

S P I S T R E Ś C I

- 7 **Bogusława Bednarczyk:** Wprowadzenie
- 13 **Marta Kolendowska:** Orzecznictwo sądów Unii Europejskiej w zakresie ochrony praw człowieka
- 33 **Magdalena Bainczyk:** Konstytucyjno-prawne problemy otwarcia krajowego porządku prawnego na prawo unijne na przykładzie wyroku Trybunału Konstytucyjnego i Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w Karlsruhe w sprawie europejskiego nakazu aresztowania
- 59 **Rolf Grawert:** Balancing Human Dignity, Life and Security. On Dogmatic Structures of Fundamental Rights in Times of Terrorism
- 73 **Bogusława Bednarczyk:** Rethinking Human Rights Promotion and Protection in the Context of the War on Terror in the Twenty First Century
- 87 **Agnieszka Sadecka:** Immigrants in the Second Generation: Challenge to the French Model of Integration
- 99 **Rett R. Ludwikowski:** Education and Promotion of Human Rights from a European and American Perspective
- 117 **Magdalena Bainczyk:** Konstytucyjno-prawne aspekty wolności religijnej w Niemczech w świetle orzecznictwa najwyższych sądów
- 141 **San-Yi Yang:** Europeanization and the Promotion of Political Development in Poland
- 155 **Magda Gołaś-Podolec:** Porównanie europejskiego i interamerykańskiego systemu ochrony praw człowieka
- 183 **Michał Matyasik:** Weakening of Democratic Standards in Poland 2005–2007

Varia

- 199 **Roman Kajtoch:** Prawa człowieka w Chinach
- 205 Migration from Poland to the United Kingdom after the Enlargement of the European Union in 2004 – Interview with Professor Joseph R. Carby-Hall, 25 August 2008

Recenzje

- 219 **Bogusława Bednarczyk:** Paul Taylor, *The End of European Integration*, [Routledge, London and New York 2008]
- 227 **Marta Kolendowska:** Jerzy Zajadło, *Odpowiedzialność za mur. Procesy strzelców przy murze berlińskim*, [Wydawnictwo Arche, Gdańsk 2003]

S P I S T R E Ś C I

- 231 **Maciej Brachowicz:** Pierre Manent, *Democracy without Nations? The Fate of Self-Government in Europe*, [wyd. amerykańskie Wilmington 2007, wyd. oryginalne Paryż 2006]

Sprawozdania

- 239 **Spasimir Domaradzki:** Sprawozdanie z wyjazdu naukowego w ramach programu „Erasmus” do Radboud University, Nijmegen, Holandia (20–29 marca 2008 r.)
- 243 **Noty o autorach**



Marta Kolendowska

ORZECZNICTWO SĄDÓW UNII EUROPEJSKIEJ W ZAKRESIE OCHRONY PRAW CZŁOWIEKA

Wprowadzenie

Ochrona praw człowieka we współczesnej Europie jest niewątpliwie gwarancją przestrzegania prawa międzynarodowego, wspólnotowego, a tym samym również prawa krajowego państw tworzących Europę. Powyższy fakt dostrzega również Unia Europejska¹, która podejmuje szereg działań zmierzających do utworzenia efektywnego systemu ochrony praw człowieka na gruncie prawa unijnego. W niniejszym opracowaniu podjęta zostanie próba scharakteryzowania unijnych uregulowań w zakresie ochrony praw człowieka, a także wskazana zostanie linia orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości i Sądu I Instancji odnosząca się do praw podstawowych.

Uregulowania prawa wspólnotowego w zakresie ochrony praw człowieka

W prawie Unii Europejskiej nie ma dokumentu prawnie wiążącego², w którym zdefiniowane byłoby pojęcie praw człowieka, niemniej niektóre traktaty unijne odnoszą się w swych uregulowaniach do tego zagadnienia. Sądy UE posługują się natomiast terminem „prawa podstawowe”. Problematyka praw człowieka prze-

¹ Dalej: UE.

² Do czasu ratyfikowania i wejścia w życie Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, tzw. Traktatu lizbońskiego, o czym szerzej w dalszej części opracowania.



wija się również coraz częściej w polityce wewnętrznej i zewnętrznej UE. Pierwszym wyraźnym sygnałem świadczącym o tym, iż Wspólnoty Europejskie mają na względzie prócz praw ekonomicznych – dotąd eksponowanych we wspólnotowych uregulowaniach prawnych – również i prawa podstawowe, była Wspólna Deklaracja z 5 kwietnia 1977 r., w której Parlament Europejski, Rada oraz Komisja podkreśliły „podstawowe znaczenie, jakie przywiązują do ochrony praw podstawowych” oraz zadeklarowały, że „wykonując swoje kompetencje i realizując swoje cele Wspólnoty Europejskie szanują i będą szanować te prawa”³.

