

Marta Gruszka*

**OCHRONA PRZED OKALECZANIEM
NARZĄDÓW PŁCIOWYCH KOBIEC (FGM)
W PRAWIE UCHODŹCZYM –
SPECYFIKA I GŁÓWNE PROBLEMY SYSTEMOWE**

1. Wprowadzenie

Female Genital Mutilation (okaleczanie narządów płciowych kobiet, dalej: FGM¹) jest terminem określającym zjawisko społeczne związane z różnymi formami zniekształcania lub usuwania zewnętrznych narządów płciowych u kobiet. Zgodnie z definicją Światowej Organizacji Zdrowia pojęciem tym obejmuje się „wszelkie praktyki łączące się z częściowym lub całkowitym usunięciem zewnętrznych genitaliów lub innymi ich okaleczeniami u kobiet z powodów innych niż medyczne”². Szacuje się, że obecnie na świecie żyje około 200 mln kobiet poddanych FGM,

* Magister prawa (Uniwersytet Jagielloński, 2016), studentka Master 2, Droit des affaires français et europeen (Université d’Orleans).

¹ W popularnonaukowym piśmiennictwie polskojęzycznym autorzy korzystają zazwyczaj z pojęcia „obrzezanie kobiet”, które było rozpowszechnione na całym świecie do lat siedemdziesiątych minionego wieku. W tym bowiem okresie, w związku z natężeniem działań prewencyjnych, zaczęto szerzej posługiwać się pojęciem *Female Genital Mutilation*. W latach dziewięćdziesiątych termin ten został zarekomendowany przez Światową Organizację Zdrowia. Często można spotkać się również z pojęciami *Female Genital Cutting* (FGC), *Female Genital Mutilation/Cutting* (FGM/C) czy *Female Genital Surgeries* (FGS). Określenia te są dosyć szeroko używane ze względu na charakter zjawiska oraz potrzebę międzykulturowego dialogu, który umożliwiałby działania edukacyjne i prewencyjne u źródeł problemu. Polski odpowiednik *Female Genital Mutilation*, tj. „okaleczanie narządów płciowych kobiet”, jest terminem młodym, który od 2015 r. ma jednak charakter pojęcia normatywnego. Ze względów praktycznych postanawiam posługiwać się terminem *Female Genital Mutilation* w skróconej formie zamiennie z jego polską wersją.

² Polska wersja: D. Rogowska-Szadkowska, T. Niemiec *Obrzezanie kobiet – nowy problem w praktyce lekarza ginekologa w krajach Unii Europejskiej?*, *Ginekologia Polska* 2009, vol. 80, s. 118–123. Por. oryginał: WHO *Female genital mutilation. Fact sheet. Updated February 2017*, <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs241/en/> (dostęp: 6.05.2017).

a każdego roku około 3 mln dziewcząt jest w grupie ryzyka³. Biorąc pod uwagę zróżnicowanie lokalizacji występowania FGM, jak również różnorodne warunki wykonywania procedury, brak ujednoczenia zakresu okaleczenia oraz standardów medycznych stosowanych przez osoby je wykonujące, Światowa Organizacja Zdrowia w 1995 r. określiła cztery podstawowe typy FGM, które są wewnątrznie zróżnicowane. W celu usystematyzowania przypadków klasyfikacja została zmodyfikowana w 2007 r. poprzez dodanie podtypów ściślej określających charakter okaleczenia⁴. FGM typu I, określane jako klitoridektomia (*clitoridectomy*, *sunna circumcision*) polega na częściowym lub całkowitym usunięciu łechtaczki i/lub usunięciu napletka łechtaczki. Nowa klasyfikacja tego typu uwzględnia różnicę między typem Ia wiążącym się wyłącznie z usunięciem napletka (będącym łagodniejszym, w znacznej części jedynie symbolicznym cięciem), a typem Ib, który to polega na usunięciu obydwu organów i pociąga za sobą znacznie poważniejsze konsekwencje zdrowotne. FGM typu II, określane jako ekscyzja (*excision* – wyrzeczanie), polega na częściowym lub całkowitym usunięciu łechtaczki oraz warg sromowych mniejszych, wiążącym się lub nie z usunięciem warg sromowych większych. Podtypy wprowadzają rozróżnienie w zależności od zasięgu okaleczenia – tylko wargi sromowe mniejsze (IIa), wargi sromowe mniejsze i częściowo/całkowicie łechtaczka (IIb), wargi sromowe większe, mniejsze oraz częściowo/całkowicie łechtaczka (IIc). FGM typu III, określane jako infibulacja (*infibulation*, obrzezanie farańskie) polega na zwężeniu ujścia pochwy poprzez usunięcie łechtaczki, warg sromowych mniejszych i/lub większych, które po ich zszyciu⁵ pozostawiają niewielki otwór dla ujścia płynów ustrojowych. Szczegółowa klasyfikacja wyróżnia podtypy IIIa – ograniczenie się do wycięcia warg sromowych mniejszych oraz IIIb – ingerencja w wargi sromowe większe. FGM typu IV grupuje wszelkie pozostałe, niesklasyfikowane szkodliwe formy alteracji narządów płciowych, jak rozciąganie, przyżeganie tkanek, oddziaływanie środkami chemicznymi, ziołami, *piercing* etc. Zjawisko FGM, mimo iż wykazuje silne związki z określonymi grupami etnicznymi, obecne jest również w państwach Globalnej Północy. Jego istnienie udokumentowane zostało już w II w. p.n.e., a począwszy od lat siedemdziesiątych XX w. podjęto działania na rzecz zaprzestania jego wykonywania⁶. Mimo blisko pięćdziesięciu lat walki, wciąż pojawiają się głosy minimalizujące szkodliwość FGM lub nawołujące do jego uznania i ochrony⁷.

³ Zob. *Female genital mutilation. Fact sheet...*, *passim*.

⁴ WHO *Eliminating Female genital mutilation. An interagency statement OHCHR, UNAIDS, UNDP, UNECA, UNESCO, UNFPA, UNHCR, UNICEF, UNIFEM, WHO*, 2008, s. 23–28, <http://www.who.int/reproductivehealth/publications/fgm/9789241596442/en/> (dostęp: 25.06.2016).

⁵ *Ibidem*, s. 25. Efekt infibulacji uzyskiwany jest czasem przez wykonanie zabiegu w innej formie i unieruchomienie kobiety, tak że dochodzi do zrośnięcia uszkodzonych tkanek.

⁶ Konferencja ONZ w Lusace i Seminarium WHO w Chartumie w 1979 r., założenie Inter African Committee Against Harmfull Traditional Practices w 1984 r.

⁷ Zob. The Hastings Centre, *PRESS RELEASE: 11.13.12 Western Media Coverage of Female Genital Surgeries in Africa is “Hyperbolic” and “One-Sided” says International Policy Group*, <http://www.thehastingscenter.org/for-media/press-releases/press-release-11-13-12-western-media-coverage-of-female-genital-surgeries-in-africa-is-hyperbolic-and-one-sided-says-international-policy-group/> (dostęp: 20.03.2017).

Problematyka ta jest szczególnie aktualna, zważywszy na uwidoczniającą się w ostatnich latach tendencję do wzmacniania ochrony kobiet przed FGM. Należy tutaj wspomnieć Konwencję Stambulską⁸ z 2011 r. ratyfikowaną przez Polskę w kwietniu 2015 r., która zawiera legalną definicję okaleczania narządów płciowych kobiet. Ponadto w 2015 r. miało miejsce pierwsze w Egipcie skazanie za przeprowadzenie FGM, które doprowadziło do śmierci trzynastoletniej dziewczynki, a we wrześniu 2016 r. znacznie zaostrzono tam kary za okaleczanie narządów płciowych kobiet⁹. FGM corocznie skupia uwagę opinii publicznej oraz polityków z okazji międzynarodowego dnia walki z tym zjawiskiem, który przypada 6 lutego. W ostatnim czasie często zwraca się również uwagę na narodowe systemy zwalczania FGM w państwach o znacznych społecznościach migracyjnych, kulturowo powiązanych z państwami, gdzie tradycja ta ma swoje korzenie. Uwagę przykuwa fakt, że mimo blisko 30 lat obowiązywania prawa zakazującego dokonywania FGM w Wielkiej Brytanii, jak do tej pory nie doszło do ani jednego skazania. Podobnie rzecz ma się w Irlandii, natomiast Francja przedstawiana jest zazwyczaj jako kontrprzykład ze względu na liczne procesy oraz skazania praktykujących tę tradycję¹⁰.

Jednym z mechanizmów ochrony praw człowieka jest międzynarodowe prawo uchodźcze, które może mieć zastosowanie także w przypadku FGM. Ubieganie się o nadanie statusu uchodźcy na podstawie zagrożenia okaleczaniem narządów płciowych kobiet nie jest jednak łatwe i przynosi szereg problemów dla osoby dotkniętej tym zjawiskiem. Omówienie trudności, jakie pojawiają się w procedurze uchodźczej w sprawach, w których podstawą ubiegania się o status uchodźcy jest FGM, jest głównym celem niniejszego artykułu. W pierwszej kolejności należy przedstawić specyfikę FGM, która warunkuje większość problemów związanych z tym zjawiskiem, jakie pojawiają się w prawie uchodźczym. FGM ze względu na swoje szczególne cechy wymaga odwołania się do szeregu zagadnień szczegółowych, w tym koncepcji zobowiązań pozytywnych państwa, horyzontalnego wymiaru ich stosowania oraz złożoności formalnej podstawy odpowiedzialności państwa. Dodatkowo charakterystyka osób zagrożonych FGM pociąga za sobą określone konsekwencje prawne, które nie mogły zostać pominięte. W kolejnej części omówione zostaną główne problemy ustalania statusu uchodźcy, dotyczące konkretnych przesłanek (uzasadniona obawa, pojęcie prześladowania, określona grupa społeczna, brak ochrony państwa pochodzenia) oraz kwestii proceduralnych. Ze względu na ograniczony

⁸ Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, Dz. U. z 2015 r. poz. 961.

⁹ Zob. artykuł Human Rights Watch, *Egypt: New Penalties for Female Genital Mutilation Further Reform Needed to Protect Girls*, <https://www.hrw.org/news/2016/09/09/egypt-new-penalties-female-genital-mutilation> (dostęp: 14.02.2017).

¹⁰ Zob. artykuły prasowe: <http://www.bbc.com/news/uk-37364079> oraz <http://www.thejournal.ie/fgm-ireland-convictions-3107152-Jan2017/> (dostęp: 14.02.2017). Odnośnie do Francji oraz innych państw europejskich zob. też raport sporządzony dla Komisji Europejskiej przez S. Johnsdotter, R.M. Mestre i Mestre, *Female Genital Mutilation in Europe: An analysis of court cases 2015*, http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/documents/160205_fgm_europe_enege_report_en.pdf (dostęp: 14.02.2017).

rozmiar publikacji artykuł odnosi się głównie do europejskich doświadczeń zwalczania i zapobiegania FGM przy użyciu prawa międzynarodowego.

2. Specyfika zjawiska FGM

Ze względu na stopień, w jakim ingeruje w integralność fizyczną i psychiczną jednostki, FGM zostało uznane przez społeczność międzynarodową za praktykę łamiącą podstawowe prawa człowieka. Wśród nich można wymienić prawo do życia, prawo do wolności od przemocy fizycznej i psychicznej, prawo do integralności fizycznej, prawo do najwyższego osiągalnego poziomu zdrowia. Okaleczanie narządów płciowych kobiet najczęściej oceniane jest jako naruszenie zakazu tortur oraz nieludzkiego lub poniżającego traktowania. Opinia taka, wielokrotnie wyrażana przez organizacje społeczne walczące z okaleczaniem narządów płciowych kobiet, Biuro Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Uchodźców czy Światową Organizację Zdrowia, doczekała się także potwierdzenia w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (decyzje w sprawach *Collins*, *Akaziebie v. Szwecja*, *Izevbekhai i inni v. Irlandia*)¹¹.

Specyfika sytuacji kobiet zagrożonych FGM na gruncie prawa międzynarodowego wiąże się z jednej strony ze źródłem zagrożenia, którym są osoby prywatne, z drugiej ze sposobem naruszenia prawa przez państwo, a mianowicie z jego zaniechaniem. Ponadto należy mieć na względzie, że zjawisko w dużej mierze dotyka osoby małoletnie, co implikuje szczególny zakres ochrony.

2.1. Naruszenie obowiązków pozytywnych

Ochrona kobiet przed FGM związana jest z ewolucją systemu ochrony praw człowieka. Istotne jest w tej kwestii przejście od wywodzącego się z liberalizmu ujęcia prawa indywidualnego (zarówno w potocznym, jak i normatywnym znaczeniu) wyłącznie jako sfery jednostki, której państwo zobowiązane jest nie naruszać (sankcjonowanie tylko działania), do uwzględnienia obowiązków pozytywnych państwa niezbędnych dla urzeczywistnienia danego prawa (sankcjonowanie także zaniechania). Dawne rozumienie zagadnienia od strony negatywnej odzwierciedla sposób sformułowania klasycznych aktów prawnych zawierających katalogi praw człowieka – począwszy od XVIII w. i francuskiej Deklaracji Praw Człowieka i Obywatela¹² (1789) czy Karty Praw dodanej do Konstytucji Stanów Zjednoczonych¹³ (1791), po

¹¹ Zob. decyzję z dnia 8 marca 2007 r. w sprawie *Collins*, *Akaziebie v. Szwecja*, skarga nr 23944/05; decyzję z dnia 17 maja 2011 r. w sprawie *Izevbekhai i inni v. Irlandia*, skarga nr 43408/08, par. 73 i n. oraz wyrok z dnia 7 czerwca 2016 r. w sprawie *R.B.A.B. i inni v. Holandia*, skarga nr 7211/06, par. 50. Pełne teksty tych i innych powoływanych orzeczeń Trybunału dostępne są w elektronicznym zbiorze HUDOC: <http://hudoc.echr.coe.int> (dostęp: 14.06.2016).

¹² Pełny tekst dostępny na stronach Biblioteki Sejmowej, zob. <http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/konst/francja-18.html> (dostęp: 06.06.2017).

¹³ Pełny tekst oraz transkrypt oryginalnej propozycji Kongresu można znaleźć na stronach National Archives, zob. <https://www.archives.gov/founding-docs/bill-of-rights-transcript> (dostęp: 06.06.2017).

Powszechną Deklarację Praw Człowieka¹⁴ (1948), a także Europejską Konwencję Praw Człowieka¹⁵ (dalej: EKPC) (1950), kreujących zakazy, np. niewolnictwa, tortur, pracy przymusowej. Wraz ze wzrostem znaczenia praw socjalnych, które ze względu na swoją naturę ujmowane były od strony pozytywnej, rosło także znaczenie nowego sposobu postrzegania systemu gwarancji praw osobistych i politycznych. Znaczący udział w rozwoju doktryny praw człowieka miała praktyka stosowania EKPC. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) odwołanie się do koncepcji pozytywnych obowiązków, jak wskazują niektórzy autorzy, miało miejsce już w 1968 r. w wyroku w tzw. *sprawie językowej*, zaś według odmiennych opinii nieco później, bo w 1979 r. w sprawie *Marckx*¹⁶. Mimo dostępnego dziś bogatego orzecznictwa dotyczącego zagadnienia teorii pozytywnych obowiązków państwa oraz rozstrzygnięć, w których zarysowano w sposób systematyczny jej zastosowanie¹⁷, wciąż brak jest jednolitej koncepcji, co jak zauważa wielu autorów, jest sytuacją niekorzystną z punktu widzenia przewidywalności prawa¹⁸. Logiczną konsekwencją uznania pozytywnych obowiązków państw jest konstatacja, iż beczynność państwa w określonych sytuacjach stanowi naruszenie praw człowieka.

2.2. FGM jako akt dokonywany przez osoby prywatne

Wpływ liberalizmu na kształtowanie się doktryny praw człowieka wyrażał się nie tylko w negatywnym ujęciu praw, ale również w antagonistycznym ujęciu działań państwa i jednostki. Postrzeganie ograniczenia plenipotencji państwa w stosunku do jednostki jako podstawowego założenia ochrony praw człowieka zawężało możliwości efektywnej walki z zagrożeniami, które w dużej mierze mają swoje źródło w działaniu podmiotów prywatnych. Dostrzeżenie w praktyce stosowania EKPC możliwości skuteczniejszej ochrony jednostki przez uwzględnienie, że obowiązki państwa (pozytywne czy też negatywne) mają zastosowanie także w sytuacji, gdy zagrożenie pochodzi od działania podmiotu innego niż państwo, niewątpliwie zwiększyło efektywność systemu ochrony i nadało Konwencji oraz prawom człowieka wymiar horyzontalny. Należy zaznaczyć, że źródło zagrożenia w przypadku FGM odnosi się właśnie do relacji między podmiotami prywatnymi i najczęściej związane jest ściśle z więzami rodzinnymi czy plemiennymi. Konsekwencją tego stwierdzenia

¹⁴ Pełny tekst dostępny w pracy A. Przyborowska-Klimczak, *Prawo międzynarodowe publiczne. Wybór dokumentów*, Lublin 2006, s. 134–138.

¹⁵ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 ze zm.

¹⁶ Wyrok z dnia 23 czerwca 1968 r. w sprawie *niektórych aspektów prawnych użycia języka w edukacji w Belgii v. Belgia* skarga nr 2126/64; wyrok z dnia 13 czerwca 1979 r. w sprawie *Marckx v. Belgia*, skarga nr 6833/74. Zob. też C. Mik, *Teoria obowiązków pozytywnych państw-stron traktatów w dziedzinie praw człowieka na przykładzie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka* [w:] *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Jasudowicza*, Toruń 2004, s. 260.

¹⁷ Zob. wyrok z dnia 26 czerwca 2005 r. w sprawie *Siliadin v. Francja*, skarga nr 73316/01, par. 64–89.

¹⁸ M. Kowalski, *Zobowiązania pozytywne* [w:] M. Balcerzak, S. Sykuna (red.), *Leksykon praw człowieka – 100 podstawowych pojęć*, Warszawa 2010, *passim*.

jest fakt, że państwo, posiadając ograniczony wpływ na kształtowanie tego rodzaju relacji, nie może ponosić odpowiedzialności za rezultat okaleczenia narządów płciowych konkretnej kobiety, jeśli ustalili się, że dopełniło ono należytej staranności ochrony jednostki przed tym zjawiskiem. Określenie minimum działań koniecznych do wypełnienia przesłanki należytej staranności przez konkretne państwo nie może być dokonane bez uwzględnienia specyficznych dla niego okoliczności. Niemniej możliwe jest wskazanie ustandaryzowanych gwarancji służących ochronie przed FGM. W pierwszej kolejności należy wskazać na regulację prawnokarną, która powinna spełniać rolę prewencyjną, odstrasżającą. Z praktyki państw wynika, że penalizacja FGM może wynikać z działań legislacyjnych, ale także być efektem odpowiedniej wykładni dotychczas obowiązujących przepisów. O ile w sposób obiektywny można stwierdzić, że ewentualne poddanie kobiety okaleczeniu narządów płciowych w konkretnym systemie będzie wiązało się w sposób nieuchronny z reakcją organów ścigania, o tyle brak jest wymogu wprowadzania FGM jako odrębnej podstawy odpowiedzialności karnej¹⁹. Prewencyjne działania państwa mogą obejmować także przedsięwzięcia informacyjne, edukacyjne. Zakaz tortur oraz nieludzkiego lub poniżającego traktowania zobowiązuje państwo także do działania odnoszącego się bezpośrednio do jednostki niezależnie od zachowania osób trzecich. W zakresie ochrony przed okaleczaniem narządów płciowych państwo również może zostać uznane za źródło zagrożenia, jeśli jego reprezentanci w publicznych zakładach opieki zdrowotnej podejmują się aktów FGM. Sytuacja taka wiąże się jednak z odpowiedzialnością państwa za działanie, a więc naruszenie negatywnego obowiązku, chociaż można pokusić się o ujęcie problemu jako pozytywnego obowiązku zapewnienia (organizacji) przez państwo placówek opieki zdrowotnej, w których nie ma zagrożenia FGM. Takie stwierdzenie sprowadza jednak rozróżnienie (pozytywnego lub negatywnego) charakteru obowiązku do kwestii semantyki²⁰. Sytuacja taka może być przyczyną niekonsekwencji systemowych ze względu na odmienną kategoryzację działań mających podobny skutek²¹. W świetle obecnej praktyki orzeczniczej konsekwencje negatywnego lub pozytywnego ujęcia obowiązku nie mają aż tak doniosłego znaczenia jak mogły mieć w przeszłości. Już w rozstrzygnięciu sprawy *Keegan*²² Trybunał uznał, że reguły ochrony w ramach obydwu kategorii są zbliżone i opierają się na równowadze (*fair balance*) wyważenia interesów jednostki oraz interesu społecznego.

¹⁹ Na przykładzie polskiego prawa karnego okaleczanie narządów płciowych kobiet wydaje się mieścić w zakresie normy art. 156 § 1 k.k. Poszerzając rozważania M. Małeckiego dotyczące obrzezania mężczyzn o specyfikę skutków, które wywołuje ono u kobiet, można skłaniać się ku obronie tej tezy. Zob. M. Małecki, *Obrzezanie = oszpecenie?*, tekst opublikowany 27.06.2012 online na blogu *Dogmaty Karnisty*, http://dogmatykarnisty.blogspot.com/2012_06_01_archive.html (dostęp: 24.06.2016).

²⁰ Por. zdanie odrębne sędziego Martensa od wyroku z dnia 19 lutego 1996 r. w sprawie *Gül v. Szvajcaria*, skarga nr 23218/94, par. 7 i n.

²¹ Zob. M. Kowalski, *Zobowiązania..., passim*.

²² Wyrok z dnia 26 maja 1994 r. w sprawie *Keegan v. Irlandia*, skarga numer 16969/90, par. 49.

2.3. Podstawy odpowiedzialności państwa w związku z FGM

Specyfika ochrony przed FGM polega również na tym, iż brak jest jednolitej formalnej podstawy odpowiedzialności państwa odmawiającego ochrony przed FGM (i np. wydalającego cudzoziemca). Tak jest np. na gruncie EKPC. Podobnie jak w przypadku wielu innych naruszeń praw człowieka wymagających zastosowania teorii zobowiązań pozytywnych oraz uwzględnienia horyzontalnego wymiaru stosowania norm chroniących prawa człowieka, dla przypisania odpowiedzialności konkretnemu państwu potrzebne jest odwołanie się do uzasadnienia materialnego. Sięga ono racjonalizacji przyznania państwu charakteru gwaranta praw konwencyjnych wobec osób znajdujących się na terytorium podlegającym jego jurysdykcji (art. 1 EKPC). Konwencja, traktowana w doktrynie i praktyce orzeczniczej ETPC jako „żywy instrument”, wymaga uwzględnienia zmieniającej się sytuacji społeczno-politycznej. Podstawy konkretnych praw wyinterpretowane zostały bezpośrednio ze sposobu sformułowania danego prawa (tak w przypadku art. 6 i 8) lub też w koniunkcji z klauzulą generalną art. 1, jak to ma miejsce w przypadku FGM. Powiązanie przepisu statuującego dane prawo z art. 1 dla ustalenia formalnej podstawy obowiązku jest uzasadnione wtedy, gdy (jak zauważa Cezary Mik²³) sformułowanie prawa nie pozwala na wywiedzenie obowiązków pozytywnych bezpośrednio z jego treści.

Jednym z ważniejszych z punktu widzenia FGM etapów kształtowania zakresu obowiązków państw było wydanie w 1989 r. orzeczenia w sprawie *Soering*²⁴. W związku z wnioskiem ekstradycyjnym Stanów Zjednoczonych zatrzymany podniósł kwestię dopuszczalności ekstradycji jego osoby do państwa, w którym zagraża mu kara śmierci ze względu na naruszenie obowiązków państwa wynikających z art. 3 EKPC. Kontrowersyjne w czasie rozpatrywania sprawy rozszerzenie odpowiedzialności państwa na skutki decyzji ekstradycyjnej, które mają miejsce poza jego jurysdykcją, Trybunał uzasadnił szczególnym charakterem Konwencji. Jako akt normatywny traktujący o prawach człowieka wymaga ona interpretacji zapewniającej jej postanowieniom charakter praktyczny i efektywny oraz zgodnej z duchem aktu promującego podstawowe wartości społeczeństwa demokratycznego. Wyjątkowość sprawy polegała na wprowadzeniu obowiązku każdorazowego badania przez państwo-stronę skutków decyzji ekstradycyjnych czy wydalających pod względem gwarancji praw konwencyjnych. Uwzględnienie ewentualnego naruszenia praw jednostki przez podmioty niezależne od jurysdykcji decydenta w przypadku *Soering* odnosiło się do działania organów obcego państwa, jednakże brak jest podstaw do odmiennego traktowania osób prywatnych. W takim ujęciu omawiane orzeczenie doprowadziło do zarysowania obowiązków państwa wynikających z EKPC i znajdujących zastosowanie również w dziedzinie prawa uchodźczego. Standard ustanowiony w sprawie *Soering* także odnośnie do możliwości wydalania cudzoziemców znalazł niedawno wyrażne odniesienie w sprawie dotyczącej FGM. W dniu 7 czerwca 2016 r. zapadł

²³ C. Mik, *op. cit.*, s. 269 i n.

²⁴ Zob. wyrok z dnia 7 lipca 1989 r. w sprawie *Soering v. Zjednoczone Królestwo*, skarga nr 14038/88.

wyroki ETPC w sprawie *R.B.A.B.*²⁵, w którym podkreślono obowiązek odstąpienia od deportacji osoby zagrożonej naruszeniem praw chronionych przez art. 3, także w postaci okaleczania narządów płciowych kobiet. W nielicznych sprawach dotyczących FGM, które rozstrzyga Trybunał, największe trudności dotyczą ustalenia wiarygodności strony oraz udowodnienia realnego zagrożenia²⁶. Chociaż Trybunał wyraźnie wskazał, że jego ocenie nie podlega prawidłowe stosowanie Konwencji dotyczącej statusu uchodźcy²⁷, badanie w systemie EKPC decyzji o wydaleniu pozytywnie oddziałuje na praktykę prawa uchodźczego, które stanowi ważny element mechanizmów ochrony praw człowieka.

2.4. Charakterystyka osób zagrożonych FGM

Zjawisko okaleczania narządów płciowych kobiet można scharakteryzować także przez osoby, których najczęściej dotyka. Należy wskazać dwie główne cechy, które kształtują szczególną sytuację ofiar FGM – płeć oraz wiek. O ile zjawisko FGM jest immanentnie związane z płcią żeńską i stanowi zamach na jej fizyczny wymiar, kryterium wieku nie ma tak bezwzględniego charakteru. Procederowi poddawane są zazwyczaj młode dziewczęta. W zależności od regionu i grupy etnicznej jest to okres bardzo wczesny – do dwóch tygodni od urodzin w Jemenie, okres dziecięcy – do czwartego czy też dziewiątego roku życia w Etiopii lub okres dojrzewania fizycznego – do piętnastego roku życia w Egipcie²⁸. Osłabiona pozycja osób małoletnich, które uzależnione są od członków rodziny i polegają na ich wrażliwości w respektowaniu praw człowieka, może wymagać od państwa podjęcia szczególnych działań prewencyjnych w celu ochrony przed FGM. Czynniki te mają także znaczący wpływ na proces decyzyjny, jako że przyjęte rozwiązanie musi w jak największym możliwym stopniu odpowiadać interesowi dziecka, a kwalifikacja zachowania i sytuacji prawnej osoby małoletniej musi odpowiadać jej poziomowi rozwoju intelektualnego i emocjonalnego. W skrajnych przypadkach za przykład może posłużyć ograniczone stosowanie klauzul wyłączających czy rozumienie pojęcia prześladowania w procesie ustalania statusu uchodźcy²⁹. W przypadku FGM nieodzowne wydają się zalecane przez Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców szczególne gwarancje proceduralne. Należą do nich między innymi opieka psychologa, a w przypadku małoletniego pozbawionego opieki także możliwość skorzystania

²⁵ Wyrok z dnia 7 czerwca 2016 r. w sprawie *R.B.A.B. i inni v. Holandia*, skarga nr 7211/06, par. 54.

²⁶ Zob. wyrok z dnia 19 stycznia 2016 r. w sprawie *Sow v. Belgia*, skarga nr 27081/13.

²⁷ Wyrok z dnia 7 czerwca 2016 r. w sprawie *R.B.A.B. i inni v. Holandia*, skarga nr 7211/06, par. 51.

²⁸ Zob. A. Lewnes (red.), *Changing a harmful social convention: female mutilation/cutting*, Innocenti Digest, United Nations Children's Fund (UNICEF) 2005, https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/fgm_eng.pdf (dostęp: 25.06.2016), s. 6.

²⁹ Chociażby w przypadku uczestnictwa w działaniach zbrojnych. Zob. szerzej UNHCR, *Guidelines on international protection Child Asylum Claims under Articles 1(A)2 and 1(F) of the 1951 Convention and/or 1967 Protocol relating to the Status of Refugees*, HCR/GIP/09/08 2009, s. 22 i n.

z wyznaczonego opiekuna, który powinien w jak najpełniejszym stopniu dbać o interesy podopiecznego³⁰.

Charakteryzując ofiary FGM, należy nadmienić, że również dorosłe kobiety mogą stanowić grupę szczególnie podatną na łamanie podstawowych praw człowieka oraz wymagającą szczególnej ochrony. Stwierdzenie takie w przypadku FGM jest uzasadnione m.in. kulturowo niższą pozycją kobiety w społeczeństwach, w których tradycja okaleczania jest praktykowana, jej ekonomiczną zależnością od męskich członków rodziny czy plemienną strukturą społeczności lokalnych. Ponadto szczególną grupę stanowią kobiety poddane w przeszłości infibulacji³¹.

Okaleczanie narządów płciowych kobiet pojawiło się w Europie wraz z napływem migrantów³², praktykowane jest jednak przede wszystkim w państwach Afryki Środkowej. W Europie wysiłki skierowane ku ochronie kobiet na poziomie prawa międzynarodowego koncentrują się wokół regulacji prawa uchodźczego. Niezależnie od możliwości uznania decyzji wydalającej cudzoziemca za sprzeczną z EKPC, należy odnieść się do podstawowego aktu międzynarodowego prawa uchodźczego, tj. Konwencji dotyczącej statusu uchodźców z 1951 r. przyjętej przez Konferencję ONZ w Genewie³³ (dalej: Konwencja Genewska) wraz z Protokołem o statusie uchodźców z 1967 r. przyjętym w Nowym Jorku³⁴ (dalej: Protokół Nowojorski). Specyfika FGM przedstawiona powyżej wpływa także na istnienie trudności w skutecznym działaniu prawa uchodźczego.

3. Główne problemy systemu prawa uchodźczego w walce z FGM

Ze względu na specyfikę FGM jako podstawy uzyskania statusu uchodźcy pojawia się wiele pytań i wątpliwości dotyczących sposobu rozpoznawania tego typu spraw. Istotne będzie na przykład rozstrzygnięcie, czy wedle wypracowanych międzynarodowych standardów w dziedzinie prawa uchodźczego zasadne jest różnicowanie ochrony ze względu na formę wykonanego lub ewentualnego okaleczenia. Czy współczesna praktyka prawa uchodźczego pozwala w sposób adekwatny do zagrożenia chronić kobiety? Pojawiają się też zagadnienia proceduralne równie istotne dla stosowania prawa.

3.1. Stwierdzenie uzasadnionej obawy przed prześladowaniem

Trudności związane z rozpatrywaniem spraw dotyczących okaleczania narządów płciowych kobiet najlepiej widoczne są w praktycznym zastosowaniu poszczególnych kryteriów definicji uchodźcy zawartej w art. 1A Konwencji Genewskiej.

³⁰ *Ibidem*, par. 65 i n.

³¹ Wyjątkowość sytuacji tej grupy wskazana została w rozdziale III punkt 1.

³² UNICEF, *Female Genital Mutilation/Cutting: A statistical overview and exploration of the dynamics of change*, New York 2013, s. 23, https://www.unicef.org/publications/index_69875.html (dostęp: 06.06.2017).

³³ Dz. U. z 1991 r. Nr 119, poz. 515.

³⁴ Dz. U. z 1991 r. Nr 119, poz. 517.

Jednym z nich jest istnienie uzasadnionej obawy przed prześladowaniem. Z punktu widzenia FGM jest to kryterium problematyczne, ponieważ jego zarówno obiektywny, jak i subiektywny wymiar wymaga uwzględnienia licznych czynników społeczno-kulturowych. Szczególne znaczenie w sprawach związanych z okaleczaniem kobiet będzie miał fakt wieku wnioskodawczyni, jej możliwości finansowych, zdolności do funkcjonowania poza rodziną (lub społecznością), która zmusza ją do dokonania FGM, etc. Czynniki te mogą wpływać na ocenę, czy obawa konkretnej osoby jest w rzeczywistości uzasadniona, a niezwykle istotne znaczenie będą one miały w przypadku małoletnich występujących przeciwko rodzinie lub prawowitym opiekunom. Ze względu na stopień rozwoju emocjonalnego dziewczynek i trudność ustalenia elementu subiektywnego wyżej wymienione czynniki mają szczególne znaczenie w konfrontacji z raportami dotyczącymi sytuacji w państwie pochodzenia. Będą one także pomocne w ustaleniu interesu dziecka, który powinien być nadrzędnym celem wszelkich działań państwa w stosunku do małoletnich, także obywateli innych państw i bezpaństwowców³⁵. Dziewczynki mogą jednakże ubiegać się o ochronę międzynarodową razem z rodzicami, którzy obawiają się prześladowania skierowanego nie wobec siebie, ale wobec swojego dziecka. Stwierdzenie uzasadnienia obawy rodziców pozwala uznać, że obawa dziecka także jest uzasadniona. Wnioski takie można wyciągnąć również w sytuacji, gdy rodzice i dzieci składają swoje wnioski indywidualnie, każdy zgodnie ze swoim prawem³⁶.

Należy stwierdzić, że uzasadniona obawa bycia poddaną FGM nie musi być skonkretyzowana co do typu. Często wnioskodawczynie, które w przeszłości były już okaleczone, same nie są w stanie zakwalifikować typu zabiegu, który został na nich przeprowadzony, trudno więc wymagać tego rodzaju szczegółowości opisu we wniosku. Zagadnienie to ma znaczenie ze względu na ewentualną zróżnicowaną ocenę poszczególnych typów zjawiska w odniesieniu do pojęcia prześladowania, które zostanie omówione w dalszej części pracy. Podkreślenia wymaga także rozważana przez organy zasadność twierdzeń o obawie przed prześladowaniem kobiet, które już były poddane FGM. Kwestia ta może zostać rozstrzygnięta po zacerpnięciu informacji na temat samego zjawiska. Jak wskazuje praktyka, w przypadku dokonania infibulacji ryzyko ponownych okaleczeń nie maleje³⁷. Ta forma okaleczenia wymaga bowiem od kobiet otwarcia ran po zawarciu małżeństwa w celu umożliwienia współżycia seksualnego, a następnie porodu oraz naraża je na ponowne zamknięcie dróg rodnych. Cykl infibulacji, deinfibulacji i reinfibulacji może powtarzać się kilkakrotnie w ciągu życia, co w sposób wystarczający uzasadnia istnienie możliwości przyszłego prześladowania. Odnośnie do pozostałych typów FGM, każdy z nich może zostać dokonany w niezliczonych wariacjach form podstawowych, w zależności od wprawności oprawcy i narzędzi, którymi się posługuje. Mimo iż kobieta została okaleczona będąc dzieckiem, w żaden sposób nie chroni jej to przed późniejszym

³⁵ Zob. art. 3 ust. 1, art. 6, art. 12 Konwencji o Prawach Dziecka przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r., Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.

³⁶ UNHCR *Guidelines on international protection Child Asylum Claims...*, s. 6.

³⁷ Zob. A. Lewnes (red.), *Changing...*, s. 17.

prześladowaniem, gdy przyszły małżonek lub jego rodzina nie będą usatysfakcjonowani dotychczasowym zakresem okaleczenia. Założenie takie przyjęte zostało m.in. w rozstrzygnięciach amerykańskich spraw *Bah v. Mukasey*, *Kasinga*³⁸. Ponadto, jak wskazuje Wysoki Komisarz Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców, powrót kobiety poddanej FGM do państwa, w którym została skrzywdzona, może okazać się na tyle traumatycznym przeżyciem, że będzie ono naruszało jej podstawowe prawa³⁹. Jak można zauważyć, zarówno subiektywny, jak i obiektywny aspekt tej przesłanki w omawianym przypadku wymaga indywidualizacji oceny dowodów i porzucenia uprzedzeń.

3.2. FGM a pojęcie prześladowania

Pojęcie prześladowania nie zostało zdefiniowane w Konwencji Genewskiej i od chwili jej powstania budzi kontrowersje, a liczne próby zarysowania wyraźniejszych jego granic pozostały bezowocne. Według niektórych autorów niedookreślenie tego terminu było zabiegiem celowym, który miał zapewnić Konwencji długowieczność i aktualność w zmieniających się warunkach społeczno-politycznych⁴⁰. Wybór bardziej lub mniej szczegółowej definicji wiąże się z wyważeniem owej elastyczności istotnej dla funkcjonowania całego systemu prawa uchodźczego z równie przydatną cechą określoności, która zapewnia uniformizację, a przynajmniej harmonizację praktyki stosowania Konwencji w różnych państwach. W związku z możliwością położenia akcentu na jednej z tych cech można, jak twierdzi Francesco Maiani⁴¹, uporządkować uczestników dyskursu doktrynalnego w dwóch, choć wciąż wewnętrznie zróżnicowanych obozach. Jeden z nich preferuje powiązanie definicji prześladowania z powszechnymi normami praw człowieka, podczas gdy drugi odmawia takiego ich związku. Obecnie dominuje w teorii i praktyce sposób kwalifikowania aktów jako prześladowania w odniesieniu do praw człowieka. Na takim stanowisku stanął James Hathaway⁴², Wysoki Komisarz ds. Uchodźców⁴³, a także Parlament Europejski wraz z Radą Unii Europejskiej w art. 9 Dyrektywy Kwalifikacyjnej⁴⁴. Termin prześladowa-

³⁸ *Matter Bah v. Mukasey (Attorney General)* decided by United States Court Of Appeals, June 11, 2008 and *matter Kasinga* decided by U.S. Department of Justice Executive Office for Immigration Review Board of Immigration Appeals June 13, 1996. Orzeczenia dostępne w bazie RefWorld, stan na dzień 26.06.2016.

³⁹ UNHCR, Protection Policy and Legal Advice Section Division of International Protection Services, *Guidance Note on refugee claims relating to female genital mutilation*, Geneva 2009, s. 9.

⁴⁰ A. Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, vol. I, Leyden 1966, s. 193.

⁴¹ F. Maiani, *The Concept of "Persecution" in Refugee Law: Indeterminacy, Context-sensitivity and the Quest for a Principled Approach*, Les dossiers de Jean-Pierre Cavallé, Les Dossiers du Grihl De la persécution, <http://dossiersgrihl.revues.org/3896> (dostęp: 18.05.2016).

⁴² J. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Toronto 1991, s. 106–124.

⁴³ UNHCR, *Zasady i tryb ustalania statusu uchodźcy zgodnie z konwencją dotycząca statusu uchodźcy z 1951 r. oraz protokołem dodatkowym do niej z 1967 r. Podręcznik*, II wyd. wersji polskiej, Warszawa 2007, *passim*.

⁴⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/95/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie norm dotyczących kwalifikowania obywateli państw trzecich lub bezpaństwowców jako bene-

nia, mimo iż nie posiada jednoznacznej definicji, został opracowany przez UNHCR oraz doktrynę i orzecznictwo organów państwowych w stopniu pozwalającym na skonfrontowanie z nim konkretnych zjawisk. Obecnie nie ma wątpliwości, że FGM stanowi prześladowanie w rozumieniu Konwencji Genewskiej, o czym w swoich publikacjach przekonuje Wysoki Komisarz Narodów Zjednoczonych ds. Uchodźców⁴⁵. Podkreśla on także, że wszystkie typy tego zjawiska są szkodliwe, chociaż ciężar ich konsekwencji może być zróżnicowany. Mimo to brak jest jednak dalszego zróżnicowania standardu traktowania wniosków o ochronę międzynarodową w zależności od konkretnego czynu i skutków, które wywołuje. Jednolite traktowanie zjawiska FGM już na etapie oceny zgodności z prawami człowieka może powodować mylną kategoryzację istotnie różniących się działań. Posługiwanie się terminem FGM rozumianym zbyt szeroko na etapie ustalania podstawy nadania statusu uchodźcy może rodzić kolejne wątpliwości ze względu na zalecane ograniczenie wymogu ustalenia typu okaleczenia, któremu poddana została wnioskodawczyni. Co więcej, odmowa przeprowadzenia badania ginekologicznego w celu ustalenia faktu dotychczasowego prześladowania według niektórych autorów nie powinna być czynnikiem wykluczającym udzielenie ochrony międzynarodowej⁴⁶. Chociaż ostatecznie wskazania mają charakter typowo gwarancyjny dla ofiar i osób zagrożonych, można zastanawiać się, czy tak ogólne teoretyczne ujęcie FGM jako prześladowania, na podstawie którego ustala się status uchodźcy, jest słuszne. Tak znaczne zróżnicowanie konsekwencji, jakie występuje między infibulacją, która grozi licznymi, długofalowymi powikłaniami, a symbolicznym nacięciem napletka/kapturka łechtaczki tworzącym niewielką ranę, sugerowałoby, że zasadne jest różne potraktowanie tych sytuacji, szczególnie w kontekście doktrynalnego wyboru uzależnienia konwencyjnej definicji prześladowania od ciężaru naruszenia praw człowieka. Należy zaznaczyć, że ewentualne zróżnicowanie konsekwencji prawnych nie musi być w żadnym stopniu związane granicami typów wyznaczonymi przez WHO⁴⁷, ale zasadne jest odniesienie się do nich. Należałoby więc ustalić, gdzie przebiega granica dotkliwości aktu, która uzasadnia ochronę

ficjentów ochrony międzynarodowej, jednolitego statusu uchodźców lub osób kwalifikujących się do otrzymania ochrony uzupełniającej oraz zakresu udzielanej ochrony (Dz. Urz. UE L 337, s. 9), dalej: dyrektywa kwalifikacyjna.

⁴⁵ UNHCR, *Zasady i tryb...*, s. 4; zob. także UNHCR, Guidelines on International Protection No. 1: Gender-related persecution within the context of Article 1A(2) of the 1951 Convention and/or its 1967 Protocol relating to the Status of Refugees, 2002, <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d36f1c64.html>, par. 9.

⁴⁶ C. Flamand, *FGM: challenges for asylum applicants and officials* [w:] *Forced Migration Review mini-feature FGM and asylum in Europe*, 2015, s. 3–5, <http://www.fmreview.org/climate-change-disasters/flamand.html> (dostęp: 06.06.2017). Por. H. Cheikh Ali, C. Querton, E. Soulard, *Gender Related Asylum Claims In Europe. A comparative analysis of law, policies and practice focusing on women in nine EU Member States France, Belgium, Hungary, Italy, Malta, Romania, Spain, Sweden and the United Kingdom. Study*. Directorate General For Internal Policies Policy Department C: Citizens' Rights And Constitutional Affairs, European Parliament, 2012, s. 60 i n., http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/femm/dv/asylum_claims/_asylum_claims_en.pdf (dostęp: 06.06.2017).

⁴⁷ Typologia została przedstawiona w części wstępnej artykułu.

międzynarodową ofiary. Z całą pewnością można stwierdzić, że FGM w postaci infibulacji, który trudno jest pomylić z pozostałymi formami okaleczeń, jest postacią najbardziej dotkliwą i o najpoważniejszych konsekwencjach zdrowotnych. Biorąc pod uwagę orzecznictwo strasburskie, niewątpliwie stanowi ona naruszenie art. 3 EKPC, tj. zakazu tortur oraz niehumanitarnego i poniżającego traktowania⁴⁸. Odwołując się do rozróżnienia zawartego w Dyrektywie Kwalifikacyjnej infibulacja należy do działań, które są „na tyle poważne pod względem swojej istoty lub powtarzalności, by stanowić poważne naruszenie podstawowych praw człowieka, w szczególności praw, od których przestrzegania nie można się uchylić na mocy art. 15 ust. 2 europejskiej Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności” (art. 9 ust. 1 pkt a). Pozostałe typy (jak chociażby bardzo pojemny typ IV, który może obejmować wszelkie ingerencje w narządy płciowe kobiet, wliczając *piercing*) w konkretnych przypadkach mogą rodzić wątpliwości co do zaliczenia ich do wyżej wymienionej kategorii. Działania te mogą bowiem samodzielnie stanowić wystarczająco poważne naruszenie integralności, by zrównać je z infibulacją, ale mogą występować także w formie łagodniejszej, która dopiero z innymi okolicznościami osiągnie odpowiedni ciężar naruszenia (art. 9 ust 1 pkt b). Pozwala to stwierdzić, że jakkolwiek rzadka okaże się taka sytuacja, nie każde okaleczenie w sposób konieczny stanowić będzie prześladowanie w rozumieniu Konwencji. Co ciekawe, nieco odmienne rozwiązanie zostało przyjęte w Konwencji Stambulskiej, która nie przez ogólną charakterystykę prześladowania, ale w definicji FGM zdaje się *a priori* wyłączać okaleczenie typu IV według WHO.

Prześladowanie może pod pewnymi warunkami przyjąć także formę dyskryminacji. Konieczna jest oczywiście znaczna dolegliwość skutków spowodowanych gorszym traktowaniem⁴⁹. W przypadku FGM są one wyraźnie widoczne. Zjawisko to najczęściej związane jest z kulturą, która przypisuje kobietom ściśle określone role społeczne, umieszczając je w hierarchii społecznej znacznie niżej niż mężczyźni. W kulturze tej społeczna i ekonomiczna sytuacja kobiet jest uzależniona od męskich członków rodziny. Obawa przed prześladowaniem ze względu na okaleczanie narządów płciowych kobiet będzie uzasadniona także wtedy, gdy kobieta ma fizyczną możliwość uniknięcia naruszenia jej integralności fizycznej, ale w związku sytuacją w danej społeczności nie ma możliwości dalszego w niej funkcjonowania. Odmowa podtrzymania tego zwyczaju wiąże się bowiem z wyłączeniem z rodziny, ograniczeniem możliwości zamążpójścia i wykluczeniem społecznym. FGM jako prześladowanie należy też rozważyć w kontekście tendencji jego wykonywania także

⁴⁸ Zob. wyrok z dnia 7 czerwca 2016 r. w sprawie *R.B.A.B. i inni v. Holandia*, skarga nr 7211/06, par. 54.

⁴⁹ UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 1: Gender-related persecution...*, par. 14: „While it is generally agreed that ‘mere’ discrimination may not, in the normal course, amount to persecution in and of itself, a pattern of discrimination or less favourable treatment could, on cumulative grounds, amount to persecution and warrant international protection. It would, for instance, amount to persecution if measures of discrimination lead to consequences of a substantially prejudicial nature for the person concerned, e.g. serious restrictions on the right to earn one’s livelihood, the right to practice one’s religion, or access to available educational facilities”.

w placówkach opieki zdrowotnej przez personel medyczny. Konsekwencje zdrowotne FGM, które są elementem określenia go jako prześladowanie, minimalizowane w środowisku szpitalnym, nie zmieniają jednakże stosunków społecznych i pozycji kobiety w przypadku jej sprzeciwu. *Medicalization*, bo tak powszechnie określa się to zjawisko, sprawia pozory całkowitego wyłączenia konsekwencji zdrowotnych FGM, a nawet jego pozytywnego wpływu na kobiety. Przeciwną tezę potwierdzają wyraźne opinie środowiska lekarzy⁵⁰. Stanowisko takie podtrzymuje Wysoki Komisarz Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców⁵¹, a także Rada Praw Człowieka ONZ⁵². Pojęcie prześladowania, także w jego potocznym znaczeniu, zawiera założenie, że źródłem prześladowania jest działanie ludzi, co wyklucza uwzględnienie np. katastrof naturalnych. Jak już zostało wyjaśnione, brak jest wątpliwości co do tego, że w szczególnych okolicznościach status uchodźcy mogą uzyskać także osoby, których prawa są zagrożone przez osoby niebędące emanacją władzy. Rezygnacja z ochrony państwa i uciekanie się do ochrony międzynarodowej wynika z faktu, że państwo nie chce lub nie może zapewnić tej ochrony swojemu obywatelowi/mieszkańcowi. Właśnie tak jest w przypadku FGM, gdyż z zasady to rodzina dba o podtrzymanie tej szkodliwej tradycji, a władze pozostają bierne, gdyż pragną utrzymać obowiązujące stosunki społeczne. Nierzadko, mimo wprowadzenia odpowiedniego prawa zakazującego okaleczania kobiet, państwo nie daje środków koniecznych do jego skutecznego egzekwowania. Często bierność władzy pozwala na wytworzenie się praktyki nie stosowania środków, które zostały ku temu stworzone⁵³. FGM jest zjawiskiem, które w znacznej mierze dotyka osób poniżej 15. roku życia, co pozwala na stwierdzenie, iż należy ono do prześladowania skierowanego głównie wobec osób małoletnich. W związku z powyższym konieczne jest uwzględnienie specyfiki tej grupy wiekowej przy ocenie tego, co mieści się w pojęciu prześladowania. Jak słusznie stwierdził Wysoki Komisarz Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców, niektóre działania podejmowane w stosunku do dorosłych, które nie stanowią prześladowania, skierowane wobec małoletnich mogą się do niego zaliczać⁵⁴. Nierzadko małe dziewczynki nie są w stanie zrozumieć szkodliwości zwyczaju i poddają się mu bez sprzeciwu przez zakorzenione w nich przez rodzinę przekonanie o jego doniosłości i towarzyszących mu nagrodach i świętowaniu. Z tego względu osoby małoletnie, jako grupa szczególnie wrażliwa na wszelkie prześladowanie, powinna być chroniona niezależnie od ich

⁵⁰ World Medical Association, *WMA statement on female genital mutilation Adopted by the 45th World Medical Assembly, Budapest, Hungary, October 1993 and editorially revised by the 170th WMA Council Session, Divonne-les-Bains, France, May 2005* [w:] *Handbook of WMA Policies*, Oslo 2015, s. 138 i n., https://www.wma.net/wp-content/uploads/2016/11/HB-E_print_-2015-1.pdf (dostęp: 06.06.2017).

⁵¹ WHO, *Eliminating Female genital mutilation. An interagency statement...*, 2008.

⁵² Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, 15 January 2008.

⁵³ Za przykład mogą posłużyć Egipt, Somalia. Zob. J. Muthumbi, J. Svanemyr, E. Scolaro, M. Temmerman, L. Say, *Female Genital Mutilation: A Literature Review of the Current Status of Legislation and Policies in 27 African Countries and Yemen*, *African Journal of Reproductive Health* 2015, vol. 19, no. 3, s. 36.

⁵⁴ UNHCR, *Guidance Note on refugee...*, s. 7.

rozwoju psychicznego, który pozwalałby na dostrzeżenie, zrozumienie czy nazwanie krzywdy, która jest im wyrządzana. Gwarancją służącą realizacji tego postulatu jest między innymi możliwość akcesoryjnej ochrony rodziców dziewczynek, co do których stwierdzono spełnienie wszelkich przesłanek na podstawie Konwencji. Podkreślić należy także, że w szczególnych sytuacjach w związku z zagrożeniem FGM konkretnej dziewczynki jej rodzice również mogą stwierdzić naruszenie swoich praw i na tej podstawie ubiegać się o ochronę międzynarodową. Sytuacja taka będzie miała miejsce chociażby w przypadku skrajnie brutalnych reakcji społeczności na decyzję rodzin porzucających tradycję, co może wiązać się wykluczeniem społecznym, utratą zatrudnienia czy zmuszaniem rodziców do uczestniczenia w rytuale, w którym ich dziecko doznaje ogromnego bólu fizycznego⁵⁵. W przypadku akcesoryjnej ochrony rodziców, której racjonalizacją jest jak najlepsze zabezpieczenie interesu zagrożonej dziewczynki, problemem praktycznym jest odróżnienie rodziców rzeczywiście sprzeciwiających się FGM od tych, którzy ukrywają chęć kontynuowania tradycji w celu osiągnięcia dogodniejszych warunków bytowych.

3.3. Zagrożenie FGM a przynależność do określonej grupy społecznej

Przyznanie statusu uchodźcy na gruncie Konwencji Genewskiej zostało związane z konkretnymi, enumeratywnie wyliczonymi przyczynami prześladowania. Należą do nich rasa, religia, narodowość, przynależność do określonej grupy społecznej oraz przekonania polityczne. FGM jako podstawa ochrony międzynarodowej wpisuje się w szerszą kategorię wniosków opierających się na prześladowaniu ze względu na płeć (*gender*⁵⁶). Czynnikiem ten nie został wyodrębniony w Konwencji Genewskiej jako jedna z przesłanek prześladowania, toteż poszukując podstaw ochrony konwencyjnej, podjęto próby zakwalifikowania osób poddanych tego typu prześladowaniom jako odrębnej grupy społecznej. Możliwość taka nie była od początku oczywista i wymagała pewnego procesu rozwoju. Zdaniem niektórych działaczy na rzecz praw kobiet przez długi czas męski punkt widzenia zdominował tworzenie oraz interpretację prawa⁵⁷. Sytuacja stopniowo ulega zmianie wraz z umocnieniem się koncepcji ochrony międzynarodowej przed prześladowaniem spowodowanym przez osoby prywatne. Znaczenie płci w kontekście prawa uchodźczego znacznie wzrosło w ciągu ostatnich dziesięcioleci. Ważnym dokumentem była Opinia Komitetu Wykonawczego Biura Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców z 1985 r.⁵⁸

⁵⁵ *Ibidem*, s. 8.

⁵⁶ UNHCR, posługując się terminem płci w kontekście ochrony międzynarodowej, przyjął rozróżnienie płci na *gender*, czyli płeć z wszelkimi aspektami społeczno-kulturowymi, oraz *sex*, która stanowi płeć biologiczną.

⁵⁷ C.A. MacKinnon, *Feminism, Marxism, Method and the State: Toward Feminist Jurisprudence*, *Signs* 1983, vol. 8, no. 4, s. 644. W odniesieniu do prawa uchodźczego podobnie wypowiada się również Wysoki Komisarz, por. UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 1: Gender-related persecution...*, par. 5.

⁵⁸ UNHCR, *Conclusions Adopted by the Executive Committee on the International Protection of Refugees*, December 2009, 1975–2009, Conclusion no. 39, 1985, s. 114. “States, in the exercise

wprost zachęcająca do uwzględnienia możliwości wyodrębnienia kobiet jako szczególnej grupy społecznej.

Podstawowym problemem pojawiającym się w sprawach dotyczących FGM czy innych form prześladowania kobiet (np. przemoc domowa) w związku z określeniem kobiet jako szczególnej grupy społecznej jest z jednej strony stwierdzenie istnienia wyróżniającej zbiorowości cechy wspólnej, a z drugiej strony zbadanie faktu postrzegania tej zbiorowości jako odrębną. Jak zaznacza Wysoki Komisarz Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców, w celu zapewnienia pełnej ochrony zaleca się stosowanie obydwu tych kryteriów, przy czym stwierdzenie już jednego z nich jest wystarczające dla spełnienia wymogów konwencyjnych⁵⁹.

Obecnie brak jest wątpliwości co do tego, że płeć jako fundamentalny element tożsamości człowieka może być jednym z wyróżników określonej grupy społecznej⁶⁰. Tezę tę potwierdza między innymi bezpośrednie wskazanie płci w Dyrektywie Kwalifikacyjnej (art. 9 ust. 2 lit. f, art. 10 ust. 1 lit. d) odnośnie form prześladowania. Uprawnienie do przyznania ochrony międzynarodowej badane jest i rozstrzygane w trybie indywidualnym, dotyczy sytuacji konkretnej osoby znajdującej się w konkretnych okolicznościach, zatem dyskusja na temat uznania kobiet za grupę społeczną nie może być poddana nadmiernej generalizacji.

Rozważając płeć jako znaczący czynnik stwierdzenia przynależności do określonej grupy, trzeba uwzględnić, że nie jest ona czynnikiem jedynym. Ochrona międzynarodowa przyznawana jest ze względu na osłabienie lub zanik więzi między obywatelem a państwem, co będzie analizowane niżej. Fakt ten wskazuje na konieczność odniesienia się w każdym przypadku do terytorium określonego państwa i jego władz, które to ograniczenie będzie elementem każdej uznanej przez organ rozstrzygający grupy społecznej. Określone cechy, jak np. fakt orientacji homoseksualnej czy właśnie płci, w dyskursie na szerszej płaszczyźnie ochrony praw człowieka mogą konstytuować grupy niezależnie od obywatelstwa czy miejsca zamieszkania. W prawie uchodźczym, a dokładniej w procedurze nadania statusu uchodźcy ze względu na jego powiązanie z niezdolnością lub brakiem woli konkretnego państwa (państwa pochodzenia) do zapewnienia ochrony, zawsze będzie rozważana np. „grupa osób homoseksualnych w Kenii” czy „grupa kobiet w Pakistanie” (tak w opinii Lorda Hoffmana w brytyjskiej sprawie *Islam*)⁶¹. Ujęcie grupy za pomocą jedynie dwóch

of their sovereignty, are free to adopt the interpretation that women asylum-seekers who face harsh or inhuman treatment due to their having transgressed the social mores of the society in which they live may be considered as a ‘particular social group’ within the meaning of [the 1951 Convention]”.

⁵⁹ UNHCR, *Wytyczne w zakresie ochrony międzynarodowej: „Przynależność do określonej grupy społecznej” w kontekście Artykułu 1A(2) Konwencji z roku 1951 i/lub Protokołu do niej z roku 1967 dotyczących statusu uchodźców*, Warszawa 2007, s. 4, par. 11.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 4, par. 12.

⁶¹ Zob. opinię Lorda Hoffmana w sprawie *Islam (A.P.) v. Secretary of State for the Home Department; R v. Immigration Appeal Tribunal and Another, Ex Parte Shah (A.P.)*, Session 1998–1999, United Kingdom: House of Lords (Judicial Committee), 25.03.1999, s. 18, <http://www.refworld.org/docid/3dec8abe4.html> (dostęp: 16.06.2016). Zgodnie z opinią: “In the case of Mrs Islam, the legal and social conditions which according to the evidence existed in Pakistan and which left her unprotected against violence by men were discriminatory against women. For the purposes

wyróżników (płci i narodowości) jest najszerzej zarysowaną ochroną odnośnie do prześladowania ze względu na płeć, jednak, jak pokazuje praktyka, budzi kontrowersje. Za przykład może posłużyć decyzja polskiej Rady do spraw Uchodźców z dnia 27 kwietnia 2016 roku. Rada odmówiła nadania statusu uchodźcy w sprawie dotyczącej przemocy domowej ze względu na fakt, iż nie można uznać „kobiet w Czecheni” za grupę społeczną, a tym samym odrzuciła płeć jako wyłączone kryterium wyróżniające. Jak słusznie zauważył Michał Kowalski w zdaniu odrębnym do tej decyzji, także w tej sprawie można było jednak kryterium płci uzupełnić innymi cechami wyróżniającymi grupę społeczną zagrożoną prześladowaniem (kobieta samotna w społeczeństwie czecheńskim)⁶². Oprócz kryterium terytorialnego czy władzy politycznej, w praktyce istnieć może bowiem więcej czynników, które mogą wpłynąć na stwierdzenie istnienia grupy społecznej, jak wiek, stan cywilny itp. Liczba zastosowanych czynników będzie zależała od okoliczności społecznych, kulturowych czy politycznych istniejących w określonym państwie i powszechności ich występowania. Mnożenie kryteriów kwalifikacji określonej grupy społecznej nie powinno być nadużywane dla sztucznego konstruowania zbiorowości w oderwaniu od całokształtu wymogów stosowanych przy tej podstawie konwencyjnej. Liczba czynników wyróżniających grupę może okazać się problematyczna także przy ustalaniu związku przyczynowego między prześladowaniem a konwencyjną podstawą prześladowania, o czym niżej. Wydaje się, że dopóki kwestia płci jest dominującym czynnikiem wyróżniającym grupę, będzie można mówić o prześladowaniu ze względu na płeć.

Przenosząc te rozważania na grunt FGM, należy stwierdzić, że jego kulturowe powiązania z przypisywaną kobietom rolą społeczną oraz ingerencją w integralność fizyczną w jej najbardziej płciowym wymiarze mieści się w granicach omawianej kategorii. Wyróżniając grupę kobiet zagrożonych okaleczeniem narządów płciowych odnośnie do czynników innych niż płeć, w pierwszej kolejności należy wskazać na znaczenie wieku. Chociaż FGM wykonywane jest głównie na dziewczynkach poniżej piętnastego roku życia, także dorosłe kobiety mogą obawiać się jego przeprowadzenia. Istotne znaczenie może mieć także kwestia stanu cywilnego, jako że okaleczenie związane jest często z przygotowaniem dziewcząt do pełnienia roli żony i dochowania wierności mężczyźnie. W zależności od tradycji funkcjonujących w danym państwie i stosowanych praktyk będzie można ograniczać konwencyjną podstawę prześladowania do grup dziewczynek, kobiet niezamężnych, kobiet spodziewających się dziecka etc. Czynniki te mają szczególne znaczenie, jeśli uwzględni się panujące przekonanie, że fakt prześladowania nie może być samodzielną cechą definiującą grupę społeczną, a musi być następczy albo pomocniczy wobec identyfikacji grupy. Jak zaznacza Wysoki Komisarz Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców, prześladowanie określonych osób może być istotne dla zastosowania drugiego kry-

of the Convention, this discrimination was the critical element in the persecution. In my opinion, this means that she feared persecution because she was a woman. There was no need to construct a more restricted social group simply for the purpose of satisfying the causal connection which the Convention requires”.

⁶² Zob. decyzję Rady z dnia 27 kwietnia 2016 r., RdU-705-2/S/2015 wraz ze zdaniem odrębnym M. Kowalskiego, niepubl.

terium kwalifikacyjnego, jakim jest postrzeganie tych osób przez społeczeństwo jako odrębną grupę⁶³. Z praktyki państw wynika, że kwalifikacja oparta na tym kryterium może być podstawowym lub uzupełniającym elementem badania wniosku, rozważanym w przypadku braku konstytuującej cechy wspólnej. W przypadku FGM społeczne postrzeganie kobiet (wszystkich lub o dodatkowych cechach) jako odrębnej grupy uwidoczni się w odmiennym traktowaniu odnośnie do wolności wyboru pełnionych ról społecznych, uzależnieniu sytuacji ekonomicznej od mężczyzn. Trudno zaprzeczyć odrębności grupy kobiet, od których oczekuje się okaleczenia własnego ciała dla zapewnienia realizacji obowiązku wierności małżeńskiej, podczas gdy wobec mężczyzn brak jest tak dalekosiężnych jego gwarancji, a czasem jego łamanie jest społecznie akceptowalne. Nadmienić należy, że pojęcie grupy społecznej w prawie uchodźczym zostało wyraźnie oddzielone od zintegrowanych form organizacji społeczności, jak stowarzyszenie. Na podstawie regulacji Konwencji Genewskiej nie można oczekiwać od grupy spójności, wzajemnej znajomości, kontaktów między jej członkami⁶⁴. Obecnie przynależność do określonej grupy społecznej jako przyczyna prześladowania bywa pojmowana bardzo różnie – także jako dopełniająca wszelkie luki w ochronie gwarantowanej przez pozostałe cztery przesłanki. Zróżnicowanie rozumienia tego pojęcia rozważył kanadyjski Sąd Najwyższy w sprawie *Ward*⁶⁵. Rozpatrując kwestię uznania grupy terrorystycznej jako określonej grupy społecznej stanowiącej przesłankę z Konwencji Genewskiej, pokusił się on o przedstawienie kilku wiodących poglądów na temat pojęcia grupy społecznej. Z jednej strony może ona stanowić „siatkę bezpieczeństwa” (*safety net*), czyli przesłankę dopełniającą pozostałe podstawy ochrony, z drugiej jej absolutność może być ograniczana racjonalnymi mechanizmami, a w skrajnym rozumieniu może wykluczać grupy ze względu na ich przestępczy charakter.

Elementem badania wniosku dotyczącego okaleczania narządów płciowych kobiet jest ustalenie związku przyczynowego między prześladowaniem a jedną z przesłanek konwencyjnych. W przypadku przynależności do określonej grupy społecznej związek ten będzie polegał na ukierunkowaniu aktów prześladowania na osoby wyodrębnione ze społeczeństwa ze względu na wspólną cechę. Odnośnie do FGM cechą taką stanowi zazwyczaj płeć. W społeczeństwach, w których okoliczności wskazują na niższą pozycję kobiety zakorzenioną w tradycji czy religii, której państwo nie chce lub nie może się przeciwstawić, a która domaga się okaleczania kobiet, związek przyczynowy może być uzasadniony dla ogółu kobiet danego państwa. Fakt ten często podawany jest w wątpliwość z różnych względów, m.in. ze względu na ewentualną możliwość objęcia statusem uchodźcy połowy populacji państwa. Pojawia się wtedy obawa, że ta ogromna grupa stanie u granic udzielającego ochrony państwa, paraliżując jego funkcjonowanie. Obawy te, jakkolwiek wskazują na konkretny problem, który w świetle wydarzeń ostatnich lat trudno zignorować, należy uznać za

⁶³ UNHCR, *Wtyczne w zakresie ochrony międzynarodowej: „Przynależność...”, s. 4, par. 13.*

⁶⁴ *Ibidem*, s. 5, par. 114.

⁶⁵ Zob. *Canada (Attorney General) v. Ward*, [1993] 2 S.C.R. 689, Canada: Supreme Court, 30 June 1993, <http://www.refworld.org/docid/3ac6b673c.html> (dostęp: 17.06.2016).

nieuzasadnione. Uznanie kobiet danego państwa za grupę społeczną zagrożoną nie eliminuje indywidualnego trybu badania wniosku i wymogu odniesienia wszystkich okoliczności do konkretnej osoby. Konstatacja ta nie implikuje także założenia, że wszystkie osoby zagrożone są prześladowane. Ponadto aksjologiczne uzasadnienie regulacji prawa uchodźczego wyklucza różnicowanie wykładni podstaw konwencyjnych w zależności od rozmiaru grupy osób, który Konwencja może obejmować. Ustalenie związku przyczynowego między prześladowaniem a przynależnością do określonej grupy zakłada istnienie pewnej relacji między autorami prześladowania i wspomnianą grupą. Oznacza to, że podstawy odrębności grupy muszą być przyczyną działania prześladowcy – zarówno wtedy, gdy jest nim osoba prywatna, jak i organy państwa. Oczywiście jest stwierdzenie, że przy założeniu kulturowo niższej pozycji kobiety prześladowanie (będące wyrazem tej kultury) będzie skierowane wobec niej właśnie ze względu na fakt, iż pozostaje ona kobietą. Odnośnie do FGM, które wykonywane jest najczęściej przez osoby prywatne, wystarczające może okazać się nawet prześladowanie uzasadniane wyłącznie biernością organów władzy, jeśli przyczyną ich niedziałania pozostaje kwestia grupy osób o określonej płci. Związek przyczynowy będzie problematyczny w sytuacji, gdy grupa definiowana jest przez kilka czynników, co wymaga społecznej identyfikacji, uświadamiania sobie każdego z tych czynników. Zagadnienie to wskazuje na potrzebę określania, rekonstruowania danej grupy w oparciu o istniejące przekonania społeczne, w miejsce prób dopasowania konkretnego przypadku do struktury prawnej. Jeśli struktura ta funkcjonuje wadliwie, nie obejmując znacznej części osób uznawanych powszechnie za potrzebujące ochrony, wykładnia jest rozwiązaniem połowicznym, trzeba więc zmienić przepis.

Kwalifikując działanie jako prześladowanie charakterystyczne dla jednej płci, często wyolbrzymia się ten właśnie element sytuacji, ignoruje zaś pozostałe, które mogłyby doprowadzić do przyjęcia jako podstawę oceny inną przyczynę prześladowania. Na zagrożenie to wskazywał między innymi Wysoki Komisarz Narodów Zjednoczonych do spraw Uchodźców⁶⁶, jednakże w przypadku FGM możliwość kwalifikacji zjawiska jako motywowanego poglądami politycznymi czy przekonaniami religijnymi pozostaje czysto teoretyczna.

3.4. Brak ochrony państwa pochodzenia

Międzynarodowy system ochrony praw człowieka jest subsydiarny względem obowiązków państwa pochodzenia wnioskodawcy, które jest pierwszym gwarantem jego praw i wolności. Decyzja osób ubiegających się o status uchodźcy o rezygnacji z ochrony państwa pochodzenia podlega weryfikacji organu rozstrzygającego na etapie oceny zdolności oraz woli państwa do zapewnienia ochrony obywatelowi w innym jego regionie. Obecnie zgodnie przyjmuje się, że samo wprowadzenie prawa penalizującego okaleczanie kobiet nie jest gwarancją bezpieczeństwa osób, które nie zgadzają się z tą tradycją. Istotne jest ustalenie efektywności takiego prawa i praktyki jego stosowania przez organy władzy oraz ich stosunku do tradycyjnego porządku

⁶⁶ UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 1: Gender-related persecution...*, s. 9.

społecznego kontrastującego z prawem. Problematyczna bywa często bierność osób odpowiedzialnych, reprezentujących władzę, które decydują się nie ingerować w stosunki rodzinne, uważając prawo zakazujące FGM za prawo narzucone przez kulturę europejską, mające pozbawić Afrykę jej tradycji. Co gorsza, głosy takie pojawiają się także wśród naukowców⁶⁷.

Etap badania braku możliwości ochrony państwa macierzystego często wiąże się z rozważeniem alternatywy relokacji lub ucieczki wewnętrznej. Z punktu widzenia FGM alternatywa ta musi wiązać się z uwzględnieniem specyfiki zjawiska. Jako że jest to tradycja przeprowadzana zazwyczaj przez i z inicjatywy osób prywatnych, nieskuteczność organów państwa w jednej jego części może (choć nie musi) wskazywać na instytucjonalny problem i podobną sytuację w pozostałych regionach. W państwach, w których FGM nie jest powszechne, nie można uznać wymogu relokacji za uzasadniony bez uwzględnienia możliwości podążania prześladowców za wnioskodawczynią. W przeciwnym wypadku ucieczka jest tylko pozornym rozwiązaniem problemu, odwleczeniem prześladowania w czasie. Zasadność uznania możliwości ucieczki wewnętrznej opiera się na stwierdzeniu jej słuszności i sensowności (*relevance, reason*). Rozważając słuszność relokacji odnośnie do zjawiska FGM, należy ustalić nie tylko wspomniane wyżej okoliczności, lecz także możliwość swobodnego legalnego przemieszczenia się w dany region samej wnioskodawczyni. Pozbawione zasadności są także wszelkie domniemania, jakoby prawo penalizujące FGM było wystarczającym gwarantem bezpieczeństwa osoby zagrożonej.

Oceniając możliwość uniknięcia zagrożenia okaleczeniem narządów płciowych w granicach państwa pochodzenia, należy wziąć pod uwagę cechy indywidualne wnioskodawczyń. I tak np., rozważając relokację wewnętrzną, nie można więc pominąć zdolności małoletniego do adaptacji w nowym środowisku, faktu, czy pozostaje on poza granicami państwa pod opieką rodziców, rodziny, czy został porzucony, jakie są jego możliwości życiowe po relokacji. To co dla dorosłego może być jedynie uciążliwe, jak brak przyjaciół czy rodziny w nowym miejscu, dla osoby małoletniej może okazać się poważnym naruszeniem jej praw. Jeśli jedyną możliwością relokacji jest umieszczenie małoletniego w placówce opieki publicznej, ewentualność taka wymaga upewnienia się, że warunki, dostępność edukacji, opieki zdrowotnej i perspektywy rozwoju są zapewnione w odpowiednim stopniu, co może być potwierdzone przez dorosłych wychowanków takich placówek. Ponadto zbadania wymagają także kulturowe aspekty społeczności, w której osoba małoletnia miałaby żyć. Jeśli dziewczynki ocalone od okaleczania narządów płciowych zostają wysłane do środowiska, w którym zjawisko to wciąż odgrywa znaczącą rolę, fakt odróżniania się od pozostałych dziewczynek może być przyczyną gorszego, wręcz dyskryminującego

⁶⁷ Przykładowo dr Fuambai Sia Ahmadu w Sierra Leone – zob. The Public Policy Advisory Network on Female Genital Surgeries in Africa, *Seven Things to Know about Female Genital Surgeries in Africa*, Hastings Center Report, vol. 42, issue 6, s. 19–27, November–December 2012, <http://onlinelibrary.wiley.com/wo11/doi/10.1002/hast.81/full> (dostęp: 20.03.2017), czy też Nowa Omoigui w Nigerii – zob. *Protest against Bill HB22 Outlawing „FGM” Practice in Nigeria*, Africa Resource Center, Inc, JENdA: A Journal of Culture and African Women Studies, <https://www.africaknowledgeproject.org/index.php/jenda/article/view/38> (dostęp: 20.03.2017).

traktowania lub stanowić motywację do chęci samego dziecka poddania się FGM w celu zdobycia akceptacji, lepszej integracji z nową grupą. Tego typu ucieczka wewnętrzna pozbawiona jest zasadności.

3.5. Trudności proceduralne

Istotnym elementem funkcjonowania systemu prawa uchodźczego są aspekty proceduralne. Nadanie statusu uchodźcy, oprócz aspektu teoretycznego zdobywania informacji i potwierdzania ich oraz oceny z punktu widzenia prawa, polega również na szeregu czynności technicznych, których forma i sposób przeprowadzenia mogą mieć zasadniczy wpływ na kształt ostatecznych ustaleń. Odnośnie do FGM stwierdzenie to jest tym bardziej aktualne, że dotyczy niezwykle delikatnej sfery życia człowieka. Dodatkowo kobiety dotknięte tym problemem wywodzą się zazwyczaj z kultury, w której seksualność i wszelkie jej przejawy pozostają tematem tabu. Główną cechą wszelkich czynności dokonywanych w sprawach dotyczących prześladowania związanego z płcią wnioskodawcy, w tym FGM powinna być poufność. Ofiary prześladowania mogą bowiem obawiać się lub/i wstydzić się ujawnienia całości kształtu swoich doświadczeń nawet w obliczu faktu, że od tego może zależeć sposób rozpatrzenia ich wniosku. Ponadto, do czasu otrzymania ostatecznej decyzji, osoby te czują się zagrożone ze strony władz lub rodziny, co również może wpływać na ich oświadczenia, a także spowodować próbę neutralizacji krzywdy, usprawiedliwiania działań oprawców w celu zabezpieczenia ewentualności powrotu do środowiska, z którego uciekły. Wskazuje to na niezwykle ważną rolę odpowiedniego ukształtowania procedury uchodźczej i sposobu działania wszelkich organów, z którymi styka się osoba wnioskująca o ochronę międzynarodową.

Biuro Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Uchodźców wypracowało określone zalecane standardy, których spełnienie ma zapewnić minimum poufności i komfortu obawiającym się prześladowania ze względu na płeć⁶⁸. Należy do nich w szczególności odseparowanie kobiety od męskich członków rodziny w czasie przesłuchania, które ma służyć zminimalizowaniu ich wpływu na oświadczenia wnioskodawcy oraz wykluczyć możliwość ewentualnego zastraszania. Istotne jest również należyte, to znaczy w sposób i w języku zrozumiałym, poinformowanie zainteresowanych o procedurze i dostępie do pomocy prawnej oraz o możliwości wyboru osoby przesłuchującej tej samej płci. Budowanie atmosfery zaufania związane jest także z pomieszczeniami, w których przesłuchanie ma miejsce. Powinny one zapewniać poufność oraz minimalizować dysproporcje i dystans między organem a stroną. Niezwykle istotne jest także zachowanie przez przesłuchującego postawy neutralnej. Wyważenie empatii oraz obiektywnego, bezstronnego podejścia do sprawy i osoby wnioskującego ma zapewniać jak najlepsze ustalenie wszelkich okoliczności, zarówno obiektywnych, jak i subiektywnych. Należy również zapobiegać próbom emocjonalnego wpływania na osobę prowadzącą postępowanie. Odpowiednie

⁶⁸ UNHCR, *Guidelines on International Protection No. 1: Gender-related persecution...*, s. 11 i n.

przygotowanie organu przesłuchującego wymaga zapoznania się z uwarunkowaniami państwa pochodzenia wnioskodawcy. Uprzedzenia oraz wstępne założenia mogą prowadzić do niezrozumienia i pominięcia istotnych części zeznań i oświadczeń. Wnioskodawczynie mogą nie być świadome, że pewne zachowania są klasyfikowane jako poniżające lub stanowiące tortury czy będące formą dyskryminacji. Konieczne jest dopasowanie języka do rozmówcy, ale także zadawanie pytań zarówno pozwalających na swobodną wypowiedź przesłuchiwanej, jak i bardziej zamkniętych. Zaleca się przeprowadzanie przesłuchań kilkakrotnie, gdyż pozwala to zdobyć potrzebne informacje bez uzależniania oświadczeń od jednorazowego stanu emocjonalnego przesłuchiowanych. Ważnym elementem całej procedury powinna być także dostępność pomocy wyspecjalizowanych psychologów przed oraz po zakończeniu przesłuchania.

Minimalne gwarancje, które zapewniają odpowiedni standard dla osób dorosłych, mogą okazać się niewystarczające w odniesieniu do małoletnich. Szczególne wskazania traktowania małoletnich uchodźców i ich wniosków o ochronę zaproponował Wysoki Komisarz Narodów Zjednoczonych ds. Uchodźców⁶⁹. Podkreśla on słuszność priorytetowego rozpoznawania spraw dotyczących małoletnich. Odnosi się to głównie do redukcji czasu oczekiwania na kolejne czynności i stadia postępowania. Z drugiej strony małoletni ubiegający się o status uchodźcy wymagają odpowiedniego przygotowania do przesłuchania, czasu dla nawiązania więzi z osobą przesłuchującą, sposobu komunikacji dopasowanego do wieku, które są tym bardziej istotne, jeśli dotyczą tak delikatnej kwestii jak okaleczanie narządów płciowych. Szczególne potrzeby mają małoletni pozbawieni opieki lub oddzieleni od rodziny. W takich przypadkach w opinii Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Uchodźców⁷⁰ należy w pierwszej kolejności ustalić miejsce przebywania, status najbliższych lub opiekuna. Wyjątkowa ostrożność zalecana jest w ustalaniu stosunku młodocianego do wspomnianych osób, gdyż mogą one, jak to jest często w przypadku FGM, być źródłem prześladowania. Małoletnim, którym nie towarzyszy żaden dorosły, przyznaje się wykwalifikowanego opiekuna, a tym, które są głównymi wnioskodawcami, przysługuje także pełnomocnik prawny.

Procedura ustalania statusu uchodźcy może być ukształtowana odmiennie w poszczególnych państwach, jednak zawsze powinna zawierać minimum gwarancji praw wnioskującego. W przypadku wniosków związanych z FGM jedną z tych gwarancji, a zarazem odstępstwem od standardowych reguł prawa, jest regulacja dotycząca ciężaru dowodu. Ogólne zasady wiążą obowiązek dowodowy z tą stroną, która z jakimiś faktami/oświadczeniami wiąże swoje roszczenia i wnioski. Kobiety i dziewczynki ubiegające się o ochronę międzynarodową składają oświadczenie, iż obawiają się prześladowania, i obowiązane są to oświadczenie uprawdopodobnić. O ile ich subiektywne odczucia oceniane są głównie z punktu widzenia spójności oświadczeń i wiarygodności konkretnej osoby, o tyle ustalenie elementu obiektywnego może przysporzyć znacznie więcej problemów. Konieczne jest bowiem zbadanie sytuacji

⁶⁹ Zob. szerzej UNHCR *Guidelines on international protection Child Asylum Claims...*

⁷⁰ *Ibidem*, s. 5, par. 6.

politycznej, prawnej, społecznej państwa pochodzenia w odniesieniu do okaleczenia narządów płciowych kobiet. Ponadto uprawdopodobnienie niektórych faktów wymaga okazania odpowiednich dokumentów, co może być źródłem trudności ze względu na szczególną sytuację wnioskodawczyń. Wyrzekając się ochrony swojego państwa, a nierzadko także więzi rodzinnych, nie są one w stanie dostarczyć dowodów wymagających poświadczenia organów państwowych czy rodziny, którym się sprzeciwiły, i trudno takich dowodów od nich oczekiwać. Ciężar dowodu rozkłada się zatem między stronę wnioskującą oraz organ rozstrzygający.

Organy podejmujące decyzję dotyczącą nadania lub nie statusu uchodźcy, żeby skonfrontować oświadczenia strony z rzeczywistością, muszą zapoznać się z danymi dotyczącymi państwa pochodzenia. Z oczywistych względów nie można wymagać badania sytuacji na miejscu, co mogłoby przynieść bardziej adekwatne rezultaty. Korzystając z dostępnych informacji gromadzonych przez agendy Wysokiego Komisarza Narodów Zjednoczonych ds. Uchodźców, organizacje pozarządowe czy też inne instytucje, w sposób profesjonalny zajmujące się opracowaniem danych o państwach pochodzenia, organ rozstrzygający powinien być świadomy specyfiki zjawiska, którego występowanie ocenia⁷¹.

FGM dotyczy najbardziej intymnej przestrzeni życia prywatnego, która biorąc pod uwagę kulturowe uwarunkowania państw dotkniętych problemem, stanowi temat tabu. W związku z tym wskazuje się, że brak zgody kobiety na poddanie się badaniu ginekologicznemu nie powinien być przyczyną odmowy udzielenia ochrony międzynarodowej⁷². Decyzja tego rodzaju nie może bowiem przesądzać ustalenia, że wnioskodawczyni nie była poddana okaleczeniu w przeszłości. Ponadto fakt uprzedniego prześladowania nie jest warunkiem koniecznym ustalenia statusu uchodźcy, który wymaga uzasadnionej obawy przed przyszłym prześladowaniem.

W związku z licznymi ograniczeniami, które przynieść może skomplikowana sytuacja uchodźcy, standard dowodowy kształtuje się w sposób szczególny. Organ rozstrzygający musi zdecydować, czy na podstawie zdobytych dowodów i ogólnej wiarygodności wnioskodawcy dać wiarę jego oświadczeniom⁷³. Nierzadko brak jest możliwości weryfikacji poszczególnych twierdzeń osoby ubiegającej się o ochronę międzynarodową i wystarczająca musi być ocena spójności całości zeznań konkretnej osoby. W szczególności odnosi się to do przesłanki uzasadnionej obawy, która zawiera elementy subiektywne i obiektywne. Poważne problemy dowodowe może rodzić również wiek wnioskodawcy. Dzieci mogą mieć problemy z komunikowaniem określonych faktów obcym dorosłym, mogą również nie uświadamiać sobie znaczenia zdarzeń, których doświadczyły lub mogą doświadczyć. Dodatkowo pozostając pod wpływem dorosłych, mogą zniekształcać obraz tego, co przeżyły. W takich sytuacjach, zwłaszcza jeśli osoba małoletnia jest głównym wnioskodawcą, a została pozostawiona bez opieki, może okazać się konieczne przeniesienie ciężaru

⁷¹ Wśród znanych baz danych można wskazać: European Country of Origin Information Network, European Union Network for Asylum Practitioners, Integrated Regional Information Networks, bazy danych Amnesty International czy raporty Human Rights Watch.

⁷² UNHCR, *Guidance Note on refugee...*, par. 33.

⁷³ Office of UNHCR Note on Burden and Standard of Proof in Refugee Claims, 1998, par. 12.

dowodowego w większości na organ rozstrzygający i liberalne zastosowanie zasady rozstrzygania wątpliwości na korzyść wnioskodawcy⁷⁴.

4. Podsumowanie

Zjawisko okaleczania narządów płciowych kobiet jest przedmiotem praktyki ogólnego prawa uchodźczego, a także uzupełniającego badania w ramach regionalnych aktów ochrony praw człowieka. Mimo znacznego wzrostu świadomości społeczności międzynarodowej na temat FGM, a także podjętych działań w kierunku zwiększenia międzynarodowej ochrony przed tą formą prześladowania, wciąż można wskazać liczne trudności, z którymi mierzą się zarówno poszukujący, jak i oferujący pomoc na poziomie ponadnarodowym.

Większość tych trudności wynika ze specyfiki tego zjawiska. W pierwszej kolejności należy wskazać, że zagrożenie okaleczaniem narządów płciowych kobiet ma swoje źródło w relacjach między osobami prywatnymi. Dotyczy ono z jednej strony relacji między osobami najbliższymi – rodziną, a z drugiej strony uwarunkowane jest stosunkami wewnątrz społeczności lokalnych. Jest to dziedzina relacji, w której kontrola i możliwość ingerencji państwa są zasadniczo ograniczone. Przyjęcie ochrony tej sfery wymaga stwierdzenia istnienia pozytywnego obowiązku po stronie państwa, czyli nie wystarczy tylko powstrzymać się od naruszania przestrzeni wolności osobistej jednostki, ale także należy podjąć działanie umożliwiające jej ochronę. Jako że okaleczanie narządów płciowych wynika bezpośrednio z działania osób prywatnych pojawia się potrzeba uwzględnienia wymiaru horyzontalnego obowiązywania praw człowieka, których podstawowym gwarantem jest państwo (odnośnie do wszystkich osób znajdujących się w jego jurysdykcji, zatem również cudzoziemców). Dodatkowo, oceniając sytuację zagrożenia FGM, należy wziąć pod uwagę budowanie formalnej podstawy odpowiedzialności państwa w oparciu o rozproszone normy. Co więcej, okaleczanie narządów płciowych jest problemem, który w większości dotyka specyficzną grupę osób – małoletnie dziewczęta, co wpływa na konieczność stosowania szczególnych gwarancji. Zestawienie powyższych cech ukazuje złożoność sytuacji i jest źródłem trudności w jej rozważaniu na płaszczyźnie prawa uchodźczego. Trudności te uwiadcniają się już na etapie interpretacji przesłanek ustalenia statusu uchodźcy. We wnioskach związanych z FGM stwierdzenie uzasadnionej obawy przed prześladowaniem, zakwalifikowanie aktu prześladowania czy ustalenie istnienia określonej grupy społecznej pozostają problematyczne.

W sprawach charakteryzujących się tak dużym wpływem czynników społeczno-kulturowych przyczyną wielu sytuacji, w których nawet prawidłowo skonstruowany system zawodzi, jest duże znaczenie czynnika ludzkiego, uprzedzeń osoby na stanowisku decydenta, jego zdeterminowanego własną kulturą sposobu myślenia oraz braku zrozumienia kultury obcej. Czynniki te mogą doprowadzić do tego, że procedura ustalania wiarygodności wnioskodawców staje się nowym traumatycznym przeżyciem dla osób ubiegających się o ochronę międzynarodową. W związku z powyż-

⁷⁴ Zob. UNHCR *Guidelines on international protection Child Asylum Claims...*, s. 27, par. 73.

szym niezwykle ważnym elementem wzmacniającym działanie systemu jest edukacja oraz dostęp do niezbędnych informacji dla osoby na stanowisku decyzyjnym. Dla realizacji tego postulatu należy wskazać korzystne aspekty regulacji postępowania uchodźczego w prawie wewnętrznym państw jako oddzielnego od standardowego trybu i struktury podejmowania decyzji administracyjnych. Strukturalne wyróżnienie podmiotów decyzyjnych ułatwia zapewnienie osobom zasiadającym na tych stanowiskach odpowiedniego przygotowania merytorycznego.

SUMMARY

FEMALE GENITAL MUTILATION AS A BASIS FOR GRANTING REFUGEE STATUS – THE CHARACTERISTICS AND MAIN DIFFICULTIES OF PROTECTING WOMEN

The main issue discussed in this paper is the question of characteristic features and main problems of the universal refugee law system based on the Geneva Convention relating to the Status of Refugee from 1951 with its 1967 Protocol applied in cases of fear of Female Genital Mutilation. Referring to the concept of positive obligations of states and its horizontal effect developed by European Court of Human Rights, the paper points out the difficulties of protection from FGM caused by its different socio-cultural and legal aspects. It examines theoretical and practical issues that raises during the process of interpretation and application of the Convention, it takes into consideration states' jurisprudence as well as influential work of United Nations High Commissioner for Refugees that helped to develop the good practice.

Słowa kluczowe: okaleczanie narządów płciowych kobiet, status uchodźcy, prawo uchodźcze, Konwencja Genewska, obowiązki pozytywne, prawa człowieka, prawa kobiet

Key words: female genital mutilation, refugee status, refugee law, Geneva Convention, positive obligations, human rights, women's rights