

Hijab przed trybunałem – wolność sumienia i wyznania a tradycyjne okrycia głowy kobiet muzułmańskich

Hijab in front of the court – freedom of religion and traditional headscarves of Muslim women

Stanisław Stefaniak, Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu

STRESZCZENIE

Artykuł jest próbą krytycznej oceny dotychczasowego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawach, które dotyczyły praktyki noszenia religijnych okryć głowy przez kobiety wyznające Islam. W pracy omawiana jest najpierw treść artykułu 9 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, a następnie przytoczone jest relewantne orzecznictwo Trybunału. Końcową część pracy stanowi próba poddania zarysowanej linii orzeczniczej krytyce, pod kątem braku adekwatnego wyważenia przez Trybunał różnych, będących w konflikcie uprawnień oraz płytkiej i pobieżnej analizy kulturowej treści nakryć głowy.

Słowa kluczowe: wolność religijna, Islam, burka, Europejska Konwencja Praw Człowieka, Europejski Trybunał Praw Człowieka.

ABSTRACT

The article aims at critically assessing the existing jurisprudence of European Court of Human Rights in cases involving the practice of wearing Muslim headscarves by Muslim women. Firstly, the article sets out the content of art. 9 of European Convention on Human Rights, then reviews the relevant cases. The final part consists of critique of ECHR's stance on the issue, mainly the failure to weight different rights in conflict and superficial analysis of the cultural meaning of the veil.

Keywords: freedom of religion, Islam, headscarf, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights.

Wstęp

Na skutek procesów globalizacji, wzmożonej migracji ludności i liberalizacji przepływu osób, zachodnie państwa w ostatnich dekadach coraz częściej musiały zmagać się z faktem kulturowego zróżnicowania i religijnego pluralizmu pośród swoich obywateli. Sytuacja ta naturalnie musiała znaleźć odzwierciedlenie w stanowionym przez nich prawie, również aktach prawa międzynarodowego, zabezpieczających podstawowe prawa i wolności jednostki. Praktyki mniejszościowych grup religijnych rzucają wyzwanie tradycyjnemu rozumieniu tych praw i nierzadko wymuszają (re)definiowanie ich treści.

W niniejszej pracy autor chciałby się skupić na praktyce noszenia tradycyjnych okryć głowy przez muzułmańskie kobiety, który określane będą zbiorczym mianem *chusty*¹ obejmującym wszystkie typy tradycyjnych okryć. Autor skupi się na orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, jednakże zamierza też korzystać z pozaprawnej argumentacji, w celu poddania dominującej linii orzeczniczej Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu krytyce oraz pełniejszej kontekstualizacji omawianego zjawiska i – jak ma nadzieję – lepszego zrozumienia sprawy.

Konstrukcja prawna wolności sumienia i wyznania w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka

Artykuł 9 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (Dz.U. z 10 lipca 1993 r. nr 61, poz. 284) stanowi, iż:

¹ Ang. *headscarf*, fr. *foulard*. Tłumaczeniem innego, często w tym kontekście używanego, terminu – angielskiego *veil* i francuskiego *voil* – byłaby „zastona”.

1. Każdy ma prawo do wolności myśli, sumienia i wyznania; prawo to obejmuje wolność zmiany wyznania lub przekonań oraz wolność uzewnętrzniania indywidualnie lub wspólnie z innymi, publicznie lub prywatnie, swego wyznania lub przekonań przez uprawianie kultu, nauczanie, praktykowanie i czynności rytualne;
2. Wolność uzewnętrzniania wyznania lub przekonań może podlegać jedynie takim ograniczeniom, które są przewidziane przez prawo i konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na interesy bezpieczeństwa publicznego, ochronę porządku publicznego, zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób.

Z pewnością należy zgodzić się, że „w powszechnych poglądach naukowców, działaczy demokratycznych i judykatury wolność sumienia i wyznania jest jednym z fundamentów demokratycznego państwa i społeczeństwa” (Paprzycki 2015: 75). Stanowisko to podziela również ETPCz, czemu dał wyraz w jednym z ważniejszych orzeczeń dotyczących wolności wyznania stwierdzając, że prawa chronione przez artykuł 9 „są jednym z fundamentów demokratycznego społeczeństwa w rozumieniu Konwencji. Są one, w swoim religijnym wymiarze, jednym z najważniejszych elementów współtworzących tożsamość wyznawców i ich sposób życia, ale drogie są też ateistom, agnostykom, sceptykom i ludziom religijnie obojętnym” (*Kokkinakis v. Grecji* 1993: §31).