Pierwsze wspólnotowe uregulowania odnoszące się do praw człowieka znalazły się w Traktacie Wspólnot Europejskich⁴, w szczególności w art. 13⁵, który stanowi, iż

bez szkody dla innych postanowień tego Traktatu i w obrębie kompetencji, jakie on [Traktat] powierzył Wspólnocie, Rada, działając jednomyślnie na wniosek Komisji i po konsultacji z Parlamentem Europejskim, może podjąć środki w celu zwalczania dyskryminacji ze względu na płeć, rasę lub pochodzenie etniczne, religię lub wiarę/przekonania, niepełnosprawność, wiek lub orientację seksualną.

Art. 177 TWE⁶ z kolei stanowi w ust. 1, iż

polityka Wspólnoty w zakresie współpracy na rzecz rozwoju, która będzie uzupełnieniem polityki prowadzonej przez [poszczególne] państwa członkowskie, będzie sprzyjać – rozwojowi gospodarczemu i społecznemu krajów rozwijających się, a w szczególności najmniej rozwiniętych spośród nich – harmonijnej i stopniowej integracji krajów rozwijających się z gospodarką światową – walce z ubóstwem w rozwijających się krajach.

Bezpośrednie odwołanie do praw człowieka znajduje się w ust. 2 cytowanego wyżej artykułu TWE, który stanowi, iż

polityka Wspólnoty w tej sferze [tj. polityka na rzecz rozwoju] będzie przyczyniać się do osiągnięcia ogólnego celu rozwoju i wzmacniania demokracji i zasad prawa i poszanowania praw człowieka i podstawowych wolności.

Ust. 3 cytowanego artykułu TWE zawiera w sobie deklarację Wspólnot, iż wszystkie państwa członkowskie „szanują zobowiązania i cele, jakie zadeklarowały w ramach ONZ i innych tego typu organizacji międzynarodowych”. Artykuł 136⁷

³ Dz.U. WE, L 151 z 10 VI 1977 r., tekst Deklaracji dostępny na stronie: www.eur-lex.europa.eu.

⁴ Traktat Wspólnot Europejskich został sporządzony w Rzymie 25 III 1957 r., Dz.U. WE, C 325 z 24 XII 2002 r. – wersja skonsolidowana, dostępna na stronie: www.eur-lex.europa.eu [dalej: TWE].

⁵ Przed wejściem w życie Traktatu amsterdamskiego, który wprowadził nową numerację do TWE – dawny art. 6a. Traktat amsterdamski podpisany został 2 X 1997 r., wszedł w życie 1 V 1999 r. Tekst Traktatu dostępny jest na stronie: www.eur-lex.europa.eu.

⁶ Dawny art. 130 TWE.

⁷ Dawny art. 117 TWE.

TWE z kolei stanowi odwołanie do Europejskiej Karty Społecznej⁸ i Wspólnotowej Karty Socjalnych Praw Podstawowych z 1989 r., w którym to artykule Wspólnoty wskazują na rangę tychże praw, natomiast art. 141 TWE odnosi się do praw pracowniczych, w tym do równego traktowania mężczyzn i kobiet w zatrudnieniu. Artykuł 308 TWE⁹ daje upoważnienie Radzie do podejmowania właściwych działań/środków do osiągnięcia celów Wspólnoty, jeśli TWE takowych nie przewidywał. Podjęcie takich działań przez Radę musi być najpierw zawnioskowane przez Komisję i skonsultowane z Parlamentem Europejskim.

Pojawił się pogląd, iż ochrona praw człowieka stanowi ochronę na poziomie traktatowym (choćby z uwagi na powyżej przytoczone uregulowania TWE) i Wspólnota – przy tak skonstruowanym przepisie art. 308 TWE – może uchylać przepisy zapewniające ochronę tychże praw. Pogląd ten jednak został skrytykowany przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości, który w opinii nr 2/94 jednoznacznie stwierdził, iż art. 308 TWE „nie może służyć poszerzeniu zakresu uprawnień Wspólnot poza tymi, jakie zostały określone w TWE”¹⁰. W Preambule Jednolitego Aktu Europejskiego z 1986 r.¹¹ państwa członkowskie postanowiły popierać ustrój demokratyczny, a działania w tym celu miały być oparte na prawach zawartych w konstytucjach oraz ustawach tychże państw, Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności¹² oraz Europejskiej Karcie Socjalnej. Odwołanie do praw podstawowych znalazło się nadto w Traktacie z Maastricht, zwanym Traktatem o Unii Europejskiej¹³. Artykuł 6¹⁴ TUE w ust. 1 i 2 stanowi, iż

Unia oparta jest na zasadach wolności, demokracji, poszanowaniu praw człowieka i podstawowych wolności, zasadach prawa – wspólnych dla państw członkowskich. [...] UE wyraża szacunek dla praw i wolności zapisanych w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności podpisanej w Rzymie 4 lipca 1950 r., a także dla wspólnych praw wynikających z tradycji prawa konstytucyjnego poszczególnych państw członkowskich, które to prawa są zasadami ogólnymi prawa wspólnotowego.

W ust. 4 cytowanego artykułu UE deklaruje, iż zapewni środki niezbędne do osiągnięcia jej celów i prowadzenia swej polityki. Mając to na uwadze, można wyciągnąć wniosek, że na gruncie prawa wspólnotowego prawa człowieka zalicza się do kategorii praw podstawowych, a pojęcie ochrony praw człowieka obejmuje nie

⁸ Podpisanej w Turynie 18 X 1961 r. (Dz.U. z 1999 r., Nr 8, poz. 67).

⁹ Dawny art. 235 TWE.

¹⁰ K. Wójtowicz, *Ochrona praw człowieka w Unii Europejskiej*, [w:] *System ochrony praw człowieka*, red. B. Banaszak et al., wyd. 2, Kraków 2005, s. 209.

¹¹ Jednolity Akt Europejski to umowa międzynarodowa zawarta w ramach Wspólnot Europejskich, która weszła w życie w 1987 r. Tekst Aktu dostępny na stronie: www.eur-lex.europa.eu.

¹² Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 [dalej: EKPCz; Konwencja].

¹³ Podpisany 7 II 1992 r., wszedł w życie 1 XI 1993 r. (Dz.U., C 340, z 10 XI 1997 r. – wersja skonsolidowana). Tekst Traktatu dostępny na stronie: www.eur-lex.europa.eu [dalej: TUE].

¹⁴ Numeracja stosowana w Traktacie o Unii Europejskiej zawiera już zmiany wprowadzone na mocy Traktatu z Nicei. Traktat z Nicei podpisany został 26 II 2001 r., wszedł w życie 1 II 2003 r. Tekst Traktatu dostępny na stronie: www.eur-lex.europa.eu.

tylko prawa zawarte w pierwotnym prawie wspólnotowym, ale przede wszystkim prawa wynikające z systemów konstytucyjnych państw członkowskich oraz praw zawartych w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Naruszenie zasad wyrażonych w art. 6 TUE może pociągnąć za sobą konsekwencje określone w art. 7 TUE, w szczególności, zgodnie z art. 7 ust. 1, TUE na uzasadniony wniosek jednej trzeciej państw członkowskich, Parlamentu Europejskiego lub Komisji, Rada, stanowiąc większością czterech piątych swych członków, po uzyskaniu zgody Parlamentu Europejskiego może skierować stosowne zalecenia do państwa członkowskiego, którego działalność zagraża naruszeniem praw i wolności zagwarantowanych w cytowanym wyżej artykule. Natomiast w przypadku stwierdzenia naruszenia tychże praw i wolności Rada – na podstawie art. 7 ust. 3 TUE – stanowiąc większością kwalifikowaną, może zdecydować o zawieszeniu niektórych praw wynikających ze stosowania niniejszego Traktatu dla tego państwa, łącznie z prawem do głosowania przedstawiciela rządu danego państwa w Radzie. W art. 11 ust. 1 TUE zostały zapisane cele polityki wewnętrznej i zagranicznej Unii, wśród których znalazła się ochrona wspólnych wartości, podstawowych interesów, niezawisłości i integralności Unii zgodnie z zasadami wyrażonymi w Karcie Narodów Zjednoczonych, umacnianie bezpieczeństwa Unii, rozwijanie oraz umacnianie demokracji i państwa prawnego, utrzymanie pokoju i bezpieczeństwa międzynarodowego, a także poszanowanie praw człowieka i podstawowych wolności. Państwem członkowskim UE nie może natomiast – zgodnie z art. 49 TUE – zostać państwo, które nie szanuje zasad wyrażonych w art. 6 TUE. Na koniec należy zauważyć, iż katalog praw człowieka chronionych w ramach Unii Europejskiej zawiera Karta Praw Podstawowych UE¹⁵.

Prace nad KPP rozpoczęły się w 1999 r., natomiast tekst Karty został przyjęty i podpisany przez premierów rządów wszystkich państw członkowskich UE w Nicei 7 grudnia 2000 r. KPP została przyjęta przez trzy organa Unii – Radę, Komisję i Parlament Europejski – jedynie jako polityczna deklaracja i do dziś nie uzyskała statusu aktu prawnie wiążącego. Taki status miała nadać KPP Konstytucja Unii Europejskiej. Chociaż – jak już to zostało wspomniane – Karta Praw Podstawowych nie jest, do czasu ratyfikowania i wejścia w życie Traktatu lizbońskiego, dokumentem prawnie wiążącym, to jej polityczny wymiar jest na tyle silny, iż niejednokrotnie w aksjologii UE podkreślano, że waga Karty wykracza znacznie „poza ścisłe ramy prawne, o czym świadczą liczne opracowania poświęcone Karcie i jej miejscu w systemie ochrony praw podstawowych”¹⁶, a także fakt, iż Karta „torować może drogę nowym standardom systemu ochrony praw jednostki w UE – gdyby dokonać analogii z Powszechną Deklaracją Praw Człowieka, która również w chwili uchwalania nie miała charakteru prawnie wiążącego, a jednak odegrała ogromną

¹⁵ Dz.U. UE, C 303, z 14 XII 2007 r. [dalej: KPP oraz określenie: Karta], tekst Karty dostępny na stronie: www.eur-lex.europa.eu.

¹⁶ K. Wójtowicz, *op. cit.*, s. 225.

rolę w kształtowaniu uniwersalnego systemu praw człowieka¹⁷. Świadczy o tym również okoliczność, iż postanowienia Karty znajdują zastosowanie w orzecznictwie unijnych sądów. Odwołanie do respektowania praw człowieka zawiera również Konstytucja UE¹⁸. Projekt konstytucji UE opracowany został przez specjalnie ustanowiony w tym celu Konwent Unii Europejskiej¹⁹. Ostateczny tekst Traktatu został zatwierdzony przez Radę Europejską 18 czerwca 2004 r., a następnie 25 października 2004 r. w Rzymie wszystkie kraje członkowskie UE uroczyście podpisały tekst Traktatu²⁰ i od tego momentu rozpoczął się – jak się później okazało dość skomplikowany – proces jego ratyfikacji²¹.

Traktat Konstytucyjny UE składa się z Preambuły i czterech części. Pierwsza część zawiera uregulowania ogólne – w tym dotyczące kompetencji i instytucji UE oraz jej celów, część druga – co ważne z uwagi na przedmiot niniejszego opracowania – zawiera omawianą wyżej Kartę Praw Podstawowych²², część trzecia odnosi się do polityki funkcjonowania UE, a część czwarta zawiera postanowienia końcowe. Preambuła Traktatu Konstytucyjnego zakłada oparcie Unii na zasadach wolności, demokracji, prawach człowieka i podstawowych wolnościach, wskazuje przy tym na kulturowe, religijne i humanistyczne dziedzictwo Europy²³. Włączenie z kolei postanowień KPP do Traktatu Konstytucyjnego UE miało z jednej strony nadać Kartę moc prawnie wiążącą, z drugiej zaś wzmocnić Traktat przez podniesienie jego walorów w zakresie uregulowań dotyczących ochrony praw człowieka.

Podkreślić należy, że „analizując postanowienia Traktatu Konstytucyjnego, w tym Karty, niektórzy autorzy uważają, iż Traktat zawiera nadmierną kumulację praw i wartości [...]”, ale „czy jest to nadmierna kumulacja, to trudno jednoznacznie stwierdzić. Wydaje się, że katalog zawartych w Traktacie wartości ma zdecydowanie charakter integracyjny i perspektywiczny”²⁴. Konstytucja miała wejść w życie zamiast dotychczas obowiązujących Traktatów unijnych, w tym Trakta-

¹⁷ B. Banaszak, *Opinia na temat zalet i wad Karty Praw Podstawowych UE*, s. 1, opinia dostępna na stronie Rzecznika Praw Obywatelskich, www.rpo.gov.pl; szerzej zob. *Stanowisko Rady Doradczej do spraw Praw Człowieka przy Ministrze Spraw Zagranicznych*, [w:] *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej*, Warszawa 2001, s. 55.

¹⁸ Zwana Traktatem Konstytucyjnym Unii Europejskiej (Dz.U. UE, C 310, z 16 XII 2004 r.). Tekst Konstytucji UE dostępny na stronie: www.eur-lex.europa.eu.

¹⁹ Konwentowi przewodniczył Valéry Giscard d'Estaing.

²⁰ Bułgaria, Rumunia i Turcja, jako kraje starające się w tym czasie o członkostwo w UE, podpisały jedynie Akt Końcowy Traktatu.

²¹ Aby postanowienia Traktatu Konstytucyjnego UE mogły wejść w życie, musiał on być ratyfikowany we wszystkich krajach członkowskich UE.

²² KPP została włączona do Traktatu w prawie niezmienionym kształcie od daty jej uchwalenia w Nicei w 2000 r. W tym miejscu należy wspomnieć, że zmianie uległ art. 52 KPP, poprzez dodanie w ust. 5 uregulowania odnoszącego się do zasad zawartych w KPP.

²³ To właśnie Preambuła była jednym z punktów niezgody w procesie ratyfikacji Traktatu Konstytucyjnego w poszczególnych państwach członkowskich UE, albowiem niektóre państwa, w tym Polska, zarzucały brak odwołania w Preambule do wartości chrześcijańskich.

²⁴ H. Machińska, *Aksjologia w Unii Europejskiej a Europejska Konwencja Praw Człowieka*, tekst dostępny na stronie: www.ms.gov.pl, s. 22–23.

tu rzymskiego i Traktatu z Maastricht, tworząc tym samym nową jakość prawa pierwotnego UE. Z ważniejszych postulatów Traktatu, istotnych z uwagi na temat niniejszego opracowania, można wymienić postulat nadrzędności prawa unijnego nad przepisami prawa krajowego poszczególnych państw członkowskich UE czy uzyskanie przez Unię osobowości prawnej. Nadto Traktat zawiera przepis, który zezwala Unii na przystąpienie do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Ostatecznie Traktat Konstytucyjny UE do dziś nie wszedł w życie z uwagi na fiasko procesu jego ratyfikacji. Panaceum na powyższe zaproponowały Niemcy – sprawujące od 1 stycznia 2007 r. prezydencję w UE – przedstawiając możliwość zastąpienia dotychczasowego Traktatu Konstytucyjnego UE innym traktatem, który byłby rozwiązaniem kompromisowym, a przez to miałyby szansę zostać ratyfikowany przez wszystkie państwa członkowskie UE. Ostatecznie na szczycie Unii Europejskiej, który odbył się w czerwcu 2007 r., wypracowano Mandat dla Konferencji Międzyrządowej, którego celem było przygotowanie ostatecznego projektu Traktatu Reformującego Unię Europejską, który będzie nosić nazwę „Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej”²⁵.

Zgodnie z Mandatem przyszły Traktat nie będzie nosił nazwy „konstytucji”, pominięto również artykuł traktujący o symbolach Unii, zrezygnowano z określenia Minister Spraw Zagranicznych Unii na rzecz Wysokiego Przedstawiciela UE ds. Zagranicznych i Polityki Bezpieczeństwa, co miało na celu, jak się wydaje, usunięcie wszelkich zapisów, które mogłyby kojarzyć się z nadaniem atrybutu państwowości Unii Europejskiej, wprowadzono nowy system głosowania w Radzie UE, zniesiony został system filarowy, nowy Traktat reformujący Unię nie uchyła też dotychczasowych Traktatów, a jedynie wprowadza do nich zmiany²⁶. Do Traktatu Unii Europejskiej została inkorporowana większość postulatów I Tytułu Traktatu Konstytucji UE, zaś do Traktatu Wspólnot Europejskich został włączony III Tytuł Traktatu Konstytucyjnego, tj. uregulowania dotyczące wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa. Unii Europejskiej została nadana osobowość prawna i stała się ona następczynią Wspólnot Europejskich. Zgodnie z Mandatem tekst Karty Praw Podstawowych nie został inkorporowany do żadnego z traktatów, natomiast nowy Traktat zakłada w jednym z artykułów nadanie Karcie mocy prawnie obowiązującej²⁷. Należy tu dodać, iż Wielka Brytania wynegocjowała w Mandacie specjalny, Dodatkowy Protokół do Karty (tzw. Protokół brytyjski), który miał regulować dostosowanie Karty do brytyjskiego wymiaru sprawiedliwości. W szczególności art. 1 Protokołu miał stanowić o tym, iż Karta nie będzie

²⁵ Zwany również Traktatem z Lizbony.

²⁶ Szerzej zob. A. Wyrzumska, *Mandat Konferencji Międzyrządowej z 2007 r. a umocnienie ochrony praw podstawowych – status Karty Praw Podstawowych i przystąpienie UE do EKPCz*, opracowanie dostępne na stronie Rzecznika Praw Obywatelskich: www.rpo.gov.pl, s. 1 i nast.

²⁷ Szerzej zob. *Action Committee For European Democracy*, „A New Treaty and Supplementary Protocols”, Brussels, 4 June 2007, Contribution to the Debate on Europe’s Political Prospects in the Perspective of the European Council of 21–22 June 2007, Explanatory Memorandum, The Constitutional Treaty: A Comparative Text, 15 August 2007, www.unizar.es/euroconstitution/Treaties.

rozszerzać możliwości ETS i innego Trybunału czy sądu do ingerencji w prawo wewnętrzne Wielkiej Brytanii. Przed podpisaniem Traktatu Reformującego UE prawo do przystąpienia do Protokołu brytyjskiego zastrzegły sobie dwa państwa członkowie UE, a mianowicie Polska²⁸ i Irlandia. Na forum międzynarodowym trwała dyskusja, czy powyższe dążenia Wielkiej Brytanii, a także Polski i Irlandii były słuszne²⁹. Ostatecznie tekst Traktatu Reformującego UE został przedłożony państwom członkowskim na szczycie UE w Lizbonie. Szczyt zaplanowano na dwa dni, tj. na 18 i 19 października 2007 r., ale praktycznie już w pierwszym dniu szczytu doszło do kompromisu³⁰, zgodnie z którym istniały realne szanse na to, by nowy Traktat UE – zwany Traktatem lizbońskim, został podpisany przez wszystkie kraje członkowskie Unii. Tak też się stało, albowiem w 13 grudnia 2007 r., w Lizbonie doszło do podpisania Traktatu Reformującego Unię Europejską³¹. Traktat lizboński

²⁸ W Polsce rozgorzała dyskusja na temat KPP, a w szczególności jej postanowień, które odnoszą się do zakazu dyskryminacji. Podkreślić należy, że „Dziennik” z 30 VI–1 VII 2007 r. doniósł, iż premier Jarosław Kaczyński potwierdził odrzucenie przez Polskę części zapisów KPP: przede wszystkim bezwzględny zakaz dyskryminacji. „Chodzi o to – jak wyjaśnił premier – aby w oparciu o ten fragment nie narzucano Polsce rozwiązań odnoszących się do spraw moralnych i obyczajowych, takich jak na przykład zawieranie małżeństw homoseksualnych”. Według Kaczyńskiego, takie działania byłoby „przeciwko polskim obyczajom i polskiej integralności kulturowej”; przypomnieć zaś należy, iż Polska w deklaracji nr 39 złożonej do Traktatu akcesyjnego, a odnoszącej się właśnie do kwestii dotyczących moralności publicznej podniosła, iż „Rząd Rzeczypospolitej Polskiej rozumie, że nic w postanowieniach Traktatu o Unii Europejskiej, Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską i postanowieniach traktatów zmieniających lub uzupełniających te traktaty, nie stanowi dla państwa polskiego przeszkody w regulowaniu kwestii o znaczeniu moralnym, jak również tych odnoszących się do życia ludzkiego”. Szerzej zob. A. Wyrzomska, *op. cit.*, s. 11. Dodać tu wypada, że ówczesny rzecznik MSZ Robert Szaniawski potwierdził, iż na szczycie w Brukseli Polska zadeklarowała możliwość przystąpienia do Protokołu brytyjskiego („Rzeczpospolita”, 28 VI 2007). Jeszcze przed szczytem w Lizbonie, który rozpoczął się 18 X 2007 r., z doniesień mediów wynikało, iż Polska skłonna jest przystąpić do Protokołu brytyjskiego. W obliczu wyborów parlamentarnych, które odbyły się w Polsce 21 X 2007 r. i wygranej Platformy Obywatelskiej, stanowisko Polski dotyczące podpisania Karty Praw Podstawowych mogło jednak ulec zmianie, zwłaszcza że z wypowiedzi lidera Platformy Obywatelskiej Donalda Tuska wynikało, iż sprawa Karty go interesowała, było więc prawdopodobne, że Polska 12 XII 2007 r. opowie się za jej podpisaniem. Jednak w exposé wygłoszonym 23 XI 2007 r. premier Tusk wyraził odmienne stanowisko i skłaniał się już do przystąpienia Polski do Protokołu brytyjskiego. Premier podkreślił, że KPP jest aktem pożytecznym, ale dla Polski priorytetową kwestią stało się pozytywne przeprowadzenie procesu ratyfikacyjnego Traktatu lizbońskiego, a akt podpisania Karty (bez zastrzeżeń zawartych w Protokole brytyjskim) mógłby zakłócić ten proces.

²⁹ Rzecznik Praw Obywatelskich w oświadczeniu z 29 VI 2007 r. podkreślił, iż: „Zastrzeżenie przez Polskę możliwości przystąpienia do tego Protokołu podczas przyszłej Konferencji Międzyrządowej daje Rządowi Rzeczypospolitej swobodę w podjęciu decyzji, w tym kwestii, która powinna być – zdaniem Rzecznika Praw Obywatelskich – przedmiotem głębokiej analizy. Tego rodzaju analizie Karty powinna towarzyszyć dyskusja nad jej postanowieniami oraz wynikającymi z jej przyjęcia konsekwencjami. Rzecznik Praw Obywatelskich – jako konstytucyjny organ stojący na straży praw i wolności – będzie podejmował starania, by decyzja o ewentualnym przyjęciu Karty przez Rząd Rzeczypospolitej została podjęta po przeprowadzeniu tego rodzaju analizy i dyskusji, która zresztą została już zainicjowana” („Oświadczenie Rzecznika Praw Obywatelskich dra Janusza Kochanowskiego odnośnie do unijnej Karty Praw Podstawowych po brukselskim szczycie Rady Europejskiej w dniach 21–22 VI 2007 r.”, Warszawa, 29 VI 2007 r., dostępne na stronie www.rpo.gov.pl, s. 2).

³⁰ Kompromis dotyczył m.in. nowego systemu głosowania, według którego decyzje w UE zapadać mają większością 55% państw, reprezentujących 65% ludności (a zdaniem polskiej dyplomacji mechanizm z Joaniny będzie można w przyszłości zmieniać tylko jednomyślnie), ograniczenia prawa weta, które pozostałoby praktycznie jedynie w dziedzinie polityki zagranicznej i podatkowej UE, por. „Rzeczpospolita”, 19 X 2007.

³¹ Dz.U. UE, C 306, z 17 XII 2007 [dalej: TL]. Wejście w życie Traktatu z Lizbony planowane jest na dzień 1 IX 2009 r. i do tego czasu tekst Traktatu winien być ratyfikowany we wszystkich krajach członkowskich UE.

został przyjęty zgodnie z uzgodnieniami zawartymi w omawianym wyżej Mandacie. Dzień wcześniej natomiast, tj. 12 grudnia 2007 r. państwa członkowskie UE podpisały Kartę Praw Podstawowych³².

W pierwszej kolejności podkreślić należy, iż do preambuły TUE został dodany nowy akapit³³, w którym znajduje się odniesienie do źródeł wartości – uznawanych w Unii – leżących u podstaw praw człowieka, wolności, demokracji, równości i państwa prawnego, tj. do kulturowego, religijnego i humanistycznego dziedzictwa Europy. Zrezygnowano ponownie z odwoływania się w Preambule do wartości chrześcijańskich³⁴. Znamienne uregulowania dla ochrony praw człowieka zawierać będzie nowy art. 6 TUE. Traktat lizboński nadaje cytowanemu wyżej artykułowi następujące brzmienie:

Art. 6 ust. 1 TUE: Unia uznaje prawa, wolności i zasady określone w Karcie Praw Podstawowych z 7 grudnia 2000 r., w brzmieniu dostosowanym 12 grudnia 2007 r. w Strasburgu, która ma taką samą wartość prawną jak Traktaty. Postanowienia Karty w żaden sposób nie rozszerzają kompetencji Unii określonych w Traktatach. Prawa, wolności i zasady zawarte w Karcie są interpretowane zgodnie z postanowieniami ogólnymi określonymi w tytule VII Karty, regulującymi jej interpretację i stosowanie oraz z należyty uwzględnieniem wyjaśnień, o których mowa w Karcie, które określają źródła tych postanowień.

Art. 6 ust. 2 TUE: Unia przystępuje do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Przystąpienie do Konwencji nie narusza kompetencji Unii określonych w Traktatach.

Art. 6 ust. 3 TUE: Prawa podstawowe, zagwarantowane w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności oraz wynikające z tradycji konstytucyjnych, wspólnych państwom członkowskim, stanowią część prawa Unii jako zasady ogólne prawa³⁵.

Zgodnie z ust. 1 cytowanego art. 6 TUE – KPP będzie częścią prawa pierwotnego UE³⁶, stanie się aktem prawnie obowiązującym i wiążącym, a nie jedynie deklaracją polityczną³⁷. Jak wynika z cytowanego wyżej artykułu, Unia uznaje pra-

³² Do Karty zostały dołączone „Wyjaśnienia dotyczące Karty Praw Podstawowych” (Dz.U. UE, C 303/02).

³³ „Inspirowani kulturowym, religijnym i humanistycznym dziedzictwem Europy, z którego wynikają powszechne wartości, stanowiące nienaruszalne i niezbywalne prawa człowieka, jak również wolność, demokracja, równość oraz państwo prawne” – art. 1 pkt 1 a TL.

³⁴ Jednakże z uwagi na fakt, iż nowy traktat nie będzie Konstytucją UE, brak odwołania w Preambule do wartości chrześcijańskich nie powinien być już kwestionowany przez niektóre państwa członkowskie, w tym przez Polskę, co będzie miało znaczenie w procesie ratyfikacji Traktatu.

³⁵ Zmiany wprowadzone na mocy art. 1 pkt 8 TL.

³⁶ Dzięki temu będzie mogła być stosowana bezpośrednio, tzn. „będzie stanowiła bezpośrednie źródło prawa jednostki, o ile norma KPP będzie spełniała kryteria bezpośredniej skuteczności” i pośrednio tzn. „dla celów interpretacji prawa krajowego znajdującego się w zakresie działania prawa UE” (w zakresie kompetencji UE), a „w przypadku konfliktu z normą krajową – do KPP stosowana będzie zasada prymatu prawa wynikającego z Karty w stosunku do prawa krajowego znajdującego się w zakresie kompetencji UE”; A. Wyrzomska, *op. cit.*, s. 5.

³⁷ Podkreślić należy, iż fakt nadania Karcie mocy aktu prawnie wiążącego, za pomocą uchwalonego w tym względzie stosownego artykułu, a nie przez włączenie postanowień Karty do Traktatu UE – tak jak w przypadku Traktatu Konstytucji UE – ma również wydźwięk czysto polityczny i ma na celu pozbawienie nowego Traktatu Reformującego UE jakichkolwiek cech konstytucji. Dzięki temu zabiegowi proces ratyfikacji Traktatu wydaje się o wiele łatwiejszy.

wa i wolności wyrażone w KPP. Karta zaś ma taką samą rangę prawną jak Traktaty. Anna Wyrozumska twierdzi:

Zgoda państw członkowskich wyrażona w Mandacie [a następnie w Traktacie lizbońskim] dotycząca nadania Karcie charakteru prawnie wiążącego, stanowi ważny etap w rozwoju UE. Pospunięcie to wzmacnia w istotny sposób ochronę praw fundamentalnych. Jest ważne dla obywateli. Będą oni bowiem mogli, powołując się bezpośrednio na Kartę (w tych przypadkach, w których tworzy ona prawa bezpośrednio skuteczne), dochodzić swoich praw opartych na prawie UE przed sądami UE (w tym zatem i sądami krajowymi). Szereg z tych praw stanowi powtórzenie praw zawartych w EKPCz czy w konstytucjach państw członkowskich, a więc i tak mogły być powoływane przez jednostkę. Niemniej teraz w KPP prawa te są z pewnością „bardziej widoczne” i przez to łatwiej będzie się na nie powoływać. Karta ma dla jednostki znaczenie gwