



Uniwersytet
Wrocławski

Międzynarodowa ochrona praw człowieka – współczesne problemy na świecie

pod redakcją
Mariusza Jabłońskiego
Tomasza Jurczyka
Patryka Gutierrez

Wrocław 2015

**Międzynarodowa ochrona
praw człowieka –
współczesne problemy na świecie**

Międzynarodowa ochrona praw człowieka – współczesne problemy na świecie

pod redakcją
**Mariusza Jabłońskiego
Tomasza Jurczyka
Patryka Gutierrez**

Wrocław 2015

Komitety Redakcyjny

prof. dr hab. Leonard Górnicki – przewodniczący

mgr Bożena Górna – członek

mgr Aleksandra Dorywała – sekretarz

Recenzenci: *dr hab. prof. nadzw. Sabina Grabowska, dr hab. prof. nadzw. Radosław Grabowski*

**© Copyright by Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytetu Wrocławskiego**

Korekta: *Dorota Sideropulu*

Projekt i wykonanie okładki: *Karolina Drozd*

Skład i opracowanie techniczne: *Aleksandra Kumaszką, Tomasz Kalota* eBooki.com.pl

Druk: *Drukarnia Beta-druk, www.betadruk.pl*

Wydawca

E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa.

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

ISBN 978-83-61370-59-8

Spis treści

Słowo wstępne.....	9
--------------------	---

ROZDZIAŁ I. RESPEKTOWANIE MIĘDZYNARODOWYCH STANDARDÓW W OBSZARZE OCHRONY WOLNOŚCI I PRAW CZŁOWIEKA

Szymon Mazurkiewicz

Human rights and the philosophy of international law – between law of nature and legal positivism?	13
---	----

Barbara Klebeko

Handel ludźmi jednym z największych współczesnych zagrożeń dla realizacji idei praw człowieka.....	23
---	----

Dominika Kuźnicka

Dostęp do wody – prawo człowieka czy towar podlegający prawom wolnego rynku? Obecne regulacje prawne i perspektywy na przyszłość	37
---	----

Magdalena Abu Gholeh

Sytuacja prawna i faktyczna uchodźców a prawa człowieka.....	51
--	----

Damian Szczepaniak

Wolność sumienia i wyznania a nauczanie religii w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka	63
--	----

Magdalena Wrzałik

Wybrane polskie cenzusy wyborcze w świetle standardów międzynarodowych	83
--	----

Agata Pyrzyńska

Międzynarodowa obserwacja wyborów jako narzędzie ochrony podmiotowych praw wyborczych	99
--	----

Leyla Büyükbayrak, Michał Dahl

Sytuacja kobiet w Turcji. Aspekty prawne i społeczne	115
--	-----

Mateusz Radajewski

Derogacja praw i wolności w sytuacjach nadzwyczajnych w międzynarodowych systemach ochrony praw człowieka.....	129
---	-----

Tomasz Jurczyk

The role of the Court of Justice of the European Union in setting European Union standards of protection of fundamental rights.....	141
--	-----

ROZDZIAŁ II. STATUS INFORMACYJNY JEDNOSTKI

Iwona Dyś

Współczesne standardy pracy dziennikarza jako kryterium oceny działania w granicach przysługującej wolności wypowiedzi. Analiza wybranych orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka	151
---	-----

Amelia Mróz

Social media jako narzędzia walki o ochronę praw człowieka	167
--	-----

Max Steuer

Searching for the Fair Balance? The Application of the Principle of Proportionality
in Slovak Freedom of Speech Cases 181

Hanna Wiczanowska

Modern standards of the freedom of speech – from Otto Preminger Institut to the era
of social media..... 197

ROZDZIAŁ III. PRAWA DZIECKA

Waldemar Arroyo Rojas

Effects of Non-Recognition of Children as Citizens and of Exclusion from
the International System upon their Human Rights 215

Урунова Санавбар Вахобовна

Некоторые вопросы в области обеспечения прав и интересов детей-сирот
и детей, оставшихся без попечения родителей по международным
и национальном законодательством Республики Таджикистан..... 241

Maciej Krogel

Ochrona praw dziecka w kontekście współczesnych konfliktów
zbrojnych – wybrane aspekty 251

Patryk Gutierrez

Praca dzieci w krajach Ameryki Południowej i w Europie – Peru, Polska 261

O Autorach 273

Słowo wstępne

Szanowni Państwo,

Nie budzi współcześnie wątpliwości, że wolności i prawa człowieka stały się przedmiotem w zasadzie kompleksowej regulacji prawnej, tak na płaszczyźnie prawa międzynarodowego, jak i krajowego. Fakt skonkretyzowania uprawnień jednostki w akcie normatywnym nie zawsze jednak eliminuje wątpliwości towarzyszące późniejszej praktyce ich ochrony. Trudno bowiem wyobrazić sobie, że ogólne zazwyczaj pojęcia, którymi posługuje się prawodawca międzynarodowy i krajowy, a ponadto często takie, których interpretacja musi odbywać się w oparciu o pewne założenia pozaprawne, immanentnie związane z istotą człowieczeństwa, rozumiane są identycznie przez wszystkich adresatów, przede wszystkim zaś przez krajowe organy ochrony. Zdając sobie jednocześnie sprawę z tego, że tematyka wolności i praw jednostki jest bardzo złożona i wielowątkowa, celem który przyświecał nam w zakresie przygotowania konkretnych opracowań, było wyselekcjonowanie pewnych, wybranych problemów, które ze względu na swoją aktualność w istotny sposób zasługują na poddanie ich analizie oraz wymianie poglądów, i to nie tylko z punktu widzenia doktryny europejskiej. Mając powyższe na względzie, postanowiliśmy wydzielić kilka podstawowych elementów składowych, co ostatecznie wpłynęło na przyjęcie systematyki prezentowanego opracowania.

W pierwszym rozdziale omówione zostały kwestie, których przedmiot wpisuje się w szeroko rozumiane zagadnienie respektowania międzynarodowych standardów ochrony wolności i praw jednostki. W założeniu celem tej części opracowania jest przypomnienie fundamentalnych gwarancji, które definiują istotę podstawowych rozwiązań prawnych przyjętych w różnych systemach prawnomiędzynarodowej ochrony wolności i praw jednostki, oraz zaprezentowanie istniejących wyzwań w zakresie zapewnienia skutecznej ochrony wolnościom i prawom osobistym, politycznym oraz ekonomicznym.

Drugi rozdział koncentruje się na zagadnieniu statusu informacyjnego jednostki, przede wszystkim zaś ma na celu ustalenie roli i znaczenia wolności słowa oraz prasy we współczesnym państwie demokratycznym, w którym coraz ważniejszą rolę odgrywają media społecznościowe.

Prawa dziecka i zapewnienie im skutecznej ochrony stało się przedmiotem analizy w opracowaniach zamieszczonych w rozdziale trzecim. Wbrew pozorom okazuje się, że ta sfera międzynarodowej i krajowej regulacji nie przekłada się na rzeczywiste zagwarantowanie podmiotowego traktowania dziecka przez ustawodawcę, instytucje publiczne, a także przez rodziców. Nie zawsze bowiem litera prawa natychmiast wpływa na

zmianę społecznego identyfikowania dziecka jako bezpośredniego adresata wolności i praw.

Redaktorzy oraz autorzy, z których część jest członkami kół naukowych, mają nadzieję, że niniejsza publikacja przyczyni się do pogłębienia badań nad problematyką wolności i praw jednostki, a z drugiej strony stanie się rzeczową pomocą naukową i dydaktyczną.

prof. dr hab. Mariusz Jabłoński

Rozdział I

Respektowanie międzynarodowych standardów w obszarze ochrony wolności i praw człowieka

Human rights and the philosophy of international law – between law of nature and legal positivism?

1. Legal positivism and natural law

The aim of the paper is to present the aspects of legal philosophy that build the fundaments both of the theory of human rights and of the international law as well as to demonstrate the relations between the philosophical ground and the practical problems of human rights protection. My main thesis is that a large number of difficulties that can be seen in the contemporary world has its roots on the deeper theoretical ground. It is the ground of justification and legitimization of international law and human rights. My view is that this issue can be observed as the clash of two philosophical concepts, that is law of nature and legal positivism. I attempt to link philosophy of law with the international law and human rights protection and notice some significant problems on this link.

There are two main theoretical fundaments in the philosophy of law. The first is natural law, and the second is legal positivism. There are totally opposed or even contradictory. In the contemporary legal philosophy, it is legal positivism that seems to be the dominating manner of describing law. In XXI century natural law may be seen as an old and unnecessary theory associated with Tomas of Aquinas and Christian Church. However, there are a few legal philosophers representing natural law in the contemporary philosophy of law. The most known is John Finnis, Australian jurist and the author of *Natural Law and Natural Rights*. The others to mention are Germain Grisez professor on Mount St. Mary's University, Joseph Boyle from University of Toronto and Robert P. George working at the University of Notre Dame¹. Still, legal positivism is the most common attitude in legal philosophy.

Legal positivism is the thesis that the existence and content of law depends on social facts, and not on its merits². The English jurist John Austin (1790–1859) formulated it thus: “The existence of law is one thing; its merit and demerit another. Whether it be or be not is one enquiry; whether it be or be not conformable to an assumed standard, is a different enquiry”³. In other words, the content of a legal regulation is not important for

¹ G. Blicharz, D. Pietrzyk, *Różne współczesne teorie prawa naturalnego* [in:] *Prawo Naturalne - Natura Prawa*, [red. F. Longchamps de Berier], Warszawa 2011, p. 167.

² <http://plato.stanford.edu/entries/legal-positivism/> (accessed 11 November 2014).

³ J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), Ed. W.E. Rumble, Cambridge, 1995.

its validity. Thus, the law is seen in a very formal way without any material aspects. On the other hand, the natural law theory claims that there is a set of reasons for action that can be seen as normative reasons. That brings a conclusion that, for a natural law jurist, law involves not only a sheer social fact of power and practice, but also some underlying material fundament. Well known legal maxim – *lex iniusta non est lex* (unjust law is not law) is a shortened description of natural law theory.

2. The theory of international law

International law is an example of the clash of these two legal theories in practice. Since the Roman Law times, idea of *ius gentium*, law that is universal to every nation is returning once in a while. It is worthy noticing that it is still alive in contemporary international law, as in thoughts of Hersch Lauterpacht, judge of the International Court of Justice who attempted to explain international law as *common law of mankind* in his post-Grotius glance at international law⁴. Nevertheless, the attitudes different than natural law regarding the legitimization of international law are more significant both in theory and practice. They can be entirely qualified into legal positivism. The last Oppenheim's law, book one states: "It is in accordance with practical realities to see the basis of international law in the existence of an international community the common consent. [...] In this sense *common consent* could be said to be the basis of international law as a legal system"⁵. These views are in accordance with hundred years earlier thoughts of Hegel and Austin who sought the fundament for qualifying international law as law in will of the sovereign states.

Furthermore, the jurisdiction of international courts appears to accept such resolution of the problem of legitimization international law. It was especially formed in the *Lotus case* from 1926 by Permanent Court of International Justice. The Court ruled that: "International law governs relations between independent States. The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usage generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims"⁶. All phrases mentioned above present that roots of international law are in the will of states. Voluntarism, once respectful in the whole philosophy of law, particularly in XIX century in Austin works, possesses the main position in legitimizing the validity of international law. It is pure legal positivism – a legal regulation, in case of international law a treaty or a custom, is law only for

⁴ R. Kwiecień, *Teoria i filozofia prawa międzynarodowego*, Warszawa 2011, p. 118.

⁵ *Oppenheim's International Law*, 9th edition, p. 14.

⁶ The Case of the S.S Lotus, PCIJ Publ., Series A, No. 10 (1927), p. 18.

the reason that such is will of at least two States. Neither content of law, nor its merits have an effect on the fact whether it is legally binding. These theoretical considerations seem to be proved by the Statute of the International Court of Justice which establishes in art. 38 par. 1 the law that can be applied by the Court to resolve disputes. The full wording of the paragraph is:

“The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

- a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states;
- b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law;
- c. the general principles of law recognized by civilized nations;
- d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law”⁷.

It is worthy noticing that except subsection d. (without broader practical application and not being considered as a source of law but as a substantial source of recognizing law) every subsection constitutes a very positivistic point of view. In subsection a. rules are obliged to be expressly recognized by the parties of a convention. Therefore, a rule which is not expressly formed by states cannot be legally binding in international law. In subsection b. a custom requires both general practice in international relations and being accepted as law (*usus et opinio iuris sive necessitates*). Adding subsection c. that constitutes that a general principle of law demands recognition by nations, there comes a coherent and consistent normative system based only on one fundament – will of states. This will is a will of at least two states as in treaties or a will of whole international community. Nevertheless, it is still common consent that establishes norms of international law.

3. Existence of Human Rights

The Universal Declaration of Human Rights involves a few very important phrases for understanding what the human rights are. The first sentence constitutes that every member of the human family possesses the inherent dignity and equal, inalienable rights⁸. Article 1 establishes that every human being is born free and equal in dignity and rights⁹. Other provisions of the Declaration stipulate and characterize detailed rights. It is extremely important to emphasize that human rights (not only from Declaration but all

⁷ Statute of the International Court of Justice, San Francisco, 24 October 1945.

⁸ Universal Declaration of Human Rights, Paris, 10 December 1948.

⁹ *Ibidem*.

human rights) are rights in the meaning that they claim rights that impose duties or responsibilities on their addressees or dutybearers¹⁰. In other words, human rights are not just a moral justification of the legal system or the most significant directives for the legislature (both national and international) in creating positive law. They are the rights in the full meaning of this word likewise the rights derived from statutory law. However, it is argued what do the human rights exist as. There can be found four main statements, which define the human rights as: (a) a shared norm of actual human moralities, (b) a justified moral norm supported by strong reasons, (c) a legal right at the national level (where it might be referred to as a civil or constitutional right), or (d) a legal right within international law. A human rights advocate might wish to see human rights exist in all four ways¹¹. The most straightforward justification of existence of human rights is that they exist in legal world because of national and international law created by enactment and judicial decisions. Such view has positivistic connotations – human rights are rights for the reason that this is the will of the sovereign. At the international level, human rights exist due to the treaties that declared them, thereby including them in the international law.

Reversing from legal considerations concerning the existence of human rights, let us take advantage of the thoughts of an English jurist Herbert Hart. In his book *The Concept of Law* from 1961 Hart proposed a new view on the problem of defining law. He used the reflections of English philosophers of language, especially Austin and Strawson, and tried not to define law but to illuminate the concept of law. That attitude is involved with the methodology of philosophical studies, characteristic for the oxford philosophy of language¹². Austin and Strawson believed that analyzing colloquial manner of using words can bring significant philosophical effects. Yet, it is difficult to find unambiguous criteria of their applying. In other words, it is not possible to define the terms of colloquial language. That is the reason why Herbert Hart intends not to define law but to *illuminate* the concept of law. Hart's research may be useful in understanding what human rights are. It seems that for common people human rights have roots deeper and less statutory-like than legal enactments. A version of this idea is that people come to the world with rights which are somehow inherent or innate in every human being. For others, human rights seems to be pre-rights, from which every right included in legal acts derive. It is worthy to notice that such remarks are totally in accordance with the provisions of The Universal Declaration of Human Rights.

¹⁰ <http://plato.stanford.edu/entries/rights-human/> (accessed 11 November 2014).

¹¹ <http://plato.stanford.edu/entries/rights-human/#HowCanExi> (accessed 11 November 2014).

¹² J. Stelmach, B. Brożek, *Metody prawnicze*, Kraków, 2006, chapter 3.

Thus, there are strong reasons to claim that the philosophical ground of human rights is natural law. Both legal and common arguments confirm that statement. For instance, The U.S. Declaration of Independence from 1776 constitutes that people are “endowed by their Creator” with natural rights to life, liberty, and the pursuit of happiness. On that point of view, the source of human rights is God. Deducing human rights from God’s commands might give them a legitimation on the philosophical level, nonetheless, it is necessary to explain how can we pass from general and abstract rights into specific legal norms found in contemporary national legal enactments and international treaties. Rights derived from eternal law must be very general in order to be applied during thousands of years of human history, not just to recent centuries. But contemporary human rights are often significantly concrete and many of them is applicable because of contemporary institutions (e.g. the right to education or the rights to a fair judicial proceedings). Despite these problems, it is rather accepted that the source of human rights is not a legal enactment, but some kind of natural humanity that belongs to every human being and called human dignity.

4. The philosophical relations between human rights and international law

Nevertheless, a huge contradiction can be noticed looking at the thoughts concerning the theory and legitimization of international law and the remarks on the existence of human rights. The only one sufficient and necessary condition so that a norm becomes a legally binding norm of international law is that this norm must be accepted by states. Therefore, the source of international norms is common consent of at least two states. That draws a conclusion that it is will of the states that creates norms of international law. On the contrary, human rights *may* be expressed in treaties but their roots are in human dignity that is innate and inherent in every human being. These are two completely different and opposite philosophical fundaments. On the one hand, there is hard legal positivism as legitimization of international law, on the other hand, the fundament of human rights is natural law. It is clear that human rights are established by states in international treaties (e.g. International Covenant on Civil and Political Rights or International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, both from 1966) and that they are a part of international law. In that case, no theoretical problem arises.

However, there is a strong complication in grounding the existence of human rights only in the will of state or states. How can the human rights be universal and stand in accordance with article 1 of The Universal Declaration of Human Rights, which claims that: “All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed

with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood”¹³. and the beginning of the Preamble expressing that “Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world”¹⁴ if the being of human rights depends on the will of a state? In other terms, how is it possible that a state or states could create human rights norms if the fundament of the human rights is human dignity inherent in every human being?

Human rights protection has come very far into own concepts and theories, however, it is still a branch of international law. Nowadays, numerous professors of law and lawyers practicing law specialize more and more in human rights instead of international law. Thus, it is possible that the problem of commonly seen absence of protection of human rights in contemporary world is an effect of these two opposite theoretical fundaments – legal positivism for international law and natural law for human rights.

Assuming that human rights norms are a part of the system of international law norms and consequently that the theory of international law is applicable for human rights, they have to be placed in the sources of international law. The sources of international law are enumerated in art. 38 of the Statute of the International Court of Justice. It is obvious that human rights norms are included in treaties but it is not common to see human rights as being likely to exist as international custom or the general principle of law. Still, such option is not impossible.

5. Manners of the existence of human rights norms

Human rights norms can exist as international custom. International Court of Justice, in advisory opinion of 28 May 1951 in a case concerning Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, remarked that the Genocide Convention is based on rules which are accepted by civilized nations as binding for the states even beyond any treaties regulations¹⁵. Many thoughts regarding customs and human rights are included in the case *Prosecutor versus Anto Forundzija* from 1998 considered by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia. In point 170 it is judged that: “No international human rights instrument specifically prohibits rape or other serious sexual assaults. Nevertheless, these offences are implicitly prohibited by the provisions safeguarding physical integrity, which are contained in

¹³ Universal Declaration of Human Rights, Paris, 10 December 1948.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* [in: <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=90&case=12&code=ppcg&p3=4>] (accessed 11 November 2014).

all of the relevant international treaties. The right to physical integrity is a fundamental one, and is undeniably part of customary international law”¹⁶. Thus, in point 170 and in others, ICT for former Yugoslavia ruled that the fact that even if some category of behavior is not included in a convention as breaking human rights, it does not implicate the lack of protection in international law. The reason is that a right exist as the international custom.

Human rights norms can also exist as unconditionally binding norms, named *ius cogens*. These are peremptory norms from which no derogation is permitted as said in article 53 of Vienna Convention in the Law of Treaties. As for the practice of international courts, European Court of Human Rights for instance only few times established that several norm of the European Convention on Human Rights are peremptory binding. One of the examples is judgment in *Al Adsani versus UK case*, where European Court admitted that the prohibition of tortures is placed in the catalogue of *ius cogens*¹⁷. Furthermore, ICT for former Yugoslavia in *Celebici Case* stated that Geneva Conventions, Universal and Regional instruments of protection of human rights share common values, which are applied in every time, in every circumstances and to every party from which no derogation is possible¹⁸. Therefore, it sounds like explicitly establishing the core of human rights as *ius cogens*. Accordingly, neither will of a state, nor custom is able to change these essential international norms concerning protection of human rights.

The conception of *ius cogens* is utile in protection of human rights as well as in the theoretical views on human rights in international law. In practice, it seems that only international courts establish some human rights as peremptory binding. It is obvious that no state will deprive itself of the power to change legal rules by declaring that they are *ius cogens*. In the consequence, no resolution of United Nations or other international organization, which would include a catalogue of human rights considered as peremptory binding, is likely to be issued. Therefore, it is up to the international courts to declare that some human rights are not possible to be derogated. However, the scope

¹⁶ *Prosecutor v. Anto Furundzija (Trial Judgement)*, IT-95-17/1-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 10 December 1998, available at: <http://www.refworld.org/docid/40276a8a4.html> (accessed 11 November 2014).

¹⁷ *Al-Adsani v. The United Kingdom*, 35763/97, Council of Europe: European Court of Human Rights, 21 November 2001, available at: <http://www.refworld.org/docid/3fe6c7b54.html> (accessed 11 November 2014).

¹⁸ *Prosecutor v. Zdravko Mucic aka “Pavo”, Hazim Delic, Esad Landzo aka “Zenga”, Zejnil Delalic (Trial Judgement)*, IT-96-21-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 16 November 1998, available at: <http://www.refworld.org/docid/41482bde4.html> (accessed 11 November 2014).

of rights considered by international courts as *ius cogens* remains narrow. Nonetheless, it would not be appropriate to expect that all human rights will obtain such a status¹⁹.

Above mentioned considerations can be enriched by a few philosophical thoughts concerning legal norms, that is also human rights norms. English legal philosopher Ronald Dworkin, in a debate with Hebert Hart, found that in the system of law are not only simple legal rules but as well principles of law. While rules are established in a legal act or a precedent, can be applied in the “all or nothing” formula and are conclusive (they can be either fully fulfilled or not fulfilled at all), there are also legal principles. Principles have some moral connection, have a “weight size” and are not conclusive (they can be fulfilled in a different level)²⁰. Principles are used in hard cases, where deductive reasoning on rules is not sufficient.

These philosophical considerations point out that the nature of a legal norm can be different. Norms do not exist in the same type and are not always applicable in the same manner. Transferring Dworkin’s views on the ground of human rights, one can draw a conclusion that human rights norms may exist in various ways, both as rules and principles. The general principles of law from art. 38 par. 1 subsection c) of the Statute of the International Court of Justice seems to resemble principles from Dworkin’s concepts. They are the very fundamental legal norms thanks to which the whole system is complete. Rosalyn Higgins, judge of the International Court of Justice, claims that: “International law is not rules. It is a normative system. [...] And if international law was just “rules”, then international law would indeed be unable to contribute to, and cope with, a changing political world”²¹. Therefore, it is worth noticing that human rights norms can exist in a different way from the philosophical point of view.

6. Radbruch formula as justification of humanitarian intervention

Regarding legal positivism and natural law, the German philosophy of law ought to be presented. In the 20th century, the most prominent legal philosopher was Hans Kelsen, who created a hard version of positivism called normativism. In order to purely analyse law, Kelsen separates the spheres of *Sein* (being) and *Sollen* (duty) as he wanted to exclude any sociological method as well as natural law in legal science. As a result, law is placed in *Sollen* sphere as *Pure Duty*. Thus, for Kelsen, legal norm is just a *form*, their content or merits are irrelevant. On the other hand Gustav Radbruch, the opponent

¹⁹ C. Mik, *Ochrona Praw Człowieka w świetle źródeł współczesnego prawa międzynarodowego – współczesne tendencje orzecznicze* [in:] *Prawa człowieka w XXI wieku – wyzwania dla ochrony prawnej* [ed. C. Mik], Toruń, 2005, p. 63.

²⁰ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London, 1978.

²¹ R. Higgins, *Problem and Process: International law and how we use it*, Oxford, 1994, p. 1-3.

of legal positivism, claimed that the core of law is to serve justice by coming from the being and striving for justice. Thus, Radbruch found 3 merits of law – equality, purposefulness and reliability. In 1946, to resolve contradictions between these merits, especially from the time of World War II when the Nazi regime established legal acts that enable to kill millions people on the basis of, and in consent with the valid law, Radbruch formulated his famous formula, sometimes referred shortly as *lex iniustissima non est lex* (extremely unjust law is not law). It says: “The conflict between justice and the reliability of the law should be resolved in favour of the positive law, law enacted by proper authority and power, even in cases where it is unjust in terms of content and purpose, except for cases where the discrepancy between the positive law and justice reaches a level so unbearable that the statute has to make way for justice because it has to be considered *erroneous law*”²². Thus, Radbruch claimed that some valid legal norms cannot be qualified as law for the reason that they are extremely unjust.

The question that is necessary to be posed is whether Radbruch views might be useful in human rights. First, Radbruch refers in his theory to *being* and he notices that law is not just a simple form with irrelevant content. That is the nature of human rights – their essence is human dignity inherent in every human being. Secondly, it is clear that the purpose of human rights is to protect a person from violation of their rights, which are sometimes performed in accordance with valid state law. Moreover, *the Radbruch formula* might have a very significant practical application in problems that arise due to positive international law. These are issues when provision of international treaties, particularly bilateral, are clear, but for some reasons international community regards them as ineffective or aimless and intends to circumvent such provision.

It is likely that such situation occurs regarding the issue of humanitarian intervention, when procedural and defining imperfections of the United Nations Charter force the international community to passive observation of breaching human rights or even genocide, war crimes and crimes against humanity²³. The roots of the problem of justification of humanitarian intervention lie in challenging the unlimited sovereignty of state in international relations. This contesting is based on arguments coming from international human rights protection. It is seen plainly in the thoughts of Secretary-Generals of the United Nations. For instance, Javier Perez de Cuellar in 1991 said: “the rule of not interfering internal jurisdiction of state cannot be considered as a barrier beyond which

²² G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1946, p. 107.

²³ J. Zajadło, *Humanitarna interwencja: zagrożenie dla porządku międzynarodowego, moralny imperatyw czy norma zwyczajowa in statut nascendi* [in:] *Prawa człowieka w XXI wieku – wyzwania dla ochrony prawnej*, [ed. C. Mik], Toruń, 2005, p. 120.

asive or systematic violations of human rights would be performed”²⁴. Butrus Ghali in *Agenda for Peace* from 1992 pointed out that sovereignty and territorial integrity still are the fundamentals of international relations, but he added next: “the time of absolute and exclusive sovereignty has gone”²⁵. These words are an example that, despite a strong provision of UN Charter that prohibits using force against territorial integrity or political independence of any state, except for self-defense and intervention authorized by United Nations Security Council, there can occur situations where other norms overrule this provisions. This overruling is based on the human rights protection. From the positivistic point of view, humanitarian intervention would be illegal because of the lack of any legal norm allowing it. However, the nonpositivist concepts are disapproved and are of the opinion that breaching positive law of UN Charter is legitimated. The strongest idea and surely with the biggest philosophical background seems to be the *Radbruch formula*. Thanks to it, a valid legal norm can be overruled if one concludes that it is unjust or not purposeful, or the consequences of its application would be so, even if this norm introduces stability or certainty.

7. Summary

Presented philosophical concepts of the most prominent legal philosophers of the 20th century may illuminate both international law and human rights. Philosophy of law concerns dilemmas that sometimes are seen as too theoretical for legal practice and legal reality. However a big number of very useful thoughts can be found and be adopted into resolving legal problems which lacks straightforward answers in enactments. Beside that fact, philosophical reflection assists in deeper understanding problems in the legal practice. It is worthy pointing out that in contemporary law, natural law has such a grounded position and a broad influence only in human rights. Next, the problems of human protection in the contemporary world might be the result of the deep positivistic views on the theory and legitimization of international law. On the other hand, it is human rights protection that is likely to weaken the positivism of international law and attempt to replace it by some natural law concepts that are very useful in human rights protection.

²⁴ quotation from K. Annan, *Peacekeeping, military intervention and national sovereignty in internal armed conflict* [in:] Hard Choices, *Moral dilemmas in humanitarian intervention*, red. J. Moore, Oxford, 1998, p. 58.

²⁵ Agenda for peace. Preventive diplomacy, peacemaking and peace keeping, http://www.unrol.org/files/a_47_277.pdf, point 17 (accessed 11 November 2014).

Handel ludźmi jednym z największych współczesnych zagrożeń dla realizacji idei praw człowieka

*Handel ludźmi jest straszliwą obrazą dla godności ludzkiej
i ciężkim pogwałceniem fundamentalnych praw człowieka*

Jan Paweł II

1. Niewolnictwo w dobie praw człowieka

W starożytnej Grecji niewolnictwo było zjawiskiem powszechnym, w starożytnym Rzymie było jednym z filarów gospodarki. W czasach średniowiecza było silnie rozpowszechnione, głównie w krajach arabskich. Wraz z rosnącym wpływem chrześcijaństwa w Europie zjawisko to uległo ograniczeniu, jednak kiedy kraje europejskie zaczęły tworzyć imperia kolonialne, niewolnictwo stało się motorem rozwoju gospodarczego¹. Handel niewolnikami był uregulowany prawnie, został zakazany przez większość państw dopiero w XIX wieku. Za akt otwierający proces likwidacji niewolnictwa uważana jest Deklaracja Mocarstw w sprawie zniesienia handlu Murzynami, podpisana 8 lutego 1815 r., która została załączona do Aktu końcowego kongresu wiedeńskiego². Kolejnym dokumentem dotyczącym zniesienia niewolnictwa był podpisany 26 lutego 1885 r. Akt generalny konferencji afrykańskiej, w którym potwierdzono, że zakaz handlu niewolnikami jest normą zwyczajową prawa międzynarodowego. Ochroną objęto wszystkich „bez względu na rasę”. Następnie powstała Konwencja w sprawie Afryki podrównikowej z Saint-Germain-en-Laye z 10 września 1919 r. Problemem niewolnictwa zainteresowała się również Liga Narodów. W związku z podjętymi działaniami w 1922 r. została przyjęta Konwencja w sprawie niewolnictwa z 25 września 1926 r.³ Kolejnym dokumentem dotyczącym omawianego zjawiska była Uzupełniająca konwencja w sprawie zniesienia niewolnictwa, handlu niewolnikami i praktyk zbliżonych do niewolnictwa z 7 września 1956 r.⁴

¹ B. Nowak, *Współczesny handel ludźmi a nowożytny handel niewolnikami*, [w:] Z. Lasocik (red.), *Handel ludźmi. Zapobieganie i ściganie*, Warszawa 2006, s. 33–34.

² T. Jasudowicz, M. Lubiszewski, *Geneza ochrony praw człowieka*, [w:] B. Gronowska [et al.], *Prawa człowieka i ich ochrona. Podręcznik dla studentów prawa i administracji*, Toruń 2005, s. 42–43.

³ *Ibidem*.

⁴ Dz. U. z 1963 r. Nr 33, poz. 185.

Ukształtowane zwyczajowe normy prawa międzynarodowego dotyczące niewolnictwa znalazły odzwierciedlenie w katalogu chronionych praw człowieka. Zakaz niewolnictwa, poddaństwa oraz pracy przymusowej lub obowiązkowej znajdują się *inter alia* w art. 4⁵ Powszechnej deklaracji praw człowieka⁶ (dalej także jako: PDPC), w art. 4 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁷ (dalej także jako: EKPC) oraz w art. 8 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych⁸ (dalej także jako: MPPOiP)⁹.

W dzisiejszych czasach słowo „niewolnictwo”¹⁰ często traktowane jest jako metafora, która opisuje przemęczonych i niedostatecznie wynagradzanych pracowników. Problem niewolnictwa niejednokrotnie postrzegany jest jako odległy zarówno w kontekście historycznym, jak i geograficznym. Aktualnie niewolnictwo zakazane jest we wszystkich krajach świata, *de facto* praktykowane jest wszędzie. Za współczesną formę niewolnictwa uważany jest handel ludźmi¹¹. Proceder ten nazywany jest również nowocześnie niewolnictwem¹² czy niewolnictwem XXI wieku¹³. Handel ludźmi jest pogwałceniem praw człowieka oraz zbrodnią, za którą współodpowiedzialność ponosi społeczeństwo, kreując popyt na towary i usługi wytwarzane przez ofiary analizowanego procederu oraz poprzez swoją obojętność. Zatem za walkę ze współczesnym niewolnictwem odpowiedzialne jest zarówno państwo, jak i społeczeństwo.

Współczesne niewolnictwo doskonale ilustruje sprawa *Siliadin przeciwko Francji* (skarga nr 73316/01, wyrok z 26 lipca 2005 r.). Stan faktyczny w tej sprawie przedstawiał się następująco: Siwa Siliadin, obywatelka Togo, przybyła do Francji w styczniu 1994 r. w towarzystwie dorosłej obywatelki tego kraju, która zaproponowała Siwie pomoc w regulacji statusu imigracyjnego oraz edukacji w zamian za drobne prace. Siwie został odebrany paszport i była zmuszana do pracy jako służąca. Następnie dziewczyna

⁵ Nie zawiera postanowień zakazujących pracy przymusowej lub obowiązkowej.

⁶ PDPC uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne ONZ 10 grudnia 1948 r., http://www.unesco.pl/fileadmin/user_upload/pdf/Powszechna_Deklaracja_Praw_Czlowieka.pdf (dostęp: 05.11.2014).

⁷ Sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

⁸ Otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19 grudnia 1966 r., Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

⁹ T. Jasudowicz, *Zakaz niewolnictwa i poddaństwa oraz pracy przymusowej lub obowiązkowej w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Studia Prawa Publicznego” 2013, nr 3, s. 13–14.

¹⁰ Zgodnie z art. 1 pkt 1 Konwencji w sprawie niewolnictwa z 25 września 1926 r., Dz. U. z 1931 r. Nr 4, poz. 21: „Niewolnictwo jest stanem czy położeniem jednostki, względem której stosowane jest postępowanie w całości lub w części wynikające z prawa własności”.

¹¹ K. Bales, *Understanding Global Slavery: A Reader*, Berkeley 2005, s. 126 oraz Z. Lasocik, *Handel ludźmi jako przestępstwo i naruszenie praw człowieka – wyzwania dla kryminologii*, „Archiwum Kryminologii” 2007, t. XXVIII, s. 233.

¹² J. Jurewicz, *Handel ludźmi w polskim prawie karnym i prawie ponadnarodowym*, Łódź 2011, s. 315.

¹³ R. Runiewicz-Jasińska, *Handel ludźmi – współczesna zbrodnia przeciwko godności. Kазus europejskich szlaków handlowych*, [w:] W. Waclawczyk, K. Żarna (red.), *Zbrodnia i kara. Ludobójstwo – zbrodnie wojenne – zbrodnie przeciwko ludzkości*, Toruń 2011, s. 210.

została przekazana pewnej rodzinie we Francji. Pracowała przez 7 dni w tygodniu, do 15 godzin dziennie, bez dnia wolnego, nie otrzymując wynagrodzenia. Europejski Trybunał Praw Człowieka uznał, że Siwa Siliadin była przetrzymywana w poddaństwie, z naruszeniem art. 4 EKPC¹⁴.

2. Uniwersalna definicja handlu ludźmi

Problematyką handlu istotami ludzkimi zajmowano się na arenie międzynarodowej od dawna¹⁵. Eksperci przez wiele lat podejmowali próby sformułowania definicji pojęcia handlu ludźmi. Pierwsza legalna definicja pojawiła się w Protokole o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu za handel ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi (dalej: Protokół z Palermo), uzupełniającym Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, przyjętym 15 listopada 2000 r. przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych¹⁶.

Zgodnie z art. 3 Protokołu z Palermo: „(a) handel ludźmi oznacza werbowanie, transport, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie 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 usunięcie organów;

(b) zgoda ofiary handlu ludźmi na zamierzone wykorzystanie, o którym mowa pod literą (a), nie ma znaczenia, jeżeli posłużono się którąkolwiek z metod, o której mowa pod literą (a);

¹⁴ M. A. Nowicki, *Pierwszy wyrok Trybunału w Strasburgu dotyczący problemu współczesnej niewoli domowej i poddaństwa w Europie*, [w:] Z. Lasocik (red.), *Handel ludźmi. Zapobieganie...*, op. cit., s. 109–112.

¹⁵ Pierwszym międzynarodowym aktem odnoszącym się w całości do handlu ludźmi było Porozumienie międzynarodowe z 18 maja 1904 r. w sprawie zwalczania handlu białymi niewolnikami, Dz. U. z 1922 r. Nr 87, poz. 783. Kolejnymi dokumentami były: Konwencja międzynarodowa z 4 maja 1910 r. o zwalczaniu handlu białymi niewolnikami, Dz. U. z 1922 r. Nr 87, poz. 783; Konwencja międzynarodowa z 30 września 1921 r. o zwalczaniu handlu kobietami i dziećmi, Dz. U. z 1925 r. Nr 125, poz. 893 oraz Konwencja międzynarodowa z 11 października 1933 r. o zwalczaniu handlu kobietami pełnoletnimi, Dz. U. z 1938 r. Nr 7, poz. 37, zmienione Protokołem zatwierdzonym przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 20 października 1947 r., Dz. U. z 1951 r. Nr 59, poz. 405; Konwencja w sprawie zwalczania handlu ludźmi i eksploatacji prostytutki z 2 grudnia 1949 r., otwarta do podpisu 21 marca 1950 r. w Lake Success, Dz. U. z 1952 r. Nr 41, poz. 278.

¹⁶ Dz. U. z 2005 r. Nr 18, poz. 160.

(c) werbowanie, transport, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie dziecka celem jego wykorzystania uznawane jest za «handel ludźmi» nawet wówczas, gdy nie obejmuje żadnej z metod, o której mowa pod literą (a);

(d) «dziecko» oznacza osobę, która nie ukończyła osiemnastego roku życia”.

Przy interpretacji przedstawionej definicji trzeba pamiętać, że zgoda ofiary handlu ludźmi na jej wykorzystanie nie ma znaczenia, jeżeli zastosowano którąkolwiek z wymienionych metod zniewalania człowieka.

Protokół z Palermo powinien być interpretowany wspólnie z Konwencją Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej z 15 listopada 2000 r.¹⁷ Protokół z Palermo w art. 4 wymaga międzynarodowego charakteru przestępstwa i udziału zorganizowanej grupy przestępczej. To oznacza znaczne zawężenie możliwości stosowania powyższej definicji¹⁸.

Należy podkreślić, że w art. 9 ust. 4 Protokołu z Palermo zostały wskazane główne przyczyny handlu ludźmi, którymi są ubóstwo, zacofanie oraz brak równych możliwości.

Ponadto z art. 3 wynika, że handel ludźmi dotyczy różnych zachowań:

- wykorzystywania w przemyśle erotycznym,
- wykorzystywania do pracy lub usług o charakterze przymusowym,
- niewolnictwa i praktyk zbliżonych do niewolnictwa,
- usuwania narządów,
- prostytucji i pornografii dziecięcej.

Handel istotami ludzkimi jest zjawiskiem dynamicznym, wieloaspektowym, stale zmienia się jego specyfika. Powszechny jest również handel ludźmi w celu zawarcia małżeństwa, w celu zmuszania do żebractwa, zmuszania do kradzieży i innych działań przestępczych, w tym np. do uprawy marihuany. Przykładem jest sytuacja z Irlandii, gdzie pomiędzy styczniem 2011 r. a lipcem 2013 wyroki za hodowlę marihuany otrzymało 14 Wietnamczyków i 11 Chińczyków. Skazanych Irlandczyków było 18, a obywatele innych krajów Unii Europejskiej 8. Podkreślenia wymaga fakt, że większość ze skazanych Azjatów była niedożywiona, przerażona, zatrzymana przez organy ścigania w pomieszczeniach zamkniętych od zewnątrz, a mimo to potraktowani zostali jako zwykli przestępcy i otrzymali wysokie wyroki¹⁹. Ostatnio popularnym procederem jest również wykorzystywanie ofiar do wyludzania kredytów i świadczeń socjalnych.

¹⁷ Dz. U. z 2005 r. Nr 18, poz. 158.

¹⁸ U. Kozłowska, *Problematyka prawna – handel ludźmi w dokumentach ratyfikowanych przez Polskę*, [w:] Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, *Handel ludźmi w Polsce. Materiały do raportu*, Warszawa 2007, s. 14 oraz F. Radoniewicz, *Przestępstwo handlu ludźmi*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 10, s. 144.

¹⁹ *Za hodowlę marihuany do irlandzkich więzień trafia więcej Azjatów niż Irlandczyków*, <http://panorama-irl.com/wydarzenia/3648-za-hodowle-marihuany-do-irlandzkich-wiezien-trafia-wiecej-azjatow-niz-irlandczykow.html> (dostęp: 31.10.2014).

Definicja handlu ludźmi zawarta w Protokole z Palermo została powtórzona w Konwencji Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi z 16 maja 2005 r.²⁰ Jednak dokument ten stosuje się bez względu na to, czy przestępstwo ma charakter międzynarodowy oraz czy zostało popełnione w ramach zorganizowanej grupy przestępczej.

Handel ludźmi stał się przedmiotem regulacji ponadpaństwowych oraz krajowych. Jak podkreśla Eleonora Zielińska, państwo będące sygnatariuszem aktów zawierających zróżnicowane standardy ochronne powinno respektować te przewidujące standard wyższy²¹. Protokół z Palermo ze względu na zawartą w nim definicję handlu ludźmi wydaje się jednym z najważniejszych aktów prawa międzynarodowego. Przedstawiona definicja jest podstawą do tworzenia prawa krajowego w omawianym zakresie²².

3. Rozmiary zjawiska

Wiedza na temat handlu ludźmi jest szacunkowa. Opisując rozmiary zjawiska, często porównuje się je do góry lodowej, która jest widoczna nad powierzchnią wody w około 1/9 części swojej masy. W przypadku handlu ludźmi w oficjalnych statystykach organów ścigania zawarte są tylko te sprawy, o których organy te zostały poinformowane. Przestępstwo handlu istotami ludzkimi cechuje „ciemna liczba”²³. Ofiary nie zawsze składają zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa, często są deportowane, tracą życie. Ujawnionych przypadków jest niewiele. Niejednokrotnie ofiary zostają błędnie zakwalifikowane. Mogą zostać uznane np. za nielegalnych imigrantów lub osoby prostytutki. W dokumentach dotyczących skali zjawiska widać ogromne dysproporcje. Przykładem są dane dotyczące Polski jako kraju pochodzenia, tranzytu i przeznaczenia ofiar.

²⁰ Dz. U. z 2009 r. Nr 20, poz. 107.

²¹ J. Jurewicz, *op. cit.*, s. 412.

²² W Polsce legalna definicja handlu ludźmi została wprowadzona do Kodeksu karnego na skutek nowelizacji, dokonanej ustawą z 20 maja 2010 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy o Policji, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego, Dz. U. Nr 98, poz. 626, która weszła w życie 8 września 2010 roku. Zgodnie z art. 115 § 22: „Handlem ludźmi jest werbowanie, transport, dostarczanie, przekazywanie, przechowywanie lub przyjmowanie osoby z zastosowaniem: 1) przemocy lub groźby bezprawnej, 2) uprowadzenia, 3) podstęp, 4) wprowadzenia w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania, 5) nadużycia stosunku zależności, wykorzystania krytycznego położenia lub stanu bezradności, 6) udzielenia albo przyjęcia korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy osobie sprawującej opiekę lub nadzór nad inną osobą – w celu jej wykorzystania, nawet za jej zgodą, w szczególności w prostytucji, pornografii lub innych formach seksualnego wykorzystania, w pracy lub usługach o charakterze przymusowym, w żebractwie, w niewolnictwie lub innych formach wykorzystania poniżających godność człowieka albo w celu pozyskania komórek, tkanek lub narządów wbrew przepisom ustawy. Jeżeli zachowanie sprawcy dotyczy małoletniego, stanowi ono handel ludźmi, nawet gdy nie zostały użyte metody lub środki wymienione w pkt 1–6”.

²³ Jest to liczba przestępstw faktycznie popełnionych, lecz nieobjętych przez statystykę kryminalną wskutek nieuwajnienia ich przez organy ścigania.

Liczba ofiar handlu ludźmi w Polsce szacowana jest na 15 000 osób rocznie, natomiast dane Prokuratury Krajowej wskazują na 1 708 ofiar zidentyfikowanych w ciągu 10 lat (w okresie 1995–2005)²⁴. Według najnowszych danych opracowanych w Centralnym Zespole do Walki z Handlem Ludźmi w Centralnym Biurze Śledczym Komendy Głównej Policji w Warszawie, w ramach postępowań prowadzonych przez Policję w latach 2010–2012 stwierdzono 527 przypadków handlu ludźmi, w których łączna liczba podejrzanych wyniosła 52 osoby, a łączna liczba pokrzywdzonych – 209 osób²⁵.

Najnowszy raport, opublikowany 20 maja 2014 r. przez Międzynarodową Organizację Pracy na temat pracy przymusowej²⁶ na świecie, szacuje liczbę ofiar pracy przymusowej na 20,9 mln²⁷. W innym raporcie – *The Global Slavery Index 2013*, przygotowanym przez *Walk Free Foundation*, liczba osób żyjących w warunkach niewolniczych szacowana jest na 29,8 mln²⁸. Według danych przedstawionych przez Departament Stanu USA w 2013 roku w skali globalnej zidentyfikowano zaledwie 44 758 ofiar, a sukcesem zakończyło się 5 776 oskarżeń dotyczących handlu ludźmi²⁹. Niewolnicy XXI wieku to w przeważającej mierze kobiety. Świadczy o tym raport *Global Report on Trafficking in Persons 2012* opublikowany przez Biuro Narodów Zjednoczonych do spraw Narkotyków i Przestępczości (UNODC). Ofiarami handlu ludźmi najczęściej padają kobiety (59%) oraz dzieci (27%)³⁰. Należy podkreślić, że gromadzenie rzetelnych danych na temat handlu ludźmi jest niezmiernie trudne. Ogólnodostępne raporty trzeba interpretować ostrożnie, pamiętając, że za każdą cyfrą kryje się ludzki dramat.

Handel istotami ludzkimi przynosi przestępcom ogromne zyski przy bardzo niskim ryzyku. Wyprzedził handel bronią i stał się drugą, tuż po handlu narkotykami, najbardziej dochodową działalnością dla różnej wielkości grup przestępczych³¹. Należy

²⁴ M. Wiśniewski, *Handel ludźmi – statystyka*, [w:] Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, *op. cit.*, s. 97.

²⁵ Dane statystyczne, <http://handelludzmi.eu/hl/baza-wiedzy/statystyki/6143,Dane-statystyczne.html> (dostęp: 02.11.2014) oraz <http://statystyka.policja.pl/st/wybrane-statystyki/handel-ludzmi-i-przest/50848,Handel-ludzmi-i-przestepstwa-okoloprostytucyjne.html> (dostęp: 02.11.2014).

²⁶ Definicja pojęcia „praca przymusowa” zawarta jest w Konwencji Nr 29 Międzynarodowej Organizacji Pracy dotyczącej pracy przymusowej lub obowiązkowej, podpisanej w Genewie 28 czerwca 1930 r., Dz. U. z 1959 r. Nr 20, poz. 122. Zgodnie z art. 2 ust. 1 konwencji za pracę przymusową lub obowiązkową uznaje się: „wszelką pracę lub usługi wymagane od jakiejś osoby pod groźbą jakiejkolwiek kary i do których dana osoba nie zgłosiła się dobrowolnie”.

²⁷ International Labour Office, *Profits and Poverty: The Economics of Forced Labour*, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_243391.pdf (dostęp: 02.11.2014).

²⁸ <http://www.globalsslaveryindex.org/about/> (dostęp: 02.11.2014).

²⁹ Department of State USA, *Trafficking in Persons Report June 2014*, <http://www.state.gov/documents/organization/226844.pdf> (dostęp: 02.11.2014).

³⁰ United Nations Office on Drugs and Crime, *Global Report on Trafficking in Persons 2012*, http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf (dostęp: 02.11.2014).

³¹ E. B. Skinner, *Zbrodnia. Twarzą w twarz ze współczesnym niewolnictwem*, Kraków 2010, s. 188.

podkreślić, że zyski z tego procederu nie są zazwyczaj jednorazowe. W najnowszym raporcie Międzynarodowej Organizacji Pracy suma nielegalnych zysków otrzymywanych z pracy przymusowej szacowana jest na 150,2 mld USD rocznie. Najwyższe zyski przypadają na Azję (51,8 mld USD) oraz na kraje rozwinięte i Unię Europejską (46,9 mld USD)³².

4. Kumulacja naruszeń fundamentalnych praw człowieka

Handel ludźmi jest przestępstwem przeciwko godności i integralności istoty ludzkiej. Jak konstatuje Zbigniew Lasocik, jest jedną z najcięższych zbrodni oraz kumulacją naruszeń podstawowych praw człowieka, immanentnie związanych z jego godnością, *inter alia*:

- prawa do życia (art. 3 PDPC, art. 2 EKPC, art. 6 MPPOiP),
- zakazu tortur, niehumanitarnego i okrutnego traktowania lub karania (art. 5 PDPC, art. 3 EKPC, art. 7 MPPOiP),
- zakazu niewolnictwa i pracy przymusowej (art. 4 PDPC, art. 4 EKPC, art. 8 MPPOiP),
- prawa do bezpieczeństwa osobistego jednostki (art. 3 PDPC, art. 5 EKPC, art. 9 MPPOiP),
- prawa do ochrony życia prywatnego (art. 12 PDPC, art. 8 EKPC, art. 17 MPPOiP)³³.

Do wymienionych praw i wolności można również dodać:

- wolność przemieszczania się (art. 13 PDPC, art. 2 Protokołu nr 4 do EKPC, art. 12 MPPOiP),
- zakaz dyskryminacji (art. 2 PDPC, art. 14 EKPC, art. 2 i 26 MPPOiP).

Istotą praw człowieka jest regulacja stosunków między jednostką a państwem. Elżbieta Morawska wskazuje, że prawa człowieka pełnią dwie funkcje:

- 1) chronią jednostkę przed niebezpieczeństwem nadużycia władzy przez państwo,
- 2) nakładają na państwo obowiązek zapewnienia jednostce możliwości korzystania z jej praw i wolności³⁴.

Handel ludźmi godzi w podstawowe prawa i wolności człowieka, jednocześnie zagrażając bezpieczeństwu i porządkowi publicznemu. W przypadku tego procederu zagrożeniem dla praw i wolności są działania innych osób (m.in. zorganizowanych grup przestępczych), nie tylko działania władzy. W takiej sytuacji państwo zobowiązane jest

³² International Labour Office, *op. cit.*

³³ Z. Lasocik, *Handel ludźmi – aspekty społeczne i prawne*, „Studia Socjologiczne” 2007, nr 4, s. 34, 45.

³⁴ E. Morawska, *Handel ludźmi z perspektywy systemu ochrony praw człowieka ONZ*, [w:] Z. Lasocik (red.), *Handel ludźmi. Zapobieganie...*, *op. cit.*, s. 57–59.

do zapewnienia jednostce bezpieczeństwa oraz ochrony jej praw i wolności³⁵. Obowiązki państwa można ustalić w następujących aspektach:

- 1) obowiązek stworzenia prawa, które handel ludźmi nazywa przestępstwem;
- 2) obowiązek uchwalenia tego prawa i wcielenia go w życie;
- 3) obowiązek uchwalenia prawa, które daje gwarancje opieki nad ofiarą handlu ludźmi;
- 4) obowiązek objęcia ofiary tego przestępstwa realną opieką;
- 5) obowiązek przygotowania służb społecznych, które taką opiekę sprawują;
- 6) obowiązek przeznaczenia stosownych środków finansowych na realizację tych zadań;
- 7) obowiązek podnoszenia świadomości obywateli na temat handlu ludźmi.

Reasumując, państwo powinno stworzyć niezbędne warunki, aby przypadki handlu ludźmi mogły spotkać się z należytą reakcją. Ofiara handlu ludźmi powinna zostać potraktowana nie tylko jako ofiara każdego innego przestępstwa, ale w sposób szczególny, co wynika z faktu, że jest nie tylko ofiarą przestępstwa, ale jest także ofiarą naruszenia praw człowieka³⁶. Należy podkreślić, że niejednokrotnie dochodzi do wtórnej wiktymizacji ofiar handlu ludźmi. Ofiary uznawane są np. za członków zorganizowanych grup przestępczych i w związku z tym uznawane są za przestępców.

5. Zapobieganie i zwalczanie

Skuteczne zapobieganie oraz walka ze zjawiskiem handlu ludźmi wymaga przede wszystkim współpracy wielu podmiotów administracji rządowej, międzynarodowych instytucji policyjno-prokuratorskich (Interpol, Europol, Eurojust, Frontex), organizacji pozarządowych, społecznych i instytucji użyteczności publicznej³⁷.

Ponadto niezmiernie ważne jest uświadamianie społeczeństwa – młodzieży, ich rodziców i dziadków, nauczycieli – o zjawisku handlu ludźmi. Z. Lasocik zwraca uwagę na to, że „profilaktyczne oddziaływanie współczesnej szkoły nie może ograniczać się tylko do tak oczywistych zagadnień jak alkohol, narkotyki, palenie papierosów, wczesny seks”³⁸. Młodym ludziom trzeba uświadomić, jak łatwo stać się ofiarą handlu ludźmi, ale także sprawcą tego przestępstwa (np. dystrybuując pornografię dziecięcą, korzystając z czyjejś niewolniczej pracy, kupując ratującą życie nerkę albo „organizując”

³⁵ *Ibidem*, s. 60.

³⁶ Z. Lasocik, *Handel ludźmi – aspekty...*, op. cit., s. 45.

³⁷ W Polsce są to między innymi: Krajowe Centrum Interwencyjno-Konsultacyjne dla Ofiar Handlu Ludźmi, Fundacja „La Strada”, Fundacja „Dzieci Niczyje”, ITAKA – Centrum Poszukiwań Ludzi Zaginionych, Stowarzyszenie „PoMOC”, Międzynarodowa Organizacja ds. Migracji.

³⁸ Z. Lasocik, *Handel ludźmi – aspekty...*, op. cit., s. 47.

sobie pozaprawną adopcję wymarzonego dziecka)³⁹. Młodzież stanowi podatny grunt dla budowania społecznej wrażliwości na problem handlu istotami ludzkimi.

Autor podkreśla również funkcję mediów w uświadamianiu społeczeństwa. Krytykuje publicystykę na temat handlu ludźmi, w której dominuje poszukiwanie sensacji, niewiele jest analiz problemu, źródeł, skutków i obowiązków państwa⁴⁰. Przykładem są ostatnie publikacje dotyczące gangu braci B. z Gdyni, którzy zniewolili i zmusili do prostytucji kilkadziesiąt kobiet, dodatkowo tatuując je napisami w stylu „Niewolnica pana Olka”⁴¹. Opublikowano autentyczne zdjęcia roznegliżowanych kobiet w jednoznacznych pozycjach. Wykorzystanie kilku zdjęć tej samej kobiety w różnych pozycjach wskazuje ewidentnie na to, że taki zabieg ze strony dziennikarzy miał na celu podniesienie atrakcyjności zaprezentowanego materiału.

Kary wymierzane sprawcom handlu ludźmi powinny być skuteczne, proporcjonalne, odstrasżające oraz powinny odzwierciedlać ciężar popełnionych czynów. Tymczasem przestępstwo handlu ludźmi cechuje się poza niskim ryzykiem wykrycia również niskimi wyrokami dla sprawców. Barbara Namysłowska-Gabrysiak dokonała analizy spraw karnych dotyczących handlu ludźmi w latach 1999–2009. Wykażała, że sądy wymierzały najczęściej najniższy wymiar kary, czyli 3 lata pozbawienia wolności, bez względu na to, czy sprawcy dopuszczali się przestępstwa wobec jednej ofiary czy większej liczby osób, niezależnie od tego, czy zastosowano przemoc, podstęp czy dokonano gwałtów⁴².

Zapobieganie handlowi ludźmi i zwalczanie tego procederu jest priorytetem dla Unii Europejskiej. Na poziomie Unii została przyjęta Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępująca decyzję ramową Rady 2002/629/WSiSW⁴³. Zgodnie z art. 18 dyrektywy strategię dotyczące zapobiegania handlowi ludźmi powinny polegać na:

- osłabieniu i ograniczeniu popytu sprzyjającego wszelkim formom wyzysku związanym z handlem ludźmi poprzez edukację i szkolenia;

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 48.

⁴¹ G. Szaro, *Gang tatuował prostytutki. „Niewolnica pana Olka” i „Wierna suka Leszka”*, http://trojmiasto.gazeta.pl/trojmiasto/1,35636,16801721,Gang_tatuowal_prostytutki___Niewolnica_pana_Olka_.html (dostęp: 31.10.2014).

⁴² B. Namysłowska-Gabrysiak, *Funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości w latach 1999-2009 w świetle badań spraw karnych dotyczących handlu ludźmi*, [w:] Z. Lasocik (red.), *Eliminowanie handlu ludźmi w Polsce – analiza systemu*, Warszawa 2011, s. 146–152.

⁴³ Dz. Urz. WE L 101 z 5.4.2011.

- organizowaniu kampanii informacyjnych i uświadamiających, programów badawczych i edukacyjnych służących podniesieniu świadomości i ograniczeniu ryzyka;
- prowadzeniu regularnych szkoleń dla urzędników (w tym funkcjonariuszy policji), którzy mogą mieć kontakt z ofiarami i potencjalnymi ofiarami handlu ludźmi;
- dokonaniu analizy potrzeby uznania za przestępstwo czynów polegających na korzystaniu z usług świadczonych przez ofiary handlu ludźmi, np. wprowadzenie zakazu kupowania usług seksualnych na wzór szwedzkiego i norweskiego modelu walki z prostytutką.

6. Podsumowanie

Handel ludźmi, będący współczesną formą niewolnictwa, jest realnym i poważnym problemem oraz różnorodnym zjawiskiem, które wciąż ulega ewolucji. Pomimo że niewolnictwo jest nielegalne, zdarza się niemal wszędzie. Według Lydii Cacho⁴⁴ na świecie działa siedem razy więcej schronisk dla zwierząt niż dla ofiar handlu ludźmi, zaś globalny zasięg uregulowań dotyczących tego zjawiska to fantazja ONZ⁴⁵. Potwierdzeniem tej konstatacji jest ostatni raport Departamentu USA na temat handlu ludźmi, opublikowany 20 czerwca 2014⁴⁶. Raport dotyczy skali zjawiska w 188 krajach oraz działań, które podejmują poszczególne państwa w walce z omawianym procederem. Raport obejmuje działania rządów z okresu od 1 kwietnia 2013 roku do marca 2014. Wyznacznikiem minimalnych standardów, zgodnych z Protokołem z Palermo, do których osiągnięcia powinny dążyć państwa, jest uchwalony w 2000 r. *Trafficking Victims Protection Act* (dalej jako: TVPA)⁴⁷. Badane kraje umieszczane są w jednej z czterech grup (poziomów). Zaliczenie państwa do danej kategorii oparte jest w większym stopniu na działaniach rządu w celu zwalczania handlu niż na wielkości problemu w danym kraju. Kategoria 1 obejmuje państwa, które spełniają minimalne standardy określone w TVPA. Kategoria 2 jest podzielona na dwie grupy. W grupie *Tier 2* znajdują się kraje, których rządy nie spełniają całości minimalnych standardów, ale dążą do pełnego ich przestrzegania. Natomiast w grupie *Tier 2 Watch List* są państwa, które nie stosują się w pełni do standardów zawartych w TVPA i w których: a) całkowita liczba ofiar różnych form handlu ludźmi jest znaczna lub znacznie rośnie; b) nie udowodniono rozwoju działań

⁴⁴ Dziennikarka śledcza, która od lat walczy z niewolnictwem seksualnym i o prawa kobiet.

⁴⁵ L. Cacho, *Niewolnice władzy*, Warszawa 2013, s. 214, 317.

⁴⁶ Departament of State USA, *Trafficking in Persons Report June 2014*, <http://www.state.gov/documents/organization/226844.pdf> (dostęp: 15.10.2014).

⁴⁷ Div. A of Pub. L. No. 106-386, § 108, as amended (z późniejszymi zmianami – przyp. B. K.).

zmierzających do zwalczania handlu ludźmi; c) zakłada się, że kraj podejmie odpowiednie wysiłki w przyszłym roku, dążąc do spełnienia minimalnych standardów. Kategoria 3 obejmuje kraje, które nie spełniają standardów zawartych w TVPA, a ich działania nie zmierzają do ich wypełnienia. Umieszczenie państwa w najniższej grupie może oznaczać na przykład wstrzymanie pomocy ze strony USA, z wyłączeniem pomocy humanitarnej i niezwiązanej z handlem. Ranking krajów przedstawia się następująco:

Tab. 1. Ranking krajów według raportu Departamentu USA na temat handlu ludźmi z 2014 roku

Kategoria 1	Armenia, Australia, Austria, Belgia, Kanada, Chile, Czechy, Dania, Finlandia, Francja, Niemcy, Islandia, Irlandia, Izrael, Włochy, Korea Południowa, Luksemburg, Macedonia, Holandia, Nowa Zelandia, Nikaragua, Norwegia, <u>Polska</u> , Słowacja, Słowenia, Hiszpania, Szwecja, Szwajcaria, Tajwan, Wielka Brytania, Stany Zjednoczone
Kategoria 2	Afganistan, Albania, Argentyna, Aruba, Azerbejdżan, Bahamy, Barbados, Benin, Bhutan, Brazylia, Brunei, Bułgaria, Burkina Faso, Republika Zielonego Przylądka, Kamerun, Czad, Kolumbia, Republika Kongo, Kostaryka, Wybrzeże Kości Słoniowej, Chorwacja, Curaçao, Dominikana, Ekwador, Egipt, Salwador, Estonia, Etiopia, Fidżi, Gabon, Gruzja, Ghana, Grecja, Gwatemala, Honduras, Hongkong, Węgry, Indie, Indonezja, Irak, Japonia, Jordania, Kazachstan, Kiribati, Kosowo, Kirgistan, Łotwa, Liberia, Litwa, Makau, Malediwy, Malawi, Malta, Mauritius, Meksyk, Mikronezja, Mołdawia, Mongolia, Czarnogóra, Mozambik, Nepal, Niger, Nigeria, Oman, Palau, Paragwaj, Peru, Filipiny, Portugalia, Rumunia, Saint Lucia, Sint Maarten, Senegal, Serbia, Seszele, Sierra Leone, Singapur, Afryka Południowa, Suazi, Tadżykistan, Trynidad i Tobago, Togo, Tonga, Turcja, Uganda, Zjednoczone Emiraty Arabskie, Wietnam, Zambia
Kategoria 2 Watch List	Angola, Antigua i Barbuda, Bahrajn, Białoruś, Belize, Boliwia, Bośnia i Hercegowina, Botswana, Birma, Burundi, Kambodża, Chiny (Chińska Republika Ludowa), Komory, Cypr, Dżibuti, Gwinea, Gujana, Haiti, Jamajka, Kenia, Laos, Liban, Lesoto, Madagaskar, Mali, Wyspy Marshalla, Maroko, Namibia, Pakistan, Panama, Katar, Rwanda, Saint Vincent i Grenadyny, Wyspy Salomona, Sudan Południowy, Sri Lanka, Sudan, Surinam, Tanzania, Timor Wschodni, Tunezja, Turkmenistan, Ukraina, Urugwaj
Kategoria 3	Algieria, Republika Środkowoafrykańska, Demokratyczna Republika Konga, Kuba, Gwinea Równikowa, Erytrea, Gambia, Gwinea-Bissau, Iran, Korea Północna, Kuwejt, Libia, Maledzja, Mauretania, Papua Nowa Gwinea, Rosja, Arabia Saudyjska, Syria, Tajlandia, Uzbekistan, Jemen, Wenezuela, Zimbabwe
Szczególny przypadek	Somalia

Źródło: Departament of State USA, *Trafficking in Persons Report June 2014*

Na podstawie przedstawionych informacji można stwierdzić, że problem handlu ludźmi jest wciąż bagatelizowany przez wiele krajów, które nie spełniają minimalnych standardów, zgodnych z Protokołem z Palermo, a ich działania nie zmierzają do ich wypełnienia.

„Handel ludźmi jest przestępstwem, którego wszyscy powinniśmy się wstydzić”⁴⁸, „to, co zrobimy, aby wyeliminować handel ludźmi będzie testem naszej cywilizacyjnej dojrzałości”⁴⁹ – te dwa stwierdzenia w pełni oddają charakter omawianego zjawiska. Za zwalczanie tego procederu, naruszającego szereg praw człowieka, odpowiedzialność ponosi państwo, ale także społeczeństwo, które kreuje popyt na towary i usługi wytwarzane przez ofiary handlu ludźmi. Handel istotami ludzkimi opiera się też na niedostrzeganiu problemu. Społeczeństwo pozostaje najczęściej bierne wobec ofiar handlu ludźmi, przechodząc obojętnie obok żebrzących dzieci romskiego pochodzenia czy przejeżdżając obok prostytutkiujących się cudzoziemek.

Bibliografia

Źródła zwarte, rozdziały w monografiach:

Bales K., *Understanding Global Slavery: A Reader*, Berkeley 2005.

Cacho L., *Niewolnice władzy*, Warszawa 2013.

Jasudowicz T., Lubiszewski M., *Geneza ochrony praw człowieka*, [w:] B. Gronowska [et al.], *Prawa człowieka i ich ochrona. Podręcznik dla studentów prawa i administracji*, Toruń 2005.

Jurewicz J., *Handel ludźmi w polskim prawie karnym i prawie ponadnarodowym*, Łódź 2011.

Kozłowska U., *Problematyka prawna – handel ludźmi w dokumentach ratyfikowanych przez Polskę*, [w:] Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, *Handel ludźmi w Polsce. Materiały do raportu*, Warszawa 2007.

Morawska E., *Handel ludźmi z perspektywy systemu ochrony praw człowieka ONZ*, [w:] Z. Lasocik (red.), *Handel ludźmi. Zapobieganie i ściganie*, Warszawa 2006.

Namysłowska-Gabrysiak B., *Funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości w latach 1999–2009 w świetle badań spraw karnych dotyczących handlu ludźmi*, [w:] Z. Lasocik (red.), *Eliminowanie handlu ludźmi w Polsce – analiza systemu*, Warszawa 2011.

Nowak B., *Współczesny handel ludźmi a nowożytny handel niewolnikami*, [w:] Z. Lasocik (red.), *Handel ludźmi. Zapobieganie i ściganie*, Warszawa 2006.

⁴⁸ Motto Wiedeńskiego Forum Walki z Handlem Ludźmi (odbyło się 13–15 lutego 2008 r.), zorganizowanego przez jednostkę United Nations Global Initiative to Fight Human Trafficking (UN.GIFT) oraz Biuro ds. Środków Odurzających i Przestępczości Organizacji Narodów Zjednoczonych (UNODC), <http://www.lex.pl/akt/-/akt/forum-walki-z-handlem-ludźmi-wieden-13-15-ii-2008> (dostęp: 05.11.2014).

⁴⁹ Z. Lasocik, *Handel ludźmi – aspekty...*, op. cit., s. 53.

Nowicki M.A., *Pierwszy wyrok Trybunału w Strasburgu dotyczący problemu współczesnej niewoli domowej i poddaństwa w Europie*, [w:] Z. Lasocik (red.), *Handel ludźmi. Zapobieganie i ściganie*, Warszawa 2006.

Runiewicz-Jasińska R., *Handel ludźmi – współczesna zbrodnia przeciwko godności. Kазus europejskich szlaków handlowych*, [w:] W. Waclawczyk, K. Żarna (red.), *Zbrodnia i kara. Ludo-bójstwo – zbrodnie wojenne – zbrodnie przeciwko ludzkości*, Toruń 2011.

Skinner E. B., *Zbrodnia. Twarzą w twarz ze współczesnym niewolnictwem*, Kraków 2010.

Wiśniewski M., *Handel ludźmi – statystyka*, [w:] Ministerstwo Spraw Wewnętrznych i Administracji, *Handel ludźmi w Polsce. Materiały do raportu*, Warszawa 2007.

Artykuły:

Jasudowicz T., *Zakaz niewolnictwa i poddaństwa oraz pracy przymusowej lub obowiązkowej w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, „Studia Prawa Publicznego” 2013, nr 3.

Lasocik Z., *Handel ludźmi – aspekty społeczne i prawne*, „Studia Socjologiczne” 2007, nr 4.

Lasocik Z., *Handel ludźmi jako przestępstwo i naruszenie praw człowieka – wyzwania dla kryminologii*, „Archiwum Kryminologii” 2007, t. XXVIII.

Radoniewicz F., *Przestępstwo handlu ludźmi*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 10.

Akty prawne:

Konwencja w sprawie niewolnictwa, podpisana w Genewie 25 września 1926 r., Dz. U. z 1931 r. Nr 4, poz. 21.

Konwencja Nr 29 Międzynarodowej Organizacji Pracy dotyczącej pracy przymusowej lub obowiązkowej, podpisana w Genewie 28 czerwca 1930 r., Dz. U. z 1959 r. Nr 20, poz. 122.

Uzupełniająca konwencja w sprawie zniesienia niewolnictwa, handlu niewolnikami i praktyk zbliżonych do niewolnictwa z 1956 r., Dz. U. z 1963 r. Nr 33, poz. 185, załącznik nr 1.

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie 4 listopada 1950 r., Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku 19 grudnia 1966 r., Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

Konwencja Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej z 15 listopada 2000 r., Dz. U. z 2005 r. Nr 18, poz. 158.

Protokół o zapobieganiu, zwalczaniu oraz karaniu za handel ludźmi, w szczególności kobietami i dziećmi, uzupełniający Konwencję Narodów Zjednoczonych przeciwko międzynarodowej przestępczości zorganizowanej, przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 15.11.2000 r., Dz. U. z 2005 r. Nr 18, poz. 160.

Konwencja Rady Europy w sprawie działań przeciwko handlowi ludźmi z 16 maja 2005 r., Dz. U. z 2009 r. Nr 20, poz. 107.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępująca decyzję ramową Rady 2002/629/WSiSW, Dz. Urz. WE L 101 z 5.4.2011.

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.

Źródła internetowe:

Departament of State USA, *Trafficking in Persons Report June 2014*, <http://www.state.gov/documents/organization/226844.pdf> (dostęp: 02.11.2014).

<http://www.globalslaveryindex.org/about/> (dostęp: 02.11.2014).

<http://handelludzmi.eu/hl/baza-wiedzy/statystyki/6143,Dane-statystyczne.html> (dostęp: 02.11.2014).

International Labour Office, *Profits and Poverty: The Economics of Forced Labour*, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_243391.pdf (dostęp: 02.11.2014).

<http://www.lex.pl/akt/-/akt/forum-walki-z-handlem-ludzmi-wieden-13-15-ii-2008> (dostęp: 05.11.2014).

<http://panoramairl.com/wydarzenia/3648-za-hodowle-marihuany-do-irlandzkich-wiezien-trafia-wiecej-azjatow-niz-irlandczykow.html> (dostęp: 31.10.2014).

<http://statystyka.policja.pl/st/wybrane-statystyki/handel-ludzmi-i-przest/50848,Handel-ludzmi-i-przestepstwa-okoloprostytucyjne.html> (dostęp: 02.11.2014).

http://trojmiasto.gazeta.pl/trojmiasto/1,35636,16801721,Gang_tatuowal_prostytutki___Niewolnica_pana_Olka_.html (dostęp: 31.10.2014).

http://www.unesco.pl/fileadmin/user_upload/pdf/Powszechna_Deklaracja_Praw_Czlowieka.pdf (dostęp: 05.11.2014).

United Nations Office on Drugs and Crime, *Global Report on Trafficking in Persons 2012*, http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Trafficking_in_Persons_2012_web.pdf (dostęp: 02.11.2014).

Dostęp do wody – prawo człowieka czy towar podlegający prawom wolnego rynku? Obecne regulacje prawne i perspektywy na przyszłość

Dostęp do wody jest podstawową potrzebą każdego człowieka. W ujęciu tym mieści się nie tylko dostęp do wody pitnej, która umożliwia przeżycie, ale również dostęp do podstawowych urządzeń sanitarnych, które gwarantują realizację najbardziej intymnych potrzeb fizjologicznych. Pomimo licznych regulacji, które społeczność międzynarodowa stworzyła w celu zapewnienia dostępu do wody całej populacji, nadal 2,8 miliarda osób żyje w miejscach dotkniętych deficytem wody, a prognozuje się, że do 2030 r. liczba ta wzrośnie do 3,9 miliarda. Brak dostępu do wody jest rokrocznie przyczyną 8 milionów zgonów, a ponad miliard osób nie ma dostępu do wody pitnej w przystępnej cenie¹. W samej Europie, powołując się na dane WWAP², ponad milion osób nie ma dostępu do wody, zaś około 2% mieszkańców Unii Europejskiej jest pozbawionych dostępu do kanalizacji. Polska, w niechlubnym rankingu państw pozbawionych dostępu do wody, znalazła się na 7 miejscu, gdzie 2% mieszkańców jest pozbawionych prawa do wody pitnej, a 4% dostępu do podstawowych urządzeń sanitarnych³.

Trudno oprzeć się wrażeniu, że pomimo licznych regulacji dotyczących dostępu do wody pitnej i kanalizacji, powziętych na forum międzynarodowym, brak dostępu do wody pitnej jest wciąż realnym problemem, a stanowiska państw, prywatnych przedsiębiorców i społeczeństwa obywatelskiego znacznie się od siebie różnią. Różnie postrzegane są również ekonomiczne, polityczne i społeczne wymiary tego dobra. Nie ulega jednak wątpliwości, że ze względu na swoje unikalne właściwości fizyczne i chemiczne woda stanowi integralną i nieodzowną część środowiska. Należy również sobie jasno powiedzieć, że więcej wody nie będzie⁴, zatem ludzkość powinna nauczyć się z niej

¹ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 12 marca 2009 r. w sprawie wody, w perspektywie Piątego Światowego Forum Wody, B6-00113/2009, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?qid=1414238865636&uri=CELEX:52009IP0137> (dostęp: 25.10.2014).

² World Water Acces Programm, <http://www.unesco.org/new/en/natural-sciences/environment/water/wwap/about> (dostęp: 25.10.2014); zob. także A. M. Kosińska, *Inicjatywa obywatelska jako instrument wprowadzający rozszerzoną ochronę praw obywateli Unii Europejskiej*, „Edukacja prawnicza” 2014, nr 10, s. 24.

³ European Citizens’ Initiative Water and Sanitation are a human right. Water is a public good, not a commodity! Explanatory note. Annex, <http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives/finalised/details/2012/000003/en> (dostęp: 25.10.2014); zob. także A. M. Kosińska, *op. cit.*, s. 24.

⁴ Według A. Gore, *Ziemia na krawędzi*, Warszawa 1996, grozi nam stopniowe wyczerpanie zasobów wody. Warto zauważyć, że słodka woda (jedyna zdatna do picia) stanowi zaledwie 2,5% całej wody na

racjonalnie korzystać. Jednym z największych problemów dostępu do wody jest jednak nie tyle fakt niewystarczalności jej źródła (choć to jest z reguły główny argument organizacji działających na rzecz prawa do wody), ale przede wszystkim nierównomierność jej występowania oraz niewydolne systemy dystrybucji. Problemy te pozostają w głębokiej opozycji do idei solidarności społecznej, która powinna być podstawą zrównoważonego rozwoju⁵. Aby jednak woda nie stała się zalążkiem kolejnych konfliktów⁶, należy ustanowić ramy prawne, które pozwolą na mądre, sprawiedliwe i zrównoważone korzystanie z jej zasobów.

Celem niniejszego artykułu jest zbadanie, w jaki sposób charakteryzowane jest prawo do wody we współczesnym prawodawstwie. Analizie zostaną poddane różne koncepcje prawa do wody, obowiązki i uprawnienia podmiotów publicznych i prywatnych w zakresie zapewnienia dostępu do czystej wody pitnej, przedstawiona zostanie również geneza kształtowania się prawa do wody na arenie międzynarodowej. Autorka postara się wskazać społeczno-ekonomiczne aspekty prawa do wody, a także przekonać, że woda jest prawem każdego człowieka, a nie towarem, którym można dobrowolnie i samowolnie obracać. W tym celu zostaną omówione dwie głośnie w ostatnich latach sprawy dotyczące możliwości odcinania dostępu do wody obywatelom, którzy nie są w stanie opłacić we właściwym czasie rachunków za jej dostarczanie. W ostatniej części pracy zostaną zbadane ruchy społeczne zajmujące się dostępem do wody, odnoszące sukcesy w tym zakresie w minionych latach.

1. Czym jest prawo do wody

Trudności nasuwa próba zdefiniowania, czym tak naprawdę jest prawo do wody i jak ono się objawia. Pierwsze skojarzenie, które przychodzi na myśl każdemu, który zainteresował się tą tematyką, to na pewno prawo do picia (spożywania) czystej wody oraz dostęp do sanitariatów. Woda ta nie może być złej jakości. Powinna być czysta, zdatna do wykorzystania przez człowieka dla zaspokojenia podstawowych potrzeb

Ziemi. Por. J. Ciechanowicz-McLean i K. Klenowska, *Prawo dostępu do czystej wody*, [w:] J. Symonides (red.), *Świat wobec współczesnych wyzwań i zagrożeń*, Warszawa 2010, w którym autorki przekonują, że mniej niż 1% ogólnych zasobów wody słodkiej jest dostępne dla człowieka do bezpośredniego wykorzystania, nadając się do zużywania na zasadach zasobów odnawialnych, to mniej więcej jedna łyżeczka na 100 litrów wody.

⁵ J. Ciechanowicz-McLean, K. Klenowska, *op. cit.*, s. 306.

⁶ Miały one miejsce chociażby w dorzeczu Jordanu. Jedną z przyczyn rodzących się tam konfliktów był właśnie brak dostępu do wody (jest to obszar o jednym z najniższych na świecie przydziale zasobów wodnych na osobę, przy bardzo dużym przyroście naturalnym) *via* A. Oniszczyk, *Prawo jednostki do wody, jako konsekwencja prawa do życia. Możliwość realizacji prawa na przykładzie Bliskiego Wschodu*, [w:] M. Sadowski, A. Spychalska, K. Sadowa (red.), *Prawo do życia i śmierci*, „Wrocławskie Studia Erazmianskie” 2013, z. VII.

życiowych. Należy jednak zastanowić się nie tylko nad jakościowym, ale również ilościowym aspektem prawa do wody. Wśród teoretyków zajmujących się tą problematyką pod koniec lat dziewięćdziesiątych XX wieku panowało w miarę zgodne przekonanie, że ilością wody zapewniającą przeżycie jest 50 litrów na osobę dziennie⁷. Badacze zgadzali się jednak, że w perspektywie prawa do wody ważniejsze od ilości jest ustanowienie praw gwarantujących do niej dostęp⁸. Opublikowany w 2002 roku przez Komitet Praw Ekonomicznych, Socjalnych i Kulturowych Komentarz ogólny nr 15 w sprawie prawa do wody stanowi o „odpowiedniej ilości bezpiecznej wody”. Podobne uregulowanie znajdziemy w rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ – Rada Praw Człowieka z 2010 r. W 2011 roku pojawiły się głosy, że przyjmując obliczenia WHO, dotyczące minimalnych potrzeb wody na osobę, o realizacji prawa do wody, możemy mówić w przypadku dostępu do co najmniej 37 metrów sześciennych wody odpowiedniej jakości na osobę⁹. Stosunkowo nieliczne rozważania na temat potrzeb ilościowych i jakościowych prawa do wody mogą być skutkiem wspomnianych wcześniej niewystarczających zasobów. Bardziej palącą kwestią okazuje się problem sprawiedliwej dystrybucji wody, z poszanowaniem zasad sprawiedliwości społecznej, dotychczasowych ustaleń międzynarodowy oraz uwarunkowań społeczno-kulturowych.

W literaturze wyróżnia się 2 koncepcje ujmowania prawa do wody. Pierwsza z nich wyraża prawo do wody jako zasadę rządzenia. Jej zwolennicy podnoszą, że pojmowanie tego prawa jako relacji między pewną jednostką a wskazaną ilością wody, pomija społeczną naturę ludzkości oraz złożony proces, jakiemu podlega woda, zanim trafi do bezpośredniego odbiorcy¹⁰. Wskazują oni również na fakt, że aby móc z wody korzystać, nie można traktować wody jako dobra czysto prywatnego. Trudno nie zgodzić się z takimi rozważaniami, poddając analizie drogę, jaką musi przebyć (a może należałoby powiedzieć przepłynąć) woda, zanim trafi na nasze stoły. W dzisiejszych czasach niemal niemożliwe jest, aby jednostka mogła sama kontrolować cały proces hydrologiczny, któremu podlega woda. Indywidualne prawo do wody to tak naprawdę nic innego, jak jedynie prawo jednostki do udziału w części większego procesu hydrologicznego w celu zaspokojenia swoich podstawowych potrzeb. Ujęcie prawa do wody w ten sposób ustanawia zbiorowe podejmowanie decyzji co do zjawiska społeczno-przyrodniczego, jakim jest woda, i kreuje zasadę rządzenia¹¹. Łączy się ono z prawem do domagania się udziału w zbiorowym procesie zarządzania wodą.

⁷ J. Linton, *Woda, prawa, ludzie i związki między nimi*, [w:] *Prawo do wody w perspektywie politycznej, gospodarczej i społecznej*, Warszawa 2012, s. 77; por. P. H. Gleick, *Basic water requirements for human activities: meeting basic needs*, „Water international” 1996, t. 21, s. 83–92.

⁸ *Ibidem*.

⁹ A. Oniszczyk, *op. cit.*, s. 291.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*, s. 79–83.

Drugą koncepcją, na którą wskazuje się w literaturze przedmiotu, jest prawo do wody jako zasada społecznej sprawiedliwości. Zwolennicy wskazują, że tak ujęte prawo do wody stanowi relację pomiędzy systemem hydrologicznym a społeczeństwem, przekonując o potrzebie dzielenia się korzyściami ekonomicznymi stanowiącymi wytwór produkcyjnej zdolności wody¹².

Należy jednak pamiętać, że prawo do wody nie kreuje wyłącznie obowiązku utrzymania infrastruktury i minimalizowania zużycia wody po stronie państw. Prawo to ma charakter dwustronnie zobowiązujący – ostateczny odbiorca wody nie dostaje jej za darmo. Finansuje on działalność państwa w tym zakresie w sposób pośredni (płacąc podatki i wnosząc określone opłaty) jak również bezpośredni, opłacając bieżące zużycie wody w gospodarstwach domowych. Żaden z przytoczonych dokumentów nie postuluje bezpłatnego dostępu do wody. Teoretycy wskazują jednak, że cena wody nie może być zawyżona oraz że nie można odmówić wody osobom, które ze względu na trudną sytuację ekonomiczną nie są w stanie opłaty za nią uiścić.

2. Proces kształtowania się prawa do wody

W trakcie opracowywania pierwszych powojennych dokumentów międzynarodowej ochrony praw człowieka nie ustanowiono wprost praw przynależnych środowisku naturalnemu ani jego zasobom. Co prawda już Copp wymieniał czystą wodę jako jedną z podstawowych potrzeb na zaproponowanej przez siebie liście dóbr i świadczeń¹³. Jednak przez wiele lat prawo to było wywodzone z innych, podstawowych dla ustanawiania i rozwoju praw człowieka, aktów międzynarodowych. Dla przykładu Powszechna deklaracja praw człowieka z 1948 r w art. 25 ust. 1 stanowi: „każdy człowiek ma prawo do poziomu życia zapewniającego zdrowie i dobrobyt jemu i jego rodzinie”. Europejska Konwencja praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r. w art. 2 stwierdza, że prawo każdego człowieka jest chronione przez ustawę, a Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych w art 6 ust. 1: „każda istota ludzka ma prawo do życia”. Nie ulega wątpliwości, że woda, jako niezbędny składnik życia ludzkiego, jest warunkiem koniecznym do przetrwania żywego organizmu i zachowania podstawowych funkcji życia ludzkiego. Niemożliwe jest zagwarantowanie skutecznej ochrony życia ludzkiego bez zabezpieczenia dostępu do czystej i zdatnej do picia wody. Śmiało można stwierdzić, że pomimo braku literalnego zagwarantowania prawa do wody w wymienionych katalogach prawo do czystej wody powinno zostać uznane za obowiązujące i fundamentalne¹⁴.

¹² *Ibidem*.

¹³ W. Osiatyński, *Prawa człowieka i ich granice*, Kraków 2011, s. 211.

¹⁴ J. Ciechanowicz-McLean, K. Klenowska, *op. cit.*, s. 309.

Jednym z pierwszych dokumentów o zasięgu międzynarodowy, w których poruszono problematykę dostępu do wody *expressis verbis*, była Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet, uchwalona przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w 1979 r. Zapewniono w niej prawa do „korzystania z odpowiednich warunków życia, a zwłaszcza warunków mieszkalnych, sanitarnych, dostawy energii elektrycznej, wody”. Nie można jednak wywodzić z niej istnienia odrębnej kategorii prawa do wody¹⁵.

W kolejnych latach prawo do wody stało się stałym tematem spotkań na szczytach. ONZ wielokrotnie uwzględniał problem dostępu do czystej, zdanej do picia wody na ramowych programach szczytów. Niespodziewaną dla nikogo rolę (a bynajmniej nie dla jej uczestników) odegrała Konferencja dublińska w sprawie wody w perspektywie trwałego rozwoju. Deklaracja przyjęta na jej zakończenie uznała fundamentalne prawo wszystkich ludzi do dostępu do czystej wody i urządzeń sanitarnych oraz zawierała mocno kontrowersyjne stwierdzenie, że „woda ma wartość ekonomiczną [...] i należy ją uznać za dobro gospodarcze”¹⁶. Deklaracja ta była załącznikiem idei komercjalizacji wody, jej zwolennicy uznawali, że w krajach skorumpowanych, dopiero raczkujących w swej państwowości, a szczególnie w krajach biednego południa, nieudolna władza nie jest w stanie dostarczyć wody wszystkim podmiotom, które mają do niej prawo. Z tego powodu woda powinna przejść w ręce prywatnych przedsiębiorców, dla których motorem napędowym będzie zysk, przy jednoczesnym spełnieniu postulatu powszechnego dostępu do wody¹⁷. W 2003 roku odbyła się konferencja w Kioto, na którą organizatorzy – Globalne Partnerstwo dla Wody i Światowa Rada Wody – oprócz przedstawicieli państw, głównie ministrów ds. środowiska, zaprosili również przedstawicieli sektora prywatnego, zajmującego się problemem dostępu do wody. Udział tych ostatnich został brutalnie oprotestowany przez aktywistów i organizacje pozarządowe, które widziały w nim (i słusznie) dalszy etap komercjalizacji wody¹⁸. Nie poskutkowało nawet wdarcie się zwolenników prawa do wody na sesję plenarną konferencji. Ministrowie osiągnęli porozumienie co do finansowego wsparcia sektora prywatnego zaangażowanego w inwestycje wodne oraz nowych sposobów włączania go w zarządzanie zaopatrzeniem w wodę¹⁹.

Kolejnym, wydawać by się mogło, milowym krokiem ku rozwojowi prawa do wody była rezolucja Zgromadzenia Ogólnego ONZ z 28 lipca 2010 w sprawie prawa

¹⁵ A. Oniszczyk, *op. cit.*, s. 284.

¹⁶ *Ibidem*, por. K. Bakker, *Rozważania nad prawem człowieka do wody*, [w:] F. Sultana, A. Loftu, K. Markaruk (tłum.), *Prawo do wody w perspektywie politycznej, gospodarczej i społecznej*, Warszawa 2012, s. 50.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Ibidem*.

człowieka do wody i urządzeń sanitarnych²⁰. Ogromną rolę w jej przyjęciu odegrał ambasador Boliwii, który swoim porywającym przemówieniem niemal przesądził o wyniku głosowania. Zgromadzenie Ogólne przeważającą liczbą głosów zdecydowało o przyjęciu rezolucji uznającej prawo do wody i urządzeń sanitarnych za podstawowe prawo człowieka²¹. Na sali wybuchła euforia, a przedstawiciele doktryny rozpoczęli rozważania nad charakterem prawnym rezolucji. Nie wdając się w szczegóły tych rozważań, należy jedynie wspomnieć o wątpliwościach dotyczących prawnoprawnego charakteru rezolucji²² znacznej liczbie państw, które wstrzymały się od głosu²³. Nie bacząc na te kontrowersje, dwa miesiące później Rada Praw Człowieka ONZ przyjęła kolejną rezolucję²⁴, potwierdzając prawo do wody jako podstawowe prawo człowieka²⁵. Oba te dokumenty uznaje się za milowy krok w kierunku uznania prawa do wody za prawo człowieka jak również za realizację celów, jakie postawili sobie uczestnicy Szczytu Ziemi w Rio de Janeiro w 1992 roku.

3. Społeczno-ekonomiczne aspekty prawa do wody

Analizując rozważania na temat definicji prawa do wody, a także historię ustanawiania prawa do wody, należy się głębiej zastanowić nad tym, czy dostęp do wody powinien pozostać powszechnie zapewnianym prawem człowieka, czy powinien zostać sprywatyzowany i poddany zasadom wolnego rynku. Obie koncepcje mają swoich przeciwników i zwolenników, jednak aby w pełni uczciwie rozważyć ten problem, należy wziąć pod uwagę różne aspekty, jakie zawiera w sobie prawo do wody.

Po pierwsze, należy jeszcze raz podkreślić, że woda jest niezbędna do życia. Jest podstawowym źródłem przetrwania, chociaż dla wielu ludzi, jak wskazują statystyki przytoczone we wstępie, nadal nieosiągalnym. Ciało człowieka w przeważającej większości składa się z wody, a my często w codziennych sytuacjach nie zastanawiamy się nad tym, że korzystamy z prawa, wywalczonego przez aktywistów i zwolenników prawa do wody. Zarówno przeciwnicy, jak i zwolennicy prywatyzacji wody muszą sobie

²⁰ Rezolucja ZO ONZ z 28 lipca 2010 64/292.

²¹ M. Barlow, *Przedmowa do Prawo do wody w perspektywie politycznej, gospodarczej i społecznej*, Warszawa 2012, s. 23.

²² A. Wyrozumska, W. Czapliński, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2004.

²³ Na 122 państwa 41 wstrzymało się od głosu. Należy jednak zauważyć, że powodem wstrzymania się większości z nich nie była niechęć co do ustanowienia prawa do wody, jedynie przekonanie, że ONZ dokonała wyodrębnienia prawa do wody na podstawie wcześniejszych rezolucji. Por. A. Oniszczyk, *op. cit.*

²⁴ Rezolucja 15/9 Rady Praw Człowieka ONZ z dnia 30 września 2010 r. w sprawie praw człowieka i dostępu do wody pitnej i urządzeń sanitarnych.

²⁵ M. Barlow, *op. cit.*, s. 23.

zdawać sprawę, że wielka odpowiedzialność, za życie i zdrowie miliardów ludzi, jest tłem wyboru konkretnych rozwiązań.

Kolejnym aspektem, który należy poruszyć, jest społeczna wartość wody. Ludzkość od wieków osadzała się w bliskości do źródeł pitnej wody, na brzegach rzek budowała osady i tworzyła pierwsze cywilizacje. To właśnie przy wielkich rzekach gwarantujących dostęp do wody pitnej powstał starożytny Egipt, Babilonia i pierwsze europejskie państwa. Woda, szczególnie rzeczna, była i wciąż jest jednym z podstawowych sposobów transportu. Od starożytnego Nilu, poprzez rzymskie akwedukty, a ostatecznie do wielkich tuneli dostarczających wodę do Nowego Yorku społeczeństwa wykazują niezwykłą pomysłowość, zaangażowanie i troskę o dobra wspólne przy próbie ujarzmienia i dostarczenia wody²⁶. Przez wieki dostęp do wody był też załącznikiem konfliktów, nie tylko w czasach starożytnych, ale również współczesnych. Problem dostępu do wody skupiał wokół siebie również aktywistów, silne organizacje pozarządowe, które walczyły o ustanowienie prawa do wody. Ich działania zwracały uwagę prywatnych przedsiębiorców i stanowiły przyczynek do dyskusji nad jedną z podstawowych potrzeb człowieka. Dyskusja, którą wywołały problemy z dostępem do wody, skłoniła elity polityczne państw do pochylenia się nad problematyką niezbędności wody i zagrożeniami, jakie pojawiły się w związku z rozwojem społeczeństwa. Wieloletnie dysputy, liczne konferencje i spotkania na szczytach ostatecznie doprowadziły do ustanowienia odrębnej kategorii praw człowieka, jakim jest prawo do wody.

Niewątpliwie woda może być również (i w wielu sytuacjach jest) źródłem dochodu. Wystarczy jedynie zaznaczyć, że jedna z najdroższych wód butelkowanych świata, Kona Nigari, kosztuje 402 dolary za 750 mililitrów²⁷. Oczywiście jest to zdecydowanie wyjątek od reguły, jednak doskonale pokazuje, jak wielkie pieniądze można zarobić na wodzie. Dla porównania można wskazać, że według Polskiej Akcji Humanitarnej, wybudowanie jednej studni w Sudanie Południowym, która przez lata zaspokaja potrzeby całych społeczności, to jedynie 60 tysięcy złotych²⁸. O tym, jak bardzo opłacalna jest sprzedaż wody, świadczy fakt, że w Krajowej Izbie Gospodarczej Przemysł Rozlewniczy zrzesza blisko 30 producentów wód²⁹, którzy wytwarzają produkty pod różnymi markami, różnej jakości i różnego rodzaju. Tak ogromna liczba dostawców z powodzeniem radzi sobie na

²⁶ M. Augustyniak, *Prawo do korzystania z wody, jako warunek życia – kulturowe uwarunkowania aksjologiczne*, [w:] J. Jaskiernia (red.), *Uniwersalny i regionalny wymiar ochrony praw człowieka. Nowe wyzwania – nowe rozwiązania*. Tom 3, Warszawa 2014, s. 143.

²⁷ S. Said, *The top 10 most exotic and expensive bottled waters in the world*, 25.01.2013, <http://www.therichest.com/expensive-lifestyle/entertainment/the-top-10-most-exotic-and-expensive-bottled-waters-in-the-world/> (dostęp: 4.11.2014).

²⁸ *Studnia w Sudanie południowym – FAQ*, 2.04.2014, http://pah.org.pl/nasze-dzialania/125/4397/studnia_w_sudanie_poludniowym_faq (dostęp: 4.11.2014).

²⁹ <http://www.kigpr.pl/pl/224/0/czlonkowie.html> (dostęp: 4.11.2014).

dosyć stabilnym rynku wód butelkowanych. Analizując aspekty ekonomiczne dostępu do wody, należy zwrócić uwagę także na ogromny rynek dostarczający usługi kanalizacyjne do wielkich aglomeracji miejskich. Część z przedsiębiorstw zajmujących się usługami kanalizacyjnymi jest częściowo sprywatyzowanych, a w niektórych krajach podlegają prawu wolnego rynku.

4. Prawo czy towar?

W obliczu recesji finansowych związanych z kryzysem gospodarczym, który doznał nas w ostatnich latach, coraz więcej państw w obawie przed wysokimi wydatkami przerzuca odpowiedzialność za dostarczanie podstawowych potrzeb mieszkańcom na prywatne przedsiębiorstwa. Trend ten można zaobserwować również w kontekście zagwarantowywania mieszkańcom dostępu do wody pitnej i kanalizacji. Wydawać by się mogło, że wraz z ustanowieniem prawa do wody zostały również wykreowane pewne obowiązki władz publicznych w zakresie ustanowienia odpowiedniej infrastruktury zaopatrującej ludzi w wodę oraz podejmowania działań, które minimalizują zagrożenie tzw. barier wodnych³⁰. Jednak jak podkreślają Fahrana Sultana i Alex Loftus, uznanie prawa do wody jako prawa człowieka nie wskazuje ani na sposób zaopatrywania, ani podmiotu za to odpowiedzialnego. Nie wyklucza również zjawisk typu prywatyzacja, urynkowanie czy wyłączenie³¹. Co więcej, zaraz po uchwaleniu rezolucji wodnej „Global Water Intelligence”³² ogłosił, że ustanowienie prawa do wody tak naprawdę jest zwycięstwem sektora prywatnego, przyspieszając komercjalizację dostępu do wody.

Światowe ruchy na rzecz powszechnego dostępu do wody są rezultatem tego typu niepokojów i krytyki. Członkowie takich i podobnych ruchów przekonują, że woda jako dobro wspólne nie może być zawłaszczana dla osobistego zysku. Jako dziedzictwa społeczności międzynarodowej nie można jej również odmówić komuś, kogo nie stać na jej zakup³³.

Dyskusja na temat realizacji prawa do wody stała się jeszcze bardziej aktualna w świetle ostatnich wydarzeń w Detroit i w Irlandii. Detroit, które lata świetności dawno ma już za sobą, znalazło, być może, genialny pomysł na przymuszenie dłużników do uregulowania zaległych rachunków za wodę. Od stycznia 2014 roku osoby, które notorycznie nie opłacają dostępu do wody pitnej i kanalizacji, są od wody odcinane. W maju

³⁰ J. Ciachanowicz-McLean, K. Klenowska, *op. cit.*, s. 313.

³¹ F. Sultana, A. Loftus, *Prawo do wody. Perspektywy i możliwości*, [w:] F. Sultana, A. Loftus, *Prawo do wody...*, *op. cit.*, s. 31.

³² *The human right to a national water plan*, „Global water Intelligence” 2010a; *Another bad idea we need to act on*, „Global Water Intelligence” 2010b; zob. F. Sultana, A. Loftus, *Prawo do wody...*, *op. cit.*

³³ M. Barlow, *Blue convent the global water crisis and the coming battle for the right to water*, [w:] *The New Press*, Nowy York 2008; zob. F. Sultana, A. Loftus, *op. cit.*

2014 roku odcięto od wody prawie 5 tysięcy gospodarstw, co niemal błyskawicznie wywołało falę protestów wśród mieszkańców miasta. Jak podkreśla pochodzący z Michigan członek Izby Reprezentantów John Conyers, w ciągu ostatnich 10 lat opłaty za wodę w Detroit wzrosły o 120% i obecnie są najwyższe w USA. Demokrat tłumaczy także, że w tych okolicznościach to nic dziwnego, że mieszkańców uboższego Detroit nie stać na płacenie rachunków³⁴. Działania lokalnych władz doprowadziły do zgłoszenia problemu przez mieszkańców do Rady Praw Człowieka przy ONZ. W odpowiedzi Catarina de Albuquerque, ekspert ONZ ds. dostępu do wody, stwierdziła, że „Dostawę wody można odciąć tylko wówczas, gdy udowodni się, że osoba ma pieniądze, ale ich nie płaci. W innym wypadku, jeśli powodem zalegania z płatnościami jest autentyczna bieda, łamane są podstawowe prawa człowieka”³⁵. Niestety Rada Praw Człowieka przy ONZ nie dysponuje skutecznymi narzędziami, które mogłyby wyegzekwować zakaz odcinania gospodarstw domowych od dostępu do wody. Co więcej, 29 września 2014 r. w procesie przeciwko władzom Detroit wytoczonym przez mieszkańców miasta przed lokalnym sądem sędzia Steven Rhodes stwierdził, że nie ma takiego prawa jak prawo do wody według uregulowań prawnych USA i legalnie usprawiedliwił działania władz lokalnych³⁶.

Orzeczenie amerykańskiego sądu pokazuje, że prawo do wody jest problematyczne nawet dla największych mocarstw świata. Działania lokalnych władz udowadniają całkowity brak skuteczności w egzekwowaniu dostępu do wody przez organizacje międzynarodowe, niepewność rozwiązań prawnych i pozorności przyjętych uregulowań. ONZ nie jest w stanie zmusić żadnego państwa do zapewniania podstawowych praw, które państwa te na arenie międzynarodowej uznały. Obnaża to słabość i chwiejność przyjętego prawa, jest przyczynkiem do kolejnej dyskusji na temat mocy wiążącej rezolucji Zgromadzenia Ogólnego dotyczącej prawa do wody.

Zupełnie inaczej traktowane jest prawo do wody w Irlandii. Tamtejszy rząd zapowiedział, że od stycznia 2015 roku rozpocznie pobieranie opłaty za wodę. Początkowo opłata miałaby być stała, jednakowa dla wszystkich gospodarstw domowych, następnie, od 2016 roku, określana według zużycia. Należy dodać, że już w 1977 roku w wyborczym manifeste Fianna Fail obiecała, że nie wprowadzi opłat za wodę. Od tego czasu irlandzkie społeczeństwo przyzwyczaiło się do traktowania wody jako przyrodzone

³⁴ *Mieszkańcy Detroit skarżą się ONZ*, <http://www.dziennik.com/wiadomosci/artikul/mieszkancy-detroit-skarza-sie-onz> (dostęp: 11.11.2014 r.).

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ R. Snell, S. Pardo, *Judge won't stop shut-offs, says no right to free water*, <http://www.detroitnews.com/story/news/local/wayne-county/2014/09/29/bankruptcy-judge-expected-rule-water-shut-offs/16414323/tlum. autora>, (dostęp: 11.11.2014); Alan Pyke, *Judge says poor have no rights to clean water, allows Detroit water shutoffs to continue*, <http://thinkprogress.org/economy/2014/09/29/3573249/detroit-water-shutoffs-rhodes-ruling/tlum. autora>, (dostęp: 11.11.2014).

prawo każdego Irlandczyka. Decyzja rządu Endy Kenny’ego wywołała falę protestów w całej Irlandii. Organizator, stowarzyszenie Right2Water, szacuje, że w pokojowych demonstracjach wzięło udział kilkanaście tysięcy osób w niemal wszystkich większych miastach Irlandii³⁷. Uczestnicy protestów uważają, że prawo do wody jest jednym z podstawowych praw człowieka i nie powinno się za nią płacić, twierdzą, że planowane opłaty są formą podatku pogłównego. Rząd irlandzki w odpowiedzi na argumenty społeczeństwa odpowiada, że irlandzki system wodny wymaga modernizacji, a Irlandia jest ostatnim z krajów Unii Europejskiej, który nie wprowadził opłat za dostarczanie wody.

W przeciwieństwie do władz Detroit irlandzkie władze przekonują, że całkowicie uznają prawo do wody jako prawo człowieka. Wskazuje również na sankcje, które będą przysługiwały irlandzkiej spółce Irish Water przeciwko osobom, które nie będą regulować opłat. Wśród nich wymienia zmniejszenie ciśnienia dostarczanej wody oraz skierowanie powództwa do sądu. Planuje się również wprowadzenie automatycznego ściągania należności z pensji lub świadczeń.

Przedstawione sytuacje pokazują zupełnie różne podejście rządów do prawa do wody. Irlandzkie władze respektują porozumienia międzynarodowe, przekonują, że nikogo dostępu do wody nie pozbawią. Jednocześnie wskazują na dwustronny charakter prawa do wody jako stosunku zobowiązaniowego – rząd obliguje się do dostarczania wody, modernizowania sieci wodociągowej i zabezpieczenia ekosystemu sieci hydrologicznej. Jednocześnie wskazuje, że dostęp do wody wymaga pewnych nakładów ze strony jej ostatecznych beneficjentów w formie opłaty pośredniej lub bezpośredniej. Jest to przykład prawidłowego rozumienia i realizowania prawa do wody, którego aspekt dwustronności podkreśla zarówno Komisja Praw Człowieka przy ONZ, jak i przedstawiciele doktryny praw człowieka.

W świetle powyższego na uwagę zasługuje fakt, że Sąd Okręgowy w Warszawie, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumenta już w 2011 roku uznał za niedozwoloną klauzulę stanowiącą „Dostawca zastrzega sobie prawo wstrzymania dostaw wody i odbioru ścieków w przypadku stwierdzenia:

- rażących uchybień w eksploatacji lub stanie technicznym instalacji wewnętrznej Odbiorcy,
- zaległości w opłatach dłuższych niż 3 miesiące,
- złożenia Oświadczenia niezgodnego ze stanem faktycznym lub prawnym”³⁸.

³⁷ PAP, *Irlandia. Wielotysięczne protesty przeciwko planom opłat za wodę*, http://wyborcza.pl/1,91446,16901254,Irlandia_Wielotysieczne_protesty_przeciwko_planom.html (dostęp: 11.11.2014).

³⁸ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumenta, z 7 maja 2011 r., XVII AmC 2157/10.

5. Prawo i co dalej?

Według Parlamentu Europejskiego i Rady woda jest dziedzictwem, które musi być chronione, bronię i traktowane jako takie. Ta dosyć enigmatyczna definicja wody – dziedzictwa, nie pomaga nam zrozumieć prawa do wody jako całokształtu. W dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady jednoznacznie opowiadają się za tym, że „woda nie jest produktem handlowym”³⁹. Skoro jednak według regulacji UE woda nie jest towarem, to czy możemy automatycznie uznać, że dostęp do wody jest prawem? Takie stwierdzenie już na pierwszy rzut oka wydaje się mocno naiwne. Unia Europejska wprowadziła również szereg regulacji reglamentujących dostęp do wody, nakładając na państwa obowiązek zachowania zasobów wodnych, poprzez przystosowanie sieci wodociągów do jej ekonomicznego dostarczania.

Aby zapewnić realizację prawa do wody w strukturach europejskich powstała inicjatywa obywatelska mieszkańców Unii Europejskiej. Podstawą przedłożenia inicjatywy były art. 209 i 211 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Organizatorzy inicjatywy przekonują, że instytucje Unii i państwa członkowskie mają obowiązek zapewnienia mieszkańcom dostępu do wody i kanalizacji, dostęp do wody nie powinien podlegać zasadom rynku wewnętrznego, a Unia musi podejmować działania mające na celu upowszechnienie dostępu do wody i kanalizacji⁴⁰. Twórcy projektu inicjatywy przedstawili kolejne propozycje implementacji prawa do wody w prawie UE. Chcą zagwarantować dostęp do wody i urządzeń sanitarnych dla wszystkich mieszkańców UE, wykorzystywanie hasła obywatelskiego dostępu do wody i urządzeń sanitarnych we wszystkich materiałach urzędowych Unii dotyczących wody/urządzeń sanitarnych, zaniechania traktowania usług związanych z dostarczaniem wody jako usług komercyjnych, uczynienie uzyskania powszechnego dostępu do wody i urządzeń sanitarnych częścią polityki rozwojowej UE oraz zwiększenie udziału tej kwestii w ramach oficjalnej pomocy rozwojowej, propagowania partnerstwa publiczno-publicznego w działaniach dotyczących upowszechniania prawa do wody. Organizatorzy wskazują również na potrzebę pozostania kontroli wody i zasobów wodnych w rękach publicznych, wspierania powstania dobrowolnego europejskiego systemu modelowego dla przedsiębiorstw publicznych w celu promowania wysokiej jakości usług w zakresie dostaw

³⁹ Dyrektywa 2000/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 października 2000 r., ustanawiająca ramy wspólnotowego działania w dziedzinie polityki wodnej, Dz. Urz. UE z 22 grudnia 2000 r., s. 1, Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 15, t. 5, s. 275; zob. także K. Wesołowska, *Regulacje prawne w zakresie jakości wód przeznaczonych do spożycia*, [w:] Bartosz Rakoczy (red.), *Wybrane problemy prawa wodnego*, Warszawa 2013.

⁴⁰ A. M. Kosińska, *op. cit.*, s. 24.

wody, stworzenia kodeksu zarządzania dla przedsiębiorstw z branży wodnej w EU-27⁴¹. Inicjatywę poparło 1 884 790 obywateli Unii Europejskiej⁴².

Komisja Europejska w oficjalnym komunikacie z 19 marca 2014 r. poparła inicjatywę oraz zobowiązała się:

- zintensyfikować wysiłki na rzecz pełnego wdrożenia prawodawstwa UE w dziedzinie wody przez państwa członkowskie;
- uruchomić w całej UE konsultacje społeczne w sprawie dyrektywy w sprawie wody pitnej, aby ocenić potrzebę poprawy i jak mogą one zostać osiągnięte;
- poprawić jakość informacji dla obywateli poprzez dalszy rozwój uproszczonej i bardziej przejrzystego zarządzania danymi i rozpowszechniania dla ścieków komunalnych i wody pitnej;
- zbadać ideę jakości wody;
- promować zorganizowany dialog między zainteresowanymi stronami w zakresie przejrzystości w sektorze gospodarki wodnej;
- współpracować z istniejącymi inicjatywami w celu zapewnienia szerszego zestawu wskaźników dla usług wodnych;
- stymulować innowacyjne podejścia do pomocy na rzecz rozwoju (np. wsparcie dla partnerstwa między podmiotami wodnych i dla partnerstw publiczno-publicznych) i promowanie najlepszych praktyk między państwami członkowskimi (np. instrumentów solidarności)⁴³.

Komisja Europejska planuje wcielić w życie konkretne działania mające doprowadzić do zrealizowania inicjatywy w jak najszerszym zakresie. Należy jednak zauważyć, że przedłożone założenia nie zostały ujęte w żaden projekt aktu, stanowią jedynie zbiór postulatów, które według organizatorów inicjatywy powinny zostać wdrożone w system prawny Unii Europejskiej, co z pewnością ułatwiło akceptację inicjatywy przez Komisję, która nie musiała podejmować kroków w ramach przekształcenia projektu w konkretny akt prawny⁴⁴.

⁴¹ *Informacje na temat europejskiej inicjatywy obywatelskiej: dostęp do wody i urządzeń sanitarnych jest prawem każdego człowieka!*, <http://www.right2water.eu/sites/water/files/ECI%20background%20note%20-%20Final%20PL.pdf> (dostęp: 11.11.2014).

⁴² <http://www.right2water.eu/> (dostęp: 11.11.2014).

⁴³ Communication from the Commission on the European Citizens' Initiative *Water and sanitation are a human right! Water is a public good, not a commodity*, Bruksela, 19.3.2014, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-14-277_en.htm (dostęp: 11.11.2014).

⁴⁴ A. M. Kosińska, *op. cit.*, s. 25.

6. Podsumowanie

Przed realizacją prawa do wody wciąż stoi wiele wyzwań. Niektóre państwa niechętnie odnoszą się do zagwarantowania prawa do wody w wewnętrznym ustawodawstwie, jednocześnie nie realizując zobowiązań wynikających z zaakceptowanych regulacji międzynarodowych. Brak dostępu do wody jest wciąż palącym problemem nie tylko w krajach biednego południa, ale również w tych, które – wydawać by się mogło – osiągnęły wysoki stopień rozwoju cywilizacyjnego. Rządy państw muszą odpowiedzieć sobie na pytanie, czy gwarantowane przez rezolucję Zgromadzenia Ogólnego ONZ prawo do wody ma charakter dwustronnie zobowiązujący, czy sama rezolucja jest wiążąca oraz czy zawarte w niej uregulowania są wystarczające do zapewnienia podstawowych potrzeb każdego człowieka, jakimi są dostęp do wody pitnej oraz urządzeń sanitarnych. Ważnym aspektem rozważań powinna być też możliwość powzięcia określonych sankcji wobec państw, które prawa do wody nie respektują.

Dobrym krokiem w kierunku wprowadzenia prawa do wody do uregulowań krajowych jest zaakceptowanie inicjatywy obywatelskiej przez Komisję Europejską. Podjęcie odpowiednich działań w celu implementacji prawa do wody do systemu prawnego Unii Europejskiej zapewni realizację tego prawa, chociaż w ustawodawstwie państw członkowskich, co może być dobrym przykładem dla pozostałych państw, które głosowały za podjęciem rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ w sprawie wody. Wydawać by się mogło, że przed organami prawodawczymi Unii Europejskiej stoi również trudne zadanie wskazania sankcji, które grożą ostatecznym odbiorcom wody, którzy nie chcą wypełnić swojego obowiązku zapłaty za dostarczaną wodę. Zdaniem autora dobrym rozwiązaniem są planowane w Irlandii uregulowania, tj. obniżenie ciśnienia wody, skierowania powództwa do sądu czy pobierania opłat bezpośrednio z pensji lub świadczeń. Niedopuszczalne jest jednak odcinanie dostępu do wody z powodu niemożności opłacenia zużywanej wody.

W związku z tym problemem jest również ustalenie, czy wszystkie podmioty prawa powinny być zobowiązane do opłacania zużycia wody, czy nie powinna zostać wyodrębniona grupa, która ze względu na status majątkowy powinna być zwolniona z tego typu opłat. Jeśli przyjąć to rozwiązanie zasadne byłoby wskazanie poziomu życia, od którego przysługiwałoby zwolnienie od opłat poprzez określenie np. dochodu przypadającego na jednego członka rodziny lub na całe gospodarstwo.

Aby jednak w ogóle decydować, w jaki sposób realizować prawo do wody, należy najpierw zadbać o dostęp do wody dla wszystkich mieszkańców, zmodernizować strukturę hydrologiczną, wskazać znaczniki jakościowe i ilościowe w dostępie do wody, zadbać o infrastrukturę i stabilność ekologiczną pozyskiwanych zasobów. Żadne z państw nie jest w stanie samodzielnie zrealizować wszystkich przedstawionych tu założeń,

niezbędna jest współpraca państw, najpierw lokalna, a następnie w większym gronie na arenie międzynarodowej. Konieczne jest ustalenie szczegółowych ram współpracy w zakresie dostępu do wody na poziomie regionalnych, ale także mających na celu upowszechnianie prawa do wody w państwach rozwijających się.

Sytuacja prawna i faktyczna uchodźców a prawa człowieka

1. Wstęp

Na przestrzeni ostatnich dziesięcioleci wraz z postępem globalizacji oraz zanikiem granic prawodawstwo krajowe i międzynarodowe stanęło przed wyzwaniem migracji. Skutkiem tego są liczne akty prawne próbujące ją uregulować i poddać jasnym regułom. Jednakże dość szybko napotkano na problem realizacji postulatów zawartych w umowach dotyczących praw człowieka. Jest on szczególnie aktualny w odniesieniu do cudzoziemców o różnym statusie prawnym. Wszakże inne będzie podejście władz państwa do turystów, imigrantów ekonomicznych, bezpaństwowców, nielegalnych imigrantów czy uchodźców. Wydaje się, że to właśnie sytuacja tych ostatnich jest najbardziej skomplikowana, a zarazem pozostawia najwięcej do życzenia. Stale rosnące nierówności społeczne, pogłębiające się różnice pomiędzy tak zwaną bogatą Północą a biednym Południem (czy też bogatym Zachodem a biednym Wschodem) oraz nieustanne konflikty zbrojne w różnych częściach świata przyczyniają się do zwiększania liczby uchodźców. To co powinno nas szczególnie niepokoić to sytuacje naruszeń praw człowieka w stosunku do osób ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy czy też już go posiadających. Można wręcz odnieść wrażenie, że są oni stale traktowani jako podmioty prawa gorszej kategorii, co jest sytuacją niedopuszczalną w demokratycznym państwie prawa.

W kontekście tych rozważań pojawia się również kwestia podziału na prawa człowieka i prawa obywatela. Ten klasyczny podział, który znalazł swoje odzwierciedlenie chociażby w polskiej Konstytucji, staje się źródłem rozstrzygnięć w sprawach uchodźców. Obecnie można jednak zauważyć, że podejmowane są próby polemiki z takim podziałem. Pada pytanie, czy jest on wyczerpujący, wystarczający, a przede wszystkim sprawiedliwy¹. Szersze rozważania na ten temat zawarto w części 4 niniejszej pracy.

Celem niniejszego opracowania będzie więc zestawienie ze sobą postulowanej sytuacji uchodźców, która znajduje odzwierciedlenie w aktach prawnych, z rzeczywistością, która nie zawsze pozostaje z nią w korelacji. Wskazywać na to mogą nie tylko

¹ Wystąpienie prof. K. Complaka pt. „Prawa człowieka czy prawa człowieka i obywatela?” podczas Międzynarodowej Konferencji Naukowej „Międzynarodowa ochrona praw człowieka – współczesne problemy na świecie”.

szeroko opisywane przypadki poszczególnych uchodźców, ale również całokształt przekazu medialnego. Nagminne nadużywanie przez dziennikarzy terminologii wojskowej bądź meteorologicznej (np. inwazja uchodźców, zalewanie rynku pracy przez imigrantów) buduje w świadomości społecznej negatywny obraz tej grupy i stwarza poczucie zagrożenia. Nie trudno więc dostrzec, że różni się to z ideami przyświecającymi prawom człowieka.

2. Pojęcie uchodźcy

Pojęcie uchodźcy w języku potocznym nie budzi zbyt wielu wątpliwości. W końcu każdy z nas potrafi bardziej lub mniej precyzyjnie wytłumaczyć, kim taka osoba jest. Jednak prawo wymaga ostrych i jasno sformułowanych definicji. Właśnie dlatego w jednym z najważniejszych aktów prawnych dotyczących tej materii zawarto legalną definicję uchodźcy. Według konwencji dotyczącej statusu uchodźców, sporządzonej w Genewie dnia 28 lipca 1951 r. (dalej jako: konwencja genewska) jest to osoba, która „na skutek uzasadnionej obawy przed prześladowaniem z powodu swojej rasy, religii, narodowości, przynależności do określonej grupy społecznej lub z powodu przekonań politycznych przebywa poza granicami państwa, którego jest obywatelem, i nie może lub nie chce z powodu tych obaw korzystać z ochrony tego państwa, albo która nie ma żadnego obywatelstwa i znajdując się na skutek podobnych zdarzeń, poza państwem swojego dawnego stałego zamieszkania nie może lub nie chce z powodu tych obaw powrócić do tego państwa”². Jak można zauważyć, wprowadza ona trzy przesłanki, które należy spełnić, by można było mówić o uchodźcy. Są to: uzasadniona obawa przed prześladowaniem, przebywanie poza terytorium państwa, którego jest się obywatelem, oraz nieemożliwość korzystania z ochrony swojego kraju. Każda z tych przesłanek jest przedmiotem szerokiej analizy i rozważań w doktrynie, co jest konieczne ze względu na mnogość i różnorodność indywidualnych spraw w kwestii uchodźców.

Najtrudniejszy do zdefiniowania i określenia wydaje się fragment mówiący o „uzasadnionej obawie przed prześladowaniem”. Nie można w tym wypadku kierować się wyłącznie odczuciami wnioskodawcy, ale należy wziąć pod uwagę stan faktyczny, a także wykorzystać wszelkie dostępne źródła informacji na temat bieżącej sytuacji w danym państwie. Wydaje się, że należałoby odpowiednio zrównoważyć czynniki obiektywne i subiektywne³. Jednak jak zdefiniować samo „prześladowanie”? Choć zgodnie z wyliczeniem zawartym w konwencji genewskiej będzie to wyłącznie „zagrożenie życia lub wolności ze względu na rasę, religię, narodowość, przynależność do określonej grupy

² Konwencja dotycząca statusu uchodźców, sporządzona w Genewie dnia 28 lipca 1951 r., Dz. U. z 1991 r. Nr 119, poz. 515 i 517 art. 1 ust. A pkt 2.

³ A. Florczak *Uchodźcy w Polsce. Między humanitaryzmem a pragmatyzmem*, Toruń 2003, s. 18.

społecznej czy poglądy polityczne”⁴, to zarówno praktyka, jak i doktryna przyjmuje, że za prześladowanie należy uznać również naruszenia innych praw i wolności (np. prawa do prywatności)⁵.

Dużym wyzwaniem dla państwa przyjmującego jest rozróżnienie imigrantów ekonomicznych od uchodźców. Zwłaszcza w dzisiejszych czasach, w których podróżowanie stało się tak proste, wiele osób przemierza setki kilometrów tylko po to, by poprawić swoją sytuację bytową. Natomiast status uchodźcy uprawnia ich do pewnego rodzaju przywilejów i korzyści, jakie z niego płyną. Należy również pamiętać o sytuacjach, w których przyczyny ekonomiczne przeplatają się z faktycznym prześladowaniem. Dochodzi do tego zwłaszcza w państwach, które borykają się z licznymi problemami czy nawet konfliktami wewnętrznymi.

Obowiązek przebywania poza terytorium państwa, którego jest się obywatelem, jest konieczny do przyznania statusu uchodźcy. Nie ma żadnych dopuszczalnych wyjątków od tej zasady. W przypadku bezpaństwowców konieczne jest przebywanie poza terytorium kraju, w którym poprzednio stale zamieszkiwano. Dopuszczalna jest natomiast sytuacja, kiedy to wnioskodawca opuścił swój kraj wcześniej, nie ze względu na prześladowanie. Jednak w czasie pobytu zagranicą sytuacja w jego ojczyźnie zmieniła się na tyle, że po powrocie będzie on narażony na prześladowania⁶.

Konwencja genewska wymienia również wiele klauzul wyłączających oraz klauzul ustania, które uniemożliwiają otrzymanie statusu uchodźcy. Na mocy art. 1 ust. F konwencji genewskiej nie mogą się o niego starać osoby, które „dokonały zbrodni przeciwko pokojowi, zbrodni wojennej lub zbrodni przeciwko ludzkości, dokonały poważnej zbrodni o charakterze niepolitycznym poza państwem przyjmującym, są winne czynów sprzecznych z celami i zasadami Narodów Zjednoczonych”⁷. Jest to istotny przepis, który nie dopuszcza do chronienia przez wspólnotę międzynarodową osób, które w ocenie ONZ na to nie zasługują. Z pewnością wpływ na zamieszczenie takiego przepisu miały doświadczenia historyczne związane przede wszystkim z oprawcami z czasów drugiej wojny światowej⁸.

3. Polska regulacja prawna sytuacji uchodźców

Tymczasem szczegółowe określenie statusu prawnego uchodźcy pozostawiono już w gestii prawa wewnętrznego stron konwencji genewskiej.

⁴ Konwencja genewska, art. 1 ust. A, pkt 2.

⁵ A. Florczak *op. cit.*, s. 19.

⁶ *Ibidem*, s. 20.

⁷ Konwencja genewska art. 1 ust. F.

⁸ A. Florczak, *op. cit.*, s. 23.

Nie ulega wątpliwości, że problem uchodźców czy też ogólniej mówiąc, nielegalnej imigracji, jest znacznie mniejszy w Polsce niż chociażby w krajach Europy Zachodniej. Można więc spotkać się z poglądem, że pozwalało to przez wiele lat na marginalizowanie tego problemu. Polska zmuszona była do zmierzenia się z nim tuż po roku 1989, kiedy na skutek przemian ustrojowych stała się państwem „atrakcyjnym” dla potencjalnych uchodźców. Wtedy też okazało się, że brak jest właściwych regulacji prawnych, które pozwoliłyby na prawidłowe postępowanie w tych okolicznościach. Dopiero sytuacje kryzysowe doprowadziły do przyspieszenia prac w tym zakresie. Miały na to wpływ wydarzenia z 1990 r. Wtedy Szwecja zdecydowała o deportacji kilkuset nielegalnych imigrantów do Polski. Przybyli oni do Szwecji właśnie przez terytorium Polski, co stało się podstawą do wydania takiej decyzji. W skład prawie tysięcosobowej grupy wchodził głównie obywatele Etiopii, Somalii, Libanu oraz Palestyny. Po ich deportacji okazało się, że Polska w ogóle nie jest przygotowana na taką sytuację. Brak było nawet odpowiednich miejsc, gdzie można byłoby ich ulokować. Ostatecznie zdecydowano o umieszczeniu ich w ośrodkach wypoczynkowych w Świnoujściu. Dość szybko pojawił się także problem finansowania ich pobytu. Na początku koszty ponosiły władze miejskie, jednak pieniędzy szybko zaczęło ubywać. W pomoc włączył się Szwedzki Czerwony Krzyż oraz Wysoki Komisarz ONZ do Spraw Uchodźców. Finalnie wszystkie te wydarzenia doprowadziły do powołania pierwszej polskiej instytucji zajmującej się uchodźcami – Międzyresortowego Zespołu do Spraw Pomocy Uchodźcom z Zagranicy⁹, a następnie zmierzenia się z koniecznością przyjęcia właściwych aktów.

Podstawy dla krajowej regulacji omawianej kwestii wyznacza art. 37 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, który stanowi, że „Kto znajduje się pod władzą Rzeczypospolitej Polskiej, korzysta z wolności i praw zapewnionych w Konstytucji”¹⁰. Następny przepis dopuszcza wprowadzenie wyjątków od tej zasady w drodze ustawy w przypadku cudzoziemców. W pozostałych przepisach Konstytucja wprowadza podział na prawa i wolności przysługujące wszystkim osobom oraz obywatelom. W tej sytuacji „powstaje jednak pytanie, czy tam, gdzie dane konstytucyjne prawo lub wolność adresowane jest do wszystkich podmiotów prawnych, ustawodawca zwykły może wprowadzić ograniczenia w stosunku do cudzoziemców”¹¹.

W kwestii regulacji statusu uchodźców duże znaczenie miała ustawa o cudzoziemcach z 1997 r. Wtedy szczegółowo uregulowano procedurę nadania tego statusu oraz przyznano wiele zadań Radzie do Spraw Uchodźców.

⁹ *Ibidem*, s. 102–103.

¹⁰ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 art. 37 ust. 1.

¹¹ R. Wieruszewski, *Pozycja prawna cudzoziemca, azylanta i uchodźcy – założenia konstytucyjne i praktyka prawna*, [w:] L. Wiśniewski (red.), *Wolności i prawa jednostki oraz ich gwarancje w praktyce*, Warszawa 2006, s. 105.

Rok 2003 wiązał się z szerszą zmianą w ustawodawstwie krajowym. Zdecydowano wtedy o przyjęciu nowej ustawy o cudzoziemcach oraz wyodrębnienia z jej zakresu nowego aktu. To właśnie ustawa z 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu cudzoziemcom ochrony na terytorium RP będzie najistotniejsza przy omawianiu poniższej materii. Zawiera ona zasady i tryb postępowania w sprawach o nadanie statusu uchodźcy.

Postępowanie wszczynane jest na wniosek cudzoziemca, który może uwzględnić w nim także towarzyszące mu małoletnie dzieci¹². Składa się go do Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców, który następnie przeprowadza wiele czynności wymienionych w art. 29. Mają one na celu m.in. ustalenie tożsamości oraz uzupełnienie i zweryfikowanie danych zawartych w formularzu. Co ciekawe, w przypadku braku kilku podstawowych informacji następuje wyłączenie art. 64 Kodeksu postępowania administracyjnego, który przyznaje dodatkowy termin na uzupełnienie danych.

Ustawa zastrzega 6-miesięczny termin na wydanie decyzji w sprawie o nadanie statusu uchodźcy, licząc od dnia złożenia wniosku¹³. Jeżeli dopuszczono się uchybienia terminu z przyczyn niezależnych od wnioskodawcy, Szef Urzędu wydaje zaświadczenie, które uprawnia do podjęcia pracy na terytorium Polski¹⁴. Obowiązuje ono wyłącznie do czasu wydania ostatecznej decyzji w sprawie o nadanie statusu uchodźcy.

Opisywana procedura przewiduje również przesłuchanie wnioskodawcy w celu wyjaśnienia faktów istotnych dla sprawy¹⁵. Można jednak od niego odstąpić, jeżeli przemawia za tym stan zdrowia lub stan psychiczny cudzoziemca, jeżeli nie jest on w stanie w nim uczestniczyć lub gdy dane przez niego przedstawione nie wymagają dalszych wyjaśnień i są wystarczające do wydania decyzji¹⁶. Naturalnie akt wprowadza obowiązek zapewnienia bezpłatnej pomocy tłumacza w trakcie takiego przesłuchania¹⁷.

Przed wydaniem decyzji o nadanie statusu uchodźcy organ ma obowiązek zwrócenia się do Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego (lub do innych organów w razie takiej potrzeby) z prośbą o udzielenie niezbędnych informacji czy wnioskodawca nie dopuścił się zbrodni, przestępstw oraz czy nie stanowi zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa i społeczeństwa¹⁸.

¹² Ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. o udzielaniu ochrony cudzoziemcom, Dz. U. z 2012 r. poz. 680, art. 23 (dalej jako: ustawa o udzielaniu ochrony).

¹³ *Ibidem*, art. 35.

¹⁴ *Ibidem*, art. 36.

¹⁵ *Ibidem*, art. 43 ust. 1.

¹⁶ *Ibidem*, art. 43 ust. 2.

¹⁷ *Ibidem*, art. 43 ust. 4.

¹⁸ *Ibidem*, art. 45.

4. Polskie regulacje prawne w praktyce orzeczniczej

Na podstawie tych aktów wiadomo, jak powinna kształtować się sytuacja uchodźcy oraz jakie idee powinny przyświecać państwu, które chce udzielić pomocy cudzoziemcom. Wydawać by się mogło, że jest to na tyle oczywiste, że nie budzi żadnych zastrzeżeń, jednak praktyka pokazuje coś zgoła innego. Już kilkakrotnie przeróżne normy dotyczące problemu uchodźstwa wzbudzały wątpliwości.

Za jedną z najbardziej kontrowersyjnych uznaje się sprawę związaną z art. 19 nieobowiązującej już ustawy z 1995 roku o Naczelnym Sądzie Administracyjnym¹⁹, który był podstawą głośnego wyroku Trybunału Konstytucyjnego. Przepis ten zakładał wyłączenie właściwości sądu administracyjnego w sprawach dotyczących wydalenia cudzoziemca nielegalnie przebywającego na terytorium Polski. Skutkowało to tym, że cudzoziemiec nie posiadał możliwości zaskarżenia wydanej decyzji do sądu. Według NSA taka sytuacja była niezgodna z art. 45 ust. 1 Konstytucji gwarantującym prawo do sądu. Skierował więc pytanie prawne do Trybunału Konstytucyjnego (dalej też jako: Trybunał).

Trybunał zajął stanowisko w wyroku o sygnaturze P 12/99²⁰ i stwierdził, że takie ograniczenie jest dopuszczalne na podstawie art. 37 ust. 2, który zezwala na wprowadzenie wyjątków ws. korzystania z wolności i praw zapewnionych w Konstytucji. Wątpliwości wzbudza jednak fakt, iż rzeczony art. 45 zapewnia prawo do sądu wszystkim, więc nie można tu powiedzieć o prawach służących wyłącznie obywatelom (jak np. prawo dostępu do służby publicznej, prawo do informacji publicznej).

W kontekście tej sprawy należy przede wszystkim zastanowić się, czy prawo do sądu jest prawem przyrodzonym i niezbywalnym. Jan Białocerkiewicz twierdzi, że w przypadku odpowiedzi negatywnej trzeba rozważyć, czy ograniczenie tego prawa jest konieczne dla realizacji celów demokratycznego społeczeństwa oraz czy nie narusza samej istoty prawa do sądu²¹.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego prawo do sądu nie jest prawem fundamentalnym (którego źródłem jest godność człowieka), a jedynie formą zabezpieczenia praw człowieka. Tymczasem w ocenie J. Białocerkiewicza „Prawo do sądu [...] jest tak ważne i rudymentarne, że żadna ścieśniająca wykładnia zasady państwa prawnego nie byłaby zgodna ani z celem, ani z charakterem ustroju RP. Hipoteza tej normy nie pozostawia żadnych wątpliwości co do tego, że jest zasadą konstytucyjną, iż z praw i wolności, w tym z prawa do sądu, korzystają nie tylko obywatele polscy, ale też cudzoziemcy

¹⁹ Ustawa z dnia 11 maja 1995 r. o Naczelnym Sądzie Administracyjnym Dz.U. z 1995 r. Nr 74, poz. 368.

²⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 15 listopada 2000 r., P 12/99.

²¹ J. Białocerkiewicz, *Glosa do wyroku TK z dnia 15 listopada 2000 r. (sygn. akt P.12/99)*, „Przegląd Sejmowy” 2001, nr 4, s. 174.

(art. 37 ust. 1), zwłaszcza gdy chodzi o ochronę ich swobód osobistych”²². Z drugiej strony w cytowanej glosie zauważono, że celowo wprowadzono ograniczenie praw nielegalnych cudzoziemców, ponieważ stwierdzono, że osoba naruszająca prawo nie może korzystać z praw w takim samym stopniu, jak osoba szanująca prawo²³.

Niewątpliwie omawiane orzeczenie spotkało się ze sporą krytyką w środowisku naukowym oraz wywołało szerszą dyskusję. Stało się tak m.in. dlatego, że takie stanowisko Trybunału Konstytucyjnego „podważa [...] wyrażoną w konstytucji zasadę powszechności praw człowieka”²⁴.

5. Słuszne (?) deportacje cudzoziemców

Instytucja statusu uchodźcy oraz azylu powstała po to, by chronić osoby, które w swoim kraju narażone są na niebezpieczeństwo z różnych przyczyn (najczęściej poglądów, działalności czy wyznania). Właśnie dlatego status ten jest tak pożądanym wśród osób, którym już udało się trafić do bezpiecznego państwa. Jak się jednak okazuje, nie zawsze to, co oczywiste dla cudzoziemca, jest oczywiste dla polskich urzędników. Co jakiś czas można usłyszeć dramatyczne apele proszące o pomoc i zapobieganie deportacjom obcokrajowców. Należałoby więc zapytać, dlaczego tak się dzieje?

Za przykład może posłużyć nam sprawa młodego Wietnamczyka, który trafił do Polski w 2013 r. W swoim kraju zmuszany był do niewolniczej pracy w kopalniach złota kontrolowanych przez mafię, współpracującą ze Służbami Bezpieczeństwa. Pracujący w dramatycznych warunkach Wietnamczycy doprowadzili do buntu, podczas którego wysadzono magazyn z dynamitem. Większość osób zbiegła, podobnie jak Truong, jednak ostatecznie schwytano go i trafił w ręce służb. Po przesłuchaniach i torturach oskarżono go o organizację buntu, jednak jak później twierdził, nie była to prawda. Po ponownej ucieczce udało mu się dostać do Rosji, a następnie przez Białoruś do Polski²⁵.

Zgodnie z przepisami Wietnamczyk złożył właściwy wniosek do urzędu, a w nim zawarł wszelkie informacje na temat swojej sytuacji, przeszłości oraz wydarzeń z kraju. Jednak jak się później okazało, było to bezcelowe, ponieważ z punktu widzenia naszego kraju Wietnam jest praworządnym krajem. Tym samym wszelkie problemy z pracą niewolniczą, mafią czy innymi przestępstwami powinien rozwiązywać przed lokalnymi organami państwowymi. W ogóle nie wzięto pod uwagę tego, iż są one silnie

²² *Ibidem*, s. 175.

²³ *Ibidem*, s. 176.

²⁴ R. Wieruszewski, *op. cit.*, s. 105.

²⁵ J. Medek, *Polska deportuje Wietnamczyka na niemalże pewną śmierć*, http://bialystok.gazeta.pl/bialystok/1,35235,16066840,Polska_deportuje_Wietnamczyka_na_niemalze_pewna_smierc.html (dostęp: 8.12.2014).

związane z nielegalnymi organizacjami, pomimo że wszystkie te informacje zawarto we wniosku²⁶.

Ze sprawą Wietnamczyka wiąże się również wiele uchybień proceduralnych, które wskazują, że polskie organy nie stosują się do przepisów prawa. Cudzoziemca wydano przed upływem terminu, jaki przysługiwał mu na złożenie skargi do sądu administracyjnego²⁷. Co więcej, w czasie jego pobytu w ośrodku dla uchodźców władze polskie pozwoliły na przesłuchanie go przez wietnamskie służby bezpieczeństwa. Jest to ewidentne pogwałcenie przepisów krajowych²⁸.

Jak się okazuje, sprawa Truonga nie jest niestety jedyna. Helsińska Fundacja Praw Człowieka w maju 2014 r. skierowała do Komendanta Głównego Straży Granicznej prośbę o wyjaśnienie sytuacji, do jakich doszło w Strzeżonym Ośrodku dla Cudzoziemców w Białymstoku. To właśnie tam przedstawiciele władz Socjalistycznej Republiki Wietnamu mieli przesłuchiwać kilku swoich obywateli, którzy wszczęli procedurę o nadanie statusu uchodźcy²⁹.

Zastępca Komendanta Głównego Straży Granicznej w swojej odpowiedzi stwierdził, że wspomniane wcześniej przesłuchania odbyły się na podstawie umowy międzynarodowej zawartej pomiędzy tymi dwoma krajami³⁰ i miały na celu wyłącznie ustalenie tożsamości osób, które deklarują obywatelstwo wietnamskie. Twierdzi on, że jest to jedyna skuteczna metoda weryfikacji tożsamości i nie prowadzi w żaden sposób do ujawnienia przedstawicielom Wietnamu czy jakiegokolwiek postępowanie o udzielenie ochrony w Polsce zostało wszczęte³¹.

Fakt powoływania się przez zastępcę Komendanta Głównego Straży Granicznej na umowę międzynarodową budzi pewne wątpliwości, gdyż zgodnie z jej treścią „Przekazywanie i przyjmowanie musi odbywać się zgodnie z prawem Państw obu Umawiających się oraz prawem międzynarodowym”³². Tymczasem praktyki takie w stosunku do wnioskujących o nadanie statusu uchodźcy są sprzeczne z prawem polskim.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Ustawa o cudzoziemcach z 2013 roku przewiduje wstrzymanie wykonania decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu w przypadku złożenia skargi do wojewódzkiego sądu administracyjnego. Ustawa z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach, Dz. U. z 2013 r., poz. 1650, art. 331 ust. 1.

²⁸ Ustawa o udzielaniu pomocy art. 9.

²⁹ Pismo Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka do Komendanta Głównego Straży Granicznej z dnia 6 maja 2014 r., http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2014/05/HFPC_KSG_06052014.pdf (dostęp: 8.12.2014).

³⁰ Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Socjalistycznej Republiki Wietnamu o przekazywaniu i przyjmowaniu obywateli obu Państw, podpisana w Hanoi dnia 22 kwietnia 2004 r., Dz. U. z 2005 r. Nr 156, poz. 1306 (dalej jako: umowa pomiędzy Polską a Wietnamem).

³¹ Pismo Zastępcy Komendanta Głównego Straży Granicznej do Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka z dnia 29 maja 2014 r., <http://programy.hfhr.pl/uchodzycy/files/2014/06/odp-sg-na-pismo-w-sprawie-Wiet-2.pdf> (dostęp: 8.12.2014).

³² Umowa pomiędzy Polską a Wietnamem art. 2 ust. 1.

Choć uchwalanej ustawie przyświecały słuszne idee i założenia, to nie wzięto pod uwagę, jak bieżące relacje pomiędzy dwoma krajami mogą wpłynąć na sytuację jednostki. W obliczu tego, że Polska utrzymuje stosunki z Wietnamem i uznaje go za praworządny kraj, nie dostrzega się wewnętrznych problemów, układów i niebezpieczeństw. Tymczasem według Roczno Raportu Amnesty International z 2013 r. w Wietnamie dochodzi do licznych naruszeń praw człowieka, w tym m.in. do łamania wolności słowa³³. Czy w związku z tym powinniśmy nadal traktować Wietnam jako kraj, w którym szanuje się podstawowe prawa jednostki? A przede wszystkim, czy powinniśmy deportować tam osoby, które czują się prześladowane?

6. Detencja i strzeżone ośrodki dla cudzoziemców w Polsce

Ostatnim zagadnieniem, jakie chciałabym poruszyć w kontekście sytuacji uchodźców, to tzw. detencja. Jest to jeden ze środków administracyjnych, jaki może zostać zastosowany względem osób ubiegających się o status uchodźcy, polegający na umieszczeniu w ośrodku strzeżonym dla cudzoziemców. Czasami mylnie uznawany jest za karne pozbawienie wolności³⁴.

Zgodnie z polskim prawem cudzoziemca umieszcza się w ośrodku m.in. wtedy, gdy istnieje konieczność ustalenia jego tożsamości, jest to konieczne ze względu na ochronę bezpieczeństwa, zdrowia, życia i własności innych osób oraz wymaga tego troska o bezpieczeństwo państwa³⁵. Istnieje również możliwość zatrzymania w sytuacji, gdy wnioskodawca nielegalnie przekroczył granicę państwa (chyba że przedostali się bezpośrednio z terenu, na którym groziło mu niebezpieczeństwo). Jednak w tej sytuacji decyzja należy każdorazowo do Szefa Urzędu do Spraw Cudzoziemców³⁶.

O umieszczeniu cudzoziemca w ośrodku decyduje właściwy sąd rejonowy w formie postanowienia, z czego wynika również możliwość wniesienia zażalenia na to rozstrzygnięcie³⁷. Zgodnie z prawem sąd swoim postanowieniem może umieścić cudzoziemca w ośrodku na okres od 30 do 60 dni³⁸. Ze względu na indywidualny charakter każdej ze spraw możliwe jest wydłużenie detencji. Łącznie pobyt w strzeżonym ośrodku dla cudzoziemców nie może trwać dłużej niż 6 miesięcy³⁹.

³³ Raport Roczny Amnesty International 2013. Sytuacja Praw Człowieka Na Świecie, http://amnesty.org.pl/uploads/media/AIR13_Raport_roczny_pl_01.pdf (dostęp: 8.12.2014).

³⁴ zob. więcej N. Chmelickova (red.), *Badanie alternatywnych wobec detencji środków zapobiegawczych w przypadku osób ubiegających się o nadanie statusu uchodźcy w państwach członkowskich Unii Europejskiej*, <http://www.hfhrpol.waw.pl/pliki/alternatives.pdf> (dostęp: 8.12.2014).

³⁵ Ustawa o udzielaniu ochrony, art. 87 ust. 1.

³⁶ *Ibidem*, art. 87 ust. 2.

³⁷ *Ibidem*, art. 88b.

³⁸ *Ibidem*, art. 89 ust. 1.

³⁹ *Ibidem*, art. 89 ust. 2 i n.

Obecnie w Polsce funkcjonuje sześć strzeżonych ośrodków dla cudzoziemców. W czterech z nich w 2012 roku odbył się protest. Cudzoziemcy skarżyli się na warunki tam panujące, relacje z funkcjonariuszami oraz reżim więzienny. Skutkiem tych wydarzeń był raport Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka opublikowany po przeprowadzonym monitoringu. Ujawnia on liczne nieprawidłowości, jakie tam występują⁴⁰.

Podstawowym problemem, z jakim mieli zmierzyć się przedstawiciele fundacji, było zachowanie strażników, przypominające to z zakładów karnych. Cudzoziemcy sygnalizowali wojskową organizację życia codziennego, ściśle wyznaczanie godzin korzystania z pryszniców, ograniczanie czasu spędzanego na wolnym powietrzu, utrudniony dostęp do rzeczy osobistych oraz formę przeprowadzania kontroli osobistych⁴¹. Obserwacje potwierdziły panujący w ośrodkach reżim, który może przypominać więzienny. Wygląd zewnętrzny niektórych ośrodków może dodatkowo potęgować to wrażenie⁴². Według Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka może on sprzyjać „występowaniu u funkcjonariuszy Straży Granicznej zachowań uznawanych za naruszające godność cudzoziemców (np. zwracanie się do cudzoziemców po numerach, straszenie deportacją)”⁴³.

Jednym z największych problemów ośrodków jest brak osób posługujących się niezbędnymi językami obcymi oraz niedostateczna ilość materiałów w tych językach (np. regulaminów ośrodków, broszur informacyjnych)⁴⁴. Funkcjonariusze Straży Granicznej zwykle są w stanie porozumieć się w języku angielskim i rosyjskim. Patrząc na statystyki cudzoziemców poddanych detencji, łatwo zauważyć, że dla ponad 35% z nich żaden z tych języków nie jest językiem ojczystym lub chociaż pokrewnym z nim⁴⁵. Taki stan faktyczny może stawiać pod znakiem zapytania postulowana przez konwencję genewską równość uchodźców⁴⁶.

Należy jasno podkreślić, że detencja stosowania jest względem osób, które uchybiły przepisom administracyjnym, a nie karnym. Nie są to więc skazani przestępcy, lecz najczęściej osoby, które uciekły ze swojego kraju w obawie o życie i zdrowie. Faktem, który przemawia za tym, że cudzoziemcy przebywający w ośrodkach w żadnym stopniu nie powinny być traktowane jak przestępcy, jest to, że znaczna większość z nich (66%) złożyła wniosek o nadanie statusu uchodźcy przed lub po umieszczeniu w ośrodku⁴⁷.

⁴⁰ W. Klaus, K. Rusiłowicz (red.), *Migracja to nie zbrodnia. Raport z monitoringu strzeżonych ośrodków dla cudzoziemców*, Warszawa 2012, s. 5.

⁴¹ *Ibidem*, s. 13, 14, 16, 21, 32, 33.

⁴² Ośrodek w Krośnie Odrzańskim poprzednio pełnił funkcję aresztu.

⁴³ W. Klaus, K. Rusiłowicz (red.) *op. cit.*, s. 39.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 43.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 9.

⁴⁶ Konwencja genewska, art. 3.

⁴⁷ W. Klaus, K. Rusiłowicz (red.), *op. cit.*, s. 8.

W związku z tym należy przypuszczać, że są to osoby migrujące z powodu obawy o swoje życie bądź zdrowie.

Zbyt długie przetrzymywanie w ośrodku, detencja dzieci, niedostateczny dostęp do informacji czy problemy z komunikacją wzbudzają wiele wątpliwości zarówno wśród samych cudzoziemców, jak i osób zajmujących się ich prawami. Wydaje się, że bieżący stan faktyczny przynosi znacznie więcej negatywnych niż pozytywnych skutków.

7. Zakończenie

Jak można dostrzec, sytuacja uchodźców w wielu przypadkach nadal odbiega od tego, jak powinna wyglądać w XXI w. Zdecydowanie zbyt często zapomina się o poszanowaniu praw człowieka w stosunku do tych osób, które najczęściej już wcześniej zostały ciężko doświadczone przez los. Wątro więc zastanowić się, czy w demokratycznym państwie prawa, w którym dbamy o wolność sumienia, słowa czy wyznania, tuż za rogiem komuś nie dzieje się krzywda tylko dlatego, że nie posiada on obywatelstwa naszego państwa i istnieje prawdopodobieństwo, że dostał się na jego terytorium nielegalnie. W tym kontekście wątpliwa wydaje się słuszność sztywnego podziału na prawa należne wyłącznie obywatelom oraz cudzoziemcom. Bo choć można założyć, że część z nich zawsze wiązać się będzie z obywatelstwem (np. prawa wyborcze), to odnośnie do reszty można mieć pewne wątpliwości, z czego wynika owo rozróżnienie podmiotów.

Wolność sumienia i wyznania a nauczanie religii w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

1. Między modelem zintegrowanego a równoległego nauczania religii – uwagi wstępne

W państwach, które zdecydowały się na wprowadzenie do szkół przedmiotu odnoszącego się w swojej treści do problematyki wyznaniowej, wykształciły się dwa podstawowe modele nauczania w tym zakresie: zintegrowany oraz równoległy. Pierwszy z nich zakłada istnienie jednego przedmiotu, zasadniczo o charakterze obowiązkowym, którego program uwzględnia przekazywanie informacji na temat różnych religii. Drugi z kolei przewiduje prowadzenie odrębnych lekcji religii dla poszczególnych wyznań. Zgodnie z jego założeniami, programy nauczania kształtowane są przez związki wyznaniowe (niejednokrotnie przy udziale państwa), a uczniom, którzy nie biorą udziału w lekcjach religii, zwykle umożliwia się uczestniczenie w zajęciach z etyki¹. W literaturze spotyka się także inny podział odnoszący się nie, jak przedstawiony powyżej, do treści przekazywanych uczniom w procesie edukacji, ale do sposobu wyrażania woli uczestniczenia w zajęciach. Na tej podstawie wyróżnia się system obligatoryjnego oraz fakultatywnego nauczania religii². Pierwszy z nich zakłada udział w zajęciach wszystkich uczniów z wyjątkiem tych, których rodzice (lub oni sami) złożyli negatywne oświadczenie woli. W drugim natomiast uczestnictwo ucznia w lekcjach religii uzależnione zostało

¹ Zob.: L. Garlicki, *Religia a szkoła publiczna (na tle aktualnego orzecznictwa strasburskiego)*, [w:] P. Borecki, A. Czohara, T. J. Zieliński (red.), *Pro bono Reipublicae. Księga Jubileuszowa Profesora Michała Pietrzaka*, Warszawa 2009, s. 246–249; L. Garlicki, *Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności. Komentarz do artykułów 19–59 oraz do Protokołów dodatkowych*, T. II, Warszawa 2011, s. 561–566; M. Hucal, *Wolność sumienia i wyznania w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Warszawa 2012, s. 41–42.

² Podziałem tym posługują się w swoich pracach zwłaszcza autorzy specjalizujący się w prawie wyznaniowym. Zob. np.: K. Warchałowski, *Nauczanie religii i szkolnictwo katolickie w konkordatach współczesnych*, Lublin 1998, s. 39, 91; J. Krukowski, *Religia w edukacji publicznej w państwach Unii Europejskiej*, [w:] J. Krukowski, P. Sobczyk, M. Poniatowski (red.), *Religia i etyka w edukacji publicznej*, Warszawa 2014, s. 33–41. Przykładami państw, które przyjęły model obligatoryjnego nauczania religii, są m.in.: Dania, Norwegia, Finlandia, Austria. Model fakultatywnego nauczania religii występuje np. we Włoszech czy Hiszpanii. Po rozpadzie bloku wschodniego przyjęła go większość państw Europy Środkowo-Wschodniej, m.in. Polska, Czechy, Słowacja, Węgry.

od złożenia oświadczenia pozytywnego³. Celem niniejszego opracowania jest zwrócenie uwagi na najistotniejsze tezy, jakie pojawiły się w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej też ETPCz) w odniesieniu do problematyki nauczania religii w szkolnictwie publicznym. Po pewnych uwagach interpretacyjnych dotyczących art. 2 Protokołu nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności rozważania skoncentrowane zostaną na orzeczeniach dotyczących modelu zintegrowanego nauczania religii. Następnie bardziej szczegółowo zostanie omówiony funkcjonujący w Polsce model nauczania równoległego. W części tej, w kontekście poruszanych przez Trybunał zagadnień, analizie poddane zostaną obowiązujące w Polsce regulacje prawne.

2. Artykuł 2 Protokołu nr 1 do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności – kwestie interpretacyjne

W wielu orzeczeniach odnoszących się do naruszeń praw człowieka w związku z funkcjonowaniem systemu edukacji Europejski Trybunał Praw Człowieka, wskazując podstawę prawną wyroku – oprócz art. 9 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności⁴ – powoływał się na art. 2 Protokołu nr 1 do wspomnianej Konwencji. Stwierdza on: „Nikt nie może być pozbawiony prawa do nauki. Wykonując swoje funkcje w dziedzinie nauczania i wychowania, państwo uznaje prawo rodziców do zapewnienia tego wychowania i nauczania zgodnie z ich własnymi przekonaniami religijnymi i filozoficznymi”. Przytoczony artykuł stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 9 Konwencji⁵, zgodnie z którym wolność myśli, sumienia i wyznania obejmuje m. in. wolność nauczania⁶. Znaczenie prawa rodziców do wychowania i nauczania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami zostało wielokrotnie podkreślone przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. W orzeczeniu *Kjeldsen, Busk, Madsen i Pedersen przeciwko Danii* stwierdził on, iż „przy wykonywaniu naturalnych obowiązków wobec dzieci, rodzice – będąc w pierwszej kolejności odpowiedzialni za ich wychowanie i nauczanie – mogą

³ W niniejszym opracowaniu stosowany będzie pierwszy ze wskazanych podziałów. Wprawdzie oba należy uznać za w pełni właściwe, jednak kryterium, na którym opiera się pierwszy z nich, wydaje się być bardziej zasadne w kontekście analizowanych orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

⁴ Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

⁵ Zob. K. Warchałowski, *Prawo do wolności myśli, sumienia i religii w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych wolności*, Lublin 2004, s. 187.

⁶ Art. 9 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności stanowi: „Każdy ma 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”.

domagać się od państwa poszanowania swoich poglądów religijnych i filozoficznych”⁷. Trybunał zaznaczył również, iż prawem rodziców jest „doradzanie swoim dzieciom oraz wykonywanie wobec nich naturalnej rodzicielskiej funkcji wychowawców, aby prowadzić je ścieżką zgodną z własnymi przekonaniami religijnymi i filozoficznymi”⁸. Podkreślając znaczenie wspomnianego prawa rodziców, nie można jednak zapominać, że zgodnie z brzmieniem art. 9 Konwencji wolność sumienia i wyznania przysługuje każdemu, a zatem również osobom niepełnoletnim. Należy również mieć na uwadze, iż zdania drugiego art. 2 nie można interpretować w oderwaniu od zdania pierwszego, dotyczącego prawa do nauki⁹. Określone w art. 2 zd. 2 Protokołu prawo rodziców do wychowania i nauczania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami nie ma charakteru absolutnego, a prawa przysługujące dziecku w oparciu o art. 9 Konwencji oraz art. 2 zd. 1 Protokołu wyznaczają granicę jego wykonywania¹⁰. Użyte w art. 2 Protokołu sformułowanie przekonania religijne¹¹ i filozoficzne powoduje pewne trudności interpretacyjne, co znalazło swój wyraz w orzecznictwie Trybunału. Wątpliwości dotyczą zwłaszcza określenia przekonania filozoficzne. Leszek Garlicki, nawiązując do orzeczenia w sprawie *Cambell i Cosans przeciwko Wielkiej Brytanii*, stwierdził, iż w aspekcie formalnym powinien je charakteryzować „pewien stopień powagi, spójności i siły przekonywania”. W aspekcie materialnym natomiast powinny być to przekonania „zasługujące na szacunek w społeczeństwie demokratycznym [...], które nie stoją w sprzeczności z godnością człowieka i z fundamentalnym prawem dziecka do nauki”¹². Wyrok w sprawie *Cambell i Cosans przeciwko Wielkiej Brytanii* jest również istotny ze względu na dokonaną przez

⁷ Wyrok ETPCz z dnia 7 grudnia 1976 r. w sprawie *Kjeldsen, Busk, Madsen i Pedersen przeciwko Danii* (nr 5095/71; 5920/72; 5926/72), § 52. Warto w tym miejscu odwołać się do poglądu Józefa Krukowskiego, w oparciu o który należałoby stwierdzić, iż obowiązek zapewnienia dziecku prawa do nauki spoczywa na rodzicach i państwie. Rodzice zaś, realizując swój obowiązek, mogą oczekiwać od państwa, że będzie ono respektowało ich prawo do wychowania dziecka zgodnie z własnymi przekonaniami. Zob. J. Krukowski, *Podmiotowość rodziców w zakresie religijnego i moralnego wychowania dzieci w ramach edukacji szkolnej*, „Roczniki Nauk Prawnych” 1994, T. IV, s. 134.

⁸ Wyrok ETPCz w sprawie *Kjeldsen, Busk, Madsen i Pedersen przeciwko Danii*, § 54.

⁹ Trybunał w wyroku w sprawie *Cambell i Cosans przeciwko Wielkiej Brytanii* stwierdził, że na sposób interpretacji całego artykułu istotny wpływ ma jego zdanie pierwsze, w którym wyrażone zostało prawo do nauki. Dlatego też prawo rodziców do wychowania dzieci w oparciu o swoje przekonania nie może być z nim sprzeczne. Zob. wyrok ETPCz z dnia 25 lutego 1982 r. w sprawie *Cambell i Cosans przeciwko Wielkiej Brytanii* (nr 7511/76; 7743/76), § 36.

¹⁰ Krzysztof Warchałowski, odnosząc się do art. 2, stwierdził, iż: „państwo jest zobligowane zarówno do poszanowania praw rodziców w dziedzinie edukacji, jak i do ochrony interesów dziecka [...]. Dziecko zatem ma prawo do wolności myśli, sumienia i religii, przy czym rodzicom przysługuje prawo ukierunkowania dziecka i pieczy nad korzystaniem przez nie z przysługującej mu wolności” (K. Warchałowski, *Prawo do wolności...*, s. 195).

¹¹ W przypadku przekonań religijnych dowodowo istotne jest, aby dana osoba była wyznawcą „znanej religii”. Zob. L. Garlicki, *Konwencja o ochronie...*, s. 558.

¹² Zob. L. Garlicki, *Konwencja o ochronie...*, s. 558. Por. wyrok ETPCz w sprawie *Cambell i Cosans przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 36.

Trybunał wykładnię pojęć: wychowanie i nauczanie. Pierwsze z nich oznacza „proces, w ramach którego w każdym społeczeństwie dorośli starają się przekazać młodym swoje wierzenia, kulturę i inne wartości”. Drugie natomiast wiąże się z przekazywaniem wiedzy i dbaniem o rozwój intelektualny dziecka. Trybunał, odnosząc się do przedmiotu sprawy, jakim było stosowanie w szkołach kar cielesnych, stwierdził, że tego typu działania stają się częścią procesu edukacji nastawionego na osiągnięcie celu wiążącego się z kształtowaniem charakteru uczniów i ich sposobu myślenia. Dlatego też wymóg respektowania przekonań rodziców nie może dotyczyć wyłącznie treści programów, ale wszystkich elementów procesu wychowawczego¹³. W wyroku w sprawie *Cambell i Cosans przeciwko Wielkiej Brytanii* podkreślone zostało również istnienie pewnego pozytywnego zobowiązania po stronie państwa, które zgodnie z angielskim brzmieniem art. 2 Protokołu szanuje (*respect*), a nie tylko uznaje (*acknowledge*) czy bierze pod uwagę (*take into account*) przekonania rodziców¹⁴. Obowiązku tego nie może ono wypełnić wyłącznie poprzez zagwarantowanie możliwości szerokiego dostępu do edukacji prywatnej, co pomagałoby rodzicom wychować dzieci zgodnie z własnym światopoglądem. Jak bowiem stwierdził Trybunał w wyroku w sprawie *Folgerø przeciwko Norwegii*, „istnienie takiej możliwości nie zwalnia państwa z obowiązku zachowania pluralizmu w szkołach publicznych, które są otwarte dla wszystkich”¹⁵.

3. Model zintegrowanego nauczania religii

Podstawowym problemem, jaki pojawia się w kontekście funkcjonowania modelu zintegrowanego nauczania religii, wydaje się być kwestia naruszeń Konwencji w związku z charakterem prezentowanych w czasie zajęć lekcyjnych treści i sposobem ich przedstawiania. Do prowadzonego przez daną szkołę przedmiotu obowiązkowego, dotyczącego zagadnień związanych z problematyką religioznawczą, należy niewątpliwie odnieść tezy, które pojawiły się w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, odnośnie do informacji przekazywanych uczniom na przedmiotach obowiązkowych w szkole publicznej, niekoniecznie związanych bezpośrednio z religią. W tym kontekście warto ponownie zwrócić uwagę na wyrok w sprawie *Kjeldsen, Busk, Masen i Pedersen przeciwko Danii*. Dotyczyła ona wprowadzenia do programu nauczania w duńskich szkołach publicznych wychowania seksualnego, przeciwko czemu protestowali rodzice, twierdząc, że jest to niezgodne z ich chrześcijańskim światopoglądem. W orzeczeniu tym Trybunał stwierdził: „drugie zdanie art. 2 Protokołu Dodatkowego nie zabrania państwu przekazywania w procesie edukacyjnym informacji lub wiedzy

¹³ *Ibidem*, § 33. Zob. K. Warchałowski, *Prawo do wolności...*, s. 206.

¹⁴ Wyrok ETPCz w sprawie *Cambell i Cosans przeciwko Wielkiej Brytanii*, § 37.

¹⁵ Wyrok ETPCz z dnia 29 czerwca 2007 r. w sprawie *Folgerø przeciwko Norwegii*, (nr 15472/02), § 101.

o charakterze bezpośrednio lub pośrednio religijnym bądź filozoficznym. Nie zezwala ono rodzicom sprzeciwiać się wprowadzeniu takiego nauczania do programów szkolnych. W przeciwnym wypadku mogłoby to uniemożliwić realizację idei nauczania zorganizowanego. Wydaje się, iż bardzo trudno byłoby uniknąć, aby niektóre przedmioty szkolne nie miały, w większym lub mniejszym stopniu pewnych zabarwień bądź implikacji filozoficznych. To samo dotyczy religii, zwłaszcza jeśli tworzą one szerokie systemy dogmatyczne i moralne, które mogą udzielić odpowiedzi na wszystkie kwestie natury filozoficznej, kosmologicznej czy moralnej”¹⁶. Takie stanowisko wynika zapewne z faktu, iż prawo dziecka do edukacji ma charakter nadrzędny względem prawa rodziców określonego w art. 2 zd. 2 Protokołu nr 1¹⁷ i – jak już zostało powiedziane – stanowi granicę jego wykonywania. Samo więc przekazywanie wiedzy na temat religii łączy się z prawem dziecka do edukacji i nie może być podstawą skargi do Trybunału o naruszenie praw przysługujących uczniowi bądź jego rodzicom. Uwidocznione zostało to w decyzji w sprawie *Lena i Anna-Nina Angeleni przeciwko Szwecji*. Ustosunkowano się w niej do skargi wniesionej przez matkę i córkę, deklarujących światopogląd ateistyczny, które twierdziły, że uczestniczenie w zajęciach religioznawczych, organizowanych w szkole publicznej, wiązało się z przyjmowaniem chrześcijańskiego sposobu myślenia. Europejska Komisja Praw Człowieka oddaliła skargę, uznała bowiem, że przedmiot ten był nauczaniem o religii, a nie nauczaniem religii. Nawet jeśli na danych zajęciach o charakterze religioznawczym uczy się o chrześcijaństwie, nie oznacza to stosowania indoktrynacji¹⁸. Podobne skargi pojawiły się również w kontekście nauczania etyki. W sprawie *Appel-Irrgang przeciwko Niemcom* uczeń oraz jego rodzice skarżyli państwo w związku z faktem wprowadzenia do szkół obowiązkowej etyki (z której prawo nie przewidywało możliwości zwolnienia), co miało stać w sprzeczności z ich protestanckimi poglądami. Trybunał, poddając ocenie program nauczania przedmiotu, stwierdził, że jego celem nie było promowanie bądź zwalczanie określonych przekonań, zaś prezentowane treści zawierały również elementy etyki chrześcijańskiej. Odnosząc się do zarzutu, iż w czasie zajęć przedstawiane były treści krytyczne i sprzeczne z wyznawaną przez skarżących religią, zaznaczył, że z Konwencji nie wynika prawo do tego, aby nie być narażonym na styczność z poglądami niezgodnymi z własnymi. Zaznaczył również, iż w analizowanym przypadku program przedmiotu uwzględniał kulturowe, etniczne i religijne odrębności, a przekazywane treści prezentowane były obiektywnie

¹⁶ Wyrok ETPCz w sprawie *Kjeldsen, Busk, Madsen i Pedersen przeciwko Danii*, § 53.

¹⁷ J. Murdoch, *Ochrona prawa do wolności myśli, sumienia i wyznania w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Strasburg 2012, s. 68–69, 71.

¹⁸ Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 3 grudnia 1986 r. o dopuszczalności skargi w sprawie *Angeleni przeciwko Szwecji* (nr 10491/83). Zob. K. Warchałowski, *Prawo do wolności...*, s. 208.

i krytycznie, z uwzględnieniem zasady pluralizmu¹⁹. Ze względu na ocenę zgodności przekazywanych uczniom treści oraz sposobu ich przedstawiania z normami konwencyjnymi kluczowe znaczenie miało cytowane już orzeczenie w sprawie *Kjeldsen, Busk Masen i Pedersen przeciwko Danii*. Stwierdzono w nim, iż państwo powinno nadzorować, „by informacje lub wiedza zawarte w programach nauczania były upowszechniane w sposób obiektywny, krytyczny i pluralistyczny”. Wyznaczono tym samym granicę, której przekroczenie wiązałoby się ze stosowaniem niedopuszczalnej indoktrynacji, oznaczającej wg Trybunału „brak poszanowania dla przekonań religijnych i filozoficznych rodziców”²⁰. O ile przekroczenia tej granicy Trybunał nie dopatrzył się m. in. w odrzuconej w konsekwencji skardze w sprawie *Appel-Irrgang przeciwko Niemcom*, o tyle wskazał na nie w sprawie *Folgerø przeciwko Norwegii* oraz *Hasan i Eylem Zengin przeciwko Turcji*.

Ustawą z 1969 r. do norweskich szkół wprowadzony został przedmiot, którego celem było przekazywanie podstawowej wiedzy na temat Biblii, historii Kościoła oraz luteranizmu. Miał on funkcjonować pod nadzorem państwowym, niezależnie od działań podejmowanych przez Kościół narodowy²¹. W art. 1 wspomnianej ustawy zamieszczona została tzw. klauzula chrześcijańska, zgodnie z którą szkolnictwo podstawowe powinno zapewnić uczniom m. in.: edukację chrześcijańską, wspomagać rozwój umiejętności fizycznych i duchowych oraz zaopatrzyć w wiedzę ogólną, dzięki czemu dziecko miałoby mieć możliwość stania się osobą niezależną w domu i społeczeństwie²². Podobna klauzula została zawarta również w ustawie o edukacji z 1998 r., w której wskazano, jakie treści powinien zawierać wspomniany przedmiot, nazwany „edukacją chrześcijańską, religijną i filozoficzną”. Wymieniono w niej: przekazywanie wiedzy o Biblii, dziedzictwie kulturowym Kościoła luteranckiego oraz innych kościołach chrześcijańskich, a także informacji na temat innych religii i systemów filozoficznych, jak również uczenie szacunku dla wartości chrześcijańskich i humanistycznych oraz dialogu między ludźmi o różnych przekonaniach. W ustawie zwrócono uwagę, iż przedmiot ten nie może być nauczany w sposób kaznodziejski. Zagwarantowano jednocześnie możliwość zwolnienia uczniów, na prośbę rodziców, z uczestniczenia w zajęciach, które wiązałyby się z braniem udziału w czynnościach o charakterze religijnym (np. śpiewaniem hymnów,

¹⁹ Zob. Decyzja Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 6 października 2009 r. o dopuszczalności skargi w sprawie *Appel-Irrgang przeciwko Niemcom* (nr 45216/07). Por. J. Falski, *Prawo do nauki a prawo rodziców do zapewnienia wychowania i nauczania zgodnie z ich przekonaniami w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Studia z Prawa Wyznaniowego” 2014, t. 17, s. 162–163.

²⁰ Wyrok ETPCz w sprawie *Kjeldsen, Busk, Madsen i Pedersen przeciwko Danii*, § 53.

²¹ Na temat prawa wyznaniowego w Norwegii, Kościoła norweskiego oraz sytuacji mniejszościowych związków wyznaniowych zob. P. Florjanowicz-Błachut, *Systemy relacji państwo–kościół w krajach skandynawskich*, [w:] P. Borecki, A. Czohara, T. J. Zieliński (red.), *op. cit.* 216–221.

²² Wyrok ETPCz w sprawie *Folgerø przeciwko Norwegii*, § 12.

nauką Dekalogu, udziałem w nabożeństwach)²³. Skarżący w sprawie protestowali przeciwko brakowi możliwości całkowitego zwolnienia dziecka z zajęć, jak również nie akceptowali konieczności uzasadniania wniosku o zwolnienie, gdyż ich zdaniem wiązało się to z ujawnianiem swoich przekonań. Zwrócili ponadto uwagę, iż zgodnie z programem przedmiotu większość treści dotyczyła chrześcijaństwa, co według skarżących miało być sprzeczne z zakazem dyskryminacji²⁴. Trybunał uznał, że intencje legislacyjne Norwegii były zgodne z zasadami pluralizmu i obiektywizmu oraz że poświęcenie większej części materiału jednej religii wcale nie oznacza braku obiektywizmu i stosowania indoktrynacji. Należy brać bowiem pod uwagę historię i tradycję danego państwa, z których może wynikać szczególna pozycja konkretnego wyznania²⁵. Trybunał dokonał rozróżnienia ilościowego i jakościowego wymiaru proporcji w odniesieniu do przekazywanych uczniom informacji²⁶. O ile więc w omawianym przypadku ilościowy rozkład materiału uznano za zasadny, o tyle naruszenia równowagi dopatrzone się w samej klauzuli chrześcijańskiej oraz w pewnym, jak to zostało określone, promowaniu tej religii²⁷. Niewłaściwa, zdaniem Trybunału, była również procedura uzyskiwania zwolnienia z części wspomnianego przedmiotu. Zaznaczono, iż mogła się ona wiązać z utrudnieniami zarówno po stronie rodziców, jak i nauczycieli, zobowiązanych do informowania o szczegółach planu danych zajęć. Ponadto stwierdzono, że choć w myśl obowiązujących przepisów ujawnianie przekonań religijno-filozoficznych nie było wymagane od rodziców, to w związku z koniecznością uzasadniania składanych wniosków mogli oni czuć się zmuszeni do tego w praktyce i unikać ich dostarczania. Dla Trybunału wątpliwe było również rozróżnienie między nieobowiązkowymi aktywnościami religijnymi a obowiązkową wiedzą religijną. Z rozróżnieniem tym wiązały się pewne trudności praktyczne, co w konsekwencji mogło prowadzić do sytuacji, w której możliwość wyłączenia ucznia z częściowego uczestniczenia w zajęciach stałaby się jedynie teoretyczna²⁸. Trybunał przypomniał, iż „celem Konwencji nie jest zagwarantowanie praw teoretycznych czy iluzorycznych, ale praw, które są praktyczne i efektywne”²⁹. Kwestia umożliwienia rezygnacji z uczestniczenia ucznia w lekcjach z przyczyn światopoglądowych stała się również istotnym elementem sprawy *Hasan i Eylem Zengin przeciwko Turcji*. Skarżący – ojciec i córka – wyznawcy alawizmu (odłamu islamu) zarzucili państwu, iż obowiązkowe lekcje z przedmiotu „kultura religijna i etyka” były prowadzone

²³ *Ibidem*, § 21–23.

²⁴ *Ibidem*, § 56–57. Por. M. Hucal, *op. cit.*, s. 127–128.

²⁵ Wyrok ETPCz w sprawie *Folgerø przeciwko Norwegii*, § 88–89.

²⁶ *Ibidem*, § 95. Zob. L. Garlicki, *Religia a szkoła publiczna...*, s. 247.

²⁷ Wyrok ETPCz w sprawie *Folgerø przeciwko Norwegii*, § 90–95.

²⁸ *Ibidem*, § 97–99.

²⁹ *Ibidem*, § 100. Zob. wyrok ETPCz z dnia 12 maja 2005 r. w sprawie *Öcalan przeciwko Turcji*, (nr 46221/99), § 135.

z perspektywy sunnickiej. Zdaniem skarżących, oprócz nauki o różnych religiach najczęściej przekazywanych informacji odnosiło się do islamu sunnickiego i wiązało się z nauczaniem zasad, rytów i modlitw tego wyznania. Problem polegał na tym, że chrześcijanie oraz wyznawcy religii mojżeszowej mieli możliwość uzyskania zwolnienia z nauki tego przedmiotu, natomiast wyznawcy islamu, niezależnie od tego, do jakiego odłamu tej religii przynależeli, takiej możliwości byli pozbawieni³⁰. W przeciwieństwie więc do sprawy *Folgerø przeciwko Norwegii* nie chodziło tu o efektywność procedury składania oświadczeń w sprawie wyłączenia ucznia z zajęć, ale o fakt zagwarantowania takiej możliwości jedynie niektórym. Trybunał, odnosząc się krytycznie do tej sytuacji, stwierdził, że jeśli wspomniany przedmiot byłby kursem na temat różnych religii, nie powinien być obowiązkowy wyłącznie dla muzułmanów, zaś w przypadku gdyby jego zasadniczym celem było nauczanie islamu, powinien mieć charakter fakultatywny³¹.

4. Model równoległego nauczania religii

4.1. *Grzelak przeciwko Polsce* – stan faktyczny i prawny

Przyjęcie przez dane państwo systemu równoległego nauczania religii może również implikować pewne problemy, które jednak ze względu na jego specyfikę przybierają z reguły odmienny charakter. Jako że omawiany model został wprowadzony w Polsce, warto pochylić się także nad krajowymi regulacjami odnoszącymi się do nauczania religii i zastanowić nad ich zgodnością z normami konwencyjnymi i linią orzecniczą Trybunału. Szczególnie istotna nie tylko z punktu widzenia polskich doświadczeń, ale również dla wszystkich państw, które przyjęły podobny system nauczania religii, jest sprawa *Grzelak przeciwko Polsce*. Skarżący – Mateusz Grzelak oraz jego rodzice – zarzucili państwu polskiemu niezorganizowanie lekcji etyki. Wolę uczestniczenia syna w takich lekcjach skarżący rodzice bezskutecznie zgłaszali we wszystkich szkołach, do których uczęszczał on na poszczególnych etapach edukacji³². Podnosili ponadto, iż chłopiec z powodu niebrania udziału w lekcjach religii był poddany dyskryminacji i prześladowaniom ze strony innych uczniów³³. Mateusz Grzelak dodatkowo zarzucił, że w stosunku do niego doszło do naruszenia art. 9 Konwencji, na świadectwach szkolnych bowiem w rubryce religia/etyka nie wpisywano żadnej oceny³⁴.

Brak ze strony władz oświatowych pozytywnych działań, mających na celu zapewnienie skarżącemu możliwości wzięcia udziału w lekcjach etyki, podyktowany był

³⁰ Wyrok ETPCz z dnia 9 stycznia 2008 r. w sprawie *Hasan and Eylem Zengin przeciwko Turcji*, § 36–39.

³¹ *Ibidem*, § 74.

³² Wyrok ETPCz z dnia 15 czerwca 2010 r. w sprawie *Grzelak przeciwko Polsce*, (nr 7710/02), § 7.

³³ *Ibidem*, § 8.

³⁴ *Ibidem*, § 63.

brzmieniem § 3 ust. 2 w związku z § 2 ust. 1–3 rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z dnia 14 kwietnia 1992 r. w sprawie warunków i sposobu organizowania nauki religii w szkołach publicznych³⁵. Rozporządzeniem tym na szkołę nałożony został obowiązek zorganizowania dla danej klasy bądź oddziału lekcji religii lub etyki, jeśli chęć uczestniczenia w takich zajęciach zadeklaruje co najmniej siedmiu uczniów bądź ich rodziców³⁶. Dla mniejszej liczby osób miałyby odbywać się one w grupie międzyklasowej lub międzyoddziałowej. W przypadku natomiast gdyby w danych zajęciach, w skali całej szkoły, chciało brać udział mniej niż siedmiu uczniów, lekcje należałoby zorganizować w grupie międzyszkolnej lub w punkcie katechetycznym, przy czym liczba uczestniczących w nich uczniów nie powinna być mniejsza od trzech. Gdy chodzi o kwestię obecności oceny z religii na świadectwie szkolnym, w § 9 ust. 1 wspomnianego rozporządzenia stwierdzone zostało, iż umieszcza się ją po ocenie z zachowania oraz że nie należy wskazywać, czy uczeń brał udział w lekcjach określonej religii czy też w zajęciach etyki, w celu przeciwdziałania mogącym wystąpić przejawom nietolerancji. Podkreślono również brak wpływu oceny z religii i etyki na promocję do następnej klasy (ust. 2). Zgodność powyższych norm z art. 82 ust. 2 obowiązującej wówczas Konstytucji z 22 lipca 1952 r. statuującym zasadę rozdziału Kościoła od państwa, jak również z art. 10 ust. 1 ustawy o gwarancjach wolności sumienia i wyznania z 17 maja 1989 r., w którym wyrażono zasadę świeckości i neutralności państwa, została zakwestionowana przez Rzecznika Praw Obywatelskich we wniosku z 19 sierpnia 1992 r., skierowanym do Trybunału Konstytucyjnego (dotyczył on także zgodności z ustawą zasadniczą innych przepisów odnoszących się do relacji państwa z kościołami i związkami wyznaniowymi)³⁷. Trybunał, w orzeczeniu wydanym w związku z otrzymanym wnioskiem, stwierdzając zgodność § 9 ust. 1–3 RMEN z 14 kwietnia 1992 r. ze wskazanymi przepisami, podkreślił: „Umieszczanie ocen z religii na świadectwie szkolnym jest konsekwencją organizowania nauczania religii przez szkoły publiczne [...]. Świadectwo szkolne obejmuje wszystkie zajęcia szkolne – obowiązkowe i ponadobowiązkowe i dlatego brakuje przesłanek do obligatoryjnego wyłączenia religii”. Odnosząc się natomiast do obaw związanych z mogącą wystąpić nietolerancją, Trybunał stwierdził dalej, „że ocena na świadectwie może dotyczyć nie tylko samej religii lub samej etyki, lecz w przypadku, gdy uczeń uczęszcza na obydwa te przedmioty, może z nich otrzymać ocenę

³⁵ Dz. U. z 1992 r. Nr 36, poz. 155 ze zm. Dalej stosowany będzie skrót RMEN z 14 kwietnia 1992 r.

³⁶ Zgodnie z treścią § 1 omawianego rozporządzenia do zorganizowania takich lekcji, gdy dziecko uczęszcza do szkoły podstawowej lub gimnazjum, wymagana jest decyzja rodziców bądź opiekunów prawnych, zaś w przypadku, gdy dziecko jest uczniem szkoły ponadpodstawowej lub ponadgimnazjalnej, chęć uczestniczenia w zajęciach religii bądź etyki alternatywnie może wyrazić ono samo. Po uzyskaniu pełnoletności o uczestniczeniu we wspomnianych zajęciach decydują uczniowie.

³⁷ K. H. Jabłoński, *Rzecznik praw obywatelskich wobec problemu nauczania religii w szkołach publicznych*, [w:] P. Borecki, A. Czohara, T. J. Zieliński (red.), *op. cit.*, s. 296–299.

wspólną. Zakwestionowany przepis zawiera więc podwójne zabezpieczenie. Po pierwsze uwidocznił na świadectwie stopień nie wskazuje konkretnej religii, a po drugie nie wiadomo nawet, czy stopień ten odnieść można w ogóle do nauczania religii, czy też do etyki, czy do obydwu tych przedmiotów łącznie”³⁸. Rozporządzeniem Ministra Edukacji Narodowej z 13 lipca 2007 r.³⁹ w § 20 rozporządzenia Ministra Edukacji Narodowej z 30 kwietnia 2007 r. w sprawie warunków i sposobu oceniania, klasyfikowania i promowania uczniów i słuchaczy oraz przeprowadzania sprawdzianów i egzaminów w szkołach publicznych⁴⁰, dodany został ust. 4a, natomiast w § 22 ust. 2a. Zgodnie z brzmieniem tych przepisów do średniej ocen uzyskanej na koniec roku szkolnego (§ 20 ust. 4a) bądź z chwilą ukończenia szkoły (§ 22 ust. 2a) wlicza się ocenę otrzymaną z religii lub etyki. Trybunał Konstytucyjny, oceniając zgodność tych unormowań z ustawą zasadniczą, stwierdził, iż są one konsekwencją wprowadzenia religii do szkół, umieszczenia ocen z tych przedmiotów na świadectwie szkolnym oraz „konstytucyjnych gwarancji wolności religii, a nie wspierania światopoglądu teistycznego”. Jak bowiem stwierdził dalej Trybunał: „uczeń (jego rodzice, opiekunowie prawni) ma, na gruncie obowiązujących przepisów, możliwość wyboru między nauką określonej religii a etyką, jako przedmiotem dla tych, których nie cechuje światopogląd religijny”⁴¹.

W omawianej sprawie Europejski Trybunał Praw Człowieka nie uznał zarzutów rodziców, którzy twierdzili, iż zostało naruszone ich prawo do wychowania i nauczania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem, wyrażone w art. 2 Protokołu nr 1 do Konwencji, oraz wyprowadzane z art. 9 Konwencji prawo do nieujawniania przekonań. Trybunał stwierdził, że polski model nauczania religii w szkołach publicznych mieści się w ramach pozostawionego państwu marginesu swobody, a rodzicom i uczniom daje się możliwość wyboru pomiędzy zajęciami z religii a etyką. Podkreślono również, iż obowiązujące w Polsce prawo nie nakazuje rodzicom składania oświadczeń o rezygnacji z lekcji religii czy etyki⁴². Uznana została natomiast skarga Mateusza Grzelaka, w przypadku którego stwierdzono naruszenie art. 14⁴³ w związku z art. 9 Konwencji. Trybunał naruszenie wskazanych przepisów łączył z faktem nieumieszczenia na świadectwie ucznia żadnej oceny w miejscu przeznaczonym na notę z religii lub etyki. Zdaniem Trybunału brak

³⁸ Orzeczenie TK z dnia 20 kwietnia 1993 r., U 12/92.

³⁹ Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 13 lipca 2007 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków i sposobu oceniania, klasyfikowania i promowania uczniów i słuchaczy oraz przeprowadzania sprawdzianów i egzaminów w szkołach publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 83, poz. 562).

⁴⁰ Dz. U. z 2007 r. Nr 130, poz. 906 ze zm.

⁴¹ Wyrok TK z dnia 2 grudnia 2009 r., U 10/07.

⁴² Wyrok ETPCz w sprawie *Grzelak przeciwko Polsce*, § 102–108.

⁴³ Stanowi on: „Korzystanie z praw i wolności wymienionych w niniejszej konwencji 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”.

oceny mógł być odczytywany jako wyraz nieutożsamiania się ucznia ze światopoglądem religijnym⁴⁴. Odnosząc się do istniejącej w Polsce struktury wyznaniowej, Trybunał stwierdził, iż skoro w większości szkół istnieje możliwość uczestniczenia w zajęciach z religii, brak oceny w stosownym miejscu może być uznany za tożsamy z faktem, iż uczeń jest osobą niewierzącą. Ponadto za jednoznaczny uznano przekaz wynikający ze świadectwa ukończenia szkoły podstawowej, na którym w miejscu oceny umieszczona została kreska, a wyraz etyka przekreślono⁴⁵. Trybunał zakwestionował również wliczanie oceny z religii do średniej. Uznał, iż może to powodować, że osoby, które chcą uczestniczyć w lekcjach etyki, lecz nie mają takiej możliwości, nie będą mogły podwyższyć w ten sposób swojej średniej bądź też w tym celu będą decydować się na branie udziału w zajęciach z religii wbrew swoim przekonaniom⁴⁶.

4.2. Zasady ogólne

Sprawa *Grzelak przeciwko Polsce* sygnalizuje pewne problemy, które mogą pojawić się w związku z przyjęciem przez dane państwo modelu równoległego nauczania religii. Leszek Garlicki, opierając się na regułach wypracowanych przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, stworzył katalog ogólnych zasad, które niewątpliwie powinny być przestrzegane w ramach systemu nauczania równoległego, przy uwzględnieniu jego specyfiki. Są to zasady: nieindoktrynacji, równouprawnienia wyznań i przekonań, dobrowolności oraz poszanowania prywatności⁴⁷.

W omawianym modelu zakaz indoktrynacji należy rozumieć w nieco inny sposób niż w przypadku nauczania zintegrowanego. Artur Mezglewski wyjaśnia tę kwestię, odwołując się do zasady neutralności światopoglądowej państwa⁴⁸. Z jej naruszeniem mielibyśmy do czynienia nie tylko w sytuacji, gdyby pewne formy agitacji religijnej były stosowane podczas zajęć z przedmiotów obligatoryjnych, ale także wówczas, gdyby państwo ingerowało w prowadzone przez związki wyznaniowe lekcje religii. Należy więc stwierdzić, że w czasie tych lekcji w pełni dopuszczalne jest zarówno przekazywanie prawd wiary danego wyznania (co Tadeusz Zieliński określa mianem modelu „teologii”), jak również stosowanie perswazji w celu odpowiedniego ukształtowania postawy ucznia, od którego oczekuje się zaangażowania w praktyki religijne (co wspomniany

⁴⁴ Wyrok ETPCz w sprawie *Grzelak przeciwko Polsce*, § 88.

⁴⁵ *Ibidem*, § 95, 97.

⁴⁶ *Ibidem*, § 96.

⁴⁷ L. Garlicki, *Religia a szkoła publiczna...*, s. 248–249; L. Garlicki, *Konwencja o ochronie...*, s. 564–566.

⁴⁸ Zob. A. Mezglewski, *Polski model edukacji religijnej w szkołach publicznych. Aspekty prawne*, s. 103–104; *idem*, *Kwestie problematyczne związane z wprowadzeniem nauczania religii do szkół publicznych w Polsce*, „Prawo – Administracja – Kościół” 2005, nr 3, s. 76.

autor określa mianem modelu „wtajemniczenia”⁴⁹). Zasada neutralności światopoglądowej państwa znalazła w Polsce swój wyraz w brzmieniu przepisów określających sposób kształtowania treści programów nauczania religii⁵⁰, zasady zatrudniania katechetów⁵¹ oraz nadzoru nad nimi⁵². W sprawie *Grzelak przeciwko Polsce* Trybunał stwierdził, że polski system edukacji religijnej mieści się w ramach wynikającego z art. 2 Protokołu nr 1 marginesu swobody, którego ograniczenie stanowi wspomniany zakaz indoktrynacji⁵³. Ze wskazanych powyżej względów ów zakaz w systemie równoległego nauczania religii – jak już zostało podkreślone – należy rozumieć jednak w sposób odmienny. O ile w pełni powinno się go odnosić do zajęć z etyki, o tyle w przypadku lekcji religii wymaganie pluralizmu dotyczy raczej momentu dokonywania wyboru przedmiotu, a niedopuszczalną indoktrynację należałoby rozumieć wyłącznie jako „niestosowny prozelityzm”⁵⁴. Został on zdefiniowany przez Trybunał w wyroku w sprawie *Kokkinakis przeciwko Grecji* jako „oferowanie korzyści materialnych i socjalnych w celu pozyskania nowych członków, a także wywieranie niewłaściwej presji na ludzi zdesperowanych i potrzebujących, wiążącej się nieraz ze stosowaniem przemocy i praniem mózgu”⁵⁵. Zdaniem Trybunału godzi on w wolność myśli, sumienia i wyznania.

W kontekście zasady równouprawnienia wyznań i przekonań należy stwierdzić, iż państwo, organizując lekcje religii w szkole publicznej, powinno zapewnić wszystkim uczniom możliwości uczęszczania na zajęcia ze wskazanego przez nich wyznania. Takie podejście – choć wiąże się z pełną gwarancją wolności sumienia i wyznania ucznia

⁴⁹ T. Zieliński, *Konstytucyjne granice obecności religii w polskiej szkole publicznej*, [w:] P. Borecki, A. Czohara, T. J. Zieliński (red.), *op. cit.*, s. 507–508.

⁵⁰ Ustalane są one przez władze kościołów oraz związków wyznaniowych i jedynie przedkładane Ministrowi Edukacji Narodowej do wiadomości. Zob. § 4 RMEN z 14 kwietnia 1992 r. oraz art. 12 ust. 2 Konkordatu między Stolicą Apostolską a Rzeczpospolitą Polską, podpisanego w Warszawie 28 lipca 1993 r., Dz. U. z 1998 r. Nr 51, poz. 318.

⁵¹ Do zatrudnienia nauczyciela religii niezbędne jest imienne skierowanie do danej placówki oświatowej przez biskupa diecezjalnego (w przypadku Kościoła katolickiego) bądź odpowiednich władz zwierzchnich (w przypadku innych kościołów i związków wyznaniowych). Zob. § 5 RMEN z 14 kwietnia 1992 r. oraz art. 12 ust. 3 Konkordatu.

⁵² Wymienione w poprzednim przypisie podmioty posiadają prawo wizytowania lekcji religii. Nadzór dyrektora szkoły i pracowników nadzoru pedagogicznego dotyczy natomiast jedynie metodyki nauczania i jego zgodności z programem. Zob. § 11 ust. 2 RMEN z 14 kwietnia 1992 r. oraz 12 ust. 4 Konkordatu.

⁵³ Wyrok ETPCz w sprawie *Grzelak przeciwko Polsce*, § 104.

⁵⁴ Z tezą Leszka Garlickiego na temat zakazu stosowania niewłaściwego prozelityzmu w modelu równoległego nauczania religii polemizuje Michał Hucał, który twierdzi, iż pojęcie to zostało przez Trybunał sformułowane w kontekście relacji międzyludzkich i nie należy odnosić go do stosunków wewnętrznych w ramach danego związku wyznaniowego, za element których wspomniany autor uznaje lekcje religii. Zob. M. Hucał, *op. cit.*, s. 42–43. Za korespondujący z tezą L. Garlickiego można z kolei uznać cytowany już wyrok TK z 2 grudnia 2009 r. Trybunał stwierdza w nim: „Państwo powinno posiadać pełną informację, także w zakresie treści nauczania religii; powinno reagować, w porozumieniu z odpowiednimi władzami kościelnymi, w sytuacjach, w których dochodzi do nietolerancji czy niedopuszczalnych presji będących odzwierciedleniem dominacji jednej z religii”.

⁵⁵ Wyrok ETPCz z dnia 25 maja 1993 r. w sprawie *Kokkinakis przeciwko Grecji*, (nr 14307/88), § 48.

– może implikować pewne problemy praktyczne. Stąd też we wspomnianym już rozporządzeniu z 1992 r. zdecydowano się na wprowadzenie limitów, określających minimalną liczbę uczniów, od deklaracji uczestnictwa których uzależniono zorganizowanie lekcji danego wyznania. Regulacja ta spotkała się w literaturze z krytyką. Paweł Borecki zarzucił jej niekonstytucyjność, zgodnie bowiem z art. 53 ust. 5 polskiej ustawy zasadniczej wolność uzewnętrzniania religii może być ograniczona jedynie w ustawie⁵⁶. Zgadzając się z tym poglądem, Artur Mezglewski, w przeciwieństwie do Pawła Boreckiego⁵⁷, opowiedział się za istnieniem jednak jakichś limitów, odwołując się do argumentów natury pragmatycznej. Twierdził, iż brak ograniczeń mógłby spowodować, że w szkołach, w których uczy się większa liczba osób deklarujących przynależność do różnych kościołów czy związków wyznaniowych dyrektorzy musieliby dokonywać selekcji wyznań mogących prowadzić lekcje religii na podstawie kryteriów pozaprawnych bądź też, kierując się zasadą równości, uniemożliwić ich organizowanie wszystkim wyznaniam, co w konsekwencji utrudniłoby realizację gwarantowanych w Konstytucji i Konwencji wolności⁵⁸. Wprowadzenie limitów jako takich nie wydaje się być sprzeczne z Konwencją i należałoby je postrzegać raczej jako dozwolone w ramach przysługującego państwu marginesu swobody. Nie zostały one także jednoznacznie zakwestionowane w orzeczeniu *Grzelak przeciwko Polsce*. Znamienny jest fakt, iż Trybunał, odnosząc się do zarzutu skarżącego, który twierdził, iż był dyskryminowany w związku z niezapewnieniem mu możliwości uczestniczenia w lekcjach etyki oraz brakiem stosownej oceny na świadectwie, ograniczył się jedynie do zbadania drugiego aspektu skargi⁵⁹. Również sędzia David Thór Björgvinsson, zgłaszając zdanie częściowo odrębne, stwierdził, że: „choć oczywiście pożądane byłoby zapewnienie trzeciemu skarżącemu możliwości uczestniczenia w zajęciach z etyki jako alternatywy dla lekcji religii, należy uznać, że zorganizowanie takich zajęć mogło być niemożliwe ze względów praktycznych – na przykład, jak w przedmiotowym przypadku, z powodu za małej liczby zainteresowanych uczniów.

⁵⁶ Ogólnie o możliwości ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności w drodze ustawy mówi ponadto art. 31 ust. 3 Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz. U. Nr 78, poz. 483 ze zm.

⁵⁷ Wspomniany autor stoi na stanowisku, że wprowadzone limity są sprzeczne z zasadą równości wobec prawa, prawem do równego traktowania przez władze publiczne oraz zakazem dyskryminacji. Zob. P. Borecki, *Konstytucyjność regulacji szkolnej nauki religii (głos w dyskusji)*, „Studia Prawnicze” 2008, z. 2, s. 33–36. Poglądy wyrażane w omawianej kwestii przez P. Boreckiego podziela m. in. T. J. Zieliński. Zob. T. J. Zieliński, *Nauka religii w szkołach publicznych w ujęciu prawnym*, [w:] J. Krukowski, P. Sobczyk, M. Poniatowski (red.), *op. cit.*, s. 107.

⁵⁸ Artur Mezglewski wskazał również, iż wspomniane limity zostały wprowadzono także do systemów prawnych innych państw m.in.: Estonii, Łotwy, Hiszpanii, Portugalii, Niemiec. Zob. A. Mezglewski, *Polski model edukacji religijnej...*, s. 120–123; *idem*, *Kwestie problematyczne...*, s. 81–82; *idem*, *Przepisy kształtujące rozwiązania systemowe w zakresie nauczania religii w szkołach publicznych w Polsce na tle standardów międzynarodowych*, [w:] A. Mezglewski, W. Janiga, *Katecheza dzisiaj. Problemy prawne i teologiczne*, Krosno–Sandomierz 2000, s. 113–114.

⁵⁹ Wyrok ETPCz w sprawie *Grzelak przeciwko Polsce*, § 90.

Niezorganizowanie zajęć z etyki jako takie nie wskazuje na naruszenie ani art. 14 w związku z art. 9, ani samego art. 9⁶⁰. Trybunał, uznając w analizowanej sprawie brak oceny z etyki na świadectwie ucznia za niezgodny z normami konwencyjnymi, zakwestionował tym samym skutek wprowadzenia wskazanego powyżej ograniczenia. Niewątpliwie jednak usunięcie stanu rzeczy niezgodnego – zdaniem Trybunału – z Konwencją wymagało wyeliminowania powodującej go przyczyny. Dlatego też 25 marca 2014 r. Minister Edukacji Narodowej wydał rozporządzenie zmieniające RMEN z 14 kwietnia 1992 r.⁶¹, które weszło w życie 1 września 2014 r. Na mocy dokonanej nowelizacji każdy uczeń powinien mieć możliwość uczestniczenia, zgodnie ze złożonym oświadczeniem, w lekcjach danej religii lub etyki. Jeżeli liczba chętnych do wzięcia udziału w określonych zajęciach będzie mniejsza niż 7 w skali danej szkoły, tak jak dotychczas, lekcje będą musiały zostać zorganizowane w grupie międzyszkolnej lub w punkcie katechetycznym. W przeciwieństwie jednak do poprzednio obowiązującej regulacji, w takim przypadku, właściwy organ zobowiązany został do umożliwienia uczniom wzięcia udziału w wybranych zajęciach poza szkołą, niezależnie od tego, ile osób zadeklaruje chęć uczestniczenia w nich. Prezentowaną zmianę należy uznać za słuszną z punktu widzenia równego traktowania uczniów. Z pewnością w doktrynie pojawią się poglądy kwestionujące rację utrzymania granicy 7 osób, poniżej której lekcje miałyby odbywać się poza szkołą. Biorąc jednak pod uwagę obawy, jakim niejednokrotnie dawał wyraz Artur Mezglewski, pozostawienie wskazanego ograniczenia wydaje się być uzasadnione.

W kontekście zasady równouprawnienia wyznań i przekonań istotna pozostaje również kwestia wliczania oceny z religii do średniej ocen⁶². Jak już zostało podkreślone, Trybunał, zajmując stanowisko w sprawie *Grzelak przeciwko Polsce*, uznał, że osoby znajdujące się w podobnej do skarżącego sytuacji nie mają możliwości uczestniczenia w lekcjach etyki i w związku z tym nie mogą, w przeciwieństwie do innych uczniów, podwyższyć swojej średniej ocen⁶³. Chcąc to natomiast uczynić, mogą deklarować chęć wzięcia udziału w lekcjach religii wbrew posiadanym poglądom⁶⁴. Tok rozumowania

⁶⁰ Zdanie częściowo odrębne sędziego Davida Thóra Björgvinssona do wyroku w sprawie *Grzelak przeciwko Polsce*, § 4.

⁶¹ Rozporządzenie Ministra Edukacji Narodowej z dnia 25 marca 2014 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie warunków i sposobu organizowania nauki religii w publicznych przedszkolach i szkołach (Dz. U. z 2014 r., poz. 478).

⁶² Na temat przestrzegania wolności religijnej w związku z wliczaniem oceny z religii do średniej zob. P. Sobczyk, *Wliczanie rocznych ocen z religii do średniej ocen w kontekście wolności religijnej w wymiarze indywidualnym i wspólnotowym*, [w:] M. Bielecki (red.), *Bilateralizm w stosunkach państwowo-kościelnych*, Lublin 2011, s. 195–210.

⁶³ Podobne opinie pojawiły się również w polskiej doktrynie prawa wyznaniowego. Zob.: T. J. Zieliński, *Konstytucyjne granice...*, s. 516.

⁶⁴ Wyrok ETPCz w sprawie *Grzelak przeciwko Polsce*, § 96

Trybunału został zakwestionowany przez sędziego Davida Thóra Björgvinssona, który zwrócił uwagę, iż ewentualny pozytywny bądź negatywny wpływ braku oceny z religii na średnią ocen jest wyłącznie kwestią spekulacji, a sama ewentualność, iż otrzymany wynik spowoduje podwyższenie średniej nie może być wystarczającą podstawą stwierdzenia różnicy w traktowaniu uczniów na podstawie art. 14 Konwencji⁶⁵. Podobny pogląd wyraził Trybunał Konstytucyjny (dalej też jako TK), który opowiadając się za zgodnością z polską ustawą zasadniczą regulacji zawartej we wspomnianym rozporządzeniu z 2007 r., stwierdził: „Nie można z góry założyć, że wliczanie ocen z religii lub etyki do średniej spowoduje podwyższenie średniej. Może to zależeć w poszczególnych przypadkach od różnych czynników. Ponadto, należy zauważyć, że zaskarżone rozporządzenie stanowi o wliczaniu do średniej rocznej i średniej końcowej rocznych ocen nie tylko z religii, ale także z etyki oraz z «dodatkowych zajęć edukacyjnych», co stwarza dodatkowe możliwości podwyższania średniej”⁶⁶. Wdaje się, iż argument podniesiony przez ETPCz oraz przez oponentów rozstrzygnięcia polskiego TK⁶⁷ o dyskryminacji niektórych uczniów spowodowanej brakiem możliwości uczęszczania na lekcje etyki, w związku z wprowadzoną w 2014 r. zmianą, stracił obecnie rację bytu⁶⁸.

Kolejną ze wskazanych przez Leszka Garlickiego zasad jest dobrowolność. Oznacza ona, że rodzice bądź na dalszym etapie kształcenia uczniowie muszą mieć zagwarantowaną pełną możliwość wyboru przedmiotu odpowiadającego ich przekonaniom⁶⁹. Dlatego również z tego punktu widzenia pozytywnie ocenić należy wspomnianą już nowelizację. Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż „wolność uzewnętrzniania religii dotyczy także wolności nauczania religii. Musi ona następować po przejawieniu swobodnej

⁶⁵ Zdanie częściowo odrębne sędziego Davida Thóra Björgvinssona do wyroku w sprawie *Grzelak przeciwko Polsce*, § 7.

⁶⁶ Wyrok TK z dnia 2 grudnia 2009 r., U 10/07.

⁶⁷ P. Borecki, *Konstytucyjność wliczania stopnia z religii do średniej ocen szkolnych*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 9, s. 35–42.

⁶⁸ Nadmienić jednak należy, że według Artura Mezglewskiego zagwarantowanie wszystkim chętnym możliwości uczestniczenia w lekcjach etyki nie rozwiązuje problemu i że zasada równouprawnienia mogłaby zostać w pełni zrealizowana dopiero, gdyby etyka stała się przedmiotem obowiązkowym alternatywnie w stosunku do religii. Jak twierdzi: „Nawet bowiem jeśli zapewni się wszystkim uczniom realną możliwość alternatywnego udziału w lekcjach etyki, to równość pomiędzy nimi może zostać zachwiana poprzez udział niektórych uczniów zarówno w lekcjach religii, jak i etyki. W ten sposób część uczniów uzyska dodatkowe szanse na podwyższenie swoich wyników” (A. Mezglewski, *Polski model edukacji religijnej...*, s. 84).

⁶⁹ Należy jednak mieć na uwadze, iż nie oznacza to konieczności bezwarunkowego zagwarantowania lekcji odnoszących się do każdego światopoglądu. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 2 grudnia 2009 r. stwierdził: „Konstytucja nie przewiduje odrębnych gwarancji nauczania dla wymienionych przez wnioskodawcę światopoglądów: ateistycznego, panteistycznego czy deistycznego. Trudno byłoby sobie nawet wyobrazić organizacyjnie takie rozróżnienie wśród przedmiotów do wyboru. Wiedzę konieczną na tym poziomie nauczania zainteresowani mogą otrzymać, między innymi, w ramach przedmiotu «etyka» lub innego przedmiotu w zakresie «dodatkowych zajęć edukacyjnych», o których mowa w zaskarżonym rozporządzeniu”.

decyzji zainteresowanych, przy pełnym respektowaniu ich woli”⁷⁰. Należy więc stwierdzić, iż państwo powinno zapewnić odpowiednią procedurę, która umożliwiłaby właściwym podmiotom wyrażanie woli w sposób praktyczny i efektywny⁷¹, chroniąc równocześnie ich wolność nieujawniania swoich przekonań. W polskim porządku prawnym kwestia ta została uregulowana w § 1 ust. 2 RMEN z 14 kwietnia 1992 r., na podstawie którego od osób deklarujących wolę uczestniczenia w lekcjach religii wymaga się złożenia odpowiedniego oświadczenia. W literaturze unormowaniu temu zarzucano brak szczegółowego określenia formy takiego oświadczenia (zgodnie ze wspomnianym przepisem miało być ono składane „w najprostszej formie”), jak również brak określenia podmiotu, któremu oświadczenie powinno zostać złożone⁷². Formułowane postulaty zaowocowały nowelizacją przepisu, dokonaną wspomnianym już rozporządzeniem z 14 kwietnia 2014 r., zgodnie z którym oświadczenia mają być składane w formie pisemnej. Nadal niezrealizowany pozostaje natomiast postulat określenia podmiotu, do którego miałyby być one kierowane⁷³. Gdy chodzi natomiast o przedmiot oświadczeń, należy stwierdzić, iż nie narusza on wyprowadzanego z art. 9 Konwencji oraz wyrażonego w art. 53 ust. 7 Konstytucji prawa do nieujawniania swoich poglądów. Wiąże się on bowiem jedynie z wyrażeniem woli uczestniczenia w lekcjach religii lub etyki, a nie z deklarowaniem przynależności wyznaniowej⁷⁴. Europejska Komisja Praw Człowieka w postanowieniu z 26 czerwca 2001 r. w sprawie *C.J., J.J. i E.J. przeciwko Polsce* wskazała, iż: „akt wyboru lekcji religii lub etyki, ze swej natury pociąga za sobą w pewien sposób deklarację własnych preferencji, co nie oznacza jednak konieczności ujawnienia swoich przekonań religijnych”⁷⁵. Zasadność powyższej tezy zdaje się potwierdzać również Trybunał w orzeczeniu *Grzelak przeciwko Polsce*⁷⁶.

Problem zagwarantowania możliwości nieujawniania swoich poglądów, który pojawił się w kontekście składania oświadczeń w sprawie uczestniczenia w lekcjach religii lub etyki posiada szczególne znaczenie w związku ze wskazaną przez L. Garlickiego zasadą poszanowania prywatności. Uwidacznia się on zwłaszcza w sytuacji nieumieszczenia na świadectwie szkolnym w rubryce religia/etyka żadnej oceny, w związku

⁷⁰ Wyrok TK z dnia 2 grudnia 2009 r., U 10/07.

⁷¹ Wyrok w sprawie *Folgerø przeciwko Norwegii*, § 100.

⁷² Zob. P. Borecki, *Konstytucyjność regulacji szkolnej nauki religii...*, s. 32–33; M. Czuryk, *Prawa rodziców i uczniów dotyczące nauczania religii w szkole publicznej w prawie polskim*, [w:] J. Krukowski, P. Sobczyk, M. Poniatowski, *op. cit.*, s. 224–225.

⁷³ W praktyce oświadczenia te składane są organom szkół publicznych, co zdaniem Artura Mezglewskiego pozostaje w sprzeczności z wyrażoną w art. 25 ust. 2 zasadą bezstronności władz publicznych w sprawach przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych. Zob. A. Mezglewski, *Polski model edukacji religijnej...*, s. 130–131.

⁷⁴ Por. *ibidem*, s. 118.

⁷⁵ Decyzja Europejskiej Komisji Praw Człowieka z 16 stycznia 1996 r. w sprawie *C.J., J.J. i E.J. przeciwko Polsce*, (nr 23380/94).

⁷⁶ Wyrok ETPCz w sprawie *Grzelak przeciwko Polsce*, § 106.

z brakiem możliwości uczestniczenia w zajęciach z któregoś z tych przedmiotów. Trybunał stwierdził, iż przepisy o umieszczeniu oceny z religii i etyki na świadectwie nie mogą zostać uznane za niezgodne z Konwencją jako takie, jeśli tylko ocena stanowi neutralną informację o braniu udziału ucznia w zajęciach szkolnych. Nie może to jednak wiązać się z bezpośrednim lub pośrednim ujawnianiem informacji na temat przekonań religijnych ucznia⁷⁷. Zdaniem Trybunału, wobec powszechności lekcji religii, wynikającej ze struktury wyznaniowej polskiego społeczeństwa, brak oceny w rubryce religia/etyka może sugerować, iż osoba jej nieposiadająca nie wyznaje światopoglądu religijnego. W przypadku skarżącego brak takiej noty na wszystkich świadectwach, w ocenie Trybunału, stanowił przejaw jego nieuzasadnionego piętnowania⁷⁸, w następstwie czego nastąpiło naruszenie art. 14 w związku z art. 9 Konwencji. Podkreślmy raz jeszcze – Trybunał nie zakwestionował zasadności wprowadzonego ograniczenia, uzależniającego istnienie po stronie odpowiednich władz oświatowych obowiązku zorganizowania lekcji religii i etyki od liczby chętnych uczniów, co raczej jego skutek w postaci braku oceny na świadectwie ucznia, który deklarując chęć uczestniczenia w lekcjach etyki, nie miał możliwości wzięcia w nich udziału. Obecnie, w związku z wejściem w życie 1 września 2014 r. nowelizacji RMEN z 14 kwietnia 1992 r., problem ewentualnej dyskryminacji osób, z analogicznego w stosunku do skarżącego powodu, został w Polsce wyeliminowany.

5. Wnioski

Podsumowując, należy stwierdzić, iż w świetle przepisów Konwencji zarówno model zintegrowanego, jak i równoległego nauczania religii trzeba uznać za dopuszczalny. Trybunał pozostawia państwom w tym względzie dość szeroki margines swobody, szanując ich własne tradycje. Analiza spraw, które stały się przedmiotem orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, pokazuje, iż większość z nich dotyczyła systemu zintegrowanego nauczania religii. Podnoszone przez skarżących problemy wiązały się zwłaszcza z charakterem przekazywanych uczniom treści, które niejednokrotnie nie były prezentowane w sposób „obiektywny, krytyczny i pluralistyczny”. Nie zawsze gwarantowano również efektywną i sprawiedliwą procedurę zwalniania z danego przedmiotu, co było nieraz źródłem dyskryminacji. W modelu nauczania równoległego wątpliwości budziła natomiast niedostępność dla niektórych uczniów, ze względu na małą liczbę chętnych, przedmiotu alternatywnego względem religii – jakim w warunkach polskich jest etyka – a w zasadzie jej konsekwencja w postaci braku na świadectwie oceny

⁷⁷ *Ibidem*, § 92.

⁷⁸ *Ibidem*, § 99.

w rubryce religia/etyka, co zdaniem Trybunału stało w sprzeczności z prawem do nieujawniania swoich przekonań. W związku z powyższym należałoby stwierdzić, iż więcej zarzutów naruszeń Konwencji odnotowanych zostało w odniesieniu do modelu nauczania zintegrowanego. System równoległego nauczania religii wydaje się lepiej wychodzić naprzeciw potrzebom rodziców i uczniów w zakresie realizacji wolności sumienia i wyznania, a w przypadku rodziców dodatkowo stwarza warunki realizacji prawa do wychowania i nauczania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami religijnymi i filozoficznymi, zapewniając możliwość wyboru przedmiotu najbliższego ich poglądom. Gwarantuje to, że treści przekazywane dziecku w tak delikatnej materii jak kwestie wyznaniowe będą prezentowane zgodnie z ich oczekiwaniami. Oczywiście model ten nie jest całkowicie wolny od problemów. W krajach zdominowanych przez jedną religię istnieje ryzyko dyskryminacji osób należących do wyznań mniejszościowych bądź ewentualnego nacisku społecznego prowadzącego do dokonywania wyborów nie w pełni odpowiadających własnym przekonaniom. Zwrócił na to uwagę Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 2 grudnia 2009 r., stwierdzając: „Trybunał zdaje sobie sprawę z tego, że może się zdarzyć w konkretnych przypadkach, w warunkach dominacji wyznania rzymskokatolickiego w strukturze wyznaniowej społeczeństwa polskiego, iż wybór przedmiotu dodatkowego przez rodziców lub uczniów może nie być w pełni swobodny, lecz podejmowany pod presją «lokalnej» opinii publicznej. Swobodny wybór przedmiotu dodatkowego w dużym stopniu zależy bowiem od respektowania w lokalnych społecznościach zasad pluralizmu społecznego, tolerancji dla odmiennych przekonań i wyznań. W konkretnych przypadkach, w których doszłoby do presji zewnętrznej, naruszającej swobodny wybór, byłby to efekt niskiego poziomu kultury demokratycznej”. Celem działań podejmowanych przez państwo powinno być stworzenie takich warunków, w których jednostka mogłaby swoje prawa realizować w jak najpełniejszy sposób. Nie należy zmniejszać przestrzeni wolności obywateli w imię mogących hipotetycznie pojawić się przejawów nietolerancji. Remedium na tego typu problemy powinien stanowić odpowiednio ukształtowany system nauczania, w którego ramach szkoła publiczna realizowałaby obok celów edukacyjnych również cele wychowawcze, kształtując w społeczeństwie postawy szacunku dla innych światopoglądów. Nie wydają się więc zasadne postulaty zastąpienia w Polsce systemu równoległego nauczania religii systemem nauczania zintegrowanego bądź ograniczenia wpływów związków wyznaniowych na kształtowanie programów nauczania religii⁷⁹ (drugi z postulatów należałoby uznać za sprzeczny z konstytucyjną zasadą bezstronności światopoglądowej władz publicznych). Wskazane bowiem cele można osiągnąć za pomocą innych środków. Obok mechanizmów prawnych zapewniających

⁷⁹ Zob. T. J. Zieliński, *Konstytucyjne granice...*, s. 509–511, 513–515; B. Milerski, *Edukacja religijna w szkole neutralnej światopoglądowo*, [w:] P. Borecki, A. Czohara, T. J. Zieliński, *op. cit.*, s. 537–539.

równe traktowanie uczniów i ich rodziców (czemu służy chociażby nowelizacja RMEN z 14 kwietnia 1992 r.) do budowania postaw charakteryzujących społeczeństwo pluralistyczne powinny wykorzystane zostać lekcje wychowawcze, które obecnie niejednokrotnie ograniczają się do spraw organizacyjnych.

Wybrane polskie cenzusy wyborcze w świetle standardów międzynarodowych

Wprowadzenie

Prawo wyborcze jest jedną z najbardziej dynamicznych części prawa konstytucyjnego, która jednocześnie budzi wiele kontrowersji wśród przedstawicieli wielu środowisk: naukowców, polityków i praktyków¹. Tezę tę potwierdzają częste zmiany ustawy z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy² oraz liczne przybierające postać sformalizowaną inicjatywy ustawodawcze zgłaszane przez przedstawicieli doktryny, polityków oraz reprezentantów różnych konkretnych grup społecznych oraz podmiotów występujących w ich interesie. W niniejszym opracowaniu chciałabym zwrócić uwagę na kwestię cenzusów wyborczych będących od XIX wieku wraz z rozpoczęciem procesu demokratyzacji wyborów przedmiotem dyskusji politycznych i naukowych w odniesieniu do standardów międzynarodowych oraz konieczności dostosowania do nich postanowień Kodeksu wyborczego. Poruszany przeze mnie problem nie jest nowy. Wręcz przeciwnie, stanowi od dłuższego czasu przedmiot debat dotyczących konieczności reformy obowiązujących cenzusów uznawanych za demokratyczne w kierunku liberalizacji ze względu na istniejące przekonanie o zawężaniu kręgu wyborców pozbawionych praw wyborczych³. W pracy rozważania podbudowuję wypowiedziami ekspertów problematyki wyborczej, wśród których znaleźli się: Anna Frydrych, Bartłomiej Michalak, Krzysztof Skotnicki, Piotr Uziębło oraz Jarosław Zbieranek.

Chciałabym zasygnalizować omawianą problematykę przez wskazanie na trzy najbardziej kontrowersyjne krajowe regulacje cenzusów, na które wyraźny wpływ mają standardy międzynarodowe, które będą określać ich minimalny zakres, pozwalający korzystać z nich każdej osobie pozostającej w obrębie jurysdykcji państwa strony traktatu, jednolicie przez niego gwarantowanymi. Mimo iż w Międzynarodowym Pakcie Praw Obywatelskich i Politycznych⁴ ratyfikowanym przez Polskę w 1977 r. art. 5 ust. 2 wyraźnie wskazuje, że „Żadne z podstawowych praw człowieka uznanych lub istniejących w jakimkolwiek z Państw Stron niniejszego paktu na podstawie ustaw, konwencji,

¹ K. Skotnicki, *Wstęp*, [w:] K. Skotnicki (red.), *Kodeks Wyborczy. Wstępna ocena*, Warszawa 2011, s. 7.

² Dz. U. z 2011 r. Nr 21, poz. 112 ze zm.

³ P. Uziębło, *Cenzusy wyborcze w XXI w. – Potrzeba nowego podejścia?*, Toruń 2014, s. 5.

⁴ Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 168 ze zm.

zarządzeń lub zwyczaju nie może być ograniczone lub uchylone pod pretekstem, że niniejszy Pakt nie uznaje takich praw lub uznaje je w węższym zakresie”. To w myśl art. 31 konwencji wiedeńskiej o prawie traktatów⁵ wprost jest mowa, że każdy traktat powinien być interpretowany „w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrazom w ich kontekście, oraz w świetle jego przedmiotu i celu”. Jak słusznie zauważa Cezary Mik, zobowiązania, które mają służyć każdemu człowiekowi, mają charakter obiektywny, „zmierzający do ukształtowania pozycji prawnej jednostki w porządku krajowym, działając obok lub nawet zamiast prawa krajowego”⁶.

Po pierwsze ze względu na postępujący proces globalizacji skutkujący częstszymi wyjazdami poza granice swojej ojczyzny oraz związane z tym mieszanie się społeczności poszczególnych państw czy też mniejszych jednostek terytorialnych⁷ pragnę przede wszystkim wskazać na prawa wyborcze przysługujące osobom nieposiadającym obywatelstwa państwa, chcące wpływać na kształtowanie polityki państwa przez nich zamieszkiwanego.

Po drugie w wyborach powszechnych traktowanych słusznie jako najważniejsze wydarzenie polityczne dla każdego państwa problemem często niepodejmowanym jest pozbawianie praw wyborczych osób ubezwłasnowolnionych. Kwestia ta często pozostaje bez echa w świecie decydentów albo podejmowana wzbudza piętrzące się obawy dotyczące nowelizacji regulujących tę kwestię unormowań.

Wreszcie po trzecie, w różnych państwach tematem, który nie jest uznany za zakończony, ale wręcz wciąż ewaluuje, jest cenzus wieku. Przykładem może być Austria, gdzie w ostatnich wyborach parlamentarnych głosować mogły osoby po ukończeniu 16. roku życia.

Aby przejść do omawiania wyróżnionych cenzusów, na wstępie konieczne jest ustalenie pojęcia „cenzus wyborczy”, które w doktrynie prawa konstytucyjnego nie jest pojmowane jednolicie. Termin „cenzus” (łac. *census* – oszacowanie, spis, obliczenie, ocena) oznacza zespół warunków, kwalifikacji, właściwości uprawniających daną osobę do korzystania z określonych praw i przywilejów⁸. Zdaniem Piotra Uziębło „cenzusem jest każde pozbawienie prawa wyborczego osoby, której brak jest pewnych właściwości, które uzasadniałyby możliwość korzystania przez nią z praw wyborczych, przede wszystkim w odniesieniu do czynnego prawa wyborczego, jak również prawa biernego”⁹. Z definicji

⁵ Dz. U. 1990 r. Nr 74, poz. 439 ze zm.

⁶ C. Mik, *Porządek międzynarodowy a porządek krajowy w dziedzinie praw człowieka*, „Państwo i Prawo” 1992, zeszyt 11, s. 6.

⁷ P. Uziębło, *op. cit.*, s. 5.

⁸ Por. *Encyklopedia popularna PWN*, R. J. Bure (red.), t. 2, Brc-Dyz, Warszawa 1997, s. 119; *Słownik wyrazów obcych PWN*, J. Tokarski (red.), Warszawa 1980, s. 106;

⁹ P. Uziębło, *op. cit.*, s. 6

tej wynika, że rozumienie prawa głosowania przysługującego każdemu obywatelowi zgodnie z zasadą powszechności jest niewątpliwie mylące. Moim zdaniem cenzus wyborczy nie pozbawia prawa wyborczego danej jednostki, a wręcz jest warunkiem jego posiadania, umożliwiając realizację aktu wyborczego. Niewątpliwie nie można przyznać prawa głosu dziecku, które dopiero się urodziło, albo obywatelowi obcego państwa, który znalazł się przejściowo w drodze do innego kraju na terenie państwa, w którym akurat przypada dzień wyborów¹⁰. Dlatego zasady powszechności nie można rozumieć w sposób bezwzględny. Dla zasady powszechności głosowania w prawie wyborczym ważne jest, aby cenzusy wyborcze regulowane były w konstytucji bezpośrednio, niezależnie od sposobu ich regulacji, gdyż każde z kryteriów, warunków czy przesłanek można ująć odmiennie¹¹. Najważniejsze, aby nie wpływały na zmianę kręgu osób, które objęte są omawianym wyłączeniem, ale wprost określały, kogo to ograniczenie dotyczy i w jakim przypadku. Przykładowo, zgodnie z art. 62 Konstytucji¹² prawo udziału w referendum oraz prawo wybierania Prezydenta Rzeczypospolitej, posłów, senatorów i przedstawicieli do organów samorządu terytorialnego przysługuje obywatelowi, który najpóźniej w dniu głosowania kończy 18 lat. Znaczenia nie ma stopień jego dojrzałości. Wprost wskazany jest krąg osób, których prawo to dotyczy, mimo iż odzwierciedlenia tego unormowania nie ma w prawie cywilnym. W tym przypadku wskazuję, iż osoby mającej 17 lat, które wstąpiły wcześniej w związek małżeński, nie mogą wziąć udziału w wyborach powszechnych, choć z całą pewnością powinny posiadać czynne prawa wyborcze. Niestety ustawodawca przyjął, że udział w wyborach i referendach powinien dotyczyć jedynie ludzi dojrzałych. Wbrew temu, w świetle prawa cywilnego nabywają pełną zdolność do czynności prawnych, co za tym idzie, mogą być podmiotem praw i obowiązków. Jak słusznie zauważa Krzysztof Skotnicki, „zmiana redakcji przepisu sprawi bowiem, że ta sama przesłanka zostanie przypisana innej grupie, choć wciąż będzie uznawana za ten sam cenzus¹³. W ustawie zasadniczej nie jest wystarczające jedynie zagwarantowanie zasady powszechności wyborów ale przede wszystkim wskazanie na konkretny krąg osób uprawnionych do głosowania, poprzez naznaczenie określonych cenzusów wyborczych. Odesłanie w tym zakresie do ustaw czy pozostawienie dowolnej interpretacji ustawodawcy zwykłego nie jest właściwe¹⁴.

¹⁰ K. Skotnicki, *Zasada powszechności w prawie wyborczym. Zagadnienia teorii i praktyki*, Łódź 2000, s. 22.

¹¹ *Ibidem*, s. 27.

¹² Dz. U. z 1997 r., Nr 78, poz. 483 ze zm.

¹³ K. Skotnicki *Zasada powszechności...*, op. cit., s. 27.

¹⁴ *Ibidem*, s. 30.

1. Prawo głosu osób nieposiadających obywatelstwa państwa pobytu

We współczesnym świecie w państwach demokratycznych nasilającym się zjawiskiem jest przebywanie na ich terytoriach ludności, która nie posiada obywatelstwa tego państwa, gdyż przyjechała w celach zarobkowych lub politycznych oraz planuje pozostać na dłuższy czas z zamiarem stałego osiedlenia się. Sprzyja to tworzeniu się małżeństw oraz nieformalnych związków obywateli różnych państw. Skutkiem takich związków są rodzące się z nich dzieci, które mają prawo uzyskać, a często wręcz uzyskują obywatelstwo dwóch lub większej liczby państw¹⁵. Prawo do wolności poruszania się oraz wyboru miejsca zamieszkania i jego opuszczenia gwarantuje wiele współczesnych konstytucji, tak jest np. w art. 52 ust. 1 i 2 Konstytucji RP z 1997 roku i aktów prawa międzynarodowego, takich jak np. art. 13 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 roku; art. VIII Amerykańskiej Deklaracji Praw i Obowiązków Człowieka z 1948 roku; art. 28 Konwencji dotyczącej statusu uchodźców z 1951 roku; art. 28 Konwencji dotyczącej statusu osób bez obywatelstwa z 1954 roku; art. 2, 3, 4 czwartego protokołu do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 1963 roku; art. 12 Międzynarodowego Paktu Praw Politycznych i Obywatelskich z 1966 roku; art. 5 lit. a) Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji rasowej z 1966 roku; art. 22 ust. 1 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka i Ludów oraz wobec obywateli Unii Europejskiej art. 8a Traktatu Wspólnoty Europejskiej; art. 6 konstytucji Unii Europejskiej. Problem sytuacji politycznej osób, które traktują pobyt w innym kraju jako swoje stałe miejsce zamieszkania jest w dzisiejszych czasach bardzo aktualny w przeciwieństwie do panującej do niedawna generalnej zasady, iż osoby nieposiadające obywatelstwa danego państwa, nie mogły uczestniczyć w wyborach¹⁶. Przy przyznawaniu praw wyborczych rozróżniano dwa kryteria podstawowe: przynależność państwową i zamieszkiwanie. W pierwszej kwestii obcokrajowiec chcący korzystać w pełni z praw wyborczych przysługujących w danym kraju, powinien wystąpić ze stosownym wnioskiem o przyznanie mu obywatelstwa. Niestety uzyskanie w ten sposób obywatelstwa wiąże się często z wymogiem zamieszkiwania w danym państwie przez określony czas, wynoszący nawet 10 lat¹⁷. Dzisiaj nie patrzy się już na taką osobę, jak na kogoś obcego i wyobcowanego z miejscowej społeczności, ale osobę, której przysługują wszelkie prawa, wolności i obowiązki w ścisłej więzi z miejscem zamieszkania

¹⁵ P. Uziębło, *op. cit.*, s. 8.

¹⁶ *Ibidem*, s. 86.

¹⁷ *Ibidem*, s. 88.

i państwem pobytu¹⁸, w wielu przypadkach nawet więz z wieloma państwami. Jak słusznie zauważa Krzysztof Skotnicki, „problemy tego typu wiążą się z ograniczeniami czy też zakazami posiadania podwójnego obywatelstwa”¹⁹. W związku z tym rodzi się pytanie „czy uznanie za członka zbiorowego podmiotu suwerenności, a tym samym dysponowania prawami politycznymi, w tym wyborczymi, powinno tym osobom przysługiwać w każdym z państw, których obywatelstwo posiadają, czy w ich przypadku powinny decydować o możliwości korzystania z prawa wyborczego inne czynniki, dodatkowe”²⁰, które słusznie postawił Piotr Uziębło. Istotne znaczenie ma też czynnik lojalności danej osoby w stosunku do państwa, w szczególności gdy dochodzi do konfliktów zbrojnych między państwami, których obywatelstwo posiada²¹.

W związku z przyjęciem traktatowych zobowiązań każde państwo będącej stroną umowy powinno rozważyć, jaka relacja występuje między traktatowym katalogiem praw podstawowych a konstytucyjnym katalogiem praw obywatelskich. W jakim zakresie implementowane są zobowiązania, jak standardy międzynarodowe wpływają na krajowe regulacje, w tym przypadku dotyczące praw osób nieposiadających obywatelstwa państwa pobytu.

Art. 62 ust. 1 Konstytucji RP stanowi, że czynne prawo wyborcze należy wyłącznie do obywateli polskich. Obowiązujący od 1 sierpnia 2011 roku Kodeks wyborczy prawo to w przypadku wyborów do organów gmin oraz wyborów do Parlamentu Europejskiego przyznaje zamieszkującym w Polsce, nieposiadającym obywatelstwa polskiego, obywatelom Unii Europejskiej. Unormowanie takie zostało ustanowione w art. 8b Traktatu o Unii Europejskiej z Maastricht z 7 lutego 1992 roku, na mocy którego każdy obywatel Unii zamieszkały na terenie państwa członkowskiego, którego nie jest obywatelem, posiada prawo do głosowania oraz kandydowania w państwie członkowskim, na takich samych zasadach jak jej obywatel w wyborach samorządowych (ust. 1) i do Parlamentu Europejskiego (ust. 2) oraz w art. 19 ust. 1 tzw. Traktatu akcesyjnego (TWE), który został podpisany przez Polskę 26 kwietnia 2003 roku w Atenach. Na jego mocy przystąpiliśmy do Unii Europejskiej. Szczegółowe rozwiązania dotyczące praw wyborczych do samorządu lokalnego zostały ujęte w dyrektywie 94/80/WE z 19 grudnia 1994 r.²². Należy też wskazać w tym przypadku na wyrok Trybunału Konstytucyjnego w sprawie K 18/04²³, w którym został zaskarżony Traktat akcesyjny. Jednym z postawionych zarzutów była sprzeczność jego art. 19 ust. 1 z art. 62 Konstytucji. W art. 19 ust. 1 została

¹⁸ K. Skotnicki, *Prawo wyborcze cudzoziemców*, [w:] oprac. zbior. pod red. Leszka Wiśniewskiego, *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, Warszawa 1997, s. 147.

¹⁹ K. Skotnicki, *Zasada powszechności...*, op. cit., s. 83.

²⁰ P. Uziębło, op. cit., s. 8.

²¹ *Ibidem*, s. 9.

²² Dz. U. WE. L 368 z 31.12.1994 r.

²³ Wyrok TK z 11 maja 2005 r., K 18/04.

wprowadzona regulacja rozszerzająca czynne i bierne prawo wyborcze w wyborach do samorządu lokalnego na każdego obywatela Unii mającego miejsce zamieszkania w państwie członkowskim, którego nie jest obywatelem, na takich samych zasadach jak obywatele tego państwa. W myśl art. 16 ust. 1 Konstytucji RP wspólnotę samorządową stanowi „ogół mieszkańców jednostek zasadniczego podziału terytorialnego”. W związku z wstąpieniem Polski do Unii Europejskiej należało dostosować przepisy prawne również i w tym zakresie do unormowań wspólnotowych. Pierwotnie poprzez znówelizowanie obowiązującej wówczas ordynacji samorządowej, a następnie poprzez uwzględnienie jej postanowień w pracach nad Kodeksem wyborczym²⁴. Wspomniana dyrektywa wyraźnie akcentuje, że przy przyznaniu praw wyborczych obywatelom Unii Europejskiej podstawowym celem jest zastosowanie zasady niedyskryminacji osób, które obywatelstwo to posiadają w stosunku do osób z obywatelstwem innego państwa z podkreśleniem prawa do swobodnego przemieszczania się i przybywania na terytorium innego państwa. Jest przewidziana możliwość pewnych odstępstw od tej priorytetowej zasady. Należy jednak podkreślić, że na ustawodawcy spoczywa obowiązek regulacji tych przesłanek z wyraźnym wskazaniem na specyficzne problemy danego państwa członkowskiego, które wpływają na ich powstanie, przy czym każde takie odstępstwo musi podlegać sprawdzeniu co do jego wyjątkowego charakteru. W uzasadnieniu Trybunał Konstytucyjny orzekł, że art. 19 ust. 1 TWE nie jest niezgodny z art. 1 i art. 62 ust. 1. W orzeczeniu wskazano, że przyznanie czynnego i biernego prawa wyborczego w wyborach lokalnych obywatelom UE nieposiadającym obywatelstwa polskiego, a mającym miejsce zamieszkania w Polsce, nie zagraża państwu jako dobru wspólnemu wszystkich obywateli polskich i nie stwarza niebezpieczeństwa dla jej niepodległości. Tłumaczono to w ten sposób, że wspólnota samorządowa uczestniczy jedynie w sprawowaniu władzy publicznej o charakterze lokalnym, gdzie nie mogą być podejmowane rozstrzygnięcia czy inicjatywy dotyczące całego państwa. Jak słusznie zauważa Piotr Uziębło, „o sprawach takich wspólnot powinni decydować wszyscy, którzy faktycznie do niej należą, w niej funkcjonują i są zdolni do podjęcia decyzji, a nie tylko osoby, które mają pewną formalną więź, kształtowaną przez obywatelstwo”²⁵. Dlatego też można zastanowić się, czy w wyborach na szczeblu samorządowym znaczenie obywatelstwa nie jest zdecydowanie mniejsze, niż w przypadku innych wyborów. W orzeczeniu Trybunału Europejskiego w sprawie C-145/04²⁶ Europejski Trybunał Sprawiedliwości orzekł, że prawa wyborcze, przynajmniej w odniesieniu do wyborów do Parlamentu Europejskiego, nie

²⁴ A. Olechno, *Uwagi na temat zasadności cenzusu obywatelstwa w wyborach samorządowych*, [w:] W. Skrzydło [et al.], *Konstytucyjne podstawy budowania i rozwoju społeczeństwa obywatelskiego w Polsce i na Ukrainie*, tom I, *Prawo naszych sąsiadów*, 2013, s. 220.

²⁵ Zob. P. Uziębło, *op. cit.*, s. 10

²⁶ Wyrok TK z 12 września 2006 r., C-145/04.

są ograniczone jedynie do obywateli Unii Europejskiej, co oznacza, że państwa członkowskie mogą przepisami wewnętrznymi rozszerzyć czynne i bierne prawa wyborcze na osoby, które nie będąc obywatelami UE, pozostają w ścisłym związku z tym państwem. Można pokusić się więc o stwierdzenie, że w tym wypadku obywatelstwo unijne stanowi przewagę nad obywatelstwem państwa członkowskiego²⁷. Zasadna wydaje się więc zmiana art. 62 Konstytucji w kwestii rozszerzenia zakresu podmiotowego czynnego prawa wyborczego. Wiązałoby się to jednak z koniecznością nowelizacji ustawy zasadniczej i bardzo precyzyjnym wskazaniem tychże podmiotów. Trybunał Konstytucyjny wskazuje jednak na pewną wątpliwość. Odwołując się do wspomnianej wyżej dyrektywy unijnej, która daje możliwość wprowadzenia pewnych zabezpieczeń prawnych ze względu na odstępstwa związane ze szczególnymi problemami państwa. Jedyną obawą, która mogłaby się pojawić, na którą uwagę zwraca przy tej okazji TK jest fakt, że obywatele innych państw członkowskich zamieszkujących tereny przygraniczne mogliby zdominować wspólnotę samorządową przez aktywne działanie na szkodę niepodległości Rzeczypospolitej Polskiej²⁸. W moim przekonaniu obawy te są stosunkowo odległe w czasie, gdyż udział obywateli państw członkowskich Unii Europejskiej w wyborach lokalnych jest minimalny. Z czasem niewykluczona jest propozycja zmian w kwestii rozszerzenia zakresu przedmiotowego praw wyborczych na obywateli Unii we wszystkich wyborach, które będą mieć miejsce w państwach członkowskich, ale obecny stan prawny eliminuje takie rozstrzygnięcie.

2. Indywidualne pozbawienie czynnego prawa wyborczego osób ubezwłasnowolnionych

Problemem, który ciągle ewoluuje, jest kwestia określenia podmiotów, które mogą uczestniczyć w najważniejszym dla każdego państwa wydarzeniu politycznym, mianowicie wyborach powszechnych. W tym kontekście należy poruszyć następny z wspomnianych na początku tej pracy cenzus wyborczy, mianowicie ubezwłasnowolnienie oraz postawić pytanie, kogo można uznać za niezdolnego do udziału w wyborach czy referendum. Powszechnie uznaje się, że są to osoby, które nie osiągnęły wymaganego wieku. Współcześnie wiek ten jest określany najczęściej w konstytucjach i kształtuje się obecnie na poziomie pełnoletności cywilnej. W przypadku Austrii, jak już podkreślałam, w ostatnich wyborach parlamentarnych głosować można było po ukończeniu 16. roku życia. Problematyka ta zostanie omówiona w dalszej części pracy.

²⁷ *Ibidem*, s. 10.

²⁸ Wyrok TK z 11 maja 2005 r., *op. cit.*

Kwestia wieku budzi wyraźne dylematy, jednak problem może wynikać w przypadku, gdy dana osoba spełni wymóg wieku, ale przeszkoda pojawi się natury psychicznej²⁹, ograniczając tym samym spełnienie obowiązku wyborczego. W literaturze przedmiotu można spotkać się z określeniem takich osób, których stan umysłu nie pozwala na rozeznanie swoich czynów i zamierzonych celów jako niedorozwiniętych, nienormalnych, debili itp., co nie daje możliwości pełnego uogólnienia³⁰. Jak słusznie podkreśla Marek Piechowiak, „Ważne jednak jest, aby brać pod uwagę wewnętrzne ukierunkowania każdej osoby do osobowego rozwoju i jej relacji do środków realizacji rozwoju. Zatem nie wszystkim należne są takie same dobra. Punktem odniesienia jest konkretny człowiek, żyjący w określonych okolicznościach”³¹.

Do początku lat 80. XX wieku dominowało rozwiązanie prawne, które wprowadzało automatyzm w pozbawianiu prawa wyborczego osoby ubezwłasnowolnionej. Zwraca się jednak uwagę, aby uznanie osoby za ubezwłasnowolnioną nastąpiło po odpowiednich badaniach z uwzględnieniem rzeczywistej zdolności takiej osoby do podejmowania racjonalnych decyzji wyborczych³². Obecnie coraz częściej dominuje przesądzenie, że osoby takie nie powinny być alienowane od społeczeństwa, środowiska, czy rodziny³³ (mowa o modelu opieki psychiatrycznej zwanym „partnerskim”, który zastępuje dawniej stosowany model „opiekuńczy”³⁴). W celu niezbędnej ochrony osoby ubezwłasnowolnionej oraz społeczeństwa, w którym ona funkcjonuje przed skutkami spowodowanymi jej stanem zdrowia, ograniczenie praw, w tym obywatelskich, powinny być czymś zupełnie wyjątkowym, sporadycznym³⁵. Należy podkreślić, że osoby z niepełnosprawnością intelektualną bądź psychiczną mogą być bardziej zorientowane w kwestiach politycznych, zdarzeń, które na bieżąco występują w polityce, od osoby w pełni sprawnej intelektualnie. Ich głosowanie może być równie świadome³⁶.

Niniejsze dywagacje mają na celu przedstawienie z jednej strony prawa i orzecznictwa międzynarodowego, odnoszącego się do kwestii poszanowania zdolności do czynności prawnych osób z niepełnosprawnościami oraz z drugiej wpływu tych regulacji na kształtowanie krajowego cenzusu wyborczego dotyczącego poruszanej tematyki. Należy podkreślić, iż równość przysługujących praw wszystkim obywatelom ma rangę międzynarodową. Konwencja ONZ o prawach osób niepełnosprawnych z 2006 r.

²⁹ K. Skotnicki, *Czy ubezwłasnowolnienie może pozostać w Polsce cenzusem wyborczym?*, [w:] J. Jaskiernia (red.), *Uniwersalny i regionalny wymiar ochrony praw człowieka. Nowe wyzwania – nowe rozwiązania*, tom 2, Warszawa 2014, s. 31.

³⁰ K. Skotnicki, *Zasada powszechności...*, *op. cit.*, s. 140.

³¹ M. Piechowiak, *Pojęcie praw człowieka*, [w:] *Podstawowe prawa jednostki...*, *op. cit.*, s. 23.

³² P. Uziębło, *op. cit.*, s. 31–32.

³³ K. Skotnicki, *Czy ubezwłasnowolnienie...*, *op. cit.*, s. 33.

³⁴ K. Skotnicki, *Zasada powszechności...*, *op. cit.*, s. 147.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*.

w art. 29 nakłada na państwa-strony konwencji obowiązek zagwarantowania osobom niepełnosprawnym umysłowo prawa polityczne (w tym czynne i bierne prawa wyborcze) oraz możliwość korzystania z nich na równi z innymi osobami. Nadużywanie instytucji ubezwłasnowolnienia zostało również dostrzeżone przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu. Na potrzeby niniejszej pracy należy wskazać na wyrok ETPCz z dnia 27 marca 2008 r.³⁷, w którym Trybunał podkreślił, że „ingerencja w prywatne życie skarżącego była bardzo poważna. W wyniku ubezwłasnowolnienia skarżący stał się całkowicie uzależniony od swojego opiekuna ustawowego w niemal wszystkich dziedzinach życia”. Co więcej „ubezwłasnowolnienie całkowite zastosowane zostało bezterminowo, i nie mogło być, jak pokazuje przypadek skarżącego, zaskarżone przez inną osobę niż opiekuna, który sprzeciwiał się jakimkolwiek próbom uchylenia tego środka”. Osoby pozbawione zdolności do czynności prawnych są automatycznie pozbawiane m.in. czynnego i biernego prawa wyborczego. W kolejnym wyroku, który ma olbrzymie znaczenie dla nowelizacji prawa krajowego, Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku z 20 maja 2010 roku w sprawie *Alajos Kiss v. Węgry* uznał, iż pozbawianie z mocy prawa osoby ubezwłasnowolnionej czynnego prawa wyborczego jest niezgodne z art. 3 Protokołu nr 1 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Warto nadmienić, że stwierdzono u niego depresję dwubiegunową. W 2005 r. został on częściowo ubezwłasnowolniony, przez co – zgodnie z Konstytucją węgierską – został pozbawiony praw wyborczych. Kiedy rok później nadeszły wybory parlamentarne, dowiedział się, że został skreślony z listy wyborców. Po wyczerpaniu wszystkich środków zaskarżenia na poziomie krajowym wniósł skargę do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, zarzucając nieuzasadnioną dyskryminację i w konsekwencji pozbawienie go prawa wyborczego, które przysługuje każdemu obywatelowi państwa. W skardze podniósł, że co prawda istnieją osoby ubezwłasnowolnione, które nie mają faktycznej zdolności do podejmowania żadnych racjonalnych decyzji i które nie powinny, dla dobra państwa, korzystać z prawa wyborczego, jednakże w jego przypadku wskazania do ograniczenia go w zdolności do czynności prawnych (których nie negował, nie apelował od tego orzeczenia, nie chciał też jego zniesienia, biorąc pod uwagę swoje tendencje do niepowstrzymanego, zbyt rozrutnego wydawania pieniędzy w okresie manii i ochronę, którą ubezwłasnowolnienie mu zapewniało) nie miały związku z jego zdolnością do podejmowania decyzji o charakterze politycznym, a ubezwłasnowolnienie zostało orzeczone wyłącznie w celu zapewnienia mu ochrony w stosunkach cywilno-prawnych, przede wszystkim finansowych. Podkreślił też, że nawet gdyby sąd orzekający o ubezwłasnowolnieniu chciał badać taki związek, to nawet w przypadku stwierdzenia jego braku nie mogłby, ograniczając go w zdolności do czynności prawnych, pozostawić mu

³⁷ Wyrok ETPCz z dnia 27 marca 2008 r., *Sztukaturow przeciwko Rosji*, skarga nr 44009/05.

prawa wyborczego, gdyż utrata w takim przypadku tego prawa wynika wprost z konstytucji. Trybunał podzielił ten pogląd, a w uzasadnieniu przywołał Zalecenia Komitetu Ministrów Rady Europy R(99)4 o zasadach odnoszących się do ochrony prawnych dorosłych pozbawionych możliwości działania, Zalecenia Komitetu Ministrów Rady Europy R(2006)5 o programie działań Rady Europy na rzecz promowania praw oraz pełnego uczestnictwa osób z niepełnosprawnością w życiu społecznym, jak i opinię, które przewidują, iż żadna osoba z niepełnosprawnością nie powinna być pozbawiona czynnego oraz biernego prawa wyborczego ze względu na swoje zdrowotne ograniczenie. Na podstawie orzeczenia sądu po dokonaniu indywidualnej oceny można stwierdzić niepełnosprawność albo pozbawić praw politycznych, gdyż inaczej dojdzie do naruszenia art. 3 Protokołu 1 do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka³⁸. Przywołał również art. 29 Konwencji ONZ o prawach osób niepełnosprawnych, sporządzoną w Nowym Jorku w dniu 13 grudnia 2006 roku, która wyraźnie nakłada na państwa-strony konwencji obowiązek zagwarantowania osobom niepełnosprawnym umysłowo prawa polityczne oraz możliwość korzystania z nich.

W następstwie tego wyroku w Konstytucji Węgier uchwalonej dnia 18 kwietnia 2011 roku przez Zgromadzenie Krajowe w części „Wolność i odpowiedzialność” w art. XXIII ust. 6 ustanowiono, iż nie korzysta z tego prawa wyborczego osoba, która została go pozbawiona przez sąd, u której stwierdzono niepoczytalność³⁹.

Jak słusznie zauważa Krzysztof Skotnicki, „konsekwencją wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *Alajos Kiss v. Węgry* powinna nastąpić zmiana regulacji art. 62 ust. 2 Konstytucji RP⁴⁰. Przepis ustanawia prawo do wolnych wyborów. W powołanym powyżej wyroku Europejski Trybunał Praw Człowieka przywołał dotychczasowe orzecznictwo, zgodnie z którym prawo do głosowania nie jest przywilejem. Należy nie zapominać, że Polska ratyfikowała Konwencję o prawach osób niepełnosprawnych z 13 grudnia 2006 roku⁴¹, która weszła w życie w naszym państwie 25 października 2012 roku. W „Preamble” w punkcie o) jest uregulowane, iż o jej przyjęciu przeważało to, że „osoby niepełnosprawne powinny mieć możliwość aktywnego udziału w procesie podejmowania decyzji w zakresie polityki i programów”. Artykuł 4 ust. 1 pkt. b jest gwarantem zobowiązania państwa-strony do podjęcia środków ustawodawczych w celu zmiany lub uchylecia obowiązujących ustaw, które dyskryminują osoby niepełnosprawne. Moim zdaniem ubezwłasnowolnienie osób z niepełnosprawnością intelektualną nie

³⁸ J. Kisielińska, *Prawa wyborcze osób pozbawionych wolności w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Wiedza prawnicza” 2012, nr 6, s. 23.

³⁹ T. Drinóczi, *Nowy węgierski system wyborczy*, Studia Wyborcze, tom XIII, Łódź 2012, s. 52–53.

⁴⁰ K. Skotnicki, *Czy ubezwłasnowolnienie...*, op. cit., s. 36. Tezę tę powtórzył również w pracy: *Prawa wyborcze osób niepełnosprawnych i ich gwarancje*, [w:] E. Widawska i K. Skotnicki (red.), *Spoleczne i prawne aspekty funkcjonowania osób z niepełno sprawnościami*, Częstochowa 2014, s. 158.

⁴¹ Dz. U. z 2012 r., poz. 1169.

mieści się we wprowadzonych przez art. 31 ust. 3 Konstytucji granicach ingerencji w wolności i prawa jednostki. Ponadto może prowadzić do niezgodności z art. 12 Konwencji o prawach osób z niepełnosprawnościami. W świetle zachodzących zmian w sposobie postrzegania niepełnosprawności, po przeanalizowaniu wyroków w świetle postanowień konwencji oraz orzecznictwa ETPCz, nie jest możliwe stosowanie ubezwłasnowolnienia w stosunku do osób z niepełnosprawnością intelektualną oraz z zaburzeniami psychicznymi z zachowaniem konstytucyjnie przewidzianych przesłanek ingerencji w sferę wolności i praw jednostki⁴². W świetle powyższych przepisów prawa międzynarodowego i ich interpretacji stosowanej przez Komitet Praw Osób z Niepełnosprawnościami ONZ oraz Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu nie ulega wątpliwości, że polskie regulacje dotyczące osób z niepełnosprawnością intelektualną lub psychospołeczną są znacząco odbiegające.

Ważne jest, aby jednak kwestia osób ubezwłasnowolnionych nie była ignorowana przez decydentów politycznych, ale żeby przez presję rodzin, których omawiany problem dotyczy, był podejmowany w celu rozpowszechniania i uświadamiania innym rodzinom, że ten temat nie jest wstydlivy i mają prawo występować o dokonanie zmian w sferze stosunków cywilno-prawnych dla lepszego funkcjonowania ich bliskich, którzy cierpią na chorobę psychiczną oraz wiązał się z szybką i efektywną reakcją. W przeszłości można nawet pokusić się o podjęcie postulatu mającego na celu nałożenie na lekarzy obowiązku występowania do sądu z wnioskiem o ubezwłasnowolnienie konkretnego pacjenta lub chociażby pozbawienie go praw wyborczych⁴³.

3. Obniżenie granicy wieku jako cenzusu wyborczego

Na całym świecie oczywiste jest, że możliwość uczestniczenia w głosowaniu oraz w kandydowaniu wymaga spełnienia określonych przesłanek, przede wszystkim posiadania minimalnego wymagania życiowego związanego z osiągnięciem określonego wieku⁴⁴. Ze względu na powagę wyborów ważne jest, aby udział w nich był aktem w pełni świadomym. Stałą tendencją jest propozycja umożliwienia głosowania młodszym obywatelom, którzy w dniu wyborów ukończą 16. rok życia. Taka regulacja wyborcza podejmowana była w wielu państwach Europy, zyskując przy tym przychylność instytucji

⁴² M. Zima-Parjaszewska, *Ubezwłasnowolnienie w świetle Konstytucji RP oraz Konwencji o Prawach Osób z Niepełnosprawnościami*, Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego, https://www.google.pl/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CCEQFjA-AahUKEwiluPW7z-_HAhWFbhQKHXRkBQE&url=http%3A%2F%2Fwww.ptpa.org.pl%2Fpublic%2Ffiles%2Fpublikacje%2FEkspertyza_OSI_-_Ubezwlasnowolnienie.doc&usg=AFQjCNFWrkW8-NiQSkS6FYp5NslcaBs8Rtw (dostęp: 25.10.2014 r.)

⁴³ K. Skotnicki, *Czy ubezwłasnowolnienie...*, op. cit., s. 36.

⁴⁴ K. Skotnicki, *Zasada powszechności...*, op. cit., s. 99.

międzynarodowych – Parlamentu Europejskiego i Rady Europy. Skutecznie wprowadzona też została m.in. we wspomnianej Austrii. Jak słusznie podkreśla Jarosław Zbieranek, „Rozważania te nie pozostały bez wpływu na prace nad reformami procedur wyborów dotyczących wyborów europejskich. Obniżenie wieku wyborczego jest bowiem poważnie rozpatrywane jako doniosły element nowej, wspólnej regulacji wyborczej do Parlamentu Europejskiego”⁴⁵. Zwolennicy tego postulatu argumentują, że w obecnych czasach mamy coraz większy dostęp do informacji, w tym przypadku politycznych, szczególnie w przypadku młodych wyborców. Najbardziej rozpowszechnionym źródłem informacji jest Internet, który dostarcza wielu informacji o państwie, w którym żyjemy. Dopuszczenie takich osób jest w pełni wskazane, jak postuluje Piotr Uziębło, gdyż „przyczyni się do braku wykluczenia młodych osób z procesu wyborczego, dając im możliwość współdecydowania o funkcjonowaniu danego kraju, w którym żyją, współdecydowania o jego przyszłości (regionu, gminy), a więc środowiska, w którym będą funkcjonować przez kolejne lata”⁴⁶. Czy taki argument można uznać za słuszny? W moim przekonaniu zapewne dostęp do Internetu daje wiele możliwości, pomaga poszerzyć horyzonty, pozyskać cenne informacje. Ale niewątpliwie wymaga też pewnych umiejętności, przede wszystkim korzystania z pozyskanych informacji, ale również umiejętność selekcjonowania i odpowiedniego ich przetwarzania dla kształtowania swojej wiedzy. Pragnę zwrócić uwagę na fakt, że niepełnoletni wyborcy pozostają jeszcze pod silnym wpływem swoich rodziców, co nieuchronnie determinuje ich wybory polityczne⁴⁷. Jak słusznie zauważa Krzysztof. Prokop, „postulat obniżenia cenzusu wieku do lat 16 nacechowany jest ideologicznie, a jego realizacja oznacza wzrost poparcia dla najbardziej radykalnych środowisk politycznych”⁴⁸. Idealnie pokazały to wybory do Parlamentu austriackiego w 2008 roku, gdzie znacząca część wyborców w tym przedziale wiekowym głosowała na partie skrajnej prawicy⁴⁹.

Z badań przeprowadzonych w projekcie „Wybory? Lubię to!” młodzi ludzie w zdecydowanej większości uważają wybory za istotne. Ponad 83% (czyli 2321 ankietowanych) uznało, że akt głosowania w wyborach jest ważny. Odmiennego zdania było tylko 6,5% badanych (185 osób), a niewiele ponad 10% nie miało w tej sprawie zdania. Na 2813 przebadanych młodych osób 66% zadeklarowało, że weźmie udział w nadchodzących wyborach do Parlamentu Europejskiego, z tego 869 (31% odpowiedzi) osób

⁴⁵ J. Zbieranek, *Młodzi a innowacje w prawie wyborczym*, [w:] J. Zbieranek (red.), *Europejskie wybory młodych*, Toruń 2014, s. 57.

⁴⁶ P. Uziębło, , op. cit., s. 17.

⁴⁷ M. Waszak, J. Zbieranek, *Propozycja obniżenia wieku czynnego prawa wyborczego do lat 16. Wybrane zagadnienia*, Instytut Spraw Publicznych, Warszawa 2010, s. 7.

⁴⁸ K. Prokop, *Prawa wyborcze młodzieży*, Studia Wyborcze, tom XIX, Łódź 2010, s. 103.

⁴⁹ *Ibidem*.

wyraziło to w sposób zdecydowany⁵⁰. Wiadomo, że duże znaczenie będzie mieć poziom wiedzy życiowej, wielość doświadczeń. Ze względu na różny czas, w jakim dana jednostka będzie uzyskiwać samodzielność, ciężko wskazać wiek, w którym owe zdolności pozyska i będą w pełni wystarczające do podejmowania decyzji, a przede wszystkim posiadania świadomości w kwestii życia politycznego. Należy jednak pamiętać, że perspektywę polityczną inaczej będzie widzieć osoba, która utrzymuje się sama i nie jest od nikogo zależna, a inaczej osoba żyjąca z rodzicami. Jak wskazują sondaże wyborcze, w grupie poniżej 18. roku życia popularność pewnych ugrupowań politycznych jest nadproporcjonalnie wysoka⁵¹. Jak niełatwo się domyśleć, postulują oni łatwe i proste rozwiązania polityczno-społeczno-ekonomiczne, gdyż przez to są w stanie dotrzeć do potencjalnie najmłodszych, o obniżonej granicy wieku wyborców⁵². Jak już wcześniej wspomniałam, dużą rolę w pozyskiwaniu informacji odnośnie do wyborów spełnia Internet. Choć młodzi ludzie korzystają z niego ponad dwa razy częściej niż osoby powyżej 45. roku życia, to znaczący jest również udział telewizji i radia⁵³. Jednak warto zwrócić także uwagę na dwa źródła usytuowane pośrodku wskazań. Co naturalne, młodzi wyborcy w porównaniu z badanymi z innych grup wiekowych częściej czerpią informacje od znajomych i członków rodziny oraz z billboardów i plakatów⁵⁴.

Zwolennicy obniżenia do 16 lat granicy wieku niezbędnej do jego uzyskania postulują, że może się to przyczynić do zwiększenia frekwencji wyborczej. Liczą, iż ta grupa wyborców aktywnie włączy się w życie polityczne, chociażby ze względu na własną ciekawość odnośnie do skorzystania z tego prawa. Jak słusznie podkreśla Piotr Uziębło, „będzie to liczba większa w ujęciu sumarycznym. Trudno bowiem uznać, że wzrośnie również frekwencja w ujęciu procentowym”⁵⁵. Dlatego też uważam, że argument profrekwencyjny może okazać się z czasem wątpliwy, gdy osoby, które uzyskały prawo wyborcze, z wielu dla nich priorytetowych względów zaniedbają realizacji obowiązku oraz prawa przysługującego konstytucyjnie każdemu obywatelowi w kolejnych wyborach, gdyż ich ciekawość w dokonaniu tego aktu będzie już raz spełniona.

Pomimo wielu pozytywnych argumentów przedstawianych przez postulujących, należy przypomnieć, iż Konstytucja RP w art. 62 ust. 1 przewiduje dla uzyskania czynnego prawa wyborczego granicę 18 lat, a prawo unijne tej problematyki nie reguluje⁵⁶.

⁵⁰ B. Michalak, *Europejskie wybory młodych*, [w:] J. Zbieranek (red.), *Europejskie wybory młodych*, Toruń 2014, s. 30

⁵¹ M. Waszak, J. Zbieranek, *op. cit.*, s. 7.

⁵² P. Uziębło, *op. cit.*, s. 18.

⁵³ A. Frydrych, *Młodzi a informacje o wyborach*, [w:] J. Zbieranek (red.), *Europejskie wybory młodych...*, *op. cit.* s. 37.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ P. Uziębło, *Czy w XXI wieku...*, s. 19.

⁵⁶ Propozycja obniżenia wieku wyborczego była rozpatrywana również przez Radę Europy. Niestety dokument *Rozszerzanie demokracji przez obniżanie wieku uprawniającego do głosowania*, w którym

Dlatego w zgłaszanej inicjatywie ustawodawczej zakładano obniżenie wieku do 16 lat tylko wyłącznie w wyborach do Parlamentu Europejskiego⁵⁷. Projekt tej regulacji został jednak odrzucony mimo prób, jakie były podejmowane w związku z jego przyjęciem. Należy w tym kontekście w szczególności przywołać rozbudowane i podejmowane z dużym rozmachem prace Komisji Spraw Konstytucyjnych Parlamentu Europejskiego ubiegłej kadencji (lata 2004–2009), kontynuowanych w kadencji (2009–2014). Pakiet zmian w regulacji wyborczej, który zakładał m.in. obniżenie wieku uprawniającego do głosowania we wszystkich państwach członkowskich do lat 16, został ujęty w dokumencie autorstwa brytyjskiego posła do Parlamentu Europejskiego Andrew Duffa. Docelowo miał stać się częścią projektu w sprawie wniosku PE do Rady dotyczącego zmiany „Aktu o wyborach” z 1976 roku (aktu, który wyznacza wspólne ramy przeprowadzania wyborów do PE w państwach członkowskich). Jak słusznie podkreśla Jarosław Zbieranek, „Nowe rozwiązania miały spowodować do zatrzymania trendu malejącej frekwencji wyborczej, a w szerszym wymiarze – do wzmocnienia funkcji przedstawicielskiej PE i przygotowania prawnej oraz instytucjonalnej podstawy do wykształcenia się jednego, europejskiego elektoratu”⁵⁸. Ze względu na brak poparcia ta regulacja nie mogła być jednak wprowadzona. W marcu 2014 roku Centrum Badania Opinii Społecznej przeprowadziło w ramach projektu „Wybory? Lubię to!” badanie na reprezentatywnej grupie Polaków. Ankietowanych zapytano ogólnie o obniżenie wieku wyborczego do 16 lat, bez wskazania na konkretne wybory. Jego wyniki wyraźnie wskazują na wzrost niechęci i negatywnych ocen do proponowanego rozwiązania. Przeciwników obniżenia wieku, i to wśród osób poniżej 18 lat, było aż 84%, z czego 60% określiło swoją opinię jako „zdecydowanie przeciwko”. Popierających było zaledwie 12%. W porównaniu z przeprowadzonymi badaniami przez SMG/KRC w 2010 roku, które wyraźnie wskazują na brak poparcia dla idei obniżenia wieku wyborcy do lat 16, oraz duży dystans do tej propozycji ze strony młodych wyborców, których *de facto* ten pomysł dotyczy wprost, na podstawie ankiety przeprowadzonej podczas realizacji projektu „Wybory? Lubię to!”, za takim rozwiązaniem opowiedziało się tylko 5,4%, natomiast przeciwko ponad 50% badanych⁵⁹. W porównaniu z 2014 rokiem poparcie dla obniżenia wieku wyborczego wśród wyborców najmłodszych – w grupie 18–24 lata – było wyższe, gdyż w 2010 roku wyniosło 23%, a w przypadku roku 2014 tylko 15% ankietowanych było za zmianą⁶⁰.

kilkunastu członków Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy zaproponowało obniżenie wieku uprawniającego do oddania głosu do 16 lat, nie został uznany ostatecznie za oficjalne stanowisko Rady Europy.

⁵⁷ Druk nr 2110/VII kadencja Sejmu.

⁵⁸ J. Zbieranek, *op. cit.*, s. 58.

⁵⁹ M. Waszak, J. Zbieranek, *Europejskie wybory młodych*, *op. cit.*, s. 67.

⁶⁰ J. Zbieranek, *op. cit.*, s. 59.

Podsumowanie

Dokonana próba przedstawienia trzech obowiązujących w prawie wyborczym cenzusów wyborczych niewątpliwie nie wyczerpuje tej tematyki. W odniesieniu do standardów międzynarodowych, które wpływają na regulacje krajowe cenzusów, są to najważniejsze i najbardziej kontrowersyjne w moim przekonaniu, zagadnienia, będące przedmiotem dyskusji politycznych i naukowych. Jak widać, prawo wyborcze, które ulega częstym zmianom, nie bez przyczyny określane jest za jądro całego systemu politycznego państwa oraz ma swoje odzwierciedlenie w regulacjach prawa Unii Europejskiej oraz innych unormowaniach międzynarodowych, skąd wynika konieczność jego dostosowywania do tych regulacji.

Niezaprzeczalnym faktem jest, że wiek XXI przyniósł istotne wyzwania dla określenia podmiotów, które mogą korzystać z praw wyborczych⁶¹ w sytuacjach od nich do końca niezależnych. Należy jednak pamiętać, że świat podlega wciąż procesom zmian, stąd prawo nie może być im obojętne, tylko powinno być przez ustawodawcę dostosowywane do zmieniających się warunków, w jakich przyszło funkcjonować danym jednostkom. Dlatego nie można udawać, że obowiązujące dotychczas regulacje prawne nie wymagają reformy. Jak słusznie zauważa Piotr Uziębło, „konserwatyzm w sferze cenzusów wyborczych z jednej strony może prowadzić do nieuzasadnionego przyznania ich osobom, których więzi z państwem, w którym chcą je realizować będą niezwykle słabe, z drugiej zaś może on wykluczać prawa innych osób, które chciałyby aktywnie uczestniczyć w życiu społecznym”⁶². Funkcjonując w danej społeczności, osoby, które nie posiadają obywatelstwa państwa napotykaają na codzienne problemy jak obywatele tego państwa, których rozwiązanie upatrywane jest wśród władz lokalnych jako przedstawicieli narodu. Stąd też ograniczenia prawa wyborczego byłyby nietożsame z pojęciem wspólnoty samorządowej⁶³ i przysługującymi jej członkom prawami. Nie możemy również pomijać kwestii praw osób, które mają ograniczoną sprawność umysłową. W tym zakresie decyzja powinna zapadać, mając zawsze na uwadze dobro danej jednostki w ujęciu indywidualnym. Rolą sądu jest, aby ocena była wydawana adekwatnie do poziomu braku rozeznania osoby na tle rzeczywistości, w której funkcjonuje. Ostatnią kwestią, która wywołuje dylematy natury prawnej, politycznej czy społecznej, jest obniżenie granicy wieku wyborcy do 16. roku życia. Temat ten, choć po części akceptowany przez państwa europejskie, jest tym, który w przyszłości może dopiero nabrać poważnego charakteru prawnego. Przeprowadzona w pracy analiza nie pretenduje do miana wyczerpującej. Jest to wstępny materiał pobudzający do dyskusji nad funkcją cenzusu wieku wśród państw

⁶¹ P. Uziębło, *Czy w XXI wieku...*, op. cit., s. 35.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ K. Skotnicki, *Zasada powszechności...*, op. cit., s. 282.

demokratycznych oraz dalszej obserwacji wpływu regulacji międzynarodowych na kształtowanie prawa krajowego w kwestii cenzusów wyborczych. Być może za kilka lat prawo głosu będzie przyznane po ukończeniu 16. roku życia i przyczyni się do ukształtowania nowego standardu prawa wyborczego w Europie⁶⁴. Na koniec pozwolę sobie jednak stwierdzić, że obniżenie progu wieku czynnego prawa wyborczego w głosowaniu do Parlamentu Europejskiego nie wymagałoby zmiany konstytucji. Wspomniany wielokrotnie w tej pracy art. 62 ust. 1 Konstytucji RP wskazuje, iż obywatel polski ma prawo udziału w referendum oraz prawo wybierania prezydenta, posłów, senatorów i przedstawicieli do organów samorządu terytorialnego, jeżeli najpóźniej w dniu głosowania kończy 18 lat. Nie ma tutaj mowy o wyborach do Parlamentu Europejskiego.

⁶⁴ M. Waszak, J. Zbieranek, *Propozycja obniżenia wieku...*, op. cit., s. 16.

Międzynarodowa obserwacja wyborów jako narzędzie ochrony podmiotowych praw wyborczych

1. Międzynarodowa obserwacja wyborów a zasada wolnych wyborów

Jedną z podstawowych zasad prawa wyborczego decydującą o demokratycznym charakterze elekcji jest zasada wolnych wyborów. Dyrektywa ta wyrażona została w licznych aktach prawa międzynarodowego, w tym w szczególności w art. 21 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r.¹, art. 3 Protokołu dodatkowego do Europejskiej konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 1950 r.², czy w art. 25 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 1966 r.³. Zasadzie wolnych wyborów wiele uwagi poświęcono także w Kodeksie dobrej praktyki w sprawach wyborczych przyjętym w 2002 r. przez Europejską Komisję na rzecz Demokracji przez Prawo⁴. W niektórych porządkach prawnych zasada ta została wysłowniona *expressis verbis* na poziomie ustawy zasadniczej, jak chociażby w przypadku Hiszpanii, Rumunii, Mołdawii czy Portugalii⁵. W polskim porządku prawnym dyrektywa wolnych wyborów postrzegana jest aktualnie jako reguła niepisana, nie została

¹ Art. 21 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka brzmi: „1. Każdy człowiek ma prawo do uczestniczenia w rządzeniu swym krajem bezpośrednio lub poprzez swobodnie wybranych przedstawicieli. 2. Każdy człowiek ma prawo równego dostępu do służby publicznej w swym kraju. 3. Wola ludu jest podstawą władzy rządu; wola ta wyraża się w przeprowadzanych okresowo rzetelnych wyborach, opartych na zasadzie powszechności, równości i tajności, lub na innej równorzędnej procedurze, zapewniającej wolność wyborów”.

² Art. 3 Protokołu dodatkowego do Konwencji praw człowieka i podstawowych wolności brzmi: „Wysokie Układające się Strony zobowiązują się organizować w rozsądnych odstępach czasu wolne wybory oparte na tajnym głosowaniu, w warunkach zapewniających swobodę wyrażania opinii ludności w wyborze ciała ustawodawczego”.

³ Art. 25 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych brzmi: „Każdy obywatel ma prawo i możliwości, bez żadnej dyskryminacji, o której mowa w artykule 2, i bez nieuzasadnionych ograniczeń: a) uczestniczenia w kierowaniu sprawami publicznymi bezpośrednio lub za pośrednictwem swobodnie wybranych przedstawicieli; b) korzystania z czynnego i biernego prawa wyborczego w rzetelnych wyborach, przeprowadzanych okresowo, opartych na głosowaniu powszechnym, równym i tajnym, gwarantujących wyborcom swobodne wyrażenie woli; c) dostępu do służby publicznej w swoim kraju na ogólnych zasadach równości”.

⁴ Code of Good Practice in Electoral Matters. Guidelines and Explanatory Report, przyjęty przez Komisję Wenecką na 52 sesji, Wenecja 18–19 października 2002, CDL-AD (2002) 23 rev., zob. pkt 3 wytycznych.

⁵ G. Kryszewski, *Standardy prawne wolnych wyborów parlamentarnych*, Białystok 2007, s. 62.

bowiem bezpośrednio wyrażona ani w Konstytucji RP⁶, ani Kodeksie wyborczym⁷. Niemniej jednak jej obowiązywanie przez wielu konstytucjonalistów oraz praktyków prawa wyborczego wywodzone jest z zasady demokratycznego państwa prawa⁸ (art. 2 Konstytucji RP).

Znaczenie przywołanej zasady dla zagadnienia stanowiącego przedmiot niniejszej pracy – instytucji międzynarodowej obserwacji wyborów jako efektywnego narzędzia ochrony praw wyborczych – jest kluczowe. Choć zasada wolnych wyborów nie jest pojmowana w doktrynie prawa wyborczego jednolicie⁹, to jej znaczenie – za Andrzejem Sokalą – sprowadzić można do kilku elementów konstytutywnych. Tym samym dyrektywę tę rozumieć należy jako składową trzech wolności: swobody zgłaszania kandydatów, swobody prowadzenia kampanii wyborczej (prezentacji kandydatów i ich wyborczych programów) oraz swobody wyrażania preferencji wyborczych (nieskrępowanego i wolnego od nacisków głosowania). Co więcej, każdorazowo proces wyborczy powinien być przeprowadzany przez niezależną i neutralną politycznie administrację wyborczą, a także – co niezwykle istotne – poddawany niezależnym mechanizmom kontrolnym (weryfikacyjnym)¹⁰. Zatem zasada wolnych wyborów umożliwia wyborcom nieskrępowany udział w procesie wyborczym, zarówno w charakterze czynnym, jak i biernym. Instytucja międzynarodowej obserwacji stanowi natomiast jedną z zasadniczych gwarancji tak pojmowanej zasady wolności wyborów, przy czym pojmować ją należy na dwóch płaszczyznach. Po pierwsze instytucja ta służy zagwarantowaniu właściwych, zgodnych z powszechnie przyjętymi standardami międzynarodowymi, regulacji normujących prawa wyborców i podmiotów rywalizacji wyborczej w toku procesu wyborczego. Z drugiej zaś strony rolą międzynarodowych obserwatorów jest weryfikacja przestrzegania tych przepisów w praktyce, a tym samym stworzenie efektywnych mechanizmów kontrolnych. W odniesieniu do pierwszego aspektu działalności międzynarodowych obserwatorów

⁶ Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej, Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.; dalej jako: Konstytucja RP.

⁷ Ustawa z dnia 5 stycznia 2011 r. – Kodeks wyborczy, Dz. U. z 2011 r. Nr 21, poz. 112 ze zm.; dalej też jako: k.w.

⁸ Takie stanowisko zajmują m.in.: F. Rymarz, *Udział sędziów w organach wyborczych*, [w:] F. Rymarz (red.), *Demokratyczne prawo wyborcze Rzeczypospolitej Polskiej (1990–2000)*, Warszawa 2000, s. 34–35 oraz J. Buczkowski, *Podstawowe zasady prawa wyborczego III Rzeczypospolitej*, Lublin 1998, s. 220.

⁹ Pojęcie wolnych wyborów definiowane było m.in. przez A. Sokalę [w:] A. Sokala, B. Michalak, P. Uziębło, *Leksykon prawa wyborczego i referendalnego oraz systemów wyborczych*, Warszawa 2013, s.v. wolnych wyborów zasada; M. P. Gapski [w:] D. Dudek, M. Gapski, W. Łączkowski (red.), *Amicus Homini et defensor iustitiae. Przyjaciel człowieka i obrońca sprawiedliwości. Księga jubileuszowa w 70. rocznicę urodzin Sędziego Ferdynanda Rymarza*, Lublin 2010, s. 172 i nast.; B. Banaszak, *Porównawcze prawo konstytucyjne współczesnych państw demokratycznych*, Warszawa 2012, s. 260; J. Buczkowski, *op. cit.*, s. 215; D. Nohlen, [w:] *Prawo wyborcze i system partyjny. O teorii systemów wyborczych*, Warszawa 2004, s. 36–37.

¹⁰ A. Sokala, [w:] A. Sokala, B. Michalak, P. Uziębło, *op. cit.*, s.v. zasada wolnych wyborów.

wskazać należy, iż zgodnie z pkt. 4 Declaration of Principles for International Election Observation¹¹, opracowanej przez pionierski dla obserwacji wyborów organ – Biuro Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie (ODIHR/OBWE), uczestnicy misji obserwacyjnych są zobowiązani do zbierania informacji dotyczących przepisów, procesów i instytucji związanych z procesem wyborczym, a następnie do poddawania ich wnikliwej analizie. Efektem tego typu działalności powinny być uzgadniane wspólnie w ramach misji konstruktywne wnioski w postaci zaleceń, rekomendacji i opinii. Na międzynarodowych obserwatorach wyborów ciąży więc obowiązek analizy przepisów prawa wyborczego obowiązujących w państwie poddanym obserwacji, a następnie ich weryfikacja w kontekście zgodności z międzynarodowo uznanymi standardami uczciwej i efektywnej procedury wyborczej. Przepisy te, co oczywiste, odnosić mogą się do aspektów technicznych oraz organizacyjnych wyborów, niemniej znaczną ich część każdorazowo stanowią będąc normy dotyczące gwarancji i realizacji podmiotowych praw wyborczych (w tym np. przesłanki posiadania podmiotowych praw wyborczych, dopuszczalności ich ograniczenia). Są to bowiem zagadnienia rudymenarne dla wszystkich ordynacji wyborczych. Z drugiej zaś strony międzynarodową obserwację wyborów postrzegać należy jako narzędzie, poprzez które realizowana jest dyrektywa wspierająca trzy podstawowe swobody składające się na zasadę wolnych wyborów, w postaci konieczności zapewnienia efektywnych mechanizmów weryfikujących proces wyborczy. Na międzynarodowych obserwatorach wyborów ciąży więc także obowiązek kontroli wykorzystania obowiązujących przepisów prawa w praktyce. W celu oceny danej elekcji jako spełniającej podstawowe standardy demokratyczne, nie wystarczy bowiem jedynie przyjęcie właściwych przepisów w aktach prawa powszechnie obowiązującego, ważna jest także odpowiednia praktyka ich stosowania.

Stwierdzić należy, iż międzynarodowa obserwacja wyborów stanowi ważki instrument ochrony podmiotowych praw wyborczych, gdyż jest to jedno z narzędzi służących realizacji zasady wolnych wyborów. Wolne wybory zaś stanowią jedno z podstawowych praw politycznych, wiążących się z uprawnieniami jednostek w zakresie kształtowania i wpływania na życie polityczne (czy szerzej publiczne). Uznanie oraz realizacja tego typu praw jest warunkiem *sine qua non* dla demokratycznego ustroju¹². Należy zgodzić się ze stanowiskiem Marcina Rulki, iż: „czynne i bierne prawo wyborcze mogą być w pełni realizowane tylko w wolnych wyborach spełniających standardy międzynarodowe, a ich poszanowanie stanowi warunek legitymacji wybranych w wyborach władz, nie

¹¹ Declaration of Principles for International Election Observation, opubl. na stronie https://www.ndi.org/files/1923_declaration_102705_0.pdf (dostęp: 8.11.14).

¹² M. Balcerzak, *Prawo do wolnych wyborów*, [w:] B. Gronowska [et al.], *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2010, s. 457.

tylko w kraju, ale też na arenie międzynarodowej”. Warto w tym miejscu dodać, iż kwestia ochrony praw człowieka, a zatem także ochrony podmiotowych praw wyborczych i umacniania procesów demokratycznych, w dobie postępujących procesów globalizacyjnych nie stanowi już wyłącznie wewnętrznej sprawy danego państwa. Tym samym międzynarodowa obserwacja wyborów staje się użytecznym narzędziem wspierania demokratycznych procedur wyborczych.

2. Motywy międzynarodowej obserwacji wyborów

Międzynarodowa obserwacja wyborów stanowi dziś instytucję szeroko rozpowszechnioną we współczesnym świecie. Jej początków dopatruje się w końcu lat 80. XX wieku, dynamiczny rozwój instytucji przypada natomiast na początek lat 90. XX w.¹³ Wtedy właśnie w wielu państwach europejskich zainicjowany został proces demokratyzacji, w wyniku którego w państwach należących do bloku komunistycznego rozpoczęto przebudowę systemów zgodnie z demokratycznymi standardami. Kwestią kluczową dla nowo powstających demokracji stało się właściwe przygotowanie oraz przeprowadzenie wolnych i uczciwych wyborów. Pamiętać bowiem należy, iż to właśnie wybory stanowią początek wielu dalszych procesów zachodzących w państwie. Podkreślono to także w preambule Declaration of Principles for International Election Observation, wskazując, iż prawdziwie demokratyczne wybory są podstawowym warunkiem rządów demokratycznych, gdyż stanowią *sui generis* środek łączności, poprzez który obywatele mają możliwość swobodnego wyrażenia swych preferencji wyborczych, zgodnie z przepisami prawa. Ponadto w Deklaracji podkreślono wprost, iż „osiągnięcie prawdziwie demokratycznych wyborów stanowi zaczątek становienia szerszych procesów i instytucji rządów demokratycznych¹⁴”.

Współcześnie podejmowanie międzynarodowych misji obserwacyjnych znajduje różnorakie uzasadnienie. Głównym argumentem jest wskazany wyżej aspekt ochrony podstawowych praw politycznych, jakimi są prawa wyborcze, a w dalszej perspektywie

¹³ M. Rulka, *Międzynarodowe obserwowanie wyborów lokalnych – wnioski dla polskiego samorządowego prawa wyborczego*, [w:] S.J. Jaworski, K.W. Czaplicki, *Dwudziestolecie demokratycznych wyborów w Polsce. Księga pamiątkowa z okazji obchodów 20-lecia demokratycznych wyborów Polsce*, Warszawa 2011, s. 133.

¹⁴ Fragment preambuły do Deklaracji brzmi: *Genuine democratic elections are a requisite condition for democratic governance, because they are the vehicle through which the people of a country freely express their will, on a basis established by law, as to who shall have the legitimacy to govern in their name and in their interests. Achieving genuine democratic elections is a part of establishing broader processes and institutions of democratic governance*; Declaration of Principles for International Election Observation, https://www.ndi.org/files/1923_declaration_102705_0.pdf, s. 1 (dostęp: 8.11.14).

demokratyzacja procedur wyborczych¹⁵. Misje obserwacyjne mogą wówczas przyjmować charakter profilaktyczny. Oznacza to, iż udział obserwatorów nie zawsze musi wiązać się z bezpośrednią reakcją na zauważone nieprawidłowości w poprzednich procesach wyborczych danego państwa. Część misji (choć stanowiąca zdecydowaną mniejszość) ma za zadanie nie tylko pewną interwencję, lecz sprawdzenie stanu rzeczy bądź nawet legitymizację właściwie prowadzonych procedur wyborczych. Niejednokrotnie obecność międzynarodowych obserwatorów stanowi także czynnik powstrzymujący od naruszeń, gdyż podmioty uczestniczące w elekcji (czynnie bądź biernie) mają świadomość, iż poddawani są niezależnej zewnętrznej kontroli. Taka atmosfera nie skłania do dokonywania naruszeń, zwiększa natomiast efektywność działania organów wyborczych oraz obserwatorów krajowych¹⁶.

W znacznej części przypadków asumptem do podjęcia obserwacji stają się jednak występujące permanentnie naruszenia prawa w państwie obserwowanym. W takim przypadku charakter misji, co do zasady, przybiera zgoła inną postać, zaś efektami prac zespołu obserwującego są konstruktywne rekomendacje, wskazujące na konieczność zmian w zakresie przyjętej regulacji bądź jej stosowania. Tego typu misje są nastawione na upublicznienie naruszeń w państwie obserwowanym i zwrócenie na nie uwagi władz, a także ujawnienie problemu na arenie międzynarodowej. Może to bowiem stanowić czynnik dyscyplinujący państwa aspirujące do miana państw demokratycznych. Z drugiej strony niekiedy państwa, w których dochodzi do naruszeń prawa wyborczego, same są zainteresowane zaproszeniem międzynarodowych misji obserwacyjnych. Stanowi to ważny sygnał, że państwo-gospodarz, pomimo nieprawidłowości, dąży do poprawy jakości swoich mechanizmów wyborczych. Bierność w tym zakresie mogłaby natomiast być postrzegana w skali międzynarodowej jako swego rodzaju domniemanie nieprawidłowości¹⁷. Dodać jednak należy, iż zgodnie z Code of Conduct for International Election Observers członkowie każdej misji obserwacyjnej, nawet w tych przypadkach, gdy naruszenia prawa są oczywiste, udając się do państwa-gospodarza, zobowiązani są zachować całkowitą bezstronność. Niedopuszczalne jest uleganie przez nich subiektywnym opiniom ani wyciąganie przedwczesnych wniosków przed sformulowaniem oficjalnego komunikatu kończącego misję¹⁸.

¹⁵ J. Jaskiernia, *Międzynarodowe obserwowanie wyborów jako czynnik demokratyzacji procesów wyborczych*, [w:] A. Jamróz, S. Bożyk, *Z zagadnień współczesnych społeczeństw demokratycznych*, Białystok 2006, s. 91.

¹⁶ *Ibidem*, s. 90.

¹⁷ M. Rulka, *op. cit.*, s. 142.

¹⁸ Por. pkt *Maintain Strict Political Impartiality at All Times* oraz *Maintain Accuracy of Observations and Professionalism in Drawing Conclusions* zawartych w Code of Conduct for International Election Observers, opracowanym przez OSCE/ODIHR oraz przyjętym 27 października 2005 r. w Nowym Jorku, https://www.ndi.org/files/1923_declaration_102705_0.pdf (dostęp: 9.11.14).

Wśród powodów, dla których organizowane są misje obserwacyjne, wymienić można także inne, czysto pragmatyczne względy. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu – międzynarodowa obserwacja wyborów może także stanowić istotne narzędzie decydujące o udziale danego państwa w konkretnej organizacji międzynarodowej. Mowa jest tutaj o znaczeniu misji obserwacyjnych w procedurze akcesyjnej oraz monitoringowej¹⁹. W związku z faktem, iż demokratyczne i uczciwe wybory stanowią jeden z ważniejszych (jeśli nie najważniejszy) wyznaczników demokratyzacji ustroju państwa, w przypadku wielu organizacji międzynarodowych warunkiem niezbędnym stawianym państwom-kandydatom jest właśnie spełnienie tego kryterium. Wybory przeprowadzane zgodnie z podstawowymi zasadami prawa wyborczego, spełniające tym samym minimalne standardy międzynarodowej ochrony praw człowieka, są jednym z czynników wpływających na członkostwo w Radzie Europy²⁰. Względem państw przyjętych w poczet członków tej organizacji dla sprawdzenia stanu przestrzegania praw człowieka w ramach tzw. procedury monitoringowej przeprowadzane są także misje obserwacyjne wyborów. Wobec państw aspirujących zaś międzynarodowa obserwacja wyborów może stanowić część procedury akcesyjnej, a zatem decydującej o jego przyjęciu do struktur danego ponadnarodowego gremium.

3. Podmioty prowadzące misje obserwacyjne oraz podstawowe zasady międzynarodowej obserwacji wyborów

Omawiając instytucję międzynarodowej obserwacji wyborów, nie sposób pominąć zagadnienia podmiotów prowadzących misje obserwacyjne. Kwestia ta jest o tyle ważna, iż wskazuje, z jak bardzo rozpowszechnioną instytucją gwarantującą ochronę podmiotowych praw wyborczych mamy obecnie do czynienia. Zainteresowanie bowiem międzynarodowym monitoringiem wyborów stało się obecnie domeną zarówno organizacji międzynarodowych, jak również działających na szczeblu ponadnarodowym organizacji pozarządowych. Warto wskazać, iż w sytuacji, gdy więcej niż jedna organizacja międzynarodowa zamierza wysłać swoją misję obserwacyjną na tę samą elekcję, tworzy się Międzynarodową Obserwacyjną Misję Wyborczą. Zgodnie z Code of Good Practice

¹⁹ J. Jaskiernia, *op. cit.*, 84–85.

²⁰ Warunek członkostwa w Radzie Europy w postaci przeprowadzania wolnych i uczciwych wyborów wywieść można z art. 3 zawartego w rozdziale II „Członkostwo” Statutu Rady Europy przyjętego w Londynie w dniu 5 maja 1949 r., który stanowi, iż „Każdy członek Rady Europy uznaje zasadę praworządności oraz zasadę, iż wszystkie osoby pozostające pod jego jurysdykcją korzystają z praw człowieka i podstawowych wolności”.

in Electoral Matters prawo obserwacji wyborów przysługiwać powinno zarówno międzynarodowym, jak i krajowym obserwatorom²¹.

Jeśli chodzi o najważniejsze podmioty prowadzące dziś międzynarodowy monitoring wyborów, wskazać należy przede wszystkim na Biuro Instytucji Demokratycznych i Praw Człowieka Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie (ODIHR/OBWE) z siedzibą w Warszawie. Jest to ciało powołane w 1991 r.²², jako jedna z głównych organizacji praw człowieka na świecie. Dziś aktywność ODIHR/OBWE rozciąga się na Europę, Kaukaz, Azję Centralną i Amerykę Północną. Biuro działa na rzecz wspierania idei demokratycznych wyborów, poszanowania praw człowieka, praworządności i przeciwdziałania dyskryminacji. W celu realizacji swych celów ODIHR/OBWE koordynuje misje obserwacyjne, w tym również prowadzone przez inne organizacje, współpracuje z instytucjami OBWE, a także z rządami poszczególnych państw i działającymi na ich terytorium organizacjami pozarządowymi²³. W ramach Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie w misjach obserwacyjnych uczestniczą także członkowie Zgromadzenia Parlamentarnego OBWE, współpracując z ODIHR. Drugim z głównych podmiotów prowadzących misje obserwacyjne jest Rada Europy. Organ ten, biorąc pod uwagę genezę międzynarodowego monitoringu wyborów, postrzegać należy jako prekursora w wykorzystaniu tej instytucji. Z ramienia Rady Europy misje obserwacyjne podejmowane są przede wszystkim przez Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy oraz Kongres Władz Lokalnych i Regionalnych (w odniesieniu do wyborów lokalnych²⁴). Wreszcie zauważyć należy, iż międzynarodowym monitoringiem wyborów zainteresowana jest także Unia Europejska. W Rezolucji PE z dnia 8 maja 2008 r. w sprawie misji obserwacji wyborów UE: cele, praktyka i przyszłe wyzwania²⁵ wskazano, iż „obserwacja wyborów przyczynia się do ogólnego wsparcia i ochrony podstawowych praw człowieka, a w szczególności praw obywatelskich i politycznych” oraz, że „obserwacja wyborów w nowych i rozwijających się demokracjach stanowi priorytet UE”. W monitoringu z ramienia UE udział biorą przedstawiciele Komitetu Regionów UE oraz Parlamentu Europejskiego, przy czym w drugim przypadku misje obserwacyjne organizowane są jedynie tam, gdzie mogą dołączyć do długoterminowej misji obserwacyjnej,

²¹ Pkt 3.2 a) Code of Good Practice in Electoral Matters. Guidelines and Explanatory Report, przyjęty przez Komisję Wenecką na 52. sesji, Wenecja 18–19 października 2002, CDL-AD (2002) 23 rev., [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2002\)023rev.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2002)023rev.aspx) (dostęp: 7.11.14).

²² Pierwotnie organ ten nosił nazwę „Biuro Wolnych Wyborów”.

²³ Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR), <http://www.osce.org/odihr> (dostęp: 8.11.14).

²⁴ Warto zauważyć, iż jedna z pierwszych misji obserwacyjnych Kongresu Władz Lokalnych i Regionalnych objęła polskie wybory samorządowe, które odbyły się 27 maja 1990 r.

²⁵ Rezolucja PE z dnia 8 maja 2008 r. w sprawie misji obserwacji wyborów UE: cele, praktyka i przyszłe wyzwania (2007/22179INI), Dz. Urz. UE C-271 E/32 z 12.11.2009.

czy to z ramienia Unii Europejskiej, czy też ODIHR²⁶. Wreszcie warto odnotować, iż omówione powyżej organizacje nie stanowią katalogu zamkniętego podmiotów zaangażowanych w międzynarodową obserwację wyborów. Grupę tę natomiast uzupełnić należy chociażby o Wspólnotę Niepodległych Państw, International IDEA, National Democratic Institute czy Unię Międzyparlamentarną, choć również i to wyliczenie nie jest wyczerpujące. W Polsce wśród organizacji szczególnie zainteresowanych międzynarodową obserwacją wyborów wymienić można m.in. Fundację Solidarności Międzynarodowej²⁷ czy Fundację im. Stefana Batorego²⁸.

Wszystkie ze wskazanych powyżej podmiotów zobowiązane są do przestrzegania pewnych wspólnych reguł dotyczących międzynarodowej obserwacji wyborów. Reguły te zawarte są w dwóch przywołanych już wyżej aktach: Declaration of Principles for International Election Observation oraz Code of Conduct for International Election Observers, przyjętych w siedzibie Organizacji Narodów Zjednoczonych 27 października 2005 r., a także w Code of Good Practice in Electoral Matters. Ponadto każda organizacja przygotowująca misję może określić własne zasady obserwacji, każdorazowo jednak powinny być one zgodne ze standardami wyznaczonymi przez wskazane akty.

Zgodnie z Deklaracją międzynarodowa obserwacja wyborów obejmuje trzy okresy: przedwyborczy, dnia głosowania oraz okres powyborczy. Analizie może być poddany każdy z nich bądź tylko wybrane zagadnienia, przy czym misja taką sytuację powinna

²⁶ Obserwacja wyborów, <http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pl/0095a3afb8/Obserwacja-wybor%C3%B3w.html> (dostęp: 8.11.14).

²⁷ Zgodnie z danymi podanymi na oficjalnej stronie Fundacji: <http://solidarityfund.pl/pl/obserwacja-wyborow-13> (dostęp: 8.11.14), obserwatorzy Fundacji Solidarności Międzynarodowej uczestniczyli m.in. w następujących misjach obserwacyjnych:
– w roku 2012: wybory parlamentarne w Gruzji 1.10.2012 r. – 5 obserwatorów krótkoterminowych (ang. STO, Short Term Observer); wybory parlamentarne na Ukrainie 28.10.2012 r. – 4 obserwatorów długoterminowych (ang. LTO, Long Term Observer) i 30 krótkoterminowych oraz dodatkowo 5 obserwatorów w ramach Społecznej Misji Obserwacyjnej, realizowanej przez Fundację im. Stefana Batorego;
– w roku 2013: wybory prezydenckie w Gruzji 27.10.2013 r. – 2 obserwatorów długoterminowych i 10 krótkoterminowych;
– w roku 2014: przedterminowe wybory prezydenckie na Ukrainie 25.05.2014 r. – 8 obserwatorów długoterminowych i 90 krótkoterminowych.

²⁸ Zgodnie z danymi przytoczonymi na oficjalnej stronie Fundacji im. Stefana Batorego Fundacja Batorego: <http://batory.webprovider3.kei.pl/pl/p/programy-zakoczone/wspolpraca-miedzynarodowa/miedzynarodowy-monitoring-wyborow.html> (dostęp: 8.11.14), Fundacja zaangażowana była m.in.: w 2004 r. w przygotowanie Polskiej Misji Obserwacyjnej na wybory prezydenckie na Ukrainie, opartej głównie na grupie studentów z Inicjatywy Wolna Ukraina; w 2006 roku uruchomiony został projekt „Międzynarodowy monitoring wyborów”, którego celem była promocja polskiego zaangażowania w obserwację wyborów, ze szczególnym uwzględnieniem obszaru poradzieckiego (w ramach projektu na początku 2006 r. w porozumieniu z MSZ Fundacja prowadziła rekrutację obserwatorów do misji OBWE na wybory prezydenckie na Białorusi oraz wybory parlamentarne na Ukrainie). Również w 2006 r. Fundacja przygotowała polską misję obserwacyjną na wybory prezydenckie w Tadżykistanie (6 listopada 2006). W 2007 r. we współpracy z MSZ RP Fundacja przeprowadziła rekrutację obserwatorów krótkoterminowych OBWE na wybory prezydenckie w Gruzji, zaś w 2008 r. na wybory parlamentarne na Białorusi.

zdefiniować ogólnie. Zgodnie z omawianym dokumentem międzynarodowy monitoring wyborów przeprowadzany jest zarówno w interesie państwa przeprowadzającego wybory, jak również w interesie całej społeczności międzynarodowej. Ponadto każdorazowo międzynarodowa misja obserwacyjna powinna być prowadzona przy respektowaniu suwerenności kraju przeprowadzającego wybory i w pełni respektować prawa człowieka i obywatela. Pożądane jest także nawiązanie współpracy przez misję z władzami wyborczymi państwa-gospodarza. Samo zaś przeprowadzenie monitoringu poprzedzone powinno być szeregiem działań ze strony państwa przyjmującego. Przede wszystkim obserwacja wyborów powinna zostać zainicjowana w skutek oficjalnego zaproszenia ze strony państwa, w którym odbywa się elekcja. Na państwie przyjmującym ciąży także powinność zapewnienia właściwych warunków, by obserwatorzy mieli dostęp do wszystkich stadiów procesu wyborczego, technik głosowania oraz „osób związanych z procesami wyborczymi”²⁹. Co istotne, władze państwa-gospodarza w żaden sposób nie powinny przeszkadzać członkom misji w wykonywaniu przez nich zadań, a tym bardziej usiłować wywrzeć na nich jakąkolwiek presję, chcąc wpłynąć na wynik rekomendacji poobserwacyjnych.

Ponadto w Kodeksie postępowania międzynarodowych obserwatorów wyborów ujętych zostało kilkanaście kluczowych zasad w celu przeprowadzenia rzetelnego i neutralnego monitoringu. Na obserwatorów zatem, wzorem Deklaracji, nałożono obowiązki respektowania suwerenności i międzynarodowych praw człowieka, praw kraju przeprowadzającego elekcję oraz autorytetu funkcjonujących w nim organów wyborczych. Uczestnicy misji zobowiązani zostali do zachowania integralności misji obserwacyjnej, przez co rozumieć należy obowiązkowy udział we wszystkich wydarzeniach zaplanowanych przez misję, ale również stosowanie narzuconych ogólnie wytycznych i metodologii obserwacji. Obowiązkiem osób uczestniczących w misji jest także zachowanie bezwzględnej bezstronności. Ponadto obserwatorzy nie mogą przeszkadzać w przebiegu procesu wyborczego na jego poszczególnych etapach. Każdy z nich zaś powinien posiadać specjalny dokument go identyfikujący, tak by władze państwa obserwującego, uczestnicy rywalizacji wyborczej oraz podmioty przeprowadzające wybory nie miały wątpliwości co do statusu obserwatorów. Działalność obserwacyjna podmiotów upoważnionych cechować powinna dokładność oraz pełen profesjonalizm w wyciąganiu wniosków. Obserwatorzy powinni także powstrzymywać się od przekazywania mediom oraz innym podmiotom wartościujących komentarzy dotyczących prowadzonej obserwacji przed ogłoszeniem oficjalnego stanowiska misji. Wreszcie wszyscy obserwatorzy

²⁹ Mowa tutaj o urzędnikach wyborczych, członkach organów państwowych, członkach partii politycznych, organizacji i osób rywalizujących w wyborach, a także przedstawicielach mediów; por. pkt 12 of Principles for International Election Observation.

powinni współdziałać ze sobą, by osiągnąć najbardziej rzetelne informacje i wyciągnąć poprawne wnioski. Podczas misji każdy z jej uczestników obowiązany jest zachowywać się godnie, w tym nie tylko w trakcie podejmowania bezpośrednio czynności obserwacyjnych, ale także w swoim czasie wolnym, aby nie naruszyć dobrego imienia misji.

Warto także wskazać, iż w Code of Good Practice in Electoral Matters wyraźnie zaakcentowano, iż w sytuacji, gdy pewne miejsca zostają wyłączone spod obserwacji, powinny być one jasno określone przepisami prawa. Chodzi bowiem o to, aby ograniczenia tego typu spełniały wymóg legalności, a nie były traktowane przez członków misji jako czynnik dyskryminujący. Ponadto w Raporcie wyjaśniającym do Kodeksu zasygnalizowano, iż międzynarodowym obserwatorom wyborów szczególną rolę należy przypisać w tych państwach, w których brak jest długiej tradycji bezstronnej weryfikacji wyborów³⁰.

4. Międzynarodowa obserwacja wyborów w polskim Kodeksie wyborczym

Zgodnie z zaleceniami zawartymi w przywołanych wyżej aktach prawa międzynarodowego o charakterze *soft law*: Declaration of Principles for International Election Observation, Code of Good Practice in Electoral Matters oraz w wielu innych dokumentów, w tym w Dokumencie Kopenhaskim z 1990 r.³¹, jedną z zasadniczych dyrektyw jest umożliwienie przez ustawodawstwo poszczególnych państw obserwacji wyborów przez krajowych oraz międzynarodowych obserwatorów. W polskim prawie wyborczym instytucja międzynarodowej obserwacji wyborów nie była znana do momentu wejścia w życie Kodeksu wyborczego z 2011 r. (dalej też k.w.). Po przyjęciu tego aktu, zgodnie z art. 50 k.w., międzynarodowi obserwatorzy są zapraszani przez Państwową Komisję Wyborczą, działającą w tym zakresie w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw zagranicznych. Przyjąć zatem należy, iż każda obserwacja wyborów prowadzona z pominięciem takiej procedury jest nielegalna³². Obserwatorzy mają prawo monitorować

³⁰ Por. pkt 3.2. Code of Good Practice in Electoral Matters. Guidelines and Explanatory Report, przyjęty przez Komisję Wenecką na 52. sesji, Wenecja 18–19 października 2002, CDL-AD (2002) 23 rev., [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD\(2002\)023rev.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD(2002)023rev.aspx) (dostęp: 7.11.14).

³¹ Por. art 8 Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE: "The participating States consider that the presence of observers, both foreign and domestic, can enhance the electoral process for States in which elections are taking place. They therefore invite observers from any other CSCE participating States and any appropriate private institutions and organizations who may wish to do so to observe the course of their national election proceedings, to the extent permitted by law. They will also endeavour to facilitate similar access for election proceedings held below the national level. Such observers will undertake not to interfere in the electoral proceedings", <http://www.osce.org/odihr/elections/14304?download=true> (dostęp: 7.11.14).

³² K. W. Czaplicki [et al.], *Kodeks wyborczy. Komentarz*, LEX 2014, art. 50.

przebieg wyborów oraz pracę organów wyborczych, w tym – jak stanowi Kodeks wyborczy – obwodowych komisji wyborczych działających na najniższym szczeblu polskiej administracji wyborczej. Prawo to jest respektowane przez polskie organy wyborcze³³. Kompetencje międzynarodowych obserwatorów zrównane zostały z uprawnieniami mężów zaufania z wyłączeniem prawa do wnoszenia uwag do protokołów. Każdy z uczestników międzynarodowych misji obserwacyjnych powinien legitymować się stosownym zaświadczeniem wydanym przez polski centralny organ wyborczy³⁴. Zaświadczenie takie powinno zostać okazane przez obserwatora przewodniczącemu komisji wyborczej bądź jego zastępcy po przybyciu do lokalu wyborczego.

Polską regulację odnoszącą się do instytucji międzynarodowej obserwacji wyborów uznać należy za dość szcztąkową, a tym samym niedoskonałą. Oczywiście sam fakt ujęcia jej w ramach przepisów regulujących przygotowanie i przeprowadzenie wyborów w RP zasługuje na aprobatę³⁵. Warto w tym miejscu przywołać chociażby kazus z 2007 r., kiedy pod reżimem Ordynacji wyborczej do Sejmu RP i do Senatu RP z 2001 r.³⁶ brak było wyraźnego przepisu pozwalającego na udział międzynarodowej misji monitorującej wybory podczas elekcji parlamentarnej³⁷, gdy tymczasem chęć obserwacji tych wyborów zgłosiła Misja Oceniająca Wybory (AEM) Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie. Z powodu braku stosownych regulacji krajowych na poziomie ustawy, a jednocześnie dążąc do poszanowania obowiązujących Polskę zobowiązań międzynarodowych, wynikających chociażby z podpisanego w 1990 r. Dokumentu Kopenhaskiego, Państwowa Komisja Wyborcza postanowiła niejako wypełnić zaistniałą lukę. Korzystając z uprawnienia przysługującego jej na mocy art. 40 ust. 1³⁸ obowiązującej wówczas Ordynacji wyborczej z 2001 r., wydała uchwałę w sprawie obserwacji zarządzonych na dzień 21 października 2007 r. wyborów do Sejmu RP oraz do Senatu RP przez Misję Oceniającą Wybory (AEM) Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie (OBWE)³⁹, wskazując na dopuszczalność oraz zasady obserwacji polskich

³³ *Ibidem*.

³⁴ Por. art. 50 k.w.

³⁵ Należy w tym miejscu wskazać, iż brak regulacji zezwalającej na międzynarodową obserwację wyborów w RP był przedmiotem krytyki w raportach ODIHR/OBWE, por. *Republic of Poland Pre-Term Parliamentary Elections 21 October 2007, OSCE/ODIHR Election Assessment Mission Final Report*, s. 7, <http://www.osce.org/odihr/elections/poland/31217?download=true> (dostęp: 5.11.14).

³⁶ Mowa tu o ustawie z dnia 12 kwietnia 2001 r. – Ordynacja wyborcza do Sejmu RP i Senatu RP (Dz. U. z 2001 r. Nr 46, poz. 499); dalej jako: Ordynacja wyborcza z 2001 r.

³⁷ Mowa tu o wyborach do Sejmu RP oraz do Senatu RP zarządzonych na dzień 21 października 2007 r.

³⁸ Zgodnie z art. 40 ust. 1 wspomnianej Ordynacji: „Państwowa Komisja Wyborcza wydaje wytyczne wiążące komisje wyborcze niższego stopnia oraz wyjaśnienia dla organów administracji rządowej i organów jednostek samorządu terytorialnego, a także podległych im jednostek organizacyjnych wykonujących zadania związane z przeprowadzeniem wyborów, jak i dla komitetów wyborczych oraz nadawców radiowych i telewizyjnych”.

³⁹ Mowa tu o uchwale PKW z dnia 15 października 2007 r. w sprawie obserwacji zarządzonych na dzień 21 października 2007 r. wyborów do Sejmu RP oraz do Senatu RP, przez Misję Oceniającą Wybory

wyborów parlamentarnych w 2007 r. Nie było jednak wątpliwości, iż brak regulacji ustawowej w tym zakresie stanowił istotne niedopatrzenie polskiego ustawodawcy. Kwestie takie bowiem, z uwagi na ich znaczenie dla transparentności wyborów i gwarancji poszanowania podmiotowych praw wyborczych, oraz zobowiązania wynikające z aktów prawa międzynarodowego, powinny być przedmiotem szczegółowej regulacji przyjętej przez ustawodawcę, nie zaś wynikiem doraźnej interwencji ze strony Państwowej Komisji Wyborczej.

Korzystając z doświadczeń wyborczych wynikłych podczas minionych elekcji, polski ustawodawca, jak wskazano wyżej, zdecydował się na unormowanie instytucji międzynarodowej obserwacji wyborów w Kodeksie wyborczym. Co istotne, jednak kształt przyjętej regulacji trudno uznać za zadowalający. W art. 50 k.w. mowa jest bowiem tylko o międzynarodowych obserwatorach wyborów, Kodeks milczy zaś na temat dopuszczalności obserwacji wyborów przez niezależnych obserwatorów krajowych (indywidualnych bądź zrzeszonych w organizacjach pozarządowych). To niezasadne i dyskryminujące rozwiązanie zasługuje – zarówno w odniesieniu do istoty instytucji, jak i zobowiązań międzynarodowych – na stanowczą krytykę⁴⁰. Trudno znaleźć rzeczowe uzasadnienie dla rozróżnienia poczynionego w polskim prawie wyborczym przez prawodawcę. Warto także odnotować, iż w sprawie tej do Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji VII kadencji złożona została także petycja indywidualna w sprawie podjęcia inicjatywy ustawodawczej mającej na celu umożliwienie obserwacji przebiegu wyborów w Polsce oraz pracy organów wyborczych, w tym obwodowych komisji wyborczych, przez niezależnych obserwatorów krajowych⁴¹. Wnioskodawca wniósł o dodanie w treści art. 50 ust. 1 k.w. słów: „oraz obserwatorzy krajowi”. Niestety Komisja nie zdecydowała się na podjęcie dalszych prac nad petycją, wśród argumentów wskazując m.in. na fakt, iż prawo obserwowania wyborów w kraju posiadają mężowie zaufania oraz że przyjęcie proponowanego rozwiązania generowałoby liczne, problematyczne konsekwencje natury organizacyjnej (w tym trudne do doprecyzowania zagadnienie rodzajów organizacji obserwujących wybory w kraju czy chociażby problem zbyt dużej liczby podmiotów wyrażających chęć obserwacji przebiegu głosowania w lokalu wyborczym, co mogłoby

(AEM) Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie (OBWE) – Wytyczne i wyjaśnienia dotyczące obserwacji zarządzonych na dzień 21 października 2007 r. wyborów do Sejmu RP oraz do Senatu RP, przez Misję Oceniającą Wybory (AEM) Organizacji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie (OBWE), M.P. z 2007 r. Nr 3474, poz. 812.

⁴⁰ Uwagę na ten stan rzeczy wielokrotnie zwracał S. Szyszka, m.in. w S. Szyszka, *Obserwatorzy wyborów w polskim prawie i w praktyce międzynarodowej*, Warszawa 2011. O konieczności rozważenia interwencji przez ustawodawcę również K. W. Czaplicki [et al.], *op. cit.*

⁴¹ Petycja w sprawie podjęcia inicjatywy ustawodawczej mającej na celu umożliwienie obserwacji przebiegu wyborów w Polsce oraz pracy organów wyborczych, w tym obwodowych komisji wyborczych, przez niezależnych obserwatorów krajowych (P8-04/11), wnioskodawcą był S. Szyszka.

dezorganizować pracę komisji)⁴². Trudno jednak zgodzić się z przywołanym argumentem, iż wystarczającym rozwiązaniem mającym umożliwić krajową obserwację wyborów jest instytucja mężów zaufania. Pamiętać bowiem należy, iż mężowie zaufania to osoby wyznaczone przez pełnomocników wyborczych, a zatem związane z konkretną partią polityczną, zaś *ratio legis* instytucji obserwacji krajowej miałyby wiązać się z apolitycznym, społecznym wkładem w kontrolę procesu wyborczego. Należy zatem postulować o zmianę obowiązującego stanu prawnego i, mimo wszystko, rozciągnięcie regulacji na niezależnych obserwatorów krajowych.

5. Wnioski z prac międzynarodowych misji obserwacyjnych na Ukrainie

Każdorazowo wyniki prac międzynarodowych misji obserwacyjnych dostarczają wielu bardzo ciekawych spostrzeżeń dotyczących przebiegu procesu wyborczego w obserwowanych państwach. Przykładem państwa, w którym wyniki obserwacji wydają się szczególnie interesujące jest Ukraina. W tym przypadku konkluzje poobserwacyjne wskazują na znaczący postęp w zakresie demokratyzacji procedur wyborczych w ostatnich latach.

W odniesieniu do przykładu Ukrainy analizę warto rozpocząć od wyborów prezydenckich w 2004 r., w szczególności zaś do ich drugiej tury. Misja monitorująca przebieg wyborów koordynowana przez ODIHR/OBWE – *International Election Observation Mission (IEOM)* zaproszona została przez ministra spraw zagranicznych Ukrainy i składała się z przedstawicieli Zgromadzenia Parlamentarnego OBWE, Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, Zgromadzenia Parlamentarnego NATO oraz delegatów Parlamentu Europejskiego⁴³. Obserwatorzy zwrócili uwagę na wiele naruszeń ukraińskiego prawa wyborczego oraz brak dbałości o poszanowanie międzynarodowych standardów demokratycznej procedury wyborczej. Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu, w dużej mierze to właśnie silne lobby ze strony obserwatorów reprezentujących organizacje międzynarodowe przyczyniło się do podjęcia przez Sąd Najwyższy Ukrainy uchwały o uchyleniu postanowienia Centralnej Komisji Wyborczej Ukrainy o ogłoszeniu wyników wyborów⁴⁴. Tym samym po unieważnieniu wyników głosowania z drugiej

⁴² Zapis stenograficzny 12. Posiedzenia Komisji Praw Człowieka, Praworządności i Petycji w dniu 12 lutego 2012 r., s. 21–24, opublikowany na stronie: <http://www.senat.gov.pl/petycje/wykaz-tematow-petycji/petycja,59.html> (dostęp: 6.11.14).

⁴³ *Ukraine Presidential Election 31 October, 21 November and 26 December 2004, OSCE/ODIHR Election Observation Mission Final Report*, <http://www.osce.org/odihr/elections/ukraine/14674?download=true> (dostęp: 7.11.14).

⁴⁴ J. Jaskiernia, *op. cit.*, s. 77.

tury wyborów, które odbyło się w dniu 21 listopada 2004 r.⁴⁵, konieczne stało się przeprowadzenie ponownego głosowania w dniu 26 grudnia 2004 r. Zgodnie z raportem końcowym misji wśród głównych zarzutów znalazły się przede wszystkim problemy z nadmierną kontrolą mediów ze strony państwa, nadużycia w korzystaniu ze środków publicznych w toku prowadzonej kampanii wyborczej oraz wiele nieścisłości na listach wyborczych. Podkreślono także, iż w trakcie elekcji prezydenckiej wydano niepokojąco dużą ilość zaświadczeń o prawie do głosowania. W rekomendacjach wskazano też, iż prawo krajowe powinno dopuszczać, zgodnie z międzynarodowymi standardami, do udziału w obserwacji wyborów także obserwatorów lokalnych. Za niepokojące obserwatorzy uznali nierówne traktowanie kandydatów niezależnych względem zgłaszanych przez partie polityczne (w przypadku pierwszych odnotowano bardziej restrykcyjne przepisy prawa oraz zbyt rygorystyczną ich interpretację przez sądy). Ponadto w raporcie postulowano konieczność zmian w zakresie przygotowania i dystrybucji kart do głosowania, które winny być przedmiotem szczegółowej regulacji w przepisach powszechnie obowiązujących, a także znajdować uszczegółowienie w aktach Centralnej Komisji Wyborczej Ukrainy⁴⁶.

Kolejne wybory prezydenckie w 2010 r. również monitorowane były przez misję ODIHR/OBWE, która odbyła się na zaproszenie ministra spraw zagranicznych Ukrainy. Misja badała zgodność procedury wyborczej z dyrektywami OBWE, innymi standardami demokratycznych wyborów oraz zgodności ich przeprowadzenia z prawem Ukrainy. Obserwatorzy OBWE, inaczej jednak aniżeli w odniesieniu do wyborów prezydenckich w 2004 r., ocenili ogólny przebieg elekcji. Zwrócono uwagę, iż wybory te pokazały, że Ukraina przeszła znaczną ewolucję w zakresie demokratyzacji swoich procedur wyborczych. Obserwatorzy zauważyli, że wybory te przeprowadzone zostały w większości przypadków w zgodzie z międzynarodowymi standardami i charakteryzowały się transparentnością, zaś wyborcy mieli rzeczywistą możliwość wyrażenia swoich preferencji wyborczych, dokonując wyboru pomiędzy kandydatami reprezentującymi zróżnicowane ideologicznie siły polityczne⁴⁷. Niemniej jednak misja obserwująca wybory dostrzegła, że pomimo zauważalnego postępu nadal pewne ramy procedury wyborczej wymagają poprawy. Nieprawidłowości odnotowano przede wszystkim w odniesieniu do instytucji głosowania przez wyborców w domach. Zgodnie bowiem z decyzją Centralnej

⁴⁵ W drugiej turze wyborów prezydenckich na Ukrainie w 2004 r. uczestniczyli Wiktor Janukowycz oraz Wiktor Juszczenko.

⁴⁶ *Ukraine Presidential Election 31 October, 21 November and 26 December 2004, OSCE/ODIHR Election Observation Mission Final Report*, <http://www.osce.org/odihr/elections/ukraine/14674?download=true> (dostęp: 7.11.14).

⁴⁷ *Ukraine Presidential Election 17 January and 7 February 2010, OSCE/ODIHR Election Observation Mission Final Report*, <http://www.osce.org/odihr/elections/ukraine/67844?download=true> (dostęp: 8.11.14).

Komisji Wyborczej Ukrainy jej obywatele, którzy chcieli głosować w domach nie musieli przedstawiać w tym celu stosownego zaświadczenia lekarskiego. Tymczasem na dzień przed głosowaniem Administracyjny Sąd Apelacyjny w Kijowie unieważnił tę decyzję, co spowodowało, iż zgodnie z prawem w celu zagłosowania w domu konieczne było przedłożenie zaświadczenia lekarskiego. Tym samym lokalne komisje wyborcze w wielu przypadkach były zdezorientowane w zaistniałej sytuacji bądź też nie posiadały właściwych informacji w tym przedmiocie. Ponadto pojawiły się problemy z umożliwieniem międzynarodowym obserwatorom przeprowadzenia monitoringu procedury głosowania w domach⁴⁸.

Znaczący postęp w zakresie demokratyzacji procedury wyborczej odnotowano podczas obserwacji elekcji prezydenckiej w 2014 r., w której Prezydent Ukrainy wyłoniony został już w pierwszej turze⁴⁹. Misja ODIHR/OBWE monitorowała wybory w dniach od 20 marca 2014 r. do 25 maja 2014 r., w dniu głosowania łącząc siły z misjami obserwacyjnymi Zgromadzenia Parlamentarnego OBWE, Zgromadzenia Parlamentarnego NATO, Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy oraz Parlamentu Europejskiego. Łącznie w misji obserwacyjnej uczestniczyło ponad 1000 obserwatorów z różnych krajów, w tym ponad 100 przedstawicieli z Polski⁵⁰. W wyniku obserwacji ustalono, iż wybory charakteryzowały się wysoką frekwencją oraz spełniały międzynarodowe standardy przeprowadzania demokratycznych i przejrzystych wyborów. W raporcie podkreślono także, iż jest to sytuacja o tyle ciekawa, iż w historii Ukrainy wiele poprzednich elekcji ocenianych było krytycznie, jako niespełniających podstawowych standardów demokratycznych i wolnych wyborów. Tymczasem odnotować należy, iż wybory prezydenckie w 2014 r. odbyły się w bardzo trudnych i niesprzyjających okolicznościach, a mimo to przeprowadzono je w sposób dobrze zorganizowany i przejrzysty. W raporcie końcowym podkreślono, iż Centralna Komisja Wyborcza działała niezależnie i profesjonalnie. Kampanię wyborczą z uwagi na tło polityczne określono jako stonowaną. Co prawda w jej trakcie uczestnicy misji obserwacyjnej odnotowali kilka incydentów, nie miały one jednak bezpośredniego wpływu na wynik wyborów⁵¹.

⁴⁸ OBWE: głosowanie w domach stwarza okazję do nadużyć, <http://www.rp.pl/artykul/55273,420842.html> (dostęp: 8.11.14).

⁴⁹ Głosowanie odbyło się w dniu

⁵⁰ Polacy aktywnie obserwują wybory prezydenckie na Ukrainie, http://www.msz.gov.pl/pl/aktualnosci/wiadomosci/polacy_aktywnie_obserwuja_wybory_prezydenckie_na_ukrainie (dostęp: 8.11.14).

⁵¹ Ukraine Presidential Election 25 May 2014, OSCE/ODIHR Election Observation Mission Final Report, <http://www.osce.org/odihr/elections/ukraine/120549?download=true> (dostęp: 14.11.14).

6. Podsumowanie

Instytucja międzynarodowej obserwacji wyborów bez wątpienia stanowi jedną z podstawowych gwarancji zasady wolnych wyborów, a tym samym jest to skuteczne narzędzie ochrony podmiotowych praw wyborczych. Z jednej strony rozpowszechnione dziś na szeroką skalę misje obserwacyjne stanowią wyraz zainteresowania społeczności międzynarodowej przestrzeganiem podstawowych standardów demokratycznych w poszczególnych państwach poprzez monitorowanie stanu prawnego oraz stosowania prawa wyborczego w praktyce. Z drugiej zaś strony mają one na celu bezpośrednie reagowanie na zauważone nieprawidłowości i ich sygnalizowanie poprzez sporządzenie stosownych raportów podsumowujących misje obserwacyjne. Jak wskazuje wiele przypadków, rekomendacje poobserwacyjne są w znacznej mierze uwzględniane przez państwa poddawane monitoringowi. Konieczność zagwarantowania demokratycznych procedur wyborczych i poszanowania podstawowych praw politycznych obywateli w czasach postępującej globalizacji i integracji pomiędzy państwami przestaje być problemem wewnętrznym konkretnego państwa, ale staje się przedmiotem zainteresowania społeczności międzynarodowej.

Leyla Büyükbayrak

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Michał Dahl

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu

Sytuacja kobiet w Turcji. Aspekty prawne i społeczne

Wstęp

Sytuacja prawna i społeczna kobiet, w szczególności troska o przestrzeganie zasady równości płci, bez wątpienia zaliczana jest do najważniejszych wyzwań stojących przed światem w XXI wieku. Tematyka ta jest najczęściej podejmowana w ramach dyskursu naukowego, prowadzonego przez przedstawicieli doktryny prawa międzynarodowego, w tym praw człowieka, a także odpowiednie instytucje propagujące wartości demokratyczne (np. ONZ, Radę Europy) oraz organizacje walczące o równouprawnienie kobiet i mężczyzn. Celem niniejszego opracowania jest omówienie wybranych aspektów prawnych i społecznych związanych z sytuacją kobiet w Republice Turcji. Przedmiot analizy wybrali autorzy nieprzypadkowo. Leżąca na dwóch kontynentach Turcja jawi się bowiem jako interesujący przykład odwiecznego kontrastu, wzajemnego oddziaływania kultur Wschodu i Zachodu. Owa dychotomia jest również widoczna w kontekście badań nad sytuacją kobiet w tym kraju. W przypadku Turcji kluczowe znaczenie ma uwzględnienie zmian w tureckim systemie prawnym, będących konsekwencją podjęcia przez nią negocjacji akcesyjnych z Unią Europejską w 2005 r. Należy pamiętać, że przestrzeganie międzynarodowych standardów w zakresie ochrony praw człowieka (praw obywatelskich, politycznych, gospodarczych, społecznych i kulturowych, w tym praw kobiet, dzieci oraz mniejszości narodowych i osób wysiedlonych) stanowi podstawę, na której powinny się opierać wszystkie inne aspekty procesu akcesyjnego¹. Uwzględnienie faktu, iż podpisanie umowy stowarzyszeniowej między Turcją a Europejską Wspólnotą Gospodarczą nastąpiło 12 września 1963 r. (weszła w życie 12 września 1971 r.), prowadzi do wniosku, że okres gruntownych reform w dziedzinie prawnej regulacji praw człowieka, w tym praw kobiet, rozpoczął się *de facto* w drugiej połowie ubiegłego wieku². Zagadnienia związane z ich transformacją oraz obecnym kształtem opisano w rozdziale I niniejszego opracowania. Wspomniany wyżej zróżnicowany charakter kulturowy Republiki oraz

¹ J. Będkowska, *Turcja a Unia Europejska w kontekście praw człowieka*, [w:] J. Jaskiernia (red.), *Efektywność europejskiego systemu ochrony praw człowieka. Ewolucja i uwarunkowania europejskiego systemu ochrony praw człowieka*, Toruń 2012, s. 298.

² K. Łastawski, *Historia integracji europejskiej*, Toruń 2008, s. 332.

specyficzna mentalność turecka implikują zasadnicze różnice pomiędzy prawnymi uregulowaniami statusu kobiet a ich sytuacją faktyczną. Wybrane problemy społeczne z tym związane przedstawiono w rozdziale II pracy. Całość wieńczy podsumowanie, będące próbą określenia stopnia, w jakim obecne uregulowania prawne przekładają się na rozwiązanie najistotniejszych problemów, wynikających z niepełnej wciąż implementacji zasady równości płci oraz zagwarantowania kobietom praw, jakimi cieszą się one w większości demokracji zachodnich.

1. Sytuacja kobiet w Turcji – aspekt prawny

Zasada równości płci jest zwykle rozpatrywana wraz z zasadą niedyskryminacji w postaci jednej zasady ogólnej³. W ramach tego zagadnienia można wyróżnić m.in. ogólną zasadę niedyskryminacji w korzystaniu z praw człowieka, wymagania dotyczące niedyskryminacji w powiązaniu z prawem do równości wobec prawa i równej ochrony prawnej jako autonomicznego składnika katalogu praw międzynarodowo chronionych, a także poszczególne aspekty równości i niedyskryminacji, tj. zasada równości płci czy zakaz dyskryminacji rasowej i apartheidu⁴. Zasady równości płci oraz zasady niedyskryminacji nie rozgraniczał też Mustafa Kemal Atatürk, współtwórca i pierwszy prezydent Republiki Turcji. Warto nadmienić, iż właśnie na czasy realizacji postulatów ideologii kemalistycznej przypada stopniowy rozwój tureckiego ruchu feministycznego. Ruch ten wnosił postulaty zaliczane do podstawowych haseł tzw. zachodniego feminizmu, takie jak: dostrzeżenie nierówności przypisanej obu płciom (podporządkowanie kobiet mężczyznom), przekonanie o uwarunkowanej społecznie, niestałej pozycji kobiet oraz nacisk na ich autonomię⁵. Pierwszym aktem prawnym, przyjętym przez władze proklamowanej w 1923 r. Republiki, mającym istotne znaczenie dla sytuacji prawnej kobiet w Turcji, był Kodeks cywilny, uchwalony 17 lutego 1926 r. (wszedł w życie 4 października 1926 r.). Nowy kodeks zakładał równe prawa mężczyzn i kobiet. Na jego mocy wprowadzona została instytucja ślubów i rozwodów cywilnych, a zlikwidowana poligamia (jakkolwiek w owym czasie miała marginalne znaczenie). Swoistym *novum* było umożliwienie muzułmankom zawierania małżeństw z niewiernymi, co do tej pory karane było śmiercią, a także jawne odstępstwa od islamu⁶. Prawo kobiet i mężczyzn do równego dostępu do edukacji zostało zagwarantowane na mocy odpowiedniej ustawy

³ Na kontrowersje związane z jednością lub odrębnością zasady wskazuje jednak prof. T. Jasudowicz w podręczniku „Prawa człowieka i ich ochrona”, por. T. Jasudowicz, *Zasady ogólne prawa międzynarodowego praw człowieka*, [w:] B. Gronowska [et al.], *Prawa człowieka i ich ochrona*, Toruń 2005, s. 166.

⁴ Por. *ibidem*, s. 166–173.

⁵ J. Hannam, *Feminizm*, Poznań 2010, s. 18.

⁶ D. Kołodziejczak, *Turcja*, Warszawa 2011, s. 129.

z 1925 r. Zmiany objęły również sferę praw wyborczych poprzez przyznanie kobietom prawa wybierania przedstawicieli w wyborach lokalnych i krajowych (co nastąpiło odpowiednio w 1930 i 1934 r.)⁷.

Turcja podjęła starania mające na celu całkowite wyeliminowanie problemu dyskryminacji kobiet oraz rozbudowania katalogu przysługujących im praw, jakie niejako wymusza na niej członkostwo w organizacjach międzynarodowych o zasięgu zarówno regionalnym, jak i międzynarodowym. W tym kontekście na szczególną uwagę zasługuje ratyfikowanie Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet (CEDAW) w 1985 r., Europejskiej Karty Społecznej, Konwencji o prawach dziecka, Planu działania po konferencji ds. populacji i rozwoju w Kairze oraz tzw. Deklaracji Pekińskiej. Uwzględnienia wymagają także odpowiednie decyzje i zalecenia instytucji, takich jak Międzynarodowa Organizacja Pracy, Organizacja Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie oraz Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju⁸. Pomimo istnienia konsensusu umożliwiającego podpisanie wyżej wymienionych aktów prawnych, Turcja wciąż boryka się z problemami związanymi z ich pełną implementacją. Dowodem na to jest niechlubne pierwsze miejsce zajmowane przez Republikę Turcji w oficjalnych statystykach liczby skarg spływających do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu w latach 1959-2013, z zastosowaniem podziału na poszczególne kraje, uznające jego jurysdykcję (2994 skargi na 16 863 rozpatrywanych *in genere*, z czego *gros* dotyczyło naruszenia zasady równości płci i zakazu dyskryminacji)⁹.

Podstawy ustroju konstytucyjnego Republiki Turcji, w tym regulacje odnoszące się do pozycji kobiet względem mężczyzn, zostały uregulowane w ustawie zasadniczej z 1982 r. Nowa Konstytucja została uchwalona w wyniku trzeciego w historii Turcji przewrotu wojskowego, do którego doszło 12 września 1980 r. Pierwsze posiedzenie Zgromadzenia Ustawodawczego odbyło się 23 października 1981 r. Praktycznie cały 160-osobowy skład Zgromadzenia pochodził z nominacji lub mianowania władz wojskowych. Na czele 15-osobowego komitetu konstytucyjnego, wyłonionego przez konstytuantę, stanął profesor Orhan Aldıkaçtı¹⁰. Pierwszy projekt nowej ustawy zasadniczej przedstawiono 17 lipca 1982 r., po dokonaniu niezbędnych poprawek poddano pod głosowanie w referendum ogólnokrajowym, które odbyło się 7 listopada 1982 r. Społeczna

⁷ Zakres przemian prawnych i społecznych ery Atatürka doskonale ilustrują słowa samego Kemala, wypowiedziane 12 kwietnia 1935 r. do uczestników Międzynarodowego Kongresu Kobiet w Stambule: „Jestem przekonany, że korzystanie z praw społecznych i politycznych przez kobiety jest niezbędne do szczęścia i dumy ludzkości. Możecie mieć pewność, że tureckie kobiety, wraz z kobietami z całego świata, będą działać na rzecz pokoju i bezpieczeństwa na świecie” (tłum. M.D.); *Mustafa Kemal Atatürk – Women’s Rights*, <http://ataturk.twoday.net/topics/Women's+Rights/> (dostęp: 9.11.2014).

⁸ Por. F. Şahin, *Women’s rights in Turkey*, *Turkish Policy Quarterly*, nr 1, 2012, s. 40-41.

⁹ *Violations by article and by states*, http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2013_ENG.pdf (dostęp: 9.11.2014).

¹⁰ E. J. Zürcher, *Turcja. Od sułtanatu do współczesności*, Kraków 2013, s. 283.

popularność generała Kenana Evrena, głowy państwa w latach 1980–1989 (Prezydenta Republiki Turcji od 8 listopada 1982 r.) sprawiła, iż ponad 91% Turków opowiedziało się za przyjęciem nowej Konstytucji¹¹. Warto jednak odnotować, że udział w wyborach miał charakter obowiązkowy (pod groźbą utraty czynnego prawa wyborczego na pięć lat oraz zapłacenia grzywny), a krytyka Konstytucji była zakazana.

Obecnie obowiązująca Konstytucja z 1982 r. jest najobszerniejszą ustawą zasadniczą w historii Republiki Turcji. Zawiera 177 artykułów regulujących w sposób szczegółowy, często nawet kazuistyczny, kwestie polityczne i społeczne¹². Aż 63 spośród 177 przepisów Konstytucji traktuje o prawach i obowiązkach jednostki. Regulacje te miały jednak bardziej deklaratoryjny, aniżeli rzeczywisty charakter, w szczególności w pierwszej dekadzie po jej uchwaleniu¹³. Jak trafnie zauważył Adam Szymański, „w odróżnieniu od liberalnej konstytucji z 1961 r. obecna ustawa zasadnicza zakłada funkcjonowanie systemu praw i wolności, które – podobnie jak obywatele – stają się funkcją państwa. Oznacza to jego nadrzędność nad jednostkami tworzącymi społeczeństwo. Odzwierciedla to preambuła konstytucji, w której nie ma już mowy o «opieraniu się» państwa na prawach człowieka, ale jedynie o ich «respektowaniu». Art. 12 ust. 2 wskazuje na to, że prawa i wolności nie rodzą w pierwszej kolejności obowiązków ze strony państwa wobec obywateli, ale wiążą się ze zobowiązaniami jednostek względem społeczeństwa”¹⁴. Powyższy komentarz ma istotne znaczenie dla analizy praw, przyznanych kobietom na poziomie konstytucyjnym, w szczególności w kontekście realizacji zasady równości płci.

Kilka z bardzo wielu nowelizacji tureckiej Konstytucji miało na celu ochronę statusu prawnego kobiety. Do najistotniejszych zmian w tej materii należy m.in. wprowadzenie do Konstytucji w 1995 r. zasady równości małżonków (art. 41 ust. 1) oraz zasady równości kobiet i mężczyzn wobec prawa (2004 r., art. 10 ust. 2)¹⁵. Wymienione regulacje zasługują na bardziej szczegółowe omówienie.

Przez prawie 20 lat obowiązywania Konstytucji z 1982 r. brak było w niej wzmianki o równych prawach i obowiązkach małżonków. Regulacja taka została włączona w skład pakietu reform z października 2001 r. i miała na celu wypełnienie formalnych zobowiązań wynikających z ratyfikacji Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (dalej jako: EKPCz), przy zachowaniu zgodności z przepisami tureckiego Kodeksu cywilnego¹⁶. Jak

¹¹ *Ibidem*.

¹² T. Leżański, *Wstęp*, [w:] Ö. Emiroğlu [et al.], *Konstytucja Republiki Tureckiej*, Warszawa 2013, s. 31.

¹³ Por. E. Özbuden, *Constitutional law*, [w:] T. Ansay, D. Wallace (red.), *Introduction to Turkish law*, Ankara 2011, s. 26–31.

¹⁴ A. Szymański, *System konstytucyjny Turcji*, Warszawa 2006, s. 28.

¹⁵ T. Leżański, *op. cit.*, s. 43.

¹⁶ A. Szymański, *Między islamem a kemalizmem. Problem demokracji w Turcji*, Warszawa 2008, s. 150.

stanowi analizowany przepis, „Rodzina będąca podstawą tureckiego społeczeństwa oparta jest na równouprawnieniu małżonków”¹⁷.

Funkcję odpowiednika zakazu dyskryminacji, ujętego w art. 14 EKPCz, pełnił w tureckiej Konstytucji art. 10 ust. 1, w którego świetle „Wszyscy są równi wobec prawa bez względu na język, rasę, kolor skóry, płeć, poglądy polityczne i przekonania filozoficzne, religię, wyznanie, bądź inne względy”. Kierowanie się dogmatycznym kemalizmem, w tym szeroką interpretacją części nieostrych pojęć zawartych m.in. w art. 10, 13 i 14 oraz w tzw. gumowych paragrafach (aktach prawnych niższego rzędu), doprowadzało do licznych pogwałceń przez władze państwowe praw i wolności obywatelskich¹⁸. W tureckiej debacie publicznej, zwłaszcza na początku XXI wieku, pojawiały się głosy o konieczności wprowadzenia poprawki do Konstytucji, wprost zapewniającej równouprawnienie kobiet i mężczyzn. Stosowne regulacje, wraz z przepisami zmieniającymi treść m.in. art. 90, 131 i 143, przyjął turecki parlament w maju 2004 r. Doszło dzięki temu do rozszerzenia zakresu praw i wolności konstytucyjnych, przy jednoczesnym ograniczeniu wpływów wojska, znacznie wykraczających poza rozwiązania obowiązujące w państwach demokratycznych¹⁹. W wyniku nowelizacji do art. 10 dodano ust. 2 o treści: „Kobieta i mężczyzna mają równe prawa. Państwo jest obowiązane zagwarantować wprowadzenie tej zasady w życie”²⁰. Do tak sformułowanego przepisu dołączono również zdanie: „Podejmowane w tym celu kroki nie mogą być interpretowane jako sprzeczne z zasadą równości wobec prawa”²¹. Dodanie kolejnego zdania do ust. 2 art. 10 było spowodowane koniecznością uwzględnienia stanowiska tureckiego Trybunału Konstytucyjnego w sprawie noszenia przez kobiety chust muzułmańskich w budynkach uczelni państwowych. Tak zwaną „hidżabową nowelizację”, zmieniającą treść art. 10 oraz art. 42 Konstytucji (prawo i obowiązek kształcenia i edukacji), poparła rekordowa większość 411 posłów, spośród liczącego 550 parlamentarzystów Wielkiego Tureckiego Zgromadzenia Narodowego. Za przyjęciem projektu opowiedzieli się przedstawiciele rządzącej Partii Sprawiedliwości i Rozwoju (AKP), a także nacjonalistycznej MHP, kurdyskiej DTP oraz niektórzy posłowie niezrzeszeni, przeciw głosowali członkowie konserwatywnej partii CHP oraz DSP²². Warto nadmienić, iż obowiązujący od lat 80. zakaz noszenia chust jest na tureckich uniwersytetach rygorystycznie egzekwowany od 1997 roku. Został wprowadzony przez władze wojskowe pod pretekstem obrony świeckiego porządku państwa, w myśl doktryny sformułowanej przez Mustafę Kemala Atatürka. Po

¹⁷ Art. 41 ust. 1 został zmieniony na mocy ustawy nr 4709 z dnia 3 października 2001 r.

¹⁸ A. Szymański, *System konstytucyjny Turcji*, op. cit., s. 28-29.

¹⁹ Por. S. Yazici, *A Guide to the Turkish Public Law Order and Legal Research*, <http://www.nyulawglobal.org/globalex/turkey.htm> (dostęp: 11.11.2014).

²⁰ Art. 10 został zmieniony na mocy ustawy nr 5170 z dnia 7 maja 2004 r.

²¹ Trzecie zdanie ust. 2 art. 10 zostało dodane na mocy ustawy nr 5982 z dnia 12 września 2010 r.

²² Por. E. Özbudun, *Turkey's Search for a New Constitution*, [w:] „Insight Turkey” 2012, nr 1, s. 45-46.

przyjęciu ustawy nowelizacyjnej przez turecki parlament w lutym 2008 r. i szybkim podpisaniu jej przez prezydenta główne ugrupowanie opozycyjne, Partia Ludowo-Republikańska (CHP), zaskarżyło ją do Trybunału Konstytucyjnego. W wyroku z 5 czerwca 2008 r. Trybunał odrzucił zaskarżoną poprawkę, podkreślając, iż jest ona sprzeczna z zasadami świeckości zapisanymi w Konstytucji²³. Istotna zmiana w linii orzeczniczej Trybunału może być zaobserwowana na przykładzie prawniczki Tuğby Arslan, której nie wpuszczono na rozprawę sądową z uwagi na fakt, iż nosi ona tradycyjną muzułmańską chustę. Turecki Trybunał Konstytucyjny, znany ze swej powściągliwości wobec obecności islamskich symboli w miejscach publicznych, po raz pierwszy zwrócił w swoim orzeczeniu uwagę na fakt, iż noszenie przez kobiety hidżabów jest jednym z elementów zagwarantowanej przez Konstytucję wolności religijnej. Powołał się przy tym na analizowany art. 10 oraz art. 24 ustawy zasadniczej (wolność sumienia i wyznania)²⁴. Opisane kontrowersje wraz z oficjalnymi informacjami o inicjatywach podjętych przez turecki rząd w kwestii ostatecznego zniesienia zakazu noszenia islamskich chust w placówkach oświatowych (nie tylko uczelniach wyższych) podkreślają powagę problemu oraz wysoki stopień nieprzystosowalności przepisów Konstytucji z 1982 r. do obecnych realiów społecznych i politycznych²⁵.

Szymański w swojej monografii pt. *Między islamem a kemalizmem. Problem demokracji w Turcji* wyróżnił trzy sfery, w których dochodzi do licznych naruszeń konstytucyjnej zasady równouprawnienia kobiet i mężczyzn. Pierwsza sfera związana jest z rodziną i małżeństwem, druga (częściowo związana z pierwszą) dotyczy stosowania przemocy wobec kobiet, trzecia zaś dotyczy równouprawnienia kobiet i mężczyzn w życiu społeczno-politycznym²⁶. Biorąc pod uwagę fakt, iż dla kompleksowego omówienia wyżej wymienionych zagadnień niezbędne byłoby napisanie osobnej dysertacji doktorskiej, poświęconej wszystkim zasygnalizowanym do tej pory problemom, autorzy niniejszego artykułu zdecydowali się ograniczyć rozważania natury prawnej do zasygnalizowania jedynie najistotniejszych, ich zdaniem, aktów prawnych, z punktu widzenia realizacji zasady równości płci w Republice Turcji.

Aktem prawnym, mającym istotne znaczenie w kontekście analizy katalogu praw i wolności przysługujących kobietom w Turcji, jest wprowadzona w życie w 1998 r.

²³ Por. *Tureckie uniwersytety bez chust*, <http://fakty.interia.pl/swiat/news-tureckie-uniwersytety-bez-chust,nId,841218> (dostęp: 11.11.2014).

²⁴ Por. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego Republiki Turcji z 25 czerwca 2014 r. opublikowany na oficjalnej stronie internetowej Trybunału: <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar/Content/d6210a91-8f0a-4a2f-bcb8-5b56407fb522?wordsOnly=False> (dostęp: 11.11.2014).

²⁵ Por. *Turcja zniosła zakaz okrywania głów chustą w szkołach*, <http://wiadomosci.onet.pl/swiat/turcja-zniosla-zakaz-okrywania-glow-chusta-w-szkolach/58qr9> (dostęp: 11.11.2014).

²⁶ Por. A. Szymański, *Między islamem a kemalizmem...*, op. cit., s. 148-164.

ustawa nr 4230 o ochronie rodziny²⁷. Ustawa przyznaje ochronę prawną kobietom i dzieciom, będącym ofiarami naruszenia nietykalności cielesnej. Ustawa przewiduje także zastosowanie środków zapobiegawczych w celu zapewnienia ochrony ofiar, zainicjowanych przez Prokuratora Generalnego.

Podstawę prawną do późniejszych nowelizacji Konstytucji z 1982 r. stanowił nowy Kodeks cywilny z 2001 r. (wszedł w życie 1 stycznia 2002 r.), umożliwiający zdecydowaną poprawę sytuacji w przestrzeganiu zasady równouprawnienia kobiet i mężczyzn²⁸. Kodeks ten wzmocnił pozycję kobiety nie tylko w rodzinie, ale w społeczeństwie w ogóle. Poprzez usunięcie fragmentu o mężczyźnie jako „głowie wspólnoty małżeńskiej”, jako pierwszy akt prawny w dziejach nowoczesnej Turcji *expressis verbis* wyraził zasadę równości kobiet i mężczyzn w związku małżeńskim (art. 41 ust. 1 Konstytucji). Jak wskazał A. Szymański, według przepisów Kodeksu cywilnego z 2001 r. „Małżonkowie wspólnie decydują o wyborze mieszkania, razem zarządzają wspólnotą rodzinną i razem wnoszą swój wkład w postaci pracy i majątku do budżetu rodzinnego (art. 186). Żona może używać przed nazwiskiem męża nazwiska panieńskiego (art. 187). [...] Mąż stracił swój decydujący głos w przypadku różnicy zdań w kwestii wychowania dzieci, gdyż zgodnie z art. 185 ust. 2 małżonkowie są zobligowani do wspólnej opieki nad dziećmi i wspólnego ich wychowania. Minimalny wiek zawarcia małżeństwa wynosi dla obydwu narzeczonych 17 lat, w wyjątkowych sytuacjach – 16 (art. 124). Obowiązki i prawa związane z alimentacją ponoszą zarówno mężczyźni, jak i kobiety (art. 175). Jednak w takich kwestiach, jak: podział majątku rodzinnego (prawo majątkowe, art. 202-281), wybór i podejmowanie przez kobiety pracy (art. 192) czy ponowne wychodzenie za mąż po rozwodzie (art. 132), nadal zauważa się uprzywilejowanie mężczyzn. W przypadku par zawierających związek małżeński po 31 grudnia 2001 r. obowiązuje równy podział majątku. [...] Jednak według nowych przepisów to mężczyzna jest właścicielem majątku rodzinnego zdobytego przed 2002 r. Chociaż małżonkowie mają pełną swobodę w podejmowaniu pracy, to muszą brać pod uwagę dobro rodziny, co najczęściej wiąże się z tym, że kobieta spełnia swoje tradycyjne role²⁹”.

Aktem prawnym, penalizującym tzw. zabójstwa honorowe, tzn. morderstwa na kobietach, dokonywane przez ich partnerów lub rodzinę w celu „zmycia hańby”, wywołanej ich rzekomo niewłaściwym zachowaniem, jest turecki Kodeks karny, wprowadzony w życie 1 czerwca 2005 r. Mimo chęci kompleksowej regulacji tego ważkiego społecznie

²⁷ Por. Ustawa z 1998 r. o ochronie rodziny, opublikowana na oficjalnej stronie internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości Republiki Turcji: http://www.justice.gov.tr/basiclaws/family_%20protection.pdf (dostęp: 11.11.2014).

²⁸ A. Szymański, *Między islamem a kemalizmem...*, op. cit., s. 152.

²⁹ *Ibidem*, s. 153.

problemu wykładnia pojęcia „zabójstwa honorowe” jest dokonywana przez tureckich sędziów w sposób niejednolity.

Poza powyższą regulacją ochrona państwa została również rozpostarta nad kobietami poddawanymi przemocy. W tym celu utworzono specjalne programy szkoleniowe, prowadzone przez pracowników sił bezpieczeństwa oraz służby zdrowia, mające skutkować wzrostem świadomości społecznej w kwestii przysługujących kobietom praw i wolności. W działalność edukacyjną włączono również organizacje pozarządowe, we współpracy z Sekretariatem Generalnym Agencji ds. Statusu Kobiet oraz Agencji ds. Świadczeń Społecznych i Ochrony Praw Dziecka³⁰.

2. Sytuacja kobiet w Turcji – aspekt społeczny

Społeczna pozycja kobiety w Turcji nie jest jednakowa w poszczególnych regionach kraju oraz dziedzinach życia. Celem niniejszego rozdziału jest omówienie wybranych problemów społecznych, związanych zarówno z opisanymi wcześniej rozwiązaniami prawnymi, jak i wyznawaną przez większość Turków religią oraz wspomnianą już specyficzną mentalnością obywateli Republiki. Należy podkreślić, iż opisywane aspekty są w większości konkluzjami i osobistymi opiniami współautorki, będącymi efektem jej wieloletnich obserwacji życia społeczeństwa tureckiego.

Patrząc przez pryzmat religii, Koran wprowadził między innymi równouprawnienie kobiet względem mężczyzn, prawo kobiet do posiadania własnych dóbr, zakaz zabijania nowo narodzonych dziewczynek i regulacje względem wielożeństwa³¹. Wobec tych innowacji Islam, jako religia analizowana tylko na podstawie Koranu, wręcz nie dopuszcza do zaistnienia sytuacji, gdy pozycja kobiety względem mężczyzny będzie niższa. Współczesne problemy muzułmanek wynikają z błędnej interpretacji zasad Islamu, której początki można datować na okres panowania Abbasydów (dynastia sunnicka władająca kalifatem Bagdadzkim)³², kiedy rozpowszechnił się m.in. zwyczaj noszenia zasłony, instytucja Haremu i wykluczenie kobiet z życia publicznego³³. Te zasady zostały wprowadzone do kanonu Islamu, mimo że nie mają uzasadnienia w Koranie.

Współczesną sytuację kobiet w Turcji można rozpatrywać pod bardzo wieloma aspektami. Na potrzeby niniejszego artykułu zdecydowano się na wyróżnienie następujących kategorii:

³⁰ *The Right of Women, Gender Equality and Struggle with Violence Against Women*, http://www.mfa.gov.tr/the-right-of-women_-gender-equality-and-struggle-with-violence-against-women.en.mfa (dostęp: 11.11.2014).

³¹ M.U. Tworuschka, *Islam – mały słownik*, Warszawa 1995, s. 46.

³² Por. Abbasydzi, <http://encyklopedia.pwn.pl/haslo/Abbasydzi;3865030.html> (dostęp: 13.11.2014).

³³ M.U. Tworuschka, *op. cit.*

A. Turczynki a *yabanci*³⁴

- sytuacja kobiet w Turcji a tzw. model zachodni,
- pozycja kobiet tureckich względem kobiet przyjezdnych.

B. Geograficzne rozróżnienie sytuacji kobiet w Turcji: kobiety w miastach a kobiety z prowincji, z uwzględnieniem:

- poziomu wykształcenia,
- realnych możliwości utrzymywania kontaktów z zagranicą.

A. Turczynki a *yabanci*

Przyjęcie określonego modelu roli kobiet w społeczeństwach krajów europejskich jest uwarunkowane przede wszystkim poziomem ich rozwoju gospodarczego i kulturowego. Można wyróżnić zarówno podejście konserwatywne, często skracane do hasła „matka – Polka”, czyli kobieta, której życiowym zadaniem jest troska o rodzinę, jak i model tzw. karierowiczki, która wcale nie jest zainteresowana jej posiadaniem. Najczęściej jednak mamy do czynienia z modelem pośrednim, który reprezentuje większość kobiet. Kobiety te charakteryzuje częściowa niezależność, ale też pewna uległość mężczyźnie. Ze stereotypami dotyczącymi życia kobiety walczą feministki, domagające się wyrównania praw i wolności przysługujących obu płciom.

W Turcji dominuje model kobiety dbającej o dom, rodzącej dzieci i nieangażującej się w życie poza swoją małą społecznością, często ograniczoną do koleżanek i sąsiadek. Model ten zakłada, iż mężczyzna będzie w stanie samodzielnie utrzymać swoją rodzinę, a kobieta zadba o jej bieżące potrzeby. Prawie wszędzie w Turcji panuje patriarchy, jednakże Turczynki widzą go na swój sposób. Powszechne jest postrzeganie mężczyzny jako głowy rodziny, ale kobiety jako jej szyi, odpowiedzialnej za wybór właściwej drogi.

W europejskim i tureckim modelu rodziny jest wiele różnic, jednakże obie tradycje oddają hołd i szacunek płci pięknej. Główna różnica polega na tym, iż jest on okazywany na różne sposoby.

Różnice między rodowitymi a napływowymi mieszkankami Turcji najwyraźniej widać w przypadku obserwacji poziomu zatrudnienia. Wiele kobiet zza granicy jedzie do Turcji właśnie w celu znalezienia pracy, podczas gdy 74% Turczynek pozostaje niezatrudnionych³⁵.

Silny wpływ na wysoki poziom bezrobocia wśród kobiet (88% wszystkich bezrobotnych³⁶) ma tradycja. Zdaniem niektórych ekspertów ma ona swoją genezę w podziale obowiązków, ukształtowanym w społecznościach wiejskich, podczas gdy tzw. klasa

³⁴ Powszechnie używane przez Turków słowo *yabanci* tłumaczy się jako *obcy*; K. Arslan, *Turkish Citizenship. What does Citizenship mean?*, <http://www.earthlaughsinflowery.info/turkish-living/turkish-citizenship-what-does-citizenship-mean/> (dostęp: 13.11.2014).

³⁵ J. Będkowska, *Turcja a Unia Europejska...*, op. cit., s. 303.

³⁶ *Ibidem*.

mieszczańska jest w Turcji czymś stosunkowo nowym. Na wysoki poziom bezrobocia wśród kobiet zasadniczy wpływ mają zasady Islamu, zrzucające odpowiedzialność za utrzymanie gospodarstwa domowego na mężczyzn. Taka interpretacja zasad wiary prowadzi do sytuacji, w których podjęcie przez kobiety pracy jest przez część konserwatywnych rodzin uważane za niedopuszczalne. Choć od 1994 roku³⁷ w świetle prawa kobieta nie potrzebuje zgody męża na pójście do pracy, wiele dziewcząt decyduje się na prowadzenie domu zamiast na karierę zawodową. Często może to być spowodowane przekazywanym z pokolenia na pokolenie wzorcem rodziny, z opinią bliskich lub życzeniem męża lub jego rodziny. Mężczyzna nadal ma decydujący głos w kwestii prowadzenia kariery przez kobietę (jest to uwarunkowane kulturowo). Panująca w Turcji klasowa struktura społeczeństwa najwyraźniej objawia się w relacjach jednostki z rodziną. Głos decyzyjny mają starsi członkowie rodu, zaś nieposłuszeństwo ich woli może zostać ukarane.

Rodowite Turczynki bardzo dużą wagę przywiązują do opinii innych, są ograniczane zakazami i nakazami narzucanymi im przez rodzinę, tradycję oraz społeczeństwo. Imigrantki natomiast często tłumaczone są byciem *yabancı*, co niejako automatycznie usprawiedliwia ich zachowanie, nieprzystojące Turczynkom.

Przyznanie kobietom szerokiego katalogu praw i wolności nie oznacza, że są one wykorzystywane w praktyce. Często Turczynki nawet nie zdają sobie sprawy z ich istnienia. Zwykle też, z obawy przed reakcją społeczną oraz biernością władz, kobiety nie zgłaszają przejawów przemocy domowej. Innym, skrajnym przykładem istniejących różnic kulturowych jest sytuacja, kiedy mężczyzna zdradza żonę, czego skutkiem jest ciąża kochanki. Mężczyzna przyjmuje wówczas kochankę pod swój dach, gdzie jednocześnie zamieszkuje wraz z żoną. W takiej sytuacji najczęściej usłyszeć można, iż powodem trwania małżeństwa jest brak wiary małżonki we własne prawa oraz osobista wartość. To prowadzi z kolei do kolejnego aspektu, jakim jest zależność finansowa Turczynek od ich rodzin (później mężów).

Siła tradycji jest również bardzo widoczna w przypadku zatrudniania w niektórych firmach, o czym opowiedziała w rozmowie pani Iwona Swatowska. „Obserwuję, że coraz mniej kobiet odkrywa włosy i jest to w pewien sposób wymuszone przez społeczeństwo. Mama kolegi nie została przyjęta do pracy w urzędzie, mimo odpowiednich kwalifikacji, ponieważ nie zasłania włosów. Przyjęta za to została kobieta po zupełnie innych studiach i bez doświadczenia, osłaniająca włosy. Rekrutujący jasno i wyraźnie powiedział, że zatrudnia tą panią ze względu na chustę”³⁸.

³⁷ M. Kiebała, *Kobieta w prawie tureckim*, <http://www.politykaglobalna.pl/2009/03/kobieta-w-prawie-tureckim/> (dostęp: 13.11.2014).

³⁸ I. Swatowska, *Kobieta w Turcji*, rozm. przep. Leyla Büyükbayrak, 13.11.2014.

Wprowadzenie przez Atatürka tzw. ustawy kapeluszowej doprowadziło do konsternacji obywateli nowo proklamowanej Republiki³⁹. Interesującym paradoksem jest, iż zabieg odwrotny (opisane w poprzednim rozdziale zezwolenie kobietom na zasłanianie głowy w urzędach i na uniwersytetach) spotkał się z nieznacznym tylko oporem społeczeństwa.

B. Geograficzne rozróżnienie sytuacji kobiet w Turcji

Tureckie miasta to w większości prężnie rozwijające się, nowoczesne aglomeracje, w których poziom życia jest zdecydowanie wyższy niż na prowincjach. Ma to związek z wieloma aspektami, np. poziomem edukacji, możliwością nawiązania kontaktów zagranicznych, większą liczbą miejsc pracy, teoretyczną możliwością zachowania anonimowości. Przekłada się to również na sytuację kobiet, poszerzając ich możliwości podjęcia pracy. Wyznają one „nowocześniejsze”, z europejskiego punktu widzenia, poglądy, często powielając modele zachowania kobiet z zachodu, naśladują ich styl ubierania się, myślenia. W miastach łatwiej jest również uzyskać pomoc specjalistyczną, dzięki czemu kobiety częściej z niej korzystają. Lepiej znają też przysługujące im prawa, co pozwala na łatwiejsze znalezienie kompromisu między tradycyjnymi powinnościami córki i żony a współczesnymi zasadami życia w społeczeństwie. Poza tym, większe możliwości przyczyniają się do wzrostu ambicji kobiet.

Kobiety z prowincji nie znają przysługujących im praw (nawet gdyby je znały, nie widzą możliwości ich egzekwowania). W małych społecznościach, gdzie trudno jest cokolwiek zataić, każda próba wywalczenia przywilejów zakończyłaby się plotkami, złą opinią wśród rodziny i sąsiadów. Należy również pamiętać o możliwości ukarania takiego zachowania, w najgorszym przypadku śmiercią poprzez „zabójstwo honorowe”, które, choć prawnie karane, nadal jest kultywowane w tradycyjnych społecznościach wschodniej Anatolii. Wykształcenie odgrywa bardzo istotną rolę w kwestii emancypacji kobiet. Poziom edukacji w Turcji jest silnie związany z usytuowaniem geograficznym danej miejscowości. W dużych miastach system kształcenia jest zbliżony do europejskiego, natomiast w mniejszych miejscowościach na pytanie, czy młody człowiek zna angielski, można usłyszeć następującą odpowiedź: „jestem z ... [nazwa miasteczka, gdzie się uczy]”, co ma tłumaczyć braki w wykształceniu.

Koran nakazuje kształcić wszystkich wiernych, również dziewczynki: „Kto ma córkę, niechaj wychowuje ją jak najlepiej, niechaj ją kształci i obdarza tymi Boskimi łaskami, jakie sam posiadał, w ten bowiem sposób ochroni się przed ogniem piekielnym”⁴⁰.

Tureckie rodziny inaczej traktują chłopców i dziewczęta. Nawet w rodzinach, w których wszystkie dzieci są zachęcane do nauki (w tym pójścia na studia), podejście

³⁹ Por. E.J. Zürcher, *Turcja. Od sultanatu do współczesności*, op. cit., s. 172-173.

⁴⁰ Por. J. Danecki (red.), *Mahomet – mądrości Proroka (Hadisy)*, Warszawa 1993, s. 105-108.

do edukacji córek jest zdecydowanie inne. Pomijając fakt, iż większość z nich zmuszona jest do sprzątanía i gotowania, kontrolowane bywa także ich życie towarzyskie, a jako dorosłe kobiety cieszą się mniejszą wolnością niż bracia. Priorytetem dla dziewcząt jest nauka wykonywania prac domowych, pomoc mamie w codziennych czynnościach, a kiedy przychodzą goście – usługiwanie. W miastach istnieje presja kształcenia córek. W mniejszych miasteczkach zjawisko to ma znacznie bardziej ograniczony zasięg, a na wsiach w zasadzie wcale nie występuje. W Turcji już małe dzieci wysyła się na nauki do zakładów pracy. Dzieci uczą się poprzez obserwację mistrzów, przy okazji wykonując podstawowe prace, jak np. zamiatanie podłóg.

Ponadto w konserwatywnych regionach Turcji dużą wagę przykładą się do stanowiska pracy kobiet. Nie jest mile widziana praca w mieszanym towarzystwie, zwłaszcza, jeśli większość pracowników stanowią mężczyźni (np. praca w supermarkecie – mimo że i mężczyźni, i kobiety znajdują tam zatrudnienie, liczbowo przeważają kobiety, dzięki czemu ich opinia może pozostać nienaruszona). Praca kobiet w towarzystwie mężczyzn nie jest mile widziana. Utrwalony jest bowiem wizerunek kobiety jako istoty która kusi, może sprowadzić na „złą drogę”, ale też być narażona na nieprzyjemności w postaci niechcianych propozycji, zaczepki ze strony współpracowników.

Kontakt Turczynek z zagranicą możliwy jest na wielu płaszczyznach. Często odbywa się on za pośrednictwem rodziny, która wyemigrowała do Europy i odwiedza ojczyznę w czasie urlopów, „przemycając” przy okazji europejskie wzorce. Kobiety blisko związane z emigrantami cieszą się zwykle większą swobodą obyczajową. Mają znacznie szersze horyzonty, jeśli chodzi o możliwości wyboru ścieżki kariery lub edukacji. Świat wydaje im się mniejszy, bliższy.

Innym sposobem na czerpanie z zagranicznych wzorców jest udział w programie Erasmus lub innych programach międzynarodowej wymiany studenckiej. Udział w tego typu przedsięwzięciach wpływa na zmianę sposobu myślenia i zachowania Turczynek, ponieważ wiąże się z czasowym przyjęciem odmiennych postaw społecznych, charakterystycznych dla danego kraju. Takie wyjazdy kształtują charakter, osobowość, uczą samodzielności i tolerancji. Pozwalają kobietom na nabranie dystansu do siebie i świata, a także przedłożenie samorealizacji (np. kariery, hobby, zainteresowań, edukacji) nad prace domowe.

Nie należy zapominać także o kolejnej grupie społecznej, jaką stanowią zamieszkujący Turcję imigranci. Takie osoby mogą reprezentować jeden z dwóch typów zachowań: adaptację lub izolację. Osoby izolujące się od społeczeństwa tureckiego nie wnoszą nic do kultury i mentalności Turków. Adaptując się, ludzie czerpią z kultury i tradycji „tubylców”, ale też przekazują informacje o odmiennych kulturach, których

Turcy z ciekawością wysłuchują. Właśnie w taki sposób Turczynki mają możliwość przekonać się o istnieniu alternatywy dla znanego im od urodzenia modelu.

Podsumowanie

Podsumowując, trudno jest jednoznacznie ocenić sytuację prawną i społeczną kobiet w Republice Turcji. Zdecydowanie łatwiej jest odnieść się do uregulowań prawnych, gdyż te posiadają swoje odpowiedniki w krajach przestrzegających w pełni standardów demokratycznych, co umożliwia porównanie. Chcąc ocenić stopień przystawalności regulacji odnoszących się do równouprawnienia kobiet i mężczyzn do standardów obowiązujących w państwach demokratycznych oraz wymogów stawianych państwom-sygnatariuszom międzynarodowych konwencji, należy stwierdzić, iż są one w Turcji w pełni zachowane (przynajmniej biorąc pod uwagę stan prawny na koniec 2006 r.)⁴¹.

Trudniejszy do oceny jest społeczny aspekt sytuacji kobiet w Turcji. W świetle powszechnej opinii kobiety w Turcji są uciskane, nie znają swoich praw lub prawa te są im odmawiane. Należy jednak pamiętać, iż jest to *stricte* stereotypowe przedstawienie sytuacji. Znana jest także skrajnie odmienna opinia, w której życie kobiet tureckich niemal w niczym nie różni się od życia ich europejskich koleżanek. Trudno odmówić tej opinii przymiotu słuszności, pod warunkiem jednak, że opisujemy tylko i wyłącznie sytuację określonej grupy kobiet, zamieszkującej tzw. europejskie miasta, głównie Izmir czy Stambuł. I od tego są jednak wyjątki. Aby zachować obiektywizm, należy sformułować wniosek uwzględniający poszczególne czynniki, składające się na sytuację kobiet w Turcji i ich pozycję względem mężczyzn. Najtrafniejsze, zdaniem autorów opracowania, jest podkreślenie, iż sytuacja kobiet w Turcji jest kwestią kulturową. Nie jest przy tym ani lepsza, ani gorsza od sytuacji kobiet w innych państwach, lecz po prostu inna i nie powinno się jej oceniać, patrząc przez pryzmat obserwatora przywiązanego do europejskich standardów w analizowanej dziedzinie. Różnice kulturowe sprawiają bowiem, że to, co w oczach Europejczyka jawi się jako ucisk, dla osób wychowanych w innym kręgu kulturowym może okazać się jedynym słusznym i jednocześnie możliwym do wyboru stylem życia.

Należy także pamiętać, iż Turcja zaliczana jest do grupy krajów intensywnie rozwijających się. Dokładna analiza zmian, jakie zaszły przez ostatnie dziesięciolecia w systemie prawnym Republiki oraz mentalności społeczeństwa tureckiego, prowadzi do wniosku, iż dalsza ewolucja sytuacji kobiet jest w tym kraju nieunikniona.

⁴¹ A. Szymański, *Między islamem a kemalizmem...*, op. cit., s. 149.

Derogacja praw i wolności w sytuacjach nadzwyczajnych w międzynarodowych systemach ochrony praw człowieka

Wprowadzenie

Współcześnie przyjmuje się, że jednym z fundamentów istnienia państwa demokratycznego jest zapewnienie właściwej ochrony praw i wolności człowieka i obywatela. Dostrzega się jednak, że prawa i wolności te nie mogą mieć charakteru absolutnego, ponieważ często pozostają w kolizji z prawami i wolnościami innych podmiotów, a nawet innymi – równie ważnymi – wartościami, takimi jak np. bezpieczeństwo państwa czy porządek publiczny. Z tego względu akty normatywne z reguły przewidują możliwość ograniczania praw i wolności. Czynią to zwykle na trzy sposoby. Po pierwsze w formie tzw. wyjątków *ex definitione*, tj. postanowień, które wskazują, że określone działanie nie jest traktowane jako naruszenie danego prawa¹. Drugim sposobem unormowania problematyki ograniczeń praw i wolności w aktach międzynarodowych są klauzule limitacyjne, które przewidują, na jakich zasadach dopuszczalna jest ingerencja władz w sferę praw człowieka². Ostatnią formą regulowania ograniczeń praw człowieka są natomiast tzw. klauzule derogacyjne, które określają, na jakich warunkach dopuszczalne jest zawieszenie określonych praw i wolności w sytuacjach szczególnych zagrożeń³. Klauzule derogacyjne – choć nie są rozwiązaniem powszechnym – występują w najważniejszych umowach międzynarodowych dot. praw i wolności, które ratyfikowała Polska, tj. w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności oraz Międzynarodowym

¹ Zob. T. Jasudowicz, *Granice korzystania z praw człowieka – rozwiązania Konstytucji RP na tle standardów europejskich*, [w:] C. Mik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku a członkostwo Polski w Unii Europejskiej*, Toruń 1999, s. 35. Jako przykład omawianego sposobu ograniczania praw i wolności autor ten wskazuje art. 10 ust. 1 zd. 3 europejskiej konwencji praw człowieka (Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzonej w Rzymie 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2; Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.), które stanowi, że poddanie procedurze zezwoleń przedsiębiorstw radiowych, telewizyjnych i kinematograficznych nie stanowi naruszenia prawa do wolności wyrażania opinii – zob. *ibidem*, s. 39.

² Zob. *ibidem*, s. 35. Przykładem klauzuli limitacyjnej jest art. 4 Międzynarodowego paktu praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych (Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 169), który stanowi, że korzystanie z określonych w tym akcie praw może być poddane tylko takim ograniczeniom, jakie przewiduje ustawa, i tylko w stopniu, w jakim jest to zgodne z istotą tych praw, oraz wyłącznie w celu popierania powszechnego dobrobytu w społeczeństwie demokratycznym – zob. *ibidem*, s. 44.

³ Zob. *ibidem*, s. 35.

pakcie praw obywatelskich i politycznych⁴, a także Europejskiej Karcie Społecznej⁵. Wskazana forma regulowania problematyki ograniczania praw i wolności zamieszczona została również w Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka.

1. Artykuł 4 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych

Wydaje się, że analizę klauzul derogacyjnych zawartych w różnych aktach międzynarodowych rozpocząć należy od omówienia tego typu klauzuli znajdującej się w Międzynarodowym pakcie praw obywatelskich i politycznych. Wynika to przede wszystkim z faktu, że pakt ten – jako jedyny spośród traktatów międzynarodowych zawierających takie klauzule – ma charakter uniwersalny i został przyjęty przez wiele państw należących do różnych kręgów kulturowych i regionalnych systemów ochrony praw człowieka. Ponadto wskazać trzeba, że klauzule derogacyjne wyrażone w innych aktach międzynarodowych podobne są do regulacji przyjętych w tym zakresie w Międzynarodowym pakcie praw obywatelskich i politycznych, stąd przyjąć można, że klauzula zawarta w tym akcie ma charakter wzorcowy⁶.

Omawiana klauzula w Międzynarodowym pakcie praw obywatelskich i politycznych wyrażona została w jego art. 4. Przepis ten składa się z 3 ustępów. Pierwszy wskazuje na przesłanki oraz zasady stosowania derogacji, drugi wymienia prawa i wolności, które nie podlegają ograniczeniu nawet w tym trybie, ustęp 3 natomiast formułuje pewne obowiązki notyfikacyjne związane ze stosowaniem derogacji.

Jeżeli chodzi o przesłanki sięgnięcia po derogację praw i wolności – określaną w tym wypadku mianem „zawieszenia stosowania zobowiązań wynikających z paktu” – omawiany akt przewiduje, że jest to dopuszczalne wyłącznie w przypadku, gdy wystąpi wyjątkowe niebezpieczeństwo publiczne zagrażające życiu narodu i niebezpieczeństwo to zostanie urzędowo ogłoszone.

Pierwsza z tych przesłanek ma niewątpliwie charakter niedookreślony. Wydaje się jednak, że za niebezpieczeństwo publiczne zagrażające życiu narodu powinny być uznawane jedynie zagrożenia najbardziej ekstremalne, takie jak obca agresja czy wojna domowa. Przyjąć trzeba, iż niebezpieczeństwem takim może być również klęska żywiołowa⁷,

⁴ Dz. U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

⁵ Dz. U. z 1999 r. Nr 8, poz. 67 ze zm.

⁶ Uwaga ta odnosi się w pewien sposób również do klauzuli derogacyjnej wyrażonej w chronologicznie wcześniejszej od paktu europejskiej konwencji praw człowieka. Wynika to z faktu, że twórcy Konwencji dysponowali projektem Paktu, który przewidywał stosowną klauzulę – zob. L. Garlicki, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Warszawa 2010, t. 1, s. 796.

⁷ Zob. R. Wieruszewski, *Artykuł 4. Nadzwyczajne niebezpieczeństwo publiczne*, [w:] idem, (red.), *Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich (Osobistych) i Politycznych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 78.

choć zakwalifikowanie jej do kategorii tego typu niebezpieczeństw powinno być uzależnione zarówno od rozmiarów jej samej, jak i cech państwa, któremu ona zagraża⁸. Dotychczasowa praktyka państw potwierdza, że przyczyną derogacji praw i wolności jest zwykle konflikt zbrojny lub niepokoje wewnętrzne⁹.

Próby dokładnego zdefiniowania omawianej przesłanki podjęły się niektóre organy ONZ. W ramach prac Rady Gospodarczej i Społecznej 28 września 1984 r. przyjęto dokument nazwany „Zasadami z Syrakuz”¹⁰, w którym m.in. dokonano interpretacji art. 4 paktu. Wskazano tam m.in., że niebezpieczeństwo publiczne, o którym mowa w tym przepisie, powinno mieć charakter aktualny i poważny oraz dotyczyć całej ludności kraju¹¹. Wyjaśniono także, że niebezpieczeństwo to powinno zagrażać fizycznemu istnieniu narodu albo niezależności politycznej lub integralności terytorialnej państwa. Zgodnie z „Zasadami z Syrakuz” koniecznym warunkiem zastosowania derogacji jest również ograniczenie funkcjonowania instytucji odpowiedzialnych za gwarantowanie praw i wolności jednostki¹².

Drugą przesłanką derogacji praw i wolności, jaką przewiduje pakt, jest urzędowe ogłoszenie niebezpieczeństwa publicznego. Przyjmuje się, że warunek ten zostaje spełniony, jeżeli władze danego państwa ogłoszą oficjalnie stan nadzwyczajny¹³. Wydaje się, że omawiana przesłanka ma chronić przed nadużywaniem instytucji derogacji. Wprowadzenie stanu nadzwyczajnego w wewnętrznym porządku prawnym państwa niesie ze sobą z reguły poważne konsekwencje społeczne i polityczne. Z tego względu ogłoszenie stanu nadzwyczajnego – przynajmniej w państwie demokratycznym – jest ostatecznością, z której korzysta się, gdy inne środki nie są wystarczające. Przyjąć zatem można, że możliwość sięgania po derogację praw i wolności bez jednoczesnej konieczności wprowadzenia stanu nadzwyczajnego pozwalałaby rządzącym na posługiwanie się tym instrumentem w sytuacjach tego niewymagających, co umożliwiałoby jego nadużywanie¹⁴. Z tego względu omawiany wymóg ocenić należy pozytywnie.

⁸ Przyjąć trzeba, że w przypadku bardzo małych państw powódź lub huragan będą mogły niewątpliwie stanowić niebezpieczeństwo zagrażające życiu narodu. Inaczej będzie w odniesieniu do dużych państw, w przypadku których skutki katastrof naturalnych odczuwalne są jedynie na znikomej części ich terytorium.

⁹ Szerzej o praktyce państw w zakresie przyczyn sięgania po procedurę określoną w art. 4 Paktu – zob. A. Michalska, *Niebezpieczeństwo publiczne, które zagraża życiu narodu*, [w:] T. Jasudowicz (red.), *Prawa człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych ze szczególnym uwzględnieniem prawa i praktyki polskiej*, Toruń 1997, s. 13–15.

¹⁰ *The Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, E/CN.4/1985/4.

¹¹ Może ono być natomiast ograniczone do części terytorium państwa – zob. R. Wieruszewski, *op. cit.*, s. 79.

¹² Zob. A. Michalska, *op. cit.*, s. 22–23.

¹³ Zob. R. Wieruszewski, *op. cit.*, s. 80.

¹⁴ Por. B. Gronowska, *Formalno-organizacyjne przesłanki korzystania z derogacji w dziedzinie ochrony praw człowieka. Kontrola międzynarodowa*, [w:] T. Jasudowicz (red.), *Prawa człowieka w sytuacjach*

W dalszej części art. 4 ust. 1 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych uregulowano zasady, na jakich dopuszczalna jest derogacja określonych w nim praw i wolności. Pierwsza z nich stanowi, że derogacja taka jest dopuszczalna wyłącznie w zakresie ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji. Wyrażona w ten sposób została więc typowa dla regulacji ograniczeń praw i wolności zasada proporcjonalności¹⁵, która wymaga, by prawa człowieka ograniczane były w jak najmniejszym stopniu – w takim tylko, w jakim jest to niezbędne dla ochrony innych wartości. Komitet Praw Człowieka ONZ w Komentarzu Ogólnym nr 29 stwierdził, że omawiana zasada proporcjonalności rozpatrywana może być w trzech aspektach: czasowym – tzn., że derogacja nie powinna trwać dłużej niż jest to konieczne; przestrzennym – tzn., że powinna mieć miejsce jedynie na obszarach, na których jest to niezbędne ze względu na występujące niebezpieczeństwo; oraz materialnym – tzn., że derogacji powinny podlegać tylko te prawa, których ograniczenie przyczyni się do skutecznej walki z niebezpieczeństwem, które stało się powodem sięgnięcia po tę instytucję¹⁶.

Kolejną zasadą dopuszczalności zawieszania zobowiązań wynikających z paktu jest brak sprzeczności takiego działania z innymi zobowiązaniami międzynarodowymi państwa. Oznacza to, że treść normatywna omawianej klauzuli może być zrekonstruowana jedynie na podstawie analizy całości norm prawa międzynarodowego, którymi związane jest dane państwo. Jak trafnie zauważają przedstawiciele doktryny, niesprzeczność z innymi zobowiązaniami międzynarodowymi nie oznacza wyłącznie zgodności z innymi traktatami międzynarodowymi, ale z całością norm prawnomiędzynarodowych, a więc również i normami zwyczajowymi¹⁷. Wydaje się, że sens omawianej zasady sprowadza się przede wszystkim do zakazu wykorzystywania regulacji paktu dotyczących sytuacji nadzwyczajnych do usprawiedliwienia uchylania się od przestrzegania innych zobowiązań międzynarodowych. Podkreślić w tym miejscu trzeba, że nawet w przypadku skrajnego zagrożenia, jeżeli inna norma prawnomiędzynarodowa nie pozwala na derogację określonego prawa, dokonanie jej będzie działaniem nielegalnym i to nie tylko z punktu widzenia tej normy, ale również z punktu widzenia art. 4 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych.

Wśród reguł dotyczących derogacji praw i wolności pakt wskazuje jeszcze zakaz dyskryminacji wyłącznie z powodu rasy, koloru skóry, płci, języka, religii lub pochodzenia społecznego. Przyjąć należy, że regulacja ta stanowi *lex specialis* wobec generalnego zakazu dyskryminacji z jakiegokolwiek powodu wyrażonego w art. 2 oraz art. 26 paktu. Oznacza to, że w przypadku sięgnięcia po instytucję derogacji dopuszczalne jest

nadzwyczajnych ze szczególnym uwzględnieniem prawa i praktyki polskiej, Toruń 1997, s. 30.

¹⁵ Zob. R. Wieruszewski, *op. cit.*, s. 83.

¹⁶ Zob. *ibidem*, s. 83.

¹⁷ Zob. *ibidem*, s. 81.

wprowadzenie pewnych form dyskryminacji. Nie mogą one jednak być oparte wyłącznie na wspomnianych wyżej kryteriach rasy, koloru skóry, płci, języka, religii lub pochodzenia społecznego. Przyjąć zatem należy, że dyskryminacja ze względu na inne czynniki jest – w ramach procedury opisanej w art. 4 paktu – dopuszczalna. Trzeba jednak pamiętać, że dyskryminacja taka możliwa będzie tylko w takim zakresie, w jakim będzie rzeczywiście usprawiedliwiona walką z nadzwyczajnym zagrożeniem. Nieuzasadniona obiektywnie dyskryminacja – nawet w ramach derogacji praw i wolności – będzie bowiem uznana za niezgodną z omówioną wyżej zasadą proporcjonalności, a przez to sprzeczna z paktem.

Warto w tym miejscu się zastanowić, jaki jest sens istnienia omawianej klauzuli antydyskryminacyjnej. Wydaje się, że dokonanie dyskryminacji na podstawie kryteriów w niej wymienionych i tak stanowiłoby naruszenie zasady proporcjonalności. Trudno sobie wyobrazić, by pogarszanie sytuacji prawnej osób czy grup wyodrębnionych na podstawie tych kryteriów (tj. takich jak płeć czy kolor skóry) mogłoby rzeczywiście być uzasadnione walką z nadzwyczajnym zagrożeniem. W tym kontekście wydaje się, że omawiana klauzula antydyskryminacyjna ma wymiar przede wszystkim symboliczny i podkreśla konieczność powstrzymywania się od dyskryminacji na podstawie pewnych szczególnych kryteriów nawet w skrajnych warunkach.

Art. 4 ust. 2 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych określa katalog praw, których zawieszenie jest niedopuszczalne. Czyni to poprzez odesłanie do poszczególnych przepisów paktu, które deklarują dane prawo. Przyjąć należy, że zakaz derogacji dotyczy całości norm wyrażonych w danym przepisie (chyba że sam pakt wyraźnie odsyła tylko do niektórych ustępów danego artykułu).

Jako pierwsze spośród praw niederogowalnych wskazane zostało prawo do życia. Jako że pakt zakazuje uchylania się od zobowiązań wyrażonych w całym art. 6, przyjąć trzeba, iż zakaz ten odnosi się również do takich postanowień jak: zakaz wykonywania kary śmierci za przestępstwa inne niż „najcięższe zbrodnie” (ust. 2), prawo skazanego na karę śmierci do ubiegania się o amnestię lub zmianę kary (ust. 4), zakaz wydawania wyroków śmierci na osoby, które w chwili popełnienia przestępstwa nie ukończyły 18. roku życia, czy zakaz wykonywania kary śmierci na kobietach ciężarnych (ust. 5).

W dalszej kolejności pakt zabrania uchylania się od zakazu tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania lub karania, a także poddawania eksperymentom medycznym lub naukowym bez dobrowolnie wyrażonej zgody.

Za niederogowalny w świetle art. 4 ust. 2 paktu uznać należy również zakaz niewolnictwa oraz poddaństwa. Uchyleniu – zgodnie z przedstawionymi powyżej zasadami – podlegać może natomiast wyrażony w art. 8 ust. 3 paktu zakaz pracy przymusowej lub obowiązkowej.

Ponadto Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych wskazuje, że państwo nie może się uchylić od stosowania przepisów mówiących o: zakazie więzienia za długi (art. 11), zakazie karania bez podstawy prawnej (art. 15), prawie każdego do uznawania jego podmiotowości prawnej (art. 16) oraz wolności sumienia i wyznania (art. 18).

Wydaje się, że konsekwencją precyzyjnego uregulowania katalogu praw niederogowalnych jest przyjęcie *a contrario*, że wszelkie pozostałe wymienione w Pakcie prawa mogą podlegać zawieszeniu. Należy jednak pamiętać, że dla właściwego przeprowadzenia derogacji konieczne jest zachowanie pozostałych wyżej omówionych zasad, tj. zasady proporcjonalności oraz niesprzeczności z innymi zobowiązaniami prawnymi międzynarodowymi. Oznacza to w szczególności, że derogacji podlegać mogą wyłącznie takie prawa, których ograniczenie jest uzasadnione koniecznością walki z nadzwyczajnym zagrożeniem. Wydaje się, że można wskazać w Pakcie takie prawa, których ograniczenie w żaden sposób nie może wpłynąć na przeciwdziałanie takiemu zagrożeniu. Należy do nich np. wyrażone w art. 23 ust. 2 prawo do zawarcia związku małżeńskiego. Wydaje się, że prawo to – choć niewymienione jako niederogowalne w art. 4 ust. 3 – posiada jednak taki charakter, albowiem jego ograniczenie nawet w sytuacji skrajnego zagrożenia nie będzie nigdy działaniem ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji, a więc będzie niezgodne z zasadą proporcjonalności. Powyższe refleksje można odnieść również do niektórych innych praw zadeklarowanych w Pakcie, a niewymienionych w art. 4 ust. 2 jako niepodlegające ograniczeniu¹⁸.

Wydaje się ponadto, że katalog praw niederogowalnych podlega również rozszerzeniu poprzez wymóg zachowania przy derogowaniu praw i wolności zgodności takiego działania z innymi zobowiązaniami międzynarodowymi. Oznacza to, że jeżeli w prawie międzynarodowym istnieje norma, która przyznaje określone prawo i zabrania jego uchylania nawet w sytuacjach skrajnych zagrożeń, niedopuszczalna jest jego derogacja również na gruncie paktu, nawet jeśli prawo takie nie zostało wskazane jako niederogowalne w jego art. 4 ust. 3¹⁹. Do praw takich zaliczyć można np. określone w art. 10 ust. 1 prawo osoby pozbawionej wolności do traktowania w sposób humanitarny i z poszanowaniem przyrodzonej godności człowieka²⁰.

Jak już zostało wspomniane, Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych wymaga, by państwo korzystające z klauzuli derogacyjnej dokonało notyfikacji

¹⁸ Dotyczy to np. praw wymienionych w art. 24 ust. 2 i 3, które formułują prawa dziecka do posiadania nazwiska oraz do nabycia obywatelstwa.

¹⁹ Por. L. Garlicki, *Ponadnarodowa kontrola stanów nadzwyczajnych (na tle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka)*, [w:] S. Bożyk (red.), *Prawo, parlament i egzekutywa we współczesnych systemach rządów. Księga poświęcona Pamięci Profesora Jerzego Stembrowicza*, Białystok 2009, s. 58–59.

²⁰ Zob. R. Wieruszewski, *op. cit.*, s. 85.

tego faktu. Obowiązek ten został uregulowany w art. 4 ust. 3 paktu, który stanowi, że państwo takie jest zobowiązane natychmiast poinformować pozostałe strony tego aktu – za pośrednictwem Sekretarza Generalnego ONZ – o tym, które prawa lub wolności zostały zawieszone oraz jakie były tego powody. W ten sam sposób państwo jest zobowiązane poinformować o zakończeniu derogacji. Z omawianym obowiązkiem notyfikacyjnym wiąże się kwestia tego, czy jego prawidłowe wykonanie stanowi konieczny warunek legalności samej derogacji, czy jest to obowiązek, którego spełnienie należy rozpatrywać osobno. Wydaje się, że niewykonanie omawianego obowiązku nie powinno wpływać na ocenę legalności dokonywanych ograniczeń. Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych wskazuje jedynie, że natychmiastowa notyfikacja powinna towarzyszyć derogacji, nie określa on jednak, by stanowiła ona warunek czy przesłankę jej stosowania. Stanowisko powyższe podziela również Komitet Praw Człowieka²¹.

2. Artykuł 15 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności

Jak już zostało wskazane, klauzulę derogacyjną przewidują również niektóre regionalne traktaty dotyczące ochrony praw i wolności człowieka. Wśród nich chronologicznie pierwszą była europejska Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z 4 listopada 1950 r. Ze względu na fakt, że w swojej treści wykazuje ona podobieństwo do omówionej powyżej klauzuli wyrażonej w art. 4 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych w niniejszym opracowaniu zostaną zaakcentowane przede wszystkim różnice występujące między tymi dwoma klauzulami.

Przesłanka zastosowania derogacji w europejskiej konwencji praw człowieka wskazana została w jej art. 15 ust. 1. Zgodnie z tym przepisem jest ona możliwa wyłącznie w wypadku wojny lub innego niebezpieczeństwa publicznego zagrażającego życiu narodu. W odróżnieniu zatem od regulacji paktu w konwencji wyraźnie wskazano, że przyczyną zastosowania szczególnego rodzaju ograniczeń praw i wolności może być wojna. Niewątpliwie mieści się ona również w pojęciu niebezpieczeństwa publicznego zagrażającego życiu narodu. Wydaje się, że jej wyodrębnienie – a ponadto wymienienie jako pierwszej – oznacza, że jest ona niejako wzorcową sytuacją (modelowym niebezpieczeństwem publicznym zagrażającym życiu narodu), w której dopuszcza się derogację²².

²¹ Zob. *ibidem*, s. 89.

²² Niewymienienie wprost w Międzynarodowym pakcie praw obywatelskich i politycznych wojny jako przesłanki zastosowania derogacji praw i wolności wynika z faktu, że jego twórcy chcieli uniknąć wszelkich pozorów dopuszczalności wojny – zob. *ibidem*, s. 77; A. Michalska, *op. cit.*, s. 11–12.

Na gruncie konwencji zawieszenie niektórych praw i wolności jest dopuszczalne również w przypadku innego niż wojna niebezpieczeństwa publicznego zagrażającego życiu narodu. Przesłanka ta – zbieżna z postanowieniami Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych – powinna być interpretowana analogicznie jak na gruncie tego aktu²³. Europejska Komisja Praw Człowieka w raporcie dot. tzw. sprawy greckiej²⁴ wskazała pewne okoliczności, które jej zdaniem muszą wystąpić łącznie, by można było zastosować derogację praw i wolności z powołaniem się na nadzwyczajne niebezpieczeństwo publiczne. Do okoliczności tych należy: fakt, że zagrożenie ma charakter aktualny lub bezpośredni, a jego skutki mogą dotyczyć ludności całego państwa; zagrożenie dalszego funkcjonowania życia społecznego; nadzwyczajność niebezpieczeństwa, które skutkuje niewystarczalnością zwykłych środków konwencyjnych²⁵.

Europejska konwencja praw człowieka – w przeciwieństwie do Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych – nie przewiduje jako przesłanki zastosowania derogacji praw i wolności urzędowego ogłoszenia niebezpieczeństwa publicznego. Pominięcie tego elementu może dziwić ze względu na wskazane wyżej zalety tego typu przesłanki. Należy jednak pamiętać, że konwencja – podobnie jak pakt – przewiduje, że derogacja praw i wolności może nastąpić tylko przy zachowaniu innych wymogów prawa międzynarodowego. Oznacza to, że nawet oceniając ją z punktu widzenia art. 15 konwencji, należy brać pod uwagę jej zgodność z innymi normami prawnomiędzynarodowymi obowiązującymi strony tej konwencji, a więc również art. 4 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych. Skoro przepis ten wymaga urzędowego ogłoszenia niebezpieczeństwa publicznego, dokonanie takiego ogłoszenia jest warunkiem niezbędnym uznania derogacji za legalną również na gruncie europejskiej konwencji praw człowieka²⁶.

Wskazać należy, że podobnie jak Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności przewiduje, że derogacja jest dopuszczalna tylko w zakresie ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji

²³ Por. L. Garlicki, *Konwencja o Ochronie...*, op. cit., s. 800; B. Latos, *Klauzula derogacyjna i limitacyjna w europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności*, Warszawa 2008, s. 67–68.

²⁴ Raport EKPCz z 5 listopada 1969 r. w sprawie *Dania, Norwegia, Szwecja i Holandia przeciwko Grecji*.

²⁵ Zob. L. Garlicki, *Konwencja o Ochronie...*, op. cit., s. 801; B. Latos, op. cit., s. 74; M. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa 2010, s. 767; A. Michalska, op. cit., s. 18.

²⁶ Należy jednak pamiętać, że europejska konwencja praw człowieka została przyjęta kilkanaście lat wcześniej, a zatem dopóki Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych nie wszedł w życie, omawiany wymóg urzędowego ogłoszenia niebezpieczeństwa publicznego nie istniał. Pamiętać również trzeba – choć jest to sytuacja czysto teoretyczna – że państwo będące stroną Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności nie musi być stroną Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych. Na państwie takim nie ciążyłby wówczas obowiązek oficjalnego ogłoszenia niebezpieczeństwa publicznego.

oraz – co już zostało wskazane przed chwilą – w zakresie, w jakim nie jest sprzeczna z innymi zobowiązaniami międzynarodowymi. Zasady te powinny być rozumiane w sposób analogiczny, jak ma to miejsce na gruncie art. 4 paktu.

Przy okazji omawiania zasad dokonywania derogacji, o których mowa w konwencji, zauważyć należy, że nie powtarza ona wyrażonego w Pakcie zakazu dyskryminacji wyłącznie z powodu rasy, koloru skóry, płci, języka, religii lub pochodzenia społecznego. Brak podobnej regulacji, choć budzić może pewne wątpliwości, nie ma jednak realnie większego znaczenia. Po pierwsze, jak zostało wskazane, na gruncie paktu klauzula antydyskryminacyjna ma przede wszystkim charakter symboliczny, bo normy w niej wyrażone i tak można byłoby wywieść z zasady proporcjonalności. Podobnie byłoby w przypadku konwencji – zakaz dyskryminacji ze względu na kryteria, które z punktu widzenia niebezpieczeństwa publicznego nie mają żadnego znaczenia, obowiązuje już na podstawie – analogicznego jak w przypadku paktu – zakazu działań nieodpowiadających ściśle wymogom sytuacji. Po drugie, nawet przyjmując, że brak wyraźnego zakazu dyskryminacji mógłby mieć z punktu widzenia prawnego jakiejkolwiek znaczenie, należy pamiętać, że przestrzeganie postanowień klauzuli antydyskryminacyjnej zamieszczonej w Pakcie jest wymagane przez konwencję z powodu konieczności zachowania zgodności derogacji z innymi zobowiązaniami prawnomiędzynarodowymi.

Art. 15 ust. 2 europejskiej konwencji praw człowieka – podobnie jak art. 4 ust. 2 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych – przewiduje katalog praw, których derogacja jest niedopuszczalna. Podobnie jak w przypadku paktu katalog ten został stworzony poprzez wymienienie przepisów, których zawieszenie jest niedopuszczalne. Jako prawa niederogowalne wskazano: prawo do życia (zakaz ograniczania tego prawa nie dotyczy jednak przypadków śmierci spowodowanych prowadzeniem legalnych działań wojennych), zakaz tortur oraz niehumanitarnego lub poniżającego traktowania lub karania, zakaz niewolnictwa i poddaństwa oraz zakaz karania bez podstawy prawnej. Katalog ten na mocy odpowiednich Protokołów do konwencji obejmuje ponadto zakaz orzekania i wykonywania kary śmierci (Protokół nr 6 i Protokół nr 13) oraz zakaz ponownego sądenia lub karania za to samo przestępstwo (Protokół nr 7). Jak widać, katalog ten jest węższy w porównaniu z regulacjami zamieszczonymi w Międzynarodowym pakcie praw obywatelskich i politycznych. Akt ten w katalogu praw niederogowalnych wymienia ponadto zakaz więzienia za długi, prawo każdego do uznawania jego podmiotowości prawnej oraz wolność sumienia i wyznania. Pamiętać jednak należy, że ze względu na konieczność zachowania zgodności z innymi zobowiązaniami prawnomiędzynarodowymi prawa wymienione jako niederogowalne wyłącznie w Pakcie muszą być uznane za takie również na gruncie konwencji. Z tego samego względu – podobnie zresztą jak w przypadku Międzynarodowego paktu praw obywatelskich

i politycznych – za niemogące być ograniczane należy uznać także te prawa i wolności, których derogacja byłaby sprzeczna z zasadą proporcjonalności albo innymi zobowiązaniami prawnomiędzynarodowymi.

Europejska konwencja praw człowieka – podobnie jak Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych – przewiduje również obowiązek notyfikowania przez państwo faktu derogacji określonych praw i wolności. Został on skonstruowany w sposób podobny jak w pakcie. Adresatem notyfikacji w tym wypadku nie są jednak pozostałe strony traktatu, lecz sam Sekretarz Generalny (w tym wypadku Sekretarz Generalny Rady Europy). Ponadto – w odróżnieniu od postanowień paktu – konwencja wymaga, by informacja na temat dokonanej derogacji miała charakter wyczerpujący. Przyjmuje się, że warunek ten oznacza, iż państwo korzystające z derogacji jest zobowiązane wskazać: postanowienia konwencji, które zostają zawieszone; działania ingerujące w zawieszone prawa lub wolności, które będą w związku z tym podejmowane; powody stosowania tych działań; a także obszar, na którym obowiązywać będzie derogacja²⁷.

3. Klauzule derogacyjne w innych aktach prawa międzynarodowego

Jak już zostało wskazane na wstępie, klauzule derogacyjne zamieszczone zostały także w innych umowach międzynarodowych dotyczących problematyki praw i wolności człowieka i obywatela. Wśród traktatów, których stroną jest Rzeczpospolita Polska, klauzulę taką zawiera jeszcze Europejska Karta Społeczna. Klauzula derogacyjna w tym akcie została skonstruowana w sposób analogiczny jak w konwencji. Wśród przesłanek zastosowania derogacji wymienia ona również wojnę i niebezpieczeństwo publiczne zagrożające życiu narodu. Przewiduje ona także, że zawieszenie zobowiązań z niej wynikających może zostać dokonane jedynie w zakresie ściśle odpowiadającym wymogom sytuacji oraz pod warunkiem zgodności z innymi zobowiązaniami prawnomiędzynarodowymi. Europejska Karta Społeczna – podobnie jak konwencja – nie przewiduje wprost obowiązku ogłoszenia stanu nadzwyczajnego. Nie zawiera też klauzuli antydyskryminacyjnej ani katalogu praw niepodlegających ograniczeniom. Podobnie jak wyżej omówione dokumenty Europejska Karta Społeczna przewiduje natomiast obowiązek stosownej notyfikacji. Jej adresatem – podobnie jak w przypadku konwencji – jest Sekretarz Generalny Rady Europy. W tym wypadku nałożony jednak został na niego wprost obowiązek poinformowania o wszelkich otrzymanych tego typu notyfikacjach pozostałych stron karty oraz Dyrektora Generalnego Międzynarodowego Biura Pracy.

²⁷ Zob. L. Garlicki, *Konwencja o Ochronie...*, *op. cit.*, s. 807.

Zauważyć należy, że klauzule derogacyjne nie są charakterystyczne wyłącznie dla Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych oraz europejskiego systemu ochrony praw człowieka. Klauzulę tego typu przewiduje bowiem również Amerykańska Konwencja Praw Człowieka. Choć jej postanowienia zbliżone są do wyżej omówionych regulacji, wykazuje ona pewne cechy szczególne. W zakresie przesłanek dopuszczalności wprowadzenia derogacji przewiduje ona, że jest to możliwe w przypadku wojny, niebezpieczeństwa publicznego lub innej nadzwyczajnej sytuacji, która zagraża niepodległości lub bezpieczeństwu państwa. Jest to regulacja nieco odmienna od norm paktu, europejskiej konwencji czy karty. W tym wypadku bowiem przesłanką zastosowania derogacji jest także wystąpienie nadzwyczajnej sytuacji innej niż niebezpieczeństwo publiczne. Po drugie wojna, niebezpieczeństwo publiczne czy wyjątkowa sytuacja nie muszą zagrażać istnieniu narodu, lecz niepodległości lub bezpieczeństwu państwa. Wydaje się, że tego typu unormowanie przesłanek derogacji czyni je łatwiejszymi do spełnienia.

Amerykańska konwencja – podobnie jak wszystkie omówione wyżej traktaty – przewiduje również obowiązywanie zasad proporcjonalności oraz niesprzeczności z innymi zobowiązaniami prawnomiędzynarodowymi. Zawiera identyczną jak w przypadku Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych klauzulę antydyskryminacyjną. Formuluje odpowiedni obowiązek notyfikacyjny – państwo korzystające z derogacji jest zobowiązane poinformować inne państwa za pośrednictwem Sekretarza Generalnego Organizacji Państw Amerykańskich o przepisach, których stosowanie zawiesza, powodach takiego działania oraz czasie, na jaki zostały wprowadzone stosowne ograniczenia.

Tym, co w sposób szczególny wyróżnia klauzulę derogacyjną zamieszczoną w Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka, jest stosunkowo szeroki katalog praw niederogowalnych. Obejmuje on nie tylko prawa i wolności wymienione w podobnym katalogu w Międzynarodowym pakcie praw obywatelskich i politycznych, ale również: prawa do humanitarnego traktowania²⁸, prawa rodziny, prawo do nazwiska, prawo do obywatelstwa oraz prawo do udziału w sprawowaniu władzy. Ponadto za nienaruszalne amerykańska konwencja uznaje także sądowe gwarancje ochrony praw niederogowalnych.

Podsumowanie

Podjmując się próby oceny omówionych wyżej regulacji, stwierdzić przede wszystkim należy, że zamieszczenie ich w międzynarodowych traktatach dotyczących

²⁸ Które na gruncie Amerykańskiej konwencji mają zakres szerszy niż na gruncie paktu, ponieważ obejmują również np. nakaz oddzielania osób podejrzanych od skazanych.

ochrony praw i wolności jest działaniem pozytywnym, świadczącym o realizmie ich twórców²⁹. Prawa człowieka bowiem, jak już zostało wykazane, mogą pozostawać w kolizji z innymi szczególnie istotnymi wartościami, którym niekiedy należy nawet przyznać pierwszeństwo. W takich okolicznościach zasadne wydaje się dokładne unormowanie problematyki rozwiązywania tego typu konfliktów. Precyzyjne uregulowanie, na jakich zasadach dopuszczalne jest zawieszanie praw i wolności w sytuacjach nadzwyczajnych, sprzyja tak naprawdę ochronie tychże praw i wolności, ponieważ – przynajmniej w założeniach – chroni je przed arbitralnym i mogącym rodzić poważne nadużycia uchylaniem podejmowanym w imię stanu wyższej konieczności.

Wydaje się, że za najlepiej skonstruowaną klauzulę derogacyjną uznać należy tę, która została sformułowana w Międzynarodowym pakcie praw obywatelskich i politycznych. Zawiera ona bowiem szereg szczególnych gwarancji – jak przede wszystkim konieczność urzędowego ogłoszenia niebezpieczeństwa publicznego oraz optymalny katalog praw niederogowalnych – które przynajmniej do pewnego stopnia chronią przed nadużywaniem instytucji derogacji.

Słabością omówionych norm jest jednak przede wszystkim ich niepełna skuteczność. Nie jest to jednak wada charakterystyczna wyłącznie dla klauzul derogacyjnych, lecz dla norm międzynarodowego prawa ochrony praw człowieka w ogóle. Na tym tle pozytywnie wyróżnia się jednak europejski system ochrony praw człowieka, którego nieco wyższa skuteczność wiąże się z aktywnym działaniem organów strasburskich, a zwłaszcza Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Brak jest jednak nawet w tym systemie mechanizmów, które chroniłyby zupełnie przed nienadużywaniem przepisów pozwalających na ograniczanie praw i wolności. Pozostaje jednak mieć nadzieję, że coraz bardziej rosnąca świadomość konieczności ochrony praw człowieka skutkować będzie również ich większą ochroną nawet w sytuacjach skrajnych zagrożeń.

²⁹ Zob. R. Wieruszewski, *op. cit.*, s. 76.

The role of the Court of Justice of the European Union in setting European Union standards of protection of fundamental rights

1. Introduction

Thinking about bases of modern state in XXI century we can imagine a triangle consisting of three equal parts: democracy, rule of law and human rights. If we take away just one part, the whole construction will fall down. The principle of democracy and rule of law alone is not enough to safeguard our freedoms, as an example of nazi Germany proved. States relying only on these two principles are relatively easy to degenerate into lower forms of government. On the other hand, democracy and human rights, without rule of law will not guarantee human dignity to be observed properly and protected by impartial institutions. Therefore we need all three elements to make modern state working properly. Let's focus on human rights now. One could even called them undemocratic, because in the name of protection of different kinds of minorities, the will of majority is limited. That is a paradox of human rights, they restrict majoritarian will on the one hand, but on the other, strengthen the system, protecting individuals against the potential tyranny of a state. We all agree, that any civilized state should have a constitutional chapter dedicated to protection of human rights and freedoms. In other words, human rights not only let the system working properly, in Europe they play very special role. After tragic experiences of XX century, it is human rights, which constitute about European credibility. That is why, all constitutions of European states take human rights so seriously, putting them usually into chapters two in constitutional text (that inner stratification is very important here, despite equal legal power of all constitutional provisions). In this context, there is no wonder, that an autonomous legal order evolving towards ever closer Union, since the early days of its existence, to be taken seriously and to retain credibility, had to put accent on human rights. Or, in other words, human rights had to be taken seriously by European Union institutions to bring credibility to the Union. In this field, one institution has been particularly active: Court of Justice.

2. The beginnings: human rights as general principles

Originally, when European Community was established its legal system resembled more international than state law, protection of human rights seemed to be non existing issue. At that time it was very difficult to predict the future evolution of what had been initially thought out as project of economic integration, following the failure of European Political Community. European Community institutions were generally designed to supervise functioning of certain elements of national economies, not to take care of the interest of individuals. The first test came on 1958, when the Court had to decide whether to judge Community provisions being binded to constitutionally protected human rights of the Member States. That was the case in *Stork*, when Community legislation was attacked on the ground of breaching German fundamental rights¹. Responding to this issue the Court had two ways to react. To accept that claim known as mortgage theory and thus be directly bound by fundamental rights of all constitutions of Member States or to reject it. In *Stork*, Court chose the latter option denying in this way any direct link between Community law and Member States fundamental rights, stating that “Under art. 8 of the Treaty the Commission is only required to apply Community law. It is not competent to apply the national law of the Member States. Similarly, under Article 31 the Court is only required to ensure that in the interpretation and application of the Treaty, and of rules laid down for implementation thereof, the law is observed. It is not normally required to rule on provisions of national law. Consequently the Commission is not empowered to examine a ground of complaint which maintains that, when it adopted its decision, it infringed principles of German Constitutional law.” The same line of reasoning was confirmed in the next case, where the Court found, that “The applicant supports its arguments with German case-law on the interpretation of Article 14 of the Basic Law of the Federal Republic, which guarantees private property. It is not for the Court, whose function is to judge the legality of decisions adopted by the Commission, and as obviously follows, those adopted in the present case under art. 65 of the Treaty, to ensure that rules of internal law, even constitutional rules, enforced in one or other of the Member States are respected. Therefore the Court may neither interpret nor apply art. 14 of the German Basic Law in examining the legality of a decision of the Commission”². Let’s imagine what could have happened, if the Court took opposite view, letting Members States constitutions to shape directly Union legal order in the field of human rights. The EU legal system would be trapped into maximum standard of protection of human

¹ Case 1/58, *Stork and Cie v. High Authority of the European Coal and Steel Community*, [1958] ECR 17.

² Joined cases 36, 37, 38/59 and 40/59, *Geitling Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH, Mausegatt Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH and I. Nold KG v. High Authority of the European Coal and Steel Community*, [1959] ECR 423.

rights, taking always the highest standard of protection of human rights from any Member State and then apply it to EU law. That system couldn't work properly, as certain rights are protected differently in different states (for example environmental rights). The highest standard would also come back to all Member States during application of EU law and its interpretation by the Court. It was not possible for a long time to deny protection of individuals in the field of human rights on the ground of EU law, because individuals could initiate proceeding in domestic courts on the ground for breaching their constitutionally guaranteed rights. That could lead to catastrophe, if national courts would find EU law invalid. The Court had no choice but to respond positively to the expectations of domestic courts dealing with creation of adequate level of protection of human rights in EU law. Otherwise than in *Stork*, in case *Stauder*, the Court acknowledge for the first time, that fundamental rights are "enshrined in the general principles of European law"³. In the next important case the Court mentioned about existence of guarantees for protection of fundamental rights analogous to those in Member States, inherent in European law⁴. The Court acknowledge its role as a guardian of fundamental rights in European Union legal order, which constitute part of general principles of the EU legal system. Furthermore, the Court finds as a source of aspiration for newly discovered rights constitutional traditions common to the Member States. Further clarification of that position came in *Nold* case, where the Court stated, that "Fundamental rights form an integral part of the general principles of law, the observance of which it ensures. In safeguarding these rights, the Court is bound to draw inspiration from constitutional traditions common to the Member States, and it cannot therefore uphold measures, which are incompatible with fundamental rights recognized and protected by the constitutions of those States. Similarly, international treaties for the protection of human rights on which the Member States have collaborated or of which they are signatories, can supply guidelines, which should be followed within the framework of law"⁵. In the *Nold* case, the Court found constitutional rights of Member states as indirect but inspiring source of law, and accentuated, for the first time significance of international treaties for the protection of fundamental rights. In Europe there is one particularly important international document dedicated to the protection of human rights: European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Convention). The significance of the Convention was confirmed by the Court in *Hoechst* case, where Court confirmed, what had already been known, that "the Court has consistently held that fundamental rights are an integral part of the general principles of law the observance of which

³ Case 29/69, *Stauder v. City of Ulm*, [1969] ECR 419.

⁴ Case 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH v. Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, [1979] ECR 1125.

⁵ Case 4/73, *Nold v. Commission*, [1974] ECR 491.

the Court ensures, in accordance with constitutional traditions common to the Member States, and the international treaties on which the Member State have collaborated or of which they are signatories. The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 November 1950 is of particular significance in that regard”⁶. In these cases the Court confirmed, that it recognizes different systems of protection of human rights (national and international), although not directly.

3. Level of protection of fundamental rights in EU law

The new system of protection of fundamental rights that has been created by the jurisprudence of the Court differentiate from already existing ones in Member States or international law. But had the Court any choice, to decide for instance to bind itself directly to one of those systems (national or international). The idea of “ever closer union” has been materializing for three generations already, which means, that European union legal system is evolving much faster than any legal system of its Member States. At the same time, the Court had been developing its another key principle of primacy of EU law over national law, to support cohesion of new legal system. In such circumstances, the Court needs flexibility to act respectively to changing conditions of integration. General principles constitute excellent legal tool to protect fundamental rights and main goal of the Union: efficient functioning of internal market. Due to its flexibility, the Court can find appropriate standard of protection of fundamental rights without breaching other values (mostly of economical nature). It is the perspective of the Union, which Court has to take into consideration first. General principles offer right flexibility (here lies the difference between individual rights guaranteed by constitutions of Member States and general principles of EU law). The Polish Constitutional Tribunal also had to rely on general principles of law it found in the system in the 90`s before the Polish Constitution of 1997 has become legally binding. When it happened, general principles had been constitutionalized and now Constitutional Tribunal limits itself to the interpretation of already existing constitutional principles (which it discovered in legal system). From this perspective, I believe, the judicial activism is just a necessary part of the activity of any court, national or international, for one purpose, to make system working. The law usually is very efficient tool that helps to regulate social problems and restore order but in times of rapid changes like transformation of a whole system from totalitarian or authoritarian towards democracy, sometimes the legislator is not able to provide citizens with adequate level of necessary regulations. That is the case, when courts needs flexibility and rely on general principles or creating new ones to fill the gap in legislation. There

⁶ Joined cases 46/87 and 227/88, *Hoechst v. Commission*, [1989] ECR 2859.

is nothing wrong in this thinking, simply due to short of proper legislation, the role of the courts rises and they become more active in its jurisprudence. That is a role of the courts not only to interpret but also to safeguard legal systems⁷.

In searching for level of protection of fundamental rights, there are three possible options. The first option is to find common denominator of all rights protected by Member States, the Court obliged itself in *Nold* to draw inspiration from, implying a common minimum standard. Is it possible, when Member States vary so much in level of protection of certain rights. There are states in European Union who value principle of equality and social justice over freedom rights and offer to its citizens very sophisticated systems of social benefits. On the other hand, there are states where societies take more individualistic approach and are attached to personal freedoms at the expense of social rights catalogue (right now Poland is very good example of this way of thinking about relations between individuals and the state, where the state has very little to offer to its citizens focusing rather on freedom rights which accentuate individualism). The Court rejected minimalist approach in *Hauer*, concluding that it is enough to discover a fundamental right, when it is protected only in several States⁸. The maximalist approach is just the other side of the same coin, making a Union and Member States a hostage to the regulations existing in one or few states (one thing is sure in that context, that accusations of the Court of not taking fundamental rights seriously would come to an end once for all). As we see, the only sensible solution for the Court was to create its own independent standard of protection of fundamental rights for the whole Union, binding the Court in its interpretations of the rights only indirectly into constitutions of the Member States.

4. EU fundamental rights in national legal orders

Since the beginning of its creation EU affects the shape of legal systems of its Member States. The question that rises here is what standard of protection of fundamental rights prevails, when Member States implement EU legislation: national or EU standard? In *Wachauf* case, the Court had a chance to shed a light on this issue, confirming that in case of implementation of EU legislation, national authorities are obliged to respect EU standards of protection of fundamental rights⁹. This argument the Court used in *Wachauf* case to justify its position regarding review of national law seems to be logical after application of functional criteria. Then it turns out, that national authorities serve as executive branch. In the same way the national courts can be called courts of lower rank comparing to Court of Justice of European Union, although there is no

⁷ J. Coppel, A. O'Neill, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously?*, [1992] CML Rev. 669.

⁸ *Case 44/79, Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*, [1979] ECR 3727.

⁹ *Case 5/88, Wachauf v. Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, [1989] ECR 2609.

institutional interdependence between them. The fact is, that the position the Court presented in *Wachauf* gives it almost unlimited power to review most of the national legislation that exist in national legal orders, on the ground of potential incompatibility with EU fundamental rights. The same reasoning presented above deals with situations when Member States derogate from EU law “in order to justify rules which are likely to obstruct the exercise of the freedom to provide services, such justification, provided by Union law. Must be interpreted in the light of the general principles of law and in particular fundamental rights”¹⁰. Here the Court has to also check, if the subject of judicial review falls within the scope of EU law.

5. The Court of Justice of the European Union and European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

With regard to the question of relation between the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (Convention) and fundamental rights of EU law, it is worth saying, that Court has never recognized the Convention as a direct source of fundamental rights confirming its consequent position in case *Schmidberger* where found that “according to settled case-law, fundamental rights form an integral part of the general principles of law, the observance of which the Court ensures. For that purpose the Court draws inspiration from the constitutional traditions common to the Member States and from the guidelines supplied by international treaties for the protection of human rights on which the Member States have collaborated or to which they are signatories. The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms has special significance in that respect”¹¹.

Right now the EU is not a party to the European Convention, so by now there is no direct control of the European Convention system over the system of protection of fundamental rights in EU. It doesn't mean that there is no control at all. In case *M & Co v. Germany*, European Commission of Human Rights took a view, that “transfer of power to international organization does not exclude the State's responsibility under the Convention with regard to the exercise of the transferred powers”, although “it would be contrary to the very idea of transferring powers to an international organization to hold Member States responsible for examining in each individual case”¹². According to the European Commission of Human Rights, the State is responsible for quality of protection

¹⁰ *Case C-260/89, Elliniki Radiophonia Tileorassi (ERT) et al. v. Dimotiki Etairia Pliroforissis and Sotirios Kouvelas and Nicolas Avdellas et al.*, [1991] ECR I-2925.

¹¹ *Case C-112/00, Schmidberger, Internationale Transporte und Planzuge v. Austria* [2003] ECR I-5659.

¹² *M & Co v. Federal Republic of Germany*, (1990) 65 DR 138.

of fundamental rights in EU legal order generally. This position imposed indirect control of EU fundamental rights by European Court of Human Rights in Strasbourg. That position was later clarified in case *Bosphorus*, where European Court of Human Rights stated, that “The Convention does not, on the one hand, prohibit Contracting Parties from transferring sovereign power to an international organization in order to pursue cooperation in certain fields of activity. Moreover, even as the holder of such transferred sovereign power, that organization is not itself held responsible under the Convention for proceedings before, or decisions of its organs as long as it is not a Contracting Party. On the other hand, it has also been accepted that a Contracting Party is responsible under Article 1 of the Convention for all acts and omissions of its organs regardless of whether the act or omission in question was a consequence of domestic law or of the necessity to comply with international legal obligations. Article 1 makes no distinction as to the type of rule or measure concerned and does not exclude any part of a Contracting Party’s jurisdiction from scrutiny under the Convention. In reconciling both these positions and thereby establishing the extent to which a State’s action can be justified by its compliance with obligations flowing from its membership of an international organization to which it has transferred part of its sovereignty, the Court has recognized that absolving Contracting States completely from their Convention responsibility in the areas covered by such a transfer would be incompatible with the purpose and object of the Convention. In the Court’s view, State action taken in compliance with such legal obligations is justified as long as the relevant organization is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which mean be considered at least equivalent to that for which the Convention provides. By equivalent the Court means comparable; any requirement that the organization’s protection be identical could run counter to the interest of international cooperation pursued”¹³.

In case *Bosphorus* the European Court of Human Rights followed a middle way, avoiding two extremes: no control at all over jurisprudence of the Court in Luxembourg or total control imposing its full standard of protection. Indirect control of protection of fundamental rights in EU as long as the Court in Luxembourg ensures equivalent protection, gives the Court in Luxembourg flexibility necessary to pursue the aims established by the Treaties. It also means lower review standard to European Union.

It is very likely, that conditions of compliance presented in *Bosphorus* will disappear with accession of European Union to the Convention.

The future relations between Convention and EU law seems to be clear now since Lisbon Treaty come to life. The art. 6(2) TEU says literally, that EU is obliged to accede

¹³ *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland*, [2006] 42 EHRR 1.

to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

6. Conclusions

The role of the Court in the process of European integration has been the subject of numerous analysis. On its way, the Court has been also accused of breaking its constitutional competences to create new legal reality in the field of EU law to boost the process of integration. It is the Court who created principle of primacy and direct effect of EU law to let EU legal system evolve and become more cohesive. Finally, it is the Court, who discovered fundamental rights and constitutionalize them in the form of general principles of EU law. Being accused of judicial activism on the one hand, conducting sometimes very difficult dialogue with Constitutional Tribunals of Member States, the Court has done its best to push the process of integration forward and make the very complicated system working. Today, with the existence of European Charter of Fundamental Rights and expected accession of European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms the system of protection of fundamental rights in European Union is almost completed. Without a courage of the Court of Justice in this field of its activity to break new grounds and conquer new territories, influencing legal reality in Member States to implement noble ideas established by founding fathers of the European Union, most of them would have never come true. The protection of fundamental rights constitute one these ideas, which has been successfully implemented bringing credibility to the European Union.

Rozdział II

Status informacyjny jednostki

Współczesne standardy pracy dziennikarza jako kryterium oceny działania w granicach przysługującej wolności wypowiedzi. Analiza wybranych orzeczeń Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

1. Wstęp

Wolność prasy to w czasach współczesnych wolność fundamentalna w każdym państwie demokratycznym. W dobie intensywnego rozwoju środków masowego przekazu stała się standardem, przyczyniając się jednocześnie do kształtowania świadomego społeczeństwa obywatelskiego. Media stały się podstawowym nośnikiem informacji budzącym zainteresowanie społeczne. Każdego dnia miliardy odbiorców zasiadają przed odbiornikami telewizyjnymi i radiowymi, nie sposób pominąć także roli Internetu. Szeroko rozumiana „prasa” spełnia nie tylko funkcję informacyjną, ale także wpływa na postrzeganie pewnych zjawisk przez opinię publiczną, przez co przyczynia się do kształtowania poglądów swoich odbiorców. Niestety, dzięki sile oddziaływania media są także łatwym narzędziem manipulacji. Jeżeli do programu telewizyjnego, którego oglądalność sięga miliard widzów, przeniknie kłamstwo, zostanie powielone one miliard razy¹.

Niniejsze opracowanie ma na celu przedstawienie podstawowych gwarancji prawnych funkcjonowania wolnej prasy oraz jej dopuszczalnych ograniczeń. Autorka przedstawia tę wolność jako fundament państwa demokratycznego, jednocześnie zwracając uwagę na zagrożenia, jakie ze sobą niesie jej niewłaściwe pojmowanie. Analizie poddane zostało orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, które stanowiąc studium konkretnych przypadków, akcentuje granice działania w ramach prawnie przyznanej wolności wypowiedzi. Na tej podstawie autorka stara się dowieść tezy, iż granicą wolności prasy jest tzw. dobre dziennikarstwo, czyli działanie zgodne ze współczesnymi standardami pracy dziennikarza. Celem pracy jest zakreślenie granic wolności prasy we współczesnych porządkach prawnych zgodnie z wytycznymi przedstawionymi przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. W związku z tym w niniejszym artykule przedstawione zostały podstawowe obowiązki dziennikarskie, których spełnienie pozwala na uchylenie się od zarzutu bezprawności działania i pozwala zakwalifikować dane działanie w ramach przysługującej wolności.

¹ E. Nowińska, *Wolność wypowiedzi prasowej*, Wolters Kluwer Polska, Kraków 2007, s. 17.

2. Wolność prasy jako fundamentalna wolność w europejskim systemie ochrony praw człowieka

2.1. Art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności i jego znaczenie dla wolności prasy

W okresie rozwoju i odbudowy porządków demokratycznych po drugiej wojnie światowej przedstawiciele rządów, zdając sobie sprawę z możliwych zagrożeń, jakie niesie ze sobą zagwarantowanie nieskrępowanej wolności prasy, uczynili tę wolność przedmiotem regulacji międzynarodowych. Została ona przewidziana przez akty zarówno o charakterze uniwersalnym, wydawanych w ramach systemu ONZ, jak i regionalnym.

Na kontynencie europejskim największe znaczenie ma niewątpliwie Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności², przyjęta w ramach systemu Rady Europy. Jej postanowienia gwarantują szereg praw i wolności, w tym wolność wyrażania opinii, która ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia działalności prasowej. Warto podkreślić fakt, że konwencja ta jest wielostronną umową międzynarodową, w związku z czym ma charakter wiążący. Ponadto zgodnie z Konstytucją RP jej postanowienia są bezpośrednio stosowane i mają pierwszeństwo przed ustawami w przypadku konfliktu ich treści. Doniosłość postanowień konwencyjnych podkreśla także jej art. 3, zgodnie z którym państwa uznają zasadę praworządności i wszystkie osoby pozostające pod ich jurysdykcją korzystają z praw człowieka i podstawowych wolności.

Dla wolności wypowiedzi największe znaczenie ma artykuł 10 konwencji, który gwarantuje wolność wyrażania opinii oraz wskazuje na elementy mieszczące się w ramach tej wolności. Warto zauważyć, że w literaturze krytyce poddaje się posługiwanie się terminem „wolność wyrażania opinii”, wskazując, że właściwsza byłaby „swoboda wypowiedzi”³ lub „wolność ekspresji”⁴. Przekaz bowiem nie musi mieć formy wypowiedzi słownej, może być to gest, ubiór, rzeźba, czyli tzw. mowa symboliczna, jeśli komunikuje informację lub ideę⁵. Pomijając jednak pewne nieścisłości terminologiczne, w ramach art. 10 należy wyróżnić trzy elementy: wolność posiadania poglądów, wolność przekazywania informacji i idei oraz wolność ich otrzymywania⁶.

Jako pierwsza wymieniona została wolność posiadania poglądów. Ujęcie to może budzić pewne wątpliwości, bo odnosi się przecież do wewnętrznego stanu myśli. Gwarrantacje takie jednak nie są bezprzedmiotowe, ponieważ chronią przed indoktrynacją oraz

² Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r., Dz. U. 1993 Nr 61, poz. 284 ze zm.

³ M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej*, Warszawa 2009, s. 413.

⁴ J. Sobczak, *Prawo prasowe. Komentarz*, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2008, s. 32–33.

⁵ Ł. Machaj, *Wypowiedzi symboliczne w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, Wrocław 2011, s. 44.

⁶ L. Garlicki, *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Tom I: *Komentarz do art. 1–18*, wyd. C.H. Beck, s. 585.

naciskiem na ujawnianie własnych przekonań⁷. Oprócz wolności posiadania poglądów konwencja przyznaje również wolność otrzymywania oraz przekazywania informacji, co stanowi rdzeń wolności wypowiedzi. Szczęólnego znaczenia nabiera natomiast dla podmiotów, których zawodowa działalność skupia się na tego rodzaju aktywności. Należy do nich zaliczyć niewątpliwie dziennikarzy. W celu prawidłowego zrealizowania wolności otrzymywania informacji niezbędne jest więc zagwarantowanie funkcjonowania wolnej prasy.

2.2. Dopuszczalne przesłanki ograniczenia wolności w świetle art. 10 ust. 2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności

Wolność wyrażania opinii w systemie Rady Europy nie jest jednak wolnością absolutną i w uzasadnionych przypadkach podlega stosownym ograniczeniom. Artykuł 10 wskazuje na zespół przesłanki i kierunek dopuszczalnych limitów. Należy mieć jednak na uwadze, że zasadą jest istnienie wolności wypowiedzi, natomiast wszelkie jej ograniczenia mają charakter wyjątku i powinny być interpretowane ściśle. Jako takie, muszą spełniać trzy podstawowe kryteria. Pierwszym z nich jest legalność formalna, co oznacza, że ograniczenia muszą być przewidziane w ustawie. Niedopuszczalne jest ustanawianie ich w aktach rangi podustawowej, a także opieranie istnienia przesłanek na domniemaniach⁸. Następnie konwencja wskazuje na wymóg „konieczności”. Rodzi to po stronie państwa obowiązek każdorazowego rozważenia, czy ograniczenia nie są nadmierne oraz adekwatne do celu, który usprawiedliwia ich wprowadzenie. Zgodnie z wymogiem legalności materialnej natomiast ograniczenie musi być uzasadnione wystąpieniem jednej z przesłanek, które zostały jasno wyrażone w art. 10 ust. 2 konwencji. Co do zasady, pokrywają się one z wartościami przyjętymi w ramach systemu uniwersalnego przez Międzynarodowy pakt praw obywatelskich i politycznych i obejmują: interes bezpieczeństwa państwowego lub bezpieczeństwa publicznego, konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób. Tradycja europejska nakazywała jednak twórcom konwencji na uwzględnienie dodatkowych wartości, takich jak integralność terytorialna, zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych oraz zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej⁹. Celem niniejszego opracowania nie jest szczegółowe omówienie wszystkich przesłanek uzasadniających możliwość wprowadzenia stosownych ograniczeń. Chciałabym natomiast

⁷ I.C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010, s. 32–33.

⁸ J. Sobczak, *Fetysz wolności prasy*, [w:] Kuś M. (red.), *Prawne, ekonomiczne i polityczne aspekty funkcjonowania wolności mediów i kreowania ich zawartości*, wyd. Adam Marszałek, Toruń 2010, s. 41.

⁹ I. Dobosz, *Prawo Prasowe*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2011, s. 49.

zwrócić uwagę na wypracowanie w orzecznictwie strasburskim pewnego standardu wolności prasy i katalogu obowiązków dziennikarskich postrzeganego jako granica działania w ramach przyznanej wolności.

3. Wolność prasy i jej dopuszczalne ograniczenia w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka

3.1. Zakres pojęcia „wolność wypowiedzi”

Na tle stosowania konwencji niejednokrotnie dochodzi do konfliktów, spowodowanych najczęściej kolizją przepisów wolnościowych. Sprzyja temu nieostrość zwrotów w niej zawartych oraz konieczność zachowania daleko idącej ostrożności przy stosowaniu przez państwa ograniczeń konwencyjnych wolności. Ponadto konwencja jako akt uchwalony ponad 60 lat temu do zachowania aktualności zawartych w niej treści wymaga modyfikacji w zakresie interpretacji wraz ze zmianą obyczajów i rozwojem społeczeństwa. Nieoceniona staje się tutaj pomoc Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej też jako: ETPCz i Trybunał) z siedzibą w Strasburgu, którego orzecznictwo pełni rolę unifikującą. Zgodnie z zasadą subsydiarności Trybunał staje się właściwy, kiedy państwa nie wywiązują się ze swoich zadań związanych z realizacją konwencyjnych praw i wolności. Ponadto, na znaczenie strasburskiego orzecznictwa wskazuje fakt, że został mu przyznany przymiot prawnie wiążącego składnika konwencji, co stanowi realizację zasady solidarności. Konsekwencją tego jest fakt, że wyrok Trybunału każdorazowo wywołuje skutek wobec wszystkich państw sygnatariuszy, niezależnie od tego, którego z nich dotyczy. Jako takie orzeczenia ETPCz mają charakter normatywny, samoistny, autonomiczny i mogą być bezpośrednio stosowane¹⁰. W literaturze spotyka się co prawda także odmienne stanowisko, zgodnie z którym wyrok ETPCz dotyczy tylko państwa lub państw, przeciw którym skierowano skargę. Jednakże nawet Ci autorzy podkreślają, że orzeczenia Trybunału pomimo ich oddziaływania jedynie w sferze *inter partes*, wpływają na interpretację postanowień konwencyjnych, wykraczając poza sferę jednostkowych rozstrzygnięć¹¹.

Wolność wyrażania opinii, zagwarantowana przez art. 10 konwencji, jest obok prawa do prywatności wolnością, która doczekała się najliczniejszego orzecznictwa organów strasburskich. Trybunał wielokrotnie musiał zmierzyć się z wyznaczeniem jej zakresu pojęciowego, a także rozwiązaniem kolizji z innymi prawami i wolnościami.

¹⁰ M. Masternak-Kubiak, [w:] M. Jabłoński (red.) *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP*. Tom I: *Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP*, C.H. Beck, 2010, s. 54–55.

¹¹ M. Balcerzak, *Oddziaływanie wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sferze inter partes i erga omnes*, [w:] A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski (red.), *Precedens w polskim systemie prawa*, Warszawa 2010, s. 164–165.

Bardzo często koncentrował się na wolności wypowiedzi prasowej, przypisując prasie rolę publicznego strażnika, ale jednocześnie zwracając uwagę na szczególną odpowiedzialność i obowiązki, której na niej ciąży¹². Warto w tym miejscu podkreślić, że konwencja jest umową międzynarodową, która dotyczy praw i wolności człowieka i obywatela i w związku z tym nie obejmuje „prasy” rozumianej jako działalność wydawnicza¹³. Natomiast słuszne wydaje się wskazywanie na wolność wypowiedzi dziennikarskiej i w tym kontekście orzecznictwo jest aktualne także w odniesieniu do pojęcia „wolności prasy”. Analiza pewnych kluczowych spraw pozwala jednak na wyprowadzenie europejskich standardów działalności prasy, a także jej dopuszczalnych ograniczeń.

3.2. „Margines swobody” przy stosowaniu ograniczeń

Pierwszym z orzeczeń, w którym Trybunał wypowiedział się na temat konwencyjnej wolności słowa, jest wyrok *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii* dnia 7 grudnia 1976 r.¹⁴ Orzeczenie to jest kamieniem milowym, w którym Trybunał po raz pierwszy zawarł reguły dotyczące stosowania art. 10 konwencji. Nawiązując do okoliczności sprawy, Richard Handyside, właściciel brytyjskiej niszowej oficyny wydawniczej, zapowiedział na dzień 1 kwietnia 1971r. angielską premierę publikacji zatytułowanej *Mały czerwony podręcznik*. Była to pozycja skierowana do czytelników w wieku od 12 do 18 lat. W przeddzień premiery, poprzedzonej głośną kampanią reklamową, policja na wniosek prokuratora wszczęła postępowanie przeciwko wydawnictwu. Tym, co zaniepokoiło organy ścigania, było podejrzenie naruszenia ustawy o obscenicznych publikacjach. *Mały czerwony podręcznik* zawierał obszerny rozdział poruszający takie tematy jak masturbacja, homoseksualizm, aborcja itp., które w opinii prokuratora oraz sądu zmierzały do deprawacji i zepsucia. W rezultacie zajęte egzemplarze uległy konfiskacie i zniszczeniu.

Na tle tej sprawy pojawił się istotny problem zakresu dopuszczalnych ograniczeń wolności wypowiedzi w porządkach krajowych w kontekście cytowanego wcześniej art. 10 ust. 2 EKPCz. W omawianym przypadku przesłanką, którą Wielka Brytania usprawiedliwiała legalność swoich działań, była ochrona moralności. Trybunał podkreślił, że nie ma jednej, obowiązującej europejskiej koncepcji moralności. W dobie ewolucji poglądów i rozwoju poszczególnych społeczeństw organy krajowe, stosując stosowne ograniczenia, powinny zawsze uwzględniać lokalną specyfikę. Dotyczy to zarówno legislatywy, która już na etapie tworzenia prawa może uznać niektóre ograniczenia za pożądane, oraz organów sądowych, interpretujących prawo. W związku z tym w pierwszej kolejności to na poziomie krajowym spoczywa obowiązek uznania danych ograniczeń za niezbędne. Oczywiście, margines swobody pozostawiony państwom nie jest

¹² Wyrok ETPCz w sprawie *Godwin v. Zjednoczone Królestwo* z dnia 27 marca 1996 r., skarga nr 17488/90.

¹³ E. Nowińska, *Wolność wypowiedzi...*, op. cit., s. 23.

¹⁴ Wyrok ETPCz w sprawie *Handyside p. Wielkiej Brytanii* z dnia 7 grudnia 1976 r., skarga nr 5493/72.

nieograniczony i podlega kontroli Trybunału. Wynika to z faktu, że swoboda wypowiedzi jest podstawą i filarem funkcjonowania społeczeństwa demokratycznego. Swoboda ta nie ogranicza się wcale do poglądów przychylnych i nieobraźliwych, lecz odnosi się także co do tych, które obrażają czy oburzają. Co więcej, nie dotyczy ona określonego typu informacji czy form wypowiedzi. Obejmuje wypowiedzi polityczne, artystyczne, informacje handlowe, a nawet muzykę i reklamę¹⁵. Wolność wypowiedzi nie ogranicza się także do wyrażania poglądów własnych, ale dopuszczalne jest przekazywanie informacji pochodzących z innych źródeł¹⁶. Mając na uwadze znaczenie tej fundamentalnej wolności, a jednocześnie konieczność zagwarantowania innych wartości, Trybunał bada orzeczenia krajowe, bacząc na wszystkie okoliczności sprawy i na tej podstawie kontroluje swobodę ocen pozostawioną państwow.

3.3. Katalog obowiązków dziennikarskich

3.3.1. Obowiązki dziennikarskie jako granica działania zgodnego z prawem

Wolność wypowiedzi prasowej nie jest więc wolnością absolutną, ale wiąże się z obowiązkami i odpowiedzialnością. Sformułować należy tezę, że granicą tej wolności jest najczęściej konieczność poszanowania praw i wolności innych osób, zwłaszcza prawa do prywatności i dobrego imienia. Efektem tego jest sformułowanie przez Trybunał pewnych standardów pracy dziennikarza i katalogu obowiązków, których sumienne wypełnienie pozwoli na uchylenie się od zarzutu bezprawności i zakwalifikowanie danego działania w granicach przysługującej wolności wypowiedzi. Z kolei działanie niezgodne z nałożonymi obowiązkami jako niezgodne z prawem nie zasługuje na ochronę i uzasadnia ingerencję państwa w przyznaną wolność. Orzeczeniem, które po dziś dzień nie straciło na aktualności i które wyznacza rdzeń standardu pracy dziennikarza jest wyrok w sprawie *Prager i Oberschlick przeciwko Austrii*¹⁷. Trybunał skupił w nim swoją uwagę na sformułowaniu nakazów staranności wymaganej od dziennikarzy. Austriacki dziennikarz, Prager, opublikował artykuł, w którym poddał krytyce sędziów orzekających w wiedeńskim sądzie okręgowym do spraw karnych. Jego publikacja stanowiła swoisty atak na orzekających w nim sędziów, których nazwał „zdolnymi do wszystkiego”, „cieszącymi się absolutną władzą”. Sędzia, który określony został mianem „wściekłego” i „dopuszczającego się aroganckiego szykanowania oskarżonych”, postanowił wytoczyć dziennikarzowi proces o zniesławienie. Sąd krajowy przychylił się do powództwa sędziego,

¹⁵ Wyrok ETPCz w sprawie *CasadoCoca v. Hiszpania* z dnia 24 lutego 1994 r., skarga nr 15450/89.

¹⁶ Decyzja ETPCz w sprawie *Otto – Preminger – Institut v. Austria* z dnia 12 kwietnia 1991 r., skarga nr 13470/87.

¹⁷ Wyrok ETPCz w sprawie *Prager i Oberschlick v. Austria* z dnia 26 kwietnia 1995 r., skarga nr 15974/90.

uznając te epitety jako godzące w dobre imię sędziego. Rozstrzygając, dla sądu krajowego najistotniejszy, jednak był fakt, że dziennikarz publikujący wypowiedzi zniesławiające sędziego nie dochował wymogów staranności zawodowej przewidzianej przez przepisy krajowego prawa prasowego, w związku z tym nie może on powoływać się na przysługującą mu wolność wypowiedzi i w omawianym przypadku podlega ona stosownym ograniczeniom. Trybunał w wyroku z dnia 26 kwietnia 1995 r. podzielił zdania Artykuł 10 konwencji zapewnia wolność wypowiedzi, jednak wolność ta wiąże się nierozzerwalnie z obowiązkami i odpowiedzialnością. W związku z tym Trybunał potwierdza pewne przywileje, jakimi cieszą się dziennikarze, nie zapominając jednak o ciąży na nich równocześnie odpowiedzialności. Akcentuje, że prasa i dziennikarze powinni mieć na względzie ochronę reputacji innych osób oraz potrzebę ochrony informacji poufnych. Na tle omawianej sprawy Trybunał sformułował katalog obowiązków dziennikarskich.

3.3.2. Obowiązek przekazywania informacji o charakterze ścisłym i rzetelnym, znajdujących potwierdzenie w faktach

Pierwszym z obowiązków akcentowanych przez Trybunał jest obowiązek przekazywania wypowiedzi o charakterze ścisłym i rzetelnym. Aby wypowiedź można było uznać za rzetelną, musi posiadać potwierdzenie w pewnych faktach. Przy czym kryterium wypełnienia tego obowiązku będzie to, czy dziennikarz działał z należytą starannością i dążył do prawdziwego i precyzyjnego relacjonowania. Ocenie podlega więc samo jego działanie, a nie jego rezultat. Trybunał jednoznacznie potwierdza, że prawdziwość informacji powinna być sprawdzona w źródłach godnych zaufania. Ponadto dziennikarz powinien sprawdzić przed publikacją, czy istnieją inne dostępne źródła, które potwierdzają podawane przez niego dane¹⁸. Zaniechania tej czynności nie usprawiedliwia chęć szybkiego przekazania sensacyjnych wiadomości¹⁹.

Z kolei oparcie wypowiedzi na źródłach wiarygodnych wyłącza odpowiedzialność, jeżeli informacje te pomimo staranności w dążeniu do wykrycia prawdy okazały się nieprawdziwe. W sprawie *Bladet Trompo A/S i Stensaas przeciwko Norwegii* z dnia 20 maja 1999 r.²⁰ dziennikarze pewnej gazety opublikowali artykuł, który zniesławiał osoby prywatne. Jak podkreślił Trybunał, w przedmiotowej sprawie dziennikarze zwolnieni byli jednak od obowiązku weryfikacji informacji, ponieważ twierdzenia swoje opierali na oficjalnym raporcie przygotowanym na zlecenie władz państwowych.

¹⁸ Wyrok ETPCz w sprawie *Pedersen i Baadsgaard v. Dania* z dnia 19 czerwca 2003 r., skarga nr 49017/99.

¹⁹ Wyrok ETPCz w sprawie *RumyanaIvanova v. Bułgaria* z dnia 14 lutego 2008 r., skarga nr 36207/03.

²⁰ Wyrok ETPCz w sprawie *Bladet Trompo A/s i Stensaas p. Norwegii* z dnia 20 maja 1999 r., skarga nr 21980/93.

Tezę tę potwierdza orzeczenie w sprawie *Dalban v. Rumunia*. Trybunał uznał wówczas, że umorzenie postępowania przeciwko dyrektorowi znanej spółki już po ukazaniu się artykułu nie może być podstawą wymierzenia kary dziennikarzowi, który swoje informacje oparł wcześniej na zarzutach stawianych we wszczętym jeszcze postępowaniu²¹. Co więcej, w sprawie *Selisto v. Finlandia* Trybunał uznał, że nie można wymagać od dziennikarzy, aby działali z „totalną obiektywnością” i w związku z tym za dopuszczalne uznał oparcie publikacji na urzędowych dokumentach z pominięciem jednego z nich²².

Natomiast naruszeniem obowiązku profesjonalnego działania będzie oparcie się wyłącznie na źródłach politycznych, np. informacji podanej przez partię konkurencyjną, czy dziennikarskich. W kasusie *Standard VerlagsgesellschaftmbH* doszło do wydania publikacji prasowej krytykującej krajowego starostę, a powołującej się na oświadczenie prasowe partii opozycyjnej. Trybunał podkreślił wówczas, że taki komunikat prasowy nie może być traktowany tak samo jak oficjalny raport zamówiony przez instytucję publiczną²³.

Analiza powyższych spraw pozwala na wyprowadzenie ogólnego wniosku, zgodnie z którym informacja rzetelna i ścisła to informacja znajdująca potwierdzenie w faktach. Warto nadmienić także, że przy ocenie wypełnienia obowiązku weryfikacji użytych informacji Trybunał dokonuje rozróżnienia wypowiedzi na fakty i sądy oceniające. Już w wyroku *Lingens v. Austrii* Trybunał nałożył na organy krajowe obowiązek ustalenia, czy dana wypowiedź stwierdza fakty czy zawiera opinię bądź ocenę²⁴. Na taką konieczność wskazuje konsekwentnie Trybunał także we wspomnianym już orzeczeniu *Prager i Oberschlick v. Austria* czy też w wyrokach *Feldek v. Słowacja*²⁵, *Jerusalem v. Austria*²⁶. Podział ten ma doniosłe znaczenie, ponieważ twierdzenia opisowe można wykazać, natomiast sądy oceniające nie podlegają dowodzeniu. Nie oznacza to jednak pełnej swobody w ich formułowaniu, gdyż każda ocena powinna posiadać dostateczną podstawę faktyczną. Podstawa ta powinna być tym bardziej solidna, im poważniejszy i śmiały jest dany sąd oceniający, zwłaszcza gdy jego treść prowadzi do zniesławienia konkretnych osób. Doskonałym zobrazowaniem tej reguły są okoliczności

²¹ Wyrok ETPCz w sprawie *Dalban v. Rumunia* z dnia 28 września 1998 r., skarga nr 28114/95.

²² Wyrok ETPCz w sprawie *Selisto v. Finlandia* z dnia 16 listopada 2004 r., skarga nr 56767/00.

²³ Wyrok ETPCz w sprawie *Standard VerlagsgesellschaftmbH* z dnia 22 lutego 2007 r., skarga nr 37464/02.

²⁴ Wyrok ETPCz w sprawie *Lingens v. Austria* z dnia 8 lipca 1986 r., skarga nr 9815/82.

²⁵ Wyrok ETPCz w sprawie *Feldek v. Słowacja* z dnia 12 lipca 2001 r., skarga nr 29032/95.

²⁶ Wyrok ETPCz w sprawie *Jerusalem v. Austria* z dnia 27 lutego 2001 r., skarga nr 26958/95.

jednej z najnowszych spraw *Łaja News Sp. z o.o. przeciwko Polsce*²⁷, które chciałabym w tym miejscu przytoczyć.

Skarżąca spółka wydawała tygodnik Fakty i mity. W 2007 roku na jego łamach ukazał się artykuł, który w dość jednoznaczny sposób zarzucał prokuraturze w Łodzi kontakty z osobami zaangażowanymi w handel narkotykami. Szczególnie dotkliwie napiętnował on prokurator Annę T. Kobieta, oburzona zarzutami, wystąpiła do sądu z powództwem o ochronę dóbr osobistych w rozumieniu art. 23 i 24 Kodeksu cywilnego. Sąd pierwszej instancji powództwo uwzględnił, a sąd apelacyjny oraz Sąd Najwyższy utrzymały wyrok w mocy. Oskarżona spółka została zobowiązana do przeprosin porzuwionej na łamach tygodnika i przyznanie podania nieprawdziwej informacji pomawiającej niesłusznie Annę T. Ponadto wyrok nakazywał zapłatę 30 tysięcy złotych tytułem zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. *Blaja News*, niezadowolona z rozstrzygnięcia, złożyła skargę do ETPCz, podnosząc zarzut naruszenia prawa do swobody wypowiedzi zagwarantowanej w art. 10 EKPCz. Trybunał po raz kolejny musiał więc zdecydować, czy ingerencja w konwencyjną wolność wypowiedzi była uzasadniona. W tym celu obowiązany był stwierdzić, czy zaskarżona ingerencja była proporcjonalna do realizacji zamierzonego celu, czy odpowiadała pilnej potrzebie społecznej oraz czy powody podane przez państwo są istotne i uzasadnione. Kryteria te tworzą tzw. test na niezbędność. Trybunał potwierdził ponadto, że państwa posiadają pewien margines swobody, który podlega kontroli Trybunału władnego ostatecznie do stwierdzenia, czy zastosowane ograniczenie jest możliwe do pogodzenia z wolnością wypowiedzi. W przedmiotowej sprawie niewątpliwie doszło do konfliktu pomiędzy wolnością słowa a prawem do ochrony dóbr osobistych osób wykonujących funkcje publiczne. Trybunał podkreślił, że zagadnienia dotyczące funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości niewątpliwie budzą społeczne zainteresowanie i jako takie są przedmiotem działalności prasy. Prokuratorzy są funkcjonariuszami, którzy powinni przyczyniać się do właściwego wymierzania wymiaru sprawiedliwości, w związku z tym racje miała powodowa spółka, twierdząc, że sprawa wymaga zbadania na forum publicznym. Niemniej jednak nie usprawiedliwia to faktu bezprawnego naruszania dóbr osobistych i podawanie informacji niesprawdzonych, nierzetelnych i nieprawdziwych. Urzędnicy służby cywilnej powinni być w sposób szczególny chronieni przed oszczerstwami, które mogą podważyć zaufanie społeczeństwa do funkcjonowania aparatu państwowego. Oczywiście, jedną z podstawowych funkcji prasy jest informowanie społeczeństwa o zdarzeniach ważnych i budzących zainteresowanie, jednak nie zwalnia jej to z przedstawienia podstawy faktycznej dla stawianych publicznie zarzutów. Dziennikarze w każdym przypadku obowiązani są do

²⁷ Wyrok ETPCz w sprawie *Blaja News Sp. z o.o. v. Polska* z dnia 26 listopada 2013 r., skarga nr 59545/10.

zachowania należytej staranności w działaniu i wykazaniu dowodów na poparcie swoich twierdzeń. Jednocześnie Trybunał konsekwentnie potwierdza wyprowadzoną w poprzednich orzeczeniach dystynkcję na stwierdzenia faktów i sądy oceniające. Co prawda wypowiedzi oceniających nie można wykazać, nie oznacza to jednak możliwości ich dowolnego, subiektywnego formułowania. Trybunał raz jeszcze potwierdza, że sąd oceniający powinien być wsparty podstawą faktyczną. W omawianej sprawie zarzuty prasy wobec prokurator Anny T. były tych podstaw pozbawione. Dziennikarze w poszukiwaniu taniej sensacji zaniechali obowiązku dołożenia należytej staranności. Przede wszystkim nie zweryfikowali informacji uzyskanych od osób trzecich. Oczywiście wolność wypowiedzi obejmuje także publikacje obraźliwe, jednakże na gwarancje z art. 10 można powoływać się tylko wówczas, gdy informacje przedstawiane przez prasę są rzetelne, dokładne i prawdziwe.

3.3.3. Obowiązek przekazywania wypowiedzi dotyczących kwestii, które budzą zainteresowanie opinii publicznej, a także przedstawianie ich w sposób zgodny z wymogami etyki dziennikarskiej i w dobrej wierze

Jako ostatni z obowiązków Trybunał wskazuje obowiązek przekazywania wypowiedzi dotyczących kwestii, które budzą zainteresowanie opinii publicznej, a także przekazywanie ich w sposób zgodny z wymogami etyki dziennikarskiej i w dobrej wierze. W ten sposób prasa wypełnia ciężącą na niej funkcję informacyjną oraz kontrolną. Trybunał zaznacza, że prasa pełni główną rolę w państwie, którego podstawą są rządy prawa. Cięży na niej obowiązek przekazywania informacji i idei dotyczących problemów politycznych oraz innych spraw budzących publiczne zainteresowanie. W ten sposób zapewnia proces komunikacji intelektualnej we współczesnym społeczeństwie i stanowi niezbędny instrument realizacji wolności otrzymywania informacji²⁸. W orzecznictwie Trybunału nie doszło jednak do wypracowania zwartej i jednoznacznej definicji wypowiedzi o zagadnieniach mających publiczne znaczenie. Wskazuje się, że należy do nich zakwalifikować takie wypowiedzi, które służą powstaniu i sprawnemu funkcjonowaniu opinii publicznej, która opierając się na przekazywanych informacjach będzie zdolna do podejmowania świadomych decyzji, zwłaszcza dotyczących instytucji publicznych²⁹. Warto natomiast zwrócić uwagę, że ze względu na zmiany zachodzące w społeczeństwie oraz gustach odbiorców informacje te coraz częściej dotyczą politycznego marketingu i skandali. Zmniejsza się natomiast zainteresowanie informacyjnym wymiarem przekazywanych

²⁸ Wyrok ETPCz w prawie *Lingens p. Austrii* z dnia 8 lipca 1986 r., skarga nr 9815/82 oraz Wyrok ETPCz w sprawie *Prager i Oberschlick v. Austria* z dnia 26 kwietnia 1995 r., skarga nr 15974/90.

²⁹ I. C. Kamiński, *Ograniczenia swobody...*, op. cit., s. 187–189.

faktów³⁰. Prowadzi to do popularyzacji i tabloidyzacji prasy. Niewątpliwie zjawisko to prowadzi do obniżenia standardów dziennikarstwa i jakości informacji. Prasa popularna traci swą obiektywność, a centrum jej zainteresowania coraz częściej stanowią skandale i „tanie” sensacje³¹.

Obowiązki sformułowane przez Trybunał stają się niezwykle aktualne w czasach postępującej maksymalizacji zysku i wpływów finansowych z artykułów prasowych. W pogoni za sensacją działania dziennikarzy bardzo często dalekie są od zgodnych z normami moralnymi. W efekcie, w porządkach wewnętrznych wielu państw organizacje i związki dziennikarzy utworzyły liczne kodeksy etyczne, które wyznaczają pewne standardy działania. W Polsce warto zwrócić uwagę chociażby na Kodeks etyki dziennikarskiej Stowarzyszenia Dziennikarzy Polskich z 13 października 2001 r., w którym członkowie Stowarzyszenia zobowiązują się do przekazywania rzetelnych, bezstronnych informacji, różnorodnych opinii i umożliwianie udziału w debacie publicznej. Ponadto akcentują, iż wolności słowa i wypowiedzi towarzyszy odpowiedzialność za publikację, a dobro odbiorcy ma zawsze pierwszeństwo przed interesem autora, redaktora, wydawcy lub nadawcy³². Z kolei Karta Etyczna Mediów z dnia 29 marca 1995 r. do najważniejszych zasad etyki dziennikarskiej zalicza: prawdę, obiektywizm, uczciwość, szacunek, tolerancję, pierwszeństwo dobra odbiorcy, wolność i związaną z nią odpowiedzialność³³. Także na arenie międzynarodowej znajdziemy stosowne uregulowania. Już w roku 1954 r. światowy Kongres Międzynarodowej Federacji Dziennikarzy uchwalił Deklarację Zasad, która następnie wraz ze stosownymi poprawkami stała się kodeksem zawodowym dziennikarzy zajmujących się zbieraniem, publikowaniem i komentowaniem informacji. Dokument ten co do zasady pokrywa się z katalogiem zasad wyprowadzonym przez Trybunał i obejmuje m.in. przekazywanie informacji opartych na faktach, których źródło jest znane, obowiązek dążenia do wykrycia prawdy czy rzetelne zbieranie i publikowanie informacji³⁴.

W literaturze wskazuje się jednak na słabość uregulowań zawartych w kodeksach etycznych. Po pierwsze, w rzeczywistości prawno-społecznej państw jest ich zbyt wiele, co stwarza pewien chaos i utrudnia ustalenie jednego, jasnego katalogu norm etycznych.

³⁰ F. Esser, *Tabloidization of News. A comparative Analysis of Anglo – American and German Press Journalism*, „European Journal of communication”, 1999, vol. 14 (3), s. 293 oraz L. Szot, *Obiektywizm w mediach publicznych*, [w:] P. Bielawski, A. Ostrowski (red.), *Media publiczne. System medialny w Polsce – pytania i dezyderaty*, wyd. Naukowe SCRIPTORIUM, Poznań – Opole 2011, s. 274.

³¹ Ł. Bartosik, *Tabloidyzacja sposobu przedstawiania polityki i polityków w dzienniku „Fakt”*, [w:] P. Dudek, M. Kuś (red.), *Prawne, ekonomiczne i polityczne aspekty funkcjonowania mediów kreowania ich zawartości*, wyd. Adam Marszałek, Toruń 2010, s. 274.

³² <http://www.sdp.pl/s/kodeks-etyki-dziennikarskiej-sdp>, (dostęp: 17.11.2014).

³³ http://www.radaetykimedia.pl/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=2&Itemid=3, (dostęp: 17.11.2014).

³⁴ <http://www.zb.eco.pl/bzb/31/deklarac.htm>, (dostęp: 17.11.2014).

Swoje kodeksy etyczne posiadają bowiem przedstawiciele poszczególnych rodzajów dziennikarstwa, liczni wydawcy, nadawcy, dziennikarze radiowi, telewizyjni i prasy drukowanej³⁵. Ponadto normy zawarte w kodeksach, pomimo ich doniosłości moralnej, nie posiadają przymiotu prawnie wiążącego. Kodeksy etyczne nie mają charakteru źródeł prawa, w związku z tym nie można nakładać sankcji karnych za ich nieprzestrzeganie.

4. Podsumowanie

Wolność prasy to niewątpliwie jedna z podstawowych zasad i fundament współczesnej, demokratycznej rzeczywistości. Z uwagi na rozwój środków i technik masowego przekazu wzrastającą rolę mediów w kształtowaniu opinii i poglądów społecznych wolność ta nabiera ostatnio coraz większego znaczenia. Zagwarantowana została ona w szeregu aktów prawnych, pochodzących nie tylko od ustawodawców krajowych, ale także mających wymiar międzynarodowy. Należy zaznaczyć, że akty te tworzą pewien minimalny zakres ochrony, który następnie musi być przestrzegany w prawie wewnętrznym państw. Z tego względu rozwiązania zawarte w Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności będą wzorem i fundamentem dla naszej regulacji konstytucyjnej i ustawowej. W literaturze podkreśla się rosnący wpływ konwencji na polskie prawo i praktykę oraz przestrzeganie wymogów strasburskich przez polskich sędziów³⁶.

Mając na uwadze zagrożenia, jakie niesie ze sobą rozwój mediów i nieskrępowana wolność prasy, twórcy konwencji przyjęli koncepcję wolności formalnej. Artykuł 10 wskazuje na możliwość stosowania pewnych ograniczeń na poziomie krajowym, oczywiście po spełnieniu stosownych przesłanek.

Niedookreśloność zwrotów zawartych w konwencji, a także konieczność zachowania przez ustawodawców krajowych daleko idącej ostrożności przy stosowaniu ograniczeń konwencyjnych wolności sprzyjają konieczności dokonywania interpretacji jej postanowień przez Europejski Trybunał Praw Człowieka. Dotychczasowe orzecznictwo pozwala na sformułowanie pewnych standardów działalności prasy. Trybunał podkreśla znaczenie prasy w państwie, którego podstawą są rządy prawa, ale jednocześnie akcentuje, że przyznana jej wolność wiąże się z obowiązkami i odpowiedzialnością. W praktyce doznaje ona pewnych ograniczeń, zwłaszcza z uwagi na konieczność zagwarantowania praw i wolności innych osób. Swoboda wypowiedzi, w tym wypowiedzi prasowej, została poddana pewnym rygorom, ponieważ nie ma ona charakteru nadrzędnego w stosunku

³⁵ M. Domagalski, *Hieny Roku: jak mocno można piętnować*, „Rzeczpospolita” z dnia 6–7 października 2012 r.

³⁶ I.C. Kamiński, *Swoboda wypowiedzi w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, Zakamycze 2006, s. 15.

do innych praw³⁷. Analiza dotychczasowego orzecznictwa Trybunału pozwala na wyprowadzenie wniosku, że granicą wolności prasy będzie najczęściej tzw. dobre dziennikarstwo, czyli działanie zgodne ze standardami wyprowadzonymi przez Trybunał. Przypisywanie prasie szczególnej roli, jaką ma do odegrania w zakresie kształtowania świadomego społeczeństwa obywatelskiego oraz określanie jej mianem publicznego strażnika³⁸ wiąże się z pewnymi powinnościami, których sumienne wypełnienie pozwala na uchylenie się od zarzutu bezprawnego działania. Efektem tego jest sformułowanie przez Trybunał katalogu obowiązków. Przestrzeganie ich treści w codziennej dziennikarskiej pracy skutkuje uznaniem danego działania jako zgodnego z prawem i podjętego w ramach przysługującej wolności wypowiedzi. Natomiast postępowanie motywowane jedynie chęcią zysku, wyprzedzenia konkurencji, uzyskaniem rozgłosu po ujawnieniu informacji sensacyjnej i nierzetelnej z pewnością nie zasługuje na ochronę. Pozostając w konflikcie z prawami i wolnościami innych osób, zwłaszcza ochroną dobrego imienia, czci czy prawa do prywatności, wolność prasy doznaje wówczas stosownych ograniczeń. Trybunał dopuszcza posługiwanie się pewną przesadą czy prowokacją dziennikarską, jednak nie umożliwia to działań nieetycznych i formułowania wypowiedzi zniesławiających, nierzetelnych i nieprawdziwych. Jako takie nie zasługują one na ochronę i usprawiedliwiają ingerencję państwa zgodnie z koncepcją wolności formalnej.

Standardy strasburskie stawiają przed osobami wykonującymi zawód dziennikarza nie lada wyzwanie. Wolność słowa niesie ze sobą ogromną odpowiedzialność i konieczność wykorzystania jej poprzez działanie z należytą starannością, w dobrej wierze i w zgodzie z etyką zawodową.

Bibliografia

Literatura:

Balcerzak M., *Oddziaływanie wyroków Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sferze inter partes i erga omnes*, [w:] A. Śledzińska-Simon, M. Wyrzykowski (red.), *Precedens w polskim systemie prawa*, Warszawa 2010.

Bartosik Ł., *Tabloidyzacja sposobu przedstawiania polityki i polityków w dzienniku „Fakt”*, [w:] P. Dudek, M. Kuś (red.), *Prawne, ekonomiczne i polityczne aspekty funkcjonowania mediów i kreowania ich zawartości*, wyd. Adam Marszałek, Toruń 2010.

Domagalski M., *Hieny Roku: jak mocno można piętnować*, Rzeczpospolita z dnia 6–7 października 2012.

³⁷ P. Dudek, M. Kuś, *Prawne, ekonomiczne i polityczne aspekty funkcjonowania mediów i kreowania ich zawartości*, wyd. Adam Marszałek, Toruń 2010.

³⁸ Wyrok ETPCz w sprawie *Jersild v. Dania* z dnia 23 września 1994r., nr skargi 15890/89.

Dudek P., M. Kuś (red.), *Prawne, ekonomiczne i polityczne aspekty funkcjonowania mediów i kreowania ich zawartości*, wyd. Adam Marszałek, Toruń 2010.

Esser F., *Tabloidization of News. A comparative Analysis of Anglo-American and German Press Journalism*, "European Journal of communication", 1999, vol. 14 (3), s. 293.

Garlicki L., *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*, Tom I: Komentarz do art. 1-18, wyd. C.H. Beck, Warszawa 2010.

Kamiński I.C., *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010.

Kamiński I.C., *Swoboda wypowiedzi w orzeczeniach Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu*, Zakamycze 2006.

Machaj Ł., *Wypowiedzi symboliczne w orzecznictwie Sądu Najwyższego USA*, Wrocław 2011.

Masternak-Kubiak M., [w:] Jabłoński M. (red.), *Wolności i prawa jednostki w Konstytucji RP*, Tom I: *Idee i zasady przewodnie konstytucyjnej regulacji wolności i praw jednostki w RP*, C.H. Beck, Warszawa 2010.

Nowicki M.A., *Wokół Konwencji Europejskiej*, Warszawa 2009.

Nowińska E., *Wolność wypowiedzi prasowej*, Wolters Kluwer Polska, Kraków 2007.

Sobczak J., *Fetysz wolności prasy*, [w:] M. Kuś (red.), *Prawne, ekonomiczne i polityczne aspekty funkcjonowania wolności mediów i kreowania ich zawartości*, wyd. Adam Marszałek, Toruń 2010.

Sobczak J., *Prawo prasowe. Komentarz*, Lex a Wolters Kluwer Buisness, Warszawa 2008.

Szot L., *Obiektywizm w mediach publicznych*, [w:] P. A. Bielawski, Ostrowski (red.), *Media publiczne. System medialny w Polsce – pytania i dezyderaty*, wyd. Naukowe SCRIPTORIUM, Poznań–Opole 2011.

Akty prawne:

Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r., Dz. U. 1993 Nr 61, poz. 284 ze zm.

Wyroki:

Wyrok ETPCz w sprawie *Handyside p. Wielkiej Brytanii* z dnia 7 grudnia 1976 r., skarga nr 5493/72.

Wyrok ETPCz w sprawie *Lingens v. Austria* z dnia 8 lipca 1986 r., skarga nr 9815/82.

Decyzja ETPCz w sprawie *Otto – Preminger – Institut v. Austria* z dnia 12 kwietnia 1991 r., skarga nr 13470/87.

Wyrok ETPCz w sprawie *CasadoCoca v. Hiszpania* z dnia 24 lutego 1994 r., skarga nr 15450/89.

Wyrok ETPCz w sprawie *Jersild v. Danii* z dnia 23 września 1994 r., nr skargi 15890/89.

Wyrok ETPCz w sprawie *Prager i Oberschlick v. Austria* z dnia 26 kwietnia 1995 r., skarga nr 15974/90.

Wyrok ETPCz w sprawie *Godwin v. Zjednoczone Królestwo* z dnia 27 marca 1996 r., skarga nr 17488/90.

Wyrok ETPCz w sprawie *Dalban v. Rumunia* z dnia 28 września 1998 r., skarga nr 28114/95.

Wyrok ETPCz w sprawie *Bladet Trompo A/s i Stensaas p. Norwegii* z dnia 20 maja 1999 r., skarga nr 21980/93.

Wyrok ETPCz w sprawie *Jerusalem v. Austria* z dnia 27 lutego 2001 r., skarga nr 26958/95.

Wyrok ETPCz w sprawie *Feldek v. Słowacja* z dnia 12 lipca 2001 r., skarga nr 29032/95.

Wyrok ETPCz w sprawie *Pedersen i Baadsgaard v. Dania* z dnia 19 czerwca 2003 r., skarga nr 49017/99.

Wyrok ETPCz w sprawie *Selisto v. Finlandia* z dnia 16 listopada 2004 r., skarga nr 56767/00.

Wyrok ETPCz w sprawie *Standard Verlagsgesellschaft mbH* z dnia 22 lutego 2007 r., skarga nr 37464/02.

Wyrok ETPCz w sprawie *Rumyana Ivanova v. Bułgaria* z dnia 14 lutego 2008 r., skarga nr 36207/03.

Wyrok ETPCz w sprawie *Blaja News Sp. z o.o. v. Polska* z dnia 26 listopada 2013 r., skarga nr 59545/10.

Inne:

<http://www.sdp.pl/s/kodeks-etyki-dziennikarskiej-sdp> (data dostępu: 17.11.2014).

http://www.radaetykimediow.pl/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=2&Itemid=3 (data dostępu: 17.11.2014).

<http://www.zb.eco.pl/bzb/31/deklarac.htm> (data dostępu: 17.11.2014).

Social media jako narzędzia walki o ochronę praw człowieka

Wprowadzenie

Tematyka wpływu Internetu na życie człowieka w XXI wieku staje się w ostatnich latach obiektem dużego zainteresowania nie tylko socjologów, ale także badaczy reprezentujących różne dyscypliny naukowe. Kwestia cyberprzestrzeni i mediów społecznościowych w kontekście ochrony praw człowieka do tej pory niezbyt często podejmowana była jako przedmiot analiz badawczych. Zagadnienie to znalazło niewielkie odzwierciedlenie w literaturze naukowej. Aczkolwiek zależność pomiędzy internetowymi mediami a prawami człowieka jest tematem niezwykle aktualnym, dlatego też niewątpliwie będzie on zaliczany do najbardziej interesujących, a zarazem skomplikowanych problemów poruszanych we współczesnym dyskursie.

Problematyka badawcza, która stanowi główną oś artykułu, koncentruje się wokół umiejętnego wykorzystywania social mediów w walce o ochronę praw człowieka. Portale społecznościowe, pomimo z pozoru swojej prozaiczności, nie są tylko i wyłącznie stosowane do celów stricte rozrywkowo-towarzyskich. Coraz częściej są wykorzystywane jako narzędzie walki o prawa człowieka. Niemniej jednak należy podkreślić fakt, iż głównym celem social mediów jest pełnienie funkcji komunikacyjnej, informacyjnej i rozrywkowej, z naciskiem położonym na tę ostatnią. To od internautów zależy, jakie będzie przeznaczenie mediów, z których korzystają – czy portale będą stosowane tylko i wyłącznie w celach towarzyskich, czy posłużą jako potężne narzędzie zmiany społecznej lub instrument walki o prawa człowieka?

1. Wpływ Internetu na życie człowieka

We współczesnym świecie Internet oraz media społecznościowe odgrywają coraz ważniejszą rolę. Niewątpliwie należy zauważyć, iż z ogólnej sieci komputerowej korzysta prawie każdy przedstawiciel młodego i średniego pokolenia krajów rozwiniętych. Zasięg Internetu jest niemalże globalny, a dostęp do ogólnej sieci komputerowej, zarówno w Polsce, jak i w innych krajach, jest ograniczony czynnikami techniczno-ekonomicznymi, jednak jak pisze Jan Grzenia, „nic nie stoi na przeszkodzie, by w danym

momencie różne osoby korzystały z tego samego serwisu informacyjnego, bez względu na ich fizyczne oddalenie”¹. Według badań Głównego Urzędu Statystycznego *Spółeczeństwo informacyjne w Polsce. Wyniki badań statystycznych z lat 2009–2013*, wynika, iż dostęp do komputera w Polsce w 2013 roku miało prawie 71,9% gospodarstw domowych, natomiast gospodarstw domowych z dostępem do Internetu w 2009 roku było niemalże 60%. Dla porównania w Islandii dostęp do komputera i Internetu jest niemal powszechny i osiąga poziom prawie 100%. Obecnie w Unii Europejskiej średnia wynosi 79%². W sprawozdaniu *Global Information Technology Report 2014* zostały przedstawione ogólnoświatowe dane dotyczące dostępu do Internetu oraz zaprezentowano statystyki z 2012 roku o ilości użytkowników sieci z wyszczególnieniem konkretnych państw. Otóż, największą liczbą internautów charakteryzują się kraje europejskie, głównie skandynawskie. Pierwsze miejsce w rankingu zajmuje Islandia z najwyższym odsetkiem internautów, tj. ponad 96% wszystkich mieszkańców Islandii korzysta z Internetu. Na kolejnych pozycjach znajdują się następujące europejskie kraje: Norwegia – 95%, Szwecja – 94%, Dania – 93%. Co ciekawe, wśród mieszkańców Stanów Zjednoczonych tylko 80% osób to internauci. Wydawać by się mogło, że USA charakteryzują się znacznie wyższym współczynnikiem usieciowienia, a od lidera rankingu, tj. Islandii, dzielą go prawie aż 20 punkty procentowe. W tym wypadku jest to spora i znacząca różnica. W Polsce w 2012 roku wśród wszystkich mieszkańców było 65% internautów, dlatego też nasz kraj zajmuje 41. pozycję w ogólnoświatowym rankingu. Państwa, w których nagminnie łamane są prawa człowieka, charakteryzują się znacznie mniejszą ilością internautów. Przykładowo w Chinach w 2012 roku było niecałe 43% internautów, przez co kraj ten zajmuje 78. pozycję w rankingu. Podobną ilością internautów, oscylującą poniżej 45%, charakteryzuje się również Egipt i Tunezja, odpowiednio 44,1% oraz 41,4% użytkowników Internetu z ogólnej liczby mieszkańców. Iran jest na 98. miejscu w zestawieniu, ponieważ liczba internautów stanowi tam 26%. Na znacznie niższej pozycji plasuje się Pakistan (124 miejsce) z zaledwie 10% internautów. Ranking zamyka Timor Wschodni, w którym liczba użytkowników Internetu nie osiąga nawet 1% z całej populacji kraju³. Z przytoczonych danych wynika, iż największą ilością internautów charakteryzują się kraje wysoko rozwinięte, w tym prym – w całym zestawieniu – wiodą kraje europejskie. Państwa, w których nieustannie dochodzi do przypadków nieprzestrzegania

¹ J. Grzenia, *Komunikacja językowa w Internecie*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2008, s. 22.

² Główny Urząd Statystyczny, <http://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/nauka-i-technika-spoleczenstwo-informacyjne/spoleczenstwo-informacyjne/spoleczenstwo-informacyjne-w-polsce-wyniki-badan-statystycznych-z-lat-2009-2013,1,7.html>, s. 121–131 (dostęp: 01.07.2014).

³ *The Global Information, Technology Report 2014*, [w:] B. Bilbao-Osorio, S. Dutta, B. Lanvin (ed.), *Rewards and Risks of Big Data*, World Economic Forum and INSEAD, <http://www.weforum.org/reports/global-information-technology-report-2014>, s. 293 (dostęp: 26.11.2014).

praw człowieka, na przykład takich jak Chiny i Iran, liczba użytkowników ogólnosiwiatowej sieci stanowi poniżej 50% całej populacji.

W raporcie *Global Information Technology Report 2014* zaprezentowano dane dotyczące użytkowników portali społecznościowych z 2012 i 2013 roku. Aby w czytelny i przejrzysty sposób zilustrować takie statystyki, badacze opracowali specjalny współczynnik dotyczący tych mediów, według którego wartość 1 oznacza całkowity brak korzystania z mediów społecznościowych, a zmienna 7 wskazuje na powszechne stosowanie portali. Najwyższymi wartościami współczynnika korzystania z mediów społecznościowych charakteryzują się kraje europejskie, głównie skandynawskie. Dla przykładu pierwsze miejsce w ogólnosiwiatowym rankingu zajmuje Islandia z wynikiem 6.7, następnie Wielka Brytania, Norwegia i Holandia z podobną wartością współczynnika, tj. 6.6. Wszystkie kraje uwzględnione w tym rankingu charakteryzują się względnie wysokimi wskaźnikami stosowania social mediów, ponieważ w żadnym ze 148 państw uwzględnionych w zestawieniu wartość współczynnika nie jest mniejsza niż 3. Warto zauważyć, że kraje takie jak Chiny, Tunezja i Egipt, w których niecałe 45% ogólnej populacji stanowią internauci, charakteryzują się relatywnie bardzo wysokimi współczynnikami mediów społecznościowych, tj. Chiny – 6.1, Tunezja – 6.0 oraz Egipt – 5.9. Na podstawie przytoczonych danych można wysnuć wniosek, iż w wyżej wymienionych krajach liczba internautów nie przekracza 50% całej populacji, ale za to osoby, które korzystają z Internetu, niemalże powszechnie logują się do social mediów; średnia współczynnika w tych trzech krajach na siedmiostopniowej skali wynosi 6. Dla porównania Polska, w której jest znacznie więcej internautów, charakteryzuje się niższym współczynnikiem, tj. 5.1, i zajmuje dopiero 109. pozycję w rankingu. Tylko nieco niżej znajduje się Pakistan z wartością współczynnika 5.0 i 116. miejscem w zestawieniu. Ranking zamyka Iran z wartością wskaźnika 3.3 oraz Republika Burundi – 3.1⁴. Tak jak już wspomniałam wcześniej, wszystkie uwzględnione w raporcie kraje posiadają relatywnie wysoki poziom współczynnika social mediów. Zaakcentować trzeba bardzo wysoki poziom wskaźnika w Chinach, Egipcie i Tunezji, gdzie liczba internautów nie jest ogromna, za to współczynnik korzystania z social mediów jest bardzo wysoki. Nasuwa się zatem następujący wniosek, że niemalże wszystkie osoby logujące się do sieci w Chinach, Egipcie i Tunezji korzystają powszechnie z portali społecznościowych. Nadmienić trzeba, iż w żadnym zestawieniu nie została uwzględniona totalitarna Kuba, na której dostęp do Internetu jest ograniczony, ponieważ rząd zabrania posiadania prywatnego łącza internetowego. Dostęp do sieci jest albo bardzo drogi, przez co przeciętni mieszkańcy wyspy nie mogą pozwolić sobie na korzystanie z Internetu, albo możliwy poprzez łącze hotelowe przeznaczone dla turystów.

⁴ *Ibidem*, s. 298.

Wszystkie wyżej opisane statystyki wskazują, iż Internet staje się powszechnym zjawiskiem nie tylko w Europie Zachodniej. Trendy w rozprzestrzenianiu się Internetu i korzystaniu z niego są zjawiskiem globalnym, jednak nie na całym świecie dostęp do ogólnej sieci komputerowej jest możliwy. Według najnowszych badań ONZ dostęp do Internetu pod koniec 2014 roku ma ok. 40% ludności całego świata⁵. Najwyższym współczynnikiem usieciowienia charakteryzują się oczywiście kraje europejskie, jednak tendencje rozpowszechniania się ogólnosiwiatowej sieci komputerowej są widoczne na całym globie.

W wyniku postępującego przenoszenia się do Internetu wielu obszarów rzeczywistości społecznej globalna sieć komputerowa staje się wielofunkcyjnym narzędziem. Internet umożliwia funkcjonowanie prawie wszystkich aspektów życia w wirtualnym wymiarze, poprzez aktywność towarzyską, robienie zakupów, płacenie rachunków, aż po rozliczanie się z Urzędem Skarbowym. Według Przemysława. Guldy „coraz więcej sfer życia funkcjonuje z powodzeniem gdzieś na granicy między rzeczywistością materialną a wirtualną”⁶. Procesy przenikania się rzeczywistości materialnej i wirtualnej spowodowały, iż Internet tak naprawdę może zaspokajać różne potrzeby ludzkie, w tym także może być narzędziem komunikacji wykorzystywanym nie tylko do podtrzymywania kontaktów ze znajomymi, ale także sposobem komunikowania się ze światem lub orężem walki o podstawowe prawa człowieka. „Internet ciągle dostarcza użytkownikom nowych metod porozumiewania się, które dają rzeczywiście cały wachlarz nowych możliwości. Nie jest więc rzeczą zaskakującą, że powiązane ze sobą istoty społeczne [...] wykorzystują te możliwości, żeby tworzyć relacje, które w przeszłości były praktycznie nieosiągalne”⁷. Ogólnosiwiatowa sieć jest platformą powstawania nowego typu relacji społecznych, których podstawą jest przynależność do cyberprzestrzeni. Egzemplifikacją może być aktywność i mobilizacja internautów podczas ważnych wydarzeń społeczno-politycznych; przykładowo rola mediów społecznościowych podczas Arabskiej Wiosny. Jak pisze Szymon Łuczyk z portalu money.pl, cytując francuski dziennik „Le Figaro”: „W przekonaniu gazety jaśminowa rewolucja jest przewrotem, w którym ogromną rolę w antyrządowej mobilizacji Tunezyjczyków odegrał Internet, a zwłaszcza portal społecznościowy Facebook. Ta strona stała się głównym narzędziem rewolucyjnej komunikacji”⁸.

⁵ Czy zastanawialiście się ile ludzi ma na świecie dostęp do Internetu? http://www.genity.pl/technologie/?akt=Czy-zastanawialiscie-sie-ile-ludzi-na-swiecie-ma-dostep-do-neta-2014-05-08#.VGh7BTSG_OE (dostęp: 10.11.2014).

⁶ P. Gulda, *Internet w stosunkach między władzą a obywatelami*, [w:] P. Żuk (red.), *Media i władza*, Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR, Warszawa 2006, s. 280.

⁷ Y. Benkler, *Bogactwo sieci, jak produkcja społeczna zmienia rynki i wolność*, Wydawnictwo Akademickie i Profesjonalne, Warszawa 2008, s. 387.

⁸ Facebook pomaga rewolucjonistom, <http://www.money.pl/gospodarka/ngospodarka/ebiznes/artukul/facebook;pomaga;rewolucjonistom,134,1,754822.html> (dostęp: 10.11.2014).

Krytycy zapewne podniosą fakt, iż więzy społeczne zawiązane w sieci są tymczasowe i fragmentaryczne, jednak ich głównym celem nie jest względna trwałość, a możliwie szybka mobilizacja oraz reakcja społeczna względem wspólnej idei, podzielanej przez internautów. Istnieje wiele stanowisk dotyczących roli portali społecznościowych w przeprowadzeniu Arabskiej Wiosny. Nie zamierzam podejmować tej polemiki i oceniać wpływu portali na rewolucję. Pragnę zaznaczyć, iż media społecznościowe, które są umiejętnie wykorzystywane, mogą stanowić jeden z elementów szerszego procesu, jakim jest zmiana społeczna.

2. Relacje społeczne i komunikacja w Internecie

Wraz z rozwojem technologicznym i rozprzestrzenianiem się Internetu charakter kontaktów i interakcji społecznych uległ modyfikacji. Kwestią, która znacząco się zmieniła, jest fakt, iż więzi społeczne są coraz mniej uwarunkowane przestrzennie i czasowo. Dzięki mobilnej sieci komputerowej, która jest nośnikiem mediów społecznościowych, kontaktowanie się z innymi ludźmi jest łatwiejsze oraz szybsze, ponieważ wspólnym terytorium, jako warunkiem koniecznym do zaistnienia więzi społecznej, jest cyberprzestrzeń, która nie jest ograniczona ani czasowo, ani przestrzennie⁹. To właśnie aprzestrzenność i asynchroniczność Internetu warunkuje powstawanie nowych relacji społecznych, ponieważ „społeczności i społeczeństwa zmieniają się w społeczeństwa usieciowione, gdzie granice są bardziej przenikalne, gdzie dochodzi do kontaktów między bardzo różnymi osobami [...] działanie oraz sieci społeczności są rozproszone, mają luźną strukturę, w której granice społeczne i przestrzenne są mgliste i zachodzą na siebie”¹⁰. Wyjątkowość tego środka przekazu polega na tym, iż osoby, które się nie znają i mieszkają na różnych krańcach świata, jeśli tylko posiadają dostęp do Internetu, mogą się ze sobą porozumiewać oraz wyrażać swoje często nieprzychylnie względem władzy poglądy. Komunikacja w globalnej sieci komputerowej nie jest ograniczona terytorialnie ani czasowo¹¹, dlatego też blogerzy z państw totalitarnych tak chętnie wykorzystują media społecznościowe w dyskursie społeczno-politycznym. Czy komunikacja w Internecie ma być celem samym w sobie, czy może ma stanowić punkt zapalny prowadzący do zmiany społecznej. Zależy to od samych zainteresowanych, w tym wypadku – od internautów.

⁹ B. Przywara, *Więzi społeczne w rzeczywistości wirtualnej*, [w:] L. H. Haber, M. Niezgoda (red.), *Społeczeństwo informacyjne. Aspekty funkcjonalne i dysfunkcjonalne*, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, Kraków 2006, s. 169.

¹⁰ Y. Benkler, *op. cit.*, s. 381.

¹¹ M. Szpunar, *Społeczności wirtualne – realne kontakty w wirtualnym świecie*, [w:] L. H. Haber, M. Niezgoda (red.), *op. cit.*, s. 163.

Poprzez nieustanne zmiany technologiczno-informacyjne ogólnoswiatowa sieć oferuje znacznie więcej możliwości nawiązywania stosunków społecznych oraz modeli komunikacyjnych niż jakikolwiek inny publikator z tradycyjnych mediów. Świat rzeczywisty przeniósł się w wirtualną przestrzeń, w której można – jak pisze Reinhold – „robić wszystko to, co robią ludzie w prawdziwym świecie”¹². Internauci mogą wykorzystywać cyberprzestrzeń do podtrzymywania istniejących już relacji lub stosować Internet jako płaszczyznę tworzenia nowych stosunków społecznych. Wybór sposobu komunikacji leży w gestii użytkowników sieci, ponieważ „w Internecie istnieje możliwość porozumiewania się w trybie komunikacji jednej do jednego, jeden do kilkorga, kilkoro do kilkorga, jeden do wielu oraz wielu do wielu”¹³. Na szczególną uwagę zasługuje przedostatni model komunikacyjny, który odgrywa znaczącą rolę jako narzędzie walki o prawa człowieka w krajach totalitarnych.

3. Internet i social media a ochrona praw człowieka

Jednym z głównych wyzwań współczesności jest sprawowanie pieczy nad ochroną praw człowieka. Podstawowym gwarantem ochrony tychże zasad, nie tylko w Internecie, jest Deklaracja Praw Człowieka, w świetle której wszyscy ludzie są względem siebie równi, posiadają prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania oraz prawo do głosu swoich poglądów i opinii bez względu na ich treść i formę. W dobie społeczeństwa informacyjnego coraz częściej mamy do czynienia z nieprzestrzeganiem praw, które dotychczas nie były uwzględnione w państwowych i ogólnoswiatowych deklaracjach oraz traktatach. Właśnie z tego powodu ONZ w jednym ze swoich raportów ogłosiło, że dostęp do Internetu jest podstawowym i niezbywalnym prawem człowieka. Ponadto wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z grudnia 2012 roku w sprawie tureckiego internauty mówił o tym, iż blokowanie lub uniemożliwianie korzystania z ogólnoswiatowej sieci komputerowej jest łamaniem praw człowieka. Jednak nie we wszystkich państwach to prawo jest respektowane. W krajach totalitarnych nadal panuje cenzura sieci, blokowany jest dostęp do Internetu, a za głoszenie prawdy grożą sankcje. Prawo do wolności słowa i sumienia to archaizmy w tych państwach. Takie sytuacje powodują dysonans poznawczy w świadomości jednostek oraz chęć podjęcia walki z reżimem. Próbę zmiany dotychczasowej sytuacji społecznej podejmują blogerzy z Chin, Kuby i Iranu, których głos nazywany jest „zakazany”, ponieważ wyrażają oni nieprzychylnie wobec władzy poglądy za pomocą mediów społecznościowych. Yoani Sanchez z Kuby, Zeng Jinyan z Chin, Iranka Farnaz Seifi, Malala z Pakistanu oraz wielu

¹² J. Slevin, *Internet i formy związków ludzkich*, [w:] P. Sztompka, M. Boguni-Borowska (red.), *Socjologia codzienności*, Wydawnictwo Znak, Kraków 2008, s. 594.

¹³ Y. Benkler, *op. cit.*, s. 381.

innych aktywistów walczy o przestrzeganie i respektowanie podstawowych praw człowieka, które są zagwarantowane w międzynarodowych deklaracjach oraz stanowią niezbywalną i integralną część wszystkich typów organizacji społecznych.

Ogólnosiwiatowa sieć, w tym także media społecznościowe, mogą być wykorzystywane przez władzę zarówno w dobrej, jak i złej wierze, tj. poprzez działania godzące w podstawowe prawa jednostek lub działania podejmowane na rzecz obywateli. Sytuacja wygląda tak samo w przypadku społeczeństwa, ponieważ tak naprawdę od jednostek lub aparatu władzy zależy, w jaki sposób zostanie wykorzystany Internet i jego ogromny oraz nieoceniony potencjał.

Według P. Guldy „Internet w stosunkach między obywatelami a władzą [...] może służyć czterem rodzajom działań: 1. działaniom podejmowanym przez władzę na rzecz obywateli, 2. działaniom podejmowanym przez władzę przeciw obywatelom, 3. działaniom podejmowanym przez obywateli na rzecz władzy, 4. działaniom podejmowanym przez obywateli przeciw władzy”¹⁴. Klasyfikacja podejmowanych działań zarówno przez obywateli, jak i przez aparat władzy jest wyczerpująca i niewątpliwie ma odzwierciedlenie w rzeczywistości społecznej. Przykładem działań podejmowanych przez władzę na rzecz obywateli mogą być ułatwienia w dostępie do aktów prawnych, które zamieszczane są na oficjalnych stronach organów władzy. Kolejnym działaniem władzy na rzecz obywateli mogą być spisy powszechne oraz rozliczenia z Urzędem Skarbowym, odbywające się poprzez Internet.

Działaniami podejmowanymi przez władzę przeciwko obywatelom może być szeroko rozumiana kontrola, każdy wpis w wyszukiwarce internetowej, każda aktywność użytkowników zostaje zapisana w ogólnosiwiatowej bazie danych. Przykładem podejmowania działań przeciwko obywatelom jest między innymi głośna sprawa udostępnienia danych chińskiej opozycji przez portal Yahoo¹⁵. W 2003 roku w Chinach zostało wydane rozporządzenie dotyczące standaryzacji blogów, które wymuszało na autorach podanie swoich danych osobowych, a cała ich internetowa twórczość podlegała ścisłej kontroli cyberpolicjantów. Pakt ten został podpisany między innymi przez portal Yahoo oraz Microsoft. Następnym wymownym przykładem działań podejmowanych przeciwko obywatelom, które są jednocześnie łamaniem praw człowieka, jest ograniczanie dostępu do Internetu lub blokowanie konkretnych stron w Pakistanie. Cenzurze oraz blokadzie został niejednokrotnie poddany portal Facebook, Twitter, YouTube oraz inne komunikatory społecznościowe. Pakistański aparat państwowy tłumaczył takie postępowanie kwestiami bezpieczeństwa oraz aspektami religijnymi. Według nich social media

¹⁴ P. Gulda, *op. cit.*, s. 284.

¹⁵ *Yahoo pomogła w skazaniu kolejnego chińskiego dysydenta*, <http://gospodarka.gazeta.pl/gospodarka/1,33181,3292426.html> (dostęp: 10.11.2014).

coraz częściej wykorzystywane są przez terrorystów i przestępców. Ponadto media te oraz zamieszczane w nich treści – zdaniem reżimu w Pakistanie – godzą w wiarę islamską, nawołując do antyreligijnych zachowań na portalach.

Użytkownicy globalnej sieci komputerowej, którzy coraz częściej korzystają z Internetu i przebywają w nim coraz dłużej, nierzadko nie zdają sobie sprawy z konsekwencji stosowania sieci. Jak pisze Ryszard W. Kluszczyński, życie każdego obywatela jest pod istotnym wpływem technologii informacyjno-komunikacyjnych społeczeństwa informacyjnego, bez względu na to, czy fakt ten jest uświadomiony, czy też nie¹⁶.

Kolejną kategorią wyróżnioną przez P. Guldę są działania podejmowane przez obywateli na rzecz władzy; przykładem może być aktywność internautów-obywateli na forach, grupach dyskusyjnych dotyczących spraw polityki lokalnej lub polityki na szczeblu państwowym.

Ostatnimi typami działań są działania podejmowane przez obywateli przeciwko władzy. Przykładem ilustrującym to zjawisko jest mobilizacja obywateli do aktywności na rzecz jakiejś idei, a Internet jest przestrzenią umożliwiającą zrzeszanie się ludzi przeciwko władzy. Przeważnie mobilizacja obywateli jest fragmentaryczna i tymczasowa, ale bez wątpienia Internet ułatwia i przyspiesza zrzeszanie się obywateli przeciwko władzy. Warto tutaj przytoczyć rolę mediów społecznościowych w trakcie Arabskiej Wiosny. Stanowiły one kanał komunikacji wykorzystywany przez protestujących oraz stały się potężnym orężem walki o prawa obywateli i narzędziem zmiany społecznej¹⁷. Aktywność internautów, która przeniosła się ze sfery wirtualnej w realną, przyjmując postać konkretnych działań o charakterze rewolucyjnym, jest przykładem na to, że umiejętne korzystanie z Internetu i portali społecznościowych może być elementem dynamiki społecznej.

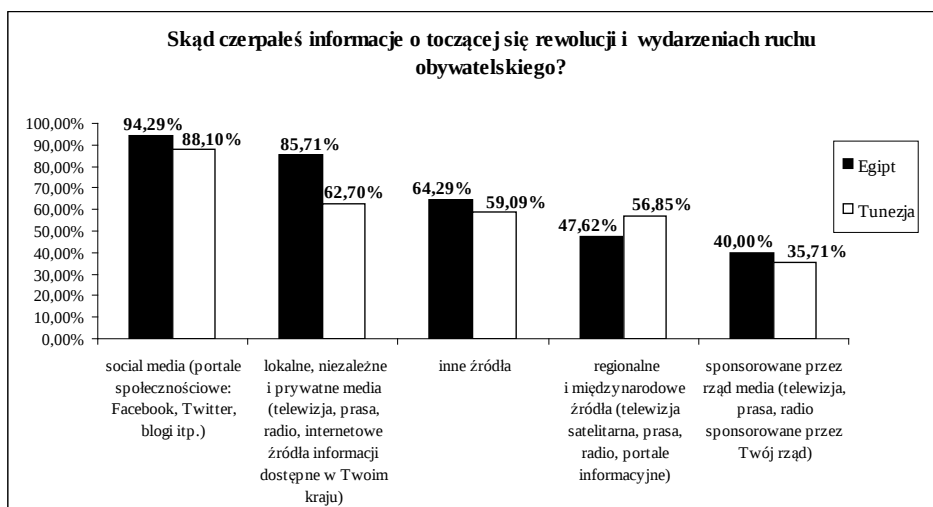
W raporcie *Arab Social Media Report* z maja 2011 roku została podjęta szczegółowa analiza Arabskiej Wiosny w kontekście użycia mediów społecznościowych w trakcie trwania rewolucji. Według badania zarówno w Egipcie, jak i Tunezji portale społeczne były głównym źródłem informacji o wydarzeniach ruchu obywatelskiego, tj. 94,29 % odpowiedzi udzielonych przez respondentów z Egiptu i 88,10% wskazań Tunezyjczyków. Na drugiej pozycji znajdują się lokalne, niezależne lub prywatne egipskie albo tunezyjskie media. Najmniejszym odsetkiem wskazań charakteryzowała się odpowiedź odnosząca się do wykorzystywania sponsorowanych przez rząd mediów jako nośników informacji, tj. 40% odpowiedzi w Egipcie i 35,71% w Tunezji. Co ciekawe, media mię-

¹⁶ R. W. Kluszczyński, *Spółeczeństwo informacyjne. Cyberkultura. Sztuka, multimediiów*, Wyd. Rabid, Kraków 2001, s. 22–23.

¹⁷ Ł. Pomiankiewicz, *Nowe media jako narzędzie zmiany społecznej na przykładzie Arabskiej Wiosny. Perspektywa morfogenetyczna*, Czasopismo Naukowe „Kultura i Historia”, Nr 24/2013, <http://www.kultura-i-historia.umcs.lublin.pl/archives/5006> (dostęp: 10.11.2014).

dzynarodowe, które zostały połączone z kategorią media regionalne, charakteryzują się jedynie ok. 50-procentowym współczynnikiem wskazań. Ponadto więcej Egipcjan czerpało wiadomości o rewolucji z lokalnych niezależnych mediów niż z międzynarodowych, natomiast w przypadku Tunezyjczyków sytuacja wyglądała odwrotnie. Z przytoczonych danych wynika, iż zarówno w Egipcie, jak i w Tunezji głównym źródłem wiedzy o rewolucji były portale społecznościowe oraz że odegrały one pewną rolę w dokonujących się przemianach społecznych, poprzez pełnienie funkcji informacyjnej.

Wykres 1. Źródła informacji o rewolucji i wydarzeniach ruchu obywatelskiego w Egipcie i Tunezji w 2011 r.

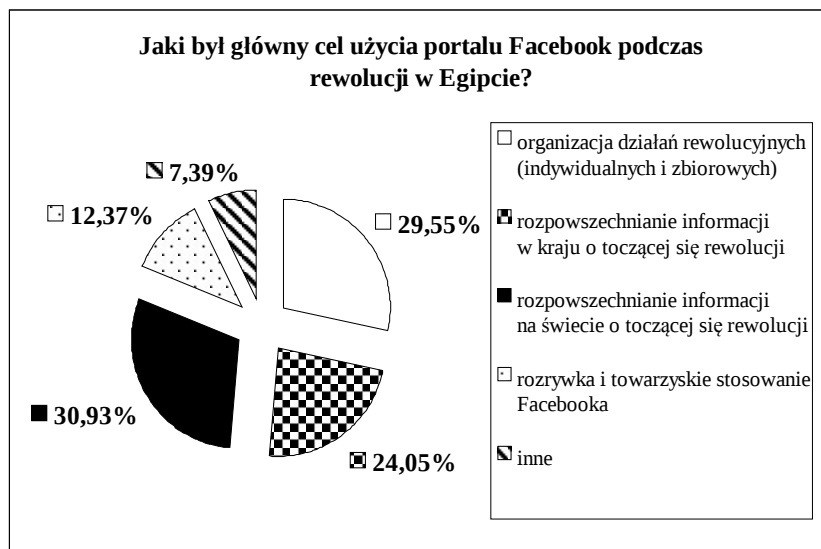


Źródło: Arab Social Media Report, May 2011, <http://www.arabsocialmediareport.com/UserManagement/PDF/ASMR%20Report%202.pdf>, s. 8 (dostęp: 10.11.2014).

W tym badaniu zadano także respondentom pytanie o to, jaki był główny cel użycia Facebooka w trakcie trwania rewolucji. Odpowiedzi wyglądają podobnie w obydwu krajach. Wykres 2. prezentuje odpowiedzi udzielone przez respondentów z Egiptu, którzy brali udział w dokonujących się przemianach, natomiast wykres 3. ilustruje wyniki badania przeprowadzonego wśród Tunezyjczyków. W przeważającej mierze portal społecznościowy Facebook wykorzystywany był jako narzędzie rozpowszechniania informacji o toczącej się rewolucji w kraju oraz na świecie, tj. łącznie 54,98% wskazań respondentów z Egiptu (24,05% odpowiedzi odnoszących się do wskazania – rozpowszechnianie informacji o rewolucji w kraju i 30,93% odpowiedzi dotyczących rozpowszechniania wiadomości na cały świat) i 64,46% odpowiedzi Tunezyjczyków, tj. 33,06% – rozpowszechnianie informacji w kraju i 31,40% – na świecie. Facebook był stosowany także przez protestujących jako platforma umożliwiająca organizację działań rewolucyjnych. Takiej odpowiedzi udzieliło 29,55% respondentów z Egiptu i 22,31% badanych z Tunezji.

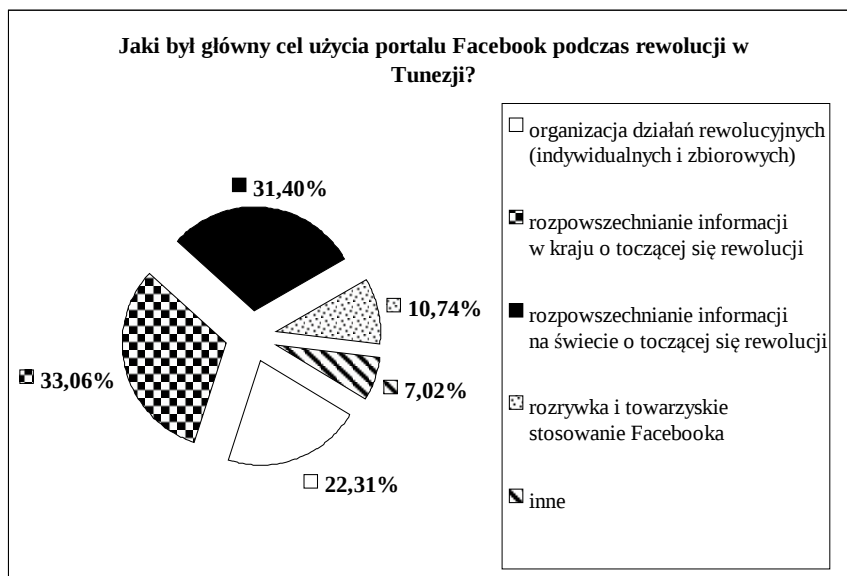
Pozostałe wskazania dotyczą wykorzystywania portalu do celów niezwiązanych z ruchem obywatelskim – tj. rozrywka i stricte towarzyskie stosowanie Facebooka; 12,37% wskazań respondentów z Egiptu oraz 10,74% odpowiedzi udzielonych przez Tunezyjczyków.

Wykres 2. Główny cel użycia portalu Facebook podczas rewolucji w Egipcie w 2011 r.



Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych z Arab Social Media Report, <http://www.arabsocialmediareport.com/UserManagement/PDF/ASMR%20Report%202.pdf>, s. 6 (dostęp: 10.11.2014).

Wykres 3. Główny cel użycia portalu Facebook podczas rewolucji w Tunezji w 2011 r.



Źródło: Opracowanie własne na podstawie danych z Arab Social Media Report, <http://www.arabsocialmediareport.com/UserManagement/PDF/ASMR%20Report%202.pdf>, s. 6 (dostęp: 10.11.2014).

Z przytoczonych danych widać, iż Facebook odegrał pewną rolę w trakcie dokonujących się przemian w krajach arabskich. Informacje o bieżących wydarzeniach rewolucjoniści czerpali zarówno z social mediów oraz wykorzystywali portal jako kanał komunikacji. Warto także zauważyć, iż w przytoczonym raporcie zostały także zawarte dane o znaczącym wzroście ilości użytkowników Facebooka w krajach arabskich, w których doszło do protestów. Otóż w Egipcie liczba nowych członków tej wirtualnej społeczności wzrosła o 1 951 960 internautów, a w Tunezji o ponad pół miliona¹⁸. Przedstawione dane są dowodem na to, iż protestujący wykorzystywali portale społecznościowe do realizacji swoich celów, którymi było czerpanie informacji o bieżących wydarzeniach oraz możliwość komunikacji. Pragnę podkreślić, że social mediom nie można przypisać decydującej roli w przeprowadzeniu Arabskiej Wiosny. Skłonna jestem jednak zauważyć, iż w tym wypadku stanowiły one element szerszego procesu zmiany społecznej. Działania w Internecie były jedną z wielu przyczyn rewolucji i stanowiły element uzupełniający realne działania protestujących. Jest to idealny przykład na to, że social media, które są umiejętnie wykorzystywane, mogą być instrumentem walki o ochronę praw człowieka. Portale bez wątpienia odegrały pewną rolę w rewolucji, jednak nie należy jej przeceeniać. Główne przyczyny protestów społecznych zarówno w krajach arabskich, jak i innych tkwią oczywiście w czynnikach politycznych, społecznych i gospodarczych. Internet i wzmożona w tym czasie aktywność użytkowników sieci mogły stać się jedynie impulsem do działania szerszych grup społeczeństwa, niezadowolonego z sytuacji w kraju. Cyberprzestrzeń była forum, na którym protestujący mogli dzielić się bez obaw swoimi poglądami i politycznymi zamierzeniami, ustalać swoje działania pod względem logistycznym, zachęcać innych do włączenia się w protesty, a przez to nadać im charakter bardziej masowy. Internet stał się więc swoistym katalizatorem społecznych reakcji, przyspieszającym pojawienie się fali sprzeciwu i pobudzającym chęć do konkretnych działań w szerokich kręgach społeczeństwa, co w konsekwencji doprowadziło do przekształcenia struktury społecznej. Źródłem zmiany społecznej mogą być różnorodne czynniki, jednak Internet i social media nie były ani przyczyną, ani skutkiem – stanowiły kanał komunikacji dla protestujących i stały się punktem zapalnym do dalszych działań rewolucyjnych, ponieważ aby mówić o dokonującej się zmianie społecznej, należy uwzględniać modyfikacje stosunków społecznych oraz przekształcenia podstawowych instytucji w świecie materialnym, a nie wirtualnym. Z przytoczonej powyżej argumentacji wynika zatem, iż aktywność internautów może pociągać za sobą skutki wykraczające daleko poza cyberprzestrzeń.

¹⁸ *Arab Social Media Report*, May 2011, <http://www.arabsocialmediareport.com/UserManagement/PDF/ASMR%20Report%202.pdf>, s. 27 (dostęp: 10.11.2014).

4. Zakazany głos blogerów

We współczesnym świecie Internet i media społecznościowe są elementem życia codziennego wielu, szczególnie młodych, odbiorców globalnej sieci komputerowej. Popularność portali, ich nieustannie wzrastająca liczba użytkowników powoduje, iż media te nie są tylko i wyłącznie wykorzystywane do celów *stricte* towarzyskich. Dlatego też pojawia się konieczność przededefiniowania podstawowych funkcji pełnionych przez portale społecznościowe. Otóż, okazuje się, że umiejętne posługiwanie się nimi może być potężnym instrumentem walki o ochronę praw człowieka. Orędownicy wolności słowa i sumienia zauważyli ten fakt i zdecydowali się na stosowanie portali w walce z reżimami. Przykładem potwierdzającym tę tezę jest działalność blogerów z państw totalitarnych, którzy wykorzystują, z pozoru prozaiczne, portale w służbie ochrony praw człowieka. Działaczki społeczno-polityczne z Kuby, Iranu i Chin mają sporą odwagę, ponieważ otwarcie krytykują w Internecie władzę w swoich krajach. W ten sposób podejmują niełatwą walkę o ochronę podstawowych praw, przysługujących każdemu człowiekowi. Ich poglądy, które są rozpowszechniane za pomocą internetowych pamiętników, nazywane są zakazanymi głosami, ponieważ są to głosy prawdy, których tak bardzo boją się reżimy. Blogerki za swoją działalność spotykają się nierzadko z atakami represji, jednak nie powstrzymuje ich to przed nieustannym upowszechnianiem prawdy.

Yoani Sanchez na swoim blogu: Pokolenie Y, który posiada ok. 14 milionów odsłon miesięcznie, opisując rzeczywistość komunistycznej Kuby, walczy o wolność prasy i słowa w swoim kraju. Opowiada ona o aresztowaniach, cenzurze, prześladowaniach oraz o łamaniu praw człowieka. Blogerka jest odpowiedzialna za nagłośnienie sprawy dotyczącej bezprawnie więzionej opozycji, nawołując kubański rząd do uwolnienia bezkarnie przetrzymywanych działaczy społeczno-politycznych. Za internetową działalność Yoani była wielokrotnie brutalnie pobita, jednak nie zaprzestała kontynuowania swojej walki. Nadal głosi światu smutną historię życia na wyspie, za co kubański rząd publicznie ją napiętnował jako wroga państwowego.

Zeng Jinyan także walczy o prawa człowieka i wolność słowa w chińskim reżimie. Jej blog niejednokrotnie był cenzurowany lub blokowany przez cyberpolicjantów, którzy uznawali internetowy pamiętnik Zeng jako tzw. informacje niepożądane. Oczywiście Zeng za swoją działalność spotkała się z represjami i obecnie wraz ze swoim mężem i córeczką przebywa w areszcie domowym. Jak tłumaczy blogerka w filmie B. Miller *Forbidden Voices* („chińska maszyna polityczna”), z obawy przed utratą monopolu na przekazywanie informacji, rząd chiński ściśle i rygorystycznie egzekwuje swoją politykę, zamieniając w koszmar życie każdego obywatela, który walczy o prawa człowieka, o wolność słowa, myśli i sumienia. W swoim codziennym życiu Zeng uosabia tę walkę i ponosi za to niemałe konsekwencje.

Kolejną orędowniczką praw człowieka jest Farnaz Seifi, która sprzeciwia się dyskryminacji kobiet w Iranie i walczy z islamskim fundamentalizmem. Blogerka poniosła ciężką karę za obronę swoich przekonań. Była aresztowana, jej blog został wiele razy zablokowany, a w konsekwencji musiała opuścić ojczyznę, ponieważ rząd irański ogłosił ją wrogiem państwowym. Farnaz jako jedna z nielicznych podjęła ryzyko pisania bloga pod swoim prawdziwym imieniem i nazwiskiem. Obecnie blogerka jest działaczką ruchu na rzecz praw kobiet i współzałożycielką irańskiej kampanii praw człowieka „One Million Signatures Campaign for Equality”, która walczy z dyskryminacją kobiet¹⁹.

Kolejną aktywistką, znaną na całym świecie ze swojej walki o prawo kobiet i dziewcząt do edukacji, jest Malala Yousafzai z Pakistanu. Media nazywają ją współczesnym symbolem walki o prawa człowieka, ponieważ „mało która 17-latką może się pochwalić takim bagażem doświadczeń i takim uznaniem świata. Magazyn «Time» umieścił ją na liście stu najbardziej wpływowych osób świata, a jej zdjęcie na okładce «Newsweeka» podpisano «Najodważniejsza dziewczyna na świecie». Były brytyjski premier nazwał ją «ikoną odwagi i nadziei»”²⁰. Nastolatka za pomocą bloga na stronie BBC Urdu, przeznaczonej dla mieszkańców Pakistanu, podjęła walkę z talibskim reżimem, który sprzeciwia się prawu dziewcząt do edukacji. Malala w wieku 11 lat za namową ojca zaczęła prowadzić internetowy pamiętnik, opisując codzienne życie i dyskryminację kobiet w dostępie do nauki w dolinie Swat w Pakistanie. Dziewczynka ze względów bezpieczeństwa używała pseudonimu. Mimo to jej tożsamość została odkryta. W październiku 2012 roku talibowie przeprowadzili zamach na nastolatkę. Malala przeżyła i pomimo tylu ciężkich doświadczeń i brutalnych represji ze strony reżimu nie zakończyła swojej walki; co więcej, jej głos, który miał zostać zagłuszony, rozbrzmiewa jeszcze donośniej na całym świecie. Poglądy rozpowszechniane przez dziewczynkę i ona sama stały się ikoną walki o prawa człowieka, dlatego też Malala została doceniona przez organizacje międzynarodowe oraz światową opinię publiczną, otrzymując w 2013 roku nagrodę Sacharowa oraz w 2014 roku Pokojową Nagrodę Nobla. Internetowa twórczość dziewczynki jest przykładem na to, że umiejętne i sprawne posługiwanie się mediami społecznościowymi może stać się potężnym narzędziem komunikacji i instrumentem walki o ochronę podstawowych praw człowieka.

Jak widać, portale społeczne – pomimo z pozoru swojej przyziemności – mogą być wykorzystywane nie tylko do celów rozrywkowych. Dzięki takim cechom jak aprzestrzenność i asynchroniczność oraz dzięki nieograniczonym możliwościom

¹⁹ Biografie i historie blogerek zostały opracowane na podstawie szwajcarskiego dokumentu B. Miller, *Forbidden Voices* oraz informacji zawartych na oficjalnej stronie internetowej dokumentu, <http://forbiddenvoices.net/en/home.html> (dostęp: 20.11.2014).

²⁰ Nagroda Sacharowa dla Malali – nastolatki postrzelonej przez Talibów, http://wyborcza.pl/1,76842,14754282,Nagroda_Sacharowa_dla_Malali___nastolatki_postrzelonej.html (dostęp: 10.11.2014).

rozpowszechniania informacji, social media stają się potężnym narzędziem, wykorzystywanym w imię obrony praw człowieka; są pożytecznym instrumentem w walce z aparatem państwowym. Co więcej, działalność w cyberprzestrzeni, której przykładem jest między innymi walka blogerek z krajów totalitarnych, może nieść za sobą konsekwencje w przestrzeni materialnej. W tym wypadku można mówić o portalach społecznościowych jako o elementach znacznie szerszego procesu zmiany społecznej.

Zakończenie

W artykule podjęto próbę wykazania na ile media społecznościowe mogą być potężnym orężem walki o ochronę praw człowieka oraz narzędziem zmiany społecznej. Na podstawie zgromadzonej literatury oraz przytoczonych przykładów można stwierdzić, iż portale społeczne, jeśli tylko są umiejętnie wykorzystywane, mogą być pożytecznym instrumentem upominania się o podstawowe prawa człowieka. Media te stanowią kanał komunikacji, źródło informacji dla internautów oraz mogą być instrumentem walki o ochronę praw człowieka. Obecnie portale nie są wykorzystywane tylko i wyłącznie do celów rozrywkowo-towarzyskich lub do działań marketingowych, ale też stosowane są do zadań o bardziej doniosłym charakterze. To od internautów zależy, która z pełnionych przez portale funkcji będzie tą nadrzędną. Internetowa aktywność w imię walki z nieprzestrzeganiem podstawowych praw pokazuje, że mimo z pozoru swojej prozaiczności social media mogą odgrywać pewną rolę w szerszych procesach społecznych, mogą być elementem dynamiki społecznej, ale nie głównym determinantem tejże zmiany. Działania w przestrzeni wirtualnej, jeśli będą uzupełnieniem lub dodatkowym elementem działań w przestrzeni materialnej, mogą skutkować doprowadzeniem do zmiany społecznej. Sama aktywność w Internecie, nawołująca do mobilizacji obywateli, nie jest zmianą społeczną, ale może zapoczątkować ten proces, będąc punktem zapalnym, który stanowi jeden z wielu etapów rewolucji/działania społecznego.

Internet i social media wywierają coraz większy wpływ na życie jednostek. Fakt odgrywania coraz ważniejszej roli jest dowodem na aktualność i obecność tego zjawiska w centrum zainteresowania nie tylko nauk społecznych. Podjęty w artykule problem badawczy, który koncentruje się wokół mediów społecznościowych w kontekście ochrony praw człowieka, pozostanie niewątpliwie tematem jeszcze wielu opracowań, ponieważ doniosłość tych kwestii systematycznie wzrasta i coraz częściej będą one wykorzystywane przez badaczy reprezentujących różne dyscypliny naukowe.

Searching for the Fair Balance? The Application of the Principle of Proportionality in Slovak Freedom of Speech Cases

Introduction: Proportionality at the Core of Rights Discourse

No individual human right is absolute. Notwithstanding the differences between various ‘categories’ or ‘generations’ of rights, even the ones closest to the ‘absolutist’ position can, under certain rigorous circumstances, in accordance with the rules set by domestic and international guarantees, be limited in cases when they are in conflict with each other. The limitations in individual cases are decided upon by courts, who thus face the challenge posed by ‘constitutional dilemmas’ (Zucca 2007). If both rights are legally guaranteed and justified, how should they find the ‘equality’ between them and at the same time resolve the issue at stake? One possible answer to this question is proportionality, which provides a tool for judges to ‘balance’ the two conflicting individual rights in a ‘just’ way.

With origins in German administrative law and the continental understanding of *Rechtssaar* (Cohen–Elyia and Porat 2010), during more than 120 years proportionality has developed into the ‘global grammar of constitutionality’ (Klatt and Meister 2012: 3), offering a ‘shared analytical tool to enhance the effective protection of human rights’ (Arai–Takahashi 2013: 446). It is viewed as ‘the archetypal universal doctrine of human rights adjudication’ with its main strengths resting in its ‘universal applicability’ and ‘straightforward structure’ (Cohen–Elyia and Porat 2013). It is precisely this universal aspiration which on the one hand makes it a very influential doctrine, providing the incentives for domestic judges to ‘race to the top’ in human rights protection, while on the other its adoption comes with distinct consequences in terms of losing distinct national elements and integrity of legal culture (ibid.: 150–152). Though ‘rival’ doctrines of resolving conflicts of fundamental rights exist, with balancing, applied predominantly

¹ Max Steuer is currently an MA candidate in International Relations and European Studies at Central European University in Budapest. In 2014, he obtained an undergraduate degree in Political Science from Comenius University in Bratislava. His professional experience includes several internships at NGOs, participation at conferences and publications. Apart from human, especially political rights, he is interested in the political systems of the Slovak and Czech Republics with an emphasis of the role of constitutional courts in these countries, and in the concepts of democracy, legitimacy, constitutionalism and rule of law in context of European integration. His e-mail is steuer1[at]uniba.sk.

in the US (Cohen–Elyia and Porat 2010: 266–270) being probably the best known, neither of these alternatives receives so much attention as proportionality. In addition, leading proportionality scholars offer a wide range of arguments which oppose alternatives and are in favor of proportionality (Barak 2012, also see below). Thus, observing these tendencies, it is no surprise that one of the most recent contributions on proportionality begins: ‘To speak of human rights is to speak about proportionality’ (Huscroft, Miller and Webber 2014: 1).

Despite these positive accounts, the doctrine of proportionality is far from being undisputed. For instance, a forceful critique by Tsakyrakis (2009, 2010) points towards the ‘obscuring of moral argumentation’ by application of the principle or the ‘arbitrariness’ which is supposed to lie behind the components of the respective proportionality test. Replying to Tsakyrakis, Khosla (2010), an advocate of proportionality, stresses the crucial importance of proper application of all stages of the proportionality test and points to several failures of judicial institutions in this respect. This example of a contemporary debate indicates that dealing with proportionality in a rather theoretical manner is not the same as when a judge is about to utilize the proportionality test in a concrete case of conflicting rights with practical and direct implications for the parties involved in the case, as well as for the views of the principle itself. As a result, the relationship between proportionality theory and practice tends to be a mutually constitutive one – judges apply the doctrine in concrete cases and the way they do so has an impact on how the doctrine itself is judged by the public.

In this paper, I depart from this assumption of the relevance of judicial application of proportionality when I analyze the day-to-day implementation of the principle on the lowest possible judicial level – the level of domestic courts, including those of first instance, which as the first ones encounter difficult cases of conflicting rights. The analysis is limited to one country (Slovakia), and one particular situation of conflicting rights (freedom of speech² and personal rights), which is approached by study of the references to the principle of proportionality in judicial decisions of domestic courts of all levels (determined by content analysis), and presented with the help of simple statistics and qualitative evaluation of the justifications of judgments. There are two principal

² The entrenchment of freedom of speech in the Slovak Constitution does not significantly differ from the European one. The Article 26 of the Slovak Constitution, which deals with it, stipulates that
 ‘(1) Freedom of speech and the right to information are guaranteed.
 (2) Everyone has the right to express his views in word, writing, print, picture, or other means as well as the right to freely seek out, receive, and spread ideas and information without regard for state borders. [...]
 (3) Censorship is banned.
 (4) The freedom of speech and the right to seek out and disseminate information may be restricted by law, if such a measure is necessary in a democratic society to protect the rights and freedoms of others, state security, public order, or public health and morals. [...]

justifications for such an approach. The first concerns the role the proportionality doctrine plays in the European legal order which at the level of human rights is represented by the European Court of Human Rights (ECtHR). Though freedom of speech is not the only right where proportionality is applied by the Court, it is by this one where the principle plays a special role. Indeed, freedom of speech belongs to rights with ‘more broadly framed limitation clauses’ (McBride 1999: 24) according to the Article 10, Section 2³ of the European Convention on Human Rights (below: Convention), therefore proportionality is particularly important in order not to allow the right to be limited always when there is a law prescribing the restriction and a legitimate purpose, without consideration of the necessity of the restriction (ibid.). Moreover, because of the complexity of the principle in this regard, the ECHR is often criticized for failures in individual cases to apply it properly (Klatt and Meister 2012, Arai–Takahashi 2013: 455). Bearing these contexts on mind, an examination of proportionality within the scope of freedom of speech gains relevance.

Secondly, freedom of speech is a contested right in contemporary Slovakia, with several controversial cases of its limitations in favor of personal rights arising in the recent past (Malová and Steuer 2014). The ECHR also recently delivered several judgments on violations of freedom of speech by decisions of Slovak courts (*Ringier Axel Springer vs. Slovakia*, No. 2 and No. 3, *Soltész v. Slovakia*), which exacerbate the inconsistency of Slovak domestic decision making on matters of freedom of speech. One could suppose that a proper application of proportionality would prevent such developments, so the question arises whether these problems have been a result of neglecting proportionality, its inconsistent application, or the controversies on the Slovak domestic level could be traced to the alleged shortcomings of the principle put forward by its critics.

Building upon the introductory assessment of proportionality above, in the following sections I, firstly, examine the principle of proportionality in context of freedom of speech in greater detail, focusing particularly on Slovak legal environment. Secondly, I briefly explain the research design of the empirical analysis of 162 judgments of Slovak courts, the results of which are provided in Section 4. Finally, I summarize the main challenges for the application of the principle by Slovak courts, which may serve as useful notions to other, particularly post–communist judiciaries as well.

³ ‘The exercise of [freedom of speech], since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.’

1. The relevance of proportionality for freedom of speech in Slovakia

After the Slovak Constitutional Court via the verdict II. ÚS 152/08–52 introduced the application of the test of proportionality when deciding between freedom of speech and protection of personality based predominantly on the answers to the questions WHO, ABOUT WHOM, WHAT, WHERE, WHEN and HOW ‘said’, the worldwide discussion about this principle, its advantages and disadvantages, elements, origins or methods of application became more important for the Slovak legislation and case law than ever before. However, only a minority of Slovak scholars (e.g. Drgonec 2013: 329–350) deal with it in context of freedom of speech⁴. Because of its growing relevance via its acceptance by the Constitutional Court⁵, it is an important justification to be examined in the sample of judicial decisions.

Someone could argue that the principle of proportionality is another vague and unclear legal principle that attracts attention only to legal scholars and has no place in other disciplines and practice either⁶. This argument is unjustified as the principle of proportionality is a reaction and proposal of a solution to the broad philosophical issues of justice and the relationship between citizens and the state. In the structure of this solution, it reflects the understanding of democracy in a concrete society, in which it is applied. As Professor Schlink notes, it ‘had a fantastic career: from a philosophical to a legal principle, from a principle of administrative law to a principle of constitutional law or even to law as such’ (Schlink 2013: 736). Some scholars even named it as ‘the ultimate rule of law’ (ibid.).

Basically, proportionality is an accepted way of solution of the conflict between two constitutional rights by Slovak scholars as well, which in ideal situation does not require the retreat of one right in favour of other, but the identification of the ‘just equality between two values’ (Drgonec 1999: 72). This position is subject to the so-called internal criticism of the principle (see the classification in Barak 2013: 749–750) which states that ‘the sites of the balance are incommensurable’ and balancing ‘conveys a false

⁴ A little better results shows the Czech literature, where a monograph from Ondřejek (2012) and works of the former vice president of the Czech Constitutional Court, P. Holländer (2003: 21–23; 2012: 214–239), deal with the principle in theory and application in the Czech Republic.

⁵ With a more strict interpretation it could be argued that the principle should have been applied even before the precedential verdict of the Slovak Constitutional Court, because it is used by the ECHR when deciding such cases. Indeed, in an ideal environment, ‘the implementation of the European Convention on Human Rights into the national legal system leads also to implementation of the principle of proportionality in the national jurisprudence’ (Schlink 2013: 731–732). The fact that in Slovakia its application was concerned only in 2009 is another example of difference between an ideal situation and the reality.

⁶ Such positions can be identified also in Slovakia, beginning with the decision 15Co/144/2012 of the Regional Court in Banská Bystrica below in section 4.3.

sense of being scientific'. It is easier to respond to this criticism than to broader issues connected to judicial activism and interpretation which are beyond the scope of this paper. Generally, the response starts with the recognition and acceptance of the existence of a rational balancing which has to be based on the identification either of the degree of seriousness of the limitation (this is the approach of Robert Alexy) or the 'social importance of realizing one principle and avoiding limitation of another principle' (Barak 2013: 750). In context of freedom of speech, I support the application of the principle for two additional reasons. Firstly, it is a dominant approach in Europe stemming from the most precise argumentations of the ECHR and the Federal Constitutional Court of Germany (while the decisions of the former are binding for Slovak courts). Secondly, its structure does not give priority to freedom of speech over protection of personality which grants judicial decisions applying the test legitimacy not only in the eyes of those who speak about the equality of all rights but also rises the potential of a legitimately viewed decision by advocates of freedom of speech's supremacy and those who put personal rights on the first place. Such legitimacy is in times when the levels of trust in Slovak judiciary reach extremely low levels, especially important.

How does the application of the proportionality test look like? Although there are different classifications of its elements⁷, basically, a restriction of freedom of speech is proportional if this restriction follows a legitimate aim (which aims are legitimate, is determined in Article 26 of the Slovak Constitution), it is 'necessary in a democratic society' and, what is more, the means to achieve this end are connected to this end and do not invoke undesirable side effects. As Christie (2012: 44–45) notes, for courts it is very hard to carry out the test in individual cases. The 'reward' for a successfully carried out test may be, at least theoretically, the perception of higher legitimacy or quality of the decision thank to precise justification and explanation of the way how the judge (court) dealt with the case.

⁷ E.g. Schlink (2013: 722–725) identifies five parts of proportionality analysis: (1) categorically prohibited means, (2) legitimacy of the end, (3) fitness or suitability, (4) necessity, (5) balancing. Barak (2013: 742–747) distinguishes between (1) proper purpose, (2) rational connection, (3) necessity and (4) proportionality *strictu sensu* – balancing. When it comes to conflicts of freedom of speech and protection of personality, this difference is not so important, the key is to properly answer (1) whether the restriction is legitimate according to Article 26 Section 4 of the Constitution (and Article 10 Section 2 of the Convention), (2) whether the restriction satisfies the end, i.e. the protection of a personal right, (3) whether the restriction is necessary to satisfy the end, i.e. whether there are no other possible measures which satisfy the end without restriction of freedom of speech and, in case of all the answers are positive, it comes to (4) balancing the interests of the applicant and the defendant. It is argued that the constitutional rights of the litigants should have priority over the assessing of the public interest (Barak 2013: 746). In case of freedom of speech, assessing the public interest would be especially hard, as it is connected to the view of importance of this right by the public (although in my view it is possible (in a Millian way) to presume that freedom of speech is in public interest insofar until it advocates some kind of harm to others). Here the abovementioned aspect of citizens' view of democracy in a certain state gains even greater relevance.

Proportionality is not the only approach possible, starting with the US alternative of categorization of rights into three categories and, in cases of conflicts, to use the simple principle of balancing between these categories (see Barak 2013: 752–754), but in case of the European legal tradition, there is no better alternative. This is another way how the problems which arise with the principle (like the issues of judicial activism, discretion, deference and others) are similar to those of democracy itself; although both are not perfect, there is nothing better available today.

2. Research design of the empirical analysis – the case of Slovakia⁸

The empirical research question which builds on the general question on the usage of the principle of proportionality (or the legal test based on it) by Slovak courts asks, what is the relationship (if any) between the reference to proportionality in the justification of the judgment by a Slovak court and the verdict either in favor (i.e. upholding) or against (i.e. restricting) some kind of exercise of freedom of speech, if this speech, according to the claimant, conflicted with his/her personal rights to such extent that it violated them. Both the independent (reference to proportionality) and the dependent (verdict in favor or against freedom of speech) are thus binary, i.e. having either a positive or a negative value⁹. The statistical evaluation of their relationship is presented through the simplest means available, which is a contingency table (Table 1).

Before moving to the discussion about the results, which should answer whether there is a positive relationship between referring to the principle of proportionality and deciding in favor of freedom of speech, it has to be noted that while Slovakia is undoubtedly a relevant case to observe (see above), from an analysis of a single country, no valid generalizations can be drawn (Van Evera 1997: 53–55). Still, apart from shedding light on the Slovak case, the results allow to be compared with the abovementioned starting point of courts having a profound influence on whether the implementation of principle is in accordance with its theoretical assumptions and mechanism.

⁸ The same research design, for different independent variables (among others, philosophical and theoretical justifications of freedom of speech or referencing to legal documents entrenching freedom of speech), has been applied in my other studies (Steuer forthcoming, Steuer under review), where deeper elaboration on methodological issues is available as well.

⁹ Whether there was a reference to proportionality in the justification of the verdict, was determined by content analysis (e.g. Babbie 2012: 333–344) of each of the 162 units of observation (i.e. judicial decisions). The decisions themselves were obtained from publicly available sources (here, decisions after 2000 are available) and include all instances of the Slovak court system (district, regional, Supreme, Constitutional)

3. The application of the principle by Slovak courts in freedom of speech cases

In this section, I assess the results of the search for mentions and application of the principle of proportionality in the judgments. Table 1 shows statistical data of the occurrence or absence of argumentation by usage of the term ‘proportionality’ in 162 decisions. It is clear that the number of decisions which do not mention the term is twice as high as the number of those which mention it. However, less visible is the relationship between the mention of the principle and the verdict. Although almost two thirds of the decisions with such mentions decided in favour of freedom of speech, in case of their absence the number of decisions ‘for and against’ freedom of speech almost equals.

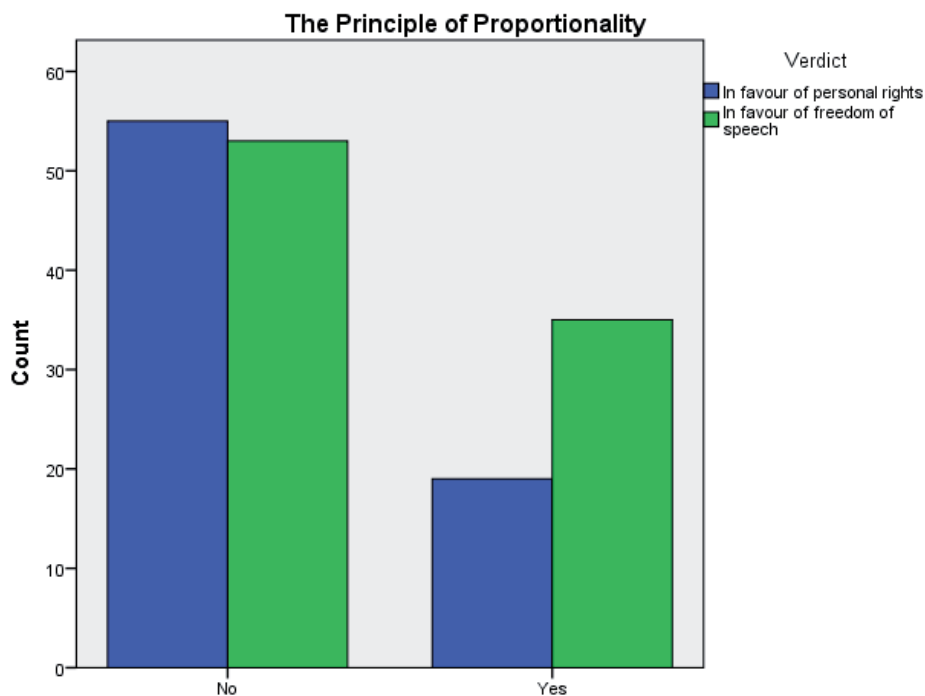
These data reflect the statistical correlation tests (Table 2). It is even not possible to reject the null hypothesis assuming no relationship between the variables with certainty, according to the standard interpretations which require the value of Chi-Square Test 0.05 or less. Even if we would reject the hypothesis, the correlation coefficient is 0.15 which indicates a very weak positive relationship. These results, illustrated by Chart 1, suggest that in the future it would be more proper to differentiate between the simple mentions of the principle in the decisions and those which carried out the complete test. The reason why it had not been done in the present sample is, that the number of decisions which applied the test was so low that it would not allow statistical comparison.

Table 1. Presence and absence of the principle of proportionality in judicial decisions.

			Verdict		
			In favour of personal rights	In favour of freedom of speech	Total
(Principle of) Proportionality	No	Count	55	53	108
		% within Proportionality	50,9%	49,1%	100,0%
	Yes	Count	19	35	54
		% within Proportionality	35,2%	64,8%	100,0%
Total		Count	74	88	162
		% within Proportionality	45,7%	54,3%	100,0%

Table 2. Correlation coefficients for the principle of proportionality.

		Value	Chi-Square Tests Approx. Sig.
Nominal by Nominal	Phi	,149	,058
	Cramer's V	,149	,058
N of Valid Cases		162	

Chart 1. The principle of proportionality and verdicts in favour v. against freedom of speech.**Chart 2**

Although the statistical results did not show significant relationships between the decisions and the verdict, there are examples of decisions which deserve attention. Again, the majority of 54 decisions which mentioned proportionality did not go into great detail or conduct the proportionality test. They mostly viewed it as a theoretical formulation which expresses the idea of equality of rights. For instance, the District Court Bratislava V took into account the ‘requirement’ of proportionality of rights when decided a dispute between a person who was under trial for a criminal act, and a magazine which published an article about him:¹⁰

¹⁰ Verdict 15C/251/2006 from April 4, 2009. Similar formulations appear in the reasoning of District Court Rimavská Sobota, verdict 6C/91/2011 from May 21, 2012. Deciding on a dispute between the current and ex-mayor of Rimavská Sobota, the court stressed that ‘in a concrete case it is always necessary to examine the degree of the alleged infringement of the basic right to protection of personality, precisely in

‘In the case concerned there is a conflict between the right to information and their dissemination with the right to protection of personality, which are two basic constitutional rights standing on the same level. The task of the court was to examine and consider all circumstances of the case without giving precedence to one right over the other. The court examined the rate – intensity of the alleged infringement of a basic right to protection of personality in context of freedom of speech and right to information, with regard to the requirement of proportionality of protection of these rights, and examined, whether there was a causal relationship between them.’

Sometimes, the legitimacy of the principle is derived from the case law of the ECHR or from the precedential findings of the Constitutional Court. The latter connection is present in the decision about the case of a regional politician, mayor of Považská Bystrica¹¹, who sued the Association of entrepreneurs because of publishing an article in which they accused him of misusing his competences:

‘Regarding the so-called test which rests in finding answers to the questions WHO, ABOUT WHOM, WHAT, WHERE, WHEN and HOW said (this test is explained also in the judgment of the Constitutional Court II.US 152/08–52 from December 5, 2009 which assessed the conflict of freedom of speech and protection of personality), it is clear that answers to these questions are of key importance for assessing proportionality between freedom of speech and protection of personality.’

If the principle is mentioned together with other justifications of freedom of speech in the same section, it usually signalizes, that these arguments will be more detailed or that the court carried out the test itself (the latter applies only to decisions carried out after the verdict II.US 152/08–52)¹². Except the verdicts of the Constitutional Court (all

connection to freedom of speech and right to information and with regard to the requirement of proportionality of these rights’. The District Court Liptovský Mikuláš argues already not with a requirement but the principle: ‘The whole case cannot be decided without taking into account the two basic rights: to protection of personality and to freedom of speech which requires the application of the principle of proportionality of both these rights’ (Verdict 8C/14/2010 from March 2, 2011). The District Court Senica in decision 3C/110/2010 from December 2, 2010 puts in: ‘The application of these basic rights and freedoms and their legal protection have to be proportional and mutually balanced, so that the excessive protection of one right above the acceptable level did not suppress the protection of the other right. Therefore even the existence of an interference to protection of personality does not necessarily lead to a conclusion about the ineligibility of such action, if this action was a result of application of another fundamental right, and, given the particular circumstances, did not exceed the borders of proportionality’. Exactly the same structure can be identified in the argument of the District Court in Trnava (Verdict 16C/226/2009 from March 28, 2012) which decided the medially known case of Archbishop J. Sokol and articles published about him in newspaper *Week (Týždeň)*. The court dismissed the application of J. Sokol. See these examples in Slovak language in Malová and Steuer 2014.

¹¹ Verdict 3C/39/2010 from July 8, 2010.

¹² There are examples of older decisions which mention proportionality but not through referencing to the Constitutional Court. The Regional Court in Bratislava decided on May 14, 2009 a case (Nr. 8Co/225/2007), before the Constitutional Court applied the test in conflicts of freedom of speech and personal rights for the first time). The applicant was a representative of the local state administration about whom a critical article was written in a magazine which included some private information. The

of those which were included into the sample carried out the test of proportionality), a complex test of proportionality can be figured out from the decision of the District Court in Veľký Krtíš, with its verdict having been approved by the Appellate Court in Banská Bystrica¹³. The case was concerned with several articles published in the magazine *Plus 7 Days* about a former MP and member of the political party HZDS (i.e. a public figure *par excellence* according to classification presented in e.g. Drgonec 2013: 163–165) who was subject to criminal prosecution. The Court directly expressed the relevance of the theory of proportionality of rights when deciding conflicts among them and conducted the test according to the ‘pattern’ of the Constitutional Court. It provided a brief explanation of the theory at the beginning of its argumentation:

‘The theory of proportionality is a respected theory applied by the assessment of collisions of two fundamental rights. The theory is applied also by the Constitutional Court of the Slovak Republic in its judgments (II. ÚS 326/2009, II. ÚS 152/2008 a IV. ÚS 107/2010). According to this theory, it is required to assess the degree (intensity) of the alleged infringement of the fundamental right to protection of personality in the context of freedom of speech and right to information. The test consists of the following steps: A/ test of a sufficiently legitimate end (suitability test), B/ test of necessity, C/ proportionality strictu sensu (in a narrow sense), C1/ practical concordance (preservation of maximum of both rights), C2/ Alexy’s weight formula’.

In the test the court highlighted the difference between private persons and public figures and stressed that ‘a journalist is not a lawyer’ and therefore he/she ‘does not have to provide absolutely conform information in a legal sense’. It also provided a metaphorical explanation of what the judge did:

‘When the court decides on the action, it cannot consider only the possible interference to the right to protection of personality. This right has to be put on weight against the right to freedom of speech and it has to be decided, which right should be given priority. It is necessary to take into account the fact that the alleged violation of the right to protection of personality was made via the exercise of another fundamental right – the right to freedom of speech.’

Court took the position that ‘Freedom of speech and expressing of one’s opinions does not have a character of a philosophical category, but as an institute of constitutional law at its application by courts to a concrete case it is subject to customary principles and rules of legal interpretation. The right to express opinions guaranteed by the Constitution is limited by the rights of others. If an opinion exceeds the limits which are generally acknowledged in a democratic society, it loses the character of a concrete statement and gets outside the scope of constitutional protection. Freedom of speech and criticism are limited in a democratic society. However, in case of an eligible (legitimate) criticism, the limits are not exceeded and the requirement of their proportionality is maintained.’ It is not hard to observe that this interpretation of proportionality differs significantly from those in newer cases mentioned below, as the conflict is viewed from the perspective of personal rights not as a neutral one, like the proportionality theory would require. However, despite such argumentation, the court upheld the right to freedom of speech in this case.

¹³ Verdict No. 1C/83/2010 from April 19, 2012, approved by the verdict No. 16Co/247/2012 from February 21, 2013.

The application which requested an excuse and also financial compensation was denied. The Regional Court confirmed the decision by simply agreeing with the arguments of the District Court, it did not provide an own analysis which would be more convincing¹⁴.

On the other side of the ‘barricade’ there are those decisions which mentioned proportionality but decided in favour of personal rights. From those included into the sample, only three judgments not only mentioned the test in some context but also carried out the test. Two of them were rulings of the Constitutional Court (both cases were handled by the 1st Senate). The third one was the decision of District Court Banská Bystrica, later approved by the Appellate Court in the same location¹⁵. Before looking at the latter case, a short evaluation regarding the other 16 decisions (as seen in Table 4) should be included.

In short, almost all these cases mentioned proportionality only as a marginal argument (usually as a ‘requirement’, not a ‘principle’, ‘test’ or ‘theory’) and only after stressing the limits of freedom of speech. The District Court Bratislava IV issued out a decision on a dispute between a legal person and the media which published some dubious information about the activities of the company¹⁶. The mention of the ‘requirement of proportionality’ in case of solving the conflict between freedom of speech and the right to good reputation of a legal person came here only after explaining that

‘freedom of speech is not absolute, it is limited according to the Article 10 Section 2 of the Convention and Article 26 Section 4 of the Slovak Constitution, through the right to protection of personality. [...] *Restricting the right to freedom of speech to uphold the right to good reputation of a legal person is not a violation of the Article 10 of the Convention*’ (italics M.S.).

Therefore, the court limited the scope of freedom of speech via the other right standing in the conflict which resulted in a *de facto* weakening of its next argument about the necessity to take proportionality into account.

However, the most ambiguous attitude towards the principle (test) of proportionality in the analyzed sample of decisions can be identified in the abovementioned decision of the Regional Court in Banská Bystrica, which served as appellate court to the decision in which the lower court carried out the test of proportionality (the result was in favour

¹⁴ What is more, it made a small but obvious mistake when it argued with the principle of *reliable balance* instead of *fair balance* when speaking about resolving conflicts of rights (in Slovak the words *spoľahlivý* and *spravodlivý* sound as quite similar).

¹⁵ Verdict Nr. 14C/131/2010 from February 29, 2012 and verdict of the Regional Court Nr. 15Co/144/2012 from March 27, 2013.

¹⁶ Verdict 12C/121/2007 from June 19, 2012.

of protection of personality). The court, although having approved the progress of the lower court, criticized the proportionality theory itself:

‘Regarding the application of the proportionality test, the appellate court adds that it is applied when two fundamental rights and freedoms conflict. This test deals with some kind of abstract adequacy which should be to some level just and proportional as much as possible. However, each science has its history and even though its thinking often changes, it always stems from its past and the past inspires it. The test of suitability (as part of the proportionality test) is misleading in its elementary form, because the pursued goal will always be a subjective matter, which will be a product of the legal and moral reality of that time. The test of necessity is totally unnecessary, because there are simply no more and better solutions available. The test of balancing is the worst part of the entire test, because balancing is generally based on the belief that rights have approximately the same value and is an important to show only various positives and negatives. Literature and respective case law leads a common man to gain an impression that it is a very delicate test, which is very complex and good. About each of its parts, long discussions are being held with very unclear conclusions. At the same time it should be noted that this test is nowhere normatively enshrined. The application of the test leads to redundant formalism.’

By the presented ‘dissenting opinion’ the judge himself used his right to freedom of speech, as this attitude goes contrary to the practice of both the ECHR and the Constitutional Court. In addition, the case that ‘produced’ this opinion was a dispute between an applicant (M. Truban) who is himself a judge, and the newspaper *Sme* which published some information about the free-time hunting activities of the judge (see the articles of T. Czwikovics (2013) for a more detailed description of the context). Moreover, the opinion is a textbook example of the abovementioned internal kind of criticism of the principle which it is usually responded by the fact, that although the balancing (in the ‘proportionality in a narrow sense’—part of the test) sometimes allows discretion, this is not to prove, that it lacks rationality (Barak 2013: 750). Finally, the judge did not offer any alternative how to deal with such difficult cases of conflicting rights. Without any methodology, however unclear and sometimes biased, the decision would rely entire on subjective attitudes and opinions of the judge, including his attitude to the issue of equality/non equality of fundamental rights – which is exactly what, is criticized in the dissenting opinion to the principle of proportionality.

To sum up, the justification through the principle of proportionality and, sometimes, the application of the proportionality test, is still only at the beginning in case law of Slovak general courts. There is a great difference between mentioning the principle (often interpreted only as a requirement in the judgments of Slovak court) and carrying out the test itself. This is not easy because of its complex theoretical background and without proper explanation it could even discourage some judges of the lower courts to

conduct it in a concrete case. As the statistical results showed, the mention of the principle rises the probability that the case is decided in favour of freedom of speech, although this result can be in the Slovak legal environment often reached without any mention of proportionality in the justification.

At first sight, the complexity of the test speaks for a proposal of Ján Drgonec (2013), who supports transferring the decision-making about cases of conflicts of freedom of speech and other fundamental right directly into the jurisdiction of appellate (regional) courts. However, a closer look points against such an initiative, as there are examples of decisions of district courts which are able to convincingly conduct the test (in the sample it was that of District Court in Veľký Krtíš), while on the other hand some higher courts not only do not conduct the test but directly oppose the whole theory (as the judge on Regional Court in Banská Bystrica). As usually, again the factor of individual judges, their professional background and competences including education in legal argumentation, may be of greater importance as the systemic level represented by the court's instance.

Conclusion: The consequence of the Janus-faced application of proportionality

In this paper I have conducted an empirical analysis of the application of the principle of proportionality by Slovak courts in cases concerning conflicts between freedom of speech and the protection of personality. My core theoretical argument rested in the appreciation of proportionality as the best, i.e. 'most sophisticated' (Klatt and Meister 2012: 167) available approach to find the 'fair balance' between rights in conflict¹⁷.

The empirical results indicate the occurrence of a 'Janus-faced' application of proportionality in the examined Slovak cases. Within judicial decisions which at least mentioned proportionality (these constituted a clear minority within the sample), on the one side there were those which applied it in accordance with the standards set by international judicial bodies¹⁸ and with respect to all of the components of the proportionality

¹⁷ Yet, proportionality is by far just a formal measure which should be 'solved' similarly as a mathematical equation. In its original understanding, it does not lack the moral dimension, as it is often interpreted by critics, though, as the results of newest research show, the prevalent interpretation in contemporary jurisprudence tends to implicitly support this view, when instead of recognizing the wider ethical underpinning of 'proportionality between means and ends', it fosters a more technical approach of 'proportionality as balancing' (Luterán 2014). This is just to demonstrate that the concept of proportionality as understood in legal sense and evolved gradually since the 19th century is only one of 'multiple proportionalities' (Huscroft, Miller and Webber 2014: 3), which together construct a far more complex and nuanced picture than what is possible to deal with in this text.

¹⁸ The key of these bodies for Slovakia is the ECHR. Still, the ECHR is neither immune from the criticism of the application of the principle, especially after the recent trend to grant a wider margin of appreciation

test, while on the other side several decisions either mentioned it with no signs of understanding what it means and how the judge should evaluate the case utilizing it, or, as a few examples showed, argued clearly against its application. Therefore, from this analysis, no clear approach to proportionality can be inferred regarding Slovak courts, though, as the example of the Constitutional Court shows, a prevalence of a positive standpoint towards proportionality can be observed on the highest judicial level. However, without a clear and more or less unified position towards proportionality, its impact on the outcome of judicial decision-making in Slovakia in cases dealing with political speech remains rather low.

References:

- ARAI-TAKAHASHI, Yutaka. Proportionality. In: SHELTON, Dinah [ed.]. *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*. Oxford: OUP, 2013, pp. 446–468.
- BABBIE, Earl. *The Practice of Social Research*. 12th Edition. Belmont: Wadsworth Publishing Company, 2012.
- BARAK, Aharon. *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- BARAK, Aharon. Proportionality (2). In: ROSENFELD, Michel and András Sajó [eds.]. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: OUP, 2013, pp. 738–755.
- CHRISTIE, George C. *Philosopher Kings? The Adjudication of Conflicting Human Rights and Social Values*. Oxford: OUP, 2011.
- COHEN-ELIYA, Moshe and Iddo PORAT. American balancing and German proportionality: The historical origins. In: *International Journal of Constitutional Law*, 2010, 8(2), pp. 263–286.
- COHEN-ELIYA, Moshe and Iddo PORAT. *Proportionality and Constitutional Culture*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- CZWITKOVICS, Tomáš. *Piatkové Sme musí zverejniť veľké ospravedlnenie* [online]. Mediálne.sk, 25.4.2013 [2013–06–01]. <<http://medialne.etrend.sk/tlac-spravy/piatkove-sme-muselo-zverejnit-velke-ospravedlnenie.html>>
- CZWITKOVICS, Tomáš. *Sme potiahne žalobu sudcu-polovníka na Najvyšší súd* [online]. In: Mediálne.sk, 27.4.2013 [2013–06–01]. <<http://medialne.etrend.sk/tlac-spravy/sme-potiahne-zalobu-sudcu-polovnika-na-najvyssi-sud.html>>
- DRGONEC, Ján. *Sloboda prejavu a sloboda po prejave*. Šamorín: Heuréka, 2013.
- DRGONEC, Ján. *Základné práva a slobody podľa Ústavy Slovenskej republiky: Zväzok 2*. Bratislava: Manz, 1999.

in freedom of speech cases and thus allowing more significant restrictions by domestic institutions (Miller 2009). It may be often true that when criticising proportionality on the European level, the critic is more likely to be dissatisfied with the disputable approach of the ECHR which is falsely attributed to the principle itself (McBride 1999: 35).

- HOLLÄNDER, Pavel. *Filosofie práva*. 2nd Extended Edition. Plzeň: Vydavatelství a nakladatelství Aleš Čeněk, 2012.
- HOLLÄNDER, Pavel. *Ústavněprávní argumentace: ohlédnutí po deseti letech Ústavního soudu*. Praha: Linde, 2003.
- HUSCROFT, Grant, MILLER, Bradley W. and Grégoire WEBBER. Introduction. In: HUSCROFT, Grant et al. [eds.]. *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 1–17.
- KHOSLA, Madhav. Proportionality: An assault on human rights?: A reply. In: *International Journal of Constitutional Law*, 2010, 8(2), pp. 298–306.
- KLATT, Matthias and Moritz MEISTER. *The Constitutional Structure of Proportionality*. Oxford: OUP, 2012.
- LUTERÁN, Martin. The Lost Meaning of Proportionality. In: HUSCROFT, Grant et al. [eds.]. *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 21–42.
- MALOVÁ, Darina and Max STEUER. Sloboda prejavu v Slovenskej republike. Analýza vybraných súdnych rozhodnutí. In: *Právnik*, 2014, 153(4), pp. 309–325.
- MCBRIDE, Jeremy. Proportionality and the European Convention on Human Rights. In: ELLIS, Evelyn [ed.]. *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*. Oxford: Hart Publishing, pp. 23–36.
- MILLAR, Gavin. Whither the Spirit of Lingens? In: *European Human Rights Law Review*, 2009, (3), pp. 277–288.
- ONDŘEJEK, Pavel. *Princip proporcionality a jeho role při interpretaci základních práv a svobod*. Praha: Leges, 2012.
- SCHLINK, Bernard. Proportionality (1). In: ROSENFELD, Michel and András Sajó [eds.]. *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: OUP, 2013, pp. 718–737.
- STEUER, Max. The role of the ECHR in Setting the Norms for Freedom of Speech: A Case Study of Slovakia. In: *From Human Wrongs to Human Rights: Challenges for Contemporary Human Rights Law*. Toruń: UMK, forthcoming.
- STEUER, Max. Country Specifics of a Universal Right? Freedom of Political Speech in the Slovak Republic. In: *Politikon: The IAPSS Journal of Political Science*, under review.
- TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An assault on human rights? In: *International Journal of Constitutional Law*, 2009, 7(3), pp. 468–493.
- TSAKYRAKIS, Stavros. Proportionality: An assault on human rights?: A rejoinder to Madhav Khosla. In: *International Journal of Constitutional Law*, 2010, 8(2), pp. 307–310.
- VAN EVERA, Stephen. *Guide to Methods for Students of Political Science*. Ithaca: Cornell University Press, 1997.
- ZUCCA, Lorenzo. *Constitutional Dilemmas. Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and the USA*. Oxford: OUP, 2007.

Modern standards of the freedom of speech – from Otto Preminger Institut to the era of social media

Introduction

The purpose of this presentation is to discuss the evolution of legal mechanisms regarding the protection of the freedom of speech. The time-frame of my analysis are assigned from the Otto Preminger Institut case examined by the European Court of Human Rights in 1994 until current era of social networks. The analysis will also focus on the influence of different factors of the current mechanisms of protecting freedom of speech, taking into consideration differences between certain States. This article should be also an attempt to answer the question about acceptable limitations to the freedom of speech and existence of the common standard of protection of this fundamental freedom.

1. The relations between law and morality:

The point of departure for this presentation can be a statement that every freedom is directly associated with certain responsibility. In connection with this statement, immediately appears the question about the borders of the liability of the author of certain communicate, or in other words about relations between law and morality. What are the connections between law and morality? In accordance with the first conception the law can be defined as acts which were promulgated as legally binding by competent State authorities in addition with appropriate beliefs and historic facts. In compliance with this theory the relations between law and morality are not essential (although possible) and moral standards don't have to influence legal norms. The second idea establishes the coincidence of the terms of law and morality. According to this theory, in the most fundamental issues, moral standards should be considered as binding. Consequently, legal regulations which stands contrary to those moral standards should be treated as void. Moreover, the intermediate sentence should be also considered. In accordance with this concept, represented by Robert Grochowski¹, in contentious matters law should refer to the moral standards. From one side legal norms and moral standards

¹ R. Grochowski, *Granice prawne i etyczne reklamy w ustawodawstwie krajowym i europejskim*, Poznań-Opole, p. 66.

differ in some valid aspects, like the origin, conditions of coming into force, sanctions for their infringement and source from which we got the information about their entering into force. Legal regulations come into force as the result of enactment by appropriate State authorities, while moral standards are usually created by the certain society. For the violation of legally binding norm there is a punishment imposed by the accurate State power and moreover this punishment is always specified in the penal code. Oppositely, for the infringement of moral standards there is another type of punishment – sanction usually levied by the members of particular community, often in the shape of condemnation. Furthermore legal norm has to be confirmed by containing it in the form of the bill, while particular moral standard are usually acknowledged by the fair justification in the opinion of the certain community. However the most crucial difference, is the fact that some legal norms may be disappointing in moral aspect. Morality is the certain method to express our attitude towards certain behaviour, while norms of legal system only require or prohibit certain actions. On the other hand, the crossing of the scopes of those two sets and as the result, the fact that the set of moral standards should be perceived as the object of the set of legal regulations. Between those two sets of norms occur two types of different connections: essential (based mainly on contents) and functional. This last mentioned type of relations relates to the common influence of both systems of values, with can be observed especially in various general clauses typical for our legal system. The coincidence of regulations contained in the legal and moral standards from one side consolidate the obedience for the legally binding regulations, while discrepancy between them leads to weakness of efficiency of both types of norms. The most vivid example of this last thesis emerges from the *case Otto Preminger Institut vs. Austria* from 20th of September 1994.

2. The remarks on the case: *Otto Preminger Institut vs. Austria*

The Otto Preminger Institut was a company promoting audiovisual media in Austria and was also running a cinema in the city of Innsbruck. In 1985 he announced 6 releases of the movie titled “Heavenly Council” which was an adaptation of the novel by Oscar Panizza. The Court of Munich judged the author as a guilty of crime against religion and as a result sentenced him for imprisonment. Consequently, the publication of the movie was prohibited in Germany, but it was still staged abroad. It portrays the God Father as old, seriously ill and helpless man, while the Jesus Christ is shown as mother’s boy with very low rate of intelligence. The most controversial is the image of Virgin Maria described as a Jezebel without any moral principles. Suddenly one day all the trio decides to punish humanity for immorality. They expect to persuade humans to regret

their sins and return for the path of salvation. However they cannot invent an appropriate sanction and as the result, ask Devil for help. He hit on the idea of the sexually transmitted disease which will be commonly infected between man and woman. Consecutively the Devil and Salome breed their daughter who will spread this disease between humanity. Moreover the movie can be characterized by large amount of scenes which present God as amendable, bowing down in front of the Devil, kissing him and calling him friend. In another scenes Maria allows to read some obscene stories in her presence seems fascinated with the Devil. Moreover educationally subnormal Jesus tries to kiss his Mother's breast without any objection from her side. Shortly speaking – God, Jesus and Maria are presented as the Devil's servants – glorifying and applauding him. Information about the projection of the aforesaid movie could be found in the Biuletin of the cinema and on the posters hanging in the different parts of the city, also in the neighborhood of the cinema. The Biuletin contained the information that children under 17 years old wouldn't be allowed to enter the séance. The local press had specified the title of the movie, date and place of its release, but without any further details connected with its contents. On the motion of diocese of Roman Catholic Church, the prosecutor's office had started the proceedings against director of the Institute. He was accused of the offense against religious feelings which is threaten with the imprisonment sanction in compliance with Austrian penal code. Consecutively the prosecutor raised a motion for seizure of the movie. In the same date the court decided that announced séances cannot be published. The court of second instance maintained this decision.

As a result, proceedings was started before European Court of Human Rights. In his application Otto Preminger claimed that seizure and forfeiture of his movie should be considered as violation of Article 10 of the Convention (freedom of speech). He also stated that the national regulations were interpreted in inappropriate way, without the necessity of protection the freedom of expression in the case of artists. In this case the European Court of Human Rights had to balance between two opposite values: freedom of speech (protected by article 10 of the Convention) and freedom of religion (protected in the Article 9 of the Convention). Initially the Court indicated that among European countries, we cannot talk about one concept of the place of religion in the society. Moreover, even in particular States such concepts can distinguish and as the result we cannot create one unanimous definition of acceptable intervention in the freedom of speech in the case when it is directed against religious feelings or beliefs. Consequently, the State authorities have some margin of appreciation to specify the necessity and grades of intervention. However this margin is not unlimited and is define by circumstances of every particular case. In this case decision about the seizure of the movie was justified by its contents which can be deemed as attack for the Christianity, especially for the Catholic

Church. Analyzed judgment specially underlined the role of Catholic religion in daily life of inhabitants of Tirol as confession of 87% of citizens of this region of Austria. Moreover, in this particular period of time existed the special necessity of protection the religious peace and maintaining the public order and safety. In accordance with the judgment from 20th of September 1994, the public authorities of Austria did not exceed the margin of appreciation. In assessment if certain action abused a freedom of speech, we must firstly take into consideration the group of addressees of certain communicate and their moral standards. From one side the applicant stated that he discharged his duties by staging the film only in his private cinema (available only for members who incurred special standing fee). However, the Court agreed that access to the séance was limited, it also underlined that movie was widely advertised. The local community exactly knew the contents of the movie and due to that intension of staging it should be treated as public speech. Moreover, only advertisement of the movie published in the local newspaper could infringe religious feelings².

3. General remarks on the margin of appreciation rule

The analyzed judgment was one of many examples in which the European Court of Human Rights referred to the principle of margin of appreciation which is believed to be one of the most fundamental interpretative principles of the Convention. In accordance with the vast majority of doctrine the content of the norm of Article 10 of the Convention has its origin in the European legal tradition, where the borders of the acceptable intervention are first of all defined by the Constitutional legislator. In the continental Europe system the principle is enjoyment of freedoms and rights guaranteed by the Constitution and all the limitations are rather treated as exception from the general rule. Further consequences are direct results of the principle of the separation of powers—the judicial power is appointed to construct the regulations protecting the freedom of speech in the process of practical use of law on the basis of general constitutional clauses. Such solution is treated as prevention from arbitrary decisions by judicial power which may lead to disorder of traditional balance before the State powers and inequality of use of law. The reflection of such postulates is the limitation clause from the Article 10 section 2 of the Convention which establishes the condition of the legitimated intervention in the freedom of speech – the requirements of legality, purposefulness and necessity. Those provisions are clasped with the doctrine of margin of appreciation which gives the member States some scope of freedom in using the Convention on the domestic level and which is also the key to understand the rules of Strasburg system. The rule

² R. Grochowski, *op. cit.*, p. 242-243.

of margin of appreciation is firstly justified by the subsidiary character of the obligation arising from the Convention in compliance with its articles 1 and 19³. In this frame the principle of the margin of appreciation ought to be understood as the accurate compromise between two unacceptable alternatives. The first of them would be direct use of the provisions of Convention to the facts of the certain case. On the other hand we have to remember that Convention is constructed on the general terms which can be interpreted in various ways.

We should also take into consideration the diversity between European States and different concepts of the role of human rights which are the reflection of cultural, economic and religious variety. Another opposite alternative would rely on limitation of the scope of the European Court control only to examination if the State authorities didn't act in the arbitrary way. This concept is associated with the danger of infrequency of the Court control. The provisions which constitute the limitation clause would become the model of so wide and general contours that it will easily question the sense of the functioning of the Strasbourg system. Both presented concepts are the derivatives of the wider conflict between the rule of universality and subsidiarity. On one hand the European Court needed to construct an effective tool which allow for the flexibility in the process of using the Convention for both: the State members obliged to obey the rules of Convention and the Court by itself. On the other hand, we ought to be aware that while creating the Convention, the States did not intend to establish the homogeneous and detailed legal system – so called “human rights code”. Their intention was rather to create the general standard of protection of the most crucial rights and freedoms. As the consequence the rule of margin of appreciation should be understood as golden mean between those two values. In accordance with the statement of P. Mahoney⁴ this principle is deemed to be natural and essential result of division of the competences between States- parties to the Convention and bodies of Strasbourg system. The margin of appreciation is traditionally defined as certain scope of freedom given to the State authorities after the establishment of certain controlled standard by the Court which is accurate to the circumstances of particular case. Simultaneously, it must be emphasized that in case of glaring, performed in bad faith violation of the provisions of the Convention, the respondent State cannot allege to the rule of margin of appreciation. The doctrine of margin of appreciation can be applied only in case if the violation can be qualified as performed in good faith. It is often recalled in reference with opposite general interest but imposing the disproportional burden upon the individual. Doctrine of margin of appreciation is often explained in accordance with

³ J. Skrzydło, *Wolność słowa w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych i Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Toruń 2013, p. 369 and the next

⁴ P. Mahoney, *Marvellous Richness of diversity of Invidious Cultural Relativism?*, Human Rights Journal, Vol. 19 (1998), p.2.

judicial self-restraint, which in compliance with the statement of J. Shokkenbroek⁵ means that in certain case the Court simply resigns from exercising its competences guaranteed by the Convention.

In reference to P. Mahoney⁶, we can indicate three alternative modes of identifying the sense of margin of appreciation doctrine. First of all it may be understood as allowance for so called judicial opportunism. This rule is sometimes described as a curtain which allows the Court to avoid the liability for judging cases deemed as difficult or politically sensitive. As the consequence of the first alternative, the margin of appreciation can directly lead to the denial of justice, especially from the position of applicant. Such hypothesis is unacceptable from the perspective of the good faith of the Court's judges, but on the other hand it may be treated as the proof of resignation of the Court in certain matters. In the accordance with the third possibility, the margin of appreciation is part of Strasbourg System *acquis* and fully acceptable interpretative doctrine which can bring benefits rather than creating dilemmas under the condition of its reasonable using.

Referring to the margin of appreciation, R. St. J. Macdonald⁷ noticed that invocation on this doctrine is practically possible in two different cases. The first one should be treated as the conscious resignation from exercising its competences in the circumstances of particular case while the second means that in certain matter there was simply no violation of any right guaranteed by the Convention. Moreover P. Mahoney⁸ indicated criteria which justify the invocation for the rule of margin of appreciation in accordance with the judicial practice of the Strasbourg Court:

- The existence of common standard in certain matter. Such standard should be accepted at least by the vast majority of parties to the Convention.
- Nature of the protected freedom (right)
- Literal resonance of the regulation – the more detailed the regulation is the less is the scope of the margin of appreciation. Due to the fact that freedom of speech is provided with the limitation clause, the requirement “necessary in the democratic society” would allow for some range of flexibility.
- Nature of the purpose which justified the intervention. The judgment is done from the perspective of democratic society.
- Associating circumstances – the wider the situation diverges from normality, the wider is margin of appreciation.

⁵ J. Shokkenbroek, *The basis Nature and Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Case Law of the European Convention of Human Rights*, Human Rights Law Journal, Vol. 19 (1998), p. 31.

⁶ P. Mahoney, *op. cit.*, p. 1-2.

⁷ R. St. J. Macdonald, *the Margin of Appreciation*, New York 2001, p. 85

⁸ P. Mahoney, *op. cit.*

Moreover, some specific features connected the use of margin of appreciation doctrine. First of all, if the intervention is legitimated, the State has quite a large scope to choose sanctions which should be levied on. On the other hand in accordance with judicial practice of the European Court of Human Rights the imposing penal sanctions upon the authors of political speeches is rather unacceptable (*Castells v. Spain*). What is more, the freedom sanctions for abusing the acceptable borders of the freedom of speech usually stay contrary to the spirit of Convention (*Cumpana and Mazare v. Romania*). This margin becomes even more narrow when the intervention touches the essence of certain right or freedom. The scope of margin strictly depends on the subject of certain speech. The biggest range of protection is dedicated to the political debate in order to ensure the variety of ideas and pluralism. Wider margin of appreciation is usually used in the cases connected criticism of the judicial power. Even wider margin is guaranteed in commercial speeches or contents qualified as profanity. This last issue is undoubtedly connected with the lack of one European concept of morality and its coincidence with the doctrine of margin of appreciation. However, it should be underlined that judicial practice is not unanimous in this case: the summoned judgment of Otto Preminger Institut can be example of such coincidence, however in case *Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland* the Court created its own standard of morality.

4. The theory of two tiers as the common American standard

Different standards of protection of the freedom of expression are established by the Supreme Court of United States mainly based on the First Amendment to the Constitution from 1791. The content of aforesaid amendment is very limited – it only contains addressed to the Congress prohibition of enacting legislations which limits guaranteed rights or freedoms. The content of the amendment doesn't specify any suggestions connected with the shape of acceptable intervention. As the result, we should pose question about the acceptance of any limitations regarding the freedom of speech as well as their scope. In accordance with the statement of H. Black⁹ on the field of freedom of speech we cannot balance any opposite values due to the fact that it was already provided by the legislator who, in Black's opinion, doesn't predict any kind of limitations. However, this interpretation seems rather secluded, which does not solve the issue of potential intervention in the freedom of speech. At the initial stage when the First Amendment entered into force its content was interpreted strictly as the prohibition of prior restraint and licensing or censorship of the press. Such opinion was dominated until the beginning

⁹ The dissent opinion of Judge Black in the case of *Konigsberg v. State Bar of California*, 366 U.S. 36. (1961).

of XXth century which is visible in the judgment of the case *Patterson versus Colorado* from 1907 in which the one of the judges – O. W. Holmes stated: “The main purpose of regulations such as the First Amendment to the Constitution is to refrain the public authorities from imposing the prior orders on the publications which is the common custom for many foreign governments. Whereas it is not their role to protect the author of the certain speech from the liability when this is the requirement of the public interest”. This statement often called the concept of present and clear danger breaches the previous method of interpretation, establishing that the general prohibition of intervention includes the cases of prior and post restrain. The role of judicial power was to formulate the criteria determining the acceptable intervention in the light of First Amendment. It must be noticed that even in the conditions of the most democratic and most liberal society some limitations are simply required with the addition to the statement of judge Holmes: “even the strongest protection of the freedom of speech won’t protect the perpetrator who raised the alarm in crowded theatre using the word: «fire»¹⁰. It is crucial if the words were used in such circumstances and were of such nature that they could cause obvious and close threat which should be prevented by the Congress”. However, on the basis the justification of the judges from early years of XXth we cannot draw up the axiological base of the solution that wider range of the Constitutional protection of freedom of speech results in necessity of establishment of certain and précised criteria of the intervention in public interest. The lack of précised suggestions resulted in the necessity of balancing between two contentious values to prejudge what types of speeches deserve the Constitutional protection. In other words, the Supreme Court was obliged to construct the limitation clause. In accordance with the opinion of judge F. Murphy it should be indicated that exist certain précised and exclusively enumerated classes of speeches which prevention and punishment did not generate any Constitutional problem”. To such category should be qualified words commonly thought as obscene, profane, defaming, offensive or causing the immediate threat to the public peace and safety. Such solution is judged in the light of axiological justification of the First Amendment to the Constitution. In the next years the Constitutional protection was refused to the speeches of defaming, obscene character and moreover speeches relying on public defamation of the racial group, misleading, inciting to the violence or provoking the hostile reaction among the public and direct threat of civil unrest. From the doctrinal point of view the standards of protection the freedom of speech in American system can be presented as the theory of two tiers. Depending on the subject of certain speech, we should identify high or low grade of its protection. The high value speech which is considered as constitutional principle, the possible intervention in the speech is judged as the content-based

¹⁰ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

restriction with all its consequences, especially those connected with the burden of proof. In the case of speeches which value is judged as low, the level of protection significantly decreases (sometimes it equals zero) and the public authorities have definitely wider freedom, nevertheless that legislative activity is directly related to the content of the speech. In accordance with C. Sunstein¹¹ the theory of two tiers of constitutional protection of the freedom of speech should be treated as the essential part of effectively functioning system of protection of the freedom of speech. It is based on the hypothesis that it cannot exist legal system where the equal guarantee of protection would be given to the speech in the political debate and for example child pornography or defamatory speeches. Resignation from creation the model of various treatment of aforementioned type of speeches and their equal evaluation in the light of Constitutional can lead to the one of two unacceptable alternatives. The first of them simply means that in the process of constitutional control of each legal regulation influencing the use of freedom of speech, restrictive controlling test would have to be replaced by the milder standard in case of both: high value speech and low value speech. As the consequence, the public authorities would obtain a possibility to intervene in the essence of the freedom of speech, for example in the case of public debate and proving the legality of such intervention would be much easier. On the other hand the growth of the standard of protection without reference to the subject of the speech and its social value would lead to the situation when we should use the test characteristic for high value speech also to the second category of low value speeches. The public authorities would not have the legal tool to intervene in cases of infringement the public interest. The separation of so called core of speech depending on its subject, allows for distinguishing of the standards and what is more, strengthen the guarantees of the freedom of speech in the shape of autonomy of individual which should be protected from the intervention of State powers. The principle of the autonomy of individual which is not complemented by the theory of two tiers is simply disappointing while trying to answer the question why some methods of realization of such autonomy could not be acceptable in the democratic society. In the opinion of C. Sunstein¹² the combination of the principle of autonomy of individual with the model of two tiers of protection of freedom of speech allows to avoid this kind of dilemma. Such considerations should be complemented with three further remarks. First of all rating some categories of the speeches to the low value speech does not mean that the level of protection in every circumstances is “equally” low. We should distinguish speeches which only don’t contribute to the interest of democratic society (for example commercial speeches) and speeches which value can be qualified as negative (such as criminal offences). Secondly,

¹¹ C.R. Sunstein, *The Partial Constitution*, Cambridge-London 1993, p. 233-235.

¹² C.R. Sunstein, *op. cit.*

the exclusion or limitation of the protection practically does not mean that the public authorities have entirely free hand in interfacing the freedom of speech. In accordance with the judgment of the case *R.A.V. v. City of Saint Paul*, some categories of the speeches can be generally prohibited on the base of one of their feature (for example defamatory character), but at the same time we cannot simultaneously imply any kind of discrimination to the process of enacting the law (so called viewpoint discrimination). Thirdly, it should be emphasized that the catalogue of low value speeches has enumerative character. What is more, in such cases the Supreme Court usually implies the legal fiction that those kind of speeches were already excluded from the Constitutional protection (or at least had the limited range at the time of enacting the first amendment. The justification of such mentality can be explicable with the role of Supreme Court in American judicial system which expressly separates the competences of legislative and judicial power. While excluding some categories of speeches from the constitutional protection, the Supreme Court does not complement the content of the regulation, but discovers the original content of the First Amendment. Such concept has significant practical consequences as the legislative power is not entitled to establish the new exclusion which was expressly confirmed in the judgment of the case *United States versus Alvarez*. The American judicial practice is based on the statement that benefits arising from limitations levied on the public authorities prevail over social costs connected with such limitations. This evaluation cannot be voluntarily changed by the legislator and modified only in accordance with the statement that this specific kind of speech does not deserve Constitutional guarantees. The Constitution cannot be treated as the document which constructing the borders of the activities which are classified as legal for the public authorities, at the same time constitutes the blank permission for resignation from those principles when the State power finds it necessary or convenient. Due to that balancing ad hoc the contentious values in the light of First Amendment should be classified as unacceptable with the principles of the Constitution. Analyzing the details of the Constitutional standard of high value speeches, it should be stated that legislative content-based restriction is unacceptable in compliance with Constitutional provisions. Such regulation could be only defended in case of joint fulfillment of two conditions of strict scrutiny test: 1). such legislation must be necessary to serve a compelling state interest and 2). it ought to use narrowly drawn to achieve that end. Moreover narrowly drawn should be defined as such which from few possible alternatives are the less restrictive while the prohibition contained in the legislation is constituted in the most narrow possible way. In this context the most controversial are associated with the definition of the term “content of the speech”. In reference to the case of *Police Dept. of City of Chicago v. Mosley* it can be read that the State authorities have no power to limit

the freedom of speech due to its dispatch, ideas which it contains, its subject or content. The scope of the terms used by the Supreme Court cover in significant part, but the meaning of the term: “content” is the widest and includes three aforementioned. In the American judicial practice the term limitation of the certain freedom is usually understood as direct activity of the State authorities towards the author of the speech relying on implementation of the penal, administrative or civil sanctions and the reaction of State usually follows after introducing certain speech to the public area. However sometimes, the public authorities intervene in the speech before its dispersion, punishing the infringement of prohibition of certain types of speech (prior restraint). But, generally speaking there can be other forms of intervention in the Constitutionally protected freedom of speech. One of the examples arises from the case *Simon & Schuster, Inc. v. Members of N.Y. State Crime Victims Bd.* Among the legislative intervention in the freedom of speech contrary to the First Amendment can be distinguished two types of interface. In case when the legislation generally prohibits speeches for certain subject, it should be classified as subject matter restriction. The second type of infringement is the situation when particular regulation is working selectively, prohibiting the expression of only of certain ideas or believes on the concrete subject, simultaneously allowing for introducing other types of ideas or believes on the same topic. This kind of situation is described as viewpoint discrimination. This last shape of infringement is described as qualified form of infringement due to the fact that apart from violation of constitutional standard of protection of the freedom of expression, it’s additionally violates the prohibition of discrimination. On the other hand in accordance with the hypothesis stated by I. Hare the classical shape of content-base restriction practically can cause a very similar effect to its qualified form. It can be especially visible in cases where the public opinion has unanimous idea on certain matter. The entire prohibition of public discussion wouldn’t be equally harmful for both parties to the potential debate because the supporter of the dominating view could not be interested in organizing such a debate. It confirms the thesis that regulation which intervene in the content of the speech always has adverse impact on the level of public debate and the lack of easily identified discriminative ingredient does not automatically mean that it will be easier to overthrow the presumption of incomppliance with the Constitution of the certain provision.

5. The Islamic model of protection as the alternative to the Western concept

Abovementioned considerations were dedicated to the comparison of the models of protection the freedom of speech existing in continental Europe and United States

of America. Although those two models evince many crucial differences, it should be indicated that they base on similar international agreements such as Universal Declaration of Human Rights and derive from similar philosophical heritage, mainly on the thesis of époque of Enlightenment. This heritage is the ground for the values of Muslim or Islamic civilization. Moreover they often allege the Western Civilization to levy upon them the Conventions drafted by their lawyers without respect to the Islamic culture or tradition. In accordance with the Preamble to the Islamic Declaration: “we community of Muslims believe that the God is the absolute ruler in this life; that it is He alone who is able to guide mankind to that wherein is their good and well-being we assent that human rights is incapable of establishing the most correct plan for life, independently of God’s guidance and revelation. We, the Community of Muslims proclaim in the name of the Islam this Declaration of the Rights of Man, derived from the noble Koran and the pure Sunna of the Prophet. On this basis, they are eternal rights, not capable of being suppressed nor rectified, nor abrogated nor suspended. These are rights laid down by the Creator, praised by He, and no single human being, whoever he be, has the right to suspend them nor to infringe upon them”¹³. The differences seem quite clear after cursory analysis of the legal regulations. While UN Universal Declaration as general western concept on human rights is the secular document of human origin based on pragmatic experience and possible to be changed through the specific legal procedure and it is aimed to achieve material purposes. On the other hand, the Islamic Declaration is, according to its authors, religious document of divine origin based on revelation, which cannot be changed. Its purposes are very similar to the goals of Universal Declaration but with the religious background. These differences are irreconcilable and it is unnecessary to reconcile them. The representatives of the Islamic doctrine underline the fact that religion ought to be used for the respect of human dignity and not against it in accordance with the Koran which says: “Truly God is not iniquitous to the people, but people are iniquitous to themselves”.

In reference to the practical side of protection the freedom of expression in the Islamic reality, it should be recalled the case of the novel titled *Satanic Verses*. It started the stormy debate when, on 14th of February 1989, Imam Khomeiny issued a fatwa ordaining a death penalty on its author- Salman Rushdie. In response, the Director General of UNESCO- Federico Mayor issued a declaration calling for guarantee of the freedom of expression and rejecting all appeals to violence however much offence is caused in the exercise the freedom of expression. The Swiss national Commission for UNESCO expressed the opinion that the international diffusion of the *Satanic Verses* would be one of the most effective responses to the attack of Khomeiny on elementary human rights.

¹³ W. Schmale, *Human Rights and Cultural Diversity*, Goldbach 1993, p. 242.

The publication of this controversial book had taken its toll as the murder of the Japanese translator of the book Hitoshi Igarashi, the assault with the knife on the Italian translator Ettore Capriolo and planting bombs in the objects of some publication offices. From one perspective we must emphasize that such activities are obvious violations of the human rights and of penal code of every civilized country as the Fatwa of Imam Khomeiny. On the other hand we should ask a question about sanction of withdrawing such publication from the market which was applied in the previously analyzed case *Otto Preminger Institut versus Austria*. This is the proof of the use of distinguished standards in the European regional system (represented by the European Court of Human Rights with its doctrine of margin of appreciation) and by general system created by the bodies of United Nations Organization. “Occult forces constantly seek to discredit the Arab and Islamic world for evident reasons. They used this book for their purposes. Whatever be the intention behind its publication, nobody could have failed to realize that it had to provoke a stormy reaction. If such restrictions were not foreseeable, the fact that they subsequently occurred should have been a sufficient reason to withdraw the book from the market”. This vivid statement by Sami A. Aldeeb Abu-Sahlieh¹⁴ strengthened by the view that freedom of expression in the Western level is applied selectively giving the example of the book “the Protocols of the elders in Zion” from one side can be a proof that it is always easier to unify the standards at the regional level. On the other hand imposing upon Muslim world certain standards which from their point of view can be considered as Western should result in giving them the same range of protection. Of course this protection should lead to levying the sanctions specified in Fatwa, but using the same set of remedies which prevent from further violations. Another specific feature which distinguishes is the axiological base for protecting the freedom of expression. As previously stated the idea of Islamic model of human rights protection is derived from the religious sources which can lead to the situations which cannot be understood from the European perspective.

6. Role of social media

The best example can become the Džihad campaign on Facebook. It may be treated as a paradox when we refer to Samuel Huntington and his post Cold War vision of the world. He described the present reality as the clash of two civilizations- Islamic representing the Middle Ages mentality and Western which more or less covers with the definition of contemporary values. However some of the ingredients of his theory

¹⁴ Sam A. Aldeeb Abu Sahlieh, *Muslims and Human Rights. Challenges and perspectives* [in]: W. Schmale, *Human Rights and Cultural Diversity*, op. cit., p. 247.

came true, he did not predict the mixture of two civilization which is the consequence of the fact that the most radical Islamic sections are promoted by the use of the most modern technologies, including social networks created by the Western world. Social networks are not only the widely used and the most convenient source of information which effectiveness we could see on the example of the crowd in Afghan city Mazar-e Sharif who killed the worker of the United Nations Organization due to previous combustion of Koran in Florida. What is even more threatening, Facebook is also the arena of spreading many political views which sometimes stay contrary to the standards adopted by the “civilized nations”. To support this statement it is sufficient to recall the website The Third Palestinian Intifada which officially preaches that “day of the Last Judgment will come only if Muslims are killed all the Jewish people”. Even more petrifying fact is that before the website was finally removed it became the favourite vitrine of over 350.000 people¹⁵. On the other hand we have to remember that the influence of social network is often valuable in realization of the axiological base of the Western world, such as theory of democracy and theory of marketplace of ideas. While the postulates of the theory of democracy are quite obvious, the theory of marketplace of the ideas states the natural regulator the various human activities is the market and the public authorities should not react unless there is serious threat to the human life or safety of the State. According to the Syrian revolution “the social media offers a medium to obtain international sympathy and supporting for this cause. Propaganda, one of the rebel’s greatest tools is made easier and more efficient by technology. Furthermore, recruiting new insurgents traditionally one of the more difficult tasks of insurgency is made easier due to social media”. This is the main reason which does not allow as to overvalue the impact of social media on current political reality.

To summary this essay, it should be emphasized that different world regions are characterized by various level of protection the freedom of speech arising from cultural, political and axiological differences. While analyzing the American system, it ought to be repeated that interventions are treated as the narrow exceptions from the general principle. Consequently, for example the lie included in historic publication is usually guaranteed the equal protection as every academic publication, while in European system is treated as pretext to intervention in accordance with article 10 and 17 of the Convention. In American system “the acceptance of the penal sanction for the hate speech is perceived as the faith in omnipotence of the State power and the lack of faith in human ability to reject the beliefs based on racism”¹⁶. Furthermore, we ought to be aware that

¹⁵ <http://swiat.newsweek.pl/dzihad-na-facebooku,76103,1,1.html> (access from: 15.11.2014 r.)

¹⁶ J. Cooper, A.M. Williams, *Hate Speech Holocaust Denial and International Human Rights Law*, EHRLR no. 6 from 1999, p. 597.

the phenomenon of globalization can cause the interpenetration of the certain standards, additionally supported by the impact of social media. In accordance with the statement of Wael Gnohim “if you want to liberate people, give them Internet”. Using this precious idea, we should remember that “the liberty of certain individual always ends in the place where the liberty of other begins”. The Internet is doubled-edged weapon which depending on the knight, can be used to both: protect or violate the freedom of expression.

Rozdział III

Prawa dziecka

Effects of Non-Recognition of Children as Citizens and of Exclusion from the International System upon their Human Rights

1. Introduction

Even though international affairs limits citizens' participation in its formulation, it has developed a human rights doctrine that recognizes civil and political rights to the common citizen. International human rights legislation, developed since the adoption of the Universal Declaration of Human Rights in 1948, protects individual citizens. An incipient "recognition of democratic rights" has emerged in the international system. The debate on democratizing the international system extends also to other aspects, such as democratizing the UN Security Council, establishing an elected UN assembly or providing real powers to the democratically-elected European Parliament. However, children rights and their participation in the international system have only marginally been recognized as part of this debate, even though it has a profound impact upon their welfare. A system of international children rights institutions that includes conventions and international organs has been established since 1989, but it lacks efficiency in terms of enforcement.

As the most vulnerable sector of the world population, children suffer the impact of international policy decisions in a very direct manner. Despite the effect of the foreign policies of states upon their welfare, children are not afforded any voice in their formulation. There is an inherent contradiction between democratic politics and the denial of voice or participation to this sector. Thus, the question to formulate is to what extent does the marginalization of children from international policy formulation aggravates their human rights and democratic participation.

The problem is associated to internal issues such as the lack of recognition of children civil and political rights in most states and the consequent reluctance of governments to recognize and implement these rights internationally. This reluctance to recognize civil rights to children, to afford them a voice in public decisions that might affect them and to guarantee them legal personality are based on arguments such as their "immaturity" (UNICEF, 2002b:3), "lack of understanding" of politics, and the danger of challenging the "authority" of institutions, such as the family (Flekkoy, 1991:50).

There is no denying that children need guidance and that their levels of maturity do not always allow them to make appropriate decisions. But even if this is recognized there is no ethical justification for denying them a voice or some kind of participation as citizens entitled to human rights that would allow them articulating their needs.

Despite the fact that the lack of enforcement of children rights can be a potential threat to international peace, the international community has not responded adequately to the issue. Overall human rights violations have been identified as “precursor events to violent conflicts and military hostilities” (Jongman, 2001). Simultaneously “...gross human rights violations and large-scale humanitarian emergencies are a consequence of armed conflict.” (Jongman, 2001). Despite UNICEF’s call for children’s neutralization, they are still the largest victims of civil and international conflicts (Ressler, et al.:51-52). As millions of young people are being exposed to systematic and massive human rights violations, the potential for future conflict is being increased exponentially.

Table 1. Children affected by war 1986-1996 (UNICEF’s State of the World’s Children 1996)

Killed	2 million
Disabled	4.5 million
Left homeless	12 million
Orphaned	1 million
Psychologically traumatized	10 million

Children rights have been codified only recently in international agreements, even though ethical considerations would dictate that, taking into account their vulnerability, they should be given priority in international human rights legislation. (United Nations, 1990:3) The Convention on the Rights of the Child, the first major international convention on children rights, was only adopted in 1989.

Progress in solving children rights issues cannot be sustained as long as they are not given a voice in the decisions that affect them. The conceptual transformation involved in such a significant reform would confront resistance from a large sector of public opinion. However, a similar situation presented itself when women’s rights and the abolition of slavery were initially proposed.

Some states have taken the initiative in addressing children issues. Sweden, Denmark, Netherlands, Norway and Finland have adopted most international conventions protecting children and have legislated internally to protect children from any type of domestic abuse (Flekkoy, 1991:196-205). These states rank the high in children participation. Internationally, UNICEF has emerged as the main advocate for protecting children rights. Greater enforcement could strengthen the international children rights institutions

and would turn these into an international policy priority. Otherwise, the current situation of large-scale abuses against children rights will constitute a continuing threat to international peace.

2. Democratic and Human Rights Theory

If children continue to be excluded from political decisions and from civil participation, then the likelihood of strengthening the international protection of their rights will diminish. Contemporary democratic and human rights theory has progressively evolved to recognize human rights and equality of increasing sectors of the population. However, recognition of children rights is still limited. As an integral and essential sector of humankind it is ethically unacceptable to exclude children from some type of civic participation.

The resulting contradiction is that democratic and human rights theories have thus far being unable to provide children a legitimacy that could justify their participation, which is the only guarantee against their second-class status as citizens. In a majority of states children are denied equality before the law, full legal personality, recognition as first class-citizens, and political rights¹. The political and civil status resulting from this discontinuity necessarily generates subtle discrimination. As children have no institutional channels to articulate their concerns these are not taken into consideration by the political elites in policy formulation. As children are not given the possibility of expressing their concerns through any institutions or tribunals the possibilities of protecting their human rights are diminished.

Recognizing full political rights to children is universally recognized as unworkable; children, particularly the youngest, cannot acquire an understanding of politics. However, some kind of participation or voice in public and civic life potentially advances their rights and increases the possibility that their interests be taken into consideration by the political elites (Beetham, 1985:103).

This argument is based upon certain theoretical principles:

- 1) Children rights will only be respected when they are given a voice. Political systems, including “liberal democratic”, have the tendency to ignore those sectors that do not organize themselves or protect their rights (Cot, et.al, 1985:238), 2) A “democratic” system can only be legitimate and fully developed when it includes every sector of society. If democracy is a system of government that is defined by participation in

¹ In a majority of countries children are neither recognized a right to present a case in the justice system nor any type of participation in political processes.

public affairs, it cannot claim to be a developed system as long as it excludes a large sector of the population.

- 2) The exclusion of children creates an inherent contradiction within the democratic system.
- 3) Mobilization by NGOs and Inter-Governmental Organizations (IGOs) is necessary for advancing children rights. NGOs and IGOs are quintessential to the development of contemporary international democracy, as they amplify citizens' participation as well as small and medium states' participation in international affairs. (Seara, 1995:412-414) Their work in advancing human rights has contributed to democratize political systems as well as the international system. NGOs generate international pressure in favor of citizens both within internal political systems and in the international system; thereby democratizing political systems and becoming an integral part of international democracy itself.
- 4) Greater attention to children issues will strengthen world peace. Violence and abuse against children manifests itself in further violence in society. (Jongman, 2001)
- 5) From an ethical standpoint, children ought to become the priority in every society and in the international system. (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2003c:2) Lack of voice for children in public and international affairs aggravates abuse, discrimination, exclusion and specific problems like abduction, abandonment, enslavement, and military recruitment as public opinion is unaware of the dimension of the crisis and does not pressure the political elites to solve this issue.
- 6) As the most vulnerable sector of society, children are entitled to special protections both nationally and internationally².

Some international conventions recognize certain rights to children but not all states have legislated to follow through on these international compromises. While the universal character of rights and freedom is recognized³, there is a *de facto* exclusion of children from claiming some of these rights. Children confront limitations to their freedom and equality even in the most civically liberal states as their civil rights are only partially recognized and their political rights are non-existent.

While the international community recognizes the universal character of rights and freedoms, children are never guaranteed all the rights and freedoms set forth in international conventions⁴. It is universally assumed that, in their case, human rights recognition is limited. Children's life, liberty and security are the most precarious, even though

² Both the Declaration on the Rights of the Child (1959) and the Convention on the Rights of the Child (1989) make reference to the significance of providing special protection to children.

³ See Universal Declaration on Human Rights.

⁴ The Universal Declaration on Human Rights states that "Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind".

international conventions recognize these rights to every human being equally (Bellamy, 1999:1-3)⁵. As an example, only forty states (e.g. Sweden, Finland) have prohibited corporal punishment of children. The majority of states has not legislated against it despite the fact that torture or cruel, inhuman or degrading treatment are prohibited by international conventions⁶.

In its article 6 the Universal Declaration of Human Rights recognizes the universality of rights. However, children are denied full legal personality in a majority of states, contradicting the right of equal recognition before the law to all human beings⁷. No state enforces complete equality before the law for their children citizens. Children are the only citizens whose equality, while theoretically proclaimed through international conventions is universally unenforced, even by those states that are more advanced implementing civil rights. The right to an effective remedy by competent tribunals and to fair and public hearings is not recognized to children or is severely limited in most states⁸.

The international community accepted at least a moral commitment to these principles when it drafted and ratified the Universal Declaration of Human Rights and a legal commitment when its members signed other international human rights conventions such as the International Covenant on Civil and Political Rights. Nowhere in these instruments are children explicitly or implicitly excluded from exercising these rights. While the Convention on the Rights of the Child makes a significant contribution towards the recognition of children rights, it falls short on a few issues and does not go as far as recognizing full civil equality for children. The Convention on the Rights of the Child does not recognize the right of children to resort to the judicial system in order to obtain reparations for any grievance suffered. Denial of this right effectively prevents them from acquiring full citizens' rights and recognition as legal persons.

Human rights are universally recognized by state actors which are signatories to different international instruments. Albeit there are still different interpretations about human rights there is no questioning about their validity. The abolition of slavery, factory legislation, popular education, trade unionism, and women's rights provide evidence of how the concept of human rights has taken roots and become universally accepted (Claude, 1989:15). The prohibition of torture, slavery, genocide, and state terrorism, the multiple conventions that have been negotiated and signed, including the Charter of the United Nations with its commitment to human rights, and the international institutions that have been

⁵ Article 3 of the Universal Declaration states that "Everyone has the right to life, liberty and security of person."

⁶ See Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment. The Preamble of this Convention states that no one is to be subjected to torture.

⁷ Article 7 of the Universal Declaration of Human Rights.

⁸ These rights are recognized by articles 8 and 10 of the Universal Declaration of Human Rights.

established to protect human rights, such as the UN Human Rights Council or the Council of Europe, all point towards this universal acceptance of the idea of human rights.

However, children rights have been promoted only since the late 1980s. Even though most states signed the 1989 Convention on the Rights of the Child, many have neither legislated internally to adapt their laws to the Convention nor implemented its clauses. Human rights theory recognizes that human rights are not subjected to spatial or time considerations (Peces-Barba, 1993:17). Universalist theories recognize that they are inherent to every human being. They are accepted as part of human nature. Despite the widespread acceptance of this doctrine children are unjustifiably excluded from exercising certain rights, their rights partially recognized and marginally enforced. The result is a human rights situation inconsistent with proclaimed democratic and human rights theory.

3. The Impact of Politics upon Children

The recognition of children rights has been slow and difficult despite the imperative to tackle their particular needs. The concept of democracy as a government by citizens has evolved slowly and has not been fully developed. No state, however democratic, guarantees absolute equality or participation to all its citizens. Not all groups can influence politicians equally⁹. Within democratic systems attention is also given to groups which, because of their electoral weight, can alter the results of elections. Political elites and political parties, interested mainly in power and re-election, respond mostly to these influences. (Duverger, 1981:153)

Overwhelmingly, they tend to ignore children issues. They seldom address these issues. Almost no political party places children issues as a priority in its program. No government in history has ever claimed legitimacy based on the issue of the defense of children rights. Parties have presented themselves as defenders of the working class, of women's equality of the environment, of other groups or of ideals like liberty, ecology, peace or equality. But no party has ever presented itself as primarily a defender of children.

A majority of countries does not recognize political rights to minors. Only a few states, including Nicaragua, Austria, Argentina and some British dependencies have recognized political rights for citizens aged 16-17 (Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. 1988:12). In Nicaragua, the first state to recognize political rights to 16-17 year-old citizens, this sector had a significant role in the overthrow of dictator Anastasio

⁹ For an explanation of oligarchic power over political parties and systems see Duverger, M. 1981. "La oligarquía de la dirección," in Blondel, J. et al. 1981. *El Gobierno: Estudios comparados*. Alianza Universidad, Madrid.

Somoza in 1979. Citizens this age potentially have an interest and understanding of politics as developed as 18 year-olds. This lack of recognition of political rights is one of the reasons why children rights are so overwhelmingly ignored. This sector of the population is denied a voice in all the decisions that affect it. Arguments are presented that children are neither mature nor prepared to take on certain responsibilities (UNICEF, 2002b:3). There is no denial that children need education and orientation and that their maturity levels are not elevated. At very young ages they would not be able to understand politics. However, some policies could potentially facilitate greater attention to children rights. Recognizing political rights to 16-17 year old citizens is one such policy. Establishing a children's ombudsman could be another policy that would focus greater attention to children rights from the political elite. If the children's ombudsman can articulate the concerns of children and protect their rights, then establishing such an institution would represent a significant step towards solving the invisibility of children rights. There is no ethical justification not to give children, at least 16-17 year-old ones, even a voice in the political decisions that affect them or to provide them an institutional means that allows them to denounce violations of their rights.

Recognizing their voice in national and international affairs is of particular importance given their social, economic, political and familiar vulnerability. (United Nations, 1990:1) Their status is one of the most urgent ethical problems faced by the international community as children are the main victims of wars and massive human rights violations. Despite this international emergency, children rights have not been urgently addressed. The fact that the International Convention on the Rights of the Child was drafted after all the main UN human rights conventions reflects how low children rights rank in the multilateral diplomatic priorities.

There certainly are some institutions that have promoted children rights. The main ones are the United Nations Children Fund (UNICEF), the Global Movement for Children and the UN Committee on the Rights of the Child. The recognition of their rights has certainly made some advances. (UNICEF, 2001a:1-30) But this recognition is still partial. On most children rights issues results are largely unaccomplished. International politics, upon which children have no influence, also has an impact on their rights.

4. Absence of Political Rights

Lack of Voice and Representation

Neither political systems nor the international human rights system recognize political rights to children. The international system is comparatively more advanced than national political systems with respect to children rights. The establishment of UNICEF

in 1946 was a significant step in developing children rights. UNICEF has not only fulfilled the function of providing emergency aid to children but also of protecting their rights. UNICEF researches every aspect of children rights. It has become the main lobbyist for children at both the national and the international level¹⁰.

The United Nations is the only organization that mildly gave a voice to children at the 2002 World Summit for Children¹¹. Though it was not a permanent voice, this event established a precedent. Some states, like Costa Rica, Denmark, Finland, New Zealand, Norway and Sweden have given a limited and indirect voice to children by establishing children's ombudsman institutions that articulate their rights on their behalf. (UNICEF, 1997:2-6) The UN Committee on Children Rights also monitors and lobbies for their rights.

Establishing a voice for children would not alter a political system nor challenge the parent's authority over children in any manner¹². In fact, 194 states, except Somalia and the United States, have already made a compromise to enforce children rights when they ratified the International Convention on the Rights of the Child. (UN High Commissioner for Human Rights, 2003:1) Establishing an institution that represents children does not necessarily imply recognizing them effective political rights. However, an "institutional" voice, like the children's ombudsman has demonstrated to advance children rights and issues by inserting these into the public debate and by pressuring political elites to respond to children rights and needs, resulting in more proactive policies in their favor. (Flekoy, 1991:17-21) Establishing a children's ombudsman would allow an effective implementation of the obligation that states acquired when they signed the Convention on the Rights of the Child.

A children's ombudsman would represent a step in democratization, both internally and internationally. The children's ombudsman and similar institutions process children's concerns and input, transmitting these to governmental authorities. Afterwards, it is the government's responsibility to take the initiative to address these concerns.

Progress in children rights does not occur equally in every state. But the initiative of the pioneering states (Sweden, Finland) has become a paradigm for thirty eight more

¹⁰ UNICEF undertakes concrete initiatives aimed at obtaining governmental and inter-governmental international commitments to children rights and welfare such as: 1) Promoting the negotiation and signing of conventions and declarations committing world governments with children rights. These include the Convention on the Rights of the Child (1989) and the World Declaration on the Survival, Protection and Development of Children (1990), 2) Organizing the 1990 World Summit for Children and the 2002 Special Session for Children, and, 3) Establishing a program of UNICEF's international "Priorities for Children" (UNICEF, 2002c).

¹¹ During the event a session was organized in which children, who were part of some countries' delegations, were given the opportunity to express their views.

¹² Articles 3 and 5 of the Convention on the Rights of Child recognizes parents as the ultimate authority over children.

states and potentially for the one hundred and fifty-eight that have not established this type of institutions. The historical evidence indicates that initial advances in women's rights (England), environmental legislation (Germany, New Zealand, Sweden, France) and minority rights (France, Netherlands) had a paradigmatic effect on other states. (Claude, 1989:15)

Children's interests have traditionally been represented and safeguarded by adults. Children have not only denied political rights and participation but also civil rights, such as the right to present a case in court. Their opinions are usually invisible to the public. In many states, children and adolescents can get married and be recruited into the armed forces, but their political rights are not recognized. (UNICEF, 2002b:9-14) As a result their rights are not addressed. UNICEF proposes that in response to this situation governments establish specific mechanisms that recognize children's opinions, such as ombudsmen offices (UNICEF, 2001a:1)¹³.

As civil and political institutions have not created a tradition of consulting children, they have been left without representation or any possibility of defending their rights. While the use of violence has been outlawed in most legal systems, almost all make an exception with respect to children, remaining the only citizens whom it is lawful to use force against. The fact that children enjoy no political participation, have no direct access to the justice system and that political elites do not prioritize children rights¹⁴ does not signify that no policies are implemented in their interest¹⁵. Certainly almost every state has adopted legislation to protect them, though enforcement is more dubious. The international community has adopted international conventions and has organized some summits on children rights. But these international initiatives are still at a developing stage and need larger input from children themselves. The ability of international institutions to pressure enforcement by states is also limited. The Committee on the Rights of the Child only monitors the implementation of the Convention in ten states each year. Moreover, it can only make recommendations and pressure governments but it cannot enforce compliance.

¹³ The Bolivian authorities have taken the initiative by establishing municipal Offices for the Defense of Children (UNICEF, 2001a:16).

¹⁴ The Justicialista Party in Argentina is an exception to the rule. In 1950, it proclaimed in its political program that children should be given a "privileged" status in governmental decisions. (Salazar Mallen, R. 1973:251).

¹⁵ See country reports to the UN Committee of the Rights of the Child. www.ochr.org.

5. Limitations to the Recognition of Civil Rights

The international community has adopted international instruments like the Convention on the Rights of the Child (1989) that protect children rights¹⁶. Many other international instruments, such as the International Covenants, the Genocide Convention, and the Convention against Torture protect all citizens, including children, from many of the crimes that they are being subjected to. Despite these universally accepted conventions and the mandatory obligations that these create, the civil rights of children are constantly under attack, particularly in war-affected states.

This is a problem of immense proportions that affects millions of children, not only in developing or war-torn states, but globally. These civil rights violations occur in contravention of international human rights law and international humanitarian law. Some of the worst of these civil rights violations include: 1) sexual exploitation, 2) slavery, 3) torture, 4) child recruitment, 5) child abuse and, 6) child labor (Ressler, et al., 1993:113-121). Even credible international institutions and NGOs, like the United Nations Human Rights Council (UNHRC) and Amnesty International (AI) have not emphasized this situation enough. It must be acknowledged that the NGO Human Rights Watch has developed a particular interest in children rights and includes a chapter on these rights on their country and annual reports.

Table 2. Worst Violations of Children Civil Rights

Slavery and child labour
Torture
Infanticide
Child trafficking
Child recruitment

Child Recruitment and Violations of International Humanitarian Law

In situations of armed conflict, children are executed, mutilated, imprisoned, tortured, sexually abused, denied due process, abducted and recruited into the military (Comité Internacional de la Cruz Roja, 2001:1). Major violations of international humanitarian law against children are widespread. As an example, during the course of the civil wars in Iraq and Syria, the Islamic State of Iraq and Levant (ISIS) terrorist organization has recruited, abducted, sexually abused children and has enslaved and sold girls belonging to religious minorities. (UNGA A/HRC/27/60, 2014:1-43) Moreover, the Syrian government has also committed serious crimes against children. Other grave

¹⁶ Article 2 of the Convention on the Rights of the Child declares that “Member States shall respect and ensure the rights set forth in the present Convention to each child subject within their jurisdiction”.

situations include the Democratic Republic of Congo (DRC), where rebels undertake terrorist tactics systematically exterminating, recruiting and torturing children, the Central African Republic (CAR), Iraq, and Somalia. (Office of the Special Representative of the Secretary-General for Children and Armed Conflict, 2013:1-30) There is no military necessity that can justify such policies. While armed conflicts have historically affected children, violations of international humanitarian law against children are increasing in frequency and are committed by both national armies and irregular forces. (UNICEF, 2002b:568) Conflicts increasingly affect civilians, particularly vulnerable sectors like children and women. In 2001, 120,000 children were combatants in Africa alone. (Jongman, 2001) Torture and extrajudicial executions are also utilized against children as a collective punishment or as a means of intimidation (Corradini, 2001: 114).

Children are also the main victims of landmines. (UNICEF, 1994:5) Some of the worst violations of children human rights occur within the context of civil and international wars. Child recruitment, one of the worst violations of children rights, is also an integral part of civil and international conflicts. Recruited children are tortured, sexually abused and exploited. Child recruitment responds to a scarcity of adult volunteers (Ressler, et al., 1993:117). Child recruitment is also a form of child exploitation, child trafficking and child abduction. Child soldiers are more easily manipulated (Ressler, et al., 1993:118). It is the most repressive regimes that give the greatest emphasis to military and paramilitary training of children (Ressler, et al., 1993:118).

Children's Detention

Armed conflict, political persecution or instability, or absence of democracy and civil rights can lead to the illegal detention of children in violation of major international law instruments. Under detention children are tortured, physically and psychologically abused and subjected to extrajudicial murder. As an example, under Israel's military occupation of the Palestinian Territories, children are subjected to illegal and arbitrary detentions in which widespread use of torture has been reported. (Coalition to Stop the Use of Child Soldiers, 2008: 256-261)

Children in Especially Difficult Circumstances

This concept refers to children who not only do not enjoy basic social rights but also suffer particularly harsh conditions that endanger their life and dignity (Espert, 1988:10). Within this group UNICEF includes working children, abandoned and street children, institutionalized children, abused children, children affected by armed conflict and children affected by natural disasters. Children in Especially Difficult Circumstances constitute one of the most vulnerable groups and one of the gravest cases of civil rights violations. They tend to become the most invisible and marginalized sector of the children

population. They usually do not enjoy even the most basic rights to health services and to education. Without any educational alternatives the potential for them to become major targets of violence or for them to turn to violence is greatly amplified. While UNICEF actively helps Children under Especially Difficult Circumstances, achieving a satisfactory solution requires greater involvement from multilateral organizations and from governments.

Child Labour and Slavery

The International Labour Organization (ILO) calculates that about 168 million children are working world-wide (International Labour Organization, 2001). Children's lack of access to education and parents' lack of income alternatives contribute to child trafficking and labour exploitation. (Corradini, 2001:39). Governments are largely responsible for this situation; children issues are not their priority, enough resources are not invested in their education, child abuse and exploitation are not repressed sufficiently, and legislation does not go far enough to protect children. Governments usually invest greater resources in arms than in children. Approximately 1,747,000,000 dollars are spent annually on military defense world-wide (Stockholm International Peace Research Institute, 2014). If only a fraction of this income was divested towards children's needs the improvement in children rights could be significant.

6. Protection of the Child under the Convention

The Convention on the Rights of the Child (article 1) defines the child as every human being below the age of 18. The Convention is flexible regarding the beginning of childhood as this was the only alternative to assure universal recognition since difference among states on this issue are significant. However, there is no question that after birth the child is guaranteed all the rights in the Convention. The Convention warrants certain rights to every child: 1) best interest of the child, 2) name, identity and birth registration, 3) special protection, 4) right to life, including no capital punishment, 5) no separation from family, 6) freedom of thought, 7) no arbitrary interference, 8) health, education and cultural rights, 9) protection from economic exploitation, 10) protection from sexual exploitation, 11) protection from child trafficking, 12) protection from torture, and, 13) application of international humanitarian law to children. (UNICEF, 2002b:1)

The Convention is universally ratified. However, it has not been enforced equally in every state. The Committee on the Rights of the Child (CRC) monitors implementation of the convention. In some states and region, particularly in Europe, the CRC has been able to promote a legal culture of children rights. Even if enforcement is discontinuous,

an international consensus has emerged on the content of children rights law as demonstrated by universal ratification.

7. International Institutions of Children Rights

International institutions established to protect children rights mildly protect against violations. The international scheme of protection of children rights is composed of three major actors and institutions. These are: 1) Children's international advocacy groups, 2) International conventions protecting children rights, and 3) Children rights summits organized by the United Nations that discuss and propose solutions to their problems. International institutions protecting children rights are still incipient and developing. Consequently, their efficiency is still limited.

The international advocacy groups include NGOs and IGOs. The United Nations Children's Fund (UNICEF) is particularly significant. Not only does it provide emergency aid for children but it has also become the main international advocate for children rights. Other IGOs, like the International Labour Organization, have strongly lobbied for child-related causes like abolition of child labor. The UN has also established a Committee on the Rights of the Child, which monitors the implementation of the Convention on the Rights of the Child. Humanitarian NGOs like the International Committee of the Red Cross (ICRC), Human Rights Watch (HRW) and the Coalition to Stop the Use of Child-Soldiers lobby for the abolition of child military recruitment and for enforcing international humanitarian standards to the underage population.

These organizations have also been active in promoting international conventions that protect children rights. The Convention on the Rights of the Child (1989) is the major treaty protecting children rights. Ratifying parties can be denounced for violating these before the UN Committee on Children Rights. Other instruments like the Convention on the Worst Forms of Child Labour (1999) and the Optional Protocol on the Involvement of Children in Armed Conflict (2000) also protect children from abuse and exploitation.

International summits organized by the UN, like the World Summit for Children (1990) and the Special Session for Children (2002) have placed children rights on the international agenda and have served to strengthen, at least rhetorically, governmental commitment to these rights. The organizations, conventions and summits constitute a first step in the creation of an international system of children rights protection. But while their significance should not be underestimated, these international institutions constitute only a first step that needs further development and more effective enforcement.

8. International Protection of Children Rights

The Convention on the Rights of the Child (1989) legally attaches signatory states to comply with children rights. The UN Committee on the Rights of the Child (UNCRC) is authorized to monitor each states' compliance. The Committee has found that even the most advanced states in children rights enforcement, such as Sweden and Finland commit violations. (Hewlett, 1993) Violations of the Convention on the Rights of the Child and of humanitarian conventions include: 1) child slavery, 2) violations of Geneva Conventions clauses against children, 3) child recruitment, 4) human trafficking, 5) child pornography and prostitution, 6) child abduction, 7) torture and mutilation of children. (Human Rights Watch, 2006)

Table 3. IGOs and International Tribunals that Protect Children Rights

Inter-Governmental Organizations
UNICEF
UN Committee on the Rights of Child (UNCRC)
The UN Special Representative on Children and Armed Conflict
International Labor Organization (ILO)
World Health Organization (WHO)
International Criminal Court (ICC)

The international response to massive violations of children rights has come mostly from some Inter-Governmental Organizations (IGOs) such as UNICEF, the UNCRC and International Labour Organization (ILO) and Non-Governmental Organizations (NGOs) such as Human Rights Watch (HRW), Save the Children International and Defense for Children International. The efficiency of enforcement mechanisms of children rights law could be improved if other bodies, such as the UN Security Council became more involved (Childwatch International Research Network, 1993:7).

Massive violations of children rights constitute a threat to international peace, generating potential for future conflict (Jongman, 2001:1). Human rights violations are the main variable that explains most contemporary conflicts (Jongman, 2001:1). This situation would merit more forceful policies enforcing children rights law. The UN Security Council has authority under the UN Charter to undertake an effective response against grave situations like child slavery in Sudan, Boko Haram kidnapping of girls in Nigeria or violations of humanitarian rules perpetrated against children in Uganda by

the Lord's Resistance Army¹⁷. Nevertheless, it has not recognized the urgent need for decisive measures against these threats to international peace.

Table 4. NGOs that Advocate Children Rights Protection

Non-Governmental Organizations
Defense for Children International
International Committee of the Red Cross (ICRC)
Human Rights Watch
Child Soldiers International
Childwatch International
Save the Children International

The Security Council has approved few resolutions on children and armed conflict [(UNSC Resolution 1460 (2003), UNSC Resolution 1612 (2005), and UNSC 1882 (2009)]. These resolutions are not forceful enough, requiring only reports about application of humanitarian laws to children. UNSC Resolution 2143 (2014), which calls upon eight states to end child recruitment in national armies, has achieved some success as some of these states (Yemen, DRC, Chad, Somalia, Afghanistan, South Sudan) have begun taking measures to achieve this objective¹⁸. The 1990 UN World Summit for Children and the 2002 Special Session on Children placed greater attention on children rights, but children rights are still not a priority in multilateral organizations.

The Security Council has neither tackled the gravest situations, nor impose sanctions under Chapter VII of the UN Charter nor send peacekeeping forces to protect children. One exception might be MONUC, the UN mission in the Democratic Republic of Congo (DRC), which is authorized to use all means necessary to protect civilians and that participated in operations with the Congolese Armed Forces to protect civilians from Rwandese rebels. (France 24) In the DRC, the majority of civilian victims of conflict are children and women.

The UN Security Council could regard massive violations of children rights as a "threat to international peace and security". (Hawkins, 2003:64-65). While the UN Security Council has no capacity to act on every human rights violations issue, it could adopt a more effective policy against genocide, trafficking or slavery affecting children. This issue is important not only from an ethical standpoint but also from a political

¹⁷ The Security Council has expressed "concern" for child recruitment and for sexual abuse against female children in Sudan but without any corresponding action. (UNSC Resolution 1591 (2005) and UNSC Resolution 1714 (2006)) It has not pronounced itself on child slavery in Sudan as a threat to international peace and security. The Security Council has not even passed a resolution on the Chechnyan conflict.

¹⁸ See children and armed conflict

perspective. Considering that these violations threaten international peace, UN Security Council actions would be not only ethically but also politically justified.

Table 5. Conventions and International Instruments that Protect Children Rights

Conventions
Declaration on the Rights of the Child (1959)
Convention on the Rights of the Child (1989)
IV Geneva Convention (1949)
Statute of Rome (1998)

Table 6. Summits on Children Rights

Summits
1990 World Summit for Children
2002 Special Session on Children

9. Millenium Development Goals and Children

The Millenium Development Goals (MDG) established in 2000 by the UN General Assembly have had a positive effect on children rights. (Ki-Moon, 2007:1-3) Advances have been accomplished on education. More children are enrolling in the pre-primary and primary levels and more children with disabilities are also enrolling. On pediatric health, under-five child mortality has fallen. Some progress has been achieved as a result of the MDG regarding children in armed conflict. Less children are fighting in national armed forces as a result of member states' commitment to MDG.

In the child trafficking issue, more governments have signed international agreements to combat trafficking. On child labour, a larger number of states are combatting the worst forms of this children rights violation and less children are working as a result. On violence against children, more states have banned corporal punishment against children since the adoption of the MDG in 2000. Progress is reported on decreasing the number of female children subjected to genital mutilation. Child marriage has also declined as a result of state action against it. More states have signed the Convention on Persons with Disabilities, which protects disabled children.

The adoption of the MDG has proven one of the most successful instruments in promoting progress on children rights. However, there are still massive violations of children rights that need to be tackled by the international community.

10. Proposals for Improving Children Rights

Additional measures are needed to strengthen these institutions. It could be further developed through the adoption of policies such as: 1) Adopting international treaties that would make infanticide a “crime against humanity”, 2) Establishing “child-keeping operations” when the lives of children are in jeopardy as a result of armed conflict or genocide, 3) Strengthening or establishing the institution of the children’s ombudsman, 4) Establishing an International Children’s Ombudsman, 5) Strengthening children’s voice at the internal and international political levels, and, 6) Monitoring children rights worldwide through a Children International Human Rights Index (CHILDEX).

Infanticide: Crime against Humanity

Despite the fact that the international community agrees on its grave character, infanticide is not specifically recognized as a crime against humanity in international law. Infanticide should not be defined exclusively in terms of the non-political execution or assassination of children (any person from zero to seventeen years old) but would also apply to this crime committed for political, ideological or military reasons. It should be considered both as an individual or as a mass crime. The adoption of a Universal Convention on Infanticide and Other Crimes against Children would be strengthen international mechanisms on children protections. Infanticide should be defined in all its forms as a crime against humanity and as a violation of *ius cogens* rules. Infanticide could be considered in the context of armed conflict. In such circumstance it is also considered also a war crime. Infanticide committed for political, ethnic or religious reasons should be considered a crime against humanity. Infanticide should be ranked as the gravest of these crimes. The adoption of this convention could open the possibility for the assumption of jurisdiction by international tribunals and by internal tribunals under the universality principle of jurisdiction. Tribunals in Belgium, Spain, France, Germany, Switzerland, Sweden, Italy and Argentina have already assumed “universal” jurisdiction over *ius cogens* crimes, even if these crimes have not affected them directly.

Considering infanticide as a crime against humanity unto itself would elevate the profile of children rights internationally. Even when crimes against humanity have been processed by international tribunals, children rights have not occupied a primary role¹⁹. Even though children are considered theoretically primordial in most states, international law enforcement has not followed up on this universal principle.

A Convention on Repression of International Crimes against Children should also adopted that includes international crimes, such as torture of children, child trafficking and exploitation, state terrorism against children and infant genocide. While repression

¹⁹ The case against Liberian President Charles Taylor included a charge of child recruitment.

of child trafficking is included in the Convention on the Rights of the Child, it does not specify nor requires possible measures to combat this type of human traffic. A Convention on Repression of International Crimes against Children would define these as crimes upon themselves independent, but not incompatible with other international crimes such as torture, state terrorism or genocide. The International Criminal Court (ICC) should assume jurisdiction over these new crimes, even if that means amending the Convention of Rome. In fact, the ICC has already banned military recruitment of children, considering it a war crime.

Another proposal would establish a category of crimes against infant humanity. The ICC would give priority to this category of crimes over all others. This proposal would eventually have profound effects in terms of transforming international law and ethics in relation to children.

Representation at the United Nations

Children's representation at the international level could be established at the United Nations, either in the General Assembly or ECOSOC or both. It could start in the form of observer seats for regional children's ombudsmen and for children rights NGOs, but it should also include children representatives from member states whenever children issues are being discussed. There is already a precedent in children's participation at the UN Special Summit for Children (2002) in which children representing member states and NGOs had a voice in deliberations. Children's representation at the UN could have a paradigmatic effect, providing a model for member states to consider greater participation for children in their political and civil institutions. It could also encourage recognition of limited political rights in the form of lowering the minimum voting age to 16. The General Assembly could hold a Biennial Special Session for Children. Recognizing associate membership or observer status to a larger number of children rights advocate NGOs at the ECOSOC is another possibility²⁰. A permanent voice for children rights advocates at the UN would keep the issue on the international agenda.

Children Ombudsman

Children Ombudsman were initially established in the 1970's in Scandinavian states. Some states established this institution, including Austria, Costa Rica, Germany, Israel, New Zealand, Norway and Sweden. A total of forty-four countries have this type of office. The establishment of a Children Ombudsman has proven successful. In Norway, some arguments were presented against the establishment of such an office: 1) that the Ombudsman would be a threat to parental authority, 2) that the Ombudsman might become an excuse for other groups and bodies responsible for children to diminish or

²⁰ Save the Children International already has general consultative status.

relinquish their responsibilities, 3) that the funds allocated should rather be used to strengthen other existing efforts or services for children (Flekkoy, 1991:50) However, the establishment of Ombudsman offices at the national and regional levels would result in numerous advantages: 1) It could act as a voice for presenting the concerns of a sector of the population that has no political influence, ameliorating their lack of political representation or voice in public affairs and of recognition by the rest of society as a legitimate social group. In fact, one of the functions of the Children Ombudsman would be to act as a voice for articulating children's concerns and problems, 2) It could act as the defender of children being subjected to systematic abuse or negligence. As in Norway, children should be able to present cases to the Children Ombudsman Office. A well-functioning and competent Children Ombudsman should be able to prevent the abuse of this institution against parents, focusing on merit-based cases of real abuse or negligence.

Peace-Keeping Operations focused on Children

Authorizing "child-keeping operations" by the UN Security Council that would be sent when there is imminent danger of infanticide, massive child recruitment or policies of torture, enslavement, traffic or genocide against children is another potential policy that could protect children rights. These should include international police, civilian personnel and military observers to those countries that cannot deal with these issues. Sudan, where children have been kidnapped and enslaved by government forces, would also be a good candidate for a possible "child-keeping operation" to prevent further kidnapping and enslavement. Uganda, where the Lord's Resistance Army has been also kidnapping, recruiting and massacring children, is another potential candidate. These operations could be sent to protect sites frequented by children like schools. States where children are kidnapped and tortured or abused by police forces or death squads like Brazil or the Philippines are also candidates. States or territories that are under military occupation, like the West Bank and Gaza, should also be considered. The UN "child-keeping operations" would protect schools and families.

Establishment of an International Alliance for Children

A step in this direction has already been taken through the Global Movement for Children. This organization is made by a group of child-advocacy organizations and some renowned international figures and former Heads of State and Government like Graca Machel, Former First Lady of Mozambique and of South Africa. However, for the alliance to have a significant impact it must incorporate governments from states parties to the Convention on the Rights of the Child. In order to have a strong impact as many international actors as possible must be committed to it. Once this is accomplished

children issues profile would increase in the international agenda and, eventually, in national agendas as well.

It is also important that the most renowned IGOs and NGOs, such as the International Committee of the Red Cross and the Federation of Red Cross and Red Crescent Societies, Amnesty International and Greenpeace join this alliance and relate children concerns to their objectives, positioning these as a top priority. As an example, in its annual report, Amnesty International could dedicate a chapter to the children rights and violations of the Geneva Conventions against them in state. The priorities of this international alliance are: 1) female children's education, 2) children and AIDS, 3) violence against children, 4) child survival, 5) children on the move, 5) and, 6) child traffic. Other potential issues that the Global Movement for Children could consider are peace and security, the environment, health, education, the struggle against poverty, as these relate and affect children. These issues are of particular importance to children. Also, civil rights, children's voice in governmental and non-governmental institutions, and children on distress, such as children in especially difficult circumstances, abandoned children, tortured children, working children, and children maimed by mines or by war and humanitarian law violations against children are particularly significant for strengthening children rights. The Global Movement for Children has implemented a fundamental policy that consists on the participation of children themselves on the 2002 UN Special Session for Children. Participating children included 242 girls and 162 boys from 154 states and from 106 NGOs. Should this precedent be reproduced at other international fora children participation would significantly advance and gain legitimacy.

International Monitoring of Children's Situation through a Children International Human Rights Index (CHILDEX)

In order to monitor progress in children rights, a Children International Human Rights Index (CHILDEX) has been developed and proposed. CHILDEX can be used to measure each state's progress. CHILDEX can serve not only to measure each state's progress in relation to children rights and welfare, but it could also become an instrument that pressures each state to implement reforms in order to improve their ranking.

11. Indexes that Measure Children Rights

Conventions and UN summits on children rights promote enforcement of these rights. However, monitoring is also essential in strengthening enforcement. "Indicators for implementation of human rights are essential for developing a strategy for the promotion and protection of those rights and, indeed, for democratic development." (Theede, 2001:259). Indexes can contribute significantly to monitor progress on children rights

universally. Thus, indexes measuring children rights indexes are fundamental in designing an international children rights strategy.

Table 7. Indexes of Children Rights: Childwatch International Monitoring (Children's Rights Project), Child Risk Measure, and CHILDEX

Index	Variable(s) Measured	Indicators
Childwatch International Monitoring (Children's Right Project)	Compliance with the International Convention on the Rights of the Child	Economic, Social and Cultural Rights Indicators Childhood Social Indicators Child Rights Indicators
Child Risk Measure	Child Risk	Mortality, Underweight, Schooling,
CHILDEX	Children human rights by state	Education, Health, Children Participation

Childwatch International Monitoring Children's Rights Project and the Child Risk Measure

These two are composite indexes developed by UNICEF and its partners. The Indicators for Children Rights Project, later known as the Childwatch International Monitoring Children Rights Project, was proposed in 1993 by the Swedish and British Save the Children chapters, the CRC, UNICEF and Childwatch International to identify and develop indicators for monitoring implementation of the Convention on the Rights of the Child (Childwatch International, 1993:2). This index considers that the Convention guarantees rights that are difficult to measure and that concepts such as "the best interest of the child" in the Convention are not clearly defined and can only be interpreted by national or international tribunals. This index measures to what extent state parties are implementing the Convention. The index has a practical, specific and significant objective. Monitoring compliance with the Convention is fundamental in strengthening children rights globally as it builds pressure for states to improve their performance.

The Child Risk Measure (CRM), also developed by UNICEF, measures the level of risks that a child faces and the probability of a "full and healthy development" for a child in each state. These indicators compose the index:

1) Under-five mortality, 2) Moderate or severe underweight, 3) Primary schooling, 4) Likelihood of risk from armed conflict, and, 5) Likelihood of risk from HIV/AIDS. These risks are more common in developing states. Risks that affect developed states,

such as “alienation and loneliness”, are not incorporated. (UNICEF, 1999:1) UNICEF acknowledges that some factors that generate risk to children such as child labor, sexual exploitation, and lack of family support are not incorporated into this index either, as data is often not available. (UNICEF, 1999:1)

Indicators associated to political instability, such as genocide, torture, state terrorism, extrajudicial executions, abduction by state security forces that affect children are not included. Social indicators such as delinquency, forceful recruitment into criminal organizations or abduction are also excluded. A thorough index measuring child risk would measure these variables as these represent a significant risk to children. Nevertheless, it is certainly accurate to state that these variables are not easily measurable and data on many of these could be very difficult to gather, even in developed states.

This index does not assess the overall children rights situation. However, the CRM is useful as a measuring instrument of the “risk” affecting children, a significant factor in children welfare. (UNICEF, 1999:1).

Children Rights Index (CHILDEX)

An International Children Human Rights Index (CHILDEX) has been developed that monitors children rights universally. (Arroyo-Rojas, 2011: 24-56) Furthermore, this index could potentially contribute to induce governments to improve their children rights standards²¹. A composite index is proposed consisting of eight indicators. Ranks from 1 to 10 were assigned to quantitative data, obtained from UNICEF and other IGOs for eight indicators that are essential for attaining children rights:

- a) Adoption of international instruments that protect children rights. This indicator is essential because children rights conventions generate juridical obligations for signatory states.
- b) Enforcement of children civil rights. This enforcement is limited as children in a majority of states have neither a recognized independent access to the justice system nor an ombudsmen institution to represent and demand their rights.
- c) Access to education. Education is the most fundamental right that a child is entitled to. It is his/her most significant instrument to improve his life. Access to education is highly associated to children’s welfare in any state.
- d) Pediatric health services. Despite improvements in most regions greater investment in health services for children is still necessary to assure universal access to this fundamental right.

²¹ Public opinion can have a positive impact in terms of pressuring the international community to act in favor of human rights. Though the UN Security Council has reacted slowly and lately to Darfur’s genocide, its policies have responded largely to international public opinion.

- e) Children's voice in public affairs. Children cannot attain a fully developed system of rights or protection until this right is not only recognized but also implemented, through a children's ombudsman or any other alternative method.
- f) Rights of female children. While some progress are reported in various states and regions, attainment of significant advances in human rights must necessarily achieve attaining equal opportunities and non-discrimination for the female child.
- g) Child recruitment and violations of humanitarian law affecting children. This is an alarming and grave crisis affecting multiple states and all region that must receive priority from the UN Security Council and from other multilateral institutions as it constitutes a grave threat to international peace.
- h) Children's poverty. Poverty is not only a humiliating violation of children rights but it also menaces the possibilities that each child is entitled to achieve their full life potential.

Five levels ranked each indicators' values for every state. These are:

- a) High (9-10). These states reflect a high level of priority on children rights.
- b) Medium/High (7-8). Some policies undertaken on children rights but some violations persist.
- c) Medium (5-6). Some policies undertaken but violations are significant on some issues.
- d) Low/Medium (3-4). Severe problems regarding children rights.
- e) Low (1-2). Grave and extreme children rights abuses common.

The mean among the indicators represents a state's CHILDEX value. [(e.g. Sweden $(10+10+10+10+8+10+10+9=77/8=9.63)$, Botswana $(10+9+9+2+5+5+9+3=52/8=6.50)$]

CHILDEX's purpose is measuring children rights enforcement universally, serving an academic purpose by monitoring each state's progress and acting as a policy instrument that pressures governments to improve their children rights policies. Furthermore, it could be useful to children rights advocate NGOs and IGOs, allowing them to compare performance among Convention signatories.

12. Representation in Internal Political Systems and Increased Profile for IGOs and NGOs in Protecting Children Rights

What is being proposed is not conceding political rights to children, but certainly providing them a voice in internal political systems. This proposal might be criticized as unrealistic. Conceding political and civil rights to women was also initially considered idealistic. As was already presented, an alternative would be establishing national

children ombudsman's offices. But other policies can also be developed, as has happened in Bolivia, which has established Offices for Children Protection in every municipality. There is no fixed formula for this achieving this end. The objective is that governments learn to listen to children's needs and feel compelled to respond.

With regard to political rights, the proposal of lowering the voting age to 16 should be considered. Citizens at that age can have enough understanding of politics that should entitle them to be listened to and oblige political elites to take their concerns into account. There is not one reasonable argument to exclude citizen 16-17 years old from exercising their political rights. Nicaragua was a pioneer in this initiative, recognizing citizens of that age political rights in 1987. Voting age for 16-17 years old citizens could also encourage political elites to take children concerns more seriously since this electoral population might be also demand initiatives addressing the needs of children all ages.

IGOs, particularly the United Nations, and NGOs should set the example by adopting similar procedures. Once these organizations give children a voice within their structures, other organizations and eventually governments might follow the example as the concept becomes more acceptable.

References

- Asamblea Nacional de la República de Nicaragua. 1988. *Ley Electoral*. IV (I), article 30.
- Arroyo-Rojas, W. "A First Step towards Monitoring Children Human Rights: Constructing CHILDEX, An International Index of Children Human Rights" *Milenio*, Vol 15, 2011: 24-56.
- Bellamy, C. 1999. "The roll of the dice," in UNICEF. *The Progress of Nations 1999*: 1-3.
- Beetham, D. 1985. *Max Weber and the Theory of Modern Politics*. Cambridge: Polity Press.
- Berry, N. 1997. *War and the Red Cross: The Unspoken Mission*. New York: St. Martin's Press.
- Brownlie, I. (ed.) 1983. "Universal Declaration of Human Rights" in *Basic Documents in Human Rights*. Oxford: Clarendon Press.
- "Child Labour" ilo.org. International Labour Organization. 2013. Web. 20 October 2014.
- Claude, R. P. (ed.). 1989. *Human Rights in the World Community: Issues and Action*. Philadelphia: Penn Press.
- Coalition to Stop the Use of Child Soldiers. 2008. *Global Report*: 184-187; 258-261.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. 2001. "Los niños en la guerra," *Revista Internacional de la Cruz Roja* 83, 842: 1-7.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. 2003a. *Cuadro sinóptico de las disposiciones del DIH aplicables específicamente a los niños*. Ginebra.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. 2003b. *Documento de trabajo para los delegados ante las fuerzas armadas y de seguridad relativo a la protección de los niños en situaciones de conflicto armado y de disturbio*. Ginebra.

- Comité Internacional de la Cruz Roja. 2003c. *Los niños en la guerra*. Ginebra
- Comité Internacional de la Cruz Roja. 2003d. *Niños soldados*. Ginebra.
- Comité Internacional de la Cruz Roja. 2003e. *Privados de Libertad*. Ginebra
- Committee on Rights of Child. Press Release HR/4350. “Committee on Rights of Child to Meet in Geneva”, 5-23 January 1998.
- Corradini, L. 2001. “Niños encadenados,” *El Correo de la UNESCO*, (June): 38-39.
- Cot, J.P and Mounier, J.P. 1985. *Sociología Política*. Barcelona: Editorial Blume.
- “DR Congo, UN troops launch offensive against Rwandan rebels”. France24.com. France 24. 13 March 2014. Web. 18 October 2014.
- Duverger, M. 1981. “La oligarquía de la dirección,” in Blondel, J. et al. 1981. *El Gobierno: Estudios comparados*. Madrid: Alianza Universidad.
- Espert, F. 1988. *Situation Analysis: Children in Especially Difficult Circumstances*. Bogotá: UNICEF.
- Flekkoy, M. G. 1991. *A Voice for Children: Speaking Out as Their Ombudsman*. London: Jessica Kingsley Publishers.
- Ki-Moon, B. 2007. *Children and the Millenium Development Goals*. New York UNICEF.
- Hewlett, S. A. (1993) Children neglect in rich countries. New York: UNICEF.
- Human Rights Council. UNGA A/HRC/27/60. *Report of the independent commision of inquiry on the Syrian Arab Republic*. 13 August 2014.
- Institute for International Mediation and Conflict Resolution. (2001) *World Conflict and Human Rights Map 2001*. Washington, D.C.
- International Criminal Court. 1998. *Rome Statute of the International Criminal Court*.
- International Labour Organization (International Program on the Elimination of Child Labor). 2001. *IPEC Action against Child Labor 2000-2001: Progress and Future Priorities*.
- Jongman, A.J. 2001. “Mapping Dimensions of Contemporary Conflicts and Human Rights Violations,” in Institute for International Mediation and Conflict Resolution.
- World Conflict and Human Rights Map 2001. : Mapping Dimensions of Contemporary Conflicts and Human Rights Violations*. Lieden, Netherlands: PIOOM.
- Machel, S. 1994. *Impact of Armed Conflict on Children*. New York: UNICEF.
- “Military Expenditure” sipri.org. Stockholm International Peace Research Institute. 2014. Web. 16 October 2014.
- Office of the Special Representative of the Secretary-General for Children and Armed Conflict, “Working Paper No. 1” 2013:1-30. childrenandarmedconflict.un.org. Office of the High Commissioner for Human Rights. United Nations. 2008. Web. 19 October 2014.
- Peces-Barba, G. 1993. “La universalidad de los derechos humanos,” *Tiempo de Paz*, 29-30: 10-17.
- Ramphal, S. 1999. “Debt has a child’s face”. UNICEF. *The Progress of Nations 1999*: 27-29. New York: UNICEF.

- Ressler, E., Tortorici, J.M., Marcelino, A. 1993. *Children in War: A Guide to Provision of Services. A Study for UNICEF*. New York: UNICEF.
- Salazar Mallen, R. 1973. *El pensamiento político en América*. México: Editorial Jus.
- Seara, M. 1995. *Las Naciones Unidas a los cincuenta años*. Mexico: Fondo de Cultura Económica.
- “Status by Treaty” unhchr.ch. United Nations Higher Commissioner for Human Rights. Web. 5 September 2003.
- Thede, N. 2001. *Statistical Journal of the United Nations ECE* 18.
- UN Committee on Human Rights. 1998. “Committee on the Rights of the Child to Meet in Geneva”. Press Release HR/4350, 5-23 (January).
- United Nations. 1990. *World Declaration on the Survival, Protection and Development of Children and Plan of Action*. New York
- United Nations General Assembly.
- UNICEF. 1994. *Anti-personnel land-mines: a scourge on children*. New York: UNICEF.
- UNICEF. 1997. *Ombudswork for Children*. Innocenti Digest (1). Florence: UNICEF.
- UNICEF. 1999. *The Progress of Nations 1999*.
- UNICEF. 2001a. *Progress since the World Summit for Children: A Statistical Review*.
- UNICEF. 2001b. *We the Children*. New York: UNICEF.
- UNICEF. 2001c. Innocenti Digest (8). *Independent Institutions: Protecting Children’s Rights*.
- UNICEF. 2002a. *Adult Wars, Child Soldiers*. New York: UNICEF.
- UNICEF. 2002b. *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*. New York: UNICEF.
- UNICEF. 2002c. *The State of the World’s Children 2002: Leadership*.
- UNICEF. 2002d. *UNICEF’s Priorities for Children 2002-2005*. New York: UNICEF.
- UNICEF. 2003a. *Estado Mundial de la Infancia 2003*. New York: UNICEF.
- UNICEF. 2003b. *IPEC’s strategy to eliminate child labor*. Geneva: UNICEF.
- UNICEF. 2003c. *Sesión Especial de las Naciones Unidas a favor de la Infancia: Inform de seguimiento del primer año*.
- UNICEF. 2003d. *UNICEF Annual Report 2003*.
- UNICEF, ILO, World Bank Group. 1998. *Understanding Children’s Work: An Inter- Agency Research Cooperation Project*. 1998.

Урунова Санавбар Вахобовна

Таджикский государственный университет права, бизнеса и политики
Юридический факультет, кафедра гражданского, предпринимательского и международного права

Некоторые вопросы в области обеспечения прав и интересов детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей по международным и национальным законодательством Республики Таджикистан

*«... ребёнку для полного и гармоничного развития его личности необходимо расти в семейном окружении, в атмосфере счастья, любви и понимания»
Конвенция ООН о правах ребёнка¹*

В соответствии с международным и национальным законодательством ребёнок от рождения имеет неотъемлемые права, которые гарантируются ему государством: ребёнок, как и любое человеческое существо, имеет неотъемлемое право на жизнь, на уважение его взглядов и право свободного выражения этих взглядов по всем затрагивающим его вопросам, право иметь и выражать своё мнение, право получать и передавать информацию в различных формах, право на защиту от дискриминации, право на образование, на отдых и досуг и т. д.

Право воспитываться в семье является одним из самых важных прав ребёнка и это **имеет положительное значение для физического и нравственного развития ребёнка.**

Проблема социального сиротства в Республике Таджикистан за последние годы стала весьма актуальной. После гражданской войны 1992 года в Таджикистане свыше 60 тысяч детей стали сиротами. Для такой категории детей в стране функционируют детские дома, школы-интернаты, дома-интернаты. Данные учреждения достались Таджикистану в «наследство» от советского прошлого. Дети, находящиеся в этих учреждениях, окружены необходимой заботой и вниманием, однако лишены права на воспитание в семье в силу того, что они практически изолированы от общества. Неадекватное государственное обеспечение указанных учреждений вследствие экономических трудностей переходного периода не обеспечивает детям возможности достойной жизни и свободного развития².

¹ Принята резолюцией 44/25 Генеральной Ассамблеи от 20 ноября 1989 года.

² Отчет по мониторингу: соблюдения прав ребёнка в детских домах, школах-интернатах и других специализированных учреждениях для детей в Республике Таджикистан, **Бюро по правам**

В Республике Таджикистан проблема защиты прав детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, выпускников школ-интерната, детей сирот и детей оставшихся без воспитания родителей³ является актуальной. На сегодняшний день на решение проблем сиротства направлен ряд нормативно-правовых актов. К их числу относятся: Семейный кодекс Республики Таджикистан⁴, Положение о комиссии по правам ребенка, Типовое Положение об образовательных учреждениях типа школа-интернат в Республике Таджикистан от 30 июня 2007 года, за № 347. Однако до сегодняшнего дня в Республике Таджикистан не приняты и не введены в действие отдельные законы, закрепляющие права, гарантии и льготы сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, определяющие основания помещения таких детей в дома ребёнка и школы-интернаты, закрепляющие понятие сироты и т.д.

Конвенция о правах ребёнка⁵ определяет положение детей постоянно или же временно лишенных семейного окружения. Она постановляет на примерб что ребёнок, который временно или постоянно лишен семейного окружения или такой, которого семейное окружение усугубляет его положение, имеет право на особую защиту и помощь, которую государство обязано обеспечить.

В национальном законодательстве Республики Таджикистан формы воспитания детей сирот Семейным Кодексом, Гражданским Кодексом, Гражданским процессуальным Кодексом и Типовым положением об образовательных школах типа школа-интернат в Республике Таджикистан, Положением об органах опеки и попечительства⁶. Однако отсутствует специальный закон определяющий основные понятия, устанавливающий порядок помещения детей в дома ребенка и школы интернаты, закрепляющий основные права и механизмы реализации прав и льгот⁷.

человека и соблюдению законности, Душанбе 2006.

³ Далее в отчете будет использована понятие «дети сироты и дети оставшиеся, без попечения родителей», в которое входят и дети сироты, и дети, которые остались без попечения родителей, также выпускники школ интерната для таких категорий детей.

⁴ От 13 ноября 1998 года

⁵ Статья 20, 21 Конвенции о правах ребенка, принята *резолюцией 44/25 Генеральной Ассамблеи ООН от 20 ноября 1989 года.*

⁶ Семейный Кодекс Республики Таджикистан от 13 ноября 1998 года; Гражданский Кодекс Республики Таджикистан, часть первая, статьи 33-42 от 1999 года; Гражданский процессуальный Кодекс Республики Таджикистан, глава 29 усыновление/удочерение; Типовое положение об образовательных школах типа школа-интернат в Республике Таджикистан, утверждён Постановлением Правительства РТ от 30 июня 2007 года №347; Положение об органах опеки и попечительства, утверждён Правительством РТ от 11 марта 2000 года № 98.

⁷ Такой закон существует в некоторых странах СНГ, к примеру: Российская Федерация: Федеральный закон от 21 декабря 1996 г. N 159-ФЗ „О дополнительных гарантиях по социальной поддержке детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей”; Украина: Закон Украины об обеспечении организационно-правовых условий социальной защиты детей-сирот и детей, лишенных родительской опеки от 15.05.2012г.;

Мы рассмотрим вопрос государственного размещения детей (помещение детей в государственные учреждения: дома ребёнка, школы-интернаты), оставшихся без попечения родителей, частично затронем семейное размещение (усыновление, опека и попечительство) детей.

Для того, чтобы определить круг детей, нуждающихся в особой помощи государства, круг детей, которые входят в категорию «оставшихся без попечения родителей», определить какие дети нуждаются в размещении в государственных социальных учреждениях типа школа-интернат и детские дома, надо проанализировать перечисленные выше нормативно-правовые акты Республики Таджикистан.

Конвенция о правах ребёнка определяет, что «дети, временно или постоянно лишённые семейного окружения, имеют право на особую защиту государства». Семейный Кодекс и иные нормативно-правовые акты РТ не закрепляют понятия «сирот» и «детей, оставшихся без попечения родителей». Неопределённым является круг детей, нуждающихся в особом уходе государства, что в свою очередь порождает неопределённость и неясность в вопросе помещения детей в школы-интернаты и дома ребёнка, в частности бросается в глаза отсутствие закрепления и реализации дополнительных гарантий со стороны государства по отношению к таким детям.

Согласно части 1 статьи 122 Семейного Кодекса, определяющей защиту прав и интересов детей, оставшихся без попечения родителей: «Защита прав и интересов детей в случаях смерти родителей, лишения их родительских прав, ограничения их в родительских правах, признания родителей недееспособными, болезни родителей, длительного отсутствия родителей, уклонения родителей от воспитания детей или от защиты их прав и интересов, в том числе при отказе родителей взять своих детей из воспитательных учреждений, лечебных учреждений, учреждений социальной защиты населения и других аналогичных учреждений, а также в других случаях отсутствия родительского попечения возлагается на органы опеки и попечительства».

Данная статья определяет орган, на который возлагается защита прав и интересов детей, оставшихся без попечения родителей. И данная статья – единственная норма в Семейном Кодексе, где закреплён перечень детей, которые могут входить в категорию детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, хотя прямого указания понятия «сироты» здесь нет. Из данной нормы можно выделить два понятия:

- 1) *«Сироты» это дети, у которых умерли родители;*
- 2) *«Дети, оставшиеся без попечения родителей» это дети, родители которых лишены родительских прав, ограничены в родительских правах, признаны*

недееспособными, больными, длительно отсутствующими, уклоняются от воспитания детей или от защиты их прав и интересов, в том числе при отказе родителей взять своих детей из воспитательных учреждений, лечебных учреждений, учреждений социальной защиты населения и других аналогичных учреждений».

Термины «сирота» и «дети, оставшиеся без попечения родителей» повсеместно используются в нормативно-правовых актах и обозначают детей, которые лишены семейного окружения, однако чёткое понятие данных терминов, определяющих круг и перечень детей, входящих в данное понятие не закреплены в Семейном Кодексе РТ. В Главе 1 Семейного Кодекса РТ законодатель добавил отдельную статью, определяющую основные понятия: «сирота» и «дети, оставшиеся без попечения родителей», «семья» и т.д.

Необходимо принять новый закон «О дополнительных гарантиях по социальной поддержке детей сирот и детей, оставшихся без попечения родителей», **с целью систематизирования всех прав и свобод, льгот и гарантий предусмотренных детям-сиротам и детям, оставшимся без попечения родителей**, определяющий основные понятия, устанавливающий порядок помещения детей в дома ребёнка и школы - интернаты, закрепляющий основные права и механизмы реализации прав и льгот. (на конец)

Согласно статье 55 Семейного Кодекса РТ, ребёнком признается лицо, не достигшее возраста 18 лет (совершеннолетия). Данное определение соответствует понятию „ребёнок”, существующему в Конвенции о правах ребёнка⁸. К одному из основных личных неимущественных прав ребёнка относится его право до воспитания в семье, так как там закладываются предпосылки нормального развития ребёнка как личности, его духовного и нравственного созревания. Конвенция ООН о правах ребенка (далее по тексту Конвенция) признает, что ребёнку для полного и гармоничного развития его личности необходимо расти в семейном окружении, в атмосфере счастья, любви и понимания.

Во всех действиях касающихся детей, независимо от того, предпринимаются они государственными или частными учреждениями, судами, административными или законодательными органами, первоочередное внимание уделяется наилучшему обеспечению интересов ребёнка⁹.

Ребёнок с момента рождения имеет право знать своих родителей и право на их заботу¹⁰. Конвенция также устанавливает задачу государства обеспечивать

⁸ Статья 1 Конвенции ООН о правах ребенка.

⁹ Статья 3 Конвенции ООН о правах ребенка.

¹⁰ Часть 1 статьи 7 Конвенции о правах ребенка.

осуществление этих прав в соответствии с его национальным законодательством и выполнение относительных обязательств согласно соответствующим международным документам в этой области¹¹.

Статья 33 Конституции РТ устанавливает: «семья, как основа общества находится под защитой государства». Согласно статье 34 Конституции РТ «мать и ребёнок находятся под особой защитой и покровительством государства».

Право ребёнка жить и воспитываться в семье тоже закреплено в Семейном Кодексе Республики Таджикистан: «Каждый ребёнок имеет право жить и воспитываться в семье. Ребёнок имеет право на заботу со стороны родителей, обеспечение его интересов, всестороннее развитие, уважение его человеческого достоинства»¹².

Надо однако отметить, что в Республике Таджикистан широко применяется помещение детей из малоимущих либо семей детей, которые лишены воспитания одного из родителей, в государственные учреждения, такие как школы-интернаты или дома ребёнка.

По данным Министерства труда и социальной защиты населения количество побывавших в государственных учреждениях круглых сирот составляет 1447 детей, а у 120021 детей находящихся в государственных учреждениях есть один из родителей. По сведениям UNICEF в Таджикистане минимум 80% детей, находящихся в интернатных учреждениях, имеют своих биологических родителей¹³.

Лишённые родительского воспитания «временно» дети помещаются в детские дома и школы-интернаты. Срок «временного» помещения зависит от конкретной ситуации. К примеру, если отец ребёнка совершил опасное деяние и находится в месте лишения свободы, а мать не имеет постоянного места работы и вынуждена уехать на заработки, дитя помещается в дом ребёнка или же в школу-интернат под категорию «временные», что само по себе означает, что временно находится в доме ребёнка и его не могут усыновить или же удочерить. На практике часто такие дети годами проживают в школах-интернатах и в домах ребёнка, так и не являясь сиротами, но и не имеют фактически семьи (родителей). Это так называемые «*социальные сироты*»¹⁴ с неопределённым статусом. К сожалению, в последние годы число таких детей и подростков постоянно увеличивается. Заботу о них берёт на себя государство. Среди воспитанников государственных

¹¹ Часть 2 статьи 7 Конвенции о правах ребенка.

¹² Часть 2 статьи 55 Семейного Кодекса.

¹³ Альтернативный доклад неправительственной организации о ходе выполнения Республикой Таджикистан Конвенции о правах ребёнка, который был подготовлен ОО «Бюро по правам человека и соблюдению законности», 2009 г.

¹⁴ Социальные сироты – дети, имеющие родителей, но оставшиеся без их попечения; <http://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%B8%D1%80%D0%BE%D1%82%D0%B0>.

учреждений лишь малое количество не имеет родителей и это обозначает, что в большинстве случаев дети являются социальными сиротами.

На пример в январе 2012 года в доме ребёнка города Худжанда воспитывалось 36 девочек и 22 мальчика в возрасте до 7 лет. Из них – двое брошенных детей и шесть «отказников»¹⁵. В Доме ребёнка ещё 10 детей с инвалидностью и ещё 40 детей из неполноценных семей, помещённых временно. Это те дети, у которых, к примеру, родители находятся в местах лишения свободы. После освобождения они возвращаются и забирают детей домой¹⁶.

В своих рекомендациях Республике Таджикистан Комитет по правам ребёнка указал обеспокоенность по поводу того факта, что многие родители предпочитают передавать детей на воспитание в детские учреждения в силу экономических причин и что большинство семей не осознают негативных последствий подобной практики для развития молодого человека. Особую обеспокоенность Комитета вызывает новая тенденция временной институционализации детей в связи с миграцией родителей. Комитет сожалеет о том, что альтернативный уход за детьми, лишенными семейного ухода, редко существует в иной форме помимо указанной, в то время как условия содержания детей в покровительственных учреждениях являются неблагоприятными, а государство не осуществляет контроля за соблюдением стандартов предоставляемого ухода¹⁷.

Международные и национальные нормы защищают и гарантируют право ребёнка воспитываться и жить в семейном окружении. Однако подзаконные акты предусматривают помещение детей лишившихся одного из родителей либо являющихся из малоимущих семей в дома ребёнка и школы-интернаты. В Республике Таджикистан активно применяется временное помещение детей в социальные учреждения, однако проживание таких детей в таких местах часто продолжается из года в год. Среди воспитанников государственных учреждений лишь малое количество детей не имеют родителей и это значит, что в большинстве случаев дети являются социальными сиротами.

Раздел 6 Семейного Кодекса РТ устанавливает формы воспитания детей, оставшихся без попечения родителей¹⁸. Статья 122 Семейного кодекса определяет

¹⁵ Отказники – это дети, которых родители добровольно отказались от своего несовершеннолетнего ребёнка;

¹⁶ Интервью главного врача Дома ребёнка города Худжанда: <http://www.islamsng.com/tjk/news/3922#.T2WCF1pPWn4>.

¹⁷ Заключительные замечания Комитета по правам ребёнка ООН Таджикистану, 11-29 января 2010г.

¹⁸ В данный раздел входят три главы:

- Глава 18. Выявление и устройство детей, оставшихся без попечения родителей (статьи 122-124 Семейного Кодекса РТ);
- Глава 19. Усыновление (Удочерение) (статьи 125-146 Семейного Кодекса РТ);

перечень детей, оставшихся без попечения родителей, которые в таком случае нуждаются в особой помощи¹⁹. Однако данная статья имеет пробелы. Одним из оснований признания ребёнка оставшимся без попечения родителей является «болезнь родителей». В данной статье не указывается степень и тяжесть болезни. Также «длительное отсутствие» родителей признано как отсутствие родительского попечения, но в статье не определён срок отсутствия родителей. Это может привести до разного толкования со стороны уполномоченных органов. Суды на практике руководствуются статьей 130 Семейного Кодекса, согласно которой «не требуется согласие родителей ребёнка на усыновление в случаях, если они по причинам, признанным судом неуважительными, более шести месяцев не проживают совместно с ребёнком и уклоняются от его воспитания и содержания». Такой же срок установлен и в Положении об органах опеки и попечительства, утверждённым Постановлением Правительства РТ от 11 марта 2000 года № 98. Согласно пункту 16 указанного Положения опека и попечительство над несовершеннолетними устанавливаются, если «родители более шести месяцев не могут заниматься воспитанием детей (помещение в больницу, длительная командировка и т.п.)». Но в целях предупреждения разного толкования норм, в данном случае в Семейном Кодексе необходимо указать чёткий срок «длительного отсутствия» «в течение шести месяцев».

Необходимо указать в Семейном Кодексе РТ случаи, когда дети могут считаться временно лишёнными семейного окружения, что запрещает их дальнейшее усыновление или же удочерение другими семьями, а кроме того тоже в каких случаях детям необходимо заменить семейный уход со стороны государства. (повторить на конце в сокращённой форме)

Согласно части 1 статьи 124 Семейного кодекса:

«Дети, оставшиеся без попечения родителей, подлежат передаче на воспитание в семью (на усыновление, удочерение), под опеку (попечительство), а при отсутствии такой возможности в учреждения для детей-сирот или детей, оставшихся без попечения родителей, всех типов (воспитательные учреждения, лечебные учреждения, учреждения социальной защиты населения и другие аналогичные учреждения)».

- Глава 20. Опека и попечительство над несовершеннолетним (статьи 147-158 Семейного Кодекса РТ).

¹⁹ Статья 122 часть 2: Защита прав и интересов детей в случаях смерти родителей, лишения их родительских прав, ограничения их в родительских правах, признания родителей недееспособными, болезни родителей, длительного отсутствия родителей, уклонения родителей от воспитания детей или от защиты их прав и интересов, в том числе при отказе родителей взять своих детей из воспитательных учреждений, лечебных учреждений, учреждений социальной защиты населения и других аналогичных учреждений, а также в других случаях отсутствия родительского попечения возлагается на органы опеки и попечительства.

Пункт «а» части 3 Типового положения об образовательных учреждениях типа школа-интернат в Республике Таджикистан²⁰ устанавливает: «Подобное учебное заведение типа школа-интернат для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, на основании направления Министерства образования Республики Таджикистан охватывает детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, лишившихся отца или матери (одиноких матерей и отцов); детей из малоимущих семей, обеспечивает гарантии прав на образование и возможность на получение той или иной профессии с предоставлением места проживания».

Согласно части 26 данного Положения «в образовательные учреждения типа школа-интернат для детей-сирот и оставшихся без попечения родителей принимаются:

- дети-сироты и дети, оставшиеся без попечения родителей;
- дети одиноких матерей (отцов) и малоимущие в виде исключения;
- дети, нуждающиеся в воспитании общества, по причине сложившихся жизненных и трудовых обстоятельств, состоянию здоровья родителей (или лиц, их заменяющих);
- дети-сироты, лишившиеся попечительства и заботы со стороны семьи временно или навсегда».

Согласно Типовому положению в образовательные учреждения типа школа-интернат для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, принимаются также дети одиноких матерей (отцов) и малоимущие в виде исключения. Данная норма, идет в разрез праву ребёнка воспитываться в семье, гарантированному Конвенцией о правах ребёнка и Семейным Кодексом РТ.

Статья 122 Семейного Кодекса Республики Таджикистан нуждается в изменении и дополнении. В частности необходимо более расширить понятие «болезнь родителей», уточнить тяжесть болезни, указать чёткий срок при указании на длительное отсутствие родителей.

Часть 26 Типового положения не соответствует нормам Семейного Кодекса РТ, в частности статье 122 Семейного Кодекса, которая определяет перечень детей, оставшихся без попечения родителей.

Согласно нормам Конституции РТ мать и ребёнок находятся под особой защитой государства. Но однако законодательством РТ не предусмотрена выплата пособий одиноким матерям²¹ и это доказывает, что отсутствует социальная поддержка родителей, воспитывающих своих детей; выплата пенсий детям, которые

²⁰ Утверждён Постановлением Правительства от 30 июня 2007 года № 347.

²¹ Здесь подразумеваются случаи, когда у ребёнка официально отсутствует отец, так как в свидетельстве о рождении в графе отец никто не указан.

лишились отца или матери, соответствуют минимальной заработной плате, что в свою очередь является причиной помещения детей в школы-интернаты.

De lege ferenda кажется, что было бы неплохо в статье 122 Семейного кодекса, устанавливающей категории детей, оставшихся без попечения родителей, убрать пункты «болезнь родителей», «длительное отсутствие», «отсутствие родительского попечения», и добавить в статью следующие пункты и дополнения:

- смерть обоих или единственного родителя;
- лишение их родительских прав, ограничение их в родительских правах;
- признание родителей недееспособными;
- отсутствие родителей более шести месяцев по причине нахождения в учреждениях, исполняющих наказание в виде лишения свободы или в местах содержания под стражей, в местах, где находятся подозреваемые и обвиняемые в совершении преступлений;
- при тяжелом заболевании и нахождении в лечебных учреждениях, а также в других случаях отсутствия родительского попечения более шести месяцев;
- уклонение родителей от воспитания детей или от защиты их прав и интересов при их отказе забрать своих детей из воспитательных учреждений, лечебных учреждений, учреждений социальной защиты населения и других аналогичных учреждений.

В Законе РТ «О социальном обеспечении граждан» нужно установить гарантии на социальные поддержки одиноким матерям, повысить социальные выплаты одиноким родителям, воспитывающим своих детей, предоставить материальную помощь многодетным семьям.

Только в необходимых случаях надо осуществлять помещение детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей в государственные учреждения. Нужно определить срок временного помещения детей в домах ребёнка и в школах-интернатах, после которого органам опеки и попечительства можно предпринимать действия по альтернативному воспитанию детей, в том числе организовать усыновление/удочерение данных детей.

Необходимо уделить особое внимание праву ребёнка жить и воспитываться в семье, внести изменения и дополнения в национальное законодательство, запрещающее помещения детей, имеющих одного из родителей или же детей из малообеспеченных семей в школы-интернаты. Кроме того кажется полезным разработать программу социальной и экономической помощи уязвимым семьям.

Ochrona praw dziecka w kontekście współczesnych konfliktów zbrojnych – wybrane aspekty

Wstęp

Punktem wyjścia moich rozważań jest przekonanie, że nie można analizować ochrony praw dziecka podczas konfliktów zbrojnych, nie mając jednocześnie na uwadze aktualnych realiów tych konfliktów. W ostatnim czasie coraz wyraźniej uwidaczniają się daleko idące zmiany w tej materii, znajdujące swe odbicie na gruncie prawa międzynarodowego¹. Najbardziej tragiczne skutki owych zmian dotyczą osób, których prawa są szczególnie narażone podczas działań zbrojnych: dorosłych cywilów oraz dzieci (zarówno tych uznawanych za osoby cywilne, jak i posiadające status kombatanta). W związku z tym istnieje pilna potrzeba wypracowania instrumentów chroniących poszczególne grupy osób przed konsekwencjami współczesnych metod i środków prowadzenia walki.

Analiza praktycznego funkcjonowania poszczególnych instytucji mających chronić dzieci nie byłaby możliwa do zrealizowania w ramach tego tekstu. Moim celem jest próba odpowiedzi na pytanie, czy istniejące międzynarodowe regulacje dotyczące dzieci w konfliktach (na płaszczyźnie praw człowieka/dziecka, prawa humanitarnego oraz międzynarodowego prawa karnego) mogą zawierać odpowiedź na wyżej wspomniane przemiany w rzeczywistości walki zbrojnej. Chciałbym, by moje rozważania w jakimś stopniu pomogły także ocenić, czy dzieci stanowią taką grupę osób, której swoiste cechy umożliwiają skonstruowanie skutecznej ochrony w realiach współczesnych wojen.

Wybrane zagadnienia, które moim zdaniem mają obecnie szczególne znaczenie w procesie ewolucji konfliktów, stanowiące będą oś moich rozważań. Interesują mnie zjawiska znacznie wykraczające poza przyjmowane w prawie i doktrynie definicje wojny – obiektem moich analiz będą wszelkie akty zbrojnej agresji angażujące dzieci. Jednocześnie pominę niektóre niezwykle istotne i tradycyjnie kontrowersyjne aspekty problematyki sytuacji dziecka podczas konfliktu, takie jak np. różnice w definicji dziecka

¹ Zob.: W. Czapliński, A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe publiczne. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2014, s. 932 i n.

w poszczególnych aktach prawnych². Według mnie współcześnie centrum problemów prawa humanitarnego dotyczącego dzieci znajduje się gdzie indziej.

1. Walczące strony

Szczególnym wyzwaniem są dziś dla prawa międzynarodowego tzw. wojny hybrydowe, na które oprócz działań regularnych oddziałów wojskowych składają się takie elementy jak m.in. używanie najnowszych technologii, posługiwanie się nieregularnymi i nieoznaczonymi grupami militarnymi, wykorzystywanie nowoczesnych form przymusu i groźby, a także czynnika ekonomicznego w agresji i przy wywieraniu nacisku na przeciwniku.

Historia konfliktów toczonych w ostatnich dziesięcioleciach pokazuje, że niejednokrotnie samo ustalenie uczestników walki nie jest łatwe. Głównymi aktorami konfliktów coraz rzadziej są wyłącznie suwerenne podmioty prawa międzynarodowego, które uprzednio wiązały się postanowieniami dotyczącymi warunków walki. W literaturze prawa międzynarodowego zauważa się wzrost liczby wojen, w których co najmniej jedną ze stron stanowią nieregularne oddziały takie jak partyzanci i grupy narodowowyzwoleńcze³. Jednocześnie warto zauważyć, że współcześnie państwa mają bez wątpienia możliwość skutecznego wpływania na konflikt lub kontrolowania go za pomocą bezpośrednich uczestników – takich jak grupy separatystyczne i partyzanckie.

W tym kontekście trudności z jednoznacznym ustaleniem walczących stron powinny stanowić jak najmniejszą przeszkodę dla skuteczności ochrony gwarantowanej dzieciom. Konwencja o prawach dziecka z 1989 roku⁴ nakazuje państwom-sygnatariuszom podjęcie „wszelkich możliwych kroków dla zapewnienia, aby osoby, które nie osiągnęły wieku piętnastu lat nie brały bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych” (art. 38, ust. 2). Również Afrykańska karta praw i dobra dziecka⁵: lokalny akt prawa międzynarodowego przyjęty w 1990 r., oprócz obowiązku poszanowania przepisów prawa humanitarnego właściwego dla ochrony dzieci w sytuacji konfliktu przewiduje, że umawiające się strony nie tylko powstrzymają się od rekrutowania dzieci, lecz także podejmą „wszelkie możliwe kroki w celu zapewnienia, że żadne dziecko nie będzie brało bezpośredniego udziału w działaniach zbrojnych” (art. 22, ust. 2). Zarówno Konwencja, jak i Karta, choć wiążą poszczególnych sygnatariuszy, oddzielają niejako ochronę dzieci od ustalenia i zgody co do tego, kto jest stroną konfliktu.

² Zob. np.: J. Sandorski, *Ochrona dziecka w konflikcie zbrojnym*, [w:] T. Smyczyński, *Konwencja o Prawach Dziecka – analiza i wykładnia*, Poznań 1999, s. 436.

³ Zob.: W. Czapliński, A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 932.

⁴ Konwencja o prawach dziecka z 20 listopada 1989 r., Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526, ze zm.

⁵ African Charter on the Rights and Welfare of the Child, OAU Doc. CAB/LEG/24.9/49 (1990).

Protokół fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie angażowania dzieci w konflikty zbrojne z 2000 roku⁶ zawiera nieco bardziej konkretny zapis w tym względzie: zakazuje naboru osób poniżej osiemnastego roku życia i wykorzystywaniu ich w działaniach wojennych innym grupom zbrojnym niż siły zbrojne danego państwa (art. 4 ust.1). Na państwa-strony nakłada zaś nakaz podjęcia wszelkich środków w celu zapobiegnięcia tym praktykom – również środków prawnych, w tym także ustanowienia sankcji (art. 4 ust. 2). Prawna ochrona dzieci została więc rozszerzona poza oficjalną militarną działalność państw i poza zakaz rekrutacji. Grupy wykorzystujące dzieci na różne sposoby w działaniach zbrojnych mogą zatem zostać pociągnięte do odpowiedzialności, jeśli oczywiście państwa podejmą efektywne środki pozwalające na jej egzekwowanie.

Wyraźne uniezależnienie ochrony najmłodszych osób od charakteru walczącego podmiotu przewiduje również Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego⁷, w którym wcielanie lub werbowanie dzieci do sił zbrojnych państwa, innych sił zbrojnych, a także faktyczne wykorzystywanie ich w walce stypizowano jako zbrodnie wojenne (zarówno w konfliktach międzynarodowych, jak i wewnętrznych art. 8 ust. 2 lit. b), pkt. XXVI; lit. e), pkt. VII.). Również w Statucie Sądu Specjalnego dla Sierra Leone⁸ rekrutacja dzieci do jakichkolwiek grup biorących udział w konflikcie została uznana za zbrodnie wojenną (art. 4 lit. c)).

Na marginesie tych unormowań należy zauważyć, że dzieci bez porównania bardziej niż inne osoby są narażone na manipulacje i ukryte wykorzystywanie ze strony podmiotów biorących udział w konflikcie. W czasach, gdy grupy uzbrojonych osób bez oznaczonych mundurów stanowią poważny problem dla prawa humanitarnego, nietrudno wyobrazić sobie sytuację, w której organizacje militarne, a nawet państwowe siły zbrojne wykorzystują dzieci do pojedynczych działań (takich jak np. akcje sabotażowe) w sposób praktycznie uniemożliwiający powiązanie ich z jakimkolwiek aktorem konfliktu. Normy prawa humanitarnego powinny być dostosowane do istnienia tego typu okoliczności.

2. Granice konfliktu

Charakter wojen hybrydowych: różnorodność podejmowanych przez strony działań, udział nieregularnych grup militarnych, lokalny wymiar akcji zbrojnych i angażowanie

⁶ Protokół fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie angażowania dzieci w konflikty zbrojne przyjęty w Nowym Jorku dnia 25 maja 2000 r., Dz. U. z 2007 r. Nr 91, poz. 248.

⁷ Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r., Dz. U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708.

⁸ Statute of The Special Court for Sierra Leone, 16.01.2002.

najnowszych zdobyczy technologicznych może prowadzić do stanu, w którym niełatwo jednoznacznie określić czasowe ramy konfliktu. Sytuację dodatkowo komplikuje odmienna, a nawet zdecydowanie przeciwna retoryka i polityka państw, którym społeczność międzynarodowa przypisuje możliwość wpływania na rozwój konfliktów⁹.

Już w IV konwencji genewskiej z 1949 r. (o ochronie osób cywilnych podczas wojny)¹⁰ przewidziano zastosowanie zawartych w niej postanowień do konfliktu zbrojnego pomiędzy państwami-stronami również wtedy, gdy jedno z nich nie uznaje stanu wojny (art. 2). Konwencja w wielu miejscach nakłada na państwa różnego rodzaju obowiązki, których adresatami mają być dzieci w określonym wieku (np. do 12 i do 15 lat).

Poważne trudności w odróżnieniu sytuacji konfliktu zbrojnego od (względego) pokoju mogą występować w obliczu humanitarnej katastrofy lub długotrwałych, wielopłaszczyznowych konfliktów. Nadzieja na efektywne złagodzenie konfliktu znacznie zmniejsza się, gdy mamy do czynienia z sytuacją, w której duża część społeczeństwa została zaangażowana w walkę lub akty przemocy (np. podczas kryzysów humanitarnych takich jak ludobójstwa).

Wszystkie te okoliczności utrudniają proces kończenia konfliktu za pomocą prawa międzynarodowego i ochrony praw jednostek, w szczególności osób cywilnych. Wówczas dla podmiotów prawa międzynarodowego mogących w jakimś zakresie powstrzymać przemoc najbardziej pilnym celem do osiągnięcia stają się doraźne porozumienia, możliwe do osiągnięcia mimo różnic w ocenie sytuacji i opinii na temat odpowiedzialności. Należy zauważyć, że IV konwencja genewska nakłada na strony konfliktu obowiązek dążenia do zawierania między sobą lokalnych porozumień, których celem jest ewakuacja dzieci (obok innych szczególnie narażonych osób) ze strefy oblężonej i strefy otoczonej, a także dopuszczanie do takich stref duchownych, personelu i sprzętu sanitarnego (art. 17). Jeśli chodzi o bardziej współczesne postanowienia w tej dziedzinie, K. Gałka zwraca uwagę na porozumienia pokojowe mające regulować poszczególne aspekty konfliktu (takie jak rozbrojenie, demobilizację i reintegrację w przypadku aktu zawartego pomiędzy Ugandą i Armią Bożego Oporu/Ruchem)¹¹, a także na bardziej kompleksową w intencji twórców porozumień ochronę praw dzieci, jak w przypadku Porozumienia pokoju i pojednania dla Burundi (zawartego w 2000 r. w Aruszy). To drugie porozumienie przewidywało m.in. włączenie gwarancji praw dziecka do porządku prawnego Republiki Burundi¹². Potrzeba reakcji na trwającą od kilku lat wojny domowej, podpisanie

⁹ Można w tym miejscu wspomnieć np. wydarzenia na Ukrainie z 2014 roku.

¹⁰ Konwencja genewska o ochronie osób cywilnych podczas wojny. Genewa, 12 sierpnia 1949 r., Dz. U. z 1956 r. Nr 38, poz. 171, załącznik.

¹¹ K. Gałka, *Szczególna ochrona dziecka w porozumieniach pokojowych*, [w:] E. Karska (red.), *Prawa dziecka w prawie międzynarodowym*, Warszawa 2014, s. 278–279.

¹² Zob. *ibidem*, s. 279 i n.

umowy przez 13 stron konfliktu, wyznaczenie konkretnych celów (jak np. zmniejszenie śmiertelności noworodków o połowę), określona definicja zawieszenia broni przyjęta w porozumieniu (której elementem było powstrzymanie się od wykorzystywania dzieci w walce)¹³ sprawiły, że porozumienie z Aruszy stało się próbą zastosowania gwarancji wynikających m.in. z Konwencji o prawach dziecka w sytuacji skomplikowanego konfliktu.

Efektywność tego rodzaju środków prawnych zależy jednak od politycznej woli stron – omawiane powyżej porozumienie nie położyło ostatecznie kresu walkom w Burundi¹⁴.

Od lat jednym z najbardziej istotnych aspektów problematyki granic konfliktów zbrojnych są tzw. konflikty międzynarodowe – walki o zróżnicowanym charakterze toczone w granicach danego państwa. Bardzo często aktorami tych konfliktów są właśnie grupy militarne nienależące do oficjalnych narodowych sił zbrojnych. Wspomniane powyżej regulacje w znacznej mierze odnoszą się także do tego rodzaju działań zbrojnych – na przykład Afrykańska karta praw i dobra dziecka rozszerza ochronę i opiekę państw-sygnatariuszy nad dziećmi pokrzywdzonymi przez działania wojenne również na sytuacje „wewnętrznych konfliktów zbrojnych, napięć i walk” (art. 22, ust. 3)¹⁵.

Nie należy zapominać, że obecnie bardzo istotnymi elementami walki na arenie międzynarodowej jest podejmowana na szeroką skalę dezinformacja, a także różne formy presji, takie jak np. groźby ekonomiczne. Już IV konwencja genewska nałożyła na „mocarstwo okupacyjne” obowiązek powstrzymania się od stosowania określonej propagandy i nacisków wobec dzieci oraz innych osób chronionych w tym akcie prawnym (art. 51). Warunki toczonych współcześnie konfliktów tym bardziej uzasadniają potrzebę uwzględnienia informacyjnego wymiaru prowadzenia walki.

3. Konflikt cybernetyczny

Na osobne omówienie niewątpliwie zasługuje ochrona praw dziecka w specyficznej potencjalnej sferze konfliktu, jaką jest cyberprzestrzeń.

Walka za pomocą systemów informatycznych jest zjawiskiem przewidywanym, spodziewanym, a nawet opisywanym jako miejsce występujące już w przeszłości. Nie tylko eksperci w sprawach obronności i autorzy literatury dotyczącej prawa i stosunków międzynarodowych pozostają zgodni co do tego, że jest to problematyka o coraz większym znaczeniu w dziedzinie bezpieczeństwa i konfliktów zbrojnych. Coraz więcej obywateli jest świadomych znaczenia kwestii agresji w cyberprzestrzeni.

¹³ *Ibidem*, s. 281.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Tłumaczenie własne autora. W oryginale: „internal armed conflicts, tension and strife”.

Jednym z najbardziej znaczących kroków podjętych w ostatnich latach w tej dziedzinie było stworzenie przez międzynarodową grupę specjalistów w dziedzinie prawa i wojskowości projektu aktu o nazwie „Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare” (opublikowanego w roku 2013). Projekt ten nie jest co prawda wiążącym prawem, ale nie można zaprzeczyć, że stanowi dość znaczący krok na drodze do konceptualizacji wojen cybernetycznych na płaszczyźnie prawa. Poza tym należy pamiętać o roli, jaką na gruncie prawa międzynarodowego odgrywają opinie uznanych jurystów¹⁶. „Tallinn Manual” w założeniu jego twórców miał stanowić propozycję transpozycji istniejącego dorobku prawnego – w dużej mierze zwyczajów międzynarodowych – na przestrzeń powstałą stosunkowo niedawno i jednocześnie wymagającą złożonych regulacji w zakresie konfliktów zbrojnych.

Autorzy aktu uzasadnili prawem zwyczajowym między innymi ochronę dzieci w czasie cybernetycznego konfliktu zbrojnego. Oprócz tego nawiązali do art. 38 Konwencji o prawach dziecka, artykułów Protokołu fakultatywnego do Konwencji, a także przepisów I oraz II Protokołu dodatkowego do konwencji genewskich przyjętych w 1949 roku¹⁷. Ekspertcy wywiedli z tych norm zakaz poboru i werbunku dzieci do sił zbrojnych oraz pozwalania dzieciom na branie udziału w działaniach wojennych w cyberprzestrzeni¹⁸.

Co do charakteru udziału uczestnictwa w działaniach zbrojnych, twórcy dokumentu powołali się na zwyczaj i uznali sformułowanie „branie udziału” za najbardziej odpowiednie, zauważając pojawiające się w orzecznictwie i literaturze kontrowersje dotyczące kryteriów „bezpośredniego udziału i aktywnego uczestnictwa”¹⁹. Wydaje się, że w obliczu dynamicznych i trudnych do uchwycenia za pomocą prawa zmian systemów informatycznych, bardzo pojemne określenie udziału w wirtualnym konflikcie byłoby jak najbardziej pożądane.

Jeśli chodzi o niezależność ochrony dziecka od rodzaju walczących podmiotów, na kartach „Tallinn Manual” można odnotować kontynuację kursu zapoczątkowanego w Protokole fakultatywnym do Konwencji o prawach dziecka z 2000 r. Przewidziano zakaz rekrutacji i poboru dzieci do państwowych sił zbrojnych i jakichkolwiek innych grup militarnych w jakichkolwiek okolicznościach. Ekspertcy zaproponowali też nakaz podejmowania przez państwa „wszystkich wykonalnych środków w celu zapewnienia,

¹⁶ Jako klasyczny przykład służy art. 38 Statutu Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości.

¹⁷ 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.

¹⁸ M. N. Schmitt (red.), *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge 2013, s. 218.

¹⁹ *Ibidem*, s. 219–220.

że dzieci nie będą uczestniczyć w działaniach zbrojnych”²⁰. Podkreślili jednocześnie, że nakaz ten obejmuje udział dzieci w narodowych siłach zbrojnych, innych zorganizowanych grupach, a także wówczas, gdy dziecko działa na własną rękę²¹. Ustanowienie takiego zakresu odpowiedzialności państw wydaje się trafnym pomysłem ze względu na specyfikę cyberprzestrzeni.

Atak cybernetyczny został w projekcie zdefiniowany jako „operacja cybernetyczna, ofensywna lub defensywna, której dające się przewidzieć racjonalnie skutki obejmują krzywdy lub śmierć osób albo uszkodzenie lub zniszczenie rzeczy”²². Definicja ta odnosi się zarówno do konfliktów międzynarodowych, jak i wewnętrznych²³. Atakiem byłoby także działanie wywołujące poważne cierpienia psychiczne wśród wrogiej społeczności (np. poprzez terror spowodowany za pomocą systemów informatycznych)²⁴. Za metody wojny cybernetycznej uznano zaś „taktyki, techniki i procedury cybernetyczne, przy pomocy których prowadzone są działania zbrojne”²⁵. W komentarzu do tej drugiej definicji autorzy zaznaczyli, że niektóre operacje cybernetyczne wymierzone w przeciwnika, niespełniające kryteriów ataku cybernetycznego, mogą być zaliczone do metod prowadzenia wojny²⁶. Przykłady te świadczą o intencji szerokiego stosowania prawa konfliktów zbrojnych, również w przypadku działań niekojarzonych raczej z wojną konwencjonalną.

Mimo tego stosunkowo szerokiego zakresu ochrony dzieci przewidzianego w „Tallinn Manual” należy pamiętać, że rzeczywistość konfliktu w cyberprzestrzeni jest czymś wyjątkowo trudnym do antycypowania na płaszczyźnie prawa. Wątpliwości dotyczące określenia poszczególnych uczestników, stron i granic działań zbrojnych w przypadku wojny cybernetycznej nie tylko nie uległyby redukcji, lecz jeszcze bardziej utrudniłyby ochronę osób cywilnych.

Podsumowanie

Na zakończenie spróbuję sformułować ogólne wnioski wynikające ze scharakteryzowanego powyżej status quo.

²⁰ Tłumaczenie własne autora. W oryginale: „all feasible measures to ensure that children do not participate in hostilities”, zob. *ibidem*.

²¹ *Ibidem*, s. 219. Por. moje uwagi nt. *quasi*-samodzielnego działania dzieci wyrażone w części tekstu dotyczącej walczących stron.

²² Tłumaczenie własne autora. W oryginale: „cyber operation, whether offensive or defensive, that is reasonably expected to cause injury or death to persons or damage or destruction to objects”.

²³ *Ibidem*, s. 106.

²⁴ Zob. *ibidem*, s. 108.

²⁵ Tłumaczenie własne autora. W oryginale: „cyber tactics, techniques, and procedures by which hostilities are conducted”. Zob. *ibidem*, s. 141.

²⁶ *Ibidem*, s. 142.

Wśród centralnych wyzwań, przed jakimi stoi współczesne prawo humanitarne dotyczące dzieci, nie jest jedynie typizowanie jak najszerszego zakresu możliwych sposobów naruszeń ich praw. Wydaje się, że w obliczu dynamicznych zmian w zakresie metod, środków i przestrzeni prowadzenia działań zbrojnych głównym postulatem ochrony praw dziecka w sytuacji konfliktu powinno być uniezależnianie efektywnej ochrony od bezspornego uznania istnienia konfliktu, walczących stron i charakteru, w jakim dziecko uczestniczy w wojnie.

Oczywiście, konkluzja ta nie może prowadzić do akceptacji stosowania w każdych okolicznościach wszelkich środków mających na celu ochronę praw dziecka, np. rozpoczynania humanitarnej interwencji bez uzasadnionych powodów takiej operacji²⁷.

Od lat do podstawowych elementów prawnomiędzynarodowej ochrony dzieci podczas wojny należy ciążący na sygnatariuszach aktów obowiązek dążenia do całkowitego wyeliminowania bezpośredniego udziału dzieci w konflikcie – niezależnie od formy tego udziału i charakteru grup angażujących dziecko. Można uznać, że obowiązek ten wyznacza generalny kierunek, w którym powinny podążać środki prawne gwarantujące ochronę najmłodszych osób w obliczu konfliktu. Duże znaczenie należy przypisać w tym miejscu podstawowym założeniom towarzyszącym ochronie praw dziecka, które wpływają z cech chronionych podmiotów: znacznie ograniczonej odpowiedzialności za podejmowane działania, domniemaniu silnego wpływu grup i organizacji stworzonych przez dorosłych oraz założenie, że wojna jest dla nich zawsze destrukcyjna.

Elementy te sprawiają, że dzieci są grupą, której prawna ochrona może w pewnym stopniu stanowić reakcję na erozję kategorii wciąż używanych przez nas do opisu wojen (jeśli społeczność międzynarodowa wypracuje efektywne instrumenty w tym względzie)²⁸.

Jednak poleganie na dobrej woli państw mających ograniczać zbrodniczą działalność innych podmiotów dziś już nie wystarczy. Należy przede wszystkim dążyć do tego, by odpowiedzialność za jakikolwiek udział dzieci w konflikcie zbrojnym zawsze była możliwa do przypisania jakiemuś podmiotowi, niezależnie od przewidywanych sankcji. W tym celu konieczna jest zapewne szeroka współpraca organizacji międzynarodowych z grupami ekspertów i sięganie do różnego rodzaju ustaleń naukowych,

²⁷ W doktrynie prawa międzynarodowego podkreśla się, że interwencję taką może uzasadniać jedynie poważny kryzys humanitarny. Zob.: J. Zajadło, *Studia Grotiana*, Gdańsk 2004, s. 221.

²⁸ W literaturze dotyczącej omawianej tematyki częste jest podkreślanie rozdziewku pomiędzy prawnymi gwarancjami a faktycznym egzekwowaniem sankcji za naruszenie tych gwarancji. Zob. np.: M. Michalak, *Referat pt. Ochrona praw dziecka podczas konfliktu zbrojnego, wygłoszony przez Rzecznika Praw Dziecka Marka Michalaka podczas konferencji naukowej* Ludność cywilna wobec aktów terroru; *Wieluń*, 31.08.2014 r., adres strony internetowej: <http://brpd.gov.pl/aktualnosci/75-rocznica-wybuchu-ii-wojny-swiatowej-i-zbombardowania-wielunia> (dostęp: 30.11.2014 r.), s. 11.

a także zwiększanie roli lokalnych instytucji, takich jak organy rozjemcze, których działanie w znacznym stopniu jest zdeterminowane przez kulturę konkretnego społeczeństwa.

Praca dzieci w krajach Ameryki Południowej i w Europie – Peru, Polska

1. Wprowadzenie

Problematyka pracy wykonywanej przez dzieci występuje na każdym kontynencie. Mamy z nią do czynienia nie tylko w Ameryce Południowej czy w Europie, ale jest ona powszechna również na kontynencie Afrykańskim oraz w Azji. W mojej pracy rozważania nad problematyką dzieci ograniczą się do dwóch różnych obszarów terytorialnych oraz kulturowych, to znaczy do Ameryki Południowej i Europy. Zjawisko pracy wykonywanej przez dzieci zostanie przedstawione na przykładzie takich państw jak Peru i Polska. Jak mogłoby się wydawać, problem ten współcześnie nie dotyczy wyłącznie krajów tzw. trzeciego świata, ale występuje także w krajach rozwiniętych czy państwach rozwijających się. Moją pracę rozpocznę od zdefiniowania pojęcia „dziecka”, a następnie przejdę do omówienia międzynarodowych oraz krajowych regulacji prawnych, które dotyczą zatrudnienia dzieci. W ostatniej części zostaną sformułowane uwagi końcowe i spostrzeżenia, których celem będzie zobrazowanie podobieństw oraz różnic występujących w krajach europejskich i latynoamerykańskich na przykładzie Peru i Polski.

2. Definicja „dziecka” w aktach prawa międzynarodowego i krajowego

Pojęcie dziecka zostało sformułowane w postanowieniach Konwencji o prawach dziecka z dnia 20 listopada 1989 r. Konwencja ta przejęta została przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych i ma charakter uniwersalny, powszechny. Oznacza to, że każde państwo na świecie może być stroną tej konwencji i nie występują w niej żadne ograniczenia terytorialne¹. Dodatkowo można stwierdzić, że konwencja ta ma charakter otwarty, gdyż przy przystąpieniu do niej nie jest wymagana zgoda innych państw². Na szczególne podkreślenie zasługuje fakt, że zgodnie z artykułem 1 Konwencji o prawach dziecka: „dziecko oznacza każdą istotę ludzką w wieku poniżej osiemnastu lat, chyba że

¹ A. E. Chmielowiec, *Pojęcie i źródła prawa międzynarodowego*, <http://www.nowapolitologia.pl/politologia/stosunki-miedzynarodowe/pojecie-i-zrodla-prawa-miedzynarodowego> (dostęp: 2.11.2014 r.).

² R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2001, s. 80.

zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono wcześniej pełnoletność”³. Definicja ta wprowadza kryterium wieku, na podstawie którego można bezpośrednio stwierdzić, czy daną osobę należy uważać za dziecko, czy już nie. Ponadto w pierwszym zdaniu tego artykułu zwrócono uwagę, że dziecko to „istota ludzka”. Oznacza to, że żadnego dziecka nie można traktować przedmiotowo. W tym przypadku uważam, że zastosowany zwrot nakazuje w odniesieniu do dzieci respektować wszelkie te prawa oraz wolności, które niezbywalnie przysługują każdemu człowiekowi od momentu jego urodzenia. W szczególności mam tutaj na myśli prawa człowieka, które to Bogusław Banaszak określa jako: „prawa naturalne, wrodzone, niezbywalne [...], nienaruszalne i zawsze i wszędzie ważne”⁴. Również Jacek Błeszyński i Anita Rodkiewicz-Ryżek zwracają uwagę na to, że „termin «prawa dziecka», podobnie jak «prawa człowieka», bywa powszechnie używany i posiada zróżnicowany kontekst znaczeniowy. W takim ujęciu prawa dziecka są jednym z typów praw człowieka, gdzie dziecko jest pełnym podmiotem tych praw”⁵. W odniesieniu do treści Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka z 1948 r. J. Błeszyński oraz A. Rodkiewicz-Ryżek przedstawiają stanowisko, że zawiera się w jej postanowieniach przesłanie kierowane do każdego człowieka, w tym również do dzieci⁶. Dlatego też uważam, że szczególnie ważna jest prawidłowa interpretacja oraz właściwe stosowanie wszelkich aktów prawnych, których postanowienia formułują katalog praw i wolności przysługujący każdej jednostce, bez względu na jej wiek.

W polskim systemie prawnym pojęcie dziecka nie zostało *expressis verbis* wprowadzone, przez co terminologia w tym zakresie jest niejednolita. Na przykład w prawie karnym występuje pojęcie nieletniego, które oznacza osoby m.in. „po ukończeniu lat 13, a nie ukończyły lat 17”⁷. W związku z tym w doktrynie polskiej za synonim dziecka uważać należy pojęcie osoby nieletniej. W przeciwieństwie do przedstawionego przykładu w literaturze nie wyszczególnia się dolnej granicy wieku. Natomiast podkreśla się, że „sprawca, który nie ukończył 17 lat, określany jest jako nieletni”. Dlatego wszystkie osoby poniżej 17. roku życia należy traktować jako osoby nieletnie, co związane jest z ich „niedojrzałością psychiczną i społeczną”⁸. Oprócz tego, zgodnie z treścią Kodeksu cywilnego osobą niepełnoletnią jest ten, kto nie ukończył osiemnastego roku życia. Wyjątek od tej zasady stanowi przypadek, kiedy „przez zawarcie małżeństwa małoletni uzyskuje pełnoletność”⁹. Pomimo to w literaturze prawa cywilnego *expressis verbis*

³ Rzecznik Praw Dziecka Marek Michalak, *Konwencja o Prawach Dziecka*, Warszawa 2012, s. 4–5.

⁴ B. Banaszak, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 2012, s. 356.

⁵ J. Błeszyński, A. Rodkiewicz-Ryżek, *Ochrona praw dziecka w świetle standardów polskich i międzynarodowych*, „Paedagogia Christiana”, 2012, vol. 30, nr. 2, s. 97.

⁶ *Ibidem*, s. 99.

⁷ Ustawa o postępowaniu w sprawach nieletnich z dnia 26 października 1982 r., art. 1 § 1 (2) oraz § 2 (1).

⁸ T. Dukiet-Nagórska (red.), *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2010, s. 161

⁹ Kodeks cywilny z dnia 23 kwietnia 1964 r., art. 10.

zwraca się uwagę na to, że „dziecko dopiero od chwili urodzenia aż do pełnoletności pozostaje pod władzą rodziców”¹⁰. Na podstawie tego typu sformułowań można stwierdzić, że w prawie cywilnym za dziecko uważana jest osoba, która nie ukończyła 18. roku życia. Należy również zauważyć, że w prawie cywilnym wyróżnia się osobę małoletnią „przed ukończeniem 13 roku życia” oraz taką, która nie ukończyła jeszcze 18 lat. Podział ten ma ważne znaczenie z punktu widzenia posiadania zdolności do czynności prawnych, który w pierwszym przydziale wiekowym nie występuje, a w drugim ma on charakter ograniczony tzn. niepełny¹¹. Co więcej, polskie prawo pracy w odniesieniu do osób poniżej 18. roku życia posługuje się dwoma pojęciami: dziecka oraz młodocianego. Osoba młodociana na dzień dzisiejszy oznacza osobę, „która ukończyła 16 lat, a nie przekroczyła 18 lat”¹². W tym miejscu zaznaczę, że z dniem 1 września 2018 r. ta dolna granica wieku ulegnie zmianie i będzie wynosić 15 lat¹³. Zwrot ten również występuje w polskim Kodeksie karnym i ma inny przedział wiekowy, tzn. od 17 lat¹⁴ do 21 lat, a nawet w określonych przypadkach ulega modyfikacji, przez co zostaje podwyższony do 24. roku życia¹⁵. W dostępnej literaturze Prawa pracy, tak samo jak w aktualnie obowiązującym Kodeksie pracy, pojęcie dziecka zostało ograniczane do osoby, która nie ukończyła 16. roku życia. Szerzej o tym piszą Teresa Liszcz¹⁶, Zdzisław Kubot, Tadeusz Kuczyński, Zygmunt Masternak czy Herbert Szurgacz¹⁷. Konstytucja RP w art. 65 pkt 3 stanowi, że „stałe zatrudnianie dzieci do lat 16 jest zakazane”¹⁸. Jak można zauważyć, również tutaj pojęcie dziecka w kontekście ich zatrudnienia zostało ograniczone do 16. roku życia i ma z pewnością znaczący wpływ na inne akty prawne czy normatywne w tym zakresie.

W odróżnieniu od Polski w Peru istnieje legalna definicja dziecka. Zgodnie z ustawą numer 27337 *Código de los niños y adolescentes* z 2000 r. dzieckiem jest się od momentu poczęcia oraz jeśli nie ukończyło się dwunastego roku życia. Kim jest więc w Peru osoba, która ma trzynaście albo piętnaście lat? Zgodnie z postanowieniami *Código de los niños y adolescentes* z 2000 r. w obu przypadkach nie jest już ono dzieckiem. W takim przypadku stosuje się termin *adolescente*, który jest odpowiednikiem w języku

¹⁰ T. Smoczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2012, s. 224.

¹¹ M. Golińska, *Małoletni w prawie cywilnym*, <http://www.infor.pl/prawo/dziecko-i-prawo/nieletni-i-prawo/685742,Maloletni-w-prawie-cywilnym.html> (dostęp: 2.11.2014).

¹² Kodeks pracy z dnia 26 czerwca 1974 r., art. 190 § 1

¹³ Ustawa o zmianie ustawy o systemie oświaty oraz o zmianie niektórych innych ustaw z dnia 19 marca 2009 r., art. 2, art. 26 pkt 5.

¹⁴ Kodeks karny z dnia 6 czerwca 1997 r., art. 10 § 1.

¹⁵ *Ibidem*, art. 115 § 10.

¹⁶ Zob. szerzej: T. Liszcz, *Prawo pracy*, Warszawa 2011, s. 442–454.

¹⁷ Zob. szerzej: Z. Kubot [et al.], *Prawo pracy. Zarys wykładu*, wydawnictwo DIFIN, wyd. III, Warszawa 2010, s. 295–296.

¹⁸ L. Garlicki, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej i inne akty prawne*, Warszawa 2012, s. 14.

polskim: nastolatka, młodzieży. Stosuje się go wyłącznie do osób od 12. roku życia oraz jeśli nie ukończyły jeszcze 18 lat. Ustawa ta również wprowadza domniemanie bycia dzieckiem czy nastolatkiem w przypadku, gdy zaistnieją jakiekolwiek wątpliwości związane z ich wiekiem¹⁹. Zostanie ono szerzej omówione w dalszej części niniejszego opracowania, poświęconej uregulowaniom prawa peruwiańskiego (tego typu domniemanie nie występuje w polskim systemie prawnym).

3. Akty prawa międzynarodowego odnoszące się do pracy dzieci

3.1. Konwencja o prawach dziecka

Zarówno Polska, jak i Peru są stronami międzynarodowej Konwencji o prawach dziecka z dnia 20 listopada 1989 r. W nawiązaniu do tej konwencji A. Przyborowska-Klimczak zwróciła uwagę, że „weszła ona w życie w dniu 2 września 1990 r.” i „stronami Konwencji są 192 państwa (stan na dzień 1 grudnia 2004 r.)”²⁰. W Polsce weszła ona w życie w dniu 7 lipca 1991 r.,²¹ a w Peru 10 października 1990 r.²² Na podstawie dostępnych powszechnie źródeł można stwierdzić, że tekst Konwencji o prawach dziecka został w Peru przyjęty w całości²³, natomiast strona Polska, ratyfikując tę konwencję, wprowadziła zastrzeżenia do artykułu 7 oraz artykułu 38²⁴, które następnie w 2013 roku zostały wycofane²⁵. María Isabel Álvarez Vélez podkreśla, że treść konwencji ma charakter wiążący dla jej stron–państw oraz jednocześnie stanowi ona akt prawa międzynarodowego o doniosłym znaczeniu chroniącym dzieci²⁶. Ponadto w literaturze hiszpańskiej zwraca się uwagę, że wszystkie jej postanowienia są w jednakowym stopniu ważne i żadne z nich nie przeważa nad pozostałymi, tzn. nie ma charakteru nadrzędnego²⁷.

¹⁹ Ustawa nr 27337 z dnia 7 sierpnia 2000 r., Título Preliminar, art. I.

²⁰ A. Przyborowska-Klimczak, *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, Lublin 2005, s. 210.

²¹ Ministerstwo Spraw Zagranicznych Rzeczypospolitej Polskiej, *Konwencje ONZ z zakresu praw człowieka*, http://www.msz.gov.pl/pl/polityka_zagraniczna/prawa_czlowieka/prawa_czlowieka_w_ujeciu_nz/konwencje_onz_1/ (dostęp: 5.11.2014).

²² Ministerio de Relaciones Exteriores, *Archivo Nacional de Tratados: Embajador Juan Miguel Bakula Patino*, https://apps.rree.gob.pe/portal/webtratados.nsf/Ficha_Tratados.xsp?databaseName=VICUS/MREPERU!!portal%5Ctratados.nsf&documentId=F9A26F3F4C584BF305256D0300790D18&action=openDocument (dostęp: 5.11.2014).

²³ Resolución Legislativa numer 25278 z dnia 3 sierpnia 1990 r., http://www.municipalidad.gob.pe/areas/demuna/pdf/Resolucion_Legislativa_25278.pdf (dostęp: 5.11.2014).

²⁴ A. Przyborowska-Klimczak, *op. cit.*, s. 210.

²⁵ Dz. U. z 14 czerwca 2013 r., poz. 677.

²⁶ I. M. Álvarez Vélez, *La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*, „Universidad Pontificia Comillas”, Madrid 1994, s. 103.

²⁷ D. Bondía García, *La aplicación directa de la Convención de los Derechos del Niño en nuestro entorno*, [w:] Villagrasa Alcaide C., Ravetllat Ballesté I. (Coordinadores), *El desarrollo de la Convención sobre los Derechos del Niño en España*, primera edición, Barcelona: Bosch 2006, s. 35.

Część postanowień Konwencji o prawach dziecka z dnia 20 listopada 1989 r. bezpośrednio odnosi się do kwestii pracy wykonywanej przez dzieci. W szczególności zobowiązuje ona państwa, które są stronami tej konwencji do ochrony dziecka „przed wyzyskiem ekonomicznym” oraz ochrony dzieci „przed wykonywaniem pracy, która może być niebezpieczna lub też może kolidować z kształceniem dziecka, bądź może być szkodliwa dla zdrowia dziecka lub jego rozwoju fizycznego, umysłowego, duchownego, moralnego lub społecznego”²⁸. Powyższa treść konwencji pozostawia państwom dużą swobodę w podjęciu działań na wielu płaszczyznach (np.: legislacyjnej, polityki socjalnej, administracji publicznej), których zasadniczy cel sprowadza się do tego, aby w jak najwyższym stopniu zapewnić dzieciom ochronę przed wyzyskiem ze strony np. lokalnych przedsiębiorców, czy dużych korporacji; czerpiących z ich pracy większe zyski oraz korzyści finansowe. Jordi Bonet Pérez zwraca uwagę, że treść tego postanowienia umożliwia określenie czy scharakteryzowanie pewnych prac zarobkowych, które mogą być uważane w odniesieniu do dziecka za wyzysk (*explotación laboral*), tzn. pozwala ono na odróżnienie ich od pozostałych, dozwolonych form zatrudnienia. Podkreśla on również, że z drugiej strony nie każda praca wykonywana przez dziecko musi być równoznaczna z ich wyzyskiem (*una forma de explotación infantil*)²⁹. Konwencja o prawach dziecka nakłada na państwa, strony tej konwencji, obowiązek unormowania następujących kwestii: dopuszczalny wiek do podjęcia pracy zarobkowej, dopuszczalny wymiar czasowy pracy, warunki zatrudnienia oraz „kary oraz inne sankcje”, które by wpływały na przestrzeganie treści artykułu 32 Konwencji o prawach dziecka (tzn. tego, co w tym akapicie zostało przedstawione)³⁰.

Kolejne postanowienia konwencji zobowiązują państwa, strony tej konwencji, do ochrony dzieci przed wykorzystywaniem ich m.in.:

- do produkcji „środków narkotycznych i substancji psychotropowych [...] i handlu nimi”;
- „w pornograficznych przedstawieniach i materiałach”;
- w „prostytcji lub innych nielegalnych praktyk seksualnych”³¹.

Natomiast art. 36 Konwencji o prawach dziecka z 20 listopada 1989 r. w ogólnikowym sformułowaniu zwraca uwagę na taką wartość jak „dobro dziecka” oraz nakazuje

²⁸ Rzecznik Praw Dziecka, *Konwencja o Prawach Dziecka*, Warszawa 2012, art. 32, s. 19.

²⁹ J. Bonet Pérez, *Explotación laboral infantil*, [w:] Aldecoa Luzárraga F., Forner Delaguna J. (Dirs.), *La protección de los niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales: Jornadas en conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, „Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales”, Madrid 2010, s. 217.

³⁰ *Ibidem*, art. 32, s. 19.

³¹ *Ibidem*, art. 33–34, s. 19–20

każde dziecko chronić „przed wszelkimi innymi formami wyzysku”, które „w jakimkolwiek aspekcie” naruszałoby tę wartość³².

3.2. Międzynarodowy pakt praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych

W odniesieniu do Polski Międzynarodowy pakt praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych z 16 grudnia 1966 r. wszedł w życie w dniu 18 czerwca 1977 r.³³, a w stosunku do Peru w dniu 28 lipca 1978 r.³⁴ Na szczególną uwagę zasługują postanowienia artykułu 10 pkt 3, których adresatami są dzieci oraz młodzież. Zgodnie z jego treścią „należy chronić dzieci i młodzież przed wyzyskiem ekonomicznym i społecznym”, a ponadto w dalszej jego części opisuje się bardzo ogólnikowo te prace, w których zatrudnienie dzieci oraz młodzieży powinno być przez strony konwencji niedopuszczalne, tzn. „ustawowo karalne”. Chodzi tutaj o taką pracę, która może szkodzić ich „moralności”, „zdrowiu”, być „niebezpieczną dla życia” czy „przeszkadzać w ich normalnym rozwoju”. W końcowej części punktu trzeciego zwrócono uwagę na „granicę wieku”, którą państwa–strony powinny ustanowić, aby chronić dzieci oraz młodzież, a tym samym stworzyć przejrzyste ramy wiekowe do podjęcia pierwszej pracy zarobkowej. Równocześnie na podstawie dalszej jego treści wszelkie przypadki zatrudnienia dzieci i młodzieży poniżej wspomnianej „granicy wieku” powinny „być ustawowo zakazane” oraz „karalne” przez państwa–strony. Z treści artykułu 10 paktu praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych nie wynika, ile powinna wynosić dolna granica wieku dopuszczająca podjęcie pracy zarobkowej, z którą z drugiej strony związany jest zakaz zatrudniania kogokolwiek poniżej jej³⁵. Pozostawiono państwom–stronom tego paktu możliwość samodecydowania o kierunku prowadzonej przez siebie polityki ochronnej w stosunku do dzieci i młodzieży, a tym bardziej na dopuszczenie pewnych odstępstw prawnych czy wyjątków w tym zakresie.

3.3. Konwencje Międzynarodowej Organizacji Pracy

Niewątpliwie do aktów prawnych, które w swojej treści odnoszą się do zatrudnienia dzieci, należy zaliczyć następujące konwencje Międzynarodowej Organizacji Pracy:

³² *Ibidem*, art. 36, s. 20.

³³ Ministerstwo Spraw Zagranicznych Rzeczypospolitej Polskiej, *Konwencje ONZ z zakresu praw człowieka*, http://www.msz.gov.pl/pl/polityka_zagraniczna/prawa_czlowieka/prawa_czlowieka_w_ujeciu_nz/konwencje_onz_1/ (dostęp: 24.02.2015).

³⁴ Ministerio de Relaciones Exteriores, *Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales*, https://apps.rree.gob.pe/portal/webtratados.nsf/Tratados_Multilateral.xsp?action=openDocument&documentId=22DA (dostęp: 24.02.2015).

³⁵ Międzynarodowy pakt praw gospodarczych, społecznych i kulturalnych z 16 grudnia 1966 r., art. 10.

nr 77, nr 78, nr 79, nr 90³⁶, nr 124, nr 138, nr 182³⁷. Na potrzeby niniejszej pracy skupię się wyłącznie na dwóch konwencjach: nr 138 oraz nr 182. Jordi Bonet Pérez w swojej pracy naukowej, dotyczącej „wyzysku prawniczego dzieci” (*explotación laboral infantil*) również zwraca uwagę na obydwie te konwencje, którym poświęca osobny i przedostatni punkt³⁸. Na marginesie wspomnę, że w skład Międzynarodowej Organizacji Pracy wchodzi 185 krajów członkowskich³⁹, wśród których od 28 czerwca 1919 r. należą Polska i Peru⁴⁰.

Konwencja nr 138 Międzynarodowej Organizacji Pracy została przyjęta w Genewie w dniu 26 czerwca 1973 r. i dotyczy „najniższego wieku dopuszczenia do zatrudnienia”⁴¹. Polska złożyła dokument ratyfikacyjny do tej konwencji Dyrektorowi Generalnemu Międzynarodowego Biura Pracy w dniu 22 marca 1978 r.⁴², a Peru w dniu 13 listopada 2002 r.⁴³ Zgodnie z postanowieniami tej konwencji wchodzi ona w życie „dla każdego Członka po upływie 12 miesięcy od daty zarejestrowania jego ratyfikacji”⁴⁴. Na podstawie art. 2 pkt 1 oraz pkt 3 konwencji w Polsce ten wiek wynosi 15 lat⁴⁵, a w Peru zgodnie z art. 2 pkt 4 konwencji: 14 lat⁴⁶. W tym ostatnim przypadku wiek 14 lat jest pewnym odstępstwem, dopuszczalnym na podstawie konwencji pod pewnymi warunkami⁴⁷. Z drugiej jednak strony konwencja ta w art. 8 dopuszcza możliwość zatrudniania dzieci poniżej czternastego czy piętnastego roku życia w „działalności artystycznej” na podstawie specjalnego zezwolenia, które w tym przypadku znosiłoby ogólny zakaz na zasadzie *lex specialis derogat legi generali*⁴⁸. Natomiast konwencja nr 182 z dnia 17 czerwca 1999 r. dotyczy „zakazu i natychmiastowych działań na rzecz eliminowania najgorszych form pracy dzieci”. Pojęcie „najgorszej formy pracy dzieci” zostało w art. 3 konwencji zdefiniowane

³⁶ J. Bleszyński, A. Rodkiewicz-Ryżek, *op. cit.*, s. 102–103.

³⁷ Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, http://www.mpips.gov.pl/gfx/mpips/userfiles/File/Departament%20Dialogu/konwencje_mop_30.04.08.pdf (dostęp: 9.03.2015).

³⁸ Por. J. Bonet Pérez, *op. cit.*, s. 229–237.

³⁹ Międzynarodowa Organizacja Pracy, http://www.mop.pl/html/index1.html#info_o_mop/kraje_czlonkowskie.html (dostęp: 8.03.2015).

⁴⁰ Organización Internacional del Trabajo, <http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11003:0::NO:::> (dostęp: 9.03.2015).

⁴¹ Ministerstwo Pracy i Polityki Społecznej, Konwencja nr 138, s. 1, http://www.mpips.gov.pl/gfx/mpips/userfiles/File/Departament%20Rynku%20Pracy/MOP/konw_138.doc (dostęp: 11.03.2015).

⁴² Organización Internacional del Trabajo, http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102809 (dostęp: 11.03.2015).

⁴³ Organización Internacional del Trabajo, http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102805 (dostęp: 11.03.2015).

⁴⁴ Konwencja nr 138 Międzynarodowej Organizacji Pracy z dnia 26 czerwca 1973 r., art. 12 pkt 3.

⁴⁵ Organización Internacional del Trabajo, http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102809 (dostęp: 11.03.2015).

⁴⁶ Organización Internacional del Trabajo, http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102805 (dostęp: 11.03.2015).

⁴⁷ Konwencja nr 138 Międzynarodowej Organizacji Pracy z dnia 26 czerwca 1973 r., art. 2 pkt. 1–5.

⁴⁸ *Ibidem*, art. 8.

i obejmuje ono m.in.: „niewolnictwo za długi i pańszczyzna”, „angażowanie [...] dziecka do prostytucji, produkcji pornografii lub przedstawień pornograficznych”, „angażowanie [...] dziecka do nielegalnych działalności, w szczególności do produkcji i handlu narkotyków”⁴⁹. Zgodnie z postanowieniami tej konwencji każde z państw–stron zobowiązuje się do tego, że zakaze „najgorszych form pracy dzieci” oraz będzie się starało wyeliminować je ze swojego terytorium⁵⁰. Polska złożyła dokument ratyfikacyjny do tej konwencji w dniu 9 sierpnia 2002 r.⁵¹, a Peru w dniu 10 stycznia 2002 r.⁵² i do tej pory obowiązuje ona w obutych państwach na identycznych zasadach, tak jak w przypadku poprzedniej konwencji, tzn. „wejdzie w życie dla każdego Członka po upływie 12 miesięcy od daty zarejestrowania jego ratyfikacji”⁵³. Uważam, że konwencje te tworzą pewne standardy prawne, które w odniesieniu do dzieci są niezbędne i powinny być przestrzegane w każdym państwie na świecie. Dlatego ustanowienie „minimalnego wieku”, które jest niezbędne do podjęcia pracy oraz zakazanie pewnych form zatrudnienia jest koniecznością i ma na celu ochronę dziecka. Na potrzeby konwencji nr 182 ochrona ta jest jeszcze bardziej szersza i rozciąga się ona na każdą osobę, która nie ukończyłaby 18. roku życia. W tym przypadku nie wprowadzono tutaj żadnych odstępstw, które by mogły tę granicę wiekową obniżyć czy ujemnie zmodyfikować⁵⁴.

4. Uregulowania krajowe dotyczące zatrudnienia dzieci

4.1. Polska

W Polsce na podstawie Kodeksu pracy istnieje możliwość zatrudnienia dzieci poniżej 16. roku życia, ale nie oznacza to, że mogą one wykonywać jakąkolwiek pracę. Po pierwsze w tym miejscu trzeba zaznaczyć, że tylko ściśle określone podmioty, które prowadzą „działalność kulturalną, artystyczną, sportową lub reklamową” mają możliwość zatrudnienia dzieci⁵⁵. Ponadto praca nie może powodować zagrożenia „dla życia, zdrowia i rozwoju psychofizycznego”, ani zagrażać „wypełnianiu obowiązku szkolnego przez dziecko”⁵⁶. Samo spełnienie powyższych warunków przez zainteresowany podmiot nie jest wystarczające do tego, aby móc zatrudnić dziecko w Polsce. Zgodnie z postanowieniami Kodeksu pracy dodatkowo wymaga się „zgody przedstawiciela ustawowego lub

⁴⁹ Konwencja nr 182 Międzynarodowej Organizacji Pracy z dnia 17 czerwca 1999 r., art. 3.

⁵⁰ *Ibidem*, art. 1.

⁵¹ Organización Internacional del Trabajo, http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11200:0::NO::P11200_COUNTRY_ID:102809 (dostęp: 11.03.2015).

⁵² Organización Internacional del Trabajo, http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102805 (dostęp: 11.03.2015).

⁵³ Konwencja nr 182 Międzynarodowej Organizacji Pracy z dnia 17 czerwca 1999 r., art. 10 pkt 3.

⁵⁴ *Ibidem*, art. 2.

⁵⁵ Kodeks Pracy, art. 304⁵ § 1.

⁵⁶ *Ibidem*, art. 304⁵ § 3.

opiekuna tego dziecka” oraz zezwolenia od inspektora pracy, które w tym przypadku jest niezbędne do tego, aby dziecko mogło wykonywać pracę zarobkową⁵⁷. Inspektor pracy może, ale nie musi wydawać zezwolenia na pracę dziecka. Jest on obowiązany odmówić wydania zezwolenia, a nawet je cofnąć, jeżeli w trakcie wykonywania pracy wystąpiłaby którakolwiek z powyższych przesłanek negatywnych⁵⁸. Również „na wniosek przedstawiciela ustawowego lub opiekuna dziecka” inspektor pracy jest obowiązany cofnąć wydane wcześniej zezwolenie⁵⁹. Uważam, że w tym przypadku wystarczy sam przejaw woli np. rodzica, który nie wymaga szczegółowego umotywowania. Zgodnie z postanowieniami Kodeksu pracy każdy podmiot, który byłby w Polsce zainteresowany zatrudnić dziecko poniżej 16. roku życia, musi uprzednio złożyć do właściwego inspektora pracy odpowiedni wniosek o wydanie na to zezwolenia⁶⁰. Kodeks ten w swoich postanowieniach wymienia enumeratywnie dokumenty, które powinny być razem z tym wnioskiem złożone⁶¹ oraz punkt po punkcie, co powinno zezwolenie to zawierać, np. „dopuszczalny dobowy wymiar czasu pracy”⁶².

Biorąc pod uwagę zmiany, jakie nastąpią, należy w tym miejscu przypomnieć, że z dniem 1 września 2018 r. w polskim Kodeksie pracy nastąpi obniżenie granicy wieku, poniżej której „zabronione jest zatrudnianie osoby”. W związku z tym będzie ona wynosić 15 lat, a nie 16, tak jak jest to obecnie⁶³. Na zastanowienie zasługuje fakt, że artykuły 190 i 191 Kodeksu pracy ulegną odpowiedniej modyfikacji, natomiast treść artykułu 304⁵ pozostanie bez zmian. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na różnice terminologiczną, jaka wystąpi w 2018 r., gdyż zgodnie z artykułem 190 Kodeksu pracy osoba, która dopiero co ukończyła 15. rok życia, będzie uważana za osobę młodocianą. Z drugiej strony na podstawie artykułu 304⁵ Kodeksu pracy osoba ta będzie jeszcze dzieckiem.

4.2. Peru

Jak zaznaczono wcześniej, w odróżnieniu od Polski w Peru istnieje legalna definicja dziecka i jest się nim od momentu poczęcia oraz jeśli się nie ukończyło 12. roku życia. Ponadto w peruwiańskim systemie prawnym istnieje domniemanie bycia dzieckiem czy nastolatkiem/młodzieżą [termin: *adolescente*], które przysługuje danej osobie jeśli istnieją wątpliwości co do jej wieku. Domniemanie to tak długo będzie obowiązywać, dopóki

⁵⁷ *Ibidem*, art. 304⁵ § 1.

⁵⁸ *Ibidem*, art. 304⁵ § 3 i § 7.

⁵⁹ *Ibidem*, art. 304⁵ § 6.

⁶⁰ *Ibidem*, art. 304⁵ § 2.

⁶¹ *Ibidem*, art. 304⁵ § 4.

⁶² *Ibidem*, art. 304⁵ § 5.

⁶³ Ustawa o zmianie ustawy o systemie oświaty oraz o zmianie niektórych innych ustaw z dnia 19 marca 2009 r., art. 2, art. 26 pkt 5.

inny wiek nie zostanie udowodniony tej osobie⁶⁴. Ponieważ na podstawie peruwiańskiej ustawy numer 27337 *Código de los niños y adolescentes* z 2000 r. dzieckiem jest osoba, która nie ukończyła 12. roku życia, to w mojej pracy skupię się na możliwości zatrudnienia dzieci od momentu ich urodzenia, aż do dwunastu lat. Peruwiańską ustawę *Código de los niños y adolescentes* można przetłumaczyć na język polski w sposób następujący: kodeks dzieci i młodzieży. W polskim systemie prawnym tego typu kodeksu nie ma.

Javier Neves Mujica zwraca uwagę, że w Peru zgodnie z prawem międzynarodowym (chodzi tutaj o art. 8 konwencji nr 138 Międzynarodowej Organizacji Pracy) oraz prawem krajowym, dozwolona jest praca dzieci od momentu ich narodzin⁶⁵. Zgodnie z postanowieniami art. 33 ustawy numer 28131 *Ley del artista interprete y ejecutante* z 2003 r. istnieje możliwość zatrudnienia osób niepełnoletnich w Peru, w tym dzieci poniżej 12. roku życia na podstawie umowy artystycznej⁶⁶. Na marginesie dodam, że w Peru pełnoletniość uzyskuje się w wieku 18 lat, co wynika z treści postanowień Konstytucji z 1993 r.⁶⁷, Kodeksu cywilnego⁶⁸ oraz *Código de los niños y adolescentes*⁶⁹. Wspomniana wcześniej umowa artystyczna odnosić się może zarówno do osób dorosłych, jak i dzieci i młodzieży. Została uregulowana w ustawie *Ley del artista interprete y ejecutante* z 2003 r.⁷⁰ oraz w rozporządzeniu do niej *Reglamento de la ley N° 28131, del artista, interprete y ejecutante* z 2004 r.⁷¹. Ustawa ta, jak nazwa wskazuje, dzieli artystów na dwie grupy. Do pierwszej, czyli do *artista interprete* należą np. „aktorzy, tancerze, śpiewacy, mimy”, a do drugiej m.in. „gitarzyści, cyrkowcy, torreadorzy” – *artista ejecutante*⁷². Natomiast podmiotem zatrudniającym w rozumieniu tej ustawy jest „każda osoba fizyczna i prawna”, która zawiera umowę o pracę z któryś z powyższych artystów, tzn. z *artista interprete* albo *artista ejecutante*. Ponadto umowa ta musi dotyczyć działalności artystycznej, a takie kwestie jak narodowość, miejsce zamieszkania pracodawcy czy jego siedziba nie mają żadnego znaczenia w kontekście zdefiniowania podmiotu zatrudniającego⁷³. Nawiązując do umowy artystycznej, gdzie osobą zatrudnioną jest dziecko, to musi być ona zgodna z treścią art. 33 pkt 2 *Ley del artista interprete y ejecutante* z 2003 r., a wykonywana przez nie praca nie może naruszać

⁶⁴ Ustawa nr 27337 z dnia 7 sierpnia 2000 r., „Titulo Preliminar”, art. 1.

⁶⁵ J. Neves Mujica, *El trabajo infantil en el ordenamiento internacional y peruano*, http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_28/doc_boletin_28_01.pdf (dostęp: 15.03.2015), s. 10.

⁶⁶ *Ley del artista interprete y ejecutante* z 2003 r., art. 33.

⁶⁷ Konstytucja Peru z 1993 r., art. 30.

⁶⁸ Kodeks cywilny z 1984 r., art. 461 pkt 3.

⁶⁹ Ustawa nr 27337 z dnia 7 sierpnia 2000 r., „Libro Tercero”, art. 77 b) w związku z art. I, „Titulo Preliminar”.

⁷⁰ *Ley del artista interprete y ejecutante* z 2003 r., art. 2, art. 40.

⁷¹ *Reglamento de la ley N° 28131, del artista, interprete y ejecutante* z 2004 r., art. 19, art. 21.

⁷² *Ley del artista interprete y ejecutante* z 2003 r., „Glosario”, pkt 1–2.

⁷³ *Ibidem*, art. 5 pkt 1.

art. 21 *Reglamento de la ley N° 28131, del artista, interprete y ejecutante* z 2004 r. Na podstawie pierwszego aktu prawnego umowa o pracę z dzieckiem powinna „zabezpieczać i gwarantować właściwe warunki psychologiczne, fizyczne, moralne”, w których wykonuje ono działalność artystyczną. Ponadto umowa ta powinna chronić dziecko, zapewniając mu „stabilność i bezpieczeństwo emocjonalne, uczuciowe” oraz możliwość wypełnienia obowiązku szkolnego. Ustawa ta dodatkowo zobowiązuje rodziców dziecka pod groźbą odpowiedzialności oraz ich przedstawicieli ustawowych do tego, aby czuwali nad przestrzeganiem wspomnianych postanowień art. 33⁷⁴. Postanowienia te są nierozłącznie związane z umową artystyczną dla osób poniżej osiemnastego roku życia. Treść artykułu 21 w drugim akcie prawnym odnosi się do pracy faktycznie wykonywanej przez osoby niepełnoletnie, w tym dzieci. Zgodnie z jego treścią praca dzieci (również dotyczy to młodzieży, nastolatków poniżej 18. roku życia) jest zabroniona, jeśli działalność artystyczna narusza ich zdrowie, prawidłowy rozwój, obowiązki edukacyjne oraz „moralność i dobre zwyczaje” [w języku hiszpańskim: *costumbres* może również oznaczać „obyczaje”]. W odróżnieniu od art. 33 *Ley del artista interprete y ejecutante* z 2003 r. w tym przypadku, to odpowiednie peruwiańskie służby zostały upoważnione do skontrolowania rzeczywistych warunków pracy dzieci z postanowieniami art. 21 tego rozporządzenia oraz do podjęcia właściwej decyzji np. zabraniającej⁷⁵. Na podstawie ustawy numer 28806 *Ley General de Inspección del Trabajo* z 2006 r. została upoważniona do tego peruwiańska Inspekcja Pracy⁷⁶.

Peruwiański Rzecznik Praw Obywatelskich w 2014 r. w odniesieniu do uregulowań prawnych dotyczących pracy dzieci na podstawie umowy artystycznej stwierdził, że należy w tej materii szczegółowo unormować następujące kwestie: „czas pracy, wynagrodzenie, prawa i obowiązki stron”. Ponadto przedstawił występującą lukę prawną w ustawie *Ley General de Inspección del Trabajo* z 2006 r. i w rozporządzeniu wykonawczym do niej, która uniemożliwia objęcia ich postanowieniami dzieci samozatrudnionych w branży artystycznej⁷⁷. Po przeanalizowaniu peruwiańskich regulacji prawnych w zakresie zatrudnienia dzieci na podstawie umowy artystycznej również dostrzegłem potrzebę dokładnego unormowania powyższych kwestii, które są bardzo istotne przy zatrudnieniu jakiegokolwiek osoby, a w szczególności dzieci. Na marginesie dodam, że w Peru do zatrudnienia osoby poniżej 18. roku życia na podstawie umowy artystycznej w pierwszej kolejności zastosowanie będą miały regulacje zawarte w *Código de los niños y adolescentes*, a uzupełniając *Ley del artista interprete y ejecutante*.

⁷⁴ *Ibidem*, art. 33 pkt 2.

⁷⁵ *Reglamento de la ley N° 28131 del artista, interprete y ejecutante* z 2004 r., art. 21.

⁷⁶ Ustawa nr 28806 z 2006 r., art. 3 pkt 1 e), art. 3 pkt 1 e.1).

⁷⁷ *Informe Defensorial N° 166* z 2014 r., „El trabajo infantil y los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes en el Perú”, s. 41–42

W przypadku wystąpienia kolizji postanowień tych ustaw zastosowanie będą miały te, które kierując się zasadą dobra dziecka, będą najbardziej korzystne⁷⁸.

5. Uwagi końcowe

Zarówno Peru, jak i Polska są państwami, które pod pewnymi warunkami dopuszczają pracę zarobkową dzieci. Na szczególną uwagę zasługuje kilka następujących spostrzeżeń. Po pierwsze, oba te państwa ratyfikowały i są stronami tych samych konwencji, m.in. konwencji nr 138 i nr 182 Międzynarodowej Organizacji Pracy oraz Konwencji o prawach dziecka. Po drugie: ogólny wiek, który pozwala rozpocząć pracę zarobkową, jest w Polsce wyższy niż w Peru. Po trzecie: polskie unormowania, które dotyczą zatrudnienia dzieci, są bardziej kompleksowe niż peruwiańskie. Aktualnie obowiązujące w Peru akty prawne wymagają zmian oraz dokładniejszego uregulowania pracy zarobkowej dzieci. Po czwarte, w obu tych państwach dozwolona jest praca artystyczna dzieci. Przy czym należy zauważyć, że w Polsce katalog podmiotów uprawnionych do zatrudnienia dzieci jest *expressis verbis* dokładnie określony, a w Peru ma on charakter otwarty. Po piąte, w Polsce dzieci mogą również pracować poza działalnością artystyczną, np. w sporcie czy reklamie. W Peru natomiast zalegalizowana została praca artystyczna dzieci. Na koniec uważam, że dzieciństwo jest bardzo ważnym etapem w rozwoju każdego człowieka i dlatego praca, którą ono ma wykonywać, powinna mu sprawiać radość. Dlatego też wola oraz chęci samego dziecka powinny być tymi, które kierują decyzją rodziców czy ich przedstawicielami ustawowymi. Natomiast nie powinno się dopuścić do sytuacji odwrotnej, gdzie to rodzic zmusza swoje dziecko do pracy wbrew jego woli, powodując tym samym u niego traumatyczne przeżycia oraz negatywne doświadczenia.



KAPITAŁ LUDZKI
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



Uniwersytet
Wrocławski

UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI
FUNDUSZ SPOŁECZNY



Projekt „Rozwój potencjału i oferty edukacyjnej Uniwersytetu Wrocławskiego szansą
zwiększenia konkurencyjności Uczelni”
współfinansowany ze środków Unii Europejskiej w ramach Europejskiego Funduszu Społecznego

⁷⁸ *Ley del artista interprete y ejecutante* z 2003 r., „Disposiciones complementarias, transitorias y finales” - segunda.

O Autorach

Magdalena Abu Gholeh – studentka administracji i prawa na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Prezes Koła Naukowego Prawa Konstytucyjnego.

Leyla Büyükbayrak – absolwentka kulturoznawstwa i studentka stosunków międzynarodowych na Uniwersytecie Mikołaja Kopernika w Toruniu oraz studiów magisterskich w Kolegium Międzyobszarowych Indywidualnych Studiów Humanistycznych i Społecznych na Uniwersytecie Wrocławskim. Współpracownik samorządu studenckiego oraz czynny członek Koła Naukowego Stosunków Międzynarodowych działającego na Wydziale Politologii i Studiów Międzynarodowych UMK.

Michał Dahl – student politologii w Uniwersytecie Południowego Oregonu (USA), a także prawa oraz stosunków międzynarodowych w Uniwersytecie Mikołaja Kopernika w Toruniu. Prezes Uniwersyteckiego Stowarzyszenia Narodów Zjednoczonych.

Iwona Dyś – doktorantka w Katedrze Prawa Konstytucyjnego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Członek wspierający Koła Naukowego Prawa Konstytucyjnego.

Patryk Gutierrez – absolwent studiów prawniczych. Aktualnie doktorant w Katedrze Prawa Konstytucyjnego na Uniwersytecie Wrocławskim. Członek wspierający Koła Naukowego Prawa Konstytucyjnego.

Tomasz Jurczyk – doktor, adiunkt w Katedrze Prawa Konstytucyjnego UW, autor publikacji z zakresu prawa konstytucyjnego oraz praw człowieka, swoje zainteresowania badawcze koncentruje wokół problematyki ochrony praw jednostki oraz relacji pomiędzy Unią Europejską a państwami członkowskimi.

Barbara Klebko – absolwentka administracji na Uniwersytecie Mikołaja Kopernika. Obecnie doktorantka na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego przygotowująca pracę doktorską pod tytułem *Przestępstwo handlu ludźmi w polskim i w irlandzkim prawie karnym*.

Maciej Krogel – student prawa na Uniwersytecie Wrocławskim. Członek Koła Naukowego Europejskiej Kultury Prawnej.

Dominika Kuźnicka – studentka prawa na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Członek Zarządu Koła Naukowego Prawa Konstytucyjnego.

Szymon Mazurkiewicz – student IV roku prawa na Uniwersytecie Jagiellońskim. Członek Koła Naukowego Historii Doktryn.

Amelia Mróz – absolwentka studiów licencyjnych na kierunku socjologia, specjalizacja: komunikacja społeczna oraz studiów magisterskich na kierunku socjologia w specjalności badanie rynku. Obecnie doktorantka w Instytucie Socjologii Uniwersytetu Wrocławskiego.

Agata Pyrżyńska – doktorantka w Centrum Studiów Wyborczych UMK. Absolwentka prawa na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika; członek Komisji Prawnej Krajowej Reprezentacji Doktorantów oraz Zespołu Prawnego Rzecznika Praw Doktoranta KRD.

Mateusz Radajewski – doktorant w Katedrze Prawa Konstytucyjnego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Członek wspierający Koła Naukowego Prawa Konstytucyjnego.

Waldemar Arroyo Rojas – Professor at University of Puerto Rico at Mayagüez. Specialist in International Relations. His areas of research interest include children's human rights, international humanitarian law, peace-keeping operations and international relations of Europe and Latin America.

Max Steuer – PhD. Candidate at the Department of Political Science, Comenius University in Bratislava, and law student at the Faculty of Law of Comenius University. In 2015, he has been a member of the International Association of Political Science Students (IAPSS), the International Studies Association (ISA), and the Slovak Helsinki Committee.

Damian Szczepaniak – student prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego. Wiceprzewodniczący Koła Naukowego Historii Państwa i Prawa Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa UJ.

Hanna Wiczanowska – studentka V roku prawa na Uniwersytecie im. Adama Mickiewicza. Prezes Koła Naukowego Prawa Międzynarodowego i Dyplomacji „Inter Gentes”.

Magdalena Wrzalik – absolwentka studiów drugiego stopnia kierunku administracja, specjalność administracja ochrony i kontroli prawnej w Instytucie Administracji na Wydziale Nauk Społecznych w Akademii im. J. Długosza w Częstochowie. Obecnie doktorantka na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego współpracująca ze „Studiami Wyborczymi” UŁ.

Урунова Санавбар Вахобовна – ассистент кафедры гражданского, предпринимательского и международного права, юридический факультет, Таджикский государственный университет права, бизнеса и политики. Я еще являюсь аспиранткой Академии Наук республики Таджикистан. Пишу диссертацию на тему: „Проблемы защиты прав детей по международному частному праву”. Преподаю в университете для студентов-юристов семейное право, а для студентов по специальности дипломатия дипломатическое и консульское право.

Tytuł recenzowanej monografii obejmuje bardzo szeroki zakres tematyczny. Dlatego też redaktorzy postawili sobie za cel „wyselekcjonowanie pewnych, wybranych zagadnień, które ze względu na swoją aktualność, w istotny sposób zasługują na poddanie ich analizie” nie tylko w kontekście rozważań doktryny europejskiej, a także wymianę poglądów młodych naukowców w tym zakresie. I cel ten został osiągnięty.

Z recenzji dr hab. prof. nadzw. Sabiny Grabowskiej

Osoby redaktorów, a w szczególności profesora Mariusza Jabłońskiego dają pewność, że zarówno tematyka publikacji, jak i poziom merytoryczny zamieszczonych w niej tekstów będzie oscylował na wysokim poziomie naukowym.

[...] monografia *Międzynarodowa ochrona praw człowieka – współczesne problemy na świecie* jest przykładem rzetelnego opracowania naukowego zarówno pod względem merytorycznym, jak i formalnym. Autorzy wykazali się dobrą znajomością prezentowanej tematyki oraz właściwym warsztatem naukowym.

Z recenzji dr. hab. prof. nadzw. Radosława Grabowskiego