Struktura artykułu 9 jest typowa dla tzw. „przepisów wolnościowych” – w pierwszym ustępie sformułowana jest treść chronionego prawa, zaś w ustępie 2 szczególna klauzula limitacyjna, wyzna-

czająca zakres jego dopuszczalnych ograniczeń (Garlicki 2010: 552). Artykuł 9 chroni wymienione w nim wolności na dwóch płaszczyznach. Po pierwsze, ochronie podlega „prawo każdego człowieka do nieskrępowanego formowania i posiadania własnych myśli i poglądów, inspirowanych zarówno etycznymi, jak i religijnymi systemami wartości” a więc wolności te w jednostkowej sferze wewnętrznej, tzw. *forum internum* (Garlicki 2010: 553). Wolność myśli, sumienia i wyznania jest w tej sferze absolutna i niederogowalna w rozumieniu artykułu 15 Konwencji. „Inaczej mówiąc, każde ograniczenie ‘wolności wewnętrznej’ jest *ex definitione* sprzeczne z konwencją” (Kamiński 2012: 220). Jest to typowe uprawnienie obronne czy też negatywne. Jak obrazowo ujmuje to J. Falski „tak jak nienaruszalność integralności fizycznej chroni istotę ludzką w wymiarze fizycznym, tak wolność myśli i sumienia chroni ją w wymiarze intelektualnym” (Falski 2008: 57). Te aspekty wolności sumienia odnoszą się w szczególności do praktyk mających na celu indoktrynację lub *brainwashing*, czy inną niedozwoloną ingerencję w sferę mentalną, zwłaszcza podejmowaną przez państwo (Van Dijk, Van Hoof i inni 2006: 752; Nowicki 2009: 404)². W szczególności „władze publiczne nie mają żadnej kompetencji do wyciągania negatywnych skutków odnośnie do przyjmowania, porzucania lub zmiany przekonań ani migracji między związkami wyznaniowymi” (Paprzycki 2015: 58). Ustęp 1 artykułu 9 chroni też bowiem prawo do nie posiadania religii (*Buscarini i Inni v. San Marino* 1999).

Odnośnie relacji między kategoriami „myśli”, „sumienia”, „przekonań” i „wyznania”, starczy chyba stwierdzić, że różnią się one głównie stopniem zorganizowania, trwałością i kompleksowością, ale też są to niezależne sfery, pomiędzy którymi nie można wyznaczyć stosunku hierarchicznego (Garlicki 2010: 556-558). Poglądy chronione na mocy artykułu 9 muszą jednak „wykazywać się pewnym poziomem siły przekonywania, powagi, spójności i doniosłości” (*Campbell and Cosans v. Zjednoczonemu Królestwu* 1982: §36) a sam przepis „jest ze swojej istoty przeznaczony do ochrony religii lub teorii filozoficznych i ideologii dotyczących uniwersalnych wartości” (*F.P v. Niemcom* 1993)³.

W dalszej części artykuł 9 gwarantuje prawo do „uzewnętrzniania” swego wyznania lub przekonań, co ze względu na cel tej pracy, będzie nas szczególnie interesowało. Uzewnętrznianie, dokonywane w ramach tzw. *forum externum* może odbywać się indywidualnie, jak również „wspólnie z innymi”⁴, w formie „uprawiania kultu, nauczania, praktykowania i czynności rytualnych” (ang. *worship, teaching, practice and observance*). Należy przyjąć, że nie jest to zamknięty katalog możliwych form uzewnętrzniania swojej religii (Van Dijk, Van Hoof i inni 2006: 761; Garlicki 2010: 567). Sam termin „praktykowania” jest pojęciem nieostrym, które w orzecznictwie ETPCz interpretowane było raczej restryktywnie (Van Dijk, Van Hoof i inni 2006: 761). Jak pisze L. Garlicki: „rozgraniczanie konkretnych sytuacji nawiązuje do trzech kryteriów: czy dane zachowanie polegało na bezpośrednim wyrażeniu danego wyznania lub przekonań;

czy wyznanie to ustanawiało moralną powinność takiego właśnie zachowania; czy zachowanie to stanowiło powszechnie przyjętą, w ramach danego wyznania, formę jego praktykowania” (Garlicki 2010: 566).

Warto również wyjaśnić pojęcie „nauczania”, które na gruncie artykułu 9 nie ogranicza się do przekazywania wiedzy wewnątrz członków swojej grupy wyznaniowej czy religijnej. Element ewangelizacyjny czy misyjny jest ważną częścią wielu religii. Konwencja chroni więc prozelityczne zachowania, jednakże Trybunał dwukrotnie sformułował negatywne kryteria ich dopuszczalności. Po pierwsze, w sprawie *Kokkinakis*, ETPCz stwierdził, że z „niestosownym prozelityzmem” (ang. *improper proselytism*) mamy do czynienia w sytuacji oferowania materialnych lub społecznych korzyści, wywierania presji na osobach w złym stanie lub potrzebie, czy też użycia przemocy lub prania mózgu (*Kokkinakis v. Grecji* 1993: §48). W orzeczeniu *Larissis i inni v. Grecji* Trybunał zaznaczył, że „niedopuszczalne jest wykorzystywanie stosunku nadrzędności czy zależności dla ewangelizacji podwładnych” (*Larissis i inni v. Grecji* 1993: §47-51).

Ustęp drugi artykułu 9 zawiera natomiast klauzule limitacyjne, które określają zakres dozwolonych ograniczeń wolności wymienionych w ustępie 1. Ograniczeniom tym podlegać może tylko wolność uzewnętrzniania (łac. *forum externum*). „Konstruując rygor dozwolonych ograniczeń, twórcy Konwencji posłużyli się trójczłonowym testem, który nakazuje, by każda ingerencja była przewidziana przez prawo (legalność [formalna – S.S.]), służyła ochronie co najmniej jednego z wyraźnie zidentyfikowanych interesów bądź dóbr (celowość [lub legalność materialna – S.S.]) i była konieczna w demokratycznych społeczeństwie” (Kamiński 2012: 220). Ograniczenia takie występują w identycznej niemal formie przy artykułach 8-11. W orzecznictwie utarła się metoda oceny ograniczeń kolejno przez pryzmat trzech testów, choć zdarza się, że Trybunał bada ograniczenie pod kątem dwóch kryteriów łącznie (Van Dijk, Van Hoof i inni 2006: 334-335). Co do kryterium „prawowitych celów” (ang. *legitimate aims*), których katalog jest zawsze katalogiem zamkniętym „trzeba zwrócić uwagę, że enumeracja tych celów w artykule 9 ustęp 2 przybiera charakter węższy niż w pozostałych przepisach omawianej grupy” (Garlicki 2010: 552). Inaczej sytuacja ma się w przypadku trzeciego kryterium, a więc kryterium „konieczności w demokratycznym społeczeństwie”. Głównie na jego podstawie bowiem wykształciła się doktryna marginesu oceny (ang. *margin of appreciation*), który czasem jest węższy, czasem zaś szerszy, jak w przypadku artykułu 9.

„Mówiąc najogólniej, doktryna ta zastrzega dla państw członkowskich pewną sferę samodzielności w decydowaniu, jak realizować wymagania wynikające z Konwencji w sposób najlepiej korespondujący ze specyfiką warunków lokalnych” (Garlicki 2008: 4). Po raz pierwszy do doktryny tej Trybunał odwołał się w wyroku *Handyside*, w którym po podkreśleniu subsydiarności systemu Konwencji w stosunku do krajowego wymiaru sprawiedliwości stwierdził, że „z uwagi na ich stały i bezpośredni kontakt z żywą tkanką ich społeczeństw to organy państwowe są w lepszej, niż międzynarodowy sędzia, pozycji do wydawania opinii odnośnie (...) „niezbędności” ograniczeń” (*Handyside v. Zjednoczonemu Królestwu* 1976: §48). W następnych paragrafach jednak ETPCz przypomina, że margines ten zawsze podlega „europejskiemu nadzorowi”, a więc

² Ciekawy, aczkolwiek kontrowersyjny pogląd na to zagadnienie proponuje R. Paprzycki stwierdzając, że ze względu na mentalną autonomiczność ludzkiego sumienia, skuteczna ingerencja w tę sferę jest niemożliwa. Artykuł 9 zawierałby więc w takim ujęciu swoiste *superfluum* (Paprzycki 2015: 45).

³ Komisja nie uznała poglądów negujących Holocaust za podlegających ochronie na gruncie artykułu 9. Za to jako podlegający ochronie na gruncie artykułu 9 Trybunał uznał weganizm czy pacyfizm.

⁴ W sprawie znikomej praktycznej użyteczności tego rozróżnienia zob. Brzozowski 2012: 271.

ocenie z perspektywy pewnego uniwersalnego minimum treści danego prawa, które nie może podlegać krajowej relatywizacji poprzez ograniczenia.

Wśród różnych czynników mających wpływ na to, czy margines oceny przysługujący państwu zostanie uznany za szeroki czy wąski L. Garlicki wyróżnia takie jak: natura ograniczanego prawa (np. margines nieistniejący przy prawach absolutnych); natura obowiązków państwa (szerszy margines odnośnie obowiązków pozytywnych); istnienie „wspólnego podejścia” w ustawodawstwie państw stron Konwencji; czy wreszcie „okoliczności stanowiące kontekst ingerencji” oraz „istnienie powszechnie akceptowanego, moralnego bądź kulturowego kontekstu funkcjonowania danego prawa czy wolności w danym społeczeństwie” (Garlicki 2008: 6).

Orzecznictwo ETPCz w sprawach dotyczących noszenia muzułmańskich chust

Leyla Sahin v. Turcji

Sprawa Leyli Sahin jest jedną z najbardziej znanych i najważniejszych spraw, zarówno jeśli chodzi o kwestię muzułmańskich chust w orzecznictwie ETPCz, jak i o wykładnię artykułu 9 Konwencji w ogóle. Jeden z komentatorów pisze nawet, że „mimo, iż w sprawie Sahin Trybunał nie po raz pierwszy próbował ograniczyć zastosowanie religijnych wolności chronionych przez artykuł 9 Konwencji, to jest to najdalej idące ograniczenie osobistych praw i wolności, które dotychczas zaakceptował” (Beliberg 2005: 132). Po raz pierwszy Trybunał wypowiedział się na jej temat w orzeczeniu Izby z dnia 29 czerwca 2004 roku. Sprawa jednak została następnie przekazana Wielkiej Izbie, która wydała ostateczny wyrok w sprawie 10 listopada 2005 roku. Podstawą skargi było niedopuszczenie p. Sahin, studentki medycyny na Uniwersytecie w Stambule do pisemnego egzaminu, ze względu na noszenie przez skarżącą chusty (*Leyla Sahin v. Turcja* 2005: §17). Środki dyscyplinarne przedsięwzięte przez władze uczelni doprowadziły do protestów studenckich, w których skarżąca uczestniczyła. Po tych zdarzeniach dziekan zdecydował się zawiesić p. Sahin w prawach studenta na okres semestru (§24). Trybunał poświęca dużo miejsca analizie konstytucyjnej zasady świeckości w Turcji (wyrażonej w artykule 2 Konstytucji), prawnej regulacji zasad ubioru w placówkach edukacyjnych oraz orzecznictwu tureckiemu w tej materii (§30-54). Następnie Trybunał dokonuje przeglądu narodowych regulacji odnośnie religijnych nakryć głowy w wybranych państwach Europy. Żadna ze stron sprawy (turecki rząd oraz skarżąca) nie kontestowała tego, że do ograniczenia wolności uzewewnętrzniania doszło w badanej sprawie. W tej sytuacji, po ustaleniu, że ograniczenie było przewidziane przez obowiązujące w momencie jego zaistnienia prawo (§98), Trybunał przeszedł do oceny ograniczenia pod kątem niezbędności (konieczności w demokratycznym społeczeństwie). Trybunał, stosowując wypracowane w dotychczasowym orzecznictwie standardy dotyczące wolności wyznania do rzeszonej sprawy rozpoczął od reafirmacji zasady świeckości państwa jako zgodnej z Konwencją i stanowiącej podstawę tureckiego ustroju oraz przypomniał, powołując się na sprawę Refah Partisi, że religijnie motywowane poglądy i zachowania sprzeczne z tą zasadą nie są chronione przez artykuł 9 Konwencji (§114). Następnie przywołał obszernie fragmenty orzeczenia Izby mówiące o potencjalnym

wplywie jaki noszenie symbolu, postrzeganego jako obowiązek religijny może mieć na tych, którzy do tego obowiązku się nie stosują (§115). Dużo uwagi poświęca też Trybunał kwestii równości kobiet i mężczyzn stwierdzając, że obowiązek noszenia chusty jest z nią nie do pogodzenia. Trybunał uznał za konieczne dokonanie również oceny tego, czy doszło do naruszenia artykułu 2 Protokołu nr 1, gwarantującego prawo do edukacji. Skarżąca przyznała, że rząd ma prawo regulować dostęp do edukacji, ale podniosła równocześnie, że uzależnienie tego prawa od porzucenia zwyczaju noszenia chusty czyni je – w jej przypadku – iluzorycznym (§147). ETPCz uznał jednak, że naruszenie było uzasadnione z powodów tych samych co przy artykule 9 – ze względu na proporcjonalność ingerencji oraz prawomocny cel (§158). Wyrok zapadł większością głosów 16 do 1. Zdanie odrębne jednej z sędzi autor omawia niżej.

Dahlab v. Szwajcarii

Decyzją w sprawie *Dahlab v. Szwajcarii*, Trybunał uznał za niedopuszczalną skargę p. Lucii Dahlab, nauczycielki w jednej z genewskich szkół podstawowych. Skarżąca, już po mianowaniu na nauczyciela dokonała konwersji na islam. Chcąc spełnić wymogi nowego wyznania zaczęła pojawiać się w pracy w chuście na głowie. W 1996 roku decyzją władz oświatowych p. Dahlab została zobowiązana do zaprzestania noszenia tradycyjnego okrycia głowy. Skarżąca podniosła naruszenie artykułu 9 oraz artykułu 14 Konwencji. Argumentowała, że fakt noszenia przez nią chusty nie został w żaden sposób odnotowany przez rodziców dzieci lub jej przełożonych przez ponad 3 lata (*Dahlab v. Szwajcarii* 1998: 7). Sposób i treść przekazywanego przez skarżącą nauczania zawsze były „z natury świeckie” (*Dahlab v. Szwajcarii* 1998: 10) a sama skarżąca zawsze wykazywała się tolerancją (*Dahlab v. Szwajcarii* 1998: 11). Trybunał zaznaczył, że „trudno jest ocenić wpływ, jaki tak silny zewnętrzny symbol jak chusta może mieć na wolność sumienia i religii małych dzieci” i wyraził obawę, że zachowanie to może mieć prozelityczny efekt (*Dahlab v. Szwajcarii* 1998: 13). Trybunał stwierdził ponadto, że „zdaje się zatem, iż trudno pogodzić noszenie islamskiej chusty z przesłaniem tolerancji i szacunku dla innych, a ponadto równości i niedyskryminacji, które wszyscy nauczyciele w demokratycznym społeczeństwie muszą przekazywać swoim uczniom” (*Dahlab v. Szwajcarii* 1998: 13).

Dogru v. Francji

Inna rozpoznawana przez ETPCz sprawa dotyczyła p. Belgin Dogru, która będąc uczennicą w szkole podstawowej odmówiła zdjęcia muzułmańskiej chusty podczas zajęć wychowania fizycznego (*Dogru v. Francji* 2008: §7). Zachowanie to powtórzyło się siedmiokrotnie, co skutkowało wydalaniem jej ze szkoły. Rodzice p. Dogru zaskarżyli tę decyzję do Sądu Administracyjnego, a następnie złożyli apelację do Conseil d'Etat, która została odrzucona (§16). Sprawa miała miejsce przed wydaniem ustawy z 15 marca 2004 roku zakazującej noszenia symboli religijnych w szkołach. Skarżąca podniosła, że uchwalenie tej ustawy miało na celu zapewnienie luki prawnej, której istnienia rząd francuski był świadomy i stanowi to dowód na to, że decyzja nie była przewidziana przez prawo w rozumieniu Konwencji. Argumentacja rządu francuskiego skupiała się w dużej mierze

na odwołaniu do „obowiązku uczniowskiej pilności” (ang. *duty of assiduity*), który to był bez wątpienia skodyfikowany w prawie (np. art. L.511-1 i -2 Ustawy o edukacji nr 89-486 z 10 lipca 1989 roku) (§23-24). Poza tym jednak rząd powołał się na opinię Conseil d’Etat z 27 listopada 1989 roku (nr 346.893), w której Rada odniosła się *explicite* do problemu dopuszczalności noszenia chust przez uczennice w świetle zasady świeckości państwa (fr. *laïcité*) zaznaczając, że wnioski z opinii, będącej przedmiotem szerokich debat we francuskim społeczeństwie i mediach, nie mogły być skarżące nieznanne (§35). Skarżąca podniosła, że „dochowała obowiązku uczniowskiej pilności, ale spotkała się z odmową zezwolenia na udział w lekcjach” (§44). Trybunał w orzeczeniu dokonuje analizy francuskiej koncepcji *laïcité* i jej ugruntowania w prawodawstwie (§17-33). Zgodnie z utrwaloną już linią orzeczniczą Trybunał uznał decyzję o wydaleniu skarżącej ze szkoły za „przewidzianą prawem”, które to na gruncie artykułu 9 ustęp 2 powinno być rozumiane „materialnie”, a nie „formalnie”⁵. Dokonując oceny tego czy ograniczenie wolności uzewnętrzniania swojego wyznania było konieczne w demokratycznym społeczeństwie w rozumieniu Konwencji, Trybunał dokonał wielokrotnych odwołań do wcześniejszego orzecznictwa, zwłaszcza sprawy *Leyla Sahin*. Podkreślając, że manifestacja własnych przekonań nie może naruszać praw innych osób, zwłaszcza narażając ich na presję lub wykluczenie, ETPCz ocenił, iż „francuski model państwa sekularnego odpowiada na te obawy” (§71). Trybunał uznał, że decyzja francuskich władz o wydaleniu, poprzedzona próbą rozmowy i negocjacji ze skarżącą nie była nieproporcjonalna (§76) i że była konsekwencją niezastosowania się przez skarżącą do zasad panujących na terenie szkoły, a nie konsekwencją jej przekonań religijnych (§73). Odmowa zezwolenia na uczęszczanie na lekcje wychowania fizycznego w czapce, zamiast chusty mieści się według ETPCz w granicach marginesu oceny państwa (§75).

Inne

Trybunał szereg decyzji o niedopuszczalności skarg wniesionych na gruncie wspomnianego już francuskiego prawa z 15 marca 2004 roku, które mówi, że „w szkołach, gimnazjach i liceach publicznych noszenie symboli lub ubiorów, przez które uczniowie okazują ostentacyjnie przynależność religijną, jest zabronione” (Falski 2006: 77)⁶. Skargi *Aktas v. Francji* (nr 43563/08), *Bayrak v. Francji* (nr 14308/08), *Gamaleddyn v. Francji* (nr 18527/08), *Ghazal v. Francji* (nr 29134/08), *J.Singh v. Francji* (nr 25463/08) oraz *R. Singh v. Francji* (nr 27561/08) zostały odrzucone na tych samych podstawach, a stany faktyczne były w nich niemalże identyczne – skargi dotyczyły wydalenia ze szkół na skutek braku podporządkowania się przez uczniów nowemu zakazowi dotyczącemu symboli religijnych. Trybunał uznał, że wydalenie było proporcjonalne ze względu na fakt, że uczniowie mogli kontynuować naukę korespondencyjnie oraz, co interesujące, zgodził się, że zakaz powinien dotyczyć również „zastępczych nakryć głowy”, gdyż ich noszenie mogłoby być sposobem obejścia prawa (Oświadczenie

⁵ Podobnie zresztą jak na gruncie innych artykułów z tej „grupy” przepisów EKPCz (art. 8-11).

⁶ Autor wyraża w tekście opinię, iż „rozwiązanie wprowadzone ustawą z 15 marca 2004 roku dalekie jest od powszechności reprezentowanej przez Radę Stanu [w jej orzecznictwie – S.S.]”.

prasowe biura Trybunału z 17 lipca 2009 roku, nr 584). Tym samym Trybunał rozstrzygnął kwestię, którą pozostawił bez odpowiedzi w sprawie *Dogru*.

Próba krytyki

Jak trafnie zauważa J. Falski „z orzecznictwa Trybunału daje się wyczytać, że nie istnieje jakiś wyraźnie zarysowany konflikt między islamem a „europejskim porządkiem publicznym”, natomiast bez wątpienia istnieje on między tym porządkiem a islamem fundamentalistycznym (...)” (Falski 2008: 67). Kontrowersji nie stanowi np. ograniczenie wolności w przypadku wojowniczych ugrupowań, takich jak turecka Partia Dobrobytu. Co jednak budzi kontrowersje, i to znaczne, to sposób w jaki Trybunał stara się odróżnić te dwie twarze islamu, a raczej w jaki nie stara się tego robić. Innymi słowy, dokonując oceny praktykowania religii islamu Trybunał zbyt często korzysta z gotowych islamofobicznych klisz i nie stara się gruntownie przeanalizować delikatnej materii relacji między religią muzułmańską i świeckością z jednej strony, a prawami kobiet i równością płci z drugiej.

Zacząć należy chyba od esencjalizacji, której Trybunał dokonał w decyzji *Dehlab*, kategorycznie stwierdzając, że islamska chusta jest nie do pogodzenia z wartościami tolerancji i równości płci. „Nie jest rolą Trybunału wydawanie takich ocen – w tym przypadku jednostronnej i negatywnej – dotyczących religii lub religijnej praktyki (...)” zauważa sędzia Tulkens (Tulkens 2005: §12). Jednak Trybunał wartościowań takich dokonuje w większości późniejszych orzeczeń w tej sprawie, nie starając się nawet zgłębić moralnej i kulturowej ambiwalencji chusty. Jest to odzwierciedlenie popularnych postaw wobec chusty. Dobrym ich przykładem jest sprawa Faizy Silmi, Marokanki, która w 2000 roku wyszła za mąż za Francuza i postanowiła ubiegać się o francuskie obywatelstwo, którego odmówiono jej ze względu na „niedostateczny stopień asymilacji”, tj. noszenie niqabu zakrywającego całe ciało (Davies 2010: 733). Sprawa, która zyskała medialny rozgłos, została skomentowana przez jedną z ówczesnych minister, Fadelę Amara, która określiła niqab jako „więzienie” i „kaftan bezpieczeństwa”, mimo wielokrotnych zapewnień p. Silmi, że noszenie go jest jej własną decyzją (Davies 2010: 734). Oceniając więc symboliczną treść chusty z perspektywy Zachodniej nie dopuszcza się więc żadnego „marginesu oceny”, nie rozpatruje różnych motywacji i kontekstów, w jakich chusta może być noszona, a przyjmuje się uproszczony obraz rzeczy.

Jak pisze jedna z badaczek dyskursu dotyczącego chusty we francuskim społeczeństwie: „W gorące kontrowersji dookoła chusty te obawy [dotyczące nadmiernej seksualizacji zachodniej kultury – S.S.] zostały odstawione na bok, a równość stała się synonimem seksualnego wyzwolenia, które z kolei zostało zrównane z odsłonięciem kobiecego ciała. Podobnie jak to się miało z *laïcité* czy autonomicznym indywidualizmem, francuski system ról płciowych został ustanowiony nie tylko najlepszą, ale jedyną akceptowalną formą organizacji różnic płciowych” (Scott 2007: 156).

Szeroki, zapewne zbyt szeroki, margines postanowił Trybunał zostawić państwu w określaniu ograniczeń noszenia chust. W sprawie Sahin np. wypada podzielić opinię sędzi Tulkens, która pisze, że „Europejski nadzór [nad marginesem oceny – S.S.] był w tym orzeczeniu nieobecny” (Tulkens 2005: §3). Tymczasem, według cy-

towanego już wcześniej, wysoce krytycznego artykułu B. Bleiberga, gdyby Trybunał sam pochylił się nad sytuacją społeczno-prawną w Turcji, to mógłby nie pokładać tak dużego zaufania w tureckiej zasadzie sekularyzmu. Autor cytuje raport Specjalnego Sprawozdawcy ONZ ds. likwidacji wszelkich form nietolerancji religijnej z 2001 roku, w którym pada stwierdzenie, że „Islam traktowany jest w Turcji jak religia państwowa” (Beilberg 2005 :153). Autor opisuje wysokie zaangażowanie państwa tureckiego w prowadzenie szkół religijnych, szkolenie imamów czy nadzór nad meczetami wnioskując, że sekularyzm jest w istocie przykrywką dla państwa aktywnie zaangażowanego w promowanie jednego odłamu islamu: kemalizmu (Beliberg 2005: 154-155).

Francuska zasada *laïcité* też nie okazuje się być konsekwentną separacją państwa od wszelkich przejawów religii. W odpowiedzi na ustawę z 2004 roku dało się słyszeć wiele rozżalonych głosów wytykających szkołom np. brak egzaminów w sobotę, ze względu na Szabat, bezmięsne posiłki w szkolnej stołówce w piątki, czy też malowanie pisanek przed Wielkanocą (Killian 2003: 578). Jeśli tak rzeczywiście jest, to nie należy podtrzymywać dłużej iluzji surowej laickości, ale raczej poczynić ustępstwa na rzecz rozpoznawania przez państwo mniejszości religijnych i ich praktyk. Jest to z resztą coraz popularniejszy trend w polityce państw zachodnich (zob. Kymlicka 2007: 27-55).

W wydaniu multikulturowym państwo stara się akomodować jak najwięcej różnic (etnicznych, religijnych, kulturowych) obywateli bez relegowania ich do sfery stricte prywatnej oraz współtworzyć społeczeństwo celebrujące różnicę raczej niż wypierające ją, jednocześnie samemu zachowując bezstronność i neutralność. Jak słusznie zauważa W. Brzozowski: „zasadnicze kryterium pozwalające racjonalnie ocenić zróżnicowane stany faktyczne związane z obecnością symboli religijnych w miejscu publicznym to „przypisywalność” tych symboli – albo jednostce, albo podmiotowi obdarzonemu władztwem publicznym. Tylko w tym drugim wypadku pojawiają się problemy prawne, z tego samego powodu, co w przypadku uzewewnętrzniania przekonania religijnych przez osoby pełniące funkcje publiczne” (Brzozowski 2012: 276). Innymi słowy, nie budzi wielkich kontrowersji rozumowanie Trybunału w sprawie *Dahlab*, gdzie chusta eksponowana była przez nauczycielkę, a więc osobę reprezentującą w pewien sposób publiczny system edukacji. Natomiast tam, gdzie symbol ten miałby być noszony przez osoby niezwiązane ze sferą publiczną, sytuacja wydaje się być o wiele bardziej zniuansowana.

Zdaniem autora artykułu należałoby dokonać próby komparatywnej oceny między szkodą, jakiej doznać mogą wolności sumienia i wyznania osób trzecich „narażone” na widok chusty w miejscu takim jak szkoła, a szkodą jaką doznać może wolność wyznania, ale też integralność psychiczna w szerszym rozumieniu osoby decydującej się na noszenie takiej chusty, a muszącej z tego zwyczajnie zrezygnować, lub stosować się do niego nad wyraz selektywnie ze względu na państwowy zakaz. Jeśli widok chusty jest w ocenie ETPCz tak „potężnym symbolem” (ang. *powerful symbol*) to należałoby ocenić, czy równie potężnym symbolem nie jest państwowy zakaz i jakie ten symbol może mieć konsekwencje dla osób zainteresowanych.

Skarżąca w sprawie *Sahin* zasadnie zdaje się podnosiła, że studenci uniwersytetu to świadomi dorośli ludzie, decydujący sami o własnym postępowaniu, a jej postępowanie ani nie jest motywo-

wane chęcią ingerencji w czyjąś wolność religijną ani też nie może mieć takiego skutku (*Leyla Sahin v. Turcji* 2005 §101). Sędzia Tulkens również zwraca uwagę, że Trybunał w ogóle nie odniósł się w swoim orzeczeniu do tych argumentów skarżącej (Tulkens 2005: §7). Ponadto, w swoim zdaniu odrębnym zauważa, że sam wpływ, jaki noszenie chusty mogłoby mieć na innych nie spełnia standardu „pałającej społecznej potrzeby”, który przypisuje mu Trybunał. A gdyby uznać, że spełnia, to *per analogiam* trzeba przyjąć, że dyskomfort spowodowany niezgodą z czyjąś opinią uzasadnia ograniczenie wolności słowa, co jest wprost sprzeczne z utrwalonym orzecznictwem Trybunału w tej materii (Tulkens 2005: §8).

Może zamiast dopatrywać się analogii w sprawie *Refah Partisi*, Trybunał powinien poszukać analogii w sprawie *Dudgeon v. Zjednoczonemu Królestwu*, dotyczącej penalizacji kontaktów homoseksualnych przez Irlandię. Rząd bronił się, powołując na ochronę porządku publicznego oraz brak europejskiego konsensusu w tej sprawie, jednakże Trybunał doszedł do wniosku, że „wymiar marginesu swobody zależy nie tylko od istoty celu ograniczenia, ale także od natury zachowań, których ono dotyczy. Obecna sprawa dotyczy najbardziej intymnego aspektu życia prywatnego. Odpowiednio więc muszą wystąpić szczególnie poważne powody, zanim dojdzie do uznania, że ograniczenia były legitymowane” (*Dudgeon v. Zjednoczonemu Królestwu* 1981: §52).

Sprawy chust islamskich nie dotyczą prawa do prywatności z artykułu 8 Konwencji, ale badając postawy kobiet decydujących się na noszenie chusty *mutatis mutandis* można by przyjąć, że sprawy te dotyczą najbardziej doniosłego aspektu życia religijnego i tym samym zawężić przysługujący państwu margines oceny. Ze względu na tę doniosłość właśnie ścisły zakaz noszenia chusty może przynieść skutki odwrotne do zamierzonych. Jeśli Leyla Sahin zdecydowała się na kontynuowanie studiów za granicą, prawdopodobnym jest, że spora część innych kobiet postawionych przed wyborem edukacja lub religia wybierze tę drugą opcję. Włoska politolożka A. Galeotti opisuje zakaz noszenia hidżabu we francuskich szkołach jako dodatkową i niesprawiedliwą barierę wejścia do sfery publicznej dla chcących go nosić kobiet i argumentuje, że „sferę publiczną można z łatwością i powinno się zreinterpretować w taki sposób, aby nikt nie musiał płacić za dostęp do obywatelstwa wyparciem się własnej tożsamości” (Galeotti 1993: 600). W swoim dotychczasowym orzecznictwie jednakże, Trybunał zdaje się starać podtrzymywać tę barierę.

Podsumowanie

Mimo rozwinięcia kompleksowej wykładni artykułu 9 Konwencji, Trybunał w orzeczeniach dotyczących praktyki noszenia muzułmańskich chust wydawał się upraszczać zarówno znaczenie samego tego symbolu, jak i społeczno-prawnych kontekstów, w jakich on funkcjonuje. Istnieje potrzeba ograniczenia przez Trybunał doktryny szerokiego marginesu oceny na rzecz bardziej skrupulatnego badania realnych uwarunkowań funkcjonowania chusty w danym społeczeństwie i w danej sprawie.

Źródłem finansowania badań i artykułu były środki własne autora.

Bibliografia

1. Bleiberg B.D., (2005) *Unveiling the real issue: evaluating the European Court of Human Rights' decision to enforce the Turkish Headscarf Ban in Leyla Sahin v. Turkey*, "Cornell Law Review", tom 91/129.
2. Brzozowski W., (2012) *Uzewnętrzanie przynależności religijnej. Zagadnienia systemowe* [w:] Wieruszewski R., Wyrzykowski M., Kondratiewa-Bryzik L., (red.), *Prawne granice wolności sumienia i wyznania*, Warszawa: Wolters Kluwer.
3. Davies K., (2010) *The veil that covered France's eyes. The right to freedom of religion and equal treatment in immigration and naturalization policies*, "Nevada Law Journal" 10.
4. Decyzja w sprawie *Dahlab v. Szwajcarii*, skarga nr 42393/98.
5. Europejska Konwencja Praw Człowieka, Dz.U. z 10 lipca 1993 roku nr 61, poz. 284.
6. Falski J., (2006) *Państwo laickie wobec problemu prezentowania symboli religijnych* „Państwo i Prawo” nr 6.
7. Falski J., (2008) *Europejskie kryteria wolności sumienia i wyznania a islam*, „Państwo i Prawo” nr 9.
8. Galeotti A., (1993) *Citizenship and equality*, "Political Theory" tom 21, nr 4.
9. Garlicki L., (2008) *Wartości lokalne a orzecznictwo ponadnarodowe – „kulturowy margines oceny” w orzecznictwie strasburskim?* „Europejski Przegląd Sądowy” nr 4.
10. Garlicki L., (2010) *Komentarz EKPCz. Tom I*, Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
11. Kamiński C.I., (2012) *Wolność myśli, sumienia i wyznania a swoboda wypowiedzi* [w:] Wieruszewski R., Wyrzykowski M., Kondratiewa-Bryzik L., (red.), *Prawne granice wolności sumienia i wyznania*, Warszawa: Wolters Kluwer.
12. Killian C., (2003) *The other side of the veil. North African Women in France respond to the headscarf affair*, "Gender & Society", tom 17, nr 4.
13. Kymlicka W., (2007) *Multicultural Odysseys: navigating the new international politics of diversity*, Nowy Jork: Oxford University Press.
14. Nowicki M.A., (2009) *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Warszawa: Wolters Kluwer.
15. Oświadczenie prasowe biura Trybunału z 17 lipca 2009 roku, nr 584.
16. Paprzycki R., (2015) *Prawna ochrona wolności sumienia i wyznania*, Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.
17. Scott J.W., (2007) *The politics of the veil*, Princeton: Princeton University Press.
18. van Dijk P., van Hoof F., van Rijn A., Zwaak L., (red.), (2006) *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerp-Oxford: Oxford University Press.
19. Wyrok z 7 grudnia 1976 roku *Handyside v. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 5493/72.
20. Wyrok z 22 października 1981 roku *Dudgeon v. Zjednoczonemu Królestwu*, skarga nr 7525/76.
21. Wyrok z 25 lutego 1982 roku *Campbell and Cosans v. Zjednoczonemu Królestwu*, skargi nr 7511/76; 7743/76.
22. Wyrok z 25 maja 1993 roku w sprawie *Kokkinakis v. Grecji*, skarga nr 14307/88.
23. Wyrok z 24 lutego 1998 roku w sprawie *Larissis i inni v. Grecji*, skargi nr 23372/94; 26377/94; 26378/94.
24. Wyrok Wielkiej Izby z 18 lutego 1999 roku, *Buscarini i Inni v. San Marino*, skarga nr 24645/94.
25. Wyrok Wielkiej Izby z 10 listopada 2005 roku, *Leyla Sahin v. Turcja*, skarga nr 4474/98.
26. Wyrok z 4 grudnia 2008 roku, *Dogru v. Francji*, skarga nr 27058/05.

