s. 16, cyt. za: G. Wiciński, *Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 9 czerwca 1999 r.*..., op. cit., s. 113. Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks...*, op. cit., s. 494-495; G. Wiciński, *Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 9 czerwca 1999 r.* ..., op. cit., s. 115, 117; M. Cieślak, [w:] M. Cieślak, K. Spett, A. Szymusik, W. Wolter, *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1991, s. 103 oraz S. Leleńtal, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 2001, s. 371, cyt. za: G. Wiciński, *Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 9 czerwca 1999 r.* ..., op. cit., s. 114; Wyrok SN z dnia 30 sierpnia 1976 r, II KR 167/76, OSNPG 1976, z. 11-12, poz. 99 oraz Wyrok SN z dnia 15 września 1983 r, II KR 191/83, OSPiKA 1984, z. 9, poz. 192, cyt. za: Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks...*, op. cit., s. 495.

⁸ U. Wilk, *Kiedy odroczenie, a kiedy przerwa w wykonaniu kary*, „Gazeta Prawna” z dnia 30 czerwca 2005 r., nr 126 (1491), s. 38; Post. Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 12 stycznia 1999 r., – II Akz 209/98, cyt. za: „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 1999, nr 6-7, poz. 94; Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 15 marca 2005 r., II AKz 151/2005, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2005, nr 3, poz. 36; Post. Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 27 grudnia 2007 r., II AKzw 642/2007, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2008, nr 5, poz. 98; Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 23 lipca 2008 r., II AKzw 549/2008, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2008, nr 10, poz. 48; Post. Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 3 grudnia 2008 r., II AKzw 972/2008.

⁹ G. Wiciński, *Podstawy udzielania przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności*, „Przegląd Penitencjarny i Kryminologiczny”, nr 12-13, 1987, s. 98; Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 9 marca 2006 r., II Akzw 139/06, cyt. za: „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2006, nr 3, poz. 40; Post. Sądu Okręgowego w Tarnowie z dnia 26 czerwca 2006 r., II Akzw 427/06, cyt. za: „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2006, nr 7-8, poz. 109; Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 13 września 2001 r., II AKz[1] 326/2001; Post. Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 12 czerwca 2002 r., II AKz[1] 363/2002, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2002/10 poz. 110; „Prokuratura i Prawo” – dodatek, nr 1, 2003, poz. 33; Post. SN z dnia 30 września 2003 r., III KK 180/2003; Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 9 maja 2007 r., II AKzw 292/2007, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007, nr 5, poz. 48; Post. Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 31 grudnia 2007 r., II AKzw 1051/2007, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2008, nr 5, poz. 99.

¹⁰ U. Wilk, op. cit., s. 38; T. Traczewski, *W sprawie podstaw i warunków udzielania przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności*, „Nowe Prawo”, nr 6, 1966, s. 778, G. Wiciński, *Instytucja przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności w świetle nowego prawa karnego wykonawczego*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego”, nr 12-13, 1996, s. 20-21; Post. Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 25 września 2006 r., II AKzw 677/2006, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007, nr 2, poz. 79; Post. SN z dnia 23 września 2009 r., II AKzw 758/2009, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2010, nr 1, poz. 76.

¹¹ S. Leleńtal, *Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 21 września 2000 r.*, II Akz 344/2000, „Przegląd Więziennictwa Polskiego”, nr 32-33, 2001, s. 191-192; Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 13 marca 2002 r, II Akz 62/02 cyt. za: U. Wilk, op. cit., s. 38; Post. Sądu Apelacyjnego

Kontynuując tę problematykę, należy wskazać także na podejmowaną przez orzecznictwo charakterystykę przesłanek odmowy udzielania przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności¹² oraz umorzenia postępowania wykonawczego związanego z omawianą instytucją¹³, w szczególności w przypadku darowania skazanemu kary w trybie łaski¹⁴.

Następnym tematem wynikającym z ochrony praw człowieka jest właściwość sądu udzielającego przedmiotową instytucję¹⁵, a także okres objęty możliwością stosowania przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności¹⁶, w szczególności udzielanej z przesłanki

w Lublinie z dnia 18 stycznia 2006 r., II Akzw 871/05, cyt. za: „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2006, nr 6, poz. 108; Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 10 kwietnia 2001 r., II AKz[1] 98/2001.

¹² Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 20 września 2006 r., II Akzw 629/06, cyt. za: „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2006, nr 10, poz. 24; Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 17 grudnia 2003 r., II Akz 633/03 oraz Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 30 września 1999 r., II Akz 401/99, cyt. za: U. Wilk, *op. cit.*, s. 38; Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 6 lutego 2003 r., II Akz 1/03, cyt. za: „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2003, nr 2, poz. 34; Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 521 oraz cyt. tamże Post. SN z dnia 6 października 1970 r., „Biuletyn Informacyjny SN” z 1970 r., nr 11, poz. 204; Uchwała SN z dnia 27 lipca 1972 r., VI KZP 28/72, OSNKW 1972, z. 10, poz. 153, cyt. za: Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 522; K. Postulski, *Glosa do uchwały SN z dnia 20 czerwca 1995 r.*, „Palestra”, z. 7-8, 1995, s. 271; Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 30 września 2002 r., II AKz[1] 402/2002; „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2002, nr 9, poz. 16; Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 10 lutego 2003 r., II AKz[1] 4/2003; „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2003/2 poz. 35; „Prokuratura i Prawo” – dodatek, 2004/1 poz. 33; Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 25 czerwca 2004 r., II AKzw 299/2004, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2004/7-8 poz. 62, „Prokuratura i Prawo” – dodatek, 2005/4 poz. 32.

¹³ K. Grzegorzczak, *Glosa do uchwały SN z dnia 27 kwietnia 2001 r.*, I KZP 8/01, „Wojskowy Przegląd Prawniczy”, nr 3-4, 2001, s. 161, cyt. za: Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 122; Uchwała SN z dnia 18 lipca 1996 r., I KZP 11/96, OSNKW 1996, z. 9-10, poz. 53 i aprobująca glosa S. Paweli OSP 1997, z. 4, poz. 71 oraz Uchwała SN z dnia 25 marca 2003 r., I KZP 4/03, OSNKW 2003, z. 3-4, poz. 27; Uchwała SN z dnia 21 grudnia 1976 r., VII KZP18/76, OSNKW 1977, z. 3, poz. 18, cyt. za: Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 123.

¹⁴ Post. Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 31 sierpnia 1999 r., Akz 179/99, OSA 2000, nr 1, poz. 6, cyt. za: S. Lelental, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 93.

¹⁵ Uchwała SN z dnia 27 lipca 1972 r., VI KZP 28/72, OSNKW 1972, z. 10, poz. 153, cyt. za: Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 514, także Post. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 30 kwietnia 1999 r., II Akz127/99, OSA w Warszawie 1999 r., nr 4, poz. K-18, cyt. za: S. Lelental, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 384; Post. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 20 kwietnia 1999 r., II AKo 97/909, A.OSA Warszawa 4/99 K-17, cyt. za: „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 1999, nr 11, poz. 55; Post. Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 23 listopada 2005 r., II Akzw 1047/05, OSNPK 4/06, poz. 53, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2006, nr 2, poz. 68; Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 27 czerwca 2000 r., II AKz[1] 230/2000; „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2000, nr 7-8, poz. 55.

¹⁶ Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 27 czerwca 2000 r., II Akz 230/00, cyt. za: „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2000, nr 7-8, poz. 55; Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 17 grudnia 2003 r., II Akz 636/03 cyt. za: „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2004, nr 1, poz. 40; Post. Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 9 marca 2005 r., II Akzw 170/05, biul. 2/05, s. 9, cyt. za: „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2005, nr 7-8, poz. 148; Post. Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 12 czerwca 2002 r., II Akz 363/02, „Prokuratura i Prawo”, nr 1, 2003, poz. 33, cyt. za: Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 514; Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 12 czerwca 2002 r., II Akz 363/02, cyt. za: U. Wilk, *op. cit.*, s. 38; Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 6 lipca 2004 r., II AKzw 370/2004; „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2004, nr 7-8 poz. 63; „Prokuratura i Prawo” – dodatek, 2005/4 poz. 33; Post. Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 29 lipca 2009 r. II AKo 137/2009; Post. Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 25 listopada 2009 r., II AKzw 1032/2009; „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2010, nr 3, poz. 89; Post. Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 12 grudnia 2007 r., II AKzw 963/2007; Post. Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 28 października 2009 r., II AKzw 902/2009, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2010, nr 1, poz. 77; Post. Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 29 lipca 2009 r., II AKo 137/2009; Post. Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 5 grudnia 2008 r., II AKzw 996/2008; Post. Sądu

obligatoryjnej¹⁷.

Podejmowana przez orzecznictwo problematyka uprawnień skazanego w toku postępowania w sprawie przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności obejmuje prawo do złożenia wyjaśnień, odmowy odpowiedzi na poszczególne pytania oraz odmowy składania wyjaśnień¹⁸, prawo do obrony materialnej i formalnej¹⁹ oraz prawo składania zażalenia na postanowienie o udzieleniu przerwy²⁰.

Ważną gwarancją ochrony praw człowieka jest dwutorowość oceny zasadności wniosku o udzielenie tytułowej przerwy. Po pierwsze, sąd będzie rozważał zasadność wniosku przez pryzmat jego uzasadnienia oraz przeprowadzonych dowodów, w szczególności dokumentacji lekarskiej oraz w razie potrzeby wyjaśnień osób, które mogą potwierdzić rzetelność powołanych okoliczności. Zatem można przyjąć, że na tym etapie sąd będzie badał istnienie bądź nie określonych faktów uzasadniających przerwę, mających charakter obiektywny. Druga kwestia dotyczy zbadania woli skazanego, odnoszącej się do wykorzystania przerwy zgodnie z jej celem²¹.

Tytułowe orzecznictwo podejmuje także grupę zagadnień związanych z możliwością uchylenia lub zmiany postanowienia, wskazanego w art. 24 k.k.w.²², skorzystania

Apelacyjnego w Lublinie z dnia 26 listopada 2008 r., II AKZw 922/2008, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2009, nr 2, poz. 84; Post. Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 25 marca 2009 r., II AKZw 223/2009, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2009, nr 7-8, poz. 103.

¹⁷ Uchwała SN z dnia 24 sierpnia 1983 r., VI KZP 29/83, OSNKW 1984, z. 3-4, poz. 26 oraz S. Lelental, *Glosa do uchwały SN z dnia 24 sierpnia 1983 r.*, „Państwo i Prawo”, nr 3, 1985, s. 142 cyt. za: Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 514.

¹⁸ Post. SN z 13 stycznia 1984 r., V KRN 283/83, OSNKW 1984 r., z. 5-6, poz. 59, cyt. za: Z. Hołda, J. Hołda, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 158.

¹⁹ Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 27 czerwca 2003 r., II Akz w 319/05, cyt. za: „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2005, nr 6, poz. 50; Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 11 września 2001 r., II Akz 334/01, cyt. za: „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2001, nr 9, poz. 20; Post. Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 18 grudnia 1998 r., II Akz 1141/98, biul. 1-2/99, poz. 23, cyt. za: „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 1999, nr 6-7, poz. 93.

²⁰ Post. Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 29 sierpnia 2001 r., II Akz 447/02, OSA 2/03, poz. 10, cyt. za: „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2003, nr 3, poz. 87.

²¹ Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 16 września 1999 r., II Akz 381/99, cyt. za: „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 1999, nr 8-9, poz. 61, Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 9 marca 2006 r., II Akz w 139/06, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2006, nr 3, poz. 40; Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 22 sierpnia 2006 r., II Akz w 582/06, cyt. za: „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2006, nr 6, poz. 35; Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 29 listopada 1999 r., II Akz 512/99, cyt. za: U. Wilk, *op. cit.*, s. 38. Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 20 maja 1999 r., II AKz[1] 245/99; „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 1999, nr 5, poz. 42; Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 10 kwietnia 2001 r., II AKz[1] 98/2001; Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 18 marca 2010 r., II AKz w 211/2010, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2010, nr 3, poz. 47; Post. Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 7 grudnia 2004 r., II AKz w 745/2004; „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2004, nr 12, poz. 39; Post. Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 5 sierpnia 2009 r., II AKz w 672/2009, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2009, nr 12, poz. 85; Post. Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 27 maja 2009 r. II AKz w 446/2009.

²² Post. SN z dnia 21 marca 1996 r., III KRN 1/96, OSNKW 1996, z. 5-6, poz. 26; S. Paweła, *Glosa do postanowienia SN z dnia 21 marca 1996 r.*, OSP 1996, z. 10, poz. 185 oraz Uchwała 7 SSN z dnia 29 kwietnia 1971 r., VI KZP 87/70, OSNKW 1971, z. 7-8, poz. 102, cyt. za: Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 169;

z uprawnienia do wniesienia kasacji²³, a także z zastosowaniem przedmiotowej instytucji w postępowaniu o ułaskawienie do czasu ukończenia tego postępowania (art. 568 k.p.k.)²⁴.

Reasumując, problematyka praw człowieka w stosowaniu instytucji przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności jest przedmiotem wnikliwej analizy orzeczniczej Sądu Najwyższego i sądów powszechnych. Przedstawione w niniejszym artykule aspekty ochrony tytułowych praw wypływają ze źródeł wprowadzenia omawianej instytucji oraz jej nieprzerwanego rozwoju.

Uchwała SN z dnia 21 kwietnia 1972 r., OSNKW 1972, nr 7-8, poz. 114; Post. SN z dnia 2 maja 1975 r., OSPIKA 1976, z. 4, poz. 73, cyt. za: S. Paweła, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 129.

²³ Post. SN z dnia 5 lutego 2003 r., V KK 241/02, OSKW 2003, z. 5-6, poz. 49, cyt. za: Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 172; Post. SN z dnia 28 listopada 2003 r. V KK 314/2003.

²⁴ Post. Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 26 listopada 1998 r., II Akz 412/98, OSA 2000, nr 4, poz. 30, cyt. za: S. Lelental, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 387.

dr Elżbieta Żywucka-Kozłowska¹

Karol Juszka²

Prawa człowieka w postępowaniu wykonawczym na przykładzie przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności

Przerwa w odbywaniu kary pozbawienia wolności jest opartą na prawach człowieka, jedną z najdalej idących form wstrzymania wykonywania tej kary³, wpisujących się w ogólnoeuropejski nurt zbliżania warunków wykonywania kary pozbawienia wolności do warunków życia na wolności⁴.

Z. Hołda i K. Postulski wskazują istotę tej instytucji polegającej na tym, że skazany opuszcza zakład karny i przebywa na wolności przez określony czas w określonym celu⁵.

Celem przedmiotowego artykułu jest przedstawienie specyfiki instytucji przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności poprzez prezentację praw człowieka będących źródłem jej wprowadzenia i stosowania.

Po pierwsze, prawa człowieka wpływają z kształtu przesłanek udzielania tytułowej instytucji. Wyrażają się one w ustawowym określeniu czasu trwania przerwy orzeczonej z przesłanki obligatoryjnej – do czasu trwania przeszkody⁶. Natomiast kluczowe dla uznania

¹ Autorka jest doktorem nauk prawnych, adiunktem w Katedrze Prawa Karnego Materialnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie.

² Autor jest magistrem prawa, doktorantem w Katedrze Prawa Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Niniejszy tekst został nadesłany w marcu 2012 r.

³ Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy – Komentarz*, Gdańsk 2006, s. 470.

⁴ B. Hołyst, *Alternatywne środki pozbawienia wolności* [w:] *Problemy współczesnej penitencjarystyki na świecie*, Warszawa 1987, t. II, s. 16-17, cyt. za: G. Wiciński, *Instytucja przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności w świetle nowego prawa karnego wykonawczego*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego”, nr 12-13, 1996, s. 15-16; A. Szymanowska, *Więzienie i co dalej?*, Warszawa 2003, s. 22.

⁵ Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks ...*, *op. cit.*, s. 49-50, 470; G. Wiciński, *Podstawy stosowania warunkowego zwolnienia z odbycia reszty kary*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego”, nr 24-25, 1999, s. 37; S. Paweła, *Prawo karne wykonawcze. Zarys wykładu*, Kraków 2003, s. 22-23; J. Zagórski, *Wykonywanie kary dożywotniego pozbawienia wolności*, „Biuletyn RPO – Materiały”, nr 42, 2000, cyt. za: Z. Hołda, J. Hołda, *Prawo karne wykonawcze*, wyd. II, Kraków 2006, s. 137; A. Marek, *Prawo karne*, wyd. II, Warszawa 2000, s. 244, cyt. za: S. Paweła, *Prawo ...*, *op. cit.*, s. 23.

⁶ G. Wiciński, *Wybrane zagadnienia z zakresu stosowania przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności*, „Acta UL”, Wyd. Uniwersytetu Łódzkiego, nr 47, 1991, s. 170; S. M. Teleśnicki, F. Bolechała, *Medyczne i prawne aspekty niezdolności do brania udziału w czynnościach procesowych oraz odbywania kary pozbawienia wolności wynikające z obecności choroby psychicznej*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii”, nr 1,

fakultatywnej przesłanki ważnych względów rodzinnych, jest w imię dobra rodziny skazanego wykazanie przez sąd penitencjarny większej tolerancji przez dokonanie oceny postawy skazanego⁷. Jeżeli nie zachodzą przesłanki wymagane do udzielenia przerwy, sąd penitencjarny wydaje postanowienie o odmowie jej udzielenia, o której powiadamia skazanego i prokuratora⁸. Na prawa człowieka wskazuje także ocenny charakter przesłanek odwołania przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności⁹. Słusznie podkreśla się w literaturze, że dla dokonania prawidłowych ustaleń – chociaż ustawa tego nie wymaga – sąd przed podjęciem postanowienia w tym przedmiocie, jeśli jest to możliwe, powinien wysłuchać skazanego lub jego obrońcę¹⁰. Niniejszą grupę zamyka ustawowe wskazanie przedawnienia wykonania kary jako przesłanki umorzenia postępowania wykonawczego w sprawach dotyczących przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności¹¹.

Druga grupa gwarancji ochrony praw człowieka jest związana z uprawnieniami skazanego w postępowaniu w przedmiocie udzielenia przedmiotowej instytucji.

Katalog praw skazanego rozpoczyna możliwość składania wniosków o wszczęcie postępowania przed sądem i wzięcia w nim udziału jako strona (art. 6 § 1 k.k.w.), ale jego niestawiennictwo nie wstrzymuje rozpoznania sprawy (art. 22 § 1 k.k.w.)¹². Obejmuje on także prawo skazanego do odmowy składania wyjaśnień lub odpowiedzi na poszczególne pytania, o którym należy go pouczyć (art. 175 § 1 k.p.k.).

Skazany tak jak podejrzany i oskarżony ma gwarantowane przez art. 42 ust. 2 Konstytucji RP prawo do obrony materialnej i formalnej¹³, mimo, że w praktyce występują niekiedy trudności związane z udziałem obrońcy w postępowaniu wykonawczym¹⁴.

2004, http://www.kms.cm-uj.krakow.pl/ArchMedSadKrym/2004/1_2004/65-71.htm, s. 3; Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 494; M. Cieślak, [w:] M. Cieślak, K. Spett, A. Szymusik, W. Wolter, *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1991, s. 103 oraz S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 2001, s. 371, cyt. za: G. Wiciński, *Glosa do postanowienie SA w Katowicach z dnia 9 czerwca 1999 r.*, II Akz 304/99, „Prokuratura i Prawo”, nr 12, 2003, s. 114.

⁷ G. Wiciński, *Instytucja przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności w świetle nowego prawa karnego wykonawczego*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego”, nr 12-13, 1996, s. 20-21; por. Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 512; R. Sobejko, *Przerwa w odbywaniu kary*, „Nowe Prawo”, nr 9, 1970, s. 1331-1343; U. Wilk, *Kiedy odroczenie, a kiedy przerwa w wykonaniu kary*, „Gazeta Prawna” z dnia 30 czerwca 2005 r., nr 126 (1491), s. 38, T. Traczewski, *W sprawie podstaw i warunków udzielania przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności*, „Nowe Prawo”, nr 6, 1966, s. 778.

⁸ S. Lelental, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 345.

⁹ G. Wiciński, *Wybrane zagadnienia...*, *op. cit.*, s. 185; por. S. Lelental, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 344, 392.

¹⁰ S. Lelental, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 392.

¹¹ Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 123 oraz cyt. tamże: S. Zimoch, *Istota i znaczenie instytucji zatarcia skazania*, „Biblioteka Palestry” 1979, s. 16; Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 131.

¹² Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 131; Z. Hołda, J. Hołda, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 96, 113; G. Wiciński, *Przerwa w odbywaniu kary pozbawienia wolności*, Uniwersytet Łódzki, Wydział Prawa i Administracji, Łódź 1994, (niepublikowana praca doktorska), s. 249-251.

¹³ Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 90, 95; T. Grzegorzczak, *Obrońca w postępowaniu karnym wykonawczym*, „Palestra”, z. 3, 1989, s. 53 i literatura tam cytowana, powoływany przez Z. Hołda, J. Hołda,

Należy zwrócić także uwagę na konstytucyjne uprawnienie skazanego do składania zażaleń na postanowienia wydane w postępowaniu wykonawczym, którego realizacja jest odzwierciedlona także przy stosowaniu omawianej instytucji (art. 154 § 1 k.k.w.)¹⁵. Przedmiotowe uprawnienie w sprawach, w których skazany jest nieletni lub ubezwłasnowolniony, wykonuje jego przedstawiciel ustawowy lub osoba, pod której pieczęą pozostaje, może podejmować na jego korzyść wszelkie czynności procesowe, a przede wszystkim może wnosić środki zaskarżenia (art. 76 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.)¹⁶.

Ważną instytucją związaną z tytułową problematyką jest możliwość uchylenia lub zmiany postanowienia, opisana w art. 24 k.k.w., która nie jest środkiem zaskarżenia (zwyczajnym ani nadzwyczajnym). Stanowi ona natomiast, inicjowany z urzędu lub na wniosek stron, środek kontroli i wzruszania orzeczeń wydawanych na podstawie przepisów k.k.w., będący wyrazem realizacji w postępowaniu wykonawczym zasady prawdy materialnej, ograniczony do badania wyłącznie okoliczności faktycznych, nowych lub nieznanych sądowi w czasie orzekania¹⁷. Kontynuując prezentację tej grupy zagadnień, należy zwrócić uwagę na relację między art. 24 k.k.w. a uprawnieniem do wniesienia kasacji od postanowienia sądu przysługującym stronom (art. 519 k.p.k.) oraz Prokuratorowi Generalnemu (art. 521 k.p.k.), które stosowane jest odpowiednio w postępowaniu wykonawczym (art. 1§2 k.k.w.)¹⁸. Jako zasadę należy przyjąć, że z art. 24 k.k.w. korzysta się wówczas, kiedy podstawą reformacji postanowienia mają być „nowe lub poprzednio nieznanne okoliczności istotne dla rozstrzygnięcia”, a więc przesłanki natury faktycznej. Natomiast podstawą kasacji mogą być tylko uchybienia procesowe, wymienione w art. 439 k.p.k. lub inne rażące naruszenia prawa. Także wydanie postanowienia z naruszeniem prawa nie daje podstaw do jego uchylenia lub zmiany na podstawie art. 24 k.k.w.¹⁹. Przerwa w odbywaniu

Prawo..., *op. cit.*, s. 96; S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2005, s. 192, cyt. za: Z. Hołda, J. Hołda, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 97.

¹⁴ S. Paweła, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 44; Z. Hołda, *Obrońca w postępowaniu wykonawczym (wybrane problemy)* [w:] *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci Profesora Stanisława Waltosia*, Warszawa 2000, s. 407; T. Grzegorzczak, *Obrońca...*, *op. cit.*, s. 53.

¹⁵ Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 75, 516; Z. Hołda, J. Hołda, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 103; S. Lelental, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 388.

¹⁶ Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 74.

¹⁷ Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 168 oraz cyt. tamże: K. Postulski, *Właściwość sądu w postępowaniu karnym wykonawczym*, „Biblioteka Sędziego”, nr 74, 1988, s. 26; A. Kordik, *Uchylenie lub zmiana postanowienia w postępowaniu wykonawczym*, „Nowe Prawo”, nr 6, 1972; Z. Hołda [w:] *Wprowadzenie do kodeksu karnego wykonawczego*, Kraków 2003, s. LIX, cyt. za: Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 169; S. Paweła, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 105, 129.

¹⁸ Z. Hołda, J. Hołda, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 115.

¹⁹ Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 172.

kary pozbawienia wolności może być zarządzona również w postępowaniu o ułaskawienie do czasu ukończenia tego postępowania (art. 568 k.p.k.)²⁰.

Trzecim czynnikiem wpływającym na poszanowanie praw człowieka w przedmiotowej problematyce jest powinność sądu do określenia daty (dzień, miesiąc i rok) powrotu skazanego do zakładu karnego przy udzieleniu mu przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności, która wynika z brzmienia art. 242 § 3 k.k. Obowiązek pouczenia skazanego o dacie rozpoczęcia przerwy, sposobie jej liczenia, konieczności zgłaszania się do zakładu karnego w odpowiednim terminie oraz skutkach niezgłoszenia się we wskazanym miejscu i czasie ciąży też na administracji zakładu karnego²¹.

Podsumowując, należy pokreślić, że przerwa w odbywaniu kary pozbawienia wolności potwierdza zakorzenienie prawa karnego wykonawczego w problematyce ochrony prawa człowieka. Jej założenia, przebieg postępowania oraz kontrola sądu nad zachowaniem skazanego podczas jej trwania są podstawą do wskazania ewentualnych problemów związanych ze stosowaniem niniejszej instytucji oraz znalezienie optymalnych sposobów naprawy sytuacji.

²⁰ S. Stachowiak, *Ułaskawienie w przepisach K.P.K z 1997 r.*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy”, nr 4-6, 2000, s. 10-11; por M. Wędrychowski, *Postępowania po uprawomocnieniu się orzeczenia sądu* [w:] P. Kruszyński (red.), *Nowe uregulowania prawne w kodeksie postępowania karnego z 1997 r.*, Warszawa 1999, s. 451, R.A. Stefański [w:] Z. Gostyński (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. II, Warszawa 1998, s. 821 oraz A. Murzynowski, *Ułaskawienie w Polsce Ludowej*, Warszawa 1965, s. 178, cyt. za: S. Stachowiak, *Ułaskawienie...*, *op. cit.*, s. 10; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 1998, s. 1113; S. Paweła, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 131.

²¹ S. Lelental, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 385 oraz §132 Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 13 stycznia 2004 r. w sprawie czynności administracyjnych związanych z wykonywaniem tymczasowego aresztowania oraz kar i środków przymusu skutkujących pozbawieniem wolności oraz dokumentowania tych czynności (Dz. U. z 2004 r., nr 15, poz. 142).

dr Elżbieta Żywucka-Kozłowska¹

Karol Juszka²

Badania nad efektywnością przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności

Przerwa w odbywaniu kary pozbawienia wolności pojawiła się w polskim porządku prawnym z dniem wejścia w życie kodeksu postępowania karnego, co nastąpiło 1 lipca 1929 roku³, a zasadniczy kształt przyjęła w kodeksach karnych wykonawczych z lat 1969⁴ oraz 1997⁵. Niniejsza instytucja jest jednym ze sposobów wstrzymania wykonania tej kary⁶ oraz jest udzielana na określony czas i w określonym celu, tylko z uwzględnieniem wąskiego rozumienia przesłanek wymienionych w art. 153 k.k.w.⁷

Celem artykułu jest przedstawienie wyników badań własnych 153 akt sądowych opatrzonych sygnaturą Wydziału V Penitencjarnego Sądu Okręgowego w Krakowie dotyczących 90-osobowej, losowej grupy badawczej skazanych, wobec których miały miejsce różne rozstrzygnięcia procesowe dotyczące orzekania w sprawach przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności w latach 2002-2006, nie przeprowadzanych dotychczas tak szeroko w czasie obowiązywania k.k.w. z 1997 roku⁸.

Zakres przedmiotowych badań obejmował postępowanie sądów dotyczące przerwy w wykonaniu kary pozbawienia wolności (udzielenie, odmowa udzielenia, odwoływanie i nie odwoływanie przerwy, umorzenie postępowania wykonawczego w sprawie przerwy, pozostawienie wniosku bez rozpoznania) a także charakterystykę społeczno-demograficzną

¹ Autorka jest doktorem nauk prawnych, adiunktem w Katedrze Prawa Karnego Materialnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warmińsko-Mazurskiego w Olsztynie.

² Autor jest magistrem prawa, doktorantem w Katedrze Prawa Karnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Niniejszy tekst został nadesłany w marcu 2012 r.

³ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. – Kodeks Postępowania Karnego, (Dz. U. z 1928 r., nr 33, poz. 313).

⁴ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. z 1969 r., nr 13, poz. 98 z późn. zm.).

⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. z 1997 r., nr 90, poz. 557 z późn. zm.).

⁶ Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy – Komentarz*, Gdańsk 2006. s. 511.

⁷ Post. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 6 marca 2001 r., II Akz 91/01, A.OSA Warszawa 2/01 K-8, cyt. za: *Krakowskie Zeszyty Sądowe* 2001, nr 6, poz. 56.

⁸ K. Juszka, *Studia nad przerwą w odbywaniu kary pozbawienia wolności*, Lublin 2007, s. 42 i n.

skazanych i ich aktywności procesowej w postępowaniu w sprawach dotyczących przerwy w latach 2002-2006.

Przedmiotem badań była instytucja przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności. Kwestionariusz do badań aktowych zawierał 27 wytycznych opracowanych na podstawie analizy literatury przedmiotu, wyników dotychczasowych badań, a także własnych wniosków i przemyśleń.

Pierwszą grupą czynników związanych z efektywnością przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności była charakterystyka osobopoznawcza skazanych, wobec których zastosowano przedmiotową instytucję.

Wskazaną grupę otwiera wiek skazanego analizowany przez pryzmat jego pierwszego w życiu konfliktu z prawem, strony podmiotowej, charakteru i okoliczności popełnionego czynu. W przedmiotowych badaniach wyszczególniono 7 grup wiekowych skazanych: do 25 lat, 26-35, 36-45, 46-55, 56-65, 66-75 i powyżej 75 lat. Najwięcej osób związanych z postępowaniem dotyczącym przerw było w wieku 26-35 lat oraz w wieku 46-55 lat, którzy stanowili odpowiednio 28,9% i 23,3% badanych. Natomiast najwięcej spraw (30,7%) dotyczyło osób między 36 a 45 rokiem życia oraz między 26 a 35 lat (po 20,26% spraw). Z punktu widzenia efektywności, wiek ma znaczenie w kontekście aktualnej sytuacji życiowej sprawcy oraz jego planów na przyszłość, np. zbliżającej się obrony pracy dyplomowej, niedawno ukończonych studiów, planów związanych z założeniem oraz utrzymaniem rodziny, ryzykiem utraty, przerwania lub mocnego nadszarpnięcia pozycji zawodowej z powodu popełnienia czynu zabronionego. W tym kontekście skazani dążą m.in. poprzez własną argumentację, dokumentację, profesjonalną pomoc prawną do przekonania sądu do zastosowania instytucji przerwy w odbywaniu kary i wykorzystania jej zgodnie z celem.

Punktem wyjścia do zastosowania przedmiotowej instytucji było powiązanie między stanem cywilnym, sytuacją rodzinną, zawodową i osobistą, a informacjami uzyskanymi za pomocą widzeń z członkami rodziny (25% spraw) i za pomocą korespondencji (21% spraw). Widzenie, w trakcie którego ujawnia się całokształt relacji skazanego z rodziną, jest często najsilniejszym impulsem pozytywnych zmian w życiu skazanego w powrocie do zgodnego z prawem życia na wolności, a tym samym argumentem skutkującym z reguły pozytywnym rozstrzygnięciem w sprawie udzielenia tytułowej przerwy.

Ważną częścią charakterystyki osobopoznawczej jest charakter i skutki nawiązywania kontaktów między odbywającymi karę pozbawienia wolności, które mogą być pozytywne i negatywne, służyć zrozumieniu i przełamywaniu regionalnych i charakterologicznych

przyzwyczajień lub być tylko przystankiem wliczonym w koszty działalności przestępczej, będących „konferencją”, na której można wymienić doświadczenia i udoskonalić „warsztat”, poszerzając stare i poznając nowe techniki popełniania przestępstw.

W przedstawianej charakterystyce należy zwrócić uwagę na opinię pracodawcy o skazanym. Konsekwencją tej opinii może być na nowo podtrzymana lub nawiązana współpraca z pracodawcą, a w konsekwencji zatrudnienie po odbyciu kary, ułatwiające niewątpliwie powrót do działalności zgodnej z prawem. W tym kontekście ważne są także możliwości zarobkowe związane z wykształceniem skazanego, które są pomocne także przy ocenie czy skazany może wykorzystać okres przerwy zgodnie z celem wyznaczonym przez sąd.

Ostatnimi wytycznymi związanymi z analizą osobopoznawczą, a związanymi z efektywnością niniejszej instytucji, był system wykonywania kary pozbawienia wolności oraz przyznane nagrody i kary. Zdecydowana większość skazanych wykonywała karę pozbawienia wolności w systemie programowanego oddziaływania, a wobec badanych skazanych przyznano 106 nagród i nałożono 43 kary. Badania własne wskazują, że przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności z przesłanki obligatoryjnej lub fakultatywnej ze względów zdrowotnych były udzielane przede wszystkim wobec skazanych odbywających tę karę w systemie terapeutycznym. Kryterium udzielenia przedmiotowej instytucji pozostałym badanym skazanym było wykorzystanie okresu niniejszej przerwy w sposób zgodny z celem, niezależnie zarówno od systemu odbywania kary jak również w większości spraw od liczby i doniosłości przyznanych nagród i nałożonych kar.

Drugą grupę zagadnień badawczych efektywności badanej instytucji obejmowały wytyczne związane z postępowaniem dotyczącym przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności.

Omawianą grupę czynników rozpoczyna, ważna z punktu widzenia efektywności, inicjatywa procesowa dotycząca wniosku o udzielenie przedmiotowej instytucji. W badanych sprawach, skazani w ponad 77% przypadków inicjowali postępowanie dotyczące przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności, a w 23% spraw w ich imieniu wnioski składał obrońca skazanego. W niniejszych badaniach, istotne pod względem efektywności jest wskazanie, że na 145 przerw w odbywaniu kary pozbawienia wolności udzielanych skazanym, w 61,4% przypadkach były one pierwszymi, a w pozostałych 38,6% przypadkach – dalszymi oraz zaznaczenie, że w przedmiotowej grupie 145 przerw, 42,1% spośród nich było obligatoryjnymi, a 57,9% – fakultatywnymi.

Kolejnym czynnikiem jest przedstawienie przez skazanego dowodów, uzasadniających, zdaniem skazanego, zastosowanie wobec niego przerwy w odbywaniu kary pozbawienia wolności, które w większości przypadków obejmowały szeroko rozumianą dokumentację medyczną, dokumentację związaną z pracą lub dokumentację związaną ze specyfiką konkretnej sprawy. Związana z niniejszymi dowodami była argumentacja skazanych, która w 23,5% przypadków dotyczyła udzielenia przerwy obligatoryjnej, a w 76,5% przypadków przerwy fakultatywnej. Z punktu widzenia przerwy fakultatywnej wnioskodawcy najczęściej powoływali się na ważne względy rodzinne, które stanowiły 62,8% argumentów wnioskodawców przerwy fakultatywnej i prawie połowę (48%) ogółu argumentów wysuwanych we wniosku o udzielenie przerwy. W przypadku ważnych względów zdrowotnych te proporcje wynosiły odpowiednio: 18% i 13,8%, a w przypadku ważnych względów osobistych: 19,2% i 14,7% argumentów.

Uzasadnienia postanowień sądu w sprawie zastosowania niniejszej instytucji należy rozpocząć od 31% rozstrzygnięć, w których odmówiono udzielenia przerwy w karze pozbawienia wolności. Przyczynami wydania tego rozstrzygnięcia było stwierdzenie, że chorymi lub potrzebującymi członkami rodziny skazanego opiekują się inni członkowie rodziny oraz konstatacja, że skazany może być leczony w zakładzie karnym.

W trakcie badań własnych natrafiono na 4 rozstrzygnięcia procesowe dotyczące odwołania i na 4 dotyczące nie odwoływania przerwy (5,3% spraw). Najczęstszym argumentem odwołania przerwy i w tych badaniach pojawiającym się w każdym przypadku jest nie korzystanie z przerwy w celu, w jakim została udzielona. W jednej sprawie dodatkowo wystąpił argument polepszenia się stanu zdrowia skazanego, który zakwalifikowany został jako odpadnięcie przyczyny, dla której przerwa została udzielona. W 4 rozstrzygnięciach o nie odwoływanie przerwy stwierdzono następujące argumenty: skazany podjął pracę, skazany opiekuje się babcią, skazany ma wyznaczony termin poważnej operacji oraz brak danych.

Z przeprowadzonych badań wynika, że rzadkim uzasadnieniem rozstrzygnięcia procesowego sądu pierwszej instancji (ok. 1%) jest pozostawienie wniosku bez rozpoznania, którego przyczyną było stwierdzenie w dwóch sprawach tej samej podstawy faktycznej.

Ostatnią ujętą w badaniach grupą uzasadnień rozstrzygnięcia procesowego sądu pierwszej instancji były przyczyny umorzenia postępowania. W badaniach przyczyny umorzenia postępowania (5% spraw) to: udzielenie warunkowego przedterminowego zwolnienia (3 sprawy), cofnięcie wniosku (3 sprawy), nie odwołanie warunkowego przedterminowego zwolnienia (1 sprawa) oraz zgon skazanego (1 sprawa).

W postępowaniu odwoławczym, wnioskodawcą zażalenia w co dziesiątej sprawie był skazany, a obrońca w 7% spraw. Składający zażalenie najczęściej powoływał się na opiekę nad chorym członkiem rodziny lub względy zdrowotne – (46,2% ogólnej liczby argumentów). Po analizie argumentów wnioskodawcy zażalenia, sąd drugiej instancji w 80,7% utrzymał w mocy postanowienie sądu pierwszej instancji, w 7,8% spraw uchylił przedmiotowe postanowienie i przekazał sprawę do ponownego rozpoznania, a w 11,5 % spraw zmienił postanowienie sądu pierwszej instancji. W wyniku zmiany, dwóm skazanym udzielono przerwy po 6 miesięcy, a jednej na 3 miesiące. Najczęściej w uzasadnieniu rozstrzygnięcia sądu drugiej instancji argumentowano, że skazany nie jest jedyną osobą mogącą zapewnić opiekę i utrzymanie rodziny oraz ogólną uwagą, że nie zachodzą przesłanki udzielenia przerwy – brak ważnych względów rodzinnych, zdrowotnych lub osobistych (17,9%).

Podsumowując, obraz praktyki przedstawiony za pomocą powyższych czynników wskazuje na wysoką efektywność postępowań związanych z przerwą w odbywaniu kary pozbawienia wolności. Niniejszą tezę udowadnia rygorystyczna realizacja założeń przedmiotowej instytucji oraz wysoki odsetek 80,7% spraw postanowień drugiej instancji utrzymujących w mocy postanowienia sądu pierwszej instancji.

Prace przygotowawcze do Deklaracji z Brighton

Europejski Trybunał Praw Człowieka jest organem Europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności², która weszła w życie 3 września 1953 roku, a Polskę wiąże od 19 stycznia 1993 roku. Powołany w celu pociągania do odpowiedzialności państw za najcięższe naruszenia praw jednostek, sam stał się przedmiotem krytyki, gdyż w ciągu ponad 40 lat działalności jego rola, jak i wyjątkowy charakter instancyjny, zostały osłabione. Podobnie jak w większości spraw, które były rozpatrywane przeciwko Polsce, dotknęła go krytyka opieszałości i przeciągania procedur ze względu na ogromną liczbę spraw oczekujących na rozstrzygnięcie – jest ich obecnie ok. 160 000³, a średni czas oczekiwania na decyzję to 5 lat. Nietrudno sobie wyobrazić, iż liczba skarg wskazuje na zdecydowane zachwianie równowagi odpowiedzialności, a dodatkowo przy takim „poślizgu”, gwarancja ochrony praw podstawowych jednostek staje się w pewnym stopniu iluzoryczna.

W sytuacji idealnej, 47 państw członkowskich wzmocniłoby po prostu ochronę systemową na poziomie państwowym, uprzedzając lawinę skarg do ETPC, który mógłby skupić się na szybkim rozstrzygnięciu tych o największej wadze, jak wynikało to z pierwotnych założeń jego pomysłodawców. Niestety, sprawa okazuje się o wiele bardziej skomplikowana, a państwa członkowskie, potwierdzając ich oddanie samej idei Konwencji, równocześnie podnoszą krytykę aktualnego systemu jej funkcjonowania, który mimo wcześniejszych reform, jak pokazują cyfry, pozostaje niewydolny. Podążając za dyskusją, która zakończyła się przyjęciem protokołu 14 oraz raportu Grupy Mędrców na temat reformy

¹ Autorka jest absolwentką Wydziału Prawa i Administracji UJ oraz prawa międzynarodowego i francuskiego na Uniwersytecie w Orléans (Francja) i międzynarodowego prawa prywatnego i handlowego na Uniwersytecie Paris 2 Panthéon-Assas (Francja). Aktualnie jest kandydatką *Master in European Interdisciplinary Studies* w Kolegium Europejskim w Natolinie. Jest również wolontariuszką Ośrodka Międzynarodowego Prawa Humanitarnego i Praw Człowieka WPiA UJ.

Niniejszy tekst został nadesłany do redakcji w marcu 2012 r.

² Aktualny tekst Konwencji dostępny pod adresem: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/7B5C268E-CEB3-49A5-865F-06286BDB0941/0/POL_CONV.pdf [dostęp z 31.03.2012].

³ Wystąpienie D. Camerona z dnia 20.01.2012 r., <http://www.number10.gov.uk/news/european-court-of-human-rights/> [dostęp z 31.03.2012].

systemu skarg indywidualnych⁴, państwa członkowskie spotkają się w Brighton w dniach 18-20 kwietnia 2012 roku, aby zakończyć negocjacje rozpoczęte podczas konferencji w Interlaken (18-19 luty 2010 r.) i Izmirze (26-27 kwiecień 2011 r.). To właśnie Deklaracja z Brighton ma stanowić tak długo oczekiwany i dyskutowany punkt zwrotny w pracach nad przebudową systemu pracy Trybunału w Strasburgu.

Głównym prowodyrem zmian jest Wielka Brytania, której część europejskich NGO zarzuca, iż pod hasłem usprawnienia europejskiego systemu ochrony praw człowieka, dąży przede wszystkim do ograniczenia jego wpływów. Podczas wystąpienia z dnia 25 stycznia 2012 r. David Cameron podkreślił, iż mamy do czynienia z ogromną inflacją spraw, gdyż od początku działalności ETPC przedstawiono ich ok. 45 000, jednak w samym tylko 2010 roku liczba skarg wzrosła do 61 300 wniosków. Co za tym idzie, szef brytyjskiego rządu przedstawił potrzebę skupienia się na najważniejszych sprawach, a nie podważaniu reputacji ETPC poprzez kontrolę oczywiście poprawnych decyzji krajowych⁵. Dalej wyraził on opinię, iż demokratyczne rządy Europy, które mimo, iż pragną chronić prawa człowieka, są systematycznie konfrontowane ze zdecydowanym uszczupleniem krajowego marginesu oceny sytuacji i zawężaniem swobody interpretacji Konwencji. Co więcej, zwrócił on szczególną uwagę na orzecznictwo ETPC, które jest przedmiotem aktualnej dyskusji w doktrynie brytyjskiej i budzi pewne niepokoje odnośnie do dalszego uszczuplenia znaczenia decyzji krajowych jurysdykcji i zasady subsydiarności⁶.

Podczas spotkania w Brighton 47 krajów będzie musiało dojść do konsensusu na temat reform mających na celu zwiększenie efektywności Trybunału, ulepszenie systemu nominacji sędziów, wzmocnienie zasady subsydiarności, a jednocześnie reform, które dalej będą chroniły prawo do skargi indywidualnej oraz przede wszystkim przywrócą główną odpowiedzialność za ochronę praw człowieka krajowym sądom i innym specjalnym instytucjom powołanym w tym celu, np. poprzez doskonalenie szkoleń w zakresie praw człowieka dla urzędników państwowych i sędziów.

Wystąpienie szefa rządu kraju przewodniczącego konferencji spotkało się z gwałtowną reakcją środowiska międzynarodowego. Z jednej strony francuscy

⁴ Tekst raportu w j. angielskim dostępny pod adresem: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM\(2006\)203&Sector=secCM&Language=lanEnglish](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM(2006)203&Sector=secCM&Language=lanEnglish) [dostęp z 31.03.2012].

⁵ *Ibidem*. Przykład skargi na firmę przewozową między Bukaresztem a Madrytem: pasażer nieusatysfakcjonowany niskim komfortem jazdy pozywał przewoźnika na sumę 90 EUR.

⁶ Wielka Brytania jest w szczególnym konflikcie z ETPC w związku z orzeczeniami dotyczącymi prawa wyborczego osób pozbawionych wolności – *vide* sprawa Greens i M.T. p. Wielkiej Brytanii z dnia 11.04.2011 oraz deportacji terrorystów – *vide* sprawa Othman (Abu Qatada) p. Wielkiej Brytanii z dnia 17.01.2012.

przedstawiciele doktryny⁷ uważają, iż pod oficjalną banderą wzmocnienia krajowych systemów sądownictwa, kryje się tak naprawdę chęć zmniejszenia intensywności systemu kontroli wykonywanej przez ETPC i brak woli polepszenia wzajemnego rozumienia na poziomie krajowym i europejskim. Z drugiej strony, w swojej opinii *amici curiae*, międzynarodowe organizacje pozarządowe wyraziły zadowolenie z kierunku negocjacji, z zastrzeżeniem dotyczącym kwestii dopuszczalności spraw w wypadku rozpatrzenia ich w stopniu wystarczającym przez sądy krajowe oraz włączenia zasady subsydiarności i marginesu swobody uznania⁸. Stanowiska organizacji pozarządowych podążają za argumentacją Trybunału, gdyż podobne wątpliwości dotyczące zmniejszenia roli ETPC zostały wyrażone przez jego prezesa sir Nicolasa Bratza, podczas prezentacji rocznego raportu z działalności⁹. Natomiast w samej opinii wstępnej Trybunału, wydanej 20 lutego 2012 roku¹⁰, możemy odnaleźć informacje na temat zmian wprowadzonych po spotkaniach w Interlaken i Izmir, a także opinie Trybunału na temat proponowanych mechanizmów zmierzających do selekcji spraw i zmniejszenia poślizgu w orzekaniu. Ciekawą informacją jest także wyrażenie nadziei na zakończenie prac nad przystąpieniem Unii Europejskiej do Konwencji, które na dzień dzisiejszy utknęły w martwym punkcie, a według Trybunału jedynym brakującym elementem do ich zakończenia jest brak woli politycznej.

Ponadto *Open Society Justice Initiative* przygotowało serię *fact sheets*¹¹ umożliwiających wszystkim zainteresowanym zaangażowanie się w dyskusję i zgłębienie wiedzy na temat szczegółowych elementów reform, które będą rozważane podczas spotkania w Brighton.

W przeddzień Konferencji w Brighton, doktryna i społeczeństwo europejskie stawiają sobie ważne pytania na temat przyszłości europejskiego systemu ochrony praw człowieka. W jaki sposób usprawnić działanie struktury administracyjnej mającej za zadanie wymierzanie sprawiedliwości międzynarodowej, którą dotyczą prozaiczne problemy każdego urzędu? Czy uda się dojść do konsensusu politycznego obrazującego powszechną krytykę kierowaną przez sędziów krajowych do międzynarodowych trybunałów? Wreszcie,

⁷ N. Hervieu, *Préparatifs et discussions préliminaires à la Conférence de Brighton sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme* [w:] Lettre « Actualités Droits-Libertés » CREDOF, 4 marca 2012.

⁸ Zob. <http://echrblog.blogspot.fr/> [dostęp z 02.04.2012].

⁹ Tekst raportu w j. angielskim dostępny pod adresem: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/219E9A92-716A-4337-99DE-053358F536B3/0/2011_Rapport_Annuel_EN.pdf [dostęp z 31.03.2012].

¹⁰ Tekst w j. angielskim dostępny pod adresem: http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/BF069E9B-8EE5-4FA8-877E-2DFAA4C167BD/0/2012_Avis_Cour_Conf%C3%A9rence_de_Brighton_1820_avril_2012_EN.pdf [dostęp z 31.03.2012].

¹¹ Tekst w j. angielskim dostępny pod adresem:

http://www.soros.org/initiatives/justice/articles_publications/publications/echr-factsheets-20120227 [dostęp z 31.03.2012].

czy przystąpienie najpotężniejszej międzyrządowej organizacji regionalnej Europy do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sprawi, iż dokument ten uzyska nową jakość, a krytykowana słabość Rady Europy odejdzie do przeszłości?

Jedno jest pewne – sama Deklaracja z Brighton nie przyniesie natychmiastowych odpowiedzi na powyższe pytania, lecz przełamanie impasu w negocjacjach oraz nowa polityka rządów mogą rozpocząć kolejny etap, mający na celu ulepszenie pracy Trybunału, a w dalszym okresie zapewnić nadzieję na efektywne wykonanie stawianych celów. Należy pamiętać, iż ochrona praw człowieka nie będzie możliwa bez odpowiedniego zaplecza logistycznego i administracyjnego, gdyż nawet najwięksi specjaliści w omawianej dziedzinie nie są w stanie zapewnić wymierzenia sprawiedliwości, jeśli nie zostaną wyposażeni w odpowiednie narzędzia – tak jak prawo materialne nie będzie miało żadnego znaczenia, jeśli jego zastosowanie nie zostanie zabezpieczone odpowiednimi normami procesowymi.

Studencka Konferencja Naukowa
„Ochrona praw człowieka w wymiarze regionalnym”
Kraków, 17 marca 2011 roku
Sala Refektarz, ul. Olszewskiego 2

Program konferencji:

9.45-10.00 – Wprowadzenie

10.00-11:45 – Panel I (ekspercki)

Moderator: dr Marcin Marcinko (OMPHPC UJ, ZPMP UJ)

1) Natalia Olchawa (*Amnesty International*): *Sytuacja praw człowieka w Sudanie oraz przykłady ich naruszania*

2) Jacek Kowalewski (zewewnętrzny konsultant OBWE/ODIHR): *Budowanie zdolności sądów krajowych b. Jugostawii do osądzenia zbrodni wojennych: projekt pod egidą OBWE i ONZ*

3) dr Katarzyna Przybyśławska (Centrum Pomocy Prawnej im. Haliny Nieć): *Sytuacja bezpieczeństwa na Bliskim Wschodzie a międzynarodowe standardy ochrony praw człowieka*

4) Alicja Gajewska (OMPHPC UJ): *Działalność Stowarzyszenia Matek Żołnierzy w Federacji Rosyjskiej*

Dyskusja

11.45-12.05 – Przerwa na kawę

12.05-13.45 – Panel II (studencki) – *Prawo do życia jednostek i „prawo do życia” narodów*

Moderator: Agnieszka Kasztalska (OMPHPC UJ)

1) Katarzyna Mertuszka (OMPHPC UJ, PAH, IWI): *Prawo do samostanowienia – konfrontacja z rzeczywistością: przykład problemu kurdyjskiego*

2) Joanna Uchańska i Kaja Kowalczevska (OMPHPC UJ, TBSP UJ): *Prawa kobiet w postępowaniu o nadanie statusu uchodźcy w prawie międzynarodowym i europejskim – zagadnienia systemowe*

3) Anna Siewiorek (OMPHPC UJ, *Amnesty International*): *Prawo do życia i kara śmierci w Chińskiej Republice Ludowej*

4) Maciej Andrzejewski (OMPHPC UJ): *Rola i przyszłość Afrykańskiego Trybunału Praw Człowieka i Ludów w regionalnym systemie ochrony praw człowieka*

Dyskusja

13.45-15.15 – Przerwa obiadowa

15.15-17.00 – Panel III (studencki): *Granice wolności i równego traktowania z perspektywy europejskiej i krajów arabskich*

Moderator: Paulina Maślak (OMPHPC UJ)

1) Monika Ciesielska (OMPHPC UJ): *Zakaz dyskryminacji oraz nakaz równego traktowania w regionalnych systemach ochrony praw człowieka na przykładzie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Arabskiej Karty Praw Człowieka*

2) Kaja Kowalczevska (OMPHPC UJ): *Prawo szariatu i jego kompatybilność z europejskim systemem ochrony praw człowieka*

3) Magdalena Syrek (OMPHPC UJ, TBSP UJ): *Prawo do swobody wypowiedzi a ochrona bezpieczeństwa państwowego i porządku publicznego, czyli dlaczego w Egipcie zablokowano Facebooka*

4) Anna Dąbrowska (OMPHPC UJ): *Dyskryminacja kobiet w systemach prawa karnego państw islamskich*

5) Anna Kuna (OMPHPC UJ): *Wolność sumienia i wyznania w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i polskiego Trybunału Konstytucyjnego*

Dyskusja

17.00-17.15 – Podsumowanie

18.30 – Klub RE, ul. św. Krzyża 4 – pokaz filmu dokumentalnego p. Anny Mączki (niezależnej dziennikarki radiowej i telewizyjnej, reporterki i scenarzystki) pt. *Terrorysty z Marsa*, po projekcji prelekcja i dyskusja panelowa *Świadomość różnic kulturowych a asymilacja. Niewiedza jako źródło uprzedzeń*.