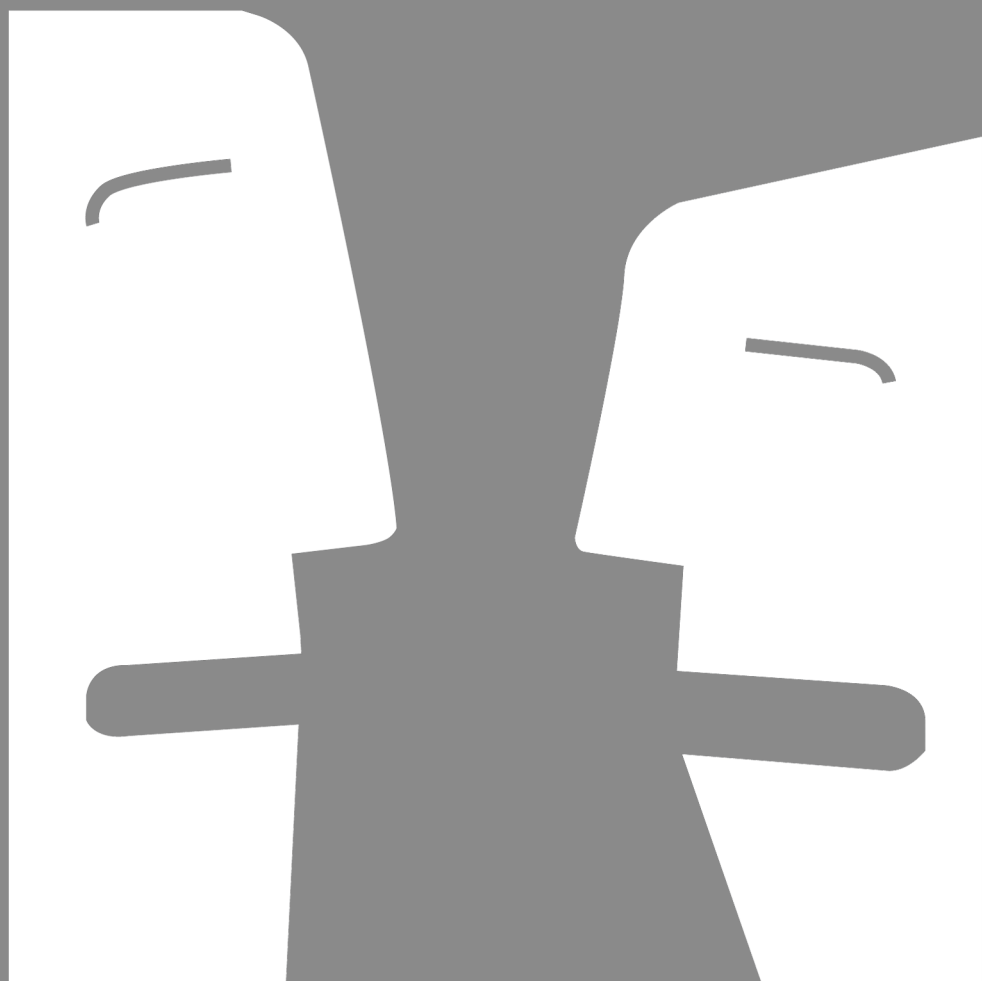


red. Iwona Barwicka-Tylek, Piotr Eckhardt,  
Joanna Ptak, Marcin Wróbel

# Prawo jako narzędzie kształtowania społeczeństwa



PRAWO JAKO NARZĘDZIE KSZTAŁTOWANIA SPOŁECZEŃSTWA  
PRACE KOŁA SOCJOLOGII I ANTROPOLOGII PRAWA 2016

Redakcja:

Iwona Barwicka-Tylek, Piotr Eckhardt., Joanna Ptak, Marcin Wróbel

Recenzent: dr Jacek Malczewski

Skład, korekta:

Wydawnictwo Kasper

[www.wydawnictwokasper.pl](http://www.wydawnictwokasper.pl)

Projekt okładki:

Ka. Klakła (ps.)

ISBN: 978-83-63896-41-6

Kraków 2016

Publikacja dofinansowana ze środków

Rady Kół Naukowych Uniwersytetu Jagiellońskiego

## SPIS TREŚCI

Iwona Barwicka-Tylek	
<i>Wstęp</i> .....	4
Jan Bazyli Klakla	
<i>Formalna i nieformalna kontrola jako narzędzia kształtowania społeczeństwa. Analiza w kontekście paradygmatu sprawiedliwości naprawczej</i> .....	10
Karolina Kocemba	
<i>Opór wobec wdrażania międzynarodowych rozwiązań prawnych na przykładzie ratyfikacji Konwencji Stambulskiej</i> .....	21
Agata Lizak	
<i>Prawo a patriotyzm. Wybrane uwagi w kontekście regulacji dotyczących symboli narodowych</i> .....	39
Katarzyna Rużyczka	
<i>Umowa z dnia 28 grudnia 2015 roku dotycząca kwestii Comfort Women a jej konsekwencje społeczne i polityczno-prawne w Korei Południowej</i> .....	52
Joanna Ptak	
<i>Między stygmatyzacją mniejszości etnicznych a skuteczną wykrywalnością sprawców. Wybrane czynniki wpływające na kształt holenderskiej polityki publicznej przeciwdziałania przemocy „honorowej</i> .....	64
Anna Drwal	
<i>Próby przeciwdziałania aborcji ze względu na żeńską płć płodu w Indiach za pomocą ustawowych zakazów ujawniania płci płodu oraz wręczania i przyjmowania posagu</i> .....	81
Marcin Wróbel	
<i>Gdy zwyczaj zastępuje prawo. Dopuszczalność obrony przez kulturę a prawo zwyczajowe</i> .....	100

## WSTĘP

W znanej i wdzięcznej analogii Thomas Hobbes przyrównuje państwo do sztucznego człowieka, którego duszą jest suwerenna władza, przekazująca poddanym swą wolę pod postacią prawa pozytywnego<sup>1</sup>. Wola władzy nie jest przy tym całkowicie „dowolna”, lecz służyć musi racjonalizacji porządku publicznego, tak by zagwarantować bezpieczeństwo wszelkim relacjom społecznym. Według Hobbesa odpowiedzialność za życie społeczne spoczywa na władzy, ale oznacza to także, że musi mieć ona narzędzia umożliwiające wywieranie determinującego wpływu na działania obywateli. Takim narzędziem jest prawo. Z jego pomocą uosabiająca państwo władza kształtuje społeczeństwo, podobnie jak pojedynczy człowiek dyscyplinuje siłą woli własne ciało<sup>2</sup>, by poprawić kondycję fizyczną i psychiczną. Jak w przypadku treningu osobistego sukces wymaga niejednokrotnie sporego wysiłku i przełamania oporu ciała, tak władza musi – i jest do tego zdaniem Hobbesa uprawniona – przezwyciężać opór organizmu społecznego systemem kar i nagród, w imię jego niezakłóconego rozwoju.

Perspektywa Hobbesa ma swoich obrońców, niezrażonych faktem, że zakłada ona przedmiotowe traktowanie społeczeństwa, co w czasach tryumfu podkreślającej jednostkową wolność i niezależność demokracji liberalnej stanowi dosyć nieprzyjemny ideologiczny zgrzyt. Argumentują oni, że podkreślana przez autora *Lewiatana* jednokierunkowość relacji

---

1 T. Hobbes, *Lewiatan, czyli materia, forma i władza państwa kościelnego i świeckiego*, przeł. Cz. Znamierowski, Warszawa 2009, s. 82.

2 Na określenie takiego postrzegania relacji między władzą a społeczeństwem używa się zresztą angielskiego terminu *body politic*, oddającego jedność państwa i społeczeństwa; patrz: D. Harvey, *Body politic: political metaphor and political violence*, Cambridge 2007.

władza – prawo – obywatel pozwoli wyeliminować, lub przynajmniej ograniczyć negatywne zjawiska społeczne i stworzyć dla wszystkich bezpieczne warunki współpracy, a więc zwrotnie zabezpieczyć także wolność. Wykorzystuje także najlepiej swoistą przewagę racjonalności występującą współcześnie po stronie instytucji państwa, a wynikającą z profesjonalizacji i rosnącego skomplikowania rządu. Wiedza władzy, wspieranej w stanowieniu prawa przez ekspertów, jest – potencjalnie przynajmniej – dużo szersza niż ułomna, cząstkowa i przez to potencjalnie szkodliwa wiedza poszczególnych obywateli, co gorsza działających niejednokrotnie pod wpływem egoistycznych emocji.

Powyższe rozumowanie prowadzi do jeszcze jednego ważnego wniosku. Jeśli prawo ma być skutecznym narzędziem kształtowania społeczeństwa i obywateli, to poza wiedzą potrzebną do opracowywania konkretnych rozwiązań prawnych i odzwierciedloną w treści prawa, równie istotne jest dla prawników i decydentów politycznych poznanie samego społeczeństwa. Trudno bowiem oczekiwać sukcesów w używaniu narzędzia, jeśli posługujący się nim nie rozumieją materiału, który zamierzają formować. Dlatego tak ważna w praktyce politycznej i prawnej stała się wiedza socjologiczna. Niektórzy badacze skłonni są wręcz mówić o „socjologizacji”<sup>3</sup> współczesnego prawa, a nawet powszechnej dominacji „socio-logicznego”<sup>4</sup> światopoglądu. Rozumieją pod tym terminem nie tyle upowszechnianie rzetelnej socjologicznej wiedzy, co uogólnione oczekiwanie zachowania ścisłego związku między prawem a społeczeństwem.

Prezentowana monografia składa się z rozdziałów opracowanych przez doktorantów i studentów prawa, których szczególnym obszarem zainteresowań pozostaje socjologia prawa. Dyscyplina stosunkowo młoda, bo licząca sobie jedynie sto lat<sup>5</sup>, ale posiadająca ważne i utrwalone miejsce wśród nauk prawnych. To właśnie jej reprezentanci powołani są szczególnie do namysłu nad relacją prawo – społeczeństwo. Choć tytuł niniejszego zbioru zdaje się podążać tropem myślenia Hobbesa, nie należy tego pokrewieństwa traktować zbyt dosłownie. Inaczej niż w przypadku filozofa z Malmesbury, zawarte w nim przekonanie o „prawie jako narzędziu kształtowania społeczeństwa” nie stanowi

3 M. Constable, *Just Silences: The Limits and Possibilities of Modern Law*, Princeton University Law 2005, s. 58.

4 *Ibidem*, s. 24.

5 *Socjologia prawa. Główne problemy i postacie*, red. A. Kojder, Z. Cywiński, Warszawa 2014, s. 11.

tutaj podsumowującego całość wniosku. Należy je raczej potraktować jako punkt wyjścia dla wszystkich zamieszczonych w tym tomie tekstów. Jednym słowem, potraktować jako „problem”, który dla każdego z autorów stał się zachętą do własnej, krytycznej refleksji nad ukrytymi w nim potencjalnie pytaniami i wątpliwościami. Dzięki takiej formule Czytelnik otrzymuje nie tyle zwartą publikację o jednoznacznej i powtarzanej po wielokroć konkluzji, co wielowymiarową i różnorodną analizę zagadnień pogłębiających rozumienie postawionego problemu. W efekcie zawarta w tytule zbioru teza jest w kolejnych rozdziałach poddana testom, weryfikującym jej przydatność na różnym poziomie ogólności.

Już pierwszy rozdział wskazuje wyraźne ograniczenia, które nakazują ostrożność w nazbyt optymistycznym postrzeganiu prawa jako wystarczającego instrumentu wprowadzania uznawanych za pożądane zmian społecznych. Nie unikając rozważań metateoretycznych Jan Bazyli Klakla porównuje walory formalnej kontroli społeczeństwa, realizowanej za pośrednictwem prawa pozytywnego, z mechanizmami kontroli nieformalnej, takimi jak uznawane w społeczeństwie poglądy moralne, zwyczaje, czy normy religijne. Mimo niewątpliwych zalet kontroli formalnej, ma ona wady, których wypunktowanie pozwala zachować proporcje w ocenie faktycznej zdolności prawodawcy do świadomego zarządzania procesami społecznymi, zwłaszcza jeśli celem ma być zmiana uważanych za nieracjonalne czy nie dość nowoczesne społecznych przyzwyczajęń. Rozważania Klakli stanowią dobre wprowadzenie do kolejnych rozdziałów, z których każdy jest właściwie niezależnym studium przypadku, badającym wybrany aspekt nadrzędnego zagadnienia. Zdecydowanie dominującym wątkiem, przewijającym się przez całą książkę, jest analizowane z wielu perspektyw przekonanie o sile kontekstu kulturowego, który nie zawsze daje się modyfikować zgodnie z intencją prawodawcy. Właśnie kulturę uznać należy za główną zmienną decydującą o ostatecznym sukcesie bądź porażce prawa w zakresie kształtowania społeczeństwa.

W rozdziale drugim Karolina Kocemba przywołuje niedawny spór dotyczący ratyfikacji przez Polskę postanowień Konwencji Stambulskiej, przyjętej w 2011 r. przez Radę Europy, a dotyczącej przeciwdziałania przemocy wobec kobiet i przemocy domowej. Autorka przypomina głośną i nie zawsze merytoryczną debatę towarzyszącą długiemu procesowi ratyfikacji dokumentu, ukazując jak ważną rolę w przypadku

implementacji prawa odgrywa prawidłowy proces komunikacji między społeczeństwem a władzą, i jak zgubne dla autorytetu prawa mogą być zaniedbania w tym zakresie. Naszego kraju dotyczy także kolejny rozdział, w którym Agata Lizak zajmuje się prawną ochroną symboli narodowych, rozpatrując obowiązujące regulacje w kontekście edukacji patriotycznej oraz oczekiwań społecznych dotyczących obecności symboliki narodowej w przestrzeni publicznej. W obliczu trwającej od dłuższego czasu nie tylko w Polsce dyskusji, której tłem jest obserwowane nasilenie postaw nacjonalistycznych, temat to wysoce aktualny i interesujący.

Ujmowanie relacji prawa i społeczeństwa od strony socjologicznej nie może zaciemniać faktu, że w ostatecznym rozrachunku przedmiotem prawnych oddziaływań pozostają poszczególni obywatele. Warto tu postawić pytanie o możliwe kryteria rozstrzygnięcia przetargu między decyzjami podejmowanymi w imię celów ogólnospołecznych, a konkretnymi konsekwencjami stosowania opracowanego tak prawa w przypadkach indywidualnych, odciskających piętno na życiu jednostek. Każda propozycja legislacyjna, oprócz bezpośrednich celów i skutków, uruchamia wiele pobocznych procesów społecznych i politycznych o charakterze długofalowym.

Najwyraźniej poruszają tego rodzaju kwestie rozważania Katarzyny Rużyczki, poświęcone sytuacji prawnej tzw. *comfort women*, czyli kobiet przymusowo więzionych w czasie II wojny światowej przy japońskich jednostkach wojskowych i zmuszanych m.in. do świadczenia usług seksualnych żołnierzom. Problem *comfort women* przez długie lata kładł się cieniem zwłaszcza na relacjach koreańsko-japońskich, a porozumienie w tej sprawie, umożliwiające ofiarom dochodzenie swych roszczeń, podpisano dopiero w roku 2015 r. Autorka przedstawia okoliczności zawarcia umowy i ocenia jej najważniejsze postanowienia. Joanna Ptak przygląda się natomiast holenderskiej polityce przeciwdziałania przemocy „honorowej”, która, w odróżnieniu od rozwiązań przyjmowanych w innych krajach zmagających się z podobnym problemem, zapobiegać ma stigmatyzacji grup imigranckich. Autorka dostrzega nie tylko wymierne korzyści płynące z ujmowania zjawiska w kategoriach neutralnych pod względem płci ofiar i etnicznego pochodzenia sprawców, ale również wątpliwości natury prawnej spowodowane nazbyt ogólną i nie zawsze adekwatną definicją przemocy „honorowej”. I tutaj wartością jest aktualność tematu, a także zachęta do szerszych przemyśleń związanych

choćby z kulejącą europejską polityką migracyjną oraz wyzwaniem polityczno-społecznymi ery globalizacji, wymagającymi działań w skali międzynarodowej i ograniczającymi swobodę decydowania poszczególnych państw.

Niejednokrotnie regulacje prawne, które mają motywować i przyspieszać eliminację niepożądanych zjawisk i procesów, rodzą opór kwestionujący ich efektywność, a nierzadko potęgują wręcz reakcje odwrotne do zamierzonych. Anna Drwal ukazuje w tym kontekście nikłe efekty podejmowanych od lat 60. XX w. starań o poprawę sytuacji kobiet w Indiach, analizując rozwiązania służące przeciwdziałaniu aborcji ze względu na żeńską płć płodu. Odwołuje się w szczególności do ustawowego zakazu ujawniania płci płodu, a także obowiązującego od 1961 r. zakazu wymagania posagu, wnoszonego tradycyjnie przez rodzinę panny młodej.

Rozdział ósmy, napisany przez Marcina Wróbla, każe zastanowić się nad problemem, do jakiego stopnia tradycje kulturowe i umocowana w nich tożsamość jednostki zasługują na publiczne poszanowanie, nawet jeśli kłócą się z obowiązującym systemem prawnym. Przedmiotem rozważań jest tu wywołujące niemało kontrowersji zagadnienie *cultural defence*. Argumenty zwolenników i przeciwników „obrony przez kulturę” wykraczają zdecydowanie poza kwestie czysto prawne, potwierdzając dokonujący się od kilku dekad odwrót od czysto pozytywistycznego postrzegania roli prawników i teoretyków prawa. Ten zwrot warty jest uwypuklenia i uwzględnienia także w edukacji prawniczej.

Widoczna w niniejszej monografii rozległość zainteresowań młodych badaczy, połączona z wyraźną świadomością skomplikowania badanej materii, umacnia w przekonaniu o heurystycznej wartości dociekań socjologii prawa. Dociekań zdecydowanie wykraczających poza upraszczające spojrzenie Hobbesa. Potwierdzają one ogromną rolę prawa pozytywnego w formowaniu oblicza społeczeństwa, ale zarazem przytaczają konkretne argumenty i dane empiryczne dowodzące, że nie wolno przeceniać tego narzędzia wywoływania społecznej zmiany. Zdolność kształtowania rzeczywistości społecznej z pomocą prawa zależy w dużej mierze od dziedziny podlegającej regulacji oraz splotu wielu czynników wewnętrznych i zewnętrznych. Choć wniosek taki może wydawać się banalny, ma jednak do spełnienia istotną funkcję. Przestrzega między innymi przed próbami instrumentalizacji



prawa i traktowania go jako uniwersalnego narzędzia pozwalającego zarządzać społeczeństwem zgodnie z uznanymi przez decydentów politycznych wartościami – czyli w praktyce: zgodnie z interesem władzy politycznej. A to już kwestie znacznie mniej banalne, bo odsyłające do coraz bardziej negatywnie ocenianych zjawisk, takich jak polityzacja prawa, czy jurydyzacja życia społecznego<sup>6</sup>.

---

6 O ich wadze świadczy bogata i ciągle rosnąca literatura przedmiotu. Zob.: J. Ferejohn, *Judicializing politics, politicizing law*, „Law and Contemporary Problems” 2002, t. 65, nr 3, s. 41–68; J. Kochanowski, *Jurydyzacja życia*, „Palestra” 2002, nr 7–8, s. 95–99; K. Koźmiński, *Kilka uwag o zjawisku jurydyzacji* [w:] A. Niewiadomski (red.), *Lingua Iuris*, Warszawa 2010, s. 281–295; L. Morawski, *Instrumentalizacja prawa*, „Państwo i Prawo” 1996, nr 3, s. 16–28; Ch. Staughton, *Za dużo prawa*, tłum. E. Gąsiorowska, „Ius et Lex” 2002, nr 1, s. 167–175.

*Jan Bazyli Klakla*

FORMALNA I NIEFORMALNA KONTROLA  
JAKO NARZĘDZIA KSZTAŁTOWANIA  
SPOŁECZEŃSTWA. ANALIZA  
W KONTEKŚCIE PARADYGMATU  
SPRAWIEDLIWOŚCI NAPRAWCZEJ

Przejsie od nieformalnej kontroli społecznej wykonywanej przez nie-profesjonalistów do formalnej kontroli społecznej wykonywanej przez organy państwa i profesjonalistów zdaje się konieczną i pozytywną zmianą nierozzerwalnie połączoną z ewolucją współczesnych społeczeństw. Można je widzieć jako część postępującego podziału pracy występującego w modernizujących się systemach społecznych. Podczas gdy zalety profesjonalizacji w dziedzinie kontroli społecznej są widoczne i zauważane, to cennym mogłoby okazać się również spojrzenie na możliwe straty, które taka zmiana może przynieść. Proces transformacji niesie bowiem za sobą pewne niebezpieczeństwa. Warto także zastanowić się, czy jest to zmiana jednostronna, całkowita i nieodwołalna, a więc czy modernizacja wymaga całkowitego zastąpienia mechanizmów kontroli nieformalnej mechanizmami powierzonymi profesjonalistom.

W niniejszym tekście chciałbym pochylić się nad możliwymi zaletami nieformalnej kontroli społecznej w utrzymywaniu porządku społecznego. W tym celu chciałbym przyjrzeć się cechom charakterystycznym kontroli formalnej, wykonywanej przez organy państwa i na podstawie prawa stanowionego, najczęściej w paradygmacie sprawiedliwości restrybtywnej, a także kontroli nieformalnej, często opartej na innych niż prawo systemach normatywnych – moralności, religii lub prawie zwyczajowym, a także innym podejściu do sprawiedliwości – paradygmacie sprawiedliwości naprawczej.

## Sprawiedliwość naprawcza

Sprawiedliwość naprawcza bywa określana jako „alternatywne podejście do sprawiedliwości”. Jako nurt w nauce pojawiła się w latach 80-tych w odpowiedzi na zauważaną nieefektywność wymiaru sprawiedliwości opartego na wartościach retributywnych. Wedle podejścia retributywnego przestępstwo jest wykroczeniem przeciw państwu i rozpatrywane jest w kategoriach złamania prawa oraz winy sprawcy. Wymiar sprawiedliwości zajmuje się ustaleniem winy i wymierzeniem kary, a proces ten rozgrywa się w zasadzie między państwem a sprawcą [Zehr, Gohar 2002, s. 17-20].

W opozycji do tego stanowiska sprawiedliwość naprawcza opiera się na poglądzie, który definiuje przestępstwo jako wykroczenie przeciwko osobom i relacjom. Jako takie kreuje ono zobowiązanie do naprawy tego, co naruszone. Wymiar sprawiedliwości i jej wymierzanie angażuje ofiarę, sprawców oraz całą społeczność w poszukiwanie możliwych rozwiązań, które tę naprawę umożliwią. Bardziej niż na winie, sprawiedliwość naprawcza skupia się na potrzebach: zarówno ofiary, sprawcy, jak i całej społeczności [Zehr, Gohar 2002, s. 11-20].

Howard Zehr, jeden z twórców nurtu sprawiedliwości naprawczej, wyróżnia jej trzy filary [Zehr, Gohar 2002, s. 21-23]: zespolone ze sobą – krzywdę i potrzebę, zobowiązanie do naprawienia krzywdy oraz zaangażowanie wszystkich zainteresowanych stron. Przede wszystkim w paradygmacie sprawiedliwości naprawczej przestępstwo jest widziane jako krzywda wyrządzona ludziom i społeczności. W ten sposób mocniej angażuje się ofiarę oraz społeczeństwo w proces wymierzania sprawiedliwości. Zainteresowanie skierowane jest w stronę ofiary oraz jej potrzeb, a poszukiwana jest nie kara, ale droga umożliwiająca maksymalne zadośćuczynienie wyrządzonej krzywdzie. Podejście to nie ogranicza jednak zainteresowania krzywdą jedynie do perspektywy ofiary, ale rozważa ją również z perspektywy sprawcy oraz społeczności. W ten sposób wyrażane jest dążenie do zidentyfikowania przyczyn takiego, a nie innego zachowania sprawcy, a także jego reintegracja do społeczności [Zehr, Gohar 2002, s. 21].

Krzywda na gruncie sprawiedliwości naprawczej kreuje po stronie sprawcy nie winę, ale zobowiązanie do naprawienia szkody spowodowanej ofierze i społeczności. Dlatego też nacisk położony jest na odpowiedzialność sprawcy i jego gotowość do jej przyjęcia. Z jednej strony

oznacza to dążenie do pewności, że sprawca zostanie ukarany oraz zrozumie konsekwencje swoich czynów. Z drugiej strony na sprawcę nakładane jest zobowiązanie do naprawienia wyrządzonej krzywdy w sposób najpełniejszy z możliwych, zarówno w sensie materialnym jak i symbolicznym [Zehr, Gohar 2002, s. 22].

### Instytucje nieformalnej kontroli społecznej oparte na paradygmacie sprawiedliwości naprawczej

Sprawiedliwość naprawcza promuje zaangażowanie oraz uczestnictwo wszystkich zainteresowanych w procesie dochodzenia do sprawiedliwości. Strony bezpośrednio uwikłane w przestępstwo (sprawcy, ofiary), ich rodziny oraz członkowie społeczności, w której żyją, mają swoją rolę do spełnienia w poszukiwaniu sprawiedliwego rozwiązania istniejącego konfliktu. Aby tak się mogło stać wszystkie zainteresowane strony muszą mieć stworzone warunki i możliwości do swobodnego przepływu informacji i wielostronnego dialogu [Zehr, Gohar 2002, s. 22].

W przypadku społeczności wykorzystujących inne niż prawo systemy normatywne jako regulatory życia społecznego warunki te tworzy szereg instytucji nieformalnej kontroli społecznej. W północnej Albanii i Kosowie wciąż możemy spotkać się z instytucją mediacji opartej o prawo zwyczajowe zwane *Kanun*. Proces pojednania prowadzony jest przy wsparciu mediatorów zwyczajowych współpracujących z kilkoma wyspecjalizowanymi organizacjami pozarządowymi i ma miejsce w przypadkach zabójstwa, uszkodzenia ciała lub sporów dotyczących ziemi, które mogą przekształcić się w niebezpieczne i trwające wiele lat konflikty klanowe [Mustafa, Young 2008, s. 99-104; Mangalakova 2004, s. 12]. Na Bliskim Wschodzie, w szczególności w Palestynie, znacząca część konfliktów rozwiązywana jest nie tylko w sądzie, ale również poprzez procedurę prawa zwyczajowego zwaną *Sulha*. Jest to proces, który łączy w sobie cechy zarówno mediacji, jak i arbitrażu. Prowadzony jest przez pełniącą obowiązki mediatorów i arbitrów radę zwaną *Jaha*, składającą się z najbardziej szanowanych członków lokalnej społeczności [Pely 2009, s. 80-85; Phillips 2012, s. 425-429]. W niektórych przypadkach instytucje nieformalnej kontroli społecznej ukształtowane są w taki sposób, że swoją strukturą przypominają instytucje kontroli formalnej – przede wszystkim sądy. Mocniej ustrukturyzowane postępowania zwyczajowe

możemy obecnie obserwować między innymi w Nigerii, Ghanie, czy innych państwach Afryki. Trybunały zwyczajowe są tam odpowiedzialne za rozwiązywanie znaczącej części konfliktów [Offiong 1997, s. 433-436]. Podobne instytucje można odnaleźć w społecznościach Romyńskich, gdzie idea *Kris*, sądu romskiego, jest wciąż obecna i żywa [Marushiakova, Popov 2007, s. 70-78]. Nie jest rzadką sytuacją, gdy zakorzenione w kulturze instytucje prawa zwyczajowego stają się inspiracją dla procedur pojednawczych projektowanych już w ramach prawa stanowionego. Instytucja *Ho'oponopono* stała się podstawą dla całego programu konferencji rodzinnych na Hawajach. Konferencje rodzinne z młodocianymi sprawcami przestępstw w Nowej Zelandii również mają zwyczajowy rodowód [Phillips 2012, s. 416-418].

W kulturze Zachodu, gdzie ważną rolę pełni system prawa stanowionego, instytucjami, które w mniejszym lub większym stopniu realizują tę ideę są m.in. mediacje (a dokładniej specyficzny typ znany jako *VOM – Victim-Offender Mediation*) oraz konferencje (tzw. *family conferences* lub *victim-offender conferences*) [Wyrick, Costanzo 1999, s. 254, Umbreit 1995, s. 266, Choi, Gilbert 2010, s. 208, Zienkiewicz 2007, s. 299].

Konferencje są kategorią metod rozwiązywania konfliktów wykorzystywaną po przyznaniu się sprawcy krzywdy do jej popełnienia. Grupy konferencyjne podejmują decyzje poprzez consensus i prowadzone są przez neutralną trzecią stronę nieuczestniczącą w samym podejmowaniu decyzji. Strona ta ma pozycję bliską pozycji mediatora [Walker 2001, s. 7]. W konferencjach uczestniczą ofiary, sprawcy oraz społeczność, której konflikt dotyczy, czyli rodziny bezpośrednio zaangażowanych stron oraz ich najbliższe otoczenie. Zdarza się, że ofiara nie chce uczestniczyć w spotkaniach twarzą w twarz ze sprawcą – wtedy w konferencji może uczestniczyć jej przedstawiciel [Walker 2001, s. 7]. Istnieją również takie odmiany konferencji, w których rozwiązanie konfliktu wypracowywane jest w łonie jednej rodziny, najczęściej sprawcy przestępstwa. Przykładem takiej instytucji są nowozelandzkie *family group conferences* [New Zeland Ministry of Social Development 2014].

Instytucja mediacji prowadzonej między sprawcą przestępstwa i jego ofiarą w kontekście kultury Zachodniej i systemu prawa stanowionego wywodzi się z USA, gdzie pojawiła się na początku lat 70-tych XX wieku. Niedługo później pomysł został przeszczepiony na grunt europejski. Lokalne uwarunkowania sprawiły, że specyfika takich mediacji jest różna

w różnych państwach i systemach prawnych, jednak można wyróżnić pewien zestaw cech wspólnych oraz typowych dla niej elementów [Marshall 1995, s. 217, Umbreit 1995, s. 264-265]. Do mediacji, w zależności od uregulowań prawnych obowiązujących w danym państwie, mogą kierować różne instytucje – sąd, policja, prokuratura, kurator sądowy etc. Kierowane są wyłącznie te sprawy, w których sprawca przyznał się do winy. Uczestnictwo w mediacji jest dobrowolne z obu stron, a więc wymaga zgody zarówno ofiary, jak i sprawcy. W niektórych państwach praktykowana jest pośrednia forma mediacji, gdy ofiara chce uczestniczyć w procesie, ale nie wyraża chęci spotkania twarzą w twarz ze sprawcą. Mediator pełni wówczas rolę łącznika przekazującego informacje, a mediacja składa się ze spotkań mediatora sam na sam ze stronami. Taka forma VOM nie jest jednak typowa [Marshall 1995, s. 219-220]. Na mediację składają się zazwyczaj: faza przed-mediacyjna, podczas której strony przygotowywane są do spotkania twarzą w twarz oraz sesja mediacyjna [Wyrick, Costanzo 1999, s. 254]. Również typowa sesja mediacyjna zawiera kilka faz. Wpierw mediator (lub mediatorzy) rozpoczynają sesję i ustalają zasady, którymi zarówno strony jak i mediatorzy będą się kierowali w dalszych fazach procesu. Następnie strony mają czas, by móc wyrazić swoje zdanie, uczucia i interesy w sposób wolny i niezakłócony. Podczas trzeciej fazy ma miejsce interakcja między stronami. Mają one okazje odpowiedzieć na twierdzenia lub pytania strony przeciwnej, przekazać sobie nawzajem informacje oraz zdążyć do zidentyfikowania tego, co mogłoby być przedmiotem porozumienia., które jest ostatecznym efektem pomyślnie zakończonej mediacji. Może się w nim znaleźć zobowiązanie do zadośćuczynienia ze strony sprawcy, zarówno w postaci wypłacenia sumy pieniężnej, jak i wykonania zadań, które porozumienie na niego nakłada. Mediację kończy mediator podsumowując to, co zostało w jej toku wypracowane przez jej uczestników [Marshall 1995, s. 219-220].

### Cechy charakterystyczne nieformalnej kontroli społecznej

Gdy przyjrzymy się pewnym cechom formalnej kontroli społecznej proponowanej przez instytucje państwowe i prawo stanowione, a także kontroli nieformalnej opartej chociażby o instytucje prawa zwyczajowego czy też dyspozycje i postawy przez to prawo zwyczajowe

kształtowane, to możemy dostrzec, że kontrola nieformalna posiada określone zalety, które można by próbować wykorzystać w kształtowaniu porządku społecznego.

Różnice między formalną a nieformalną kontrolą zasadzają się na kilku płaszczyznach: ulokowania kary, formy używanego prawa, profesjonalizacji kary i kontroli. Rozpatrując przypadek prawa zwyczajowego z punktu widzenia ulokowania kompetencji do karania można zauważyć, że to społeczność jako całość jest odpowiedzialna za unikanie kontaktu z ukaranym i za zastosowanie w praktyce kary ostracyzmu społecznego. W systemie formalnej kontroli państwowej kara i kontrola nad jej wykonaniem przekazana jest w ręce wyspecjalizowanych instytucji, a z ramion społeczeństwa zostaje zdjęta odpowiedzialność za jej przebieg i skutek. Gdy przeciętny obywatel jest zewnętrznym obserwatorem procesu wymierzania sprawiedliwości, a nie aktywnym uczestnikiem, większe jest zagrożenie, że negatywnie on ten proces oceni, a co za tym idzie rzadziej będzie skłonny ów proces inicjować i do niego się odwoływać, co może powodować wzrost liczby przestępstw, które pozostają bezkarne [Caffrey, Mundy 1997, s. 259].

Różnica występuje również w formie prawa, które jest do kontroli używane. Normy prawa stanowionego określające ramy formalnej kontroli społecznej są najczęściej normami skierowanymi do indywidualnych jednostek i opartymi na indywidualistycznych wartościach, podczas gdy normy prawa zwyczajowego określające ramy kontroli nieformalnej są często normami o charakterze grupowym opartymi na wartościach kolektywnych. W ten sposób występki uderzające w te wartości są szczególnie ostro potępiane. Zdarza się wtedy, że normy te są przypisane do grup nieuprzywilejowanych w obrębie szerszej społeczności – i w ten sposób np. ludzie starsi są przez prawo zwyczajowe mocniej chronieni, niż ci w sile wieku [Caffrey, Mundy 1997, s. 261].

W przypadku kontroli nieformalnej nie występuje też charakterystyczne dla kontroli formalnej zjawisko profesjonalizacji kary i kontroli. Sprawiedliwość w znacznie większej mierze opiera się na naprawieniu szkody wyrządzonej czynem, niż na naprawieniu sprawcy tego czynu. Sprawstwo przestępstwa nie jest rozważane w kategoriach patologii, ale świadomego działania, za które należy wziąć odpowiedzialność. Sytuacja, w której całość społeczności jest zaangażowana w proces kontroli i karania sprawców występków przeciwko wspólnocie kontrastuje

z sytuacją, z jaką mamy do czynienia w nowoczesnych państwach, gdzie kontrola społeczna została ograniczona do działań profesjonalistów – policji, prokuratury, sądów etc. Ich profesjonalne podejście zakłada różnice w wiedzy na temat normatywności na korzyść instytucji zawodowo zajmujących się kontrolą. Prowadzi to do rozminięcia się rozumienia normatywności przez przeciętnego obywatela oraz wyspecjalizowane instytucje, co powoduje zakłócenia w procesie socjalizacji – kolejne pokolenia obywateli nabywają w toku wychowania inną wiedzę o normatywności niż ta, którą posiadają instytucje sprawujące nad nimi kontrolę [Caffrey, Mundy 1997, s. 263].

Dlatego też instytucje kontroli formalnej z taką niechęcią patrzą na kontrolę nieformalną – umiejętności i wiedza o normatywności posiadana przez społeczeństwo nie wydaje się profesjonalistom wystarczająca do skutecznego sprawowania kontroli. Tymczasem to nieformalna kontrola jest tą, w której kara za występki jest najbardziej nieuchronna, a sam proces kontroli najbardziej efektywny ze względu na jej ciągłą obecność w każdym aspekcie życia społecznego. Gdy zostaje ona ograniczonym prawem tylko niektórych wyspecjalizowanych jednostek, które przecież nie mogą być zawsze i wszędzie obecne, jak to jest w przypadku zwykłych członków społeczeństwa, pozwala to sprawcom czynów niepożądanych na uniknięcie wykrycia i kary, a także wzmacnia przeświadczenie, że kontrola jest czymś, czego można uniknąć [Caffrey, Mundy 1997, s. 263].

### Ostracyzm jako forma nieformalnej kontroli społecznej

W wielu przypadkach sankcja będąca efektem nieformalnej kontroli społecznej opiera się w dużej mierze na zastosowanym wprost ostracyzmie grupowym. Jak pisze Peter Leeson [2012, s. 279] by ostracyzm społeczny był efektywną formą społecznej kontroli musi zostać spełnionych kilka warunków. Przede wszystkim kontrola jednostki ze strony członków społeczności musi być możliwie ciągła, a przepływ informacji w obrębie społeczności musi funkcjonować sprawnie. Innymi słowy występki musi zostać przez innych dostrzeżony, a następnie informacja o występkach musi zostać skutecznie rozprowadzona wśród całej grupy. Wykluczenie sprawcy występków ze społeczności musi być także widziane jako pożądane przez większość społeczności, która tego wykluczenia ma dokonać.



Kara ostracyzmu musi też zdawać się dla potencjalnego sprawcy czymś niepożądanym, czego chciałby uniknąć.

Nie zawsze społeczność, w ramach której nieformalna kontrola społeczna jest jednym z głównych regulatorów życia społecznego, takimi cechami się charakteryzuje. Przykładem społeczności, która nie spełnia powyższych warunków, a mimo to polega niemal wyłącznie na nieformalnej kontroli społecznej jest społeczność romska. Wśród Romów szybko przekazywanie informacji przez wieki nie było możliwe ze względu na charakterystyczny im wędrowny styl życia. Komunikacja między grupami, jakkolwiek oczywiście istniała, nie była dostatecznie sprawna, by zapewnić w sposób efektywny przepływ informacji o osobach, które dopuściły się występku przeciw grupie i powinny zostać poddane ostracyzmowi. Ze względu na organizację życia Romów skupioną przez wieki wokół taborów, czyli stosunkowo niewielkich grup wędrownych połączonych więzami rodzinnymi, a także wspomniane problemy z komunikacją między grupami, ciężko jest osiągnąć odpowiedni stopień tego pożądanego. Ukrycie sprawcy jest łatwe, kooperacja między grupami nieczęsta, a więzi rodzinne silne. Co więcej, surowy, wędrowny i obwarowany wieloma zwyczajowymi regulacjami tryb życia społeczności romskiej nie jawi się na pierwszy rzut oka jako bardziej pożądanego od życia osiadłego.

Leeson [2012, s. 279] stwierdza, że instytucja skalania jest poniekąd odpowiedzią na wymienione wyżej problemy. Przede wszystkim w przeciwieństwie do zwykłego ostracyzmu tabu i skalanie są conceptami metafizycznymi, odwołującymi się do podziału na sacrum i profanum, a więc do wierzeń religijnych lub magicznych. Jako takie są też normami głęboko zinternalizowanymi. Do pewnego stopnia ogranicza to konieczność polegania wyłącznie na kontroli społeczności i na przepływie informacji w jej obrębie. Mimo, że istnieją procedury formalnego „nakładania i „zdejmowania” skalania, które zostały już w niniejszej pracy opisane, to romskie prawo zwyczajowe jest do pewnego stopnia samo-egzekwujące się. Występując przeciwko zasadom jednostka staje się skalana przez sam fakt tego wystąpienia. Można to przyrównać za Reną Gropper [1975, s. 90], do zrównania w charakterze występkę i grzechu, co czyni skalanie nieuchronnym i następującym w momencie złamania zasad. Wymaga to oczywiście głębokiej wiary w zasadność tych regulacji. Normy prawa zwyczajowego, jak już wspomniałem, są głęboko zinternalizowane.

Ograniczenia nakładane przez rzymskie prawo zwyczajowe na jednostkę są znaczne, a korzyści związane z członkostwem w tej konkretnej wspólnocie niewielkie, jeżeli nie bierzemy pod uwagę wiary w podzielane przez nią tabu. Stąd przez wieki ostawali się ci, których wiara była najgłębsza. Skalanie częściowo rozwiązuje problem stosunku najbliższego otoczenia do sprawcy wykroczenia, a także sprawcy do potencjalnie grożącej mu kary. Obecność skalanego staje się dla grupy niepożądana, gdyż ma on moc kalania innych osób i przedmiotów – staje się więc zagrożeniem i podanie go ostracyzmowi jest sposobem by to zagrożenia zażegnać. Z drugiej strony społeczeństwo poza grupą rzymską, które mogłoby wydawać się potencjalnemu sprawcy atrakcyjnym (co niweczyłoby sens kary jaką jest ostracyzm), dla wierzącego w koncept skalania Rzym będzie zbiorowością ludzi permanentnie nieczystych w stopniu najwyższym z możliwych, nie przestrzegających żadnych z ważnych dla niego zasad. Stąd wykluczenia ze społeczności będzie dla niego stanem bardzo niepożądanym.

Zastosowanie w społecznościach rzymskich konceptu skalania, jako swoistego pośrednika dla ostracyzmu społecznego, jest wyraźnym przykładem na elastyczność nieformalnej kontroli społecznej oraz jej szerokie możliwości dostosowawcze. Wypracowane w ramach adaptacji mechanizmy pozwalają zachować cechy charakterystyczne kontroli nieformalnej, które umożliwiają osiągnięcie celów, które dla kontroli formalnej są nieosiągalne, a także wspieranie kontroli formalnej w realizacji tych, które dla obu rodzajów kontroli są pokrewne.

### Podsumowanie

Istnienie procedur zwyczajowych w lokalnych społecznościach oraz ich prawidłowe funkcjonowanie wspiera reintegrację sprawcy do społeczeństwa i zapobiega recydywie (poprzez współudział wielu członków społeczności w procesie rozwiązywania konfliktu oraz nastawienie na restytucję zaburzonych przez konflikt relacji, których sprawca był częścią i które pozwolą mu na zgodne z normami funkcjonowanie w grupie). Odnosząc się do podnoszenia zadowolenia z całego wymiaru sprawiedliwości przez obecność w nim procedur pojednawczych należy zauważyć, że instytucje prawa zwyczajowego nie spełniają tej roli nie ze względu na tkwiącą w nich konieczną konkurencyjność w stosunku do państwowego wymiaru sprawiedliwości, ale ze względu na brak rozpoznania i inkluzji tych instytucji ze strony systemu prawa stanowionego.

Formalna i nieformalna kontrola nie muszą koniecznie pozostawać ze sobą w konflikcie. Mimo odmiennego podejścia ich cele są bowiem zdecydowanie bardziej komplementarne niż konkurencyjne. Kontrola formalna jest nastawiona na rozwiązywanie konfliktów na poziomie jednostek oraz wypełnianiu społecznego zapotrzebowania na sprawiedliwość retributywną, odpowiednio wymierzoną karę. Kontrola nieformalna jest jej uzupełnieniem o podejście nastawione na relacje międzygrupowe (nawet w przypadku konfliktu między jednostkami), udział społeczności oraz wartości właściwe sprawiedliwości naprawczej. Warto również zaznaczyć, że kontrola nieformalna jest bardziej wrażliwa na własności kulturowe konfliktu. Rozpoznanie instytucji kontroli nieformalnej przez państwo wzmacnia instytucje państwowe poprzez poszerzenie dostępu do wymiaru sprawiedliwości [Gendron 2009, s. 339]. W niektórych krajach (między innymi w Nigerii) toczą się już dyskusje na temat inkluzji niektórych instytucji nieformalnej kontroli społecznej do szeroko rozumianego systemu sprawiedliwości [Oba 2008, s. 145-153].

### Spis źródeł

- Caffrey, S. i Mundy, G. (1997). Informal Systems of Justice: The Formation of Law within Gypsy Communities. *The American Journal of Comparative Law*, 45 (2), strony 251-267.
- Choi, J. J. i Gilbert, M. (2010). 'Joe everyday, people off the street': a qualitative study on mediators' roles and skills in victim-offender mediation. *Contemporary Justice Review: Issues in Criminal, Social, and Restorative Justice*, 13 (2), strony 207-227.
- Gendron, R. (2009). Alternative Dispute Resolution in the North Caucasus. *Caucasian Review of International Affairs*, 3 (4), strony 333-341.
- Gropper, R. (1975). *Gypsies in the city*. Princeton: Darwin Press.
- Leeson, P. (2013). Gypsy law. *Public Choice* (155), strony 273-292.
- Mangalakova, T. (2004). *The Kanun in Present-Day Albania, Kosovo, and Montenegro*. Pobrano 03.02.2014 z lokalizacji [http://pdc.ceu.hu/archive/00003864/01/The\\_Kanun.pdf](http://pdc.ceu.hu/archive/00003864/01/The_Kanun.pdf)
- Marshall, T. F. (1995). Restorative Justice on Trial in Britain. *Mediation Quarterly*, 12 (3), strony 217-231.
- Marushiakova, E. i Popov, V. (2007). The Gypsy Court in Eastern Europe. *Romani Studies* 5, 17 (1), strony 67-101.

- Mustafa, M. i Young, A. (2008). Feud Narratives: Contemporary Deployments of Kanun in Shala Valley, Northern Albania. *Anthropological Notebooks*, 14 (4), strony 87-107.
- New Zealand Ministry of Social Development. (2014). *Family Group Conferences*. Pobrano 07.08.2015 z lokalizacji Child, Youth and Family: <http://www.cyf.govt.nz/youth-justice/family-group-conferences.html>
- Oba, A. (2008). Juju Oaths in Customary Law Arbitration and Their Legal Validity in Nigerian Courts. *Journal of African Law*, 52 (1), strony 139-158.
- Offiong, D. (1997). Conflict Resolution among the Ibibio of Nigeria. *Journal of Anthropological Research*, 53 (4), strony 423-441.
- Pely, D. (2009). Resolving Clan-Based Disputes Using the Sulha, the Traditional Dispute Resolution Process of the Middle East. *Dispute Resolution Journal*, listopad 2008/styczeń 2009, strony 80-88.
- Phillips, P. (2012). „There is a World Elsewhere”: Preliminary Studies on Alternatives to Interest-based Bargaining. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 13 (2), strony 413-436.
- Umbreit, M. (1995). The Development and Impact of Victim-Offender Mediation in the United States. *Mediation Quarterly*, 12 (3), strony 263-276.
- Walker, L. (2001). Conferencing: Western Application of Indigenous Peoples' Conflict Resolution Practices. *referat zaprezentowany na Fifth National Conference on Family and Community Violence Prevention*, (strony 1-25). Los Angeles, California, U.S.A
- Wyrick, P. i Costanzo, M. (1999). Predictors of Client Participation in Victim-Offender Mediation. *Mediation Quarterly*, 16 (3), strony 253-267.
- Zehr, H. i Gohar, A. (2002). *The Little Book of Restorative Justice*. Nowy York: Good Books.
- Zienkiewicz, A. (2007). *Studium mediacji. Od teorii ku praktyce*. Warszawa: Difin.

## OPÓR WOBEC WDRAŻANIA MIĘDZYNARODOWYCH ROZWIĄZAŃ PRAWNYCH NA PRZYKŁADZIE RATYFIKACJI KONWENCJI STAMBULSKIEJ

### **1. Przemoc wobec kobiet w ujęciu socjologicznym i historycznym**

Przemoc wobec kobiet jest ogromnym problemem, zarówno na poziomie krajowym jak i międzynarodowym, co pokazują liczne badania, raporty i analizy. Przykładowo, z danych udostępnionych przez Komendę Główną Policji wynika, że aż 69 376 kobiet padło ofiarami przemocy w 2015 r<sup>1</sup>. Dla porównania – liczba ofiar – mężczyzn jest niemal 6,5 raza niższa. W owej statystyce podziałowi ze względu na płeć nie podlegają małoletni, jednak warto zauważyć, że zgłoszonych przypadków przemocy wobec małoletnich jest także niemało, bo 17 392. Mimo, że liczba ofiar przemocy płci żeńskiej dorównuje liczbie mieszkańców średniego polskiego miasta (np. Gniezna), to powyższe liczby dotyczą działań podjętych jedynie przez Policję w procedurze „Niebieskiej Karty”. Nie obejmuje natomiast działań podejmowanych przez pracownika socjalnego, lekarza, pielęgniarkę, ratownika medycznego, nauczyciela, psychologa szkolnego. Oznacza to, że wiele przypadków nie było nawet zgłoszonych, a wieloma przypadkami przemocy zajmują się inne organy przez co statystyki nie pokazują rzeczywistej skali zjawiska. Podczas seminarium eksperckiego

---

1 Statystyka Policji dotycząca przemocy w rodzinie, <http://statystyka.policja.pl/st/wybrane-statystyki/przemoc-w-rodzinie/50863,Przemoc-w-rodzinie.html> [dostęp: 09.07.2016].

pt. „Ratyfikacja Konwencji Stambulskiej, a praktyka zwalczania przemocy wobec kobiet i przemocy w rodzinie”, które odbyło się w maju 2015 roku na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego, prawniczka Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka – B. Grabowska – Moroz stwierdziła, że statystyki nie obrazują realnego zjawiska przemocy w kraju, przez zbyt rzadkie raportowanie przemocy oraz przez wadliwe funkcjonowanie zespołów NIK-u<sup>2</sup>.

Polska nie jest jedynym krajem kontynentu, który zmaga się ze zjawiskiem przemocy ze względu na płeć. Badania FRA z 2014 roku pokazują, że około 13 milionów kobiet w Unii Europejskiej doświadczyło przemocy fizycznej lub seksualnej w okresie roku poprzedzającego badanie, co stanowi 8% badanych<sup>3</sup>. Łącznie 1/3 badanych doświadczyła przemocy w swoim życiu. Biorąc pod lupę jedynie gwałty, dowiadujemy się, że co dwudziesta kobieta (5%) została zgwałcona po ukończeniu przez nią 15 roku życia.

Powyższe dane mogą być szokujące, jednak z przemoc wobec kobiet jest ugruntowana zarówno historycznie jak i instytucjonalnie. Przykładem może być prawo do decydowania przez rzymskiego *pater familias* o życiu i śmierci członków swojej rodziny o czym pisze M. Płatek w artykule „Przemoc w rodzinie”<sup>4</sup>. Prof. Płatek analizując historię starożytną zauważa, że *pater familias* mógł np. zabić lub porzucić żonę czy dziecko, z czego korzystał dosyć często. Płatek śledząc historyczne akty prawne zauważa, że w Ustawie Litewskiej z XVI wieku sprawcy gwałtów byli zwolnieni od kary, jeżeli zgodzili poślubić się zgwałconą. Warto dodać, że zgwałcona kobieta nie miała w tej sprawie nic do powiedzenia. J. Hannam z kolei spostrzega, że w Kodeksie Napoleona (dalej: Kodeks) z 1804 roku została zapisana zależność kobiet od mężczyzn w małżeństwie i w rodzinie<sup>5</sup>. Autorka dodaje, że Kodeks dawał mężowi wszelkie

---

2 K. Kocemba, W. Zomerski, *Ratyfikacja Konwencji Stambulskiej, a praktyka zwalczania przemocy wobec kobiet i przemocy w rodzinie*, <https://knpcz.wordpress.com/2015/06/28/seminarium-ekspertki-ratyfikacja-konwencji-stambulskiej-a-praktyka-zwalczania-przemocy-wobec-kobiety-i-przemocy-w-rodzinie/> [dostęp: 14.08.2016].

3 Statystyki FRA dotyczące przemocy wobec kobiet, [http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-factsheet\\_pl.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-factsheet_pl.pdf) [dostęp: 09.07.2016].

4 M. Płatek, *Przemoc w rodzinie*, [http://www.psep.pl/grundtvig/5/przemoc\\_w\\_rodzynie.pdf](http://www.psep.pl/grundtvig/5/przemoc_w_rodzynie.pdf) [dostęp: 09.08.2016].

5 J. Hannam, *Feminizm*, tłum. A. Kaflńska, Poznań 2010, s. 35.

uprawnienia wobec żony, jej majątku i dzieci. Kodeks został szeroko przyjęty przez inne kraje europejskie. Obowiązywał także na ziemiach polskich – w Księstwie Warszawskim i Królestwie Polskim. Szczegółowym problemem gwałtu zajęto się na lublińskiej konferencji „Przestępstwo zgwałcenia”, po której powstała książka o tym samym tytule. W rozdziale: „Karalność zgwałcenia na ziemiach polskich do pierwszych lat II Rzeczypospolitej” A. Wrzyszczyk, zauważa, że na początku polskiej państwowości, kiedy istniały jeszcze państwa plemienne, zgwałcenie kobiety było traktowane jako naruszenie praw jej opiekuna (opiekunem najczęściej był mężczyzna – mąż lub ojciec)<sup>6</sup>. Zauważa także, że kary były niezwykle zróżnicowane ze względu na partykularyzm prawny utrzymujący się aż do III rozbioru Polski. Ponadto kara była uzależniona od przynależności stanowej ofiary oraz sprawcy – przykładowo w księdze elbląskiej istnieją zapisy, nakazujące sprawcy zapłatę sześciu grzywnien, jeżeli chłopka została zgwałcona na polu lub w lesie (np. podczas zbioru owoców), a jeżeli udała się do lasu mimo zakazu, sprawcy gwałtu groziła za to zapłata jedynie trzystu grudek soli. W przypadku zgwałcenia kobiety stanu rycerskiego, za ten sam czyn groziła już kara 50 stawek grzywny. Okres II RP mógłby wydawać się przełomowy dla sytuacji kobiet, gdyż w roku 1918, kobiety w Polsce uzyskały prawa wyborcze. Jednak K. Janicki – historyk piszący dla magazynu Focus Historia w artykule „To nie gwałt, to podryw. Ofiary przemocy seksualnej” zauważa, że żartowanie z ofiar gwałtów w II RP było na porządku dziennym<sup>7</sup>. Dodaje także, że nawet lekarze, specjaliści zastanawiali się czy możliwe jest odbycie stosunku seksualnego wbrew woli kobiety i uważali, że skoro doszło do stosunku to kobieta miała widocznie na niego ochotę. Autor podkreśla, że w II RP gwałt był ścigany jedynie na wniosek pokrzywdzonej, jednak w praktyce nie był ścigany prawie wcale. Analizując historyczne akty prawne widzimy, że przemoc wobec kobiet, w tym na ziemiach polskich nie jest zjawiskiem nowym. D. Duch-Krzysztożek, socjolożka Państwowej Akademii Nauk zajmująca się tematyką przemocy wobec kobiet, wskazuje, że społeczna świadomość przemocy domowej kształtuje

---

6 M. Mozgawa (red.), *Przestępstwo Zgwałcenia*, Warszawa 2012, s. 9-30.

7 K. Janicki, *To nie gwałt, to podryw. Ofiary przemocy seksualnej w II RP*, <http://historia.focus.pl/polska/to-nie-gwalt-to-podryw-ofiary-przemocy-seksualnej-w-ii-rp-1776> [dostęp: 14.08.2016].

w Polsce dopiero od kilkunastu lat<sup>8</sup>. Według Duch-Krzysztosek w Polsce powojennej przemoc domowa traktowana była jako temat *stricte* prywatny. Socjolożka zauważa, że przyczyniły się do tego liczne organizacje kobiece, które powstały w latach 90.

## 2. System ochrony kobiet przed przemocą

Od roku 1990, Rada Europy, jako czołowa europejska organizacja broniąca praw człowieka promuje działania, mające na celu ochronę kobiet przed przemocą. W czasie kampanii prowadzonych przez Radę Europy na rzecz zwalczania przemocy wobec kobiet, zauważono ogromne zróżnicowanie krajowych systemów w zakresie ochrony i zapobiegania przemocy wobec kobiet. Postanowiono ujednoczyć normy prawne, by w każdym europejskim kraju poziom ochrony ofiar był taki sam. W tym celu w grudniu 2008 roku, Komitet Ministrów powołał grupę ekspertów zobowiązaną do przygotowania projektu Konwencji o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (dalej: Konwencji). Przez około dwa lata grupa ta, opracowała projekt tekstu. Konwencja została otwarta do podpisu w 2011 roku w Stambule, stąd często nazywana jest Konwencją Stambulską. Składa się ona z 81 artykułów i ma na celu: „*a. ochronę kobiet przed wszelkimi formami przemocy oraz zapobieganie, ściganie i eliminację przemocy wobec kobiet i przemocy domowej; b. przyczynienie się do eliminacji wszelkich form dyskryminacji kobiet oraz wspieranie rzeczywistego równouprawnienia kobiet i mężczyzn, w tym poprzez wzmocnienie pozycji kobiet; c. stworzenie szeroko zakrojonego planu ramowego, polityk i działań na rzecz ochrony i wsparcia wszystkich ofiar przemocy wobec kobiet i przemocy domowej; d. zacieśnianie międzynarodowej współpracy mającej na celu likwidację przemocy wobec kobiet i przemocy domowej; e. zapewnienie wsparcia i pomocy organizacjom i instytucjom władzy wykonawczej w skutecznej współpracy na rzecz wypracowania zintegrowanego podejścia do likwidacji przemocy wobec kobiet i przemocy domowej.*”<sup>9</sup> Konwencja przewiduje monitorowanie wdrażania przez strony niniejszej Konwencji.

---

8 D. Duch-Krzysztosek, *Przemoc wobec kobiet w rodzinie – Polska – refleksje socjolożki*, [http://www.promocjakobiet.pl/Przemoc\\_wobec\\_kobiet\\_w\\_rodzinie\\_-\\_Polska.pdf](http://www.promocjakobiet.pl/Przemoc_wobec_kobiet_w_rodzinie_-_Polska.pdf), [dostęp: 25.03.2015].

9 Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzona w Stambule 11 maja 2011 r.



W tym celu powołuje się grupę ekspertów ds. przeciwdziałania przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, zwaną GREVIO. Ponadto do monitorowania zachęca się także parlamenty narodowe. Konwencja zakłada, iż kobiety i dziewczęta są bardziej narażone na przemoc ze względu na płeć. Ponadto – dzieci są zarówno ofiarami przemocy jak i jej świadkami. Na podstawie Konwencji możemy wyróżnić przestępstwa, których sprawcami są w przeważającej mierze mężczyźni, a ofiarami są kobiety, takie jak: stalking, molestowanie seksualne, gwałt i przemoc seksualna, przemoc fizyczna, przemoc psychiczna, przymusowe małżeństwa, przymusowa sterylizacja, okaleczanie narządów płciowych kobiet, przymusowe aborcje. Konwencja zawiera obszerny środek w zakresie zapobiegania, wsparcia i opieki, a także pomoc prawną. Stwarza także ramy prawnego systemu ochrony ofiar przemocy domowej na poziomie europejskim. Nakłada na państwa obowiązek dołożenia wszelkiej staranności w: zapobieganiu przemocy, ochronie ofiar przemocy i ściganiu sprawców. Bardzo ważnym elementem jaki Konwencja wprowadza do porządków prawnych stron jest obowiązek ścigania gwałtów z urzędu oraz izolacja sprawcy od ofiary. Państwa ratyfikujące Konwencję zobowiązują się także do zapewnienia ofiarom przemocy oficjalnej infolinii, działającej całą dobę, portalu z informacjami, odpowiedniej liczby schronisk, ośrodków wsparcia, a także do włączenia do swoich systemów prawnych zasady równouprawnienia kobiet i mężczyzn oraz niedyskryminacji kobiet. Konwencja wprowadza także pojęcie płci społeczno – kulturowej, które oznacza: *„społecznie skonstruowane role, zachowania, działania i atrybuty, które dane społeczeństwo uznaje za odpowiednie dla kobiet lub mężczyzn”*.

Droga do ratyfikacji Konwencji przez Polskę była niezwykle rozciągnięta w czasie, bowiem od podpisu do ratyfikacji minęły ponad dwa lata. Polska podpisała ją w grudniu 2012 roku (przez A. Kozłowską – Rajewicz, która pełniła wówczas funkcję pełnomocnika rządu ds. równego traktowania), natomiast prezydent podpisał ustawę ratyfikacyjną 14 marca 2015 roku. Podpisanie ustawy nie oznacza jeszcze podpisania samej Konwencji. Zanim to się stało Konwencję musiały przyjąć zarówno Sejm jak i Senat. Za wyrażeniem przez Sejm zgody na ratyfikację głosowało 254 posłów, przeciw było 175, od głosu wstrzymało się 8. W ówczesnej partii rządzącej (Platformie Obywatelskiej) panowała wyjątkowa dyscyplina, gdyż tylko trzech posłów było przeciw a pięciu wstrzymało

się od głosu. SLD i Twój Ruch w całości poparły Konwencję, natomiast przeciwne było Prawo i Sprawiedliwość. Ustawę poparło 49 senatorów, 38 było przeciw, a jedna osoba wstrzymała się od głosu. Działo się to tak długo, gdyż na każdym etapie legislacyjnym Konwencja wzbudzała mnóstwo emocji i kontrowersji – najwięcej w środowiskach prawicowych oraz katolickich, przeciwny był szczególnie Polski Episkopat. Powstały teorie, iż Konwencja zagraża polskiej rodzinie oraz przede wszystkim – jest niezgodna z Konstytucją. Problem stanowiło pojęcie płci społeczno – kulturowej zawarte w Konwencji.

### 3. Stanowiska za i przeciw Konwencji

Od podpisania Konwencji, media nie przestają milczeć – zarówno lewicowe, liberalne jak i przede wszystkim prawicowe. Przeciwno ratyfikacji Konwencji wypowiedział się między innymi Episkopat Polski: „*Konwencja nie promuje zwalczania realnych przyczyn przemocy, którymi są: alkoholizm, coraz szersze upowszechnianie brutalnej przemocy i pornografii w dostępnej kulturze masowej. Jej założenia wynikają ze skrajnej, neo-marksistowskiej ideologii gender.*”<sup>10</sup> Episkopat uważa także, że Konwencja prowadzi do destrukcji ideału małżeństwa i rzeczywistości rodziny. Do protestów przeciwko Konwencji nawoływało m.in. Radio Maryja nazywając ją szkodliwą<sup>11</sup>. Zdecydowanym przeciwnikiem Konwencji jest gazeta Fronda<sup>12</sup>. Nawołując do nieakceptowania Konwencji G. Strzemecki pisze: „*25 lat po odejściu od komunizmu Polska ma wejść na drogę realizacji kolejnej lewicowej utopii. Nie wolno do tego dopuścić. Ostrzegamy przed tym i wzywamy do odrzucenia Konwencji.*” Uważa także, że Konwencja ma charakter przestępczy, antydemokratyczny i totalitarny, oraz dodaje, że: „*Tym razem eksterminacji mają podlegać dobra duchowe, nie ludzie, co nadaje tej operacji charakteru rewolucji kulturowej*

---

10 Prezydium Konferencji Episkopatu Polski, *Oświadczenie Prezydium Konferencji Episkopatu Polski* [http://episkopat.pl/dokumenty/pozostale/6447.1,Oswiadczenie\\_Prezydium\\_Konferencji\\_Episkopatu\\_Polski.html](http://episkopat.pl/dokumenty/pozostale/6447.1,Oswiadczenie_Prezydium_Konferencji_Episkopatu_Polski.html) [dostęp: 23.03.2015].

11 Wiadomości Radia Maryja nt. Konwencji <http://www.radiomaryja.pl/informacje/platforma-przeforsowala-szkodliwa-konwencje-re/> [dostęp: 14.08.2016].

12 G. Strzemecki i Obywatelska Inicjatywa Rodzin – Warszawa, *Realizowanie strategii destabilizacji płci i seksualności jako podstawowy cel konwencji antyprzemocowej*. <http://www.frondda.pl/a/realizowanie-strategii-destabilizacji-plci-i-seksualnosci-jako-podstawowy-cel-konwencji-antyprzemocowej,43108.html> [dostęp: 23.03.2015].

*i uderzająco przypomina maoistowską Rewolucję Kulturalną.*” Fronda zamiast Konwencji, udziela poparcia K. Pawłowicz – posłance Prawa i Sprawiedliwości, prawnicze i nauczycielce akademickiej, publikując jej felieton, w którym pisze: „Z wielu artykułów tego szokującego dokumentu, bluźnierczo negującego oczywiste fakty i zjawiska natury, wyciera nienawiść do religii, porządku naturalnego, zwyczaju, tradycji, do naturalnej rodziny z wiernymi małżonkami<sup>13</sup>”. Posłanka Pawłowicz apeluje do katolickiego elektoratu: *Lewacka większość w obecnym Sejmie obaliła naszą wiarę bez zgody również wyborców PO, których nie uprzedzano przecież w przedwyborczych programach w 2011 r., że celem PO będzie usunięcie z realiów polskiego życia Kościoła Katolickiego, że będzie wykorzenianie religii, demoralizacja dzieci i młodzieży*”. W dalszej części wypowiedzi wyraża także swój stosunek do Konwencji: „Wyborcy PO na pewno też tego nie chcieli, bo nikt normalny nie głosowałby na obyczajowe szaleństwo, pochwałę rozwiązłości i bezwstydu.” Posłanka w swoich dalszych wywodach wymienia posłów i mówi, dlaczego na nich nie zagłosować w wyborach. Używa nawet sformułowania: „Nie wolno głosować na osoby takie jak:”. O Konwencji wypowiedział się także redaktor naczelny Fron- dy – T. Terlikowski – dziennikarz, publicysta, pisarz i działacz katolicki. Twierdzi on, że: „Nowości, które są w konwencji, nie dotyczą walki z przemocą. Chodzi o walkę z religią, rodziną, tradycyjnymi rolami płciowymi i normalnym wychowaniem dzieci.<sup>14</sup>” Przyglądając się powyższym wypowiedziom możemy zaryzykować stwierdzenie, że gdyby prawica miała monopol na media, Konwencja z pewnością nie zaszłaby tak daleko.

Z korzyścią dla Konwencji, mamy jeszcze media lewicowe. A. Graff – polska feministka, pisarka, tłumaczka, publicystka związana z „Krytyką Polityczną”, w tymże czasopiśmie stwierdza, iż politolog G. Lakoff ma rację twierdząc, że konserwatyści są lepsi w sztuce perswazji niż zwolennicy równości<sup>15</sup>. Pisze także, że Ci drudzy przekonani są, że obywatele myślą samodzielnie, opierając się na faktach i argumentach, a prawica to wykorzystuje. Graff zauważa, iż prasa prawicowa

---

13 K. Pawłowicz, „Katolicy” PO za Konwencją, <http://www.fron- da.pl/a/katolicy-z-po-za-konwencja,47461.html> [dostęp 23.03.2015].

14 Fronda, Terlikowski o konwencji antyprzemocowej: To walka z religią i rodziną, <http://www.fron- da.pl/a/terlikowski-o-konwencji-antyprzemocowej-to-walka-z-religia-i-rodzina,47217.html> [dostęp: 14.08.2016].

15 A. Graff, *Chrońmy dzieci przed kłamstwami prawicy*, <http://www.krytykapolityczna. pl/artykuly/opinie/20140915/graff-chronmy-dzieci>, [dostęp 24.03.2015].

już samym tytułem, mówi czytelnikowi co ma myśleć i czuć i tak jest także z tytułami dotyczącymi ratyfikacji Konwencji. Autorka twierdzi, iż nie da się przeciwdziałać przemocy jednocześnie pielęgnując hierarchiczne wzorce, które przemoc usprawiedliwiają. Mówi także, że państwa są zobowiązane do wprowadzenia szeregu obowiązków, mających służyć ofiarom przemocy, które bez wprowadzenia Konwencji byłyby odkładane w czasie. Feministka zauważa bardzo istotną rzecz – Konwencja już działa. W ramach przygotowania do ratyfikacji przyjęto zmianę w prawie karnym – ściganie przestępstw seksualnych odbywa się z urzędu. Graff w podsumowaniu pisze, że prawica uczy dzieci nietolerancji, wpaja uprzedzenia i oducza logiki.

Także w „Krytyce Politycznej” o poparcie Konwencji apelowała prof. M. Płatek<sup>16</sup>. Robiła to w odmienny sposób, bowiem swoją prośbę adresuje tak: „*Do kibiców, kibicek, „chuliganów”, „chuliganek”, „kiboli” i „kibolek” – potrzebuję Waszej pomocy.*” Płatek prosi to grono o podpisanie petycji na rzecz ratyfikacji Konwencji. Chce przekonać jak twierdzi liczne stadionowe grono. Pisze nietypowym językiem, niemalże slangiem: „*Walenie po mordzie kobiet, wyżywanie się na słabszych, dowalanie staruszkom, mikrym braciom, ciotkom i kuzynkom to dowód na siłę pięści i brak siły charakteru. Nie ma z tego ani dobrych rodzin, ani dobrych relacji. Nie ma ani honoru, ani patriotyzmu, ani Boga, ani męstwa. Jest upaprana władza i mięczactwo zasłaniane gadkami o tradycji i narodzie – tradycji i narodu niegodne.*” Profesorka twierdzi, że grupa adresatów ma ogromną siłę, ze względu na swoją liczebność, co już nie raz udowadniała. Prosi tą grupę o rozsyłanie apelu i poparcie petycji. Swoją prośbę uzasadnia twierdzeniem, iż Konwencja daje skuteczne instrumenty do zwalczania przemocy wobec kobiet i przemocy w rodzinie. Feministka zauważa, że Konwencja pozwala skuteczniej ścigać i przeciwdziałać przestępstwom seksualnym. Mówi też, że ratyfikacja Konwencji umożliwi działania przeciwdziałające przemocy nie tylko fizycznej, ale także: psychicznej, seksualnej i ekonomicznej. W podsumowaniu prawniczka z góry dziękuje za ratyfikację.

O Konwencji wypowiadają się nie tylko media o skrajnych opcjach politycznych. Pisze o niej np. „Kultura Liberalna”, której głównym hasłem jest: „z centrum widać najwięcej”. A. Niżyńska rozprawia dlaczego

---

16 M. Płatek, *Kibole, podpiszcie petycję!*, <http://www.krytykapolityczna.pl/artykuly/opinie/20140911/platek-kibole-podpiszcie-petycje>, [dostęp 20.03.2015].

zamieszanie wokół Konwencji trwa tak długo<sup>17</sup>. Autorka twierdzi, że dyskusja o Konwencji nie ma nic wspólnego z rozważaniem, czy przeciwdziałanie przemocy jest słuszne, a dyskusja rozpoczęła się już w chwili jej podpisania. Niżyńska wspomina o licznych próbach wymuszenia na stronie rządowej, przez Episkopat Polski – niedopuszczenia do ratyfikacji Konwencji. Uważa także, że przez funkcjonujących w rządzie polityków, silnie związanych z Episkopatem, ratyfikacja była przez długi czas odraczana. Publicystka słusznie zauważa, że dyskusja nad Konwencją (w skrócie nazywana CAHVIO) zaczęła obracać się wokół tematów takich jak: homoseksualizm, związki partnerskie, obrona życia poczętego i prawdziwej polskiej rodziny. Píše: *„W potocznej świadomości CAHVIO stała się konwencją sankcjonującą wymóg chodzenia przez chłopców w sukienkach, zmianę płci na życzenie oraz adopcję dzieci przez pary homoseksualne. Takie problemy jak gwałt w małżeństwie czy przemoc wobec osób starszych nie zostały przez polityków uznane za równie istotne. Czymże są bowiem podbite oko czy posiniaczone kolana wobec chłopca w różowym sweterku?”*. Autorka krytykuje zwleknięcie z ratyfikacją i jednocześnie analizuje wpływ na ratyfikację kalendarza wyborczego. Dostyc mocno podsumowuje, mówiąc, że nikt nie bierze pod uwagę emocji 87 tysięcy ofiar przemocy domowej. Do podobnych wniosków dochodzi przyglądający się sporowi wokół gender dr M. Duda, który jest między innymi wykładowcą w ramach Gender Studies. W książce „Dogmat Płci. Polska wojna z gender” zauważa, że przez komentujących (w szczególności Episkopat) zrównane zostają pojęcia takie jak: ideologia gender, związki partnerskie, in vitro, polityka równościowa i wszystkie rozumiane są jako popularyzacja jednopłciowych związków partnerskich<sup>18</sup>.

Z „Kulturą Liberalną” współpracuje K. Kazimierowska – absolwentka Gender Studies, redaktorka portalu Zwierciadło.pl. Publicystka pisze o walce o ratyfikację<sup>19</sup>. Krytykuje Komisję Praw Człowieka, Praworządności i Petycji, za to, że nie poparła ustawy, zezwalającej na ratyfikację Konwencji. Senat miał obawy co do zgodności z Konstytucją. Autorka pokazuje, że senatorowie nie śledzili poczynań Sejmu, gdyż takie same obiekty, zostały oddalone. Kazimierowska wyśmiewa także argumen-

---

17 A. Niżyńska, *Konwencja Stambulska – niekończąca się opowieść*, <http://kulturaliberalna.pl/2015/02/16/konwencja-antyprzemocowa-nizynska/>, [dostęp 23.03.2015].

18 M. Duda, *Dogmat Płci. Polska wojna z gender*, Gdańsk 2016, s.86.

19 K. Kazimierowska, *„House of Cards” w polskiej praktyce*. <http://kulturaliberalna.pl/2015/03/02/konwencja-przemoc-kobiety-blokowanie/> [dostęp 23.03.2015].

ty posłów przeciwko Konwencji i mówi, że nie działają oni w imieniu elektoratu, gdyż sondaże pokazują ponad 90% poparcia dla Konwencji. Autorka wysnuwa wniosek: „*Ale uderza w tej całej sytuacji jedno: polscy politycy nie boją się polskiego wyborcy. Boją się polskiego kleru.*” W podsumowaniu mówi, że ten kto wygrał na przetrzymaniu Konwencji, ma na sumieniu kobiety bite, maltretowane, gwałcone, a także te będące ofiarami przemocy psychicznej i ekonomicznej. W mediach liberalnych słyszymy także głos Kościoła, tym razem pozytywny. Ksiądz A. Wierzbicki, filozof z Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego powiedział „*Gazecie Wyborczej*”, że konwencja antyprzemocowa może pomóc w uzdrowieniu rodziny<sup>20</sup>. Przyznaje także, że w kulturach patriarchalnych, kobieta była traktowana podrzędnie oraz że za zdemonizowanie pojęcia płci społeczno – kulturowej obarcza myślicieli katolickich i księży. Ksiądz zauważa także, że Konwencja nie stoi w sprzeczności z obowiązującymi w Polsce przepisami oraz wprowadza potrzebne mechanizmy – np. telefon zaufania.

#### 4. Opinie prawne

W związku z kontrowersjami wokół Konwencji, kilka organizacji postanowiło wydać opinię prawną w sprawie Konwencji. Raport w sprawie Konwencji opublikowany przez Ordo Iuris, może być reprezentacyjny dla środowisk konserwatywnych przeciwnych Konwencji<sup>21</sup>. *Ordo Iuris* jest to instytut, który bada kulturę prawną i duchowe dziedzictwo, w którym zakorzeniona jest polska kultura. Z informacji podanych na stronie Ordo Iuris wynika, że organizacja zajmuje się aprobatą przyrodzonej godności człowieka i działają na rzecz obrony wynikających z niej praw. Ponadto przeciwdziałają wykluczeniu społecznemu tradycjonalistów, tworzy prawną ochronę dla dzieci przed „demoralizacją i deprawacją”, zajmuje się ochroną życia ludzkiego na wszystkich etapach, szanuje jedynie małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, tradycyjny model rodziny. Ordo Iuris w swoim raporcie twierdzi, że główne cele Konwencji, takie jak

---

20 A. Kublik, *Konwencja może pomóc w uzdrowieniu rodziny* [http://wyborcza.pl/1,76842,17573874,Konwencja\\_moze\\_pomoc\\_w\\_uzdrowieniu\\_rodziny.html](http://wyborcza.pl/1,76842,17573874,Konwencja_moze_pomoc_w_uzdrowieniu_rodziny.html) [dostęp: 10.08.2016].

21 Raport Ordo Iuris na temat Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i przeciwdziałaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, [http://www.ordoiuris.pl/public/pliki/dokumenty/Raport\\_przemoc\\_OI.pdf](http://www.ordoiuris.pl/public/pliki/dokumenty/Raport_przemoc_OI.pdf) [dostęp: 30.05.2016].

zapobieganie przemocy wobec kobiet, chronienie ofiar przemocy i ściganie sprawców przemocy, są postawione w kontekście ideologicznym skoncentrowanych wokół politycznej idei „walki płci”. Ordo Iuris twierdzi, że z tego wynika, że przemoc wobec kobiet jest zdeterminowana przez strukturę społeczną, historyczną nierówność płci i przypisywanie określonych ról społecznych, w związku z czym jeżeli będą istnieć struktury społeczne wyrażające nierówność płci, tak długo istniała będzie przemoc wobec kobiet. Ordo Iuris zauważa, że przez wprowadzenie Konwencji zostaną usunięte struktury społeczne określające role kobiet i mężczyzn w społeczeństwie, przez które kobiety są dyskryminowane i nierówno traktowane. A jest to sprzeczne z kulturą i tradycjami I i II Rzeczypospolitej oraz chrześcijańską. Możemy wnioskować, iż Ordo Iuris sporządzając swój raport nie zapoznało się z ogólnodostępnymi statystykami dotyczącymi przemocy. Ordo Iuris twierdzi, że nie ma dowodów wskazujących na to, że przemoc wobec kobiet to zjawisko uwarunkowane płcią. Możemy wnioskować, iż Ordo Iuris sporządzając swój raport nie zapoznało się z ogólnodostępnymi statystykami dotyczącymi przemocy. Autorzy raportu twierdzą także, że Konwencja marginalizuje główne, według Ordo Iuris, czynniki przemocy, takie jak: uzależnienia, obecność przemocy w popkulturze, obraz seksualizacji kobiety, upadek moralny społeczeństwa. Ordo Iuris wysnuwa także tezę, iż w państwach skandynawskich walka z przemocą jest nieefektywna, gdyż jest oparta o tę samą ideologię co Konwencja. W dużej części tekstu autorzy wskazują, iż przemoc wobec kobiet w Polsce, przemoc wobec kobiet stanowi zjawisko marginalne. Z wyników badań przeprowadzonych przez FRA, wynika, że w Polsce 19% kobiet przyznało, iż doświadczyło przemocy po ukończeniu 15 roku życia, natomiast w krajach skandynawskich, przykładowo w Finlandii jest to już 47%<sup>22</sup>. Ordo Iuris stawia tezy wyłącznie na podstawie własnych danych, nie zważając przykładowo na statystyki policji, które są zdecydowanie inne. Odnośnie GREVIO (grupy niezależnych ekspertów odpowiedzialnych za monitorowanie wdrażania Konwencji przez państwa – strony) – Ordo Iuris jest przekonane, iż komitet monitorujący będzie działał w oparciu o szkodliwą ideologię. A jest to istotne, gdyż ten komitet będzie wydawał ogólne zalecenia co do sposobu realizacji Konwencji. Ideologiczne interpretacje aktów prawa międzynaro-

---

22 Statystyka FRA dot. przemocy wobec kobiet, [http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14\\_pl.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_pl.pdf) [dostęp; 14.08.2016].

dowego mogą prowadzić do bardzo niepożądanych działań – wywieranie międzynarodowego nacisku na Polskę do ideologicznych prawnie rozwiązań – w tym do upowszechnienia aborcji. Ordo Iuris uważa, że beneficjentem Konwencji mają być wyłącznie kobiety, a łamie to zasadę równości wobec prawa oraz równości płci. Autorzy zarzucają, że Konwencja skupia się na przemocach wobec kobiet, poprzez w niedostateczny sposób chroni inne ofiary przemocy domowej takie jak mężczyźni czy osoby starsze. Ordo Iuris twierdzi, iż Konwencja nie będzie skutecznie działać, gdyż nie rozpoznaje rzeczywistych zagrożeń i źródeł przemocy. Autorzy zauważają, że te działania proponowane przez Konwencję, które nie wiążą się z ideologią, znajdują się w obecnie realizowanych działaniach antyprzemocowych. Uważają, że w oparciu o obecny system prawny, realizowana polityka antyprzemocowa przynosi oczekiwane efekty i z pewnością skuteczniejsze niż w oparciu o założenia przyświecające Konwencji. Ordo Iuris, uznaje, że ratyfikacja Konwencji, wiązałaby się z ponoszeniem przez Polskę istotnych obciążeń finansowych. Autorzy raportu zalecają nieratyfikowanie Konwencji.

W związku z kontrowersjami wokół Konwencji i pojawiającymi się zarzutami jej niekonstytucyjności, Helsińska Fundacja Praw Człowieka (dalej: HFPCz) wydała opinię prawną w sprawie zgodności Konwencji z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej oraz zasadności jej ratyfikacji.<sup>23</sup> Helsińska Fundacja Praw Człowieka – to jest organizacja pozarządowa zajmująca się ochroną praw człowieka. Jest to jedna z najpopularniejszych organizacji zajmujących się ochroną praw człowieka z działających w Europie. Fundacja pisze o sobie, że zajmuje się przede wszystkim: edukacją o prawach człowieka i stara się przeciwdziałać łamaniu praw człowieka. W swojej opinii HFPCz stwierdza, że Konwencja jest zgodna z Konstytucją RP i ratyfikowanie jest zasadne, gdyż powinna zapewnić skuteczność w przeciwdziałaniu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet oraz przemocy domowej. W związku z tym, że umowy międzynarodowe, w tym Konwencje są niżej w hierarchii źródeł prawa od Konstytucji, w każdym momencie po ratyfikacji można ją podać do zbadania zgodności z Konstytucją przez Trybunał Konstytucyjny. Skoro Konstytucja stoi na szczycie źródeł

---

23 Opinia Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka w sprawie projektu ustawy o ratyfikacji Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzonej w Stambule dnia 11 maja 2011 r., [http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2014/12/HFPC\\_opinia\\_08122014.pdf](http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2014/12/HFPC_opinia_08122014.pdf), [dostęp:30.05.2015].



prawa – wszystkie akty prawne niższe rangą, muszą być z nią niesprzeczne. W krajowych aktach prawnych, także w konstytucji zostały uregulowane obowiązki organów państwa w zakresie przeciwdziałania przemocy wobec kobiet to konwencja nie jest z nimi sprzeczna, lecz stanowi ich uszczegółowienie i realizację. Pojęcie, które wzbudzało wiele emocji w środowiskach prawniczych, mianowicie pojęcie płci społeczno-kulturowej, HFPCz uznaje za nienarzucające danemu społeczeństwu obrazu właściwej roli, zachowania, działania czy atrybutów kobiet i mężczyzn. Fundacja wskazuje, iż to pojęcie powinno się odczytywać w ścisłym związku z przedmiotem i celami Konwencji, jakimi jest w szczególności ochrona przed przemocą domową i przemocą wobec kobiet. Wbrew temu co zarzucano, według HFPCz celami Konwencji nie są: legalizacja związków homoseksualnych, aborcji czy wprowadzenie inżynierii społecznej, umożliwiającej zmianę płci fizycznej. Ponadto według HFPCz Konwencja nie jest instrumentem prawnym umożliwiającym powyższe działania, gdyż w jej treści nie ma żadnego takiego zapisu, Konwencja odnosi się do tradycji jedynie w zakresie przemocy, a nie do tradycji samej w sobie. Ponadto nie pozwala na usprawiedliwianie przemocy tradycją, oraz jej przepisy pozostają w zgodzie z prawem poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, oraz decydowania o swoim życiu osobistym. HFPCz zaleca interpretować te przepisy w kontekście przemocy – wolność od przemocy w życiu prywatnym, intymnym, rodzinnym. Ponadto zauważa, że państwo ma obowiązek podejmowania interwencji w celu zapewnienia ochrony przed przemocą w tychże stosunkach. Konserwatyści podnoszą argument o niezgodności z Konstytucją w sprawie obowiązku promowania niestereotypowych ról społeczno – kulturowych kobiet i mężczyzn. Co ciekawe – wynika on już z Konwencji CEDAW, z którą Polska jest związana (przez podpisanie, Konwencja CEDAW została inkorporowana do prawa krajowego, a więc jest już jego częścią). HFPCZ twierdzi, iż: *„Treści programów edukacyjnych mających na celu promowanie równości płci oraz walkę z poglądami usprawiedliwiającymi przemoc wobec kobiet lub przemoc domową należą w świetle Konwencji do uznania państwa. kobiet lub przemoc domową. Dlatego sama treść Konwencji nie ogranicza prawa rodziców do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem.”* HFPCZ obala kolejny argument konserwatystów, którzy twierdzą, iż Konwencja narusza suwerenność państwa, a ściślej mechanizm monitorujący wdrażanie Konwencji w życie. Komitet monitorujący (GREVIO) składa się z członków, którzy

nie są obywatelami państwa monitorowanego. HFPCZ twierdzi, że wynika to z chęci odgradzenia polskich sposobów na walkę z przemocą, oraz obawia się i nie chce pozwolić na zewnętrzną kontrolę.

## 5. Wnioski

J. Petry – Mroczkowska w książce „Feminizm – antyfeminizm. Kobieta w Kościele” zarzuca, że duszpasterze i kościelni publicyści rzadko patrzą na kobietę w całej rozpiętości jej życia, skupiając się jedynie na kwestiach związanych z jej płcią i jedynie w okresie rozrodczym<sup>24</sup>. Ma to przełożenie na dyskusję o Konwencji Antyprzemocowej. Dyskusja była skupiona głównie wokół gender, co jest oczywiście medialnie atrakcyjne, a mniejszą uwagę skupiono na samym problemie przemocy wobec kobiet, co wymagałoby analizy danych socjologicznych i bardziej rzetelnego namysłu nad całym systemem. Nie pokazano także społeczeństwu jak duża jest skala problemu oraz nie przekonano go, że zapisy Konwencji pomogą zwalczać przemoc. Przy implementacji Konwencji nie wzięto pod uwagę kontekstu społecznego. Ciężko nie wspomnieć o wpływie religii na społeczeństwo, gdyż z badań GUSu wynika, że 87,7% Polaków zadeklarowanych jest jako katolicy<sup>25</sup>. Ponadto według badań przeprowadzonych przez Instytut Socjologii Kościoła Katolickiego w 2014 r. wynika, że aż 75,3% Polaków postrzega wiarę jako wartość w życiu w dużym oraz w bardzo dużym stopniu<sup>26</sup>. Autorzy tych badań wskazują także (lecz się nie zgadzają), że badacze wartości tacy jak R. Inglehart i P. Norris na podstawie porównawczych badań odkryli, że religia wpływa na nierówność płci i miejsce kobiet w społeczeństwie. Przeciwnicy Konwencji wywołując burzę o gender, zatuszowali prawdziwe problemy polskiego społeczeństwa takie jak przemoc wobec kobiet czy nierówności płci, wynikające z głęboko zakorzonego patriarchalizmu. Patrząc na statystyki można stwierdzić, że polskie społeczeństwo jest społeczeństwem katolickim,

---

24 J. Petry – Mroczkowska, *Feminizm – antyfeminizm. Kobieta w Kościele*, Kraków 2012, s.169-170.

25 Główny Urząd Statystyczny, *Struktura narodowo – etniczna, językowa i wyznaniowa ludności Polski, Narodowy Spis Powszechny Ludności i Mieszkań 2011*, Warszawa 2015.

26 Instytut Statystyki Kościoła Katolickiego [http://www.iskk.pl/images/stories/Instytut/dane/ISKK\\_Kobiety\\_Religijnosc\\_2015.pdf](http://www.iskk.pl/images/stories/Instytut/dane/ISKK_Kobiety_Religijnosc_2015.pdf)

przez co także patriarchalnym i konserwatywnym. Niestety, ale trudno jest oczekiwać poparcia Konwencji, jeżeli autorytet przedstawicieli Kościoła Katolickiego jest tak silny. Wykorzystuje go np. Arcybiskup Gądecki, który twierdzi, że: „*Od momentu wejścia Polski do Unii Europejskiej w 2004 roku – polska rodzina mierzy się także z agresywną propagandą wielu organizacji, które – wykorzystując przepisy unijne – usiłują wprowadzić w kraju wychowanie w stylu ideologii gender, związki partnerskie, zapłodnienie in vitro oraz tzw. politykę „równościową”*”<sup>27</sup>. Konwencja jako dokument europejski (obcy), ma w związku z takimi wypowiedziami małe szanse na akceptację ze strony osób popierających Arcybiskupa. M. Duda w „Dogmacie Płci” zwraca uwagę na treści listów Kościoła instytucjonalnego<sup>28</sup>. Nietrudno oprzeć się wrażeniu, że treści te ingerują w politykę. M. Duda przykładowo cytuje List Pastorski na Niedzielę Świętej Rodziny z dnia 27 grudnia 2013 r.: „*Ideologia gender jest wprowadzana do Polski na różnych płaszczyznach życia społecznego. Dokonuje się to najpierw poprzez prawodawstwo. Tworzone są dokumenty pozornie służące ochronie, bezpieczeństwu i dobru obywateli, które zawierają elementy mocno destrukcyjne. Przykładem jest Konwencja Rady Europy przeciwko przemocy wobec kobiet, która, choć poświęcona istotnemu problemowi przemocy wobec kobiet, promuje jednak tzw. niestereotypowe role seksualne*”. Dokument taki jak Konwencja ma na celu chronić przede wszystkim kobiety. Co ciekawe w wypowiedziach medialnych ciężko jest znaleźć głos kobiet sprzeciwiający się Konwencji. W dużej mierze sprzeciwiali się temu mężczyźni a w szczególności przedstawiciele Kościoła Katolickiego chcący zachować status quo. Istnieje ryzyko, że listami do wiernych czy wypowiedziami prawniczych publicystów wywołano lęk przed Konwencją, co wiąże się z brakiem akceptacji danych przepisów. Według B.J. Singer aby prawa działały (były operatywne) muszą być one uznane przez społeczeństwo, obowiązywać w danym kontekście społecznym, przez co nie wystarczy wprowadzenie ich przez państwo czy rząd<sup>29</sup>. Mimo tego, że w Polsce obowiązują akty prawne chroniące kobiety przed przemocą, problem nadal istnieje, gdyż prawa te istnieją

---

27 Arcybiskup Gądecki potępia gender. Mówi, że sprzątać powinny dziewczynki. <http://wiadomosci.dziennik.pl/opinie/artykuly/471608,arcybiskup-gadecki-potepia-gender-mowi-ze-sprzatac-powinny-dziewczynki-nie-chlopcy.html> [dostęp: 09.08.2016].

28 M. Duda, Dogmat Płci, *Polska wojna z gender*, Gdańsk 2016, s. 418-419.

29 B. Singer, *Operative Rights*, Albany 1993, s.1.

jedynie formalnie, nie są właściwie stosowane. W związku z tym istnieje uzasadniona obawa, że Konwencja podzieli los już istniejących przepisów antyprzemocowych. W Kościele i na prawicy doszło do niefortunnego zrównania Konwencji z „gender”, przez co podminowano efektywność samej Konwencji. Jeżeli społeczeństwo, a nawet jego część, postrzega dane rozwiązania prawne jako atak lub „coś obcego”, to rozwiązania te nie będą działały tak jak powinny. Żeby prawa te działały konieczne jest przekonanie sporej części społeczeństwa o realności problemu, zagrożeniach płynących z przemocy oraz o istotności tego problemu, co jest sporym wyzwaniem, a także problemem systemowym.

### Spis źródeł:

- Arcybiskup Gądecki potępia gender. *Mówi, że sprzątac powinny dziewczynki*. <http://wiadomosci.dziennik.pl/opinie/artykuly/47160-8,arcybiskup-gadecki-potepia-gender-mowi-ze-sprzatac-powinny-dziewczynki-nie-chlopcy.html>.
- Singer, Beth (1993), *Operative Rights*, Albany: SUNY Press, s.1.
- Duda, Maciej (2016), *Dogmat Płci. Polska wojna z gender*, Gdańsk: Wydawnictwo Naukowe Katedra.
- Fronda, Terlikowski o konwencji antyprzemocowej: *To walka z religią i rodziną*, <http://www.fronda.pl/a/terlikowski-o-konwencji-antyprzemocowej-to-walka-z-religia-i-rodzina,47217.html>.
- Główny Urząd Statystyczny, *Struktura narodowo – etniczna, językowa i wyznaniowa ludności Polski, Narodowy Spis Powszechny Ludności i Mieszkań 2011*, Warszawa 2015.
- Graff, Agnieszka, *Chrońmy dzieci przed kłamstwami prawicy*, <http://www.krytykapolityczna.pl/artykuly/opinie/20140915/graff-chronmy-dzieci>.
- Hannam, June (2010), *Feminizm*, tłum. A. Kaflńska, Poznań: Zysk i S-ka Wydawnictwo, s. 35.
- Instytut Statystyki Kościoła Katolickiego [http://www.iskk.pl/images/stories/Instytut/dane/ISKK\\_Kobiety\\_Religijnosc\\_2015.pdf](http://www.iskk.pl/images/stories/Instytut/dane/ISKK_Kobiety_Religijnosc_2015.pdf)
- J. Petry – Mroczkowska (2012), *Feminizm – antyfeminizm. Kobieta w Kościele*, Kraków: Wydawnictwo WAM, s.169-170.
- Janicki Kamil, *To nie gwałt, to podryw. Ofiary przemocy seksualnej w II RP*, <http://historia.focus.pl/polska/to-nie-gwalt-to-podryw-ofiary-przemocy-seksualnej-w-ii-rp-1776>

- Kazimierowska, Katarzyna, „*House of Cards*” w polskiej praktyce. <http://kulturaliberalna.pl/2015/03/02/konwencja-przemoc-kobiety-blokowanie/>.
- Kocemba, Karolina, Zomerski, Wojciech, *Ratyfikacja Konwencji Stambulskiej, a praktyka zwalczania przemocy wobec kobiet i przemocy w rodzinie*, <https://knpcz.wordpress.com/2015/06/28/seminarium-eksperckie-ratyfikacja-konwencji-stambulskiej-a-praktyka-zwalczania-przemocy-wobec-kobiety-i-przemocy-w-rodzynie/>.
- Kublik, Agnieszka, *Konwencja może pomóc w uzdrowieniu rodziny* [http://wyborcza.pl/1,76842,17573874,Konwencja\\_moze\\_pomoc\\_w\\_uzdrowieniu\\_rodziny.html](http://wyborcza.pl/1,76842,17573874,Konwencja_moze_pomoc_w_uzdrowieniu_rodziny.html).
- Mozgawa, Marek (red.) (2012), *Przestępstwo Zgwałcenia*, Warszawa: Wolters Kluwer, s. 9-30.
- Niżyńska, Aleksandra, *Konwencja Stambulska – niekończąca się opowieść*, <http://kulturaliberalna.pl/2015/02/16/konwencja-antyprzemocowa-nizynska/>.
- Opinia Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka w sprawie projektu ustawy o ratyfikacji Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzonej w Stambule dnia 11 maja 2011r., [http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2014/12/HFPC\\_opinia\\_08122014.pdf](http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2014/12/HFPC_opinia_08122014.pdf), [dostęp:30.05.2015].
- Pawłowicz, Krystyna, „*Katolicy*” PO za Konwencją, <http://www.fron-da.pl/a/katolicy-z-po-za-konwencja,47461.html>
- Płatek, Monika, *Kibole, podpiszcie petycję!*, <http://www.krytykapolityczna.pl/artykuly/opinie/20140911/platek-kibole-podpiszcie-petycje>.
- Płatek, Monika, *Przemoc w rodzinie*, [http://www.psep.pl/grundtvig/5/przemoc\\_w\\_rodzynie.pdf](http://www.psep.pl/grundtvig/5/przemoc_w_rodzynie.pdf).
- Prezydium Konferencji Episkopatu Polski, *Oświadczenie Prezydium Konferencji Episkopatu Polski* [http://episkopat.pl/dokumenty/pozostale/6447.1,Oswiadczenie\\_Prezydium\\_Konferencji\\_Episkopatu\\_Polski.html](http://episkopat.pl/dokumenty/pozostale/6447.1,Oswiadczenie_Prezydium_Konferencji_Episkopatu_Polski.html)
- Raport Ordo Iuris na temat Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i przeciwdziałaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, [http://www.ordoiuris.pl/public/pliki/dokumenty/Raport\\_przemoc\\_OI.pdf](http://www.ordoiuris.pl/public/pliki/dokumenty/Raport_przemoc_OI.pdf).
- Statystyka FRA dot. przemocy wobec kobiet, [http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14\\_pl.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra-2014-vaw-survey-at-a-glance-oct14_pl.pdf)
- Statystyka Policji dotycząca przemocy w rodzinie, <http://statystyka.policja.pl/st/wybrane-statystyki/przemoc-w>
- Strzemecki, Grzegorz i Obywatelska Inicjatywa Rodzin – Warszawa, *Realizowanie strategii destabilizacji płci i seksualności jako*

*podstawowy cel konwencji antyprzemocowej.* <http://www.fronda.pl/a/realizowanie-strategii-destabilizacji-plci-i-seksualnosci-jako-podstawowy-cel-konwencji-antyprzemocowej,43108.html>

- Wiadomości Radia Maryja nt. Konwencji Antyprzemocowej <http://www.radiomaryja.pl/informacje/platforma-przeforsowala-szkodliwa-konwencje-re/>.

## PRAWO A PATRIOTYZM. WYBRANE UWAGI W KONTEKŚCIE REGULACJI DOTYCZĄCYCH SYMBOLI NARODOWYCH

### 1. Uwagi wstępne

Problematyka symboli narodowych omawiana jest zwykle w ramach innych dziedzin wiedzy aniżeli nauki prawne. Niemniej jednak, stanowiąc niezwykle ważną dla bytu państwowego kwestię, uregulowana została ustawowo, a nawet konstytucyjnie. Co prawda można wyróżnić także kategorię symboli nieoficjalnych, utrwalonych jedynie przez tradycję (należy do nich m.in. znak „Solidarności”), jednak symbole najważniejsze, takie jak godło, barwy narodowe, hymn państwowy od dawna objęte są prawną ochroną [Borucki 2006, s. 3]. Celem artykułu jest nie tylko omówienie konkretnych rozwiązań prawnych, ale także ukazanie ich wpływu na świadomość społeczeństwa. Można bowiem wyróżnić kilka funkcji, jakie spełniane są przez przepisy dotyczące tej tematyki. Obok funkcji ochronnej, realizowanej chociażby przez regulacje karne penalizujące znieważanie symboli narodowych, nie bez znaczenia są funkcje wychowawcza czy kulturotwórcza. Tego, że stanowiły one istotne *ratio legis* wprowadzenia do porządku prawnego rozwiązań dotyczących godła, flagi czy hymnu dowodzą zarówno ogólne przepisy stanowiące o konieczności otaczania symboli narodowych czcią i szacunkiem, jak i regulacje szczegółowe, odnoszące się chociażby do możliwości, a nieraz i obowiązku posługiwania się flagą państwową, ustanawiające święta takie jak Dzień Flagi RP czy też, jak wspomniane wcześniej normy prawa karnego, zaliczające znieważanie

symboli narodowych do katalogu występów. Obowiązywanie tego typu przepisów pomaga w kształtowaniu postaw patriotycznych społeczeństwa oraz integracji obywateli wśród ważnych dla wspólnoty narodowej wartości. Rozwój regulacji prawnych dotyczących symboli narodowych na przestrzeni ostatnich lat świadczy, że funkcje te są coraz bardziej doceniane. W związku z tą tendencją nie brakuje postulatów wobec przyszłego ustawodawcy, wskazujących na potrzebę jeszcze lepszego wykorzystania wychowawczego potencjału prawa. Wiele z tych propozycji nie jest jednak całkowicie wolnych od kontrowersji, co czyni omawiane zagadnienie aktualnym i wartym analizy.

## 2. Symbole narodowe a prawo – uwagi de lege lata

Analizę obecnego stanu prawnego wypada rozpocząć od przepisów najwyższej rangi, tj. tych zawartych w konstytucji<sup>1</sup>. Ustawa zasadnicza z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 z późn. zm.) (K.R.P.) (stan prawny na 14 sierpnia 2016 r.) poświęca temu zagadnieniu art. 28 zawarty w rozdziale I poświęconym ogólnym zasadom ustrojowym. W K.R.P. wspomniano zarówno o godle i barwach narodowych, jak i o hymnie; *expressis verbis* zadeklarowano też objęcie symboli prawną ochroną, przy czym chodzi tu o ochronę zarówno prawnokarną, jak i cywilnoprawną i administracyjnoprawną [Skrzydło 2013, s. 40]. W literaturze spotyka się stwierdzenie, że umieszczenie postanowień dotyczących symboli narodowych w rozdziale I K.R.P. stanowi nawiązanie do fragmentu preambuły odnoszącego się do wdzięczności przodkom za ich pracę, walkę o niepodległość oraz kulturę, a same symbole uznaje się za jeden z elementów narodowej tożsamości [Sarnecki 2007, s. 2]. Niekiedy art. 28 doktryna interpretuje ponadto systemowo, wiążąc jego treść z brzmieniem art. 1 K.R.P., stanowiącego, iż Rzeczpospolita jest dobrem wspólnym wszystkich obywateli. W tym kontekście mówi się, że możliwe jest wywiedzenie z art. 28 konstytucyjnego prawa obywateli do posługiwania się symbolami narodowymi [Sarnecki 2007, s. 2]. Jednym z uzasadnień włączenia przepisów dotyczących symboli do K.R.P.

---

1 Warto zauważyć, że historia konstytucyjnej regulacji kwestii symboli narodowych jest dość krótka. Postanowień na ten temat nie zawierały bowiem polskie ustawy zasadnicze aż do Konstytucji kwietniowej włącznie. We współczesnym konstytucjonalizmie odnoszenie się do tej problematyki jest jednak powszechne, na co wskazuje analiza ustaw zasadniczych innych państw europejskich.



jest też chęć ich utrwalenia i usztywnienia – potencjalne zmiany w tym zakresie będą bardzo trudne, gdyż wymagałyby większości koniecznej do nowelizacji konstytucji [Skrzydło 2013, s. 40]. Trzeba wszakże zaznaczyć, że według opinii heraldyków postanowienia konstytucyjne zawierają poważny błąd – biały orzeł na czerwonej tarczy to w rzeczywistości nie godło, a herb państwowy, który dopiero składa się z tarczy i godła [Znamierowski 2003, s. 111]. Wobec konieczności zgodności aktów prawnych niższego rzędu z ustawą zasadniczą, błąd ten jest powielany także w ustawach, a nieraz i orzecznictwie (por. wyrok NSA z 21 kwietnia 2010 r., II GSK 555/09).

W zakresie regulacji ustawowej, obowiązującym aktem prawnym w tej materii jest ustawa z dnia 31 stycznia 1980 r. o godle, barwach i hymnie Rzeczypospolitej Polskiej oraz o pieczęciach państwowych (Dz. U. nr 7 poz. 18 z późn. zm.) (u.g.b.h.) (stan prawny na 14 sierpnia 2016 r.). Przedmiotem u.g.b.h. jest przede wszystkim określenie kształtu godła, barw narodowych, flagi państwowej czy też pieczęci państwowych, a także zobowiązanie pewnej kategorii podmiotów (zwłaszcza organów państwowych, ale też np. szkół publicznych) do używania godła, urzędowych tablic z godłem czy podnoszenia flag w ściśle określonych okolicznościach. To w tym akcie prawnym istnieje ponadto podstawa do wprowadzenia żałoby narodowej (art. 11), a od 2012 r. – do umieszczania symboli narodowych na stroju sportowców. Ustawa zakazuje umieszczania symboli na przedmiotach przeznaczonych do obrotu handlowego, chyba że widnieją one w postaci stylizowanej lub artystycznie przetworzonej (art. 16). Z punktu widzenia funkcji wychowawczej prawa istotne jest, że w ustawie uregulowano obowiązek otaczania symboli narodowych czcią i szacunkiem (art. 1 ust. 2), a także ich odpowiedniego, tj. zapewniającego należną cześć i szacunek, umieszczania, czy – w przypadku hymnu – odtwarzania (art. 15). Dodatkowo, art. 14 poświęcony został dokładnemu określeniu, na czym powinna polegać godna postawa podczas odtwarzania hymnu (według prawa składa się na nią zachowanie powagi i spokoju podczas, postawa stojąca, konieczność zdjęcia nakrycia głowy przez mężczyzn, a w przypadku osób mundurowych – zasalutowania, pochylenie sztandaru przez poczty sztandarowe). Co prawda w dużej mierze przepis ten uznaje się za *lex imperfecta* [Kosińska 2014,

s. 123<sup>2]</sup>, jednak pełni on rolę czytelnej wskazówki dla obywateli. Istotne zmiany uchwalono w 2004 r. To wówczas wprowadzono art. 6a, ustanawiający dzień 2 maja Dniem Flagi RP, utworzono zamknięty dotąd katalog podmiotów uprawnionych do używania symboli państwowych, a także wprost przyznano każdemu prawo posługiwania się symbolami narodowymi, nie ograniczając okoliczności, w jakich prawo to można realizować (dotąd ustawa w art. 5 przewidywała, że można to czynić dla uczczenia podniosłego charakteru uroczystości oraz świąt i rocznic państwowych<sup>3</sup>). W uzasadnieniu poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o godle, barwach i hymnie Rzeczypospolitej Polskiej oraz o pieczęciach państwowych (druk nr 2149; IV kadencja) wprost wskazywano, że celem zmian jest rozszerzenie wiedzy i propagowanie informacji o symbolach narodowych. Według założeń prawodawcy, Dzień Flagi powinien być obchodzony bez patosu, w duchu patriotycznym. Wspomniano także, że jest on odpowiedzią na oczekiwania społeczeństwa, gdyż uroczystości związane z symbolami narodowymi organizowano wcześniej na poziomie lokalnym. Z kolei podmiotowe rozszerzenie możliwości posługiwania się flagą państwową argumentowano chęcią zerwania z regulacjami o socjalistycznej proweniencji, kiedy to zakazano używania symboli narodowych, by zapobiec ich wykorzystywaniu w manifestacjach robotniczych (por. wypowiedzi posła Edwarda Płonki, zob. Biuletyn Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych nr 2706/IV). Istotna jest też zmiana dokonana w 2009 r. – odtąd poprzez przepisy nie tylko umożliwia się, ale wręcz zaleca używanie narodowych symboli. Warto wspomnieć, że pierwotnie proponowano jeszcze radykalniejsze ujęcie tego postanowienia, a przepis miał *de facto* wprowadzać obowiązek podnoszenia flagi na budynkach mieszkalnych czy stanowiących miejsce prowadzenia działalności gospodarczej (por. poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o godle, barwach i hymnie Rzeczypospolitej Polskiej oraz o pieczęciach państwowych (druk nr 1702; VI kadencja).

---

2 Stanowisko to można jednak uznać za dyskusyjne w świetle obowiązywania art. 49 ust. 2 Kodeksu wykroczeń.

3 Warto tę ostatnią zmianę przeanalizować w odniesieniu do jeszcze dawniejszego prawodawstwa – według ustawy z dnia 1 sierpnia 1919 r. o godłach i barwach Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 69 poz. 416 z późn. zm.) (u.g.b.) (stan prawny na 28 marca 1928) nie można było w ogóle posługiwać się symbolami narodowymi bez specjalnego zezwolenia Ministra Spraw Wewnętrznych. Pokazuje to, że na przestrzeni lat dokonywała się konsekwentnie liberalizacja prawa w tym zakresie.

Z niedopełnieniem tej powinności nie miały się jednak wiązać żadne konsekwencje, a sama zmiana w założeniu przybierała charakter edukacyjny, promocyjny, wychowawczy i patriotyczny. Jako przykład korzyści z niej wynikających podawano możliwość uzasadnionego prawnie zwracania się do wspólnoty mieszkaniowej z prośbą o zgodę na zamontowanie odpowiednich urządzeń na zamocowanie flagi na elewacjach budynków (por. wypowiedź posła Arkadiusza Czartoryskiego, Biuletyn Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych nr 1930/VI).

O ile przepisy u.g.b.h. dotyczące obowiązku odnoszenia się do symboli narodowych z należytą czcią i szacunkiem mogą być traktowane jako normy sankcjonowane, o tyle norm sankcjonujących poszukiwać należy w Kodeksie karnym (Dz.U. nr 88 poz. 553 z późn. zm.) (k.k.) (stan prawny na 14 sierpnia 2016 r.) oraz Kodeksie wykroczeń (Dz.U. 1971 nr 12 poz. 114 z późn. zm.) (k.w.) (stan prawny na 14 sierpnia 2016 r.). Istotny jest tu przede wszystkim art. 137 § 1 k.k., w myśl którego „kto publicznie znieważa, niszczy, uszkadza lub usuwa godło, sztandar, chorągiew, banderę, flagę lub inny znak państwowy, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku”. Większość stanowisk doktryny, jak i judykatury za przedmiot ochrony niniejszego przepisu uznaje kult symboli narodowych, a pośrednio także poczucie godności obywateli [M. Budyn-Kulik 2012, s. 325, postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 października 2008 r., sygn. II AKz 777/08]. Przepis przewidziany w art. 137 § 1 k.k. jest typem powszechnym, który można popełnić jedynie z winy umyślnej, z zamiarem co najmniej ewentualnym [M. Budyn-Kulik 2012, s. 325]. Wprowadzono także znamię modalne – czyn musi zostać popełniony publicznie. Porównując tę regulację z rozwiązaniami poprzednio obowiązującymi, można zauważyć złagodzenie represji – podczas gdy dawne kodeksy karne za dany czyn przewidywały jedynie karę pozbawienia wolności lub aresztu, według ustawy obecnie obowiązującej orzec można także karę grzywny czy ograniczenia wolności. Z kolei do wykroczeń karanych grzywną lub aresztem należy w myśl art. 49 § 2 k.w. naruszenie przepisów o godle, barwach i hymnie Rzeczypospolitej Polskiej, przy czym dotyczy to przypadków naruszeń zarówno umyślnych, jak i nieumyślnych [Kotowski 2009, s. 387]. Kontrowersje w doktrynie wzbudza problematyka prawnokarnej ochrony hymnu narodowego. Według A. Marka możliwe jest tu zastosowanie art. 133 k.k., odnoszącego się

do znieważania Narodu lub Rzeczypospolitej Polskiej [Marek 2010, s. 354], jednak więcej zwolenników zyskuje teza przeciwna stosowaniu tu wykładni rozszerzającej i znieważenie hymnu zaliczająca jedynie do wykroczeń [Kilińska-Pękacz 2015, s. 6]. Polemizować można z kolei z opinią A. Kilińskiej-Pękacz, według której wykroczeniem z art. 49 § 2 k.w. byłoby eksponowanie flagi przez cały rok przed domem prywatnym, gdyż u.g.b.h. dopuszcza jej wywieszanie jedynie kilkanaście dni w roku [Kilińska-Pękacz 2015, s. 12]. Podstaw do takiej interpretacji nie wydaje się dostarczać art. 5 ust. 2 u.g.b.h., który zawiera jedynie sugestię, że flagi należy używać celem podkreślenia znaczenia uroczystości, świąt lub innych wydarzeń, jednak poprzez użycie wyrażenia „w szczególności” w żadnym razie nie uprawnia do ograniczania prawa do posługiwania się danym symbolem.

Do istotnych współcześnie problemów należy także relacja, w jakiej pozostają do symboli narodowych symbole organizacji międzynarodowych, zwłaszcza Unii Europejskiej. Obecnie brak podstaw prawnych do eksponowania ich na równi z symbolami narodowymi, a uzasadnienia takiej praktyki szuka się z obowiązujących zwyczajach, opiniach heraldyków czy dyplomatów (zob. Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Spraw Zagranicznych na interpelację nr 17619). Wśród społeczeństwa budzi to różne odczucia, czego dowodem są chociażby petycje sprzeciwiające się obecności flagi UE w polskim parlamencie<sup>4</sup>. Z drugiej strony, w 2014 r. do Sejmu wpłynął poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny z dnia 5 maja 2014 r. (druk nr 2534; VII kadencja), zakładający penalizację znieważania symboli UE na równi z penalizacją znieważania symboli narodowych. Ostatecznie jednak nie znalazł on akceptacji – m.in. w opinii Sądu Najwyższego z dnia 3 lipca 2014 r. do druku nr 2534 uznano, że decyzja taka byłaby nieproporcjonalna do społecznej szkodliwości czynu, o którym mowa.

#### **4. Prawna ochrona symboli narodowych a kształtowanie postaw patriotycznych – wybrane uwagi de lege ferenda.**

Tematyka prawnej regulacji symboli narodowych nie jest kwestią zamkniętą – wciąż pod dyskusję poddawane są postulaty ustawodawcze. To zagadnienie warte analizy, gdyż większość z propozycji

---

4 [http://www.petycjeonline.com/signatures/nie\\_dla\\_flagi\\_ue\\_w\\_parlamencie](http://www.petycjeonline.com/signatures/nie_dla_flagi_ue_w_parlamencie).

potencjalnie może wpłynąć na świadomość społeczeństwa oraz jego postawę patriotyczną.

Powracającym co jakiś czas pytaniem jest to, czy warto wprowadzać ustawy obowiązek wywieszania flagi przez osoby prywatne. O tym, że pomysł taki pojawił się w 2009 r. już wspomniano. Także i teraz można natknąć się chociażby na interpelacje poselskie, w których sugeruje się aktualność problemu (przykładem jest interpelacja posła Artura Górskiego z dnia 17 marca 2015 r.), choć obecnie żadne prace legislacyjne w tym zakresie się nie toczą. Warto zauważyć jednak, że wobec brzmienia art. 49 ust. 2 k.w., w przypadku wprowadzenia obligatoryjnego eksponowania flagi w święta państwowe, doszłoby do sytuacji, kiedy brak dostosowania się do takiego obowiązku uznawany byłby za wykroczenie, a zatem także karany – to z kolei zdaje się przeczyć artykułowanym wcześniej intencjom ustawodawcy, który wszakże zagadnienie to zdawał się przeoczyć. Jest to jednak dylemat, którego można by uniknąć wprost przewidując niestosowanie do danej normy sankcji z k.w. To jednak rodzi wątpliwości z punktu widzenia sensowności wprowadzenia takowej, nieegzekwowlanej regulacji. Można wszakże przewidywać, że z punktu widzenia edukacji patriotycznej rozwiązanie takie odniosłoby pewien skutek, aczkolwiek musiałyby być poprzedzone odpowiednio przeprowadzoną akcją informacyjną.

Mówiąc o ewentualnej karalności niewywiązywania się z obowiązku eksponowania flagi państwowej dotknięto kwestii, która zasługuje na szerszą analizę. Trudno bowiem wymuszać postawę patriotyczną sankcjami o charakterze represyjnym, gdyż te nie powinny odnosić się do sfery emocji i uczuć. O ile zrozumiałe jest samo nadanie charakteru występku umyślnym czynom polegającym na znieważaniu, usuwaniu czy uszkodzaniu symboli narodowych, o tyle pewne kontrowersje pojawiają się, o ile chodzi o zagrożenie karą pozbawienia wolności. Przyczynkiem do dyskusji na ten temat może być budząca spory opór projektowana nowelizacja prawa karnego w Rumunii, gdzie nie brakuje głosów, że jest to kara niespełniająca wymogów proporcjonalności, a jednocześnie zagrożenie nią interpretowane bywa jako ograniczanie swobody wypowiedzi<sup>5</sup>. W Polsce sankcje za znieważanie symboli narodowych są – biorąc pod uwagę ostatnie stulecie – coraz łagodniejsze, jednak kara pozbawienia wolności wciąż jest jedną z nich. Nie jest

---

5 <http://www.liberties.eu/pl/news/wiezienie-za-brak-patriotyzmu-rumunia>

to zresztą postanowienie martwe, bo znajduje zastosowanie – i to nawet w przypadku istnienia okoliczności łagodzących takich jak przyznanie się do winy, współpraca z organami ścigania i okazanie skruchy<sup>6</sup>. Trzeba jednak przyznać, że przykład polskiego prawa karnego bynajmniej nie jest odosobniony – co prawda istnieją państwa, takie jak Francja, gdzie za podobne przestępstwo do więzienia można trafić jedynie w przypadku wypełnienia znamion typu kwalifikowanego (we francuskim kodeksie karnym chodzi o znieważenie symboli w ramach zorganizowanej akcji), jednak nie brakuje krajów europejskich, gdzie grożące kary są nawet wyższe – przykładowo, w Estonii oraz na Łotwie za przestępstwa przeciwko symbolom narodowym obok grzywny grozi kara pozbawienia wolności do lat do lat trzech. Znamienny jest też przykład Islandii, w której za omawiane przestępstwo początkowo groziła tylko kara grzywny, by później, w latach 60. i 70. za pomocą dwóch poprawek wprowadzić zagrożenie karą pozbawienia wolności do lat dwóch, a w przypadku ciężkich przestępstw nawet do lat sześciu. Należy przewidywać, że gdyby w Polsce złagodząca sankcję za czyn z art. 137 k.k., ruch taki mógłby być odczytany przez społeczeństwo jako ciche przyzwolenie na dokonywanie aktów bezczeszczenia symboli narodowych, a przynajmniej na brak konieczności okazywania im należnego szacunku. Co prawda wiadomym jest, że surowość kar nie zawsze jest skutecznym środkiem prewencyjnym, jednak w tym przypadku zniesienie kary pozbawienia wolności oraz zapewne towarzysząca temu posunięciu dyskusja medialna nie przyczyniłyby się do wzmocnienia patriotyzmu społeczeństwa.

Dla niektórych lukę aksjologiczną może stanowić brak ustawowego uregulowania prawidłowego obchodzenia się z flagą państwową. Skoro w polskim prawie są przepisy dokładnie opisujące odpowiednią postawę podczas odtwarzania hymnu narodowego, tym bardziej nie ma powodu, by zaniechać wprowadzenia postanowień dotyczących godnej ekspozycji innych symboli narodowych. Warto przy tym dodać, że takie rozwiązania obowiązują m.in. w USA, gdzie zagadnieniu temu poświęcono tytuł 4 Kodeksu Stanów Zjednoczonych, a więc aktu prawnego kodyfikującego prawo federalne. W Polsce wytyczne o podobnej treści nie mają mocy prawa powszechnie obowiązującego, a formułowane są jedynie w formie zaleceń, publikowane w ramach działalności Biura Analiz Sejmowych.

---

6 Por. <http://www.lex.pl/czytaj/-/artykul/kara-wiezienia-w-zawieszeniu-za-zniszczenie-flagi>

Poza dokładnym opisem sposobów eksponowania flagi (wśród nich znalazły się przykładowo: wywieszenie jej z okna lub balkonu na drążku umieszczonym prostopadle do ściany budynku czy zawieszenie pionowo na linie umieszczonej nad ulicą między dwoma budynkami) zalecenia takie obejmują konieczność zadbania, aby flaga była czysta, niepostrzępiona, niewyblakła, oświetlona po zachodzie słońca (w przypadku flag znajdujących się na masztach) oraz zakaz umieszczania na niej dodatkowych napisów oraz znaków czy eksponowania jej w dni deszczowe, śnieżne i nazbyt wietrzne. Wytyczne dotyczą też sposobu likwidacji zużytej flagi, która powinna następować poprzez niepubliczne spalanie [Dziwulak 2009, s. 3]. Wprowadzenie podobnych zapisów do ustawy mogłoby zapobiec częstemu niegodnemu eksponowaniu flagi, wynikającemu niekiedy nie tyle z lekceważenia symbolu narodowego, a bezmyślności i niewiedzy. Waler edukacyjny takiego rozwiązania byłby zatem duży.

Innym ciekawym aspektem jest kwestia katalogu świąt, w jaki wywieszanie flagi powinno być, przynajmniej w przypadku instytucji państwowych, obowiązkowe. Obecnie w Polsce brak oficjalnego ich wykazu, a ustalanie dni, w których flaga powinna być eksponowana oparte jest na pojedynczych ustawach ustanawiających poszczególne święta. *De lege ferenda* proponuje się nieraz uregulowanie wprost tej kwestii, przy czym postuluje się objęcie takim katalogiem jak największej ilości świąt (tak postulował chociażby poseł Artur Górski we wspomnianej już interpelacji). Z punktu widzenia edukacyjnej funkcji prawa należałoby to uznać za uzasadnione – o ile dni takie jak 3 maja czy 11 listopada dość powszechnie kojarzone są z ważnymi dla Polski rocznicami, o tyle daty takie jak choćby 14 lutego (rocznica utworzenia Armii Krajowej) czy 4 lipca (rocznica bitwy pod Kłuszynem) tak znane nie są. Wprowadzenie obowiązku wywieszania flag także w te dni mogłoby pomóc w zmienieniu tego stanu rzeczy, przyczyniając się do poszerzenia wiedzy historycznej społeczeństwa oraz budowania dumy z ojczyństwych dziejów.

Jeden z ciekawszych postulatów wobec ustawodawcy dotyczy godła państwowego. Jest to idea dość radykalna, gdyż proponuje zmianę jego wzoru w duchu nawiązania do tradycji sprzed 1927 r. W tym kontekście mówi się o konieczności przywrócenia krzyża do korony orła, mającego symbolizować chrześcijańskie korzenie polskiej państwowości, zastąpienia korony otwartej koroną zamkniętą, która oznaczać miałaby pełną suwerenność oraz zamianę pięcioramiennych gwiazdek na tradycyjne

koniczynki [Pikuła 2008]. Postulat ten popularny jest zwłaszcza w kręgach chrześcijańsko-patriotycznych, zwłaszcza w środowisku skupionym wśród idei intronizacji Chrystusa na Króla Polski. Gdyby wspomniane propozycje dotyczące godła skonkretyzowałyby się w postaci projektu ustawy, można by się spodziewać wielu dyskusji wśród społeczeństwa. Na pewno jednak poskutkowałyby to zainteresowaniem interpretacją elementów składających się na symbole narodowe, które to zagadnienie jest dzisiaj mało popularne.

Kolejny problem związany jest z promocją symboli dziś już zapomnianych. W tym kontekście warto wspomnieć o kwestii statusu prawnego Chorągwi Rzeczypospolitej. Niegdyś jeden z najważniejszych symboli państwowych, utożsamiany z godłem, a jednocześnie pełniący funkcję znaku osobistego prezydenta RP, dziś pozostaje poza ustawową regulacją, a zbliżony niego pod względem graficznym Proporzec Prezydenta RP przysługujący mu jako zwierzchnikowi sił zbrojnych ma prawną podstawę w rozporządzeniach, a więc aktach prawnych o niskiej randze [Grabowski 2012, s. 62]. Postulaty zmiany takiego stanu rzeczy pojawiają się od pewnego czasu, a inicjatywy pochodzą od samych obywateli (przykładowo, petycja indywidualna w tej sprawie wpłynęła do Senatu w lipcu 2016 r.<sup>7</sup>). Gdyby zmiany zostały wprowadzone, znów miałyby to duży walor edukacyjny. To istotne zwłaszcza wobec faktu powszechnej niewiedzy o chorągwi Rzeczypospolitej i pojawiających się w związku z tym błędach popełnianych także i przez dziennikarzy podczas relacjonowania uroczystości podczas których eksponowany jest Proporzec [Grabowski 2012, s. 61].

## 5. Podsumowanie

Jak widać, regulacja statusu prawnego symboli narodowych może wywierać pewien wpływ na postawę patriotyczną wśród społeczeństwa. Wprowadzenie wielu z omawianych postanowień miało cel wprost edukacyjny i wychowawczy, co widać chociażby dzięki powołaniu się na wykładnię historyczną, opartą na analizie procesu legislacyjnego. Warto podkreślić, że wiele ze zmian, jakie dokonywały się w ostatnich latach i wciąż są planowane stanowi nie tyle narzucenie pewnych zasad, a jest

---

<sup>7</sup>[http://www.senat.gov.pl/gfx/senat/userfiles/\\_public/k9/dokumenty/petycje\\_w\\_pracach\\_komisji/2016/p93816.pdf](http://www.senat.gov.pl/gfx/senat/userfiles/_public/k9/dokumenty/petycje_w_pracach_komisji/2016/p93816.pdf)



odpowiedzią na potrzeby społeczeństwa, ujawniane chociażby w postaci petycji czy prywatnych inicjatyw. Trzeba jednak pamiętać, że choć prawo może być skuteczne jako jeden z instrumentów wpływających na patriotyczną postawę społeczeństwa, to nie można przeceniać jego znaczenia. Warto zauważyć, że chociażby prawne dozwoleństwo na wywieszanie flagi państwowej przez osoby prywatne w inne dni niż święta państwowe nie znajduje większego zastosowania w praktyce. Trudno bowiem zwyczajnie wprowadzać na drodze normatywnej, a w Polsce, w przeciwieństwie chociażby do państw skandynawskich (do wzorowania się na których miała w założeniu prowadzić nowelizacja), brak tradycji stałego ekspozowania symboli narodowych w przypadku prywatnych posesji. Istnieje też wiele obywatelskich inicjatyw związanych z ekspozowaniem symboli narodowych, których realizacja nie wymagałaby bezwzględnej ingerencji w istniejący stan prawny – tak było chociażby w przypadku petycji o stałe wywieszanie flagi państwowej na Wawelu, której sukces możliwy był nie dzięki zmianom prawnym, a samodzielnej decyzji dyrektora muzeum<sup>8</sup>. Trzeba też zauważyć, że społeczeństwo nie zdaje sobie sprawy, iż niektóre kwestie, jak chociażby postawa podczas odtwarzania hymnu państwowego, regulowane są ustawowo, a naruszenie dotyczących ich przepisów stanowi wykroczenie; w powszechnej świadomości zagadnienia te traktowane są raczej jako domena zwyczaju czy też element dobrego wychowania. Nie oznacza to jednak, że działalność legislacyjną na tym obszarze należy uznać za niepotrzebną – prawna ochrona symboli narodowych jest niezbędna, ale na społeczeństwo może wywrzeć realny wpływ tylko wtedy, gdy zmianom normatywnym będzie towarzyszyć szeroka akcja promocyjna i edukacyjna.

### Spis źródeł:

- Biuletyn Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych nr 1930/VI.
- Biuletyn Komisji Administracji i Spraw Wewnętrznych nr 2706/IV.
- Borucki, Marek (2006), *Polskie symbole narodowe*, Warszawa: Mada.
- Budyn-Kulik, Magdalena (2012), *Komentarz do art. 137 k.k.* (w:) Marek Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Dziewulak, Dobromir (2009), *Etykieta flagowa*, „Analizy BAS”, nr 14 (22), s. 1-4.

---

<sup>8</sup> <http://www.tvn24.pl/krakow,50/flaga-na-wawelu-zawisnie-na-stale,537921.html>

- Grabowski, Radosław (2012), *Zapomniany symbol. Zmiany statusu prawnego Chorągwi Rzeczypospolitej*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego”, nr 3 (7), s. 61-72.
- <http://www.lex.pl/czytaj/-/artykul/kara-wiezienia-w-zawieszeniu-za-zniszczenie-flagi>
- <http://www.liberties.eu/pl/news/wiezienie-za-brak-patriotyzmu-rumunia>
- [http://www.petycjeonline.com/signatures/nie\\_dla\\_flagi\\_ue\\_w\\_parlamencie](http://www.petycjeonline.com/signatures/nie_dla_flagi_ue_w_parlamencie)
- Interpelacja nr 31794 do ministra administracji i cyfryzacji w sprawie eksponowania polskiej flagi w święta narodowe, państwowe i prywatne z dnia 17 marca 2015 r.
- Kilińska-Pękacz, Agnieszka (2015), *Prawnokarna ochrona symboli państwowych*, „Woj.skowy Przegląd Prawniczy”, nr 4, s. 1-13.
- Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. nr 78 poz. 483 z późn. zm.).
- Kosińska, Anna Magdalena (2014), *Ochrona prawna hymnu narodowego jako elementu dziedzictwa narodowego – jej charakterystyka i funkcje*, „Przegląd Prawa Konstytucyjnego”, nr 5 (21), s. 109-125.
- Kotowski, Wojciech (2009), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Marek, Andrzej (2010), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Spraw Zagranicznych – z upoważnienia ministra – na interpelację nr 17619 w sprawie podstawy prawnej stałego eksponowania na terenie objętym kompetencją premiera/ministra łącznie i obok polskiej flagi państwowej również flagi organizacji międzynarodowej, Unii Europejskiej z dnia 7 czerwca 2013 r.
- Opinia Sądu Najwyższego w przedmiocie poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny z dnia 3 lipca 2014 r. do druku nr 2534.
- Pikuła, Piotr (2008), *Przywrócić znaki zwycięstwa*, „Biuletyn Samorządnej Polski”, nr 6.
- Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny z dnia 5 maja 2014 r. (druk nr 2534; VII kadencja).
- Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o godle, barwach i hymnie Rzeczypospolitej Polskiej oraz o pieczęciach państwowych (druk nr 2149; IV kadencja).
- Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o godle, barwach i hymnie Rzeczypospolitej Polskiej oraz o pieczęciach państwowych (druk nr 1702; VI kadencja).
- Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 października 2008 r., sygn. II AKz 777/08.

- Sarnecki, Paweł (2007), *Komentarz do art. 28* (w:) Leszek Garlicki (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. T. 5*, Warszawa: Wydawnictwo Sejmowe.
- Skrzydło, Wiesław (2013), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej: komentarz*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska.
- Ustawa z dnia 1 sierpnia 1919 r. o godłach i barwach Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. nr 69 poz. 416 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (Dz.U. 1971 nr 12 poz. 114 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 31 stycznia 1980 r. o godle, barwach i hymnie Rzeczypospolitej Polskiej oraz o pieczęciach państwowych (Dz.U. nr 7 poz. 18 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. nr 88 poz. 553 z późn. zm.).
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 21 kwietnia 2010 r., II GSK 555/09.
- Znamierowski, Alfred (2003), *Insygnia, symbole i herby polskie: kompendium*, Warszawa: Świat Książki.

UMOWA Z DNIA 28 GRUDNIA  
2015 ROKU DOTYCZĄCA KWESTII  
COMFORT WOMEN A JEJ KONSEKWENCJE  
SPOŁECZNE I POLITYCZNO-PRAWNE  
W KOREI POŁUDNIOWEJ.

1. Wstęp

Umowa pomiędzy Japonią a Koreą Południową z dnia 28 grudnia 2015 roku jest aktem prawnym o niezwykłym znaczeniu. Została ona zawarta po 70 latach od zakończenia II wojny światowej i po 50 lat od zawarcia stosunków dyplomatycznych pomiędzy Koreą Południową a Japonią. Stanowi ona jedyny taki akt, który reguluje kwestie zbrodni na tle seksualnym podczas II wojny światowej popełnionych przez Japończyków. Ofiarami tych zbrodni były kobiety z wielu państw, określane terminem *Comfort Women*, ale Umowa z dnia 28 grudnia 2015 objęła jedynie obywatelki Korei Południowej, mając dać zadośćuczynienie i zaspokoić roszczenia pokrzywdzonych kobiet.

Z drugiej strony Umowa ta wzbudza wiele kontrowersji dotyczących sposobu zawarcia, jej postanowień, a także konsekwencji jakie spowodowała. Chcąc zrozumieć znaczenie aktu jakim jest Umowa z dnia 28 grudnia 2015 roku należy na początku odnieść się do kwestii samego terminu *Comfort Women*, relacji pomiędzy Japonią a Koreą Południową po II wojnie światowej, licznych działań w celu upublicznienia zbrodni oraz uzyskania zadośćuczynienia przez ofiary, a także do prawnej kwestii tej zbrodni na arenie międzynarodowej i w Korei Południowej.

## 2. Comfort Women (pocieszycielki w służbie)

Na początku należy przybliżyć co oznacza termin *Comfort Women* (jap. *Ianfu*) – określa się nim kobiety, które w czasie II wojnie światowej były przetrzymywane siłą i poddawane aktom przemocy, zarówno fizycznej jak i psychicznej, a nawet zmuszane do niewolniczej pracy, polegającej na świadczeniu usług seksualnych w specjalnych ośrodkach przy japońskich jednostkach wojskowych, nazywanych *comfort stations*. Najczęściej kobiety te wcielano do służby za pomocą podstępu, szantażu, groźby lub przemocy, by obok świadczenia usług seksualnych japońskim żołnierzom, opiekowały się rannymi lub wykonywały drobne prace domowe w bazach rozproszonych na terenie całej Azji. Istniały wytyczne określające sposób werbowania młodych kobiet a nawet dziewczynek – najczęściej obiecywano im prace na terenie obiektów wojskowych (polegającą na przykład na gotowaniu posiłków) albo w fabrykach zbrojeniowych na wyspach japońskich. Zdarzały się też przypadki, że kobiety trafiały do *comfort stations* by spłacić długi lub były sprzedawane przez własne rodziny dla zysku. Wydawano specjalne instrukcje dotyczące dostępności usług w *comfort stations* dla danej jednostki, terminów poddawania obowiązkowym badaniom lekarskim uwięzionych kobiet, zakazu wnoszenia broni do budynku *comfort station*, a nawet cennika – zróżnicowanego od tego, kto korzystał ze „świadczonych usług”. Faktem jest, że kobiety były przetrzymywane z dala od domu (często były to zupełnie inne kraje, gdzie nie miały możliwości porozumienia się w swoim ojczystym języku), nie dostawały żadnego wynagrodzenia za pracę, a także były poddawane licznym torturom – zarówno fizycznym jak i psychicznym. Zalegalizowane działanie rządu i armii japońskiej, polegające na stworzeniu sieci obozów oferujących „pocieszenie” miało na celu zdyscyplinowanie żołnierzy. Tym samym, kierownictwo [Kim, Hee-Kang 2012 s. 198] armii japońskiej chciało zlikwidować problem licznych gwałtów dokonywanych na podbitych terenach, zapobieżeniu szerzenia się buntów wśród kolonizowanej ludności, ograniczeniu masowych zachorowań na choroby przenoszone drogą płciową wśród żołnierzy. Za podjęciem tych działań przemawiała ponadto próba poprawy wizerunku armii japońskiej, oraz co najważniejsze zachowania wizerunku cesarza Hirohito [Argibay 2003 s.376], który został naruszony między innymi po zniszczeniu miasta Nankinu w 1937 roku i związanych z tym masowych gwałtach. Stworzenie instytucji mającej na celu zaspokojenie podstawowej

potrzeby żołnierzy japońskich nie było inicjatywą prywatną, jak próbowano niesłusznie podawać przez długi czas, a działaniem państwowych struktur, o czym świadczą ujawnione dokumenty. Potwierdzają one, że udało się władzom japońskim stworzyć sieć ośrodków, które można porównać do „fabryk gwałtu”, a konsekwencje tej polityki najbardziej odczuwają do dziś pokrzywdzone kobiety umieszczane w *comfort stations*, które nawet jeżeli przeżyły okres pobytu, to muszą zmagać się z traumą i licznymi chorobami spowodowanymi nieludzkim traktowaniem.

### 3. Poczyszczicielki wychodzą z cienia

Tragedia *Comfort Women* bardzo długo pozostawała nie znaną międzynarodowej opinii publicznej. Przyczyniło się do tego przede wszystkim długoletnie milczenie ofiar, odczuwających wstyd, traumę, hańbę i strach przed brakiem zrozumienia i reakcją społeczeństwa. Ponadto informację o tym blokowały przyczyny polityczne i niespokojna sytuacja na Półwyspie Koreańskim. Pomimo późniejszych działań, mających na celu ujawnienia tragedii wielu kobiet, sprawa *Comfort Women* przez wiele lat pozostawała w cieniu z uwagi na „niewygodną prawdę”. Przełom nastąpił w roku 1990, kiedy doszło do zjednoczenia organizacji działających na rzecz praw kobiet w Korei Południowej. Środowiska kobiece wydały deklarację jednoznacznie krytykującą stanowisko rządu japońskiego, oburzone próbami zachowania dobrego wizerunku Japonii i uniknięcia odpowiedzialności za wydarzenia z okresu wojennego, poprzez stwierdzenia, że kobiety były sprowadzane do *comfort stations* przez osoby prywatne, a nie poprzez działania urzędników wojskowych. Sformułowano wtedy żądania<sup>1</sup>, których spełnienie miało zakończyć walkę pokrzywdzonych kobiet oraz organizacji pozarządowych na rzecz ujawnienia prawdy i zadośćuczynienia. Pierwszym z nich było przyznanie, że kobiety były zabierane siłą i umieszczane w *comfort stations*, następnie chciano, by rząd japoński wygłosił oficjalne przeprosiny, a także domagano się przeprowadzenia dokładnych badań wyjaśniających prawdę o *Comfort Women*, zbudowania pomnika upamiętniającego ofiary tragedii oraz wypłacenia rekompensaty za doznane krzywdy kobietom, które ocalały lub ich spadkobiercom. Ponadto oczekiwano stworzenia programów mających na celu edukację o wydarzeniach, które miały miejsce i tragedii, jaka

---

1 <http://www.awf.or.jp/e2/survey.html> [dostęp: 14 sierpnia 2016 r.]

doświadczyły *Comfort Women*. Tak wyraźnie przedstawione żądania już w latach dziewięćdziesiątych XX wieku wskazywały, czego oczekuje zarówno południowokoreańskie społeczeństwo, jak i same ofiary, dla których pamięć o wydarzeniach była bardzo bolesna.

Kolejnym ważnym przełomem w sprawie *Comfort Women* było wniesienie w 1991 roku pozwu przeciw rządowi japońskiemu przez trzy pokrzywdzone kobiety. O poczuciu wstydu świadczy to, że tylko jedna z nich ujawniła publicznie swoją tożsamość, Kim Hak-Sun i to dlatego, że jej bliscy już zmarli, a więc nie musiała się już obawiać, że „zhańbi” swoją rodzinę.

W 1992 japońska opinia publiczna została wstrząśnięta ujawnieniem przez japońskiego badacza Yoshiaki Yoshimi dokumentów będących dowodem na udział armii japońskiej w tworzeniu sieci obozów, w których żołnierze mogli znaleźć „pocieszenie”. Ujawnienie tego dokumentu spowodowało wydanie oświadczenia przez japońskiego polityka Koichi Kato, dotyczącego sprawy *Comfort Women*. Koichi Kato w swoim oświadczeniu przyznał między innymi, że rząd japoński posiadał swój udział zarówno w tworzeniu obozów, kontrolowaniu procesu rekrutacji młodych kobiet, jak i zapewniania warunków higienicznych. Przeprził także w imieniu rządu japońskiego za zbrodnie, których dokonano – zaznaczając, że takie wydarzenia nie powinny się ponownie mieć miejsca. Doszło także do ujawnienia licznych dokumentów ministerstwa spraw zagranicznych i ministerstwa obrony, poświadczających udział państwa japońskiego w tworzeniu *comfort stations*. Pod naciskiem krytyki międzynarodowej zbadano dokumenty poświadczające wydarzenia związane z *Comfort Women*, a także wysłuchanie zeznań szesnastu ofiar. W 1993 roku Yohei Kano wydał, w imieniu japońskiego rządu, oświadczenie o wynikach przeprowadzonych badań, a także o podjętych decyzjach rządu<sup>2</sup>. W 1995 roku ogłoszono stworzenie funduszu na rzecz ofiar *Asian Women Fund (AWF)*<sup>3</sup> który został zamknięty w 2007 roku. Niemniej władze Japonii oświadczyły, że w ramach AWF wypłacono zadośćuczynienie poszkodowanym *Comfort Women*, natomiast ze środków rządowych zapewniono pokrzywdzonym kobietom opiekę lekarską. Japoński rząd przesłał również każdej z tych kobiet list z przeprosinami. Zainicjowano również projekty, których zadaniem było gromadzenie

---

2 <http://www.awf.or.jp/e6/statement-02.html> [dostęp:14 sierpnia 2016 r.]

3 <http://www.awf.or.jp/e3/dissolution.html> [dostęp:14 sierpnia 2016 r.]

dokumentów dotyczących wspomnianych zbrodni, a w ramach projektu historycznych lekcji wydano pięciotomowy zbiór dokumentów odnalezionych i zachowanych przez stronę japońską. Powstała także strona internetowa w języku japońskim dotycząca tej wstydlivej sprawy.

#### 4. Aspekty prawne Comfort Women

W 2000 [Lee 2003, s. 535] roku piętnaście kobiet pokrzywdzonych w *comfort stations* wniosło pozew do stanu Columbia USA mając nadzieje, że uda im się tam uzyskać sprawiedliwość poprzez orzeczenia o dokonaniu zbrodni przeciw ludzkości – jednak ta próba zakończyła się niepowodzeniem. W tym samym roku, od 8 – 12 grudnia, w Tokio miał miejsce *Women's International War Crimes Tribunal* w sprawie japońskiego wojskowego niewolnictwa seksualnego, którego rozstrzygnięcie było również ważnym etapem w walce o sprawiedliwość, doszło do uznania winnym zbrodni Cesarza Hirohito a także siedmiu innych wysoko usytuowanych wojskowych [Muta 2016, s. 623]. W roku 2007 strona japońska zaprzeczyła, jakoby kobiety rekrutowane do *comfort stations* były sprowadzane wbrew ich woli, co spowodowało dyskusje publiczną i żądania przeprosin przez *Comfort Women* od premiera Shinzo Abe. W roku 2013 Ministerstwo Spraw Zagranicznych<sup>4</sup> Japonii wydało oświadczenie, w którym podtrzymało swoje poprzednie stanowiska z roku 1993 zaznaczając, że podczas II wojny światowej doszło do naruszenia praw człowieka a także, że Japonia powinna zmierzyć się z przeszłością ze świadomością odpowiedzialności jaką ponosi za dokonane czyny. Ministerstwo wskazało także czynności jakie podjęło w sprawie wynagrodzenia krzywd wobec *Comfort Women*. Cały trud w ujawnieniu tego co spotkało kobiety, a także próby zmuszenia japońskiego rządu do uznania ich krzywdy i uświadomienia opinii publicznej sprowadzał się do udowodnienia tego, że rząd i wojsko japońskie miały swój udział w tworzeniu obozów. Problem koncentrował się na zakwalifikowaniu wydarzeń mających miejsce w *comfort stations* od strony prawnej, w tym tworzenie sieci obozów „pocieszenia” przez organy państwowe z całą skomplikowaną machinacją działania, a szczególnie badań medycznych kobiet w celu nie zapewnienia im dobrego zdrowia i dbałości o ich ciało, a jedynie podporządkowania ich bezpieczeństwu zdrowia żołnierzy.

---

4 [http://www.mofa.go.jp/policy/page3e\\_000118.html](http://www.mofa.go.jp/policy/page3e_000118.html) [dostęp:14 sierpnia 2016 r.]



Ponadto wydawanie aktów prawnych, które regulowały działanie obozów, uniemożliwienie kobietom decydowania o sobie, a także o swoim ciele, przymusowa praca oraz groźby kwalifikuje się pod zbrodnie niewolnictwa w oparciu o normy *ius cogens* [Lee 2003, s. 529]. Zostało to zdefiniowane już w 1926 roku w konwencji o niewolnictwie, gdzie jako główną przesłankę można określić prawo do posiadania władzy nad kimś. Stwierdzono, że zamknięcie kobiet bez możliwości oddalenia się z *comfort stations*, decydowanie o ich losie, karanie za próby ucieczki, zmuszanie do pracy, brak zapłaty za pracę, a także do udzielania usług seksualnych stanowi przesłankę do stwierdzenia, że kobiety umieszczane te były niewolnikami i stanowiły własność militarną. Należy dodatkowo zaznaczyć, że stwierdzono, iż pomimo płacenia przez żołnierzy za usługi tych kobiet, nie dostawały one wynagrodzenia za swoją pracę. Problemem w rozważaniach prawnych jest również kwestia dokonywanych gwałtów jako aktów przemocy wobec kobiet, które zakwalifikowano w formie niewolnictwa seksualnego. Pomimo, iż Japonia nie podpisała konwencji przeciw niewolnictwo z roku 1926, to była to znana w prawie międzynarodowym konwencja i przyjmowana jako część prawa międzynarodowego [Argibay 2003 s. 380], natomiast Japonia podpisała IV Konwencję Haską z 1907 roku<sup>5</sup>, która zabraniała niewolnictwa oraz gwałtu<sup>6</sup>, gdyż nie są one potrzebą niezbędną armii podczas okupacji oraz zgodnie z artykułem 46 tej Konwencji należy chronić i szanować honor, wartości rodzinne oraz życie jednostek i ich własność prywatną. Przyjmuje się, że jeńcami może zostać ludność walcząca i nie walcząca (artykuł 3) i dopuszcza się możliwość pracy przez jeńców (oprócz oficerów) zgodnie z artykułem 6. Jednak wymagana w Konwencji jest zapłata, która obciąża rząd, w którego mocy jeńcy się znajdują zgodnie z artykułem 7. Doszło także do naruszenia konwencji z roku 1930 dotyczącej przymusowej pracy, co zostało ogłoszone w roku 1966 przez Międzynarodową Organizację Pracy (ILO)<sup>7</sup>, konwencji z roku 1904, 1910, 1922 dotyczących zakazu handlu dziećmi, a także do naruszenia konwencji z roku 1921

---

5 [https://mswia.gov.pl/ftp/OCK/dokumenty\\_Prawo\\_MPH/1907\\_18\\_X\\_IV\\_konwencja\\_haska.pdf](https://mswia.gov.pl/ftp/OCK/dokumenty_Prawo_MPH/1907_18_X_IV_konwencja_haska.pdf) [dostęp:14 sierpnia 2016 r.]

6 [http://www.pck.org.pl/pliki/mph/1907\\_Haga\\_-\\_IV\\_KH%20\\_Regulamin.pdf](http://www.pck.org.pl/pliki/mph/1907_Haga_-_IV_KH%20_Regulamin.pdf) [dostęp:14 sierpnia 2016 r.]

7 <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19590200122> [dostęp:14 sierpnia 2016 r.]

dotyczącej zwalczania handlu kobietami i dziećmi<sup>8</sup>. Nie ulega wątpliwości, że w wyniku wydarzeń, które miały miejsce podczas II wojny światowej na terenach okupowanych przez Japonię doszło do tragedii na płaszczyźnie międzynarodowej. Chodzi tu o łamanie praw kobiet i dzieci, a także niewolnictwo w okresie ekstremalnym, jakim jest wojna. Doszło jednak do tragedii na płaszczyźnie indywidualnej – prywatnej, a ofiary pokrzywdzone w wyniku działań wojennych poniosły największy koszt, gdyż wiele z kobiet popełniało samobójstwa, inne decydowały się ze wstydu na życie w samotności i milczały o tragedii, która je dotknęła – nie mogąc sobie poradzić z poczuciem winy, hańby oraz zespołem stresu pourazowego [Sung, Chang, Joo, Eun, 2011, s. 163]. Pomimo, że kobiety te przetrwały piekło wojny, to były odrzucane przez społeczeństwo lub bały się tego odrzucenia i musiały również zmagać się z licznymi chorobami oraz konsekwencjami – na przykład takimi jak bezpłodność. Walka tych kobiet, które postanowiły opowiedzieć o tragedii, a także uzyskać sprawiedliwość, to akt odwagi wymagający wiele siły, by ponownie mówić o tym co je spotkało.

Umowa z dnia 28 grudnia 2015 została podpisana pomiędzy Japonia i Koreą Południową w sprawie ostatecznego rozwiązania sprawy *Comfort Women* przez japońskiego ministra spraw zagranicznych Fumio Kishida i jego południowokoreańskiego odpowiednika Yun Byung-se. W umowie tej oba kraje zobligowały się do wzajemnych świadczeń i obowiązków w celu zbudowania kompromisu problemu *Comfort Women* w obecnej sytuacji geopolitycznej. Jednym z powodów był fakt, że Korea Północna ponownie rozpoczęła swoje próby z bronią atomową w styczniu 2016 roku<sup>9</sup>, w związku już z czwartą próbą nuklearną doszło do spotkania pomiędzy japońskimi przedstawicielami, a wysłannikami Korei Południowej w porozumieniu z władzami USA. Potęga militarna Chin stale rośnie już od 2010 roku<sup>10</sup> i znacznie przewyższa siły samoobrony Japonii. Niepokojące dla Amerykanów jest budowanie sztucznych wysp przez Chiny na Morzu Południowo-Chińskim, które powiększają tym samym swoje tereny o surowce naturalne, a także kolidują z przebiega-

8 [https://ms.gov.pl/Data/Files/\\_public/ppwd/akty\\_prawne/rada\\_europy/miezynkonw-o-zwalcz-handlu-kobiet-i-dziec-genewa-1921.pdf](https://ms.gov.pl/Data/Files/_public/ppwd/akty_prawne/rada_europy/miezynkonw-o-zwalcz-handlu-kobiet-i-dziec-genewa-1921.pdf) [dostęp:14 sierpnia 2016 r.]

9 <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-ze-swiatea,2/trzesienie-ziemi-w-korei-poln-to-test-broni-jadrowej,608414.html> [dostęp:14 sierpnia 2016 r.]

10 <http://tvn24bis.pl/wiadomosci-gospodarcze,71/chinczycy-juz-poteczniejsi-niz-japonia,143131.html> [dostęp:14 sierpnia 2016 r.]

jącymi tam szlakami handlowymi. Zaistniała sytuacja geopolityczna wymusiła zacieśnienie współpracy Japonii z Koreą Południową, a także rozwiązanie problemów, które dzieliły oba kraje. Zbliżenie to jest celem także władz USA, ponieważ dążą one do wzmocnienia swoich sojuszników, a tym samym zrównoważenia sił w Azji. Początkowo po ogłoszeniu podpisania Umowy z dnia 28 grudnia 2015 w sprawie *Comfort Women* można było zaobserwować duży optymizm wśród prasy, a także osób zainteresowanych tematem. Szczególnie, że oba kraje zgodziły się przy tym, że Umowa ta stanowi całkowite zakończenie kwestii *Comfort Women*, co z kolei miało doprowadzić do zbudowania wzajemnego zaufania pomiędzy dwoma krajami. Rząd Korei Południowej przychylił się do usunięcia pomnika młodej dziewczyny siedzącej na ławce przed konsulem Japonii w Seulu, który stał się symbolem cierpienia i walki o sprawiedliwość dla *Comfort Women* za doznane krzywdy.

## 5. Konsekwencje społeczne i prawno-polityczne

Jednak w dalszej perspektywie Umowa została poddana krytyce publicznej – pomimo, że Japonia zobowiązała się do wypłacenia jednego biliona jenów jako rekompensaty a Korea Południowa zobowiązała się do uznania tego gestu. Umowa wywołała fale protestów w Korei Południowej, zarzucono jej przede wszystkim pominięcie w negocjacjach samych *Comfort Women* oraz niepoinformowanie ich o trwających rozmowach. Zarzucano, że nie jest to odpowiednia rekompensata za krzywdy wyrządzone kobietom z Korei Południowej, a dotychczasowe zadośćuczynienie nie było finansowane ze środków rządowych, a wpłat obywateli w ramach *Asian Women Fund* (AWF). Zawarta Umowa nie rozstrzygnęła czy Japonia ponosi odpowiedzialność na płaszczyźnie moralnej i prawnej za dokonane czyny wobec kobiet co spowodowało zarzut, że Japonii udało się tego uniknąć. Porozumienie to zostało również odebrane jako wyrachowane, pozbawione empatii i uregulowanie spraw nie w celu ostatecznego złagodzenia bólu i wynagrodzenia krzywd żyjącym jeszcze ofiarom, ale jako sprytny zabieg w celu poprawy relacji obu krajów. Podczas spotkania Lee Young Su jedną z *Comfort Women* z ministrem spraw zagranicznych Korei Południowej doszło do ostrej konfrontacji. Kobieta, jako przedstawicielka *Comfort Women* zarzuciła ministrowi, że zostały one, jako ofiary, zabite po raz drugi przez swój kraj, gdyż nie doznały

sprawiedliwości. Zapytała, czy Minister nie uważa, że powinien był skonsultować z żyjącymi do dziś ofiarami przebiegu negocjacji z Japonią przed podpisaniem Umowy. Oczekiwano od rządu japońskiego gestu podobnego do tego co uczynił kanclerz Niemiec Willy Brandt w 1970 roku, który uklęknął pod pomnikiem Bohaterów Getta w Warszawie – jednak nie otrzymano żadnego takiego gestu. Przeciwnicy Umowy uważali również, że przeprosiny premiera Japonii Sinzo Abe nie były wystarczające, ponieważ nie wskazywały na prawną odpowiedzialność japońską za dokonane zbrodnie wojenne. Zarzucano także, że Japonia przekazała co prawda pieniądze w formie funduszu na rzecz *Comfort Women*, ale nie jako indywidualną rekompensatę i formę przeprosin, za krzywdy ale jako rodzaj funduszu społecznego. Bardzo dużo kontrowersji wzbudziło zobowiązanie do podjęcia działań dotyczących usunięcia pomnika *Comfort Women* sprzed ambasady Japońskiej w Seulu, który stał się symbolem cierpienia, a także walki o sprawiedliwość. W sprawie zawarcia umowy wypowiedziały się krytycznie między innymi organizacje *Amnesty International* oraz *The Korean Council for the Women Drafted for Military Sexual Slavery in Japan*, uznając tą Umowę za efekt poniżającej dyplomacji – krytykując Koreę Południową, że „za tak niewiele zgodziła się na tak dużo”<sup>11</sup>.

Pomimo wcześniejszych sprzeciwów, w lutym 2016 roku podano, że większość *Comfort Women* ostatecznie zaakceptowała Umowy z dnia 28 grudnia 2015 w ich sprawie. Wygląda na to, że Umowa ta zostanie dalej utrzymana, o ile sprawa pomnika *Comfort Women* nie podzieli ponownie obywateli i rządów obu krajów. Pomimo zawarcia obietnic podjęcia prób usunięcia pomnika można stwierdzić, że Korea chciałaby podtrzymać umowę ale z zatrzymaniem tego symbolu cierpienia, natomiast Japonia upomina się o jego usunięcie.

Umowa ta z jednej strony pozbawiła Koreę Południową możliwości dalszego dialogu w sprawie zbrodni i podzieliła znacznie społeczeństwo południowokoreańskie pomiędzy osoby, które poparły zawarcie umowy a także osoby, które uznały ją za sukces tak zwanej polityki konserwatywnej Shinzo Abe. Wiele osób w Korei Południowej poparło umowę ze względów bezpieczeństwa terytorialnego, dyplomacji lub rozwiązania wieloletniego problemu. Należy również zaznaczyć, że podział

---

11 <http://thediplomat.com/2015/12/south-koreas-comfort-women-reject-deal-with-japan/> [dostęp: 14 sierpnia 2016 r.]

społeczeństwa i kontrowersje związane z Umową dotyczyły również Japonii, w której także odbyły się liczne protesty, a społeczeństwo nie identyfikuje się już tak bardzo z poczuciem moralnej odpowiedzialności za te zbrodnie. Z drugiej strony był to odważny krok w stronę pojednania, a także pójścia do przodu w celu zbudowania współpracy i zbliżenia obu krajów ponad istniejące dotąd podziały. W dniu 25 lipca 2016 doszło do spotkania pomiędzy ministrami spraw zagranicznych Japonii i Korei, którzy podczas rozmów podnieśli temat umowy z 2015 roku dotyczącej „Pocieszycielek”. Podczas rozmów zaznaczyli, że umowa ta była ogromnym postępowaniem w relacjach obu państw a także zobowiązali się do dalszej pracy nad spełnieniem wszystkich zobowiązań zawartych w Umowie<sup>12</sup>. Zgodnie z ogłoszeniem na stronie ministerstwa spraw zagranicznych Korei Południowej 9 sierpnia 2016 roku doszło do ponownego spotkania pomiędzy stroną Japońską a Koreańską w sprawie Umowy dotyczącej *Comfort Women*<sup>13</sup>. Pojawiła się ostatnio informacja, że Japonia zgodziła się na propozycje południowokoreańską, aby fundusz, zmienić na indywidualną imienną rekompensatę i formę przeprosin dla ofiar, ale brak jest oficjalnej publikacji na ten temat.<sup>14</sup> Co oznacza, że sytuacja się zmienia i dochodzi do zbliżenia obu państw oraz przejścia na drogę dialogu i większego zrozumienia – co w przyszłości może zaprocentować dalszym rozwojem współpracy obu narodów. Jednak są pewne zagrożenia, gdyż – pomimo, że Umowa jest obowiązująca, to nie podjęto bezpośrednich działań związanych z usunięciem pomnika upamiętniającego ofiary tragedii *Comfort Women*.

## Spis źródeł

- Argibay, Carmen M. (2003), *Sexual Slavery and the Comfort Women of World War II*, Berkeley Journal of International Law, vol 21, article 6, s. 375-389

---

12 [http://www.mofa.go.kr/ENG/press/pressreleases/index.jsp?menu=m\\_10\\_20&sp=/webmodule/htsboard/template/read/engreadboard.jsp%3FtypeID=12%26boardid=302%26seqno=316839](http://www.mofa.go.kr/ENG/press/pressreleases/index.jsp?menu=m_10_20&sp=/webmodule/htsboard/template/read/engreadboard.jsp%3FtypeID=12%26boardid=302%26seqno=316839) [dostęp:14 sierpnia 2016 r.]

13 [http://www.mofa.go.kr/ENG/press/pressbriefings/index.jsp?menu=m\\_10\\_30&sp=/webmodule/htsboard/template/read/engreadboard.jsp%3FtypeID=12%26boardid=303%26seqno=316914](http://www.mofa.go.kr/ENG/press/pressbriefings/index.jsp?menu=m_10_30&sp=/webmodule/htsboard/template/read/engreadboard.jsp%3FtypeID=12%26boardid=303%26seqno=316914) [dostęp:14 sierpnia 2016 r.]

14 [http://www.tbs.seoul.kr/news/bunya.do?method=daum\\_html&typ\\_800=M&seq\\_800=10168263](http://www.tbs.seoul.kr/news/bunya.do?method=daum_html&typ_800=M&seq_800=10168263) [dostęp:14 sierpnia 2016 r.]

- Henry, Nicola (2013), *Memory of an Injustice: The „Comfort Women” and the Legacy of the Tokyo Trial*, Asian Studies Review, vol.37, article 3. s. 362-380.
- Hirofumi, Hayashi (2008), *Disputes in Japan over the Japanese Military “Comfort Women” System and Its Perception In History*, Annals, Aapss, s.617.
- Kim, Hee-Kang (2012), *The Comfort Women System and Women’s International Human Rights*, Korea Observer, vol. 43, article 2, s. 175- 208.
- Kimura, Maki (2008), *Narrative as a site of subject construction, The „Comfort Women” debate*, Feminist Theory vol. 9 (1), s. 5–24.
- Lee, Sue R. (2003), *Comforting the Comfort Women: Who Can Make Japan Pay*, Journal of International Law vol. 24, article 4, s. 509–547.
- Muta, Kazue (2016), *The Comfort Women issue and the embedded culture of sexual violence In contemporary Japan*, Current Sociology vol. 64 s. 620–636.
- Seong, Phil Hong (2013), *Remedying “Enforced Sexual Slavery”: Validating Victims’ Reparation Claims against Japan*, Regional Focus & Controversies, vol. 6, s. 175–194.
- Sung, Kil Min, Chang Ho Lee, Joo Young Kim, Eun Ji Sim, (2011), *Posttraumatic Stress Disorder in Former “Comfort Women”*, Isr J Psychiatry Relat Sci, vol. 48, No 3, s. 161–169.
- Wininger, Jessica (2003), *Broken Bodies Shattered Dreas: Aftermatch od a life as a Korean „Comfort Women”*, The Gettysburg Historical Jurnal vol. 2, article 5, s. 25–51.
- Yang, Kiwoong (2008), *South Korea and Japan’s frictions over history: A linguistic constructivist reading*, Asian Perspective, vol. 32, No. 3, s. 59–86.
- <http://www.awf.or.jp/e2/survey.html>
- <http://www.awf.or.jp/e6/statement-02.html>
- <http://www.awf.or.jp/e3/dissolution.html>
- [http://www.mofa.go.jp/policy/page3e\\_000118.html](http://www.mofa.go.jp/policy/page3e_000118.html)
- [https://mswia.gov.pl/ftp/OCK/dokumenty\\_Prawo\\_MPH/1907\\_18\\_X\\_IV\\_konwencja\\_haska.pdf](https://mswia.gov.pl/ftp/OCK/dokumenty_Prawo_MPH/1907_18_X_IV_konwencja_haska.pdf)
- [http://www.pck.org.pl/pliki/mph/1907\\_Haga\\_-\\_IV\\_KH%20\\_Regulaminy.pdf](http://www.pck.org.pl/pliki/mph/1907_Haga_-_IV_KH%20_Regulaminy.pdf)
- <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19590200122>
- [https://ms.gov.pl/Data/Files/\\_public/ppwd/akty\\_prawne/rada\\_euro-py/miezyn-konw-o-zwalcz-handlu-kobiet-i-dziec-genewa-1921.pdf](https://ms.gov.pl/Data/Files/_public/ppwd/akty_prawne/rada_euro-py/miezyn-konw-o-zwalcz-handlu-kobiet-i-dziec-genewa-1921.pdf)
- <http://www.tvn24.pl/wiadomosci-ze-swiata,2/trzesienie-ziemi-w-korei-poln-to-test-broni-jadrowej,608414.html>
- <http://tvn24bis.pl/wiadomosci-gospodarcze,71/chinczycy-juz-potecznie-niz-japonia,143131.html>

- <http://thediplomat.com/2015/12/south-koreas-comfort-women-reject-deal-with-japan/>
- [https://www.washingtonpost.com/politics/agreement-on-comfort-women-offers-ancillary-benefit-to-us-in-asia-pacific/2016/01/09/41a03d84-b54c-11e5-a842-0feb51d1d124\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/politics/agreement-on-comfort-women-offers-ancillary-benefit-to-us-in-asia-pacific/2016/01/09/41a03d84-b54c-11e5-a842-0feb51d1d124_story.html)
- <http://mainichi.jp/english/articles/20151229/p2a/00m/0na/015000c>
- [http://www.mofa.go.jp/press/kaiken/kaiken4e\\_000216.html](http://www.mofa.go.jp/press/kaiken/kaiken4e_000216.html)
- [http://www.mofa.go.kr/ENG/press/pressreleases/index.jsp?menu=m\\_10\\_20&sp=/webmodule/htsboard/template/read/engreadboard.jsp%3FtypeID=12%26boardid=302%26seqno=316839](http://www.mofa.go.kr/ENG/press/pressreleases/index.jsp?menu=m_10_20&sp=/webmodule/htsboard/template/read/engreadboard.jsp%3FtypeID=12%26boardid=302%26seqno=316839)
- [http://www.mofa.go.kr/ENG/press/pressbriefings/index.jsp?menu=m\\_10\\_30&sp=/webmodule/htsboard/template/read/engreadboard.jsp%3FtypeID=12%26boardid=303%26seqno=316914](http://www.mofa.go.kr/ENG/press/pressbriefings/index.jsp?menu=m_10_30&sp=/webmodule/htsboard/template/read/engreadboard.jsp%3FtypeID=12%26boardid=303%26seqno=316914)
- [http://www.tbs.seoul.kr/news/bunya.do?method=daum\\_html&typ\\_800=M&seq\\_800=101682](http://www.tbs.seoul.kr/news/bunya.do?method=daum_html&typ_800=M&seq_800=101682)
- <http://blogs.wsj.com/japanrealtime/2015/12/28/full-text-japan-south-korea-statement-on-comfort-women/>
- <http://thediplomat.com/2016/05/6-months-later-the-comfort-women-agreement/>
- [http://www.mofa.go.jp/policy/q\\_a/faq16.html](http://www.mofa.go.jp/policy/q_a/faq16.html)
- <http://thediplomat.com/2015/12/south-koreas-comfort-women-reject-deal-with-japan/>

*Joanna Ptak*

MIĘDZY STYGMATYZACJĄ MNIEJSZOŚCI  
ETNICZNYCH A SKUTECZNĄ  
WYKRYWALNOŚCIĄ SPRAWCÓW.  
WYBRANE CZYNNIKI WPŁYWAJĄCE  
NA KSZTAŁT HOLENDERSKIEJ POLITYKI  
PUBLICZNEJ PRZECIWDZIAŁANIA  
PRZEMOCY „HONOROWEJ”<sup>1</sup>

Wprowadzenie

Obecny kryzys migracyjny wywołał szeroką dyskusję na temat potencjalnych zagrożeń, wiążących się z napływem osób wywodzących się z innych kręgów kulturowych i etnicznych. Jednym z najczęściej poruszanych tematów jest potencjalne zwiększenie przestępczości w związku ze wzrostem imigracji, między innymi w wyniku popełniania przez imigrantów przestępstw motywowanych szeroko rozumianą „kulturą”, odmienną od kultury społeczeństwa przyjmującego. Uznanie, że imigracja jest czynnikiem mającym bezpośredni wpływ na zwiększenie przestępczości jest ogromną generalizacją i uproszczeniem problemu, jednak ze względu na dużą polityzację tych kwestii, kontekst społeczny, w tym – w szczególności – nastawienie społeczeństwa przyjmującego wobec imigrantów, nie pozostaje bez wpływu na kształt publicznej polityki państwa w tym wymiarze.

Jednym z rodzajów przemocy, którego występowanie już od lat jest związane z mniejszościami etnicznymi i religijnymi w państwach Europy

---

<sup>1</sup> Praca naukowa finansowana ze środków budżetowych na naukę w latach 2014-2018 jako projekt badawczy w ramach programu pod nazwą „Diamentowy Grant”.



Zachodniej, jest przemoc „honorowa”. Nie jest to zjawisko nowe, nieznanie wcześniej – przed XXI wiekiem – europejskiej kulturze prawnej (Appiah 2011). Obecnie jednak zdecydowana większość spraw zaliczanych do tej kategorii jest popełniana wśród osób pochodzących z innych obszarów geograficznych, w szczególności z Bliskiego Wschodu oraz Południowej Azji. Tendencja ta dotyczy osób nie z tylko pierwszego, ale również z drugiego lub trzeciego pokolenia imigrantów. Ze względu na cechy charakterystyczne opisywanego rodzaju przemoc, przejawiające się chociażby we swoistej motywacji zachowania sprawcy szczególnie pojmowanym honorem, a także wspomniane ukontekstowanie, w niektórych krajach europejskich opracowano specjalną politykę publiczną, nakierowaną przede wszystkim na przeciwdziałanie przemoc „honorowej”. Temat ten jest niezwykle kontrowersyjny, dotyczy bowiem wielu delikatnych kwestii, takich jak możliwość usprawiedliwiania działania sprawców kulturową motywacją, konieczność znalezienia równowagi między skuteczną prewencją a uniknięciem stygmatyzacji członków mniejszości, traktowanie imigrantów jako równoprawnych członków społeczeństwa przyjmującego. Skoro tak, ukształtowanie polityki przeciwdziałania przemoc „honorowej” jest wyrazem wielu czynników, wśród których naczelną rolę odgrywa polityka integracji, nastawienie społeczeństwa wobec imigrantów, ale również szeroki kontekst społeczno-historyczny, w tym kolonialna przeszłość danego kraju oraz jej dalsze konsekwencje.

Celem niniejszego artykułu jest przedstawienie historycznego rozwoju polityk publicznych przeciwdziałania przemoc „honorowej” w Holandii oraz omówienie przyczyn i motywów stojących za kształtem poszczególnych rozwiązań. Szczególna uwaga zostanie poświęcona ukształtowaniu ram strukturalnych najważniejszych instytucji oraz sposobom formułowania pełnionych przez nie funkcji. Wskazany kraj – Holandia – został wybrany ze względu na wiele czynników, wśród których największą rolę odegrały: (1) oderwanie od „ścieżki zależności” w polityce integracji, przejawiające się w odejściu od pryncypiów polityki realizowanej przez wiele lat<sup>2</sup>, (2) stosowanie systemu raportowania, pozwalającego na dokładniejsze określenie skali problemu oraz dostarczenie informacji na temat innych danych statystycznych, takich jak płeć ofiar, (3) funkcjonowanie zróżnicowanej polityki publicznej przeciwdziałania przemoc

---

2 O trudnościach wiążących się z oderwaniem od „ścieżki zależności” szerzej: R. Włoch (2011).

„honorowej”, (4) stosunkowo duży odsetek osób o pochodzeniu imigranckim, wywodzących się z różnych grup etnicznych.

W artykule wykorzystano informacje zdobyte podczas wywiadów eksperckich, przeprowadzonych w Holandii w kwietniu 2016 roku, a także raporty i opracowania, przygotowane przez organizacje pozarządowe oraz *Narodowe Centrum Ekspertyzy ds. Przemocy Honorowej*<sup>3</sup>. Analiza opisanego zagadnienia zostanie poprzedzona przedstawieniem charakterystyki przemocy „honorowej”.

## 1. Charakterystyka przemocy „honorowej”

W literaturze akademickiej, dokumentach rządowych oraz innych opracowaniach funkcjonuje wiele definicji przemocy „honorowej”. Zasadniczym czynnikiem odróżniającym poszczególne definicje jest wielość czynników użytych przy deskrypcji problemu (Roberts 2014, s. 71). Najogólniej, przez przemoc „honorową” należy rozumieć działanie motywowane chęcią ochrony naruszonego lub utraconego honoru rodziny lub grupy społecznej, prowadzące do nieuprawnionej ingerencji w sferę podstawowych praw człowieka. Silnie zinternalizowane normy, nakazujące podjęcie określonych działań, wywodzą się z tradycji poszczególnych społeczności i związanych z nią idei na temat „honorowego” bądź „niehonorowego” zachowania oraz pozycji jednostki wobec wspólnoty. Przemoc „honorowa” może przybrać wiele form, takich jak zabójstwo, wymuszenie samobójstwa, pobicie, okaleczenie, tortury, znęcanie się fizyczne i psychiczne, zniewolenie, uwięzienie.

Inną cechą odróżniającą przemoc „honorową” od pozostałych czynów zabronionych, w tym przemocy domowej, jest jej kolektywny charakter<sup>4</sup>. Przywrócenie utraconego honoru rodziny lub wspólnoty jest zadaniem jej członków, którzy na forum tak zwanej „rozszerzonej rodziny” podejmują decyzję o popełnieniu określonego czynu oraz umożliwiają jego dokonanie, pełniąc rolę pomocników lub sprawców kierowniczych. Przyczyną utraty honoru może być każde zachowanie, uznawane w danej społeczności za niezgodne z obyczajnością, na przykład utrzymywanie pozamałżeńskich kontaktów seksualnych, rozwód, odmowa zawarcia

---

<sup>3</sup> *Landelijk Expertise Centrum Eer Gerelateerd Geweld*, dalej również jako LEC EGG.

<sup>4</sup> Wywiad z dr Janine Janssen, Kierownikiem Badań w *Narodowym Centrum Ekspertyzy ds. Przemocy Honorowej*, przeprowadzony w kwietniu 2016 roku.

aranżowanego małżeństwa, homoseksualizm, prostytutka. Faktyczne dokonanie określonego zachowania nie musi być udowodnione – wystarczającą przesłanką jest nagłośnienie domniemanej utraty honoru wśród osób trzecich, na przykład pozostałych członków wspólnoty, w wyniku roznoszenia plotek bądź zniesławienia rodziny<sup>5</sup>.

W Holandii od czasu utworzenia *Narodowego Centrum Ekspertyzy ds. Przemocy „Honorowej”* liczba analizowanych corocznie spraw utrzymuje się na podobnym poziomie i obejmuje: 498 spraw w 2010 roku, 504 w 2011, 492 w 2012, 506 w 2013, 460 w 2014, 452 w 2015<sup>6</sup>. Ogółem w skali roku odnotowuje się około 3000<sup>7</sup> incydentów zaliczanych do kategorii przemocy „honorowej” (dla przykładu – w 2014 roku było ich 2075). W 2013 roku wśród wszystkich spraw przemocy „honorowej” zarejestrowano 17 zabójstw oraz 3 samobójstwa. Pośród ofiar śmiertelnych było 10 mężczyzn oraz 7 kobiet. W 2015 roku liczba odnotowanych przypadków śmiertelnych spadła i wyniosła 13 zabójstw oraz od 2 do 3 samobójstw. Statystyka płci ofiar zabójstw „honorowych” była podobna – w 7 sprawach ofiarami byli mężczyźni, w 6 kobiety. Zarówno w 2013, jak i w 2015 roku zdecydowana większość ujawnionych sprawców zabójstw „honorowych” była płci męskiej. W większości ofiarami lub sprawcami przemocy były osoby o pochodzeniu tureckim, marokańskim, irackim albo afgańskim. W 17% przypadków w 2013 roku oraz w 11% w 2015 roku zaangażowane były osoby należące do różnych grup etnicznych. Od 1/3 spraw w 2013 do niemalże połowy w 2015 roku dotyczyło autochtonów.

## 2. Polityka publiczna przeciwdziałania przemocy „honorowej” w Holandii

Przemoc „honorowa” stała się przedmiotem debaty publicznej w Holandii w 2003 roku, głównie dzięki działalności organizacji pozarządowych, dążących do nagłośnienia problemu i uwzględnienia go w polityce państwa.

---

5 *Ibidem*.

6 Wszystkie przytoczone w tym akapicie dane statystyczne pochodzą z *Terugblik Op 2013 Jaarverslag Van Het Landelijk Expertise Centrum Eer Gerelateerd Geweld*, s. 27-28 oraz *Terugblik Op 2015 Jaarverslag Van Het Landelijk Expertise Centrum Eer Gerelateerd Geweld*, s. 27-28. Kryterium doboru spraw do analizy przez *Narodowe Centrum Ekspertyzy ds. Przemocy Honorowej* zostanie przedstawione w dalszej części artykułu.

7 Wywiad z dr Janine Janssen, kwiecień 2016.

W odpowiedzi na podejmowane przez nie inicjatywy członkowie parlamentu zwrócili się do ówczesnego Ministra Sprawiedliwości z pytaniem o sytuację panującą wśród członków poszczególnych wspólnot kulturowych oraz podejmowane działania w sferze prewencji, pomocy ofiarom przemocy „honorowej”, a także ścigania sprawców. Pierwsze, ustrukturyzowane działania podjęto już w 2004 roku. W latach 2004–2006, z inicjatywy specjalnej jednostki policji, zajmującej się zagadnieniami związanymi z utrzymaniem porządku w wieloetnicznym społeczeństwie<sup>8</sup>, przeprowadzono dwa pilotażowe projekty, dotyczące efektywności działań policji – w Haaglanden oraz w Zuid-Holland Zuid. Ich zadaniem było opracowanie metod skutecznego prowadzenia policyjnego dochodzenia w sprawach, w których możliwym motywem działania jest honor, sformułowanie zasad efektywnej prewencji oraz udzielania pomocy ofiarom, a także zdobycie informacji na temat cech charakterystycznych i źródeł przemocy „honorowej” (Janssen 2009, s. 21). Kluczem doboru analizowanych w ramach projektu spraw była przynależność etniczna ofiar i sprawców przemocy – ze względów praktycznych z obrębu zainteresowania wykluczono wszystkie sprawy, w które zaangażowane byli wyłącznie rodowici Holendrzy. Jednym z wniosków płynących ze zrealizowania projektu była możliwość wskazania tak zwanych „czerwonych flag”, czyli potencjalnych wskaźników przemocy „honorowej” (Janssen 2009, s. 78). Wskazane symptomy dotyczyły trzech sfer: przyczyny utraty honoru, metod jego przywrócenia oraz charakterystyki honoru i pochodzenia norm nakazujących określone postępowanie. Część czerwonych flag odnosiła się do znanych form zachowania i innych okoliczności, mogących prowadzić do naruszenia honoru rodziny – prowokacji, gróźb, obrazy, drwin czy plotek z jednej strony, a z drugiej konfliktu między osobami zaangażowanymi w sprawę, na przykład w sferze poglądów na temat seksualności. Inne wskaźniki były związane z metodami przywrócenia utraconego honoru – od najbardziej okrutnych form, skutkujących śmiercią ofiary (zabójstwo, morderstwo, nieumyślne spowodowanie śmierci, wymuszone samobójstwo) po inne formy przemocy, takie jak groźby czy nękanie. Zauważono, że dany czyn nie musi zostać popełniony na terenie

---

8 Zadaniem tej jednostki, utworzonej w 2004 w regionie Haaglanden, poza wykonywaniem standardowej, policyjnej pracy, jest między innymi pełnienie funkcji doradczej i informacyjnej w kwestiach dotyczących wieloetniczności oraz współpraca z przedstawicielami mniejszości etnicznych.

Holandii. Pozostałe czerwone flagi dotyczyły ogólnej charakterystyki przemocy „honorowej” – słów nawiązujących do honoru, społecznego tła osób zaangażowanych, stopnia uzależnienia jednostki od wspólnoty, natężenia emocji towarzyszących sprawie (Janssen 2009, s. 81). Opracowanie systemu czerwonych flag miało na celu ułatwienie identyfikacji spraw zaliczanych do kategorii przemocy „honorowej” oraz możliwie wczesne wykrywanie potencjalnych zagrożeń. Stworzono specjalny elektroniczny program, powalający na przeglądanie systemów informacji policyjnej w poszukiwaniu pożądaných informacji. Jeżeli wstępna analiza nie wystarczała do jednoznacznego określenia, czy dany czyn mógł zostać zaliczony do kategorii przemocy „honorowej”, dalszym krokiem było przeprowadzenie wywiadów z osobami zaangażowanymi, w szczególności z ofiarami, z użyciem przygotowanego w ramach projektu kwestionariusza oraz konsultacja sprawy z zewnętrznymi ekspertami w tej dziedzinie (Janssen 2009, s. 82)

Prace nad opisaną metodą wykrywania spraw zaliczanych do przemocy „honorowej” były kontynuowane w ramach powołanego do życia w 2006 roku Międzydepartamentalnego Programu „Przemoc Honorowa”. Celem Programu było przeanalizowanie problemu i sformułowanie właściwej, formalnej definicji, zebranie szczegółowych danych, a także opracowanie skutecznej polityki przeciwdziałania przemocy „honorowej”. Jednym z zadań działającego w ramach Programu Biura Programowego było ukazanie przemocy „honorowej” jako problemu całego społeczeństwa, a nie poszczególnych, wchodzących w jego obręb grup etnicznych, religijnych czy kulturowych. Działania rządowe oparły się na trzech filarach: prewencji społecznej, środkach karnych oraz udzielania pomocy ofiarom. We sformułowanej w tym czasie, funkcjonującej do dzisiaj, rządowej definicji przemoc „honorowa” została określona jako *„każdy rodzaj psychicznej lub fizycznej przemocy, wynikającej z kolektywnej mentalności, popełnionej jako reakcja na naruszenie (lub groźbę naruszenia) honoru mężczyzny lub kobiety, jak również ich rodziny, o którym zewnętrzny świat wie lub może się dowiedzieć”* (Janssen 2009, s. 28). Wspomniany program był realizowany do 2010 roku.

Jednym z efektów Międzydepartamentalnego Programu „Przemoc Honorowa” jest powstanie w 2008 roku funkcjonującego do dzisiaj *Narodowego Centrum Ekspertyzy ds. Przemocy „Honorowej”*, działającego przy Komendzie Głównej Policji w Hadze. Celem Centrum jest pełnienie

funkcji doradczej i informacyjnej, również w sferze policyjnego przeszkolenia w odniesieniu do tej kwestii, poszerzanie i popularyzacja wiedzy na temat przemocy „honorowej” oraz koordynacja prowadzonych badań. Corocznie w LEC EGG analizuje się około 500 przypadków przemocy „honorowej”, przekazywanych *Centrum* przez władze lokalne w sytuacji konieczności zasięgnięcia pomocy ekspertów. Zadaniem Centrum nie jest prowadzenie dochodzenia, ale udzielenie wsparcia regionalnym jednostkom w rozwiązaniu sprawy, bez jednoczesnego przenoszenia odpowiedzialności za wynik prowadzonego postępowania.

W czasie trwania Programu polityka przeciwdziałania przemocy „honorowej” została włączona w istniejące struktury prewencji przemocy domowej, przy jednoczesnym podkreśleniu konieczności zwracania uwagi na kulturowy kontekst i inne okoliczności towarzyszące tego rodzaju przemocy. W tym okresie holenderska polityka publiczna walki z przemocą „honorową” była formułowana i realizowana na poziomie krajowym. Główną rolę odegrały organy rządowe szczebla centralnego, w szczególności współpracujące ze sobą Ministerstwa Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości (*Ministerie van Veiligheid en Justitie*), Zdrowia, Opieki i Sportu (*Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport*) oraz Polityki Mieszkaniowej, Zagospodarowani Przestrzennego oraz Środowiska (*Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieu*). Po zakończeniu Międzydepartamentalnego Programu sytuacja uległa zmianie. Główny nacisk położono na rolę władz lokalnych i policji w zapobieganiu przemocy „honorowej”. Celem wprowadzenia takiego rozwiązania było przekazanie kompetencji tym organom, które ze względu na swój charakter są bliżej obywateli i problemów danego regionu, przez co mogą szybciej reagować na sytuacje kryzysowe. Jednocześnie jednak zmniejszono państwowe dofinansowanie na walkę z przemocą „honorową”, co doprowadziło do zatrzymania rozwoju ogólnej polityki publicznej i uzależniło podejmowanie działań od aktywności poszczególnych radnych, urzędników oraz działaczy organizacji pozarządowych<sup>9</sup>. W raporcie<sup>10</sup> Ministerstwa Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości, wydanym w 2012 roku,

---

9 Raport “Two steps forward, one step back. Combatting of honour related violence, forced marriages and abandonment”, <[http://www.huiselijkgeweld.nl/doc/eer/Flying\\_team\\_against\\_violence\\_County\\_report\\_Netherlands.pdf](http://www.huiselijkgeweld.nl/doc/eer/Flying_team_against_violence_County_report_Netherlands.pdf)>, [dostęp: 11.08.2016], s. 15.

10 Raport *Evaluation of the criminal law approach of honour-related violence*, <[english.wodc.nl/images/2112-summary\\_tcm45-435624.pdf](http://english.wodc.nl/images/2112-summary_tcm45-435624.pdf)> [dostęp: 8 sierpnia 2016 roku].

stanowiącym podsumowanie wspomnianego Programu, dostrzeżono wady braku współpracy między poszczególnymi regionami, nie tylko na poziomie władz lokalnych, ale również sił policyjnych i przedstawicieli wymiaru sprawiedliwości, a także negatywne skutki braku ciągłości finansowania działalności LEC EGG. W latach 2011 oraz 2012 źródłem funduszy na działalność Centrum było Ministerstwo Sprawiedliwości. Analizując efekty zrealizowania Programu, twórcy raportu uznali, że niewłaściwie funkcjonująca wymiana informacji między policją a prokuraturą jest jednym z głównych problemów, wpływających negatywnie na efektywność podejmowanych działań. Kolejna z trudności wiązała się z opracowaną przez LEC EGG metodą, nakierowaną na wykrywanie spraw zaliczanych do przemocy „honorowej”. *Narodowe Centrum Ekspertyzy ds. Przemocy „Honorowej”*, kontynuując działania podjęte w czasie wspomnianych projektów pilotażowych, opracowało zalecenia, skierowane głównie do funkcjonariuszy policji, dotyczące sposobu postępowania w przypadku podejrzenia, że dany czyn zabroniony mógł być motywowany honorem. Stwierdzono, że wypełnienie wszystkich instrukcji jest niezwykle czasochłonne, a do tego w niektórych regionach odnotowano problemy z prawidłowym działaniem elektronicznego systemu oraz baz danych. Pozytywnie oceniono współpracę między policją i organizacjami pozarządowymi oraz ilość specjalnie przeszkolonych funkcjonariuszy, specjalizujących się w sprawach zaliczanych do kategorii przemocy „honorowej”, jednocześnie zauważając, że liczba ekspertów w poszczególnych regionach kraju jest zróżnicowana. W 2011 roku w 23 na 25 regionów kraju stosowano opracowany przez LEC EGG system raportowania, pozwalający na określenie skali problemu z uwzględnieniem sytuacji występującej w poszczególnych jednostkach podziału terytorialnego. Pomiędzy regionami kraju zaobserwowano znaczne różnice w liczbie odnotowywanych przypadków przemocy „honorowej”. Twórcy raportu uznali, że jednym z powodów takiego stanu rzeczy może być duże zróżnicowanie praktyki i sposobu działania.

Obecnie przemoc „honorowa” nie jest obiektem głównego zainteresowania władz w Holandii. Tematyka ta jest poruszana niemalże wyłącznie w ramach debaty dotyczącej kwestii przymusowych małżeństw. Jednocześnie jednak w 2013 roku wprowadzono specjalny system raportowania, mający na celu poprawienie efektywności wykrywania potencjalnych zagrożeń, w tym przypadków przemocy „honorowej” oraz

umożliwienie koordynacji podejmowanych działań. Przedstawiciele opieki medycznej, lekarze, pracownicy opieki społecznej, nauczyciele i inne osoby, mające kontakt z potencjalnymi ofiarami, są zobowiązani do zgłaszania możliwych przypadków przemocy oraz postępowania zgodnego z opracowanym planem działania. Pierwszym krokiem jest zebranie w sposób obiektywny dostrzeganych symptomów przemocy, bez interpretacji ich znaczenia, oraz przedyskutowanie ich w gronie współpracowników lub innych specjalistów, przy jednoczesnym zachowaniu ostrożności i dyskrecji. Następnie należy sięgnąć po poradę ekspertów z policji lub jednego z 25 *Veilig Thuis* – w dosłownym tłumaczeniu „bezpieczny w domu” – organizacji eksperckich o zasięgu regionalnym, działających w ramach systemu raportowania. Trzecim krokiem, o ile jest to możliwe, jest rozmowa z osobami zaangażowanymi w danej sprawie, na przykład z ofiarą. Kolejny krok – czwarty – polega na interpretacji zebranych danych i rozważeniu posiadanych informacji. Jeżeli dokonana analiza potwierdza wcześniejsze przypuszczenia, ostatnim krokiem jest poinformowanie *Veilig Thuis* o dostrzeżonym zagrożeniu i przekazanie sprawy do dalszego prowadzenia przez ekspertów organizacji<sup>11</sup>.

W sferze stosowania prawa, sprawy zaliczane do kategorii przemocy „honorowej” są osądzone w sposób analogiczny do innych, ogólnych rodzajów przestępstw, na przykład zabójstw, naruszenia cielesnej integralności, pobic, grózb karalnych. Motywacja działania szczególnie pojmowanym honorem nie jest uznawana za przesłankę uzasadniającą łagodniejszy wymiar kary, ani jej nadzwyczajne obostrzenie<sup>12</sup>. Ogólnym terminem, używanym w kontekście przemocy „honorowej”, jest „przemoc w stosunkach zależności”. Jednocześnie jednak cechy charakterystyczne przemocy „honorowej”, odróżniające ją od innych rodzajów przemocy, są brane pod uwagę na etapie stosowania prawa. W przeciwnym razie, ze względu na opisaną kolektywność, ukaranie wszystkich osób odpowiedzialnych za popełnienie określonego czynu nie byłoby możliwe. Co za tym idzie, pomimo tego, że przemoc „honorowa” w holenderskim prawie nie figuruje jako osoby rodzaj czynów zabronionych, jej odrębność jej uwzględniana w dalszych etapach wymiaru sprawiedliwości.

---

11 Wywiad z Hilde Bakker, ekspertką ds. przemocy „honorowej” w MOVISIE, przeprowadzony w Utrechcie w kwietniu 2016 roku.

12 Raport „*Two steps forward, one step back*”..., s. 17.



Na sposób sformułowania kompetencji i zdań opisanych wyżej instytucji i innych narzędzi działania wpłynęło wiele przyczyn. Chęć opracowania najlepszej metody, w najefektywniejszy sposób przyczyniającej się do redukcji skali problemu, była tylko jednym z nich. Zagadnienie motywów stojących za ukształtowaniem poszczególnych rozwiązań będzie przedmiotem dalszej części artykułu.

### 3. Motywy stojące za sposobem ukształtowania poszczególnych rozwiązań

Jedną z najważniejszych kwestii, warunkujących podejmowane działania, jest sposób sformułowania rządowej definicji przemocy „honorowej”. Jej treść wyznacza zakres spraw, zaliczanych do opisywanej kategorii przemocy, będących przedmiotem zainteresowania twórców polityki publicznej i innych ekspertów w tej dziedzinie.

Wspomniana definicja jest neutralna pod względem płci i kultury oraz przynależności etnicznej ofiar i sprawców. Takie rozwiązanie jest wyjątkowe na tle pozostałych definicji rządowych, opracowanych w innych krajach europejskich. Dla przykładu, w Wielkiej Brytanii przemoc „honorowa” jest ujmowana jako *„zbiór praktyk, stosowanych w celu kontrolowania zachowania członków rodziny lub innych grup społecznych po to, aby chronić przekonania kulturowe lub religijne [osób zaangażowanych] i/albo honor. Taka przemoc może zostać popełniona w sytuacji, gdy sprawcy uznają, że ich krewny przyniósł wstyd rodzinie lub wspólnocie, swoim zachowaniem łamiąc kod honoru”*<sup>13</sup>. W cytowanej definicji wśród czynników opisujących przemoc „honorową” wyraźnie wskazano chęć ochrony przekonań kulturowych lub religijnych osób w nią zaangażowanych.

Za sposobem sformułowania holenderskiej definicji – jej neutralnością pod względem kultury sprawców – stoją różne przyczyny, wśród których szczególną rolę odegrała chęć uniknięcia stygmatyzacji członków mniejszości etnicznych i religijnych, dążenie do zaangażowania ich przedstawicieli w walkę z tym problemem oraz uczynienie z przemocy „honorowej”, dotychczasowego tematu tabu, przedmiotu dyskusji. W trakcie realizacji Międzydepartamentalnego Programu „Przemoc

---

13 *Honour Based Violence and Forced Marriage*, Crown Prosecution Service, < [http://www.cps.gov.uk/legal/h\\_to\\_k/honour\\_based\\_violence\\_and\\_forced\\_marriage/#a04](http://www.cps.gov.uk/legal/h_to_k/honour_based_violence_and_forced_marriage/#a04) > [dostęp: 9.08.2016].

Honorowa” położono duży nacisk na rozwój współpracy między organami państwa a organizacjami migranckimi. Członkowie tych organizacji aktywnie włączają się w przeciwdziałanie przemocy „honorowej”, organizując spotkania z członkami poszczególnych wspólnot, przełamując tematy tabu, a w niektórych przypadkach pełnią rolę mediatorów między zwaśnionymi stronami<sup>14</sup>. Niewątpliwie duży wpływ na ich aktywność w tej sferze miało uczynienie z przemocy „honorowej” problemu społeczeństwa jako całości, a nie poszczególnych grup. Podjęcie współpracy z przedstawicielami grup etnicznych oraz religijnych, w szczególności aktywna wymiana informacji, pozwala na poszerzenie wiedzy na temat sytuacji panującej w obrębie funkcjonujących wewnątrz społeczeństwa wspólnot, określenie występujących tendencji oraz wskazanie problemów wymagających rozwiązania. Dążenie do rozwoju takiej kooperacji jest jednym z zadań holenderskiej policji (Janssen 2009, s. 15).

Opisywana definicja jest neutralna również po względem płci ofiar i sprawców. Pomimo tego, że ofiarami przemocy „honorowej” są zarówno kobiety, jak i mężczyźni, takie rozwiązanie nie jest oczywiste. Dla przykładu, w Rezolucji 1681 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy *Urgent need to combat so-called “honour crimes”* z 2009 roku stwierdzono, że ofiarami przemocy „honorowej” są kobiety i dziewczęta, całkowicie pomijając kwestię ofiar płci męskiej. Przyczyną neutralnego sformułowania holenderskiej definicji rządowej była chęć zaangażowania całego społeczeństwa, bez względu na płeć, w walkę z tym problemem<sup>15</sup>. Korzystano z doświadczeń związanych z rozwojem polityki publicznej w sferze przeciwdziałania przemocy domowej. O ile początkowo przemoc domowa była postrzegana jako przemoc popełniana wyłącznie wobec kobiet i dzieci, z czasem dostrzeżono znaczenie neutralnego ujęcia problemu. Definicja wskazująca jedynie na ofiary płci żeńskiej była nieadekwatna do rzeczywistej skali problemu. Pokazanie przemocy domowej jako problemu dotyczącego wszystkich obywateli, niezależnie od płci, wpłynęło na postawy mężczyzn i zwiększyło ich zaangażowanie<sup>16</sup>. W przypadku przemocy „honorowej” dążono do uzyskania podobnego efektu.

Inna kwestią, podnoszoną w działaniach holenderskiego rządu i innych organów państwa, jest dążenie do zminimalizowania skali problemu

---

14 Wywiad z Hilde Bakker, kwiecień 2016.

15 *Ibidem*.

16 *Ibidem*.

poprzez zaangażowanie służb policyjnych w aktywne przeciwdziałanie przemocy „honorowej”. Od początku tworzenia publicznej polityki w tej dziedzinie policja była jej adresatem, nie tylko jako główny wykonawca zadań, ale również, szczególnie dzięki działalności LEC EGG, jako organ doradczy i opiniotwórczy.

W tym kontekście niezwykle ważny jest stosunek policjantów do wykonywanej pracy. W czasie przeprowadzonego projektu pilotażowego odkryto, że nastawienie funkcjonariuszy do przemocy „honorowej” można podzielić na trzy typy: brak zainteresowania lub negacja problemu, nadmierny entuzjazm oraz skłonność do pośpiesznego działania (Janssen 2009, s. 104). Pierwsza z reakcji jest typowa dla policjantów, którzy nie mają wiedzy na temat opisywanego problemu, traktując go jako coś „egzotycznego”, nie mającego znaczenia dla wykonywanej przez nich codziennej pracy. Typowym nastawieniem takich osób jest przyjęcie, że imigranci, po zamieszkaniu na terenie Holandii, przejdą proces asymilacji i przestaną kierować się normami płynącymi z tradycji swojej społeczności z kraju pochodzenia, nakazującymi podjęcie wszelkich działań celem ochrony honoru rodziny. Nie ulega wątpliwości, że takie nastawienie może prowadzić do niewykrycia potencjalnego przypadku przemocy „honorowej” lub nieodpowiedniej interpretacji okoliczności sprawy. Osoby nadmiernie entuzjastyczne dopatrują się cech przemocy „honorowej” we wszystkich analizowanych sprawach, szczególnie tych dotyczących członków mniejszości etnicznych czy religijnych. Takie postępowanie może prowadzić do zafałszowania prawdziwej skali problemu poprzez odnotowanie większej niż rzeczywista liczby spraw, co byłoby niekorzystne z punktu widzenia określania kierunków rozwoju polityki publicznej w odniesieniu do tej kwestii. Działanie z nadmiernym pośpiechem, zaobserwowane wśród pozostałej grupy policjantów, jest wysoce niewskazane ze względu na złożoność spraw związanych z przemocą „honorową” i konieczność podejmowania wszystkich czynności z dużą ostrożnością (Janssen 2009, s. 104-105).

W trakcie projektu zauważono, że opisane postawy nie są niezmiennie – kluczowym dla zmiany nastawienia funkcjonariuszy było przekazywanie policjantom wiedzy na temat przemocy „honorowej” oraz szkolenie ich w zakresie konieczności postępowania w sposób ostrożny i systematyczny oraz uwrażliwianie na kwestie związane z wielokulturowością (Janssen 2009, s. 104-105). Obecnie prowadzenie dochodzenia

w sprawach potencjalnej przemocy „honorowej” jest przedstawiane jako normalna praca policjanta<sup>17</sup>, choć wymagająca podjęcia określonych działań.

Prowadzenie szkoleń i ciągła edukacja, nie tylko funkcjonariuszy policji, ale i innych pracowników sektora publicznego, na przykład opieki społecznej czy medycznej, jest jednym z głównych narzędzi holenderskiej polityki publicznej, w założeniu prowadzącym do zmniejszenia skali problemu. *Ratio legis* stojącym za takim rozwiązaniem jest chęć uniknięcia stygmatyzacji członków mniejszości religijnych i etnicznych oraz zwiększenie skuteczności podejmowanych działań poprzez wpływ na postawy i zachowania osób zawodowo zajmujących się zapobieganiem, rozpoznawaniem lub ściganiem przypadków przemocy „honorowej”. Opisana kwestia jest niezwykle ważna, bowiem od stopnia zaufania do przedstawicieli policji oraz przekonania o możliwości uzyskania realnej pomocy zależy, czy ofiary przemocy „honorowej” będą decydować się na zgłaszanie swoich przypadków właściwym służbom<sup>18</sup>.

Co więcej, ciągła edukacja osób mogących mieć kontakt z przypadkami przemocy „honorowej” w ramach wykonywanej pracy jest warunkiem skuteczności opisanego systemu „czerwonych flag”. Co ważne, system ten swoim zakresem obejmuje nie tylko przemoc „honorową”, ale również przemoc domową oraz przypadki wykorzystywania dzieci. Ponownie, takie działanie miało na celu ukazanie opisywanego typu przemocy jako problemu całego społeczeństwa, a nie pojedynczych z wchodzących w jego obręb grup. Nie oznacza to jednak, że przemoc „honorowa” jest utożsamiana z przemocą domową. Wręcz przeciwnie, twórcy systemu położyli duży nacisk na konieczność rozpoznawania cech charakterystycznych przemocy „honorowej”, odróżniających ją od innych kategorii czynów zabronionych. Podkreślanie odrębności służy jednak jedynie zapewnieniu odpowiedniej reakcji na informację o przestępstwie i pomocy we wskazaniu wszystkich sprawców, a nie stygmatyzacji członków mniejszości lub ukazywaniu przemocy „honorowej” jako czegoś wyjątkowego. W tym kontekście równe traktowanie ofiar nie oznacza reagowania w taki sam sposób w przypadku wszystkich kategorii przestępstw, ale przejawia się w adekwatnej reakcji i dostosowywaniu podejmowanych działań do wszystkich okoliczności sprawy.

---

17 Wywiad z Janine Janssen, kwiecień 2016.

18 *Ibidem*.

#### 4. Podsumowanie

Podsumowując, tworzenie założeń polityki przeciwdziałania przemocy „honorowej” i projektowanie podejmowanych działań jest zadaniem trudnym, wymagającym rozważenia różnych aspektów oraz dokonania wyboru spośród wielu możliwych rozwiązań, z których żadne nie jest pozbawione wad.

Holenderska polityka publiczna w odniesieniu do tej kwestii opiera się na wielu filarach, wśród których szczególną rolę odgrywa unikanie stygmatyzacji członków mniejszości etnicznych i religijnych, pokazywanie przemocy „honorowej” jako problemu całego społeczeństwa, przy jednoczesnym uwzględnianiu jej cech charakterystycznych, współpraca z przedstawicielami środowisk imigranckich oraz położenie nacisku na szkolenie i edukację pracowników sektora publicznego, w tym funkcjonariuszy policji.

Wprowadzone rozwiązania, między innymi opisana neutralność definicji przemocy „honorowej”, nie są oczywiste i pozbawione kontrowersji. Argumenty stojące za sposobem sformułowania holenderskiej definicji rządowej są istotne, bowiem ograniczenie zakresu definicji wyłącznie do osób o odmiennej kulturze lub pochodzeniu etnicznym oraz określonej płci wpłynęłoby negatywnie na efektywność polityki państwa, sprawiając, że podejmowane działania byłyby nieadekwatne do rzeczywistej skali problemu. Pomimo tego, że dane statystyczne wskazują na to, że przemoc „honorowa” w niemalże równym stopniu dotyczy obu płci, opisywany problem nie jest w pełni neutralny pod tym względem. Możliwe przyczyny utraty honoru lub jego naruszenia różnią się w zależności od tego, jakiej płci jest osoba przynosząca rodzinie domniemany dyshonor<sup>19</sup>. Honor w odniesieniu do kobiet jest łączony przeważnie z ich zachowaniami w sferze seksualności i obyczajności, a w wymiarze męskim z niespełnieniem określonych oczekiwań, wiązanych z „męskością” i dominującą pozycją mężczyzn w patriarchalnej społeczności. Każdy z opisanych wymiarów honoru odnosi się do roli społecznej, przypisywanej tradycyjnie osobom określonej płci. Pomijanie tych różnic może prowadzić do nieodpowiedniej reakcji na informację o potencjalnym przypadku przemocy „honorowej”. Skoro tak, jednym z warunków skuteczności holenderskiej polityki jest uwzględnienie w programach

---

19 Wywiad z Hilde Bakker, kwiecień 2016.

szkoleń, skierowanych do funkcjonariuszy oraz innych pracowników sektora publicznego, różnic między przyczynami przemocy „honorowej” w zależności od płci potencjalnej ofiary, a także uwrażliwienie ich na kulturowe ukontekstowanie problemu.

Podobna trudność wiąże się z włączeniem walki z przemocą „honorową” w istniejącą strukturę zapobiegania przemocy domowej. Takie rozwiązanie ma swoje uzasadnienie ekonomiczne, pozwala bowiem na uniknięcie kosztów szkolenia pracowników od podstaw oraz budowania nowej infrastruktury. Co więcej, z punktu widzenia skuteczności podejmowanych działań niezwykle ważne jest, wielokrotnie powtarzane wśród motywów wprowadzenia określonej metody, dążenie do uniknięcia stygmatyzacji członków mniejszości etnicznych i religijnych oraz ukazanie przemocy „honorowej” jako problemu całego społeczeństwa. Łączenie opisywanego rodzaju przemocy z poszczególnymi grupami etnicznymi lub religijnymi, określanymi mianem tak zwanych „równoległych społeczności”, w połączeniu ze splotem innych czynników, doprowadziło w Niemczech do braku scentralizowanej polityki publicznej przeciwdziałania przemocy „honorowej”, połączonej z małym zaangażowaniem władz lokalnych w walkę z tym problemem (Ercan 2014, s. 201-206). Z drugiej strony przemoc „honorową” wyróżnia szereg charakterystycznych cech, łatwych do przeoczenia w przypadku włączenia opisywanego problemu w strukturę walki z przemocą domową. Jedną z nich jest kolektywny charakter przemocy „honorowej”, przejawiający się w wielości sprawców. Pominięcie tej właściwości może prowadzić do niewykrycia wszystkich osób zaangażowanych w popełnienie przestępstwa lub do nieudzielenia ofierze właściwej pomocy. Skoro tak, podkreślanie cech odróżniających przemoc „honorową” jest niezwykle ważne. Analiza podejmowanych działań, w szczególności omówionego systemu raportowania, pozwala na sformułowanie wniosku, że w holenderskiej polityce publicznej przeciwdziałania przemocy „honorowej” ten postulat został spełniony.

Konieczność wpłynięcia na postawy osób zaangażowanych w walkę z problemem wobec opisywanego problemu jest jednym z warunków skuteczności podejmowanych działań, lecz nie jedynym. Całościowa ocena sukcesu wprowadzonych rozwiązań jest wyjątkowo trudna. Ze względu na ciągły rozwój systemów raportowania i szkolenia funkcjonariuszy obecnie nie sposób stwierdzić, czy skala przemocy „honorowej”

ulega faktycznej zmianie, czy ewentualny wzrost lub stagnacja w liczbie odnotowywanych przypadków jest skutkiem polepszenia stopnia wykrywalności przestępstw. Nie ulega jednak wątpliwości, że w porównaniu do innych krajów Europy Zachodniej, w szczególności do Niemiec, holenderska polityka publiczna jest znacznie bardziej rozwinięta, a wprowadzone rozwiązania, choć nie pozbawione kontrowersji, zasługują na aprobatę. Pełna ocena ich skuteczności będzie możliwa dopiero w przyszłości, jednak pod warunkiem kontynuacji prowadzonej polityki, co nie jest oczywiste. Potencjalne zagrożenia dla ciągłości podejmowanych działań wiążą się z dużą polityzacją tych kwestii oraz uzależnieniem finansowania od zainteresowania organów państwa rozwojem polityki w danym kierunku. Z tych względów osobnym problemem jest powiązanie przeciwdziałania przemocy „honorowej” z szerszym kontekstem społecznym: nastawieniem społeczeństwa wobec imigrantów oraz kształtem polityki integracji. Ze względu na złożoność tej tematyki, rozważenie wspomnianych zagadnień będzie przedmiotem innych publikacji.

### Spis źródeł:

- Appiah, Anthony (2011), *The Honor Code: How Moral Revolutions Happen*, Londyn, Nowy Jork: W.W. Norton & Company.
- Chesler, Phyllis (2010), *Worldwide Trends in Honor Killings*, „Middle East Quaterly”, s. 3-11.
- Ercan, Selen (2014), *Same problem, different solutions: The Case of 'Honour Killing' in Germany and Britain* (w:) Aisha K. Gill, Carolyn Strange, Karl Roberts (ed.), *Honour Killing & Violence. Theory, Policy & Practice*, Palgrave Macmillan, s.199-217.
- *Honour Based Violence and Forced Marriage*, Crown Prosecution Service, <[http://www.cps.gov.uk/legal/h\\_to\\_k/honour\\_based\\_violence\\_and\\_forced\\_marriage/#a04](http://www.cps.gov.uk/legal/h_to_k/honour_based_violence_and_forced_marriage/#a04)>, [dostęp online: 9.08.2016].
- Janssen, Janine (2015), *The Colors of the Chameleon*, Haga: Eleven International Publishing.
- Janssen, Janine (2009), *Your honour or your life? An exploration of honour cases for police officers and other professionals*, Haga: Stapel&De Koning.
- Korteweg, Anna, Yurdakul, Gökçe (2013), *Gender equality and immigrant integration: Honor killing and forced marriage debates in the Netherlands, Germany, and Britain*, Women's Studies International Forum, nr 41, s. 204-214.

- Korteweg, Anna, Yurdakul, Gökçe (2009), *Islam, gender, and immigrant integration: boundary drawing in discourses on honour killing in the Netherlands and Germany*, "Ethnic and Racial Studies", nr 32, s. 218-238.
- Korteweg, Anna, Yurdakul, Gökçe (2010), *Religion, Culture and the Politicization of Honour-Related Violence A Critical Analysis of Media and Policy Debates in Western Europe and North America*, Instytut Badawczy Narodów Zjednoczonych dla Rozwoju Społecznego.
- Raport *Evaluation of the criminal law approach of honour-related violence*, Ministerstwo Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości, Amsterdam, 2012, dostępny online pod adresem: <[english.wodc.nl/images/2112-summary\\_tcm45-435624.pdf](http://english.wodc.nl/images/2112-summary_tcm45-435624.pdf)> [dostęp online: 8 sierpnia 2016 roku].
- Raport „*Two steps forward, one step back. Combatting of honour related violence, forced marriages and abandonment*”, Flying team against violence, Movisie, dostępny online pod adresem: <[http://www.huiselijkgeweld.nl/doc/eer/Flying\\_team\\_against\\_violence\\_County\\_report\\_Netherlands.pdf](http://www.huiselijkgeweld.nl/doc/eer/Flying_team_against_violence_County_report_Netherlands.pdf)>, [dostęp online: 11.08.2016].
- Rezolucja 1681 Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, *Urgent need to combat so-called "honour crimes"*, 2009, dostępna pod adresem: <<http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17766&lang=en>>, [dostęp online: 11.08.2016].
- Roberts, Karl (2014), *Towards a Psychologically Oriented Motivational Model of Honour-Based Violence* Aisha K. Gill, Carolyn Strange, Karl Roberts (ed.), *Honour Killing & Violence. Theory, Policy & Practice*, Palgrave Macmillan, s. 69-88.
- *Terugblik Op 2013 Jaarverslag Van Het Landelijk Expertise Centrum Eer Gerelateerd Geweld*, Amsterdam, 2014.
- *Terugblik Op 2015 Jaarverslag Van Het Landelijk Expertise Centrum Eer Gerelateerd Geweld*, Amsterdam, 2016.
- Welchman, Lynn, Hossain, Sara (ed., 2005), *'Honour'. Crimes, Paradigms and Violence Against Women*, Londyn i Nowy Jork: Zed Books.
- Włoch, Renata (2011), *Polityka integracji muzułmanów we Francji i Wielkiej Brytanii*, Warszawa: Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego.
- Wywiad ekspercki z Hilde Bakker, Movisie, Utrecht, kwiecień 2016.
- Wywiad ekspercki z Janine Janssen, LEC EGG, Haga, kwiecień 2016.



# PRÓBY PRZECIWDZIAŁANIA ABORCJI ZE WZGLĘDU NA ŻEŃSKĄ PŁEĆ PŁODU W INDIACH ZA POMOCĄ USTAWOWYCH ZAKAZÓW UJAWNIANIA PŁCI PŁODU ORAZ WRĘCZANIA I PRZYJMOWANIA POSAGU

## 1. Wprowadzenie

Temat kobiet i ich pozycji w ogromnym, multikulturowym społeczeństwie Indii to stale przewijający się wątek zarówno w mediach, książkach jak i publikacjach naukowych. Podkreślany jest w nich brak równości płci, ciągła dyskryminacja kobiet oraz ich złe, a nawet okrutne traktowanie. Z drugiej strony jest to kraj, w którym już w drugiej połowie lat 60tych premierem została właśnie kobieta – Indira Ghandi, córka pierwszego indyjskiego premiera Jawaharlala Nehru.

Nie powinno to jednak dziwić ponieważ Indie są krajem paradoksów, skrajności i kontrastów, gdzie na przykład z jednej strony spotykamy się z ogromnym bogactwem, z drugiej zaś z przerażającą biedą. Podobnie jest z sytuacją kobiet, która jest niejednolita. W jednych miejscach czy społecznościach kobiety są traktowane z ogromnym szacunkiem, w innych urodzenie się dziewczynki uważane są za nieszczęście i porażkę matki.

Nadal zauważalna w Indiach, tradycyjna pozycja jaka została przyznana kobietom hinduskim<sup>1</sup> w przeważającej mierze opiera się

---

<sup>1</sup> Celowo zostało użyte określenie „hinduskim”, a nie „indyjskim” ponieważ w dalszej kolejności pojawiają się odwołania do tekstów i zwyczajów wywodzących się przede wszystkim z kultury hinduskiej. Z tego też powodu artykuł ten będzie odnosił się

na podporządkowaniu się mężczyźnie, zależności od niego i niemożności decydowania o sobie. Oczywiście stopień tej zależności zależy od wielu czynników, między innymi rodziny, regionu urodzenia, wykształcenia, zamożności. Dla zobrazowania tej tradycyjnej roli kobiety w społeczeństwie hinduskim można przytoczyć fragmenty z *Manusmriti*:

*“Her father protects (her) in childhood, her husband protects (her) in youth, and her sons protect (her) in old age, a woman is never independent.”* [N. Chavan, Q. J. Kidwai 2006, s. 93]

*“By a girl, by young women, or even by an aged one, nothing must be done independently, even in her own house. A woman does not have the right to divorce.”* [N. Chavan i in. 2006, s. 93]

Jednakże, stale zachodzące w Indiach przemiany społeczne, często inspirowane światem zachodnim, przekładają się również na próby poprawy pozycji kobiety w tym społeczeństwie. W konsekwencji w Indiach pojawia się wiele inicjatyw na rzecz zrównania pozycji kobiety z pozycją mężczyzny. Jednym z narzędzi wykorzystywanym w tym przedsięwzięciu po które zazwyczaj sięga się w pierwszej kolejności jest oczywiście prawo. Wynika to z przekonania, iż odpowiednia zmiana prawna doprowadzi do oczekiwanej zmiany społecznej. Nie jest to jednak taka prosta zależność.

## 2. Aborcja ze względu na płć płodu

Aborcja w Indiach stała się częściowo legalna w 1971 roku wraz z wejściem w życie *The Medical Termination of Pregnancy Act, 1971, Act No. 34 of 1971, [10th August 1971]*. Na mocy tej ustawy możliwość wykonania tego zabiegu została uzależniona od spełnienia określonych w ustawie przesłanek. Przede wszystkim aborcji można dokonać do 12 tygodnia ciąży (lub do 20 tygodnia, jednak w tym wypadku o spełnieniu kolejnych warunków orzeka dwóch, a nie jeden lekarz) jeśli ciąża zagraża życiu kobiety lub naraża ją na szkody fizyczne bądź mentalne albo jeśli istnieje znaczne ryzyko, że po urodzeniu dziecko będzie posiadać takie nieprawidłowości fizyczne bądź mentalne, że będzie poważnie upośledzone. Dodatkowo w ustawie określono ciążę, do której doszło w wyniku gwałtu

---

w głównej mierze do społeczności hinduskiej chociaż w dalszej części tekstu będą już ogólne odniesienia do sytuacji kobiet indyjskich. Wynika to z tego, że problem posagu obecnie nie dotyczy już wyłącznie rodzin wyznających hinduizm pomimo wywodzenia się z tej tradycji.

lub w wyniku wadliwości środków antykoncepcyjnych (tylko w przypadku zamężnej kobiety) jako ciężę, która naraża kobietę na odniesienie poważnych szkód mentalnych, stąd kwalifikuje się ją do legalnej aborcji.

Podnosi się, iż celem ustawy miało być przede wszystkim zapewnienie kobietom odpowiednich, bezpiecznych i legalnych warunków dokonywania aborcji [F. Arnold, S. Kishor, T.K. Roy 2002, s. 761]. Jednakże z drugiej strony wskazuje się, iż właściwym motywem była chęć kontroli populacji [Phadke 1998; Jesani and Iyer 1995 za F. Arnold 2002, s. 761]. Bez względu na prawdziwe powody uchwalenia tej ustawy, nie przyczyniła się ona do wyeliminowania nielegalnych zabiegów, których ma być więcej niż legalnych [F. Arnold i in. 2002, s. 761]. Jednym z rodzajów nielegalnej aborcji ma być ta dokonywana jedynie ze względu na żeńską płć płodu.

Samo określenie płci płodu stało się możliwe w Indiach w latach 70tych XX wieku wraz z pojawieniem się takich metod diagnostycznych jak amniopunkcja czy ultrasonografia. Obecnie to ultrasonograf jest najczęściej wykorzystywany w celu wykrycia płci jeszcze nienarodzonego dziecka. Oczywiście główny celem tych badań jest jak najwcześniejsze wykrycie genetycznych nieprawidłowości rozwijającego się płodu oraz kontrolowanie przebiegu ciąży. Określenie płci płodu to jedynie dodatkowa możliwość jaką te badania oferują. [F. Arnold i in. 2002, s.762]

Powstaje jednak pytanie skąd czerpana jest wiedza dotycząca zjawiska dokonywania selektywnej aborcji na żeńskich płodach oraz częstotliwości jego występowania. Z uwagi na nielegalność takich zabiegów lekarze nie prowadzą ich rejestrów, co uniemożliwia dokładne badania na temat ich częstotliwości. Podobnie kobiety, które im się poddały mogą nigdy się do nich nie przyznać lub ukrywać prawdziwe motywy.

Zjawisko to zostało zauważone przede wszystkim dzięki wynikom cenzusów przeprowadzanych w Indiach, które wskazały na nienaturalną przewagę liczby chłopców nad liczbą dziewczynek. Naturalny stosunek płci u ludzi liczony zaraz po urodzeniu ma wynosić około 105-107 urodzeń chłopców na 100 urodzeń dziewczynek [A. J. Coale 1991 za T. Hesketh, Z. W. Xing 2006, s. 1327]. Z wiekiem ten stosunek ma się wyrównywać z korzyścią dla kobiet z uwagi na ich większą odporność na choroby, długość życia oraz większą tendencję mężczyzn do angażowania się w zachowania ryzykowne i związane z przemocą, co skutkuje

ich większą śmiertelnością [A. K. Sen 1992; I. Waldron 1993 za T. Hesketh, Z. W. Xing 2006, s. 1327].

Jeśli chodzi o same Indie to brak jest danych na temat stosunku płci zaraz po urodzeniu, a zamiast tego istnieją dane dotyczące stosunku dziewczynek do chłopców do 6 roku życia. Cenzus przeprowadzony w Indiach w 1991 roku wskazał, iż na 1000 chłopców w tym wieku przypada 945 dziewczynek, co daje w przeliczeniu około 105,8 chłopców na 100 dziewczynek. Mieści się to w przytoczonej powyżej normie chociaż trzeba podkreślić, iż nie jest to stosunek płci przy urodzeniu tylko stosunek płci dzieci do 6 roku życia. Jednakże, na przykład w stanie Pendżab ten stosunek w 1991 roku był odmienny i wynosił 875 dziewczynek na 1000 chłopców, co daje już 114 chłopców na 100 dziewczynek.<sup>2</sup> Pomimo, że średnia krajowa w 1991 roku mieściła się w normie to jednak wyniki z niektórych stanów były alarmujące. Te nienaturalne różnice w ilości chłopców do ilości dziewczynek wskazują na prawdopodobny udział czynników zewnętrznych takich jak chociażby selektywna aborcja ze względu na płeć.

Samo zjawisko selektywnej aborcji ma zarówno swoich zwolenników i przeciwników. Umożliwia osiągnięcie pożądanego kompozycji rodziny czyli w przypadku Indii posiadania synów. Co więcej, aborcja ma być wybawieniem dla kobiet, które dzięki niej mogą urodzić mniejszą ilość dzieci wybierając donoszenie jedynej tej ciąży z której narodzi się chłopiec [F. Arnold i in. 2002, s. 763]. Z badań wynika, że wiele par będzie starać się o dzieci dopóki nie osiągnie upragnionej ilości synów, a wiele kobiet, które już ich urodziły poddaje się sterylizacji [S. M. George, R. S. Dahiya 1998, s. 2193]. Ponadto, wskazuje się, iż ta prenatalna dyskryminacja ma być antidotum na znacznie gorszą postnatalną dyskryminację kobiet w Indiach. Dzięki temu, że rodzice mają możliwość wyboru jest pewne, że dzieci, które się urodzą są oczekiwane i chciane, co może w konsekwencji zmniejszyć postnatalną dyskryminację wobec dziewczynek. [D. Goodkind 1996 za D. Goodkind 1997, s. 10].

Z drugiej jednak strony przerywanie ciąży z uwagi na żeńską płeć płodu prowadzi do nienaturalnej przewagi mężczyzn nad kobietami.

---

2 *Implementation of the PCPNDT act in India Perspective and Challenges*, Centre for youth development and activities (CYDA), 2010, s. 119 [dostęp w wersji online: 01.09.2016 r., <<http://www.wbhealth.gov.in/download/IMPLEMENTATION%20OF%20THE%20PCPNDT%20ACT%20IN%20INDIA.pdf>>].

Konsekwencją tego jest już obserwowane w Indiach zjawisko handlu kobietami poprzez sprzedawanie ich ze stanów mniej zamożnych ale z większą ilością kobiet, do stanów bogatszych ale o nienaturalnej przewadze mężczyzn (Pendżab, Haryana). Ma nawet dochodzić do sytuacji skrajnych, w których jedna kobieta jest kupowana dla większej ilości mężczyzn. [S.L. Tandon, R. Sharma 2006; G. Aravamudan 2007 za K. Madan, M. H. Breuning 2014, s. 429].

### **2.1. Pre-Conception & Pre-Natal Diagnostic Techniques (Prohibition of Sex Selection) Act**

Z czasem gdy w drugiej połowie lat 80tych coraz głośniej zaczęto łączyć zjawisko selektywnej aborcji z ogólnym problemem opresji kobiet w Indiach [Gangoli 1998 za F. Arnold i in. 2002, s. 793] doszło do uchwalenia w roku 1996 ustawy *Pre-Natal Diagnostic Techniques (Regulation and Prevention of Misuse) Act, 1994, Act no. 57 of 1994, [20th September, 1994]*, która weszła w życie w dniu 1 stycznia 1996 roku. Następnie doszło do jej nowelizacji w 2002 roku poprzez uchwalenie *Pre-Natal Diagnostic Techniques (Regulation and Prevention of Misuse) Amendment Act, 2002, Act no. 14 of 2003, [17th January 2003]*, który zmienił nazwę tej ustawy na *Pre-Conception & Pre-Natal Diagnostic Techniques (Prohibition of Sex Selection) Act (PCPNDT)*. W niniejszym artykule zostanie omówiona wersja aktualnie obowiązująca.

W ustawie zostały przede wszystkim uregulowane cele do jakich mogą być użyte prenatalne techniki diagnostyczne. W artykule 4 ust. 2 zostało wyraźnie określone, iż testy te mogą być wykonywane jedynie do wykrycia anomalii chromosomalnych, genetycznych chorób metabolicznych, hemoglobinopatii, chorób genetycznych związanych z płcią, anomalii wrodzonych oraz innych nieprawidłowości i chorób wyszczególnionych przez Centralną Radę Nadzorczą. W ustępie 4 określono, iż nikt, włączając w to krewnych czy męża ciężarnej kobiety, nie powinien dążyć lub zachęcać do przeprowadzenia prenatalnych testów diagnostycznych w celach innych niż określone w ustępie 2. Natomiast w artykule 6 wprost zakazano użycia prenatalnych testów diagnostycznych, w tym ultrasonografu, w celu określenia płci płodu. Najważniejszy natomiast wydaje się zapis w artykule 5 ustępie 2:

*No person including the person conducting pre-natal diagnostic procedures shall communicate to the pregnant woman concerned or her relatives or any other person the sex of the foetus by words, signs or in any other manner.*

Zgodnie z tym przepisem w Indiach jest nielegalne podanie komukolwiek płci płodu. Może się to wydawać zadziwiające biorąc pod uwagę, że dla Europejczyka jest to jedna z podstawowych informacji uzyskiwanych podczas ciąży.

Ponadto 2002 roku wprowadzono do ustawy pojęcie „selekcji płci” i zgodnie z jej definicją ustawową jest to dowolna procedura, technika, test, recepta czy przepisanie czegokolwiek w celu zapewnienia lub zwiększenia prawdopodobieństwa, że embrión będzie miał konkretną, wybraną płeć. Następnie w art. 3A został wprowadzony zakaz tego typu działań:

*„Prohibition of sex-selection.- No person, including a specialist or a team of specialists in the field of infertility, shall conduct or cause to be conducted or aid in conducting by himself or by any other person, sex selection on a woman or a man or on both or on any tissue, embryo, conceptus, fluid or gametes derived from either or both of them.”*

W artykule 4 ustęp 5 napisane jest iż nikt, włączając w to krewnych czy męża ciężarnej kobiety, nie powinien dążyć lub zachęcać do przeprowadzenia jakichkolwiek technik selekcji płci na niej, na nim lub na obojgu. W artykule 6 zakaz selekcji płci jest w pewnym sensie powtórzony poprzez zapis, iż nikt, przy użyciu jakichkolwiek środków, nie powinien powodować lub zezwalać na spowodowanie selekcji płci przed lub po poczęciu.

Dodatkowo zabroniona została sprzedaż urządzeń typu ultrasonograf, mogących wykryć płeć płodu, do rąk osób czy klinik niezarejestrowanych:

**Art. 3B** *„Prohibition on sale of ultrasound machines, etc., to persons, laboratories, clinics, etc. not registered under the Act.- No person shall sell any ultrasound machine or*

*imaging machine or scanner or any other equipment capable of detecting sex of foetus to any Genetic Counselling Centre, Genetic Laboratory, Genetic Clinic or any other person not registered under the Act.”*

Zgodnie z art. 23 za naruszenie, któregośkolwiek przepisu niniejszej ustawy przez lekarza, właściciela kliniki, laboratorium itp. oraz

pracownika takich placówek grozi kara do trzech lat pozbawienia wolności oraz grzywna do 10.000,00 rupii. W przypadku ponownego skazania grozi kara do 5 lat pozbawienia wolności oraz grzywna do 50.000,00 rupii. Jeżeli przestępstwo to zostanie popełnione przez lekarza zostaje on zgłoszony do Państwowej Rady Lekarskiej, a po skazaniu wykreślony z rejestru Rady na okres 5 lat, a w przypadku ponownego skazania zostaje wykreślony na stałe.

Natomiast zgodnie z art. 23 ust. 3 osoba, która szuka pomocy w celu dokonania selekcji płci lub w przeprowadzeniu prenatalnych testów diagnostycznych na ciężarnej kobiecie w celach innych niż przewidziane w tej ustawie, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3 oraz grzywnie do 50.000,00 rupii. W przypadku ponownego skazania grozi kara pozbawienia wolności do lat 5 oraz grzywna do 100.000,00 rupii. W ustępie 4 zostało określone, iż ustępu 3 nie stosuje się do kobiety, która została zmuszona do wyżej opisanych działań. Co więcej, w art. 24 zostało przewidziane domniemanie, iż ciężarna kobieta została zmuszona przez męża lub innego krewnego do przeprowadzenia prenatalnych testów w celach innych niż przewidziane w ustawie. Taka osoba odpowiada za podżeganie i podlega karze przewidzianej w art. 23 ust. 3.

Tego typu zapisy w ustawie wskazują pośrednio na pozycję kobiety w indyjskiej rodzinie. Samo domniemanie, iż kobieta została przymuszona do działań niezgodnych z tą ustawą wskazuje na odgórne założenie, iż kobieta jest podległa swemu mężowi i krewnym. Z drugiej jednak strony można przypuszczać, że w następstwie dorastania w dyskryminującym ją środowisku kobieta sama będzie skłonna do zachowań dyskryminujących jej własną płć, w tym do selektywnej aborcji bez wyraźnego przymusu ze strony rodziny. Powstaje pytanie w jaki sposób ten przymus rozumiany jest przez indyjskie sądy.

Można jeszcze nadmienić, że zgodnie z art. 22 omawianej ustawy, karalna jest również sama reklama dokonana w jakiegokolwiek formie czy w jakikolwiek sposób, a dotycząca możliwości przeprowadzenia badań określających płć płodu oraz dokonania selekcji płci.

## 2.2. Skuteczność PCPNDT

Jeśli chodzi o skuteczność ustawy to kolejne cenzusy przeprowadzone w Indiach w 2001 i w 2011 wskazujące na nadal spadającą liczbę

dziewczynek, pokazują iż nie odniosła ona zamierzonego skutku. Cenzus z 2001 roku wskazał, iż na 1000 chłopców do 6 roku życia przypada 927 dziewczynek (w 1991 – 945), kolejny cenzus z 2011 roku pokazał, że liczba dziewczynek spadła do 919 na 1000 chłopców<sup>3</sup>. Daje to w przybliżeniu 108,8 chłopców na 100 dziewczynek, co już wykracza poza naturalne normy. Ponadto, w niektórych stanach północnych różnica jest jeszcze bardziej zauważalna. W stanie Haryana w 2001 roku liczba dziewczynek wynosiła 819, a w 2011 roku nieznacznie wzrosła do 834. W Pendżabie w 2001 roku było ich 798, a w 2011 roku 846. W Radżastanie 909 w 2001, a w 2011 roku 888. W Gudżaracie w 2001 roku 883, a w 2011 roku 890. W Kaszmirze w 2001 roku 941, a w 2011 już tylko 862. Różnica w ilości dziewczynek w stosunku do chłopców jest natomiast znacznie mniejsza w stanach południowych i wschodnich. Podsumowując w 2011 roku w Indiach było o prawie 7 milionów więcej chłopców niż dziewczynek w wieku do 6 lat. Natomiast jeśli chodzi o całą populację Indii to zgodnie z ostatnim cenzusem kobiet było o ponad 35,5 miliona mniej niż mężczyzn.<sup>4</sup>

Wyniki cenzusów wskazują nieubłagane na wciąż zmniejszającą się ilość kobiet w Indiach. Nie jest to oczywiście jedynie wynikiem dokonywania aborcji ze względu na żeńską płęć płodu ale wydaje się, że można założyć, że jest to jeden z czynników. Wskazują na to chociażby badania przeprowadzone jeszcze w drugiej połowie lat 90tych XX wieku w jednej z wiosek w stanie Haryana. Tamtejsze kobiety były nie tylko świadome gdzie zrobić odpowiednie testy i dokonać aborcji ze względu na płęć płodu, ale też otwarcie przyznawały, iż jest to rozpowszechniona praktyka [S. M. George, R. S. Dahiya 1998, s. 2194]. W literaturze pojawiają się wyliczenia oparte na *National Family Health Survey*, z których wynika, iż rocznie może dochodzić nawet do 100 000 takich aborcji [F. Arnold i in. 2002, s.762]. Są to jedynie próby określenia wielkości tego zjawiska na podstawie takich danych jak ilość żywych urodzeń, ilość kobiet, które miały robione badania ultrasonografem podczas ciąży, ilość dziewczynek, które powinny się urodzić zgodnie z naturalnym stosunkiem płci i ilość dokonanych aborcji (bez wskazania przyczyny jej dokonania).

---

3 Census of India, 2001 i 2011 [dostęp w wersji online: 01.09.2016r., <<http://censusindia.gov.in/2011census/censusinfodashboard/index.html>>].

4 Census of India, 2001 i 2011 [dostęp w wersji online: 01.09.2016r., <<http://censusindia.gov.in/2011census/censusinfodashboard/index.html>>].



Trzeba jednak pamiętać, że są też inne przyczyny nierównego stosunku płci w Indiach takie jak na przykład zabiegi dzięki, którym można dokonać selekcji płci już przy zapłodnieniu na co wskazuje nowelizacja PCPNDT. Inną przyczyną ma być obserwowane w Indiach zjawisko wysokiej śmiertelności dziewczynek, do którego dochodzi zazwyczaj z powodu nieodpowiedniej opieki ze strony rodziców, słabego żywienia, braku opieki zdrowotnej, a nawet dzieciobójstwa [S. M. George, R. S. Dahiya 1998, s. 2193].

Powstaje pytanie skąd wynika brak skuteczności regulacji prawnej zabraniającej aborcji ze względu na płęć dziecka. Z pewnością nie chodzi jedynie o brak odpowiednich mechanizmów jej egzekwowania chociaż prawdopodobnie ma to miejsce w Indiach. W skutek tego lekarze czują się bezkarni i za odpowiednim wynagrodzeniem informują o płci płodu i dokonują aborcji. Część inwestuje nawet w przenośne ultrasonografy by móc przewozić go w samochodzie i dokonywanie badań w rejonach wiejskich i trudno dostępnych. [F. Arnold i in. 2002, s. 763]

Przede wszystkim trzeba się jednak przyjrzeć czynnikom społecznym i kulturowym. Sposób postrzegania kobiet w społeczeństwie indyjskim, a dokładnie jego przyczyny wydają się poniekąd dawać odpowiedź na pytanie o brak skuteczności tego prawa. Sama bowiem zmiana w prawie bez wyraźnego społecznego poparcia nie ma szans na osiągnięcie spektakularnych sukcesów, co akurat na przykładzie Indii jest bardzo dobrze widoczne.

### 3. Zjawisko tzw. „podwójnej straty”

Narodziny dziewczynki w Indiach nie zawsze są powodem do radości, co spowodowane jest identyfikowaniem ich z tzw. zjawiskiem „*podwójnej straty*”. Po pierwsze, zwyczajowo kobieta po wyjściu za mąż opuszcza swoją rodzinę i przechodzi do rodziny swojego męża. Często wręcz przestaje być ona identyfikowana jako członek biologicznej rodziny. Co więcej, para młoda nie mieszka samodzielnie lecz zazwyczaj wprowadza się do domu rodzinnego pana młodego. Z uwagi na powyższe, synowie mają być preferowani ponieważ to oni zostają w domu rodzinnym oraz opiekują się rodzicami na starość, którzy w Indiach nie mogą liczyć na inną pomoc. Jest to tzw. między pokoleniowy kontrakt między synami a ich rodzicami. [T. Sekher, N. Hatti 2007, s. 299 – 300]

Druga strata związana jest z nadal żywą w Indiach tradycją wręczania posagu przez rodzinę panny młodej rodzinie przyszłego męża. Zdarza się niejednokrotnie, że oczekiwania odnośnie wysokości tego posagu są niezwykle wygórowane, sięgając nawet sześciokrotności dochodu rocznego rodziny panny młodej. Z drugiej strony niewydanie córki za męża nie jest satysfakcjonującym wyjściem z uwagi na nadal obecne u części społeczeństwa przekonanie, iż dorosła niezamężna córka to nieszczęście dla rodziny. [F. Bloch, V. Rao 2002, s. 1030]

Z uwagi na powyższe w Indiach występuje przekonanie, iż córki nie są warte inwestowania w nie czasu i pieniędzy rodziców. Szczególnie biorąc pod uwagę, iż wykształcenie córki powoduje, że od rodziny oczekuje się wyższego posagu z tytułu postrzegania jej jako lepiej sytuowanej. Natomiast wykształcenie syna powoduje automatycznie możliwość starania się o uzyskanie znacznie wyższego posagu od rodziny jego przyszłej żony. Z tego też powodu nawet bogatsze rodziny preferują posiadanie i inwestowanie w synów ponieważ jest duża szansa, że poniesione koszty się zwrócą. Jest to zwyczajnie dużo bardziej opłacalne ekonomicznie. [T. Sekher i in. 2007 s. 299 – 300, 314 – 316]

Co więcej, niejednokrotnie dochodzi do szantażowania rodziny kobiety by wręczyła dodatkowe sumy tytułem posagu, szczególnie jeśli pierwotna suma uznana została za zbyt niską. W takich sytuacjach dochodzi często do złego traktowania kobiety przez męża i powinowatych by wyrzucić wrażeń na jej biologicznej rodzinie. Kobieta nie może odejść od męża bo mogłoby to okryć jej rodzinę hańbą. W skrajnych przypadkach dochodzi nawet do morderstwa kobiety, które umożliwia mężczyźnie ponowne ożenienie się i otrzymanie kolejnego posagu. Dlatego podkreśla się, iż przemoc domowa w Indiach jest przestępstwem motywowanym przede wszystkim czynnikami ekonomicznymi. [S. Sekhri, A. Storeygard 2014, s. 4].

W indyjskim kodeksie karnym – *Indian Penal Code, 1860, Act No. 45 of 1860, [6th of October, 1860]* w artykule 304B, przewidziane zostało osobne przestępstwo do zabójstw związanych z posagiem:

1. *Where the death of a woman is caused by any burns or bodily injury or occurs otherwise than under normal circumstances within seven years of her marriage and it is shown that soon before her death she was subjected to cruelty or harassment by her husband or any relative of her husband for, or in connection with, any demand for dowry, such death*

*shall be called "dowry death", and such husband or relative shall be deemed to have caused her death.*

*Explanation.—For the purpose of this sub-section, "dowry" shall have the same meaning as in section 2 of the Dowry Prohibition Act, 1961 (28 of 1961).*

*2. Whoever commits dowry death shall be punished with imprisonment for a term which shall not be less than seven years but which may extend to imprisonment for life.]*

Kolejną „przewagą” synów nad córkami jest fakt, że zgodnie z tradycyjnymi wierzeniami hinduskimi jedynie synowie mogą wykonać konieczne rytuały pogrzebowe rodziców. Miało to doprowadzić do jeszcze dalej idącego przekonania w niektórych kręgach, iż córki są tak naprawdę karą za grzechy popełnione w poprzednim życiu. [T. Sekher i in. 2007, s. 300 i 314]

Aborcja płodów żeńskich jest zazwyczaj uzasadniana i łączona z dawno utrwaloną hinduską tradycją wręczania posagu. To właśnie ją podaje się jako jedną z głównych przyczyn wysokiej preferencji synów w tym społeczeństwie, która prowadzi do podjęcia przez rodziców decyzji o przerwaniu ciąży w przypadku gdy miałyby urodzić się dziewczynka. Korzystniej dla rodziny jest zainwestować w nielegalne badania i ostatecznie aborcję niż w przyszłości martwić się o zebranie dostatecznie wysokiego posagu i wręczenia go innej rodzinie by móc wydać córkę za mąż. W ten sposób reklamowały się też kliniki, które posiadały ultrasonograf: „*Pay five hundred rupees [US\$14.00] now rather than five lakhs [Rs 500,000 or \$14,000] later*” [G. N. Allahbadia 2002, s. 414].

Pomimo tego, iż selektywna aborcja ma być głównie powodowana hinduską tradycją to jednak wyniki cenzusu z 2011 roku zdają się wskazywać, że problem u mniejszości muzułmańskiej jest tak samo doniosły. W stanie Dżammu i Kaszmir zamieszkałym w większości przez muzułmanów w 2011 roku na 1000 chłopców w wieku do 6 roku życia przypadało 862 dziewczynki (w 2001 roku było ich 941). Jest to chyba największy obserwowany spadek liczby dziewczynek w ciągu 10 lat ze wszystkich stanów indyjskich.

Podsumowując ten podrozdział można przywołać wypowiedzi zebrane od mieszkańców wioski w stanie Karnataka:

*"A son is called a putra, who liberates his father from hell. A son-less father won't get moksha (Salvation) after death".* [T. Sekher i in. 2007, s. 310]

“Why to spend on a daughter? A son gets good education and will earn money for the parents. A daughter, one day or another has to leave the house”. [T. Sekher i in. 2007, s. 308]

#### 4. Regulacje prawne dotyczące posagu

Można by przypuszczać, że najlepszym sposobem na poradzenie sobie z problemem aborcji żeńskich płodów będzie uregulowanie lub całkowite ukrócenie tradycji wręczania posagu. Jednakże, co może się wydać zadziwiające po przeczytaniu wcześniejszej części artykułu, wręczanie i otrzymywanie posagu w Indiach jest zakazane już od początku lat 60tych za sprawą *The Dowry Prohibition Act, 1961, Act no. 28 of 1961, [20th May, 1961]*, ustawy która została uchwalona 20 maja 1961 roku i była kilkakrotnie nowelizowana.

W jej artykule 2 znajduje się definicja posagu jako jakakolwiek rzeczy lub wartościowego zabezpieczenia, które wręczono lub obiecano wręczyć, bezpośrednio lub pośrednio przez jedną ze stron małżeństwa drugiej lub przez rodziców jednej ze stron lub inną osobę drugiej stronie małżeństwa lub innej osobie. Wręczenie to może nastąpić przed, w trakcie lub po ślubie w związku z tym małżeństwem. Spod tej definicji został wyłączony *dower* i *mahr* jeśli dotyczy osób, do których stosuje się *Muslim Personal Law*. Jak widać definicja została określona w sposób jak najbardziej szeroki.

Zgodnie z art. 3 zakazane jest wręczanie i branie posagu, za co grozi kara pozbawienia wolności od lat 5 (w pierwotnej wersji do 6 miesięcy) i grzywną od 15.000,00 rupii lub kwotą odpowiadającą wartości posagu w zależności, która jest wyższa (w pierwotnej wersji lub/i grzywna do 5.000,00 rupii). Karalne jest również podżeganie.

„Penalty for giving or taking dowry. If any person, after the commencement of this Act, gives or takes or abets the giving or taking of dowry, he shall be punishable [with imprisonment for a term which shall not be less than [five years], and with fine which shall not be less than fifteen thousand rupees or the amount of the value of such dowry, whichever is more,„

Natomiast w artykule 4 zakazane zostało również żądanie wręczenia posagu, które zagrożone jest karą pozbawienia wolności od 6 miesięcy

do 2 lat oraz grzywnę do 10.000,00 rupii (w pierwotnej wersji była przewidziana taka sama kara jak za wręczenie i branie posagu).

„Penalty for demanding dowry. -*If any person demands directly or indirectly, from the parents or other relatives or guardian of a bride or bridegroom as the case may be, any dowry, he shall be punishable with imprisonment for a term which shall not be less than six months but which may extend to two years and with fine which may extend to ten thousand rupees*”

Ponadto, zgodnie z artykułem 5 za nieważne uznane są wszelkie umowy dotyczące wręczenia i brania posagu. Natomiast jeśli posag został już wręczony to zgodnie z artykułem 6 powinien on zostać przekazany kobiecie w związku z której małżeństwem został on otrzymany.

Pomimo ustawy tradycja ta kontynuowana jest do dnia dzisiejszego w Indiach, a w literaturze przedmiotu podkreśla się, że rozszerzyła się ona nawet na społeczności, które w przeszłości nie miały z nią nic wspólnego jak np. muzułmanie [M.K. Shenk 2007, s. 260-261], co może to tłumaczyć poruszany wyżej spadek liczby dziewczynek w Kaszmirze.

Jako przyczyny niepowodzenia tej regulacji prawnej podaje się przede wszystkim brak publicznego wsparcia oraz egzekwowania tego prawa. Wszystkie rodziny chcą otrzymywać posag kiedy mają synów więc zapłacą go też za córki. Panny młode również chcą by ich rodzina wręczyła posag ponieważ jest to coś co tradycyjnie powinna dostać. Nawet jeśli jej kontrola nad tym jest nieznacząca, bez wątplenia wpływa to na jej pozycję w nowej rodzinie. [M.K. Shenk 2007, s. 260-261] Ponadto, nie jest to rzadką sytuacją, że nawet najwyższe autorytety w kraju proszą o niezwykle wysokie posagi, a religia wydaje się tu nie mieć już żadnego znaczenia [J.K. Das 2003, s. 213].

Co więcej, porażka tej ustawy wiąże się z jej rozpoznaniem samej tradycji wręczenia posagu jako całkowicie złej, w sytuacji gdy dla wielu Indusów jakiegokolwiek nadużycia związane z tym zwyczajem są obce i nigdy się z nimi nie spotkali. Jest to dla nich jedynie część tradycji. Początkowo była to pewnego rodzaju kompensacja za to, że córki nie były uprawnione do dziedziczenia rodzinnej własności zgodnie z *Hindu Personal Law* i mimo zmian dokonanych w prawie dziedziczenia wielu ludzi nadal postrzega to w ten sposób. Często nawet kobiety uważają, że mają prawo do posagu, ale już nie do dziedziczenia rodzinnej własności. [M.K. Shenk 2007, s. 260-261]

W literaturze pojawiają się twierdzenia, iż największy problem tej ustawy związany ma być z penalizacją wręczania posagu [M.K. Shenk 2007, s. 260-261]. Z tym należałoby się zgodzić ponieważ nadużycia tej tradycji związane są przede wszystkim z osobą biorącego i żądającego, a nie z osobą wręczającego. Nikt nie zgłosi nadużyć związanych np. z próbami przymuszenia wręczenia dodatkowego posagu po ślubie ponieważ osoba zgłaszająca również podlegałaby karze jako wręczająca. Dziwi też to, że samo żądanie posagu jest zagrożone niższą karą niż jego wręczenie.

## 5. Podsumowanie

Zjawisko aborcji w Indiach ze względu na żeńską płć płodu jest dobrym punktem wyjścia dla rozważań dotyczących dyskryminacji kobiet indyjskich, która ma się rozpoczynać już w życiu płodowym. Liczby wskazywane przez ogólnoindyjskie cenzusy, zapisy ustawy PCPNDT, takie jak chociażby domniemanie przymuszenia kobiety do dokonania aborcji ze względu na płć, wskazują na znacznie gorsze postrzeganie płci żeńskiej od męskiej, jej podległość oraz na związaną z tym preferencję posiadania synów.

Ustawa PCPNDT ma na celu przeciwdziałać zmniejszającej się liczbie kobiet w Indiach, a pośrednio również przyczyniać się do emancypacji tej grupy. Podobny skutek ma również odnieść ustawa dotycząca zakazu praktykowania tradycji posagu. Jednakże kulturowe uwarunkowania są na tyle silne, iż prawne regulacje nie odniosły dotychczas spektakularnego efektu.

Zjawisko selektywnej aborcji jest przede wszystkim skutkiem dyskryminującego spojrzenia na kobiety w Indiach i związanej z tym preferencji posiadania synów, które zwrotnie rezonuje na pozycję kobiet mogąc przyczynić się do jej pogorszenia (wspomniany wyżej handel kobietami). Z tego względu należałoby w pierwszej kolejności zidentyfikować główne czynniki wpływające na postrzeganie córki jak gorszego członka rodziny i skierować prawne działania w tę stronę by odnieść pożądany efekt. Jednakże przykład regulacji prawnych dotyczących posagu i brak ich skuteczności wskazuje, iż niekoniecznie jest to najodpowiedniejsza droga.

Gdzie więc leży główny problem? Przede wszystkim w ślepej wierze, iż da się ukształtować społeczeństwo poprzez narzucenie odgórnych regulacji prawnych. Przykład Indii wyraźnie wskazuje, iż prawo niezgodne

z utrwaloną tradycją i kulturą jest najprawdopodobniej skazane na porażkę. Emancypacja kobiet indyjskich nie dokona się jedynie poprzez zmiany w obowiązującym prawie. Na to potrzeba zmiany myślenia i systemu wartości większości społeczeństwa, co nie dokona się z dnia na dzień.

Z drugiej jednak strony prawo, dokonywane w nim zmiany i związana z tym medialna debata bez wątpienia dają pewien impuls do przemian oraz wskazują na problemy z jakimi boryka się dane społeczeństwo. Przede wszystkim jednak zmiany powinna poprzedzać dogłębna analiza specyfiki kulturowej i tradycji, co czasem przysłonięte jest w Indiach poprzez chęć wprowadzania zachodnich standardów i unowocześniania na modłę europejską.

Wracając do samego zjawiska aborcji w Indiach. Pomijając etyczną kwestię dotyczącą przerywania ciąży i tego czy w ogóle powinno się to ograniczać, to jednak trudno dać pełne przyzwolenie na aborcję jedynie ze względu na żeńską płęć płodu. Nie są przekonujące argumenty o tym, iż jest to antidotum na dyskryminację postnatalną, którą doświadczają kobiety. Nie doprowadzi to bowiem do poprawy ich pozycji w indyjskim społeczeństwie. Ponadto, zmniejszająca się ilość kobiet może doprowadzić do tego, że staną się one wyraźną mniejszością w Indiach, co dodatkowo osłabi ich pozycję.

Z drugiej jednak strony, zakazy doprowadziły do tego, iż nie znamy faktycznego rozmiaru tego zjawiska. Wszystko opiera się jedynie na przypuszczeniach i możliwe, że są inne bezpośrednie czynniki, które w większym stopniu wpływają na nienaturalną różnicę w ilości dziewczynek do chłopców. Pełna legalność aborcji pozwoliłaby na lepsze zbadanie tego zjawiska, a w dalszej kolejności na przeciwdziałanie mu niekoniecznie poprzez wprowadzenie bezpośredniego zakazu, ale poprzez skupienie się na jego przyczynach (znowu niekoniecznie poprzez pełne zakazy jakiegoś zjawiska jak w przypadku posagu).

Sam zakaz nie ma tutaj żadnej mocy ponieważ obie strony nie przestrzegając go odnoszą korzyści i nikt nie zgłasza odpowiednim organom przypadków jego nadużycia (lekarze zarabiają na nielegalnych badaniach i aborcjach, a rodzina uzyskuje pożądaną kompozycję). Podobna sytuacja zachodzi przy regulacjach dotyczących posagu. Wiele osób wręcza go w przypadku wydawania córki za męża, by następnie móc go otrzymać

w przypadku ślubu syna. Sama kobieta często uważa, że jest to coś co jej się należy, a ponadto wpływa na jej pozycję w nowej rodzinie.

Przykład ustawy *The Dowry Prohibition Act* dobrze ukazuje do czego prowadzi uchwalanie nowych przepisów prawnych bez pełnej znajomości danego zjawiska. Z góry uznano tę tradycję za złą z uwagi na związane z nią nadużycia, zamiast spróbować znaleźć sposób na wyeliminowanie jedynie tych nadużyć. Ponadto, błędnie uznano, iż utrwalony od pokoleń zwyczaj można wyeliminować za pomocą kilku przepisów.

Bez wątpienia prawo nie jest narzędziem, które skutecznie i w pojedynkę może wprowadzić znaczące zmiany w społeczeństwie, szczególnie jeśli nie jest ono odpowiednio dostosowane do jego specyfiki. Powinno to działać w odwrotną stronę. Zmiana w prawie powinna być wtórna do zachodzących zmian społecznych. Jednakże, w Indiach może to być utrudnione z uwagi na fakt ogromnego zróżnicowania tego społeczeństwa. Jakiegokolwiek próby wprowadzania ujednoczonych regulacji prawnych dla wszystkich obywateli są zwykle utrudnione. Na marginesie powstaje również pytanie o poziomie znajomości prawa uchwalanego na szczeblu centralnym w społecznościach wiejskich, biednych oraz tych gdzie wysoki jest stopień analfabetyzmu.

W związku z powyższym rzeczą, która nasuwa się jako odpowiednie narzędzie do poprawy sytuacji kobiet to edukacja oraz ogólna poprawa sytuacji ekonomicznej. W literaturze wskazuje się jednak, że w Indiach przejawy dyskryminacji wobec kobiet, takie jak chociażby selektywna aborcja są nawet bardziej powszechne wśród wyedukowanej i dobrze prosperującej części społeczeństwa [S.V. Subramanian 2011; S.M. George 2006; S.L. Tandon, R. Sharma 2006; M. Das Gupta 1987; J.D. Deshpande 2009; P. Jha, R. Kumar, P. Vasa, N. Dhingra, D. Thiruchelvam, R. Moineddin 2006; G. Mudur 2006; G. N. Allahbadia za K. Madan i in. 2014, s. 430].

Powodem dla takiej sytuacji może być pojawiająca się preferencja posiadania mniejszej rodziny w Indiach, co jest tendencją zazwyczaj pojawiającą się wraz z rozwojem społeczeństwa. Mniej dzieci oznacza większą konieczność ostrożnego planowania rodziny tak by upewnić się, że nie będzie się posiadało samych dziewczynek. Wynika to z faktu, iż sama edukacja nie prowadzi do porzucenia dawno utrwalonych tradycji i kulturowych tendencji, takich jak preferencja synów nad córkami. Ponadto, bardziej zamożne grupy mają łatwiejszy dostęp



do środków ekonomicznych potrzebnych do opłacenia koniecznych badań i samej aborcji.

Nie oznacza to jednak, iż edukacja społeczeństwa w kierunku osiągnięcia emancypacji kobiet jest działaniem bezsensownym. Wręcz przeciwnie, z pewnością jest bardziej skuteczna niż zmiany w prawie. Jednakże społeczeństwo indyjskie jest dopiero na początku drogi zmierzającej do poprawy pozycji kobiety, na co potrzeba czasu oraz przemyślanych działań. Jedną z inspiracji dla tych przemian są z pewnością wzorce napływające z krajów rozwiniętych, jednakże należy mieć na uwadze, że rozwiązania, które sprawdziły się w Europie niekoniecznie znajdują zastosowanie w kulturze indyjskiej, o czym czasem się zapomina.

Przykładem tego może być właśnie penalizacja otrzymywania i wręczania posagu. Główną przyczyną z pewnością były nadużycia związane z tą tradycją ale można również postawić tezę, iż wprowadzenie całkowitego zakazu wiązało się z chęcią poprawy wizerunku Indii w oczach Zachodu. Zwyczaj ten nie funkcjonuje obecnie w Europie, uznawany jest za przestarzałą tradycją, a ponadto związane są z nim tak skrajne sytuacje jak zabójstwa z uwagi na zbyt niski posag. W konsekwencji uznano, iż nie powinien on również funkcjonować w Indiach, co doprowadziło do tego, iż zakaz ten obowiązuje jedynie na papierze.

## BIBLIOGRAFIA

- Allahbadia G. N. (2002), *The 50 Million Missing Women*, Journal of Assisted Reproduction and Genetics, t. 19, nr 9, s. 411-416.
- Aravamudan G. (2007), *Disappearing Daughters: The Tragedy of Female Foeticide*, Nowe Deli: Penguin Books.
- Arnold F., S. Kishor, T.K. Roy (2002), *Sex-Selective Abortions in India*, Population and Development Review, t. 28, nr 4, s. 762-765.
- Bloch F., V. Rao (2002), *Terror as a Bargaining Instrument: A Case Study of Dowry Violence in Rural India*, The American Economic Review, t. 92, nr 4, s. 1029-1043.
- Census of India from 2001 [dostęp w wersji online: 01.09.2016r., <<http://censusindia.gov.in/2011census/censusinfodashboard/index.html>>].
- Census of India from 2011 [dostęp w wersji online: 01.09.2016r., <<http://censusindia.gov.in/2011census/censusinfodashboard/index.html>>].

- Chavan N., Q. J. Kidwai (2006), *Personal Law Reform and Gender Empowerment: A Debate on Uniform Civil Code*, Nowe Deli: HOPE INDIA.
- Coale A. J. (1991), *Excess Female Mortality and the Balance of the Sexes: An Estimate of the Number of Missing Females*, *Population and Development Review*, t. 17, nr 3, s. 517-523.
- Das Gupta M. (1987), *Selective discrimination against female children in rural Punjab*, *Population and Development Review*, t. 13, nr 1, s. 77-100.
- Das J.K. (2003), *Reflections on Human Rights and the Position of Indian Women*, *The Indian Journal of Political Science*, T. 64, NR 3/4, s. 212-216.
- Deshpande J.D., Phalke D.B., Phalke V.D. (2009), *Prenatal sex determination: issues and concerns*, *Pravara Medical Review*, t. 4, nr 1, s. 4-6.
- Gangoli G. (1998), *Reproduction, abortion and women's health*, *Social Scientist*, t. 26, nr 11/12, s. 83-105.
- George S.M. (2006), *Millions of missing girls: from fetal sexing to high technology sex selection in India*, *Prenatal Diagnosis*, t. 26, nr 7, s.604-609.
- George S. M., R. S. Dahiya (1998), *Female Foeticide in Rural Haryana*, *Economic and Political Weekly*, t. 33, nr 32, s. 2191-2198.
- Goodkind D. (1996), *On substituting sex preference strategies in East Asia: Does pre-natal sex selection reduce postnatal discrimination?*, *Population and Development Review*, t. 22, nr 1, s. 111-125.
- Goodkind D. (1997), *Sex-Selective Abortion, Reproductive Rights, and the Greater Locus of Gender Discrimination in Family Formation: Cairo's Unresolved Questions*, *PSC Research Report Series*, nr 97-383.
- Hesketh T., Z. W. Xing (2006), *Abnormal sex ratios in human populations: Causes and consequences*, *Proceeding of the National Academy of Science*, t. 103, nr 36, s. 13271-13275.
- *Implementation of the PCPNDT act in India Perspective and Challenges, Perspective and Challenges*, Centre for youth development and activities (CYDA), 2010 [dostęp w wersji online: 01.09.2016 r., <<http://www.wbhealth.gov.in/download/IMPLEMENTATION%20OF%20THE%20PCPNDT%20ACT%20IN%20INDIA.pdf>>].
- *Indian Penal Code*, 1860, Act No. 45 of 1860, [6th of October, 1860].
- Jesani A, Iyer A. (1995), *Abortion: Who is responsible for our rights?*, [w:] *Our lives, Our health*, pod red. Malini Karkal, Pekin: Coordination Unit, the World Conference on Women, s. 114-130.
- Jha P., Kumar R., Vasa P., Dhingra N., Thiruchelvam D., Moineddin R. (2006), *Low female to male sex ratio of children born in India: national survey of 1.1 million households*, *The Lancet*, t. 367, nr 9506, s. 211-218.

- Madan K., Breuning M. H. (2014), *Impact of prenatal technologies on the sex ratio in India: an overview*, *Genetics in Medicine*, t. 16, nr 6, s. 425–432.
- Mudur G. (2006), *Doctors in India prosecuted for sex determination, but few convicted*, *BMJ*, t. 332, s. 257.
- Phadke S. (1998), *Pro-choice or population control: A study of the Medical Termination of Pregnancy Act, Government of India, 1971*, rel productions, nr 1.
- *Pre-Natal Diagnostic Techniques (Regulation and Prevention of Misuse) Act, 1994*, Act no. 57 of 1994, [20th September, 1994].
- *Pre-Natal Diagnostic Techniques (Regulation and Prevention of Misuse) Amendment Act, 2002*, (Act no. 14 of 2003, [17th January 2003]).
- Sekher T., N. Hatti (2007), *Vulnerable Daughters in a Modernizing Society: From ‚son Preference’ to ‚daughter discrimination’ in Rural South India*, [in]: *Watering the Neighbour’s Garden: The Growing Demographic Female Deficit in Asia*, pod red. S. Attane, C.Z. Guilmoto, Paryż: CICRED.
- Sekhri S., Storeygard A. (2014), *Dowry Deaths: Response to Weather Variability in India*, *Journal of Development Economics*, t. 111, s. 212–223.
- Sen A. (1992), *Missing women: social inequality outweigh women’s survival advantage in Asia and north Africa*, *British Medical Journal*, t. 304, nr 6827.
- Shenk M. K. (2007), *Dowry and Public Policy in Contemporary India. The Behavioral Ecology of a “Social Evil”*, *Human Nature*, t. 18, nr 3, s. 242–263.
- Subramanian S.V., Corsi D.J. (2011), *Can India achieve a balance of sexes at birth?*, *The Lancet*, t. 377, nr 9781, s. 1893–1894.
- Tandon S.L., Sharma R. (2006), *Female foeticide and infanticide in India: an analysis of crimes against girl children*, *International Journal of Criminal Justice Sciences*, t. 1, nr 1.
- *The Dowry Prohibition Act, 1961*, Act no. 28 of 1961, [20th May, 1961].
- *The Medical Termination of Pregnancy Act, 1971* (Act No. 34 of 1971), [10th August, 1971].
- Waldron I. (1993), *Recent trends in sex mortality ratios for adults in developed-countries*, *Social Science & Medicine*, t. 36, nr 4, s. 451–462.

## GDY ZWYCZAJ ZASTĘPUJE PRAWO. DOPUSZCZALNOŚĆ OBRONY PRZEZ KULTURĘ A PRAWO ZWYCZAJOWE

### Wprowadzenie

Interakcje dwóch porządków normatywnych – prawa i zwyczaju od długiego czasu pozostają w polu zainteresowania socjologii prawa. Można by zaryzykować stwierdzenie, że zainteresowanie prawników innymi systemami norm społecznych stanowiło podstawę dla późniejszego wykrystalizowania się socjologii prawa jako oddzielnej dyscypliny. Nie jest to jednak zagadnienie badane wyłącznie przez przedstawicieli jednej dyscypliny naukowej. Zasadne wydaje się, o czym pisze Andrzej Kojder, iż „poza socjologią prawa zagadnieniami prawa zwyczajowego zajmują się: antropologia prawa, etnografia prawa, archeologia prawa, prawo porównawcze i historia prawa.” [Kojder 1993, s.373–376] Wydaje się, że wyliczenie to można by uzupełnić o inne, nie wymienione przez tego autora gałęzie nauki, w tym także nauk prawnych.<sup>1</sup>

W niniejszym artykule chciałbym rozważyć, jaka definicja prawa zwyczajowego jest najodpowiedniejsza dla uczynienia z tego pojęcia elementu testu na obronę przez kulturę, tak by rezultatem tego procesu mogło być wypracowanie takiego testu na obronę przez kulturę, który

---

1 W mojej opinii co najmniej na zasygnalizowanie zasługuje zainteresowanie prawem zwyczajowym, które widać wśród dogmatyków prawa badających prawo gospodarcze i handlowe. Przedstawiciele tej gałęzi nauk prawnych nierzadko poświęcali swoje badania zagadnieniom zwyczajów i prawa zwyczajowego funkcjonujących w obrocie handlowym pomiędzy kupcami (używając pojęcia współczesnego: przedsiębiorcami).

mógłby spełniać funkcję wyznaczenia granicy pomiędzy ingerencją prawa w inne systemy normatywne, a jednocześnie relacji zwrotnej – ingerencji innych systemów normatywnych w prawo.

Współcześnie zagadnienie interakcji różnych porządków normatywnych staje się kwestią o rosnącej doniosłości. Przyczyn takiego stanu rzeczy upatrywać można w pojawiających się wątpliwościach co do zakresu zagadnień regulowanych prawnie oraz zasięgu samego prawa i jego relacji z innymi porządkami normatywnymi.

Pozwolę sobie zwrócić uwagę na kilka punktów, w których kwestia ta wydaje się niezwykle aktualna. W Polsce wciąż dyskutowana jest rola państwa oraz jego normatywnego i rzeczywistego stosunku do religii. Pluralizm wartości powoduje, że nierzadko zaogniają się spory dotyczące zagadnień regulowanych przez prawo oficjalne, które według niektórych powinny leżeć poza zakresem regulacji norm prawnych. Do grupy tej można by zaliczyć między innymi zagadnienie klauzuli sumienia, zjawisko sytuujące się na przecięciu różnych porządków normatywnych. Obszernie relacjonowanym zagadnieniem, dyskutowanym nie tylko w środowiskach prawniczych, stała się sprawa zakazu uboju rytualnego, uchylonego następnie wyrokiem Trybunału Konstytucyjnego. Kluczowym elementem tych wydarzeń było zachodzenie na siebie dwóch porządków normatywnych – prawa stanowionego przez państwo i religii, mocno związanej ze zwyczajem.

Istotne, współcześnie rosnące znaczenie dla kwestii interakcji porządków normatywnych ma także zjawisko wielokulturowości. Przedstawiciele innych kultur nierzadko popadają w konflikt z lokalnym porządkiem prawnym, gdy ten jest sprzeczny z przestrzeganymi przez nich normami wywodzącymi się z kultur innych niż dominująca. Warto mieć w pamięci także to, że najbardziej popularny, stosunkowo ostry „czwórpodział” normatywności na prawo, religię, zwyczaj i moralność<sup>2</sup>, który równocześnie narzuca odrębność oraz pewnego rodzaju hierarchiczność tych porządków, jest bardzo często obcy przedstawicielom innych kultur.

Zagadnienie to może jawić się jako szczególnie żywe w związku z nasilającymi się obecnie migracjami ludności. Wbrew licznym komentarzom,

---

2 Podział taki spotkać można w większości podręczników, zarówno akademickich jak i w szkolnych podręcznikach wiedzy o społeczeństwie. Niektórzy autorzy modyfikują taki podział, np. dodając do niego porządek normatywny mody, lub proponują własne, niemniej jednak wspomniany wyżej „czwórpodział” norm jest zdecydowanie najpowszechniej spotykanym.

sytuacje kolizji pomiędzy właściwym miejscowo porządkiem prawnym, a normami zinternalizowanymi przez przybyszów ma związek nie tyle z religią, co ze zwyczajem lub prawem zwyczajowym regionów, z których pochodzą. Powszechnie przyjmowany, analityczny podział porządków normatywnych, oraz jego upowszechnienie wywiera głęboki wpływ na sposób myślenia o normatywności. Sprzyja to utrwalaniu pewnych utartych sposobów jej traktowania i funkcjonowaniu społeczności ludzkich, a także oddzielaniu się od siebie poszczególnych dyscyplin nauk społecznych, zamiast ich integracji.

Wspomniane powyżej przyczyny sprawiają, że także obecnie temat prawa zwyczajowego można uważać za aktualny. Jednocześnie wśród niektórych autorów można spotkać bagatelizowanie tej problematyki, bądź też sprowadzanie prawa zwyczajowego do zagadnienia o charakterze wyłącznie historycznym (jako pewnego etapu rozwoju prawa w Europie). Takie podejście uważam nie tylko za niewłaściwe, ale też warte zmiany z uwagi na inne niż historyczny wymiar prawa zwyczajowego.

### **Obrona przez kulturę**

Obrona przez kulturę (czasem zwana z angielska *cultural defence*) może być rozumiana jako „specyficzna, wykształconą na gruncie prawa amerykańskiego, strategia obrony w sprawach karnych, która dla ogólnie pojmowanego złagodzenia odpowiedzialności sprawcy polega na argumentowaniu, że działanie realizujące znamiona czynu zabronionego było motywowane określonym imperatywem kulturowym, charakterystycznym dla kultury mniejszościowej, do której przynależy sprawca.” [Dudek 2011] Należy jednak zaznaczyć, że takie rozumienie tego pojęcia może być uważane za zawężone. Szersze rozumienie opisywanego terminu podają S. Sykuna i J. Zajadło, stwierdzając, że „generalnie można określić *cultural defence* jako sytuację, w których organ stosujący prawo bierze (lub nie) pod uwagę obowiązywanie w jakiejś grupie społecznej swoich norm kulturowych, odbiegających w istotny sposób od przyjętych standardów ogólnospołecznych”. [Sykuna, Zajadło 2006]

*Cultural defence*, choć pojawia się w Stanach Zjednoczonych, a zatem w systemie prawnym odmiennym niż europejskie, jest zjawiskiem, które rozprzestrzeniło się poza swój kraj pochodzenia, docierając do wielu europejskich krajów (w tym do Polski). Jednocześnie zjawiska niezwykle

zbliżone, a nawet takie, które można by uznawać za obronę przez kulturę zaczynają pojawiać się w Europie i w Polsce znacznie wcześniej – literatura zna opisy przestępstw, które można uznać za takie, które „było motywowane określonym imperatywem kulturowym, charakterystycznym dla kultury mniejszościowej, do której przynależy sprawca”, a które popełniano na długo przed tym, zanim tego rodzaju strategia obronna zyskała swoją anglojęzyczną nazwę.<sup>3</sup>

To, co może odróżniać obronę przez kulturę jako strategię obrończą od powoływania się przez oskarżonego lub jego obrońców na argumenty związane z kulturą sprawcy przestępstwa może być to, że argumentacja tego rodzaju mieści się w ramach określonych przez system prawny, a tego rodzaju kulturowe motywacje mogą być uwzględnione, obok wielu innych, jako czynniki łagodzące wymiar kary.

*Cultural defence* jest zjawiskiem innym – w swej istocie wykracza poza ramy prawa oficjalnego, kwestionując możliwość ingerencji przez prawo stanowione w inny system normatywny, oparty o wzorce postępowania kultury mniejszościowej (a zatem kwestionując „uprawnienia” kultury dominującej). W przeszłości oskarżeni lub ich obrońcy wielokrotnie powoływali się przecież także na argumenty, które nazwalibyśmy kulturowymi. Wydaje się jednak, że częściej miało to charakter incydentalny i oportunistyczny – prawem oskarżonego (a jednocześnie obowiązkiem jego obrońcy) jest wszakże powoływać się na wszelkie dostępne argumenty, które mogą zmniejszyć karę, którą sąd wymierzy sprawcy. Fundamenty *cultural defence* są jednak głębsze – tego rodzaju argumentacja jest nierzadko oparta na próbach przekonywania, że w danym przypadku ingerencja prawa w normy obowiązujące w określonej, mniejszościowej grupie, jest nadmierna. Mówiąc metaforycznie, jest to nie tyle obrona oskarżonego, co, swojego rodzaju, atak na system prawa.

---

3 Śladów tego rodzaju działań można doszukiwać się wśród społeczności romskiej w Polsce, której członkowie ze względu na istniejące w tych grupach normy wchodzili, a czasem wciąż wchodzą w konflikt z prawem kultury dominującej (polskim prawem oficjalnym). Tego rodzaju przykłady dotyczą także innych grup etnicznych. Pewnego rodzaju anegdotycznym, wciąż niezbadanym w wystarczający sposób wydarzeniem, w jakiej można doszukiwać się strategii obrończej, która być może zalicza się do *cultural defence* może być sprawa toczącego się w przed sądem Lewoczy w 1913 r. sprawa, w której ludność okolicznych wsi oskarżono o zbezczeszczenia zwłok zmarłego w 1912 roku miejscowego bacy-czarownika. Sprawę tę barwnie opisał Antoni Kroh w książce „Sklep potrzeb kulturalnych”.

Zaproponowane powyżej rozróżnienie na obronę przez kulturę z jednej, a używanie argumentów kulturowych z drugiej strony służyć ma w niniejszym tekście precyzyjniejszemu wyodrębnieniu działań wchodzących w zakres tego pojęcia, w takim rozumieniu, w jakim będzie ono używane w niniejszym tekście. Chciałbym skupić się na obronie przez kulturę w jej wąskim rozumieniu, nie tylko dlatego, że takie rozumienie *cultural defence* niesie ze sobą daleko więcej kontrowersji niż szersze ujęcie, ale przede wszystkim ze względu na to, że kontrowersje te dotyczą kluczowego dla nas pytania o możliwość – z jednej strony ingerencji prawa w normy obowiązujące w społecznościach mniejszościowych, a z drugiej strony – możliwości ingerencji tychże społeczności w oficjalny system prawny.

Kontrowersje, o których wyżej wspomniałem, są obszernie opisane w literaturze, a jednocześnie znacząco wykraczają poza zakres niniejszego artykułu. Sygnalizując wspomnę jedynie o tym, że podkreśla się dwie zasadnicze grupy wad dopuszczalności tejże strategii, takie jak bardzo wysokie ryzyko nadużywania tej strategii obronnej oraz niezapewnianie ochrony słabszym – w szczególności kobietom i dzieciom, jak zwykle zaznacza się w literaturze, częściej padającym ofiarą przestępstw kulturowych [Sykuna, Zajadło 2006]

Instytucje stosujące prawo w momencie zetknięcia się z przedstawicielami kultury innej niż dominująca na terenie, na którym obowiązuje określony porządek prawny, często znajdują się w sytuacji, w której musi zostać podjęta decyzja, czy kultura mniejszościowa, z której pochodzi sprawca uzasadnia odmienne jego potraktowanie. W przywołanym artykule Michała Dudka opisane (i słusznie skrytykowane) zostały proponowane przez różnych autorów wersje testów na obronę przez kulturę, mające być narzędziem, które mógłby wykorzystywać sąd w celu weryfikacji, czy w określonym przypadku obrona przez kulturę może zostać przyjęta przez sąd.

Choć w pełni zgadzam się z podnoszonymi w literaturze wątpliwościami dotyczącymi obrony przez kulturę, uważam, że należy zwrócić uwagę na to, że może ona stanowić narzędzie reagowania na konflikty pomiędzy prawem a innymi porządkami normatywnymi. W moim odczuciu warte rozważenia jest włączenie do testów na obronę przez kulturę dodatkowego warunku, który musiałby być spełniony przez sprawcę, a mianowicie motywowania określonego przestępstwa prawem



zwyczajowym. W przypadku uzupełnienia istniejących testów o ten dodatkowy warunek, obronę przez kulturę można by nazywać obroną przez prawo zwyczajowe. Niedookreślone (i plastyczne) pojęcie, jakim niewątpliwie jest „kultura” zostałoby zastąpione pojęciem prawa zwyczajowego, a zatem odnosiłoby się do systemu normatywnego, który może wywierać istotny wpływ na działanie jednostek.

Wpływ ten uznaje za szczególnie silny w porównaniu do tradycji, która przywoływana jest w istniejących testach na *cultural defence*. Ta szczególna w moim odczuciu pozycja prawa zwyczajowego wynika m.in. z zakresu tego specyficznego porządku normatywnego. Choć różni autorzy w rozmaity sposób określali jego granice, to wspólną cechą większości proponowanych definicji było wskazywanie na normy prawa zwyczajowego, jako na te, które mają pewne istotne znaczenie i kwalifikowany charakter, na przykład ze względu na ich pewną szczególną cechę. Prezentowane poniżej przedstawienie wybranych definicji prawa zwyczajowego powinno rozjaśnić to zagadnienie<sup>4</sup>.

### Pojęcie prawa zwyczajowego w literaturze

Liczni autorzy zauważają, że na styku prawa i zwyczaju powstaje pewien specyficzny, szczególny porządek normatywny, nazywany prawem zwyczajowym. Nie jest celem niniejszego tekstu kompleksowe przedstawienie wszystkich poglądów poszczególnych przedstawicieli nauki na zwyczaj, prawo i jego wzajemne relacje i ich ewoluowanie. Tematyka ta była przedmiotem licznych rozważań w naukach prawnych już w XIX wieku, dlatego też dokładne podsumowanie tak bogatego dorobku wymagałoby pracy znacznie przekraczającej objętość niniejszego artykułu. Podejmę się jednak przedstawienia głównych grup poglądów na to zagadnienie, oraz wskazania, która definicja prawa zwyczajowego (w mojej opinii) zdaje się być najtrafniejsza i najbardziej użyteczna dla opisu i badania współczesnych zjawisk społecznych, a przede wszystkim do zastosowania jej w ocenie zasadności obrony przez kulturę.

Jak już wcześniej zasygnalizowano, badanie prawa zwyczajowego ma swoją długą tradycję. Zagadnieniu temu poświęcali swoje prace

---

4 Ramy niniejszego artykułu nie pozwalają na przedstawienie wszystkich definicji prawa zwyczajowego – z uwagi na ich ilość. Z tego względu ograniczyłem się do zaprezentowania wybranych definicji funkcjonujących w naukach prawnych, które można uznać za istotne z uwagi na cel niniejszej pracy.

uczni, których można by uznać za koryfeuszy socjologii prawa, przede wszystkim Leon Petrażycki oraz Eugen Erlich, czynili to także przedstawiciele niemieckiej szkoły historycznej.

Głównym plonem prowadzonych w XIX i w początkach XX wieku dyskusji dotyczących zdefiniowania prawa zwyczajowego było powstanie koncepcji, która później przez F. Studnickiego została nazwana klasyczną [Studnicki 1993, s. 79]. Teorie te Leon Petrażycki nazywał pośrednimi, ponieważ łączyły elementy starszych koncepcji – spirytualistycznych (kładących główny nacisk na wewnętrzne przekonanie), oraz materialistycznych, akcentujących przede wszystkim istnienie długotrwałej praktyki [Petrażycki 1960, s. 353]. Podstawowym wyznacznikiem klasycznych teorii prawa zwyczajowego jest akcentowanie dwóch elementów konstytuujących prawo zwyczajowe – trwałego przestrzegania oraz przekonania adresatów o tym, że dana norma jest prawem (*opinio iuris*). Silnie akcentowany element wewnętrzny (*opinio iuris*), który sprawia, że zwyczaj przyjmuje kwalifikowaną formę i staje się prawem zwyczajowym, sprawia, że klasyczne teorie prawa zwyczajowego mają do pewnego stopnia charakter psychologizujący. Brak też czynnika, który umożliwiłby obiektywizację omawianego zjawiska – twórcy tych koncepcji nie wyjaśniali w sposób wyczerpujący, w jaki sposób ów element wewnętrzny, niezbędny do zaistnienia zjawiska prawa zwyczajowego, miałby być poddawany weryfikacji, choć niewątpliwie można sobie wyobrazić odpowiednią operacjonalizację tych pojęć.

Niezwykle istotną grupą teorii dotyczących prawa zwyczajowego są koncepcje, które można nazwać pozytywistycznymi [Kojder 1993, s. 58–63]. Ich popularność odżyła w czasach komunizmu w pracach dogmatycznoprawnych. Według zwolenników takiego ujęcia prawo zwyczajowe jest pewnym szczególnym rodzajem zwyczaju, który może stanowić podstawę stosowania prawa przez oficjalne organy państwa (tak sądowne, jak i administracyjne), ze względu na istnienie w tekście odpowiedniej regulacji prawnej odesłania zewnętrznego. Za zwolenników takiego poglądu uznać można cywilistów Stefana Grzybowskiego czy Seweryna Szera.

Pewną odmianą przedstawionego wyżej poglądu jest wypracowana przez Zygmunta Ziemińskiego definicja prawa zwyczajowego. Autor ten, wychodząc od założeń teorii klasycznych, wyraźnie zaznacza, że istnieją dwa elementy prawa zwyczajowego: *usus* i *opinio iuris* („z jeden

strony upowszechnienie się praktyki określonych zachowań w określonych sytuacjach, a z drugiej strony upowszechnienie się przekonania, że zachowania tego rodzaju należą do wiążącego wzorca zachowań ludzkich w danych sytuacjach” [Ziemiński 1980, s. 261]). Jest to jednak jedynie wstęp do dalszego formułowania rozumienia prawa zwyczajowego. Próbując pogodzić klasyczne teorie oraz te, które w niniejszym tekście opisywane są jako pozytywistyczne, Zygmunt Ziemiński proponuje, by elementem kwalifikującym daną normę jako normę prawa zwyczajowego było zdanie doktryny prawniczej, oraz prawników, w tym także zatrudnionych w wymiarze sprawiedliwości: „Norma zwyczajowa staje się normą prawa zwyczajowego przede wszystkim ze względu na to, że w doktrynie prawniczej upowszechnia się pogląd, iż wyznaczone przez daną normę postępowanie jest obowiązkiem prawnym” [Ziemiński 1980, s. 262].

Niewątpliwie prawo zwyczajowe w takiej koncepcji jest zjawiskiem, które można w ostry sposób oddzielić od zwyczaju. Należałoby się jednak zastanowić, czy w porządku prawnym, takim jak polski, w którym wykładnia językowa tekstu prawnego jest dominującym sposobem poszukiwania odpowiedzi na pytanie dotyczące tego, jaka norma prawna obowiązuje, a zatem będzie miała zastosowanie, wystąpić mogą sytuacje, w których głos doktryny będzie zaliczał dowolną normę zwyczajową jako element systemu obowiązującego prawa, a organy stosujące prawo będą stosować je w taki sposób, jak opisała to doktryna. Wydaje się, że przywoływany czasem przypadek uznania godzin otwarcia urzędu za zwyczaj mający moc prawną jest pewną anegdotą, która nie potwierdza tego, że teoria Ziemińskiego znajdzie odzwierciedlenie w piśmiennictwie prawniczym i praktyce orzeczniczej.

Teorie pozytywistycznie mają tego rodzaju zaletę, że nie pozostawiają „ziarna niepewności” wynikającej z psychologizującego, „miększego” jak można by uznać, ujęcia. Nie tylko sprawia to, że pojęcie staje się ostre, lecz także daje podstawę do formułowania jasnych dyrektyw praktycznego działania kierowanych do instytucji stosujących prawo. Choć może się to wydawać pozorną zaletą, to podejście takie posiada także liczne wady. Po pierwsze, przy takim (w opinii autora zawężającym) ujęciu, istnienie prawa zwyczajowego może się ujawnić wyłącznie w sytuacji stosowania prawa przez oficjalne instytucje.

Jak już wyżej wspomiano, teorie pozytywistyczne pozwalają na postawienie wyraźnej granicy pomiędzy zwyczajem a prawem zwyczajowym. Elementem kwalifikującym staje się tutaj obecność odesłania zewnętrznego w tekście prawnym. O ile klarowne oddzielenie od zwyczaju można uznać za pozytywną stronę tego rodzaju teorii, to ich znaczącą wadą jest zatarcie różnicy pomiędzy prawem oficjalnym, a prawem zwyczajowym. Co prawda odesłanie zewnętrzne nie wskazuje wprost reguły, która ma być zastosowana w określonej sytuacji, niemniej jednak czytelność odróżniania norm prawnych od norm prawa zwyczajowego, jaka jest wyróżnikiem teorii klasycznych, nie jest już cechą tych teorii.

Kolejne zagadnienie, którego teoria ta wcale nie wyjaśnia, jest to, co tak naprawdę uznamy za zwyczaj, do którego odsyła nas norma prawna. O ile jasne jest, co stanowi o uznaniu określonego zwyczaju za prawo zwyczajowe, to zakwalifikowanie danej normy jako zwyczaju nie jest już jednoznaczne.

Niezwykle interesującą koncepcję prawa zwyczajowego zaprezentował w 1949 roku Franciszek Studnicki w pracy *Działania zwyczaju handlowego w zakresie zobowiązań z umowy*. Autor ten (po dokładnym omówieniu starszych koncepcji) prezentuje autorską teorię prawa zwyczajowego, będącą modyfikacją, choć niewątpliwie sformułowaną w pewnej kontrze wobec klasycznych teorii.

Studnicki uważa, że prawo zwyczajowe jest szczególnego rodzaju zwyczajem, stanowi kwalifikowaną jego postać i nie może być przeciwstawiane zwyczajowi. Za kontynuację teorii klasycznych uznać można to, jak autor ten definiuje zwyczaj. Sformułowana przez niego definicja przypomina opis zewnętrznego elementu prawa zwyczajowego w koncepcjach klasycznych – *usus*: „Zwyczaj (*sensu largo*) jest to zjawisko polegające na tym, że w pewnym, odpowiednio szerokim kole ludzi przez dłuższy czas przestrzega się pewnego postępowania.” [Studnicki 1993, s. 87] Nie bez przyczyny Franciszek Studnicki rozpoczyna definiowanie prawa zwyczajowego od zdefiniowania zwyczaju. Jest to uzasadnione, ponieważ według autora „w tak skonstruowanym pojęciu zwyczaju (*sensu largo*) mieści się również prawo zwyczajowe (choćbyśmy chcieli wyobrazić je sobie podług schematu przyjętego przez teorie „klasyczne”)” [Studnicki 1993, s. 87]

Samo prawo zwyczajowe jest przez Studnickiego zdefiniowane jako pewien szczególny rodzaj zwyczaju, taki, „który dotyczy materii leżących

w zasięgu działania prawa” [Studnicki 1993, s. 88]<sup>5</sup>. Samo „położenie w zasięgu działania prawa” nie jest jednak wystarczające, by norma zwyczajowa stała się prawem zwyczajowym. By tak się stało konieczne jest „osiągnięcie pewnego stopnia natężenia” [Studnicki 1993, s. 89]. Jest to wyraźny zwrot, sam autor zauważa, że przyjęte przez niego kryterium ma charakter ilościowy, co znacząco różni się od innych koncepcji, które przede wszystkim akcentują psychologiczny aspekt prawa zwyczajowego.

### **W poszukiwaniu kompromisu**

Obrona przez kulturę jest bez wątpienia zagadnieniem kontrowersyjnym. Kontrowersje związane ze stosowaniem tej strategii obronnej dotyczą niezwykle istotnej kwestii, jaką jest granica kształtowania porządku społecznego przez prawo w sytuacjach konfliktu z innymi normami społecznymi. Oczywiście w dyskusji dotyczącej granic możliwości regulacyjnych prawa można przyjmować różne pozycje – także ze względu na wyznawane poglądy polityczne czy wizję prawa, którą uważa się za słuszną. Dyskusja dotycząca dopuszczalności oraz (w przypadku dopuszczenia) kształtu obrony przez kulturę jest niewątpliwie dyskusją, w której stanowisko nie jest wolne do tego, jaką wizję prawa czy instytucji państwowych dany autor uważa za słuszną.

Moim celem jest przedstawienie propozycji, którą uważam za kompromisową. Choć istnieją liczne argumenty przeciwko stosowaniu obrony przez kulturę w ogóle, jestem zdania, że w systemie prawa stanowionego powinno być miejsce dla „wentyli”, które w szczególnych, trudnych do przewidzenia w procesie stanowienia prawa przypadkach, sprawiałyby, że prawo nie ingerowałoby nadmiernie w życie swoich adresatów. Stanowisko swoje uważam za kompromisowe, ponieważ polega ono na dopuszczeniu stosowania obrony przez kulturę jedynie w ograniczonym, znacznie węższym niż znane w dotychczas prezentowanych w literaturze propozycjach testów zakresie – uzależniając użycie tej konstrukcji nie od (różnie rozumianej) tradycji, ale od realnie przestrzeganych i mających istotne znaczenie norm społecznych innych niż prawo.

---

<sup>5</sup> Franciszek Studnicki nie precyzuje, co oznacza „materia leżąca w działaniu prawa”. Wydaje się, że także obecnie, pomimo tego, że prawo obejmuje znacznie więcej dziedzin, jesteśmy w stanie wyróżnić takie, które wciąż leżą poza jego zasięgiem, za takie można by uznać chociażby relacje osobiste (choć relacje rodzinne i intymne leżą w zasięgu działania prawa).

Przedstawiona powyżej definicja prawa zwyczajowego, zaproponowana przez Franciszka Studnickiego, najtrafniej w moim odczuciu sprawdziłaby się jako element testu na obronę przez kulturę, w procesie sądowego stosowania prawa<sup>6</sup>. Zastąpienie występujących w testach na *cultural defence* tradycji tak zdefiniowanym prawem zwyczajowym, w przypadku należytego dookreślenia występujących w niej nieostrych pojęć powinno doprowadzić do zminimalizowania nadużyć, jakie mogą istnieć w przypadku posługiwania się pojęciem tradycji.

Jedną z najistotniejszych zalet takiego rozumienia prawa zwyczajowego jest realny potencjał ograniczenia nadużyć, które nierzadko pojawiały się w związku ze stosowaniem obrony przez kulturę. Ścisłe związanie dopuszczalności takiej strategii obrończej z prawem zwyczajowym, rozumianym jako zespół norm faktycznie przestrzeganych w danej społeczności, daje możliwość wyeliminowania powoływania się na zwyczaje będące wyłącznie relikdami, bądź też takie, które nawet w grupie mniejszościowej są potępiane – nie można ich zatem uznać za takiego rodzaju motywację sprawcy, która powinna dawać możliwość wyłączenia karalności.

Tradycja, zwłaszcza taka, która może być sprzeczna z prawem oficjalnym, nierzadko posiada wiele wariantów, bywa jedynie częściowo akceptowana, bywa też elementem kultury idealnej, a nie rzeczywistej, często przywoływana może znacznie rzadziej stanowić realną motywację działania – w takich sytuacjach powoływanie się przez sprawcę na określoną tradycję, funkcjonującą w danej społeczności może prowadzić do nadużyć.

Zawężenie obrony przez kulturę do powoływania się na prawo zwyczajowe rozumiane tak, jak rozumiał je Franciszek Studnicki, ograniczy możliwość jej stosowania do wyłącznie takich przypadków, kiedy czyn sprawcy motywowany był zwyczajem, który osiągnął „pewien stopień natężenia, co nie znaczy jednak, że stanie się on takim prawem już przez sam upływ czasu. W osiągnięciu potrzebnego stopnia natężenia mogą bowiem zwyczajowi przeszkodzić różne okoliczności, np. osłabienie praktyki, równoległe wytworzenie się praktyki odmiennej lub zgoła

---

6 Należy zauważyć, że obrona przez kulturę może być stosowana nie tylko przed sądem, z powodzeniem można by sobie wyobrazić *cultural defence* także w trakcie postępowania przygotowawczego, czy nawet w trakcie czynności służbowych poprzedzających postępowanie przygotowawcze.

przeciwnej” [Studnicki 1993, s. 89]. Wspomniane przeszkody w osiągnięciu odpowiedniego stopnia natężenia są jednocześnie przeszkodami przed nadużywaniem obrony przez kulturę poprzez powoływanie się przez sprawców na zwyczaje czy tradycje, które nie są już żywe, powszechnie podzielane, a nawet mogą być zwalczane w regionach ich pochodzenia.

Choć otwartość pojęć stosowanych przez Franciszka Studnickiego można uznać za słaby punkt zaprezentowanej przeze mnie koncepcji – jednocześnie jednak jest to wada wspólna dla wszystkich, z wyjątkiem pozytywistycznych, koncepcji prawa zwyczajowego. Jestem zdania, że sądowa praktyka poradziłaby sobie z wypełnieniem w odpowiedni sposób pojęć takich jak „odpowiednie natężenie”, „odpowiednio szerokie koło ludzi” czy „dłuższy czas”. Konieczność wypełnienia tych nieostrych pojęć jest w tym przypadku możliwością, która nadaje definicji Studnickiego odpowiednią elastyczność, dzięki której mogłaby ona być podstawą testu na obronę przez kulturę stosowanego przez sąd.

Zarysowana w niniejszym tekście propozycja może spotkać się z podstawowym zarzutem, który w prosty sposób sformułować mogą przeciwnicy jakiegokolwiek dopuszczalności obrony przez kulturę, jako instytucji na pierwszy rzut oka jawnie sprzecznej z obowiązującym prawem oficjalnym. W moim odczuciu obrona przez kulturę – w wąskim, takim jak zarysowany tutaj, zakresie dopuszczalności – stanowić może cenne narzędzie powstrzymywania prawa przed nadmierną ingerencją w inne systemy norm społecznych. Dopuszczenie stosowania tego rodzaju obrony daje możliwość powstrzymywania działania prawa w tych sferach, w których dochodzi do jego nadmiernej ekspansji, ograniczającej utrwalone wzory funkcjonowania grup i jednostek.

### **Bibliografia:**

- Brodecki, Zdzisław, Konopacka Maria, Brodecka-Chamera, Aleksandra, *Komparatystyka kultur prawnych*, Warszawa 2010.
- Dudek, Michał, *Czy każda kultura zasługuje na obronę?*, „Archiwum filozofii prawa i filozofii społecznej” 2011, nr 2.
- Ehrlich, Stanisław, *Wstęp do nauki o państwie i prawie*, Warszawa 1971.
- Grzybowski, Stefan, *System prawa cywilnego*, tom 1, Warszawa 1974.

- Kojder, Andrzej, *Wstęp. Współczesne poglądy na prawo zwyczajowe*, [w:] Pajestka-Kojder Ewa (red.), *Elementy socjologii prawa. Tom 5. Prawo zwyczajowe*, Warszawa 1993, s. 53-68.
- Kojder, Andrzej, *Prawo oficjalne i prawo nieoficjalne*, [w:] Kojder Andrzej, Cywiński Zbigniew (red.), *Socjologia Prawa. Główne problemy i postacie*, Warszawa 2014, s. 351-353.
- Kojder, Andrzej, *Prawo zwyczajowe*, [w:] Kojder Andrzej, Cywiński Zbigniew (red.), *Socjologia Prawa. Główne problemy i postacie*, Warszawa 2014, s. 373-376.
- Opalek, Kazimierz, Wróblewski, Jerzy, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa 1969.
- Petrażycki, Leon, *Teoria prawa i państwa w związku z teorią moralności*, tom 2, Warszawa 1960.
- Studnicki, Franciszek, *Różnice między zwyczajem a prawem zwyczajowym*, [w:] Pajestka-Kojder Ewa (red.), *Elementy socjologii prawa. Tom 5. Prawo zwyczajowe*, Warszawa 1993, s. 79-89.
- Sykuna, Sebastian, Zajadło, Jerzy, *Kontrowersje wokół tzw. obrony przez kulturę – okoliczność wyłączająca winę, okoliczność łagodząca czy nadużycie prawa do obrony?*, „Przegląd sądowy” 2007, nr 6.
- Szer, Stanisław, *Prawo cywilne, część ogólna*, Warszawa 1960.
- Ziemiński, Zygmunt, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1960.