

Ireneusz C. Kamiński*

ISLAMSKA CHUSTA I ZASŁONY TWARZY U KOBIET W ORZECZNICTWIE EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA W STRASBURGU

I. Wprowadzenie

Europejski Trybunał Praw Człowieka (dalej jako Trybunał) kilkakrotnie zajmował się w swoim orzecznictwie zakazami noszenia symboli religijnych (lub mających równocześnie, obok aspektu etnicznego, także konotację religijną). Na strasburską wokandę trafiły skargi sikhów, od których zażądano zdjęcia turbana¹, a ostatnio chrześcijanek, gdy reguły dotyczące ubioru pracownika wykluczały „ozdoby i biżuterię”, a jako takie zakwalifikowano również niewielki krzyżyk noszony na szyi². Tematem niniejszego szkicu będą jednak islamskie nakrycia głowy (lub zasłony), które w praktyce nie wpisują się zazwyczaj w szeroko i neutralnie sformułowane zakazy uzasadniane względami zdrowotnymi, bezpieczeństwa lub porządkowymi (jak ma to miejsce w przypadku turbana czy krzyżyka³), lecz są specyficznym wprowadzane bądź egzekwowane w danym porządku prawnym właśnie ze względu na ich religijny (lub religijno-kulturowy) charakter i przekaz. W takiej sytuacji to treść

* Dr hab. Ireneusz C. Kamiński – profesor nadzwyczajny w Instytucie Nauk Prawnych PAN. Wykłada również na Uniwersytecie Jagiellońskim.

¹ *X. przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 7992/77, decyzja z 12 VII 1978 r., DR t. 14, s. 234 (obowiązek noszenia kasku przez motocyklistów); *Phull przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 35753/03, decyzja z 11 I 2005 r., ECHR 2005-I (polecenie zdjęcia turbana podczas kontroli bezpieczeństwa na lotnisku).

² *Eweida i inni przeciwko Wielkiej Brytanii*, skargi nr 48420/10, 59842/10, 51671/10 i 36516/10, wyrok z 15 I 2013 r.

³ W sprawie *Eweida i inni przeciwko Wielkiej Brytanii* takie uzasadnienie towarzyszyło zakazowi, który znalazł zastosowanie także do krzyżyka noszonego przez pielęgniarkę (Chaplin) i w tej części wyroku Trybunał orzekł jednogłośnie, że nie doszło do złamania Konwencji. Do krzyżyka jako „religijnego przedmiotu” odnosiły się natomiast reguły brytyjskich linii lotniczych, nakazujące ukrycie takiego przedmiotu pod standardowym „pracowniczym uniformem”. W tej części wyroku (*Eweida*) Trybunał dopatrywał się już naruszenia Konwencji (stosunkiem pięciu głosów do dwóch).

komunikatu wpisującego się w chustę (zasłonę) okazuje się zasadniczo kontrowersyjna i wywołuje reakcję.

Normatywną podstawą skarg kierowanych w związku z zakazem noszenia chusty (lub wymierzoną za to sankcją) jest przede wszystkim art. 9 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (dalej jako Konwencja)⁴, który dotyczy wolności myśli, sumienia i wyznania. Stanowi on, że:

1. 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.
2. Wolność uzewnętrzniania wyznania lub przekonań może podlegać jedynie takim ograniczeniom, które są przewidziane przez prawo i konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na interesy bezpieczeństwa publicznego, ochronę porządku publicznego, zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób.

Artykuł 9 należy do tych postanowień Konwencji, które posługują się tzw. klauzulą limitacyjną. Wolność myśli, sumienia i wyznania, której zakres został określony w ustępie 1 art. 9, nie jest absolutna. Można ją ograniczać, ale jedynie po łącznym spełnieniu trzech warunków (trójelementowy test). Każda ingerencja musi być przewidziana przez prawo (legalność), służyć ochronie co najmniej jednego z wyraźnie zidentyfikowanych interesów bądź dóbr (celowość) i być konieczna w demokratycznym społeczeństwie (konieczność).

Obok art. 9 skarżący podnosili też czasami zarzut dyskryminacyjnego traktowania (art. 14)⁵ oraz naruszenia prawa do nauki (art. 2 Protokołu nr 1), gdyż następstwem noszenia chusty było niewpuszczenie na teren szkoły (uczelni) lub niedopuszczenie do zajęć bądź egzaminów.

II. Pierwsza sprawa – *Karaduman przeciwko Turcji*

Pierwsza strasburska sprawa związana z islamską chustą to *Karaduman przeciwko Turcji*⁶. Skargę wniosła absolwentka studiów z zakresu farmacji, której nie wydano dyplomu, bo na przekazanym uniwersyteckiej administracji zdjęciu na głowie

⁴ Polski tekst w Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.

⁵ Zarzut dyskryminacji na podstawie art. 14 nie ma samodzielnego charakteru; może zostać podniesiony tylko wtedy, gdy w danej sprawie ma zastosowanie prawo (swoboda) poddane już ochronie Konwencji. Samodzielność zarzutowi dyskryminacji nadał dopiero Protokół nr 12 z 4 XI 2000 r., który wszedł w życie 1 IV 2005 r. Tym protokołem związało się jednak tylko osiemnaście z czterdziestu siedmiu państw stron Konwencji (dalszych dziewiętnaście go podpisało; dane na kwiecień 2013 r.).

⁶ Skarga nr 16278/90, decyzja z 3 V 1993 r., DR 74, s. 93. Tego samego dnia Komisja rozpoznała w analogiczny sposób sprawę *Bulut przeciwko Turcji*, skarga nr 18783/91.

studentki znajdowała się chusta⁷. Należy dodać, że Karaduman mogła nosić chustę na uniwersytecie podczas studiów⁸.

Zanim Europejska Komisja Praw Człowieka (dalej jako Komisja)⁹ mogła przystąpić do weryfikacji, czy ograniczenie spełniało rygory Konwencji, musiała najpierw ustalić, czy wymóg przedstawienia zdjęcia do dyplomu bez nakrycia głowy stanowił w ogóle ingerencję w wolność religii skarżącej. Komisja uznała, że celem fotografii dołączanej do dyplomu jako dokumentu poświadczającego uzyskanie wykształcenia i uprawnień zawodowych jest identyfikacja osoby. Dokument ani nie miał posłużyć, ani nie był konieczny do wyrażania przekonań religijnych¹⁰. Tym samym nie doszło do wkroczenia w obszar objęty ochroną art. 9, a taka konkluzja prowadziła do uznania skargi za niedopuszczalną¹¹.

Stwierdzenie, że nie doszło w ogóle do ingerencji, powinno wystarczać do zamknięcia postępowania. W decyzji uderza jednak podjęcie dodatkowego wątku. Komisja zwraca uwagę, że nakazy dotyczące fotografii stanowią część regulacji prawnych mających na celu zapewnienie republikańskiego i świeckiego charakteru uniwersytetu. Dokonując wyboru takiej szkoły wyższej, student akceptuje obowiązujące w niej reguły, nawet jeśli mają one wpływ na wyrażanie przekonań religijnych. Dodatkowo ograniczenia zmierzały do zapewnienia harmonijnej koegzystencji studentów należących do różnych religii. Zwłaszcza jednak w krajach, gdzie większość społeczeństwa stanowią adherenci jednej religii, przyzwolenie na praktykowanie i manifestowanie takiej wiary bez jakichkolwiek ograniczeń może stanowić formę nacisku w stosunku do osób, które nie są członkami większościowej grupy religijnej lub należą do innego wyznania. Komisja wskazała, że świeckie uniwersytety przez przyjęcie regulacji dotyczących stroju mogą zabezpieczać się przez aktywnością „pewnych fundamentalistycznych ruchów religijnych”.

⁷ Skarżąca podnosiła przy tym, że był to jedyny przypadek odmówienia jej dokumentu, gdyż wcześniej fotografia z chustą nie stanowiła przeszkody w wydaniu jej dowodu osobistego, paszportu i prawa jazdy.

⁸ Chociaż noszenia chusty na uniwersytetach zabraniał okólnik z 1982 r. wydany przez Wyższą Radę Szkolnictwa, późniejszy przepis o randze ustawy dopuszczał chustę w szkołach wyższych. Ten ostatni przepis został jednak następnie zakwestionowany przez Sąd Konstytucyjny jako sprzeczny z zasadą republikańskiego i świeckiego charakteru państwa (wyrok z 7 III 1989 r.). Karaduman ukończyła studia zanim ten wyrok został wydany.

⁹ Do wejścia w życie Protokołu nr 11 (1 XI 1998 r.) Komisja podejmowała decyzję o przyjęciu skargi do rozpoznania, a później wydawała raport, w którym odnoszono się do zarzutów postawionych w skardze. Następnie skarga mogła stać się przedmiotem wyroku Trybunału (jeśli dane państwo uznawało jurysdykcję Trybunału). Obecnie skargi rozpoznaje wyłącznie Trybunał.

¹⁰ Ale równocześnie Komisja przywołała swoje wcześniejsze orzecznictwo (*Arrowsmith przeciwko Wielkiej Brytanii*, skarga nr 7050/75, raport z 12 X 1978, DR t. 19, par. 71), gdzie wyraźnie oznajmiła, że art. 9 nie zawsze gwarantuje prawo do zachowywania się w miejscu publicznym w sposób wymagany przez przekonania jednostki. Pojęcie „praktyk”, którym posługuje się art. 9, nie obejmuje wszystkich aktów motywowanych przekonaniem.

¹¹ Taką decyzję podjęto większością głosów. Nie znamy jednak wyniku głosowania, bo nie jest on podawany w przypadku decyzji o dopuszczalności.

Dodatkowe *dicta* zawarte w sprawie *Karaduman* mogły sugerować, że nawet w potencjalnych przyszłych skargach dotyczących zakazu chusty w instytucjach publicznych nie dojdzie do naruszenia Konwencji.

III. Decyzja w sprawie *Dahlab przeciwko Turcji*

Merytorycznie Trybunał podjął „zagadnienie chusty” w decyzji *Dahlab przeciwko Szwajcarii* z 2001 r.¹² Skargę wniosła obywatelka Szwajcarii, która po konwersji na islam i poślubieniu muzułmanina zaczęła nosić chustę, powołując się na koraniczny nakaz. Lucia Dahlab pracowała jako nauczycielka z szkole podstawowej, ucząc bardzo małe dzieci – cztero-, ośmiolatki. W 1995 r. kantonalne władze szkolne poleciły jej zdjęcie chusty, powołując się na przepisy regulujące funkcjonowanie szkoły, które zabraniały posługiwania się „środkami identyfikacji narzucanymi przez nauczyciela uczniom”. Decyzja została podtrzymana przez nadrzędne władze administracyjne, a następnie przez sąd¹³. Należy dodać, że strój nauczycielki nie rodził jakichkolwiek zastrzeżeń rodziców.

Trybunał w Strasburgu uznał większością głosów, że skarga nie ujawnia okoliczności wskazujących na złamanie Konwencji. Sankcję wymierzoną za noszenie chusty uznano jednak za ingerencję w wolność wyznania.

Muzułmańską chustę Trybunał zakwalifikował jako „silny symbol zewnętrzny” (ang. *a powerful external symbol*; fr. *un signe extérieur fort*). Może on więc mieć wpływ na dzieci, zwłaszcza tak małe, jak cztero-, ośmiolatki lat, które są ciekawe świata i dopiero go poznają. W takich okolicznościach chusta może generować „pewien prozelityczny skutek”. Ale w swojej ocenie Trybunał nie poprzestaje na konstatacji samego potencjalnego skutku. Skutek ów postrzegany jest jako niepożądany, gdyż noszenie chusty, nakazane przez Koran, „jest trudne do pogodzenia z zasadą równości płci” i „z przekazem tolerancji, poszanowania innych, a zwłaszcza równości i niedyskryminacji, który wszyscy nauczyciele w demokratycznym społeczeństwie muszą dostarczać swoim uczniom”. Co ważne, Trybunał zaakceptował, że ingerencja miała służyć ochronie praw i swobód innych osób, porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego, mimo iż żaden z rodziców nie kwestionował noszenia chust przez nauczycielkę i nie doszło do jakichkolwiek zdarzeń zagrażających łaadowi społecznemu.

Chociaż w szwajcarskiej sprawie Trybunał użył słów mówiących o „negatywnej konotacji”, jaką w kontekście aksjologii właściwej demokratycznemu łaadowi niesie chusta, to wskazanie w decyzji na szczególnie niski wiek dzieci mogło sugerować, że właśnie „formacyjna rola” pełniona przez nauczycielkę powodowała, że krajowy zakaz uznano za zgodny z Konwencją. *A contrario* dało się zatem argumentować, że gdyby kobieta nie występowała w zawodowej roli wychowawczego wzorca, noszenie

¹² Skarga nr 42393/98, decyzja z 15 II 2001 r., ECHR 2001-V.

¹³ Szwajcaria jest krajem, gdzie zakłada się, że z wolności przekonań i religii wynika zasada światopoglądowej neutralności państwa. W wielu krajach te dwa zagadnienia prawne traktuje się jednak jako odrębne: wolność przekonań i religii jest jednym z praw człowieka (z własnym, specyficznym obszarem zastosowania), a neutralność światopoglądowa to reguła prawa konstytucyjnego, odnosząca się do ustroju państwa.

chusty można by już oceniać inaczej. Innymi słowy, w odmiennej sytuacji równowaga konfliktowych dóbr (z jednej strony wolności praktykowania religii, a z drugiej racji innych osób oraz związanych z zachowaniem ładu publicznego) mogłaby się przesunąć ku zaakceptowaniu wyboru dokonanego przez muzułmankę.

IV. Ustalenie standardu – sprawa *Leyla Şahin przeciwko Turcji*

Strasburski standard związany z krajowym zakazem noszenia muzułmańskiej chusty określiła głośna sprawa *Leyla Şahin przeciwko Turcji*, rozpoznawana przez Trybunał dwukrotnie: najpierw jako izba, a następnie Wielka Izba¹⁴. Autorką skargi była kobieta studiująca medycynę w Stambule. Przez cztery lata nauki studentka uczestniczyła w zajęciach, nosząc chustę. Gdy była na ostatnim roku studiów, władze uniwersytetu wydały okólnik zabraniający chust. Şahin nie podporządkowała się zakazowi, więc nie dopuszczono jej do zajęć i egzaminów, a następnie ukarano naganą i zawieszeniem w prawach studenta.

Trybunał dwukrotnie orzekł, że nie doszło do naruszenia Konwencji: izba była w swoim werdykcie jednomyślna, wyrok Wielkiej Izby zapadł natomiast stosunkiem 16 głosów do jednego. Podczas powtórnej analizy skargi Wielka Izba przywołała ustalenia i oceny izby, modyfikując je tylko w niewielkim zakresie. Strasburscy sędziowie wychodzą od pochodzącej ze sprawy *Dahlab* tezy o prozelitycznym oddziaływaniu chusty jako „silnego symbolu zewnętrznego”. Zwracają też uwagę na związek muzułmańskiego nakazu nakrycia głowy z pytaniem o równość płci. Następnie zauważają, że świeckość tureckiego państwa, pozostająca w harmonii z ideałem rządów prawa i poszanowaniem praw człowieka, ma stanowić gwarancję, że w Turcji jako państwie w zdecydowanej większości muzułmańskim, „pewne religijne ruchy fundamentalistyczne” nie będą wywierały presji na osoby niepraktykujące tej religii lub należące do innego wyznania (jest to ocena pochodząca z decyzji *Karaduman*)¹⁵.

Rozważana w zidentyfikowanej powyżej perspektywie chusta niesie z sobą dwie charakterystyki. Po pierwsze, zakaz jej noszenia w instytucjach publicznych jest kluczowy dla obrony praw kobiet oraz ich równego traktowania. Po drugie, dla „ekstremistycznych ruchów politycznych” chusta stała się w Turcji symbolem prawdziwej przynależności do religii muzułmańskiej. Chcąc efektywnie chronić równość płci, pluralizm i związaną z nim możliwość wyboru, państwo jest w pełni uprawnione, by przeciwdziałać wywieraniu presji na kobiety nienoszące chusty.

Z lektury wyroków w sprawie *Şahin* noszenie chusty wyłania się jako zagadnienie fundamentalne dla demokratycznego państwa, a nie jedynie jako pytanie związane z granicami korzystania ze swobody religii przez konkretną jednostkę. W takiej fundamentalnej perspektywie nie ma znaczenia, że dana osoba godzi się na noszenie

¹⁴ Skarga nr 44774/98, wyrok izby z 29 VI 2004 r.; wyrok Wielkiej Izby z 10 XI 2005 r., ECHR 2005-XI. Zgodnie z art. 43 Konwencji sprawa rozstrzygnięta już przez izbę (siedmiu sędziów) może „w wyjątkowych przypadkach” stać się ponownie przedmiotem wyroku Trybunału orzekającego jako Wielka Izba (17 sędziów), jeśli „ujawnia poważne zagadnienie dotyczące interpretacji lub stosowania Konwencji”.

¹⁵ Par. 111 wyroku Wielkiej Izby, par. 108 wyroku izby.

chusty i traktuje to jako ważny element swojego światopoglądu. Nie jest też istotny krąg i rodzaj osób, które są konfrontowane z chustą. W sprawie *Şahin* chodziło przecież o zakaz dotyczący uniwersytetu, a więc miejsce, gdzie znalazły się dorosłe już osoby. Okazało się tym samym, że wątki sytuacyjne ze sprawy *Dalhab* nie służyły do określenia obszaru dozwolonej i chronionej na mocy Konwencji obecności chusty oraz obszaru, gdzie ingerencja państwa będzie uprawniona.

Odczytanie chusty jako symbolu dyskryminacji poddała krytyce Françoise Tulkens, belgijska sędzia, która jako jedyna głosowała przeciwko konkluzji wyroku Wielkiej Izby w sprawie *Şahin*. Jej zdaniem Trybunał pochopnie i niezasadnie przesądził, jakie znaczenie należy łączyć z chustą¹⁶. Uznał następnie, bez przedstawienia należytych argumentów, że między zakazem noszenia chusty i równością płci istnieje związek. Tymczasem podporządkowanie kobiety mężczyźnie wcale nie jest wpisane w symbolikę chusty. Belgijska sędzia napisała w zdaniu odrębnym, że w orzeczeniu zabrakło analizy opinii kobiet, które zdecydowały się na noszenie chusty. Ich poglądy i odczucia stały się nieistotne, gdy Trybunał „paternalistycznie” ustalił, co z chustą zawsze musi się łączyć. W takim podejściu nie ma już miejsca na autonomię jednostki, która stanowi kluczowy element prawa do prywatności gwarantowanego na mocy art. 8 Konwencji. Zamiast podmiotowego uprawnienia do równości i niedyskryminacji, z którego korzystanie jest uzależnione od decyzji zainteresowanej osoby, powstał nakaz porzucenia praktyki realizowanej z własnej woli.

Zdanie odrębne belgijskiej sędzi stanowi dogodny pretekst do sformułowania pewnych ogólnych uwag. Françoise Tulkens proponuje, by analizując „problem chusty”, uwzględnić perspektywę kobiet, które chustę dobrowolnie noszą i chcą nosić. Nawet jeśli taki wybór wydaje się zgodnie z naszym zachodnim spojrzeniem rodzic wątpliwości, winniśmy akceptować decyzję jednostki. Dopiero w przypadku zmuszenia do nałożenia chusty byłibyśmy uprawnieni, by wkroczyć, broniąc autonomii jednostki. Radykalnie odmienne stanowisko (którym posłużył się Trybunał) polega natomiast na jednoznacznie negatywnej ocenie chusty i łączy z nią dyskryminację kobiet oraz nierównorzędne traktowanie. Wówczas osobiste przekonania kobiety nie mają znaczenia, bo liczy się pewne znaczenie chusty, uznawane za rozstrzygające czy też „obiektywne”. Zachowując wszelkie proporcje i porównując tę sytuację do przypadku wypowiedzi nacechowanej ideologią nazistowską bądź rasistowską, nie są ważne „dobre intencje” mówcy lub ewentualne „niekontrowersyjne aspekty”, bo wątki sprzeczne z Konwencją są dominujące i one determinują sens wypowiedzi, tak również chustę należy interpretować jako symbol nierównorzędnego traktowania kobiety, którego nie można pogodzić z Konwencją. Konsekwencją takiego stanowiska może być nawet powstanie pozytywnego obowiązku państwa polegającego na eliminacji „niekonwencyjnego zjawiska”¹⁷.

¹⁶ Belgijska sędzia kontrastuje takie postępowanie strasburskiego Trybunału z ostrożnością niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, który w wyroku dotyczącym chusty oznajmił, że chusta niesie wiele znaczeń (wyrok z 24 IX 2003 r., BverfGE, 2 BvR 1436/042).

¹⁷ Na tę dalekosiężną konsekwencję, prowadzącą do konieczności zakazania chusty we wszystkich miejscach, zarówno publicznych, jak i prywatnych (bo sprzeczność z Konwencją istnieje w każdej sytuacji), zwraca uwagę Françoise Tulkens (pkt 12 *in fine* zdania odrębnego).

Warto zaznaczyć, że diametralnie inne stanowisko niż strasburski Trybunał zajął Komitet Praw Człowieka Narodów Zjednoczonych, nadzorujący stosowanie Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych¹⁸. Rozpoznając zawiadomienie *Hudoyberganova przeciwko Uzbekistanowi*, Komitet uznał, że doszło do naruszenia art. 18 ust. 2 Paktu stanowiącego, że „nikt nie może podlegać przymusowi, który stanowiłby zamach na jego wolność posiadania lub przyjmowania wyznania albo przekonań według własnego wyboru”¹⁹. Władze nie wskazały jakichkolwiek okoliczności, które mogły uzasadniać celowość ingerencji (Komitet wykazał się więc dużo większym rygoryzmem niż Trybunał, gdy chodzi o tę przesłankę ingerencji), a dodatkowo zakaz chust skutkowało ograniczeniem dostępu do edukacji²⁰.

V. Wyrok *Refah Partisi i inni przeciwko Turcji*

W kontekście strasburskich postępowań związanych z islamską chustą warto też zwrócić uwagę na sprawę *Refah Partisi i inni przeciwko Turcji*, w której Trybunał orzekł dwukrotnie: najpierw w składzie izby (wyrok z 31 VII 2001 r.), a następnie jako Wielka Izba (wyrok z 13 II 2003 r.)²¹. To właśnie z tych wyroków pochodziła niezwykle negatywna charakterystyka fundamentalistycznej propozycji islamskiej, w tym dotyczącej zróżnicowanego traktowania płci.

Refah Partisi (Partia Dobrobytu) stanowiła w drugiej połowie lat 90. ubiegłego wieku największe tureckie ugrupowanie polityczne. W wyborach parlamentarnych z roku 1995 uzyskała 22% głosów, co dawało jej 158 miejsc w 450 osobowym parlamencie. Rok później partia stworzyła rząd w koalicji z Partią Prawdziwej Drogi (*Dogru Yol Partisi*). Sondaże wyborczych preferencji wskazywały na szybko rosnące poparcie dla ugrupowania. W 1997 r. chciało na nie głosować 38% Turków, cztery lata później – nawet 67%.

W maju 1997 r. do tureckiego Sądu Konstytucyjnego został złożony wniosek o rozwiązanie Refah Partisi jako ugrupowania prowadzącego działania sprzeczne z zasadami świeckości państwa. Jako uzasadnienie wskazywano wiele wypowiedzi polityków partii oraz jej inicjatywy i propozycje polityczne: zezwolenie na noszenie w instytucjach publicznych chust przez kobiety, zastąpienie uniwersalnego prawa tureckiego regułami prawnymi określonymi przez przynależność jednostki do danej grupy religijnej (pluralizm systemów prawnych), odejście od państwa laickiego ku państwu teokratycznemu. Politycy partii odwoływali się też wielokrotnie do pojęcia świętej wojny (dżihadu) i wskazywali na nadrzędność Koranu wobec innych reguł

¹⁸ Polski tekst w Dz.U. z 1977 r. Nr 38, poz. 167.

¹⁹ Zawiadomienie nr 931/2000, pogląd Komitetu z 5 XI 2004 r. Podstawą był Protokół fakultatywny do Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (polski tekst Dz.U. z 1994 r. Nr 23, poz. 80), którego ratyfikacja umożliwiła wnoszenie przeciwko danemu państwu zawiadomień przez jednostkę, a Komitetowi wyrażanie oceny w drodze „poglądu” (*view*).

²⁰ W sprawie *Şahin* skarżąca też podniosła zarzut naruszenia prawa do nauki, ale Wielka Izba nie orzekła, by doszło do złamania art. 2 Protokołu nr 1, a wcześniej izba uznała, że nie powstaje samodzielne zagadnienie prawne dotyczące tego przepisu.

²¹ Skargi nr 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, ECHR 2003-III.

politycznych i prawnych. Sąd Konstytucyjny wydał 16 I 1998 r. wyrok rozwiązujący Partię Refah.

Rozpoznając dwukrotnie skargę Refah Partisi, Trybunał w Strasburgu za każdym razem akceptował ingerencję, chociaż rozwiązanie partii politycznej to niezwykle dotkliwy środek prawny. Co ważne, podczas gdy wyrok izby zapadł granicznym stosunkiem czterech głosów do trzech, to werdykt Wielkiej Izby był już jednomyślny.

Trybunał zgodził się z Sądem Konstytucyjnym, że władze krajowe były uprawnione, by zapobiec zagrożeniu związanemu z rosnącym poparciem dla Partii Refah. Krajowe instytucje mogły więc działać prewencyjnie, a nie dopiero wówczas, gdy niebezpieczeństwa zaczęłyby się materializować (par. 107–108)²². Równocześnie jako „wskaźniki” możliwych zagrożeń zaakceptowano wypowiedzi niektórych polityków partii; nie było tym samym konieczne, by pewne idee stały się *explicite* elementem programu partii jako całości.

Po tych wstępnych ustaleniach Trybunał przeszedł do analizy głównych przyczyn uzasadniających delegalizację Partii Refah. Po pierwsze, zajęto się propozycją zastąpienia jednego reżimu prawnego wielością systemów prawnych, opartą na wyznaniu jednostki. Wskazano, że takiego programu nie można uznać za zgodny z Konwencją²³. Kryterium obywatelstwa, poddane zasadzie równości i nie różnicowane ze względu na jednostkowe cechy, zostałyby zastąpione kategoryzowaniem ludzi jako wyznawców określonych religii. Taka zmiana oznaczałaby powrót do swoistej normatywnej segregacji istniejącej w okresie ottomańskim. Ówczesne teokratyczne państwo, gdzie dominującym prawem był szariat (stosowany do muzułmanów oraz służący regulowaniu stosunków między muzułmanami i wyznawcami innych religii), posługiwało się pluralizmem normatywnym jako mechanizmem mającym na celu zachowanie identyfikacji z własną grupą religijną (par. 126). Taki system różnicowania statusu prawnego poszczególnych części tureckiego społeczeństwa godzi w zakaz niedyskryminacji (art. 14 Konwencji).

Po drugie, szariat, którego przywrócenie w Turcji stało się jednym z elementów programu Partii Refah, pozostaje w radykalnej sprzeczności z podstawowymi założeniami Konwencji. Tę tezę o niekompatybilności precyzowano przez wskazanie na dwie okoliczności. Szariackie reguły są oparte na stałych i niepodlegających modyfikacji religijnych dogmatach i nakazach. W konsekwencji w „szariackim państwie” nie ma miejsca na pluralizm opinii oraz na ewolucję rozumienia swobód, która charakteryzuje demokratyczne społeczeństwo²⁴.

W kontekście dyskryminacyjnego traktowania płci Trybunał wskazał na „status personalny” kobiet dyktowany przez szariat. Chociaż ten wątek nie został rozwinięty, sędziowie zidentyfikowali główny obszar niezgodności. Jest on związany z prawem rodzinnym i spadkowym, gdzie szariat różnicuje reguły dotyczące obu płci, zezwalając mężczyznom na poligamię i nadając im szereg przywilejów (par. 128).

²² Jeśli nie wskazano inaczej, przywoływane paragrafy pochodzą z wyroku Wielkiej Izby.

²³ Par. 119 wyroku Wielkiej Izby, w którym zgodzono się z oceną dokonaną przez izbę w par. 70.

²⁴ Par. 123 wyroku Wielkiej Izby, przywołujący par. 71 wyroku izby.

Zastrzeżenia, chociaż nieformułowane samodzielnie, ale w związku z innymi normami szariackimi, budziły także propozycje Partii Refah dotyczące nakrycia głowy u kobiet (zniesienie obowiązującego w instytucjach publicznych zakazu noszenia chusty) – par. 72 wyroku izby.

Trzecią wreszcie przyczyną sprzeczności z Konwencją było odwoływanie się polityków ugrupowania do pojęcia wojny religijnej – dżihadu. Chociaż ta konstrukcja niesie z sobą wiele znaczeń, od wewnętrznej walki jednostki z własnymi słabościami, po metodę zdobycia władzy opartą na użyciu przemocy²⁵, Trybunał koncentruje się na ostatnim z ujęć, uznając go słusznie za sprzeczny z demokratycznymi procedurami podejmowania decyzji. Partia Refah nie odcięła się jednoznacznie od przemocy, a wypowiedzi jej polityków na temat dżihadu pozostawały niejasne²⁶.

VI. Uwagi końcowe

Omówione powyżej orzeczenia określiły, zwłaszcza wyrok Wielkiej Izby w sprawie *Şahin*, linię orzeczniczą Trybunału w sprawach dotyczących islamskiej chusty. Późniejsze postępowania kończyły się już zazwyczaj na poziomie podejmowanych jednomyślnie decyzji o niedopuszczalności skargi. Tak było w przypadku skarg z Turcji dotyczących zwolnienia z pracy lub wymierzenia kar dyscyplinarnych noszącym chustę nauczycielkom lub wykładowczyniom w szkołach wyższych²⁷, a także nieprzyjęcia do szkoły lub niedopuszczenia do zajęć uczennic, które złożyły dokumenty ze zdjęciem w chuście lub pojawiały się w niej w szkole²⁸. W dniu 30 VI 2009 r. Trybunał odrzucił sześć skarg wniesionych w następstwie zakazu obecności „ostentacyjnych symboli religijnych” we francuskich szkołach publicznych, wprowadzonego ustawą z 15 VI 2004 r.²⁹ Sprawy dotyczyły niewpuszczenia do szkoły muzułmańskich dziewcząt mających na głowie chustę i chłopców noszących sikijski turban. W swoich rozstrzygnięciach Trybunał powołał się na zróżnicowanie w krajach Konwencji rozwiązań prawnych, regulujących obecność symboli religijnych

²⁵ Zob. np. *Encyclopædia of Islam*, Leiden 1978, t. 6; R. Peters, *Jihad in Classical and Modern Islam*, Princeton 2005.

²⁶ Par. 130–131 wyroku Wielkiej Izby, par. 73–74 wyroku izby.

²⁷ *Kurtuluş przeciwko Turcji*, skarga nr 65500/01, decyzja z 24 I 2006 r., ECHR 2006-II; decyzje z 3 IV 2007 r. w sprawach: *Çağlayan przeciwko Turcji*, skarga nr 1638/94; *Tadoğan przeciwko Turcji*, skarga nr 41298/04; *Fatma Karadunan przeciwko Turcji*, skarga nr 41296/04 i *Yılmaz przeciwko Turcji*, skarga nr 37829/05.

²⁸ *Köse i 89 innych przeciwko Turcji*, skarga nr 26625/02, decyzja z 24 I 2006 r., ECHR 2006-II.

²⁹ *Aktas przeciwko Francji*, skarga nr 43563/08; *Bayrak przeciwko Francji*, skarga nr 14308/08; *Gamaleddyn przeciwko Francji*, skarga nr 18527/08; *Ghazal przeciwko Francji*, skarga nr 29134/08; *R. Singh przeciwko Francji*, skarga nr 25463/08 i *J. Singh przeciwko Francji*, skarga nr 27561/08. Na temat tego ustawodawstwa i okoliczności jego powstania zob. V. Fabre-Alibert, *La loi française du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics: vers un pacte social laïque*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 2004, t. 59. Poprzedzający ustawę spór wokół chusty omawia N. Deffains, *Le principe de laïcité de l'enseignement public à l'épreuve du foulard islamique*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 1998, t. 34.

w szkołach (co skutkowało szerokim marginesem swobody ocen władz państwowych). Ponadto zwrócono uwagę na kwalifikowany charakter francuskiego zakazu (obejmował on tylko symbole uznane za ostentacyjne) i możliwość pobierania nauki przez ucznia nie tylko w szkole publicznej, lecz także w placówkach prywatnych bądź korespondencyjnie. Należy zauważyć, że strasburscy sędziowie nie musieli się w tych sprawach odwołać do wątku „niekonwencyjnej” treści niesionej przez chustę. Kluczowym zagadnieniem była bowiem dopuszczalność zakazu dotyczącego symboliki religijnej jako takiej (posiadającej formalną cechę ostentacyjności), a nie zakazu konkretnego symbolu religijnego ze względu na jego specyficzną treść. Analogicznie jak w postępowaniach związanych z zakazem ostentacyjnych symboli religijnych orzeczono w dwóch wyrokach, które dotyczyły polecenia zdjęcia chusty podczas zajęć z wychowania fizycznego (sprawy te pochodziły jeszcze sprzed ustawy z 2004 r.)³⁰. Była wreszcie decyzja w sprawie mużułmanki, która odmówiła zdjęcia zasłony twarzy podczas kontroli bezpieczeństwa we francuskim konsulacie³¹.

Problem chusty i szerszej – mużułmańskich zasłon – pojawi się zapewne ponownie w strasburskim Trybunale po uchwaleniu prawa zabraniającego pewnych form zasłaniania ciała kobiety, uznanych przez ustawodawcę za uwłaczające ludzkiej godności. Pierwsze takie prawo zostało poddane pod głosowanie w Belgii 28 IV 2010 r. Nowe reguły izba niższa parlamentu przyjęła bez głosu sprzeciwu i przy jedynie dwóch deputowanych wstrzymujących się od głosu. Chociaż wejście ustawy w życie wydawało się formalnością, bo Senat mógł jedynie wprowadzić poprawki, proces ustawodawczy nie został zakończony ze względu na rozwiązanie parlamentu i zarządzenie przedterminowych wyborów. Identyczna ustawa została jednak ponownie przegłosowana przez nowy parlament w dniu 28 IV 2011 r.

Belgijskie reguły zostały sformułowane w formalnie neutralny sposób, bez wyraźnego wskazywania na islamskie zasłony. Prawo stanowi, że każda osoba, która pokazuje się w miejscu publicznym „z twarzą zakrytą w całości albo w części w taki sposób, że niemożliwa jest identyfikacja”, podlega karze grzywny od 15 do 25 euro albo karze pozbawienia wolności do siedmiu dni³². W praktyce nowa regulacja na pewno obejmie burkę i nikab³³, ale być może jej postanowienia dadzą się też zastosować do tych chust, które istotnie zasłaniają twarz kobiety.

Belgijskie problemy z zakończeniem procesu legislacyjnego skutkowały tym, że jako pierwsze weszło w życie francuskie prawo przeciwko zasłonom. Izba niższa francuskiego parlamentu zaakceptowała tylko przy jednym głosie przeciwnym ustawę o zakazie w dniu 13 VII 2010 r. (symbolicznie stało się to w przeddzień święta

³⁰ Wyroki z 4 XII 2008 r. w sprawach *Dogru przeciwko Francji*, skarga nr 27058/05, zostanie opubl. w ECHR i *Kervanci przeciwko Francji*, skarga nr 31645/04.

³¹ *El Morsli przeciwko Francji*, skarga nr 15585/06, decyzja z 4 III 2008 r., zostanie opubl. w ECHR.

³² Z dyspozycji tej reguły będą zwolnione „szczególnie przypadki”, takie jak np. używanie kasku przez motocyklistę czy też maski przez uczestnika karnawału.

³³ Burka to nieprzezroczyste nakrycie głowy noszone oprócz chusty (zwłaszcza w Afganistanie), nikab to chusta owijana wokół głowy, występująca w wersji połowicznej (bez zasłaniania oczu i czoła) i całkowitej (tylko z otworami na oczy).

narodowego), Senat potwierdził ją 14 IX 2010 r., a prawo weszło w życie 11 IV 2011 r.³⁴ Analogicznie jak belgijska regulacja, także francuska ustawa została sformułowana w sposób, który nie wskazuje islamskich zasłon jako jedyne przedmioty zakazu, lecz zabrania zasłon jako takich. Za zakrywanie twarzy w miejscach publicznych została przewidziana grzywna do 150 euro, ale zamiast niej lub łącznie z nią sąd może zarządzić udział danej osoby na jej koszt w kursie przypominającym o „republikańskich wartościach”. Dużo poważniejsze sankcje grożą za zmuszanie do noszenia zasłon: są to kary pozbawienia wolności do roku i grzywny do 30 tysięcy euro, które ulegają dwukrotnemu zwiększeniu, jeśli przymus dotyka osobę nieletnią.

Wprowadzenie przepisów analogicznych do francuskich i belgijskich rozważają inne kraje, m.in. Holandia, Dania, Niemcy i Hiszpania.

Gdyby osoba dotknięta zastosowaniem francuskiego prawa wniosła skargę do Trybunału (a w przyszłości także innych analogicznych ustawodawstw krajowych), ten musiałby wprost podjąć (i rozwinąć w stosunku do poprzednich wyroków i decyzji) kwestię sprzeczności zasłon z podstawowymi wartościami Konwencji. Jest mało prawdopodobne, by analiza ingerencji dokonywała się w kategoriach zagrożeń dla bezpieczeństwa publicznego (nierozpoznawalność zasłoniętej osoby), gdyż wówczas władze państwowe musiałyby w przekonujący sposób wykazać, że zasłona rzeczywiście może być wykorzystywana do kamuflowania osoby i powodowania publicznego niebezpieczeństwa³⁵. Aby bronić zatem nowej regulacji, konieczne jest powołanie się na ochronę praw i wolności innych osób, a to będzie można precyzyjnie zidentyfikować przy użyciu argumentu o „niekonwencyjności” zasłon. Ciekawie w tym kontekście może też przedstawiać się identyfikacja kręgu tych chronionych „innych osób”. Trudno sobie wyobrazić, by Trybunał uznał, że zakaz zasłon ma służyć ochronie osób, które dobrowolnie je noszą (Konwencja mówi przecież o potrzebie ochrony „innych osób”). Konieczne stanie się więc wskazanie na ochronę praw kobiet, wobec których fakt, że część muzułmanek nosi zasłony, może być wykorzystywany w celu wymuszenia analogicznej decyzji. Na razie wszak skala praktykowania zasłon w postaci burki i nikabu jest bardzo ograniczona. W Belgii nosi je jedynie około czterystu kobiet, we Francji liczba ta szacowana jest na dwa tysiące. Perswazyjność takiej mniejszościowej, a nawet wręcz marginalnej praktyki jest więc niezwykle hipotetyczna.

Argument mówiący o sprzeczności zasłon z aksjologią Konwencji najpełniej w praktyce może zostać rozwinięty w związku z potrzebą ochrony porządku publicznego. Rozumienie tego pojęcia nie musi się łączyć z rzeczywistym naruszeniem ładu, lecz może nawiązywać do „symbolicznego” podważania podstawowych wartości demokratycznego porządku, którego istotnym elementem jest brak dyskryminacji i równorzędne traktowania płci. Niezgodność noszenia zasłon z Konwencją, prezentowana jako radykalna, bo dotycząca fundamentów współczesnej demokracji,

³⁴ Pełna nazwa tego aktu prawnego to Ustawa nr 2010-1192 z 11 X 2010 r. zabraniająca ukrywania twarzy w miejscach publicznych (Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public).

³⁵ Byłoby to możliwe tylko w specyficznych przypadkach, np. prowadzenia samochodu lub wykonywania niektórych zajęć.

znajdzie się wówczas w centrum analizy Trybunału. Tylko po nadaniu tej sprzeczności jednoznacznie dramatycznego charakteru uda się obronić krajową ingerencję.

Narracja odwołująca się do praw człowieka, które są ujmowane we współczesnej zachodniej kulturze jako „przyrodzone i niezbywalne”, posiada immanentne roszczenie do uniwersalności. Jeśli chcemy pozostać konsekwentni, nie możemy dokonać jakichkolwiek wyłączeń z tego rygoru. Nawet gdy państwa naszego kontynentu stają się w następstwie rosnącej emigracji z niezachodnich kręgów kulturowych coraz bardziej kulturowo zróżnicowane, ten stan rzeczy nie może prowadzić do akceptacji normatywnego różnicowania poszczególnych zbiorowości. Normatywny pluralizm daje się tolerować tak długo, jak długo nie znajdzie się w konflikcie z podstawowymi założeniami definiującymi współczesne demokratyczne państwo i prawo. Tym bardziej nie do przyjęcia jest model wielości odseparowanych od siebie porządków normatywnych, nawet jeśli poza Zachodem miał on (jak w przeszłości tzw. system millatów w imperium otomańskim)³⁶ i ma nadal zapewniać warunki tolerowania mniejszości żyjących w zgodzie z własnymi regułami i zwyczajami³⁷. Jesteśmy skazani na fundamentalizm praw człowieka i demokratycznych rudymentów³⁸.

Wspomniana konieczność podkreślania własnych politycznych i prawnych fundamentów może powodować, że w celu uzasadnienia, dlaczego w zachodnim systemie nie można zaakceptować pewnych islamskich roszczeń, które zostały uznane za znajdujące się w poważnym konflikcie z naszą aksjologią, Trybunał będzie skłonny odwołać się do art. 17 Konwencji. Ten przepis ustanawia swoistą „klauzulę zaporową”, która ma zapobiec wykorzystywaniu konwencyjnych praw i swobód w celu zniszczenia demokratycznego systemu prawnego³⁹. W przeszłości art. 17 był stosowany w związku z aktywnością nazistowską, rasistowską i (już rzadziej) komunistyczną⁴⁰.

Chociaż Trybunał nie odwołał się nigdy wprost do art. 17 w postępowaniach dotyczących działalności inspirowanej islamem, to jednak w sprawie *Refah Partisi*, po

³⁶ Na temat systemu millatów zob. zwłaszcza opracowania opublikowane w B. Braude, B. Lewis (red.), *Christian and Jews in the Ottoman Empire: the Functioning of a Plural Society*, New York 1982.

³⁷ W literaturze z zakresu filozofii politycznej występują jednak prace, które starają się przekonywać do możliwości pogodzenia współczesnej demokracji z pluralizmem kulturowym. Zob. np. W. Kymlicka, *Two models of pluralism and tolerance* (w:) David Heyd (red.), *Tolerance: an Elusive Virtue*, Princeton 1998, a w Polsce B. Wojciechowski, *Interkulturowe prawo karne*, Toruń 2009.

³⁸ Podobnie M. Levinet, *Incompatibilité entre l'Etat théocratique et la Convention européenne des droits de l'homme. A propos de l'arrêt rendu le 13 février 2003 par la Cour de Strasbourg dans l'affaire Refah Partisi et autres c/Turquie*, *Revue française de droit constitutionnel* 2004, t. 57, s. 221.

³⁹ Przepis ten stanowi, że „Żadne z postanowień Konwencji nie może być interpretowane jako przyznające jakiemukolwiek państwu, grupie lub osobie prawa do podjęcia działań lub dokonania aktu zmierzającego do znieważenia praw i wolności wymienionych w niniejszej Konwencji albo do ich ograniczenia w większym stopniu, niż to przewiduje Konwencja”.

⁴⁰ Zob. I.C. Kamiński, *Ograniczenia swobody wypowiedzi dopuszczalne w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Analiza krytyczna*, Warszawa 2010, rozdz. XI.

zidentyfikowaniu budzących wątpliwości elementów programowych ugrupowania, które bezpośrednio odwoływały się do szariatu, wskazał, że partia polityczna, która ma na celu zaprowadzenie w państwie reguł islamskiego prawa, nie może uchodzić „za ugrupowanie działające w zgodzie z demokratycznym ideałem, jaki znajduje się u podstaw całości konwencji” (par. 123). Jednym ze składników programu partii, jednoznacznie inspirowanego szariatem, było różnicowanie statusu prawnego kobiet i mężczyzn, a symbolicznym wyrazem – nakaz zakrywania głowy przez kobiety. W sprawie *Şahin* dodawano, że dla „ekstremistycznych ruchów politycznych” chusta stała się w Turcji symbolem prawdziwej przynależności do religii muzułmańskiej. Faktycznie Trybunał jednoznacznie dyskwalifikował (jednomyślny werdykt) *credo* polityczne Refah Partisi, nie odwołując się jednak do art. 17. Być może jednak w przyszłości strasburscy sędziowie zdecydują się nie tylko na powtórzenie oceny obecnej już w ich wyrokach, ale i na jej wzmocnienie.

SUMMARY

ISLAMIC HEADCOVERS AND VEILS FOR WOMEN IN THE CASE LAW OF THE EUROPEAN COURT ON HUMAN RIGHTS IN STRASBOURG

The article analyses the case law of the European Court on Human Rights in cases relating to prohibitions to wear Islamic headcovers by women. Such headcovers, having their prescriptive source in the Qur'an, are part of the Islamic religion and culture. Therefore wearing headcovers constitutes an element of freedom of religion protected under Article 9 of the European Convention on Human Rights. On several occasions the Strasbourg Court has been confronted with the question of whether – and if so, under what conditions – a State-Party to the Convention may interfere in this practice. The analysis reconstructs how the relevant Convention standard has been emerging step by step in the case law of the Court (and the European Commission on Human Rights that existed until 1 November 1998). The issue of women headcovers became especially pertinent when France adopted a statute prohibiting headcovers (as a conspicuous religious symbol) in public schools (2004). Recently several Member-States of the Convention either already adopted or are working on a legislation that prevents women from wearing veils in public places. It brings the question of how such a legislation might be made compatible with the Convention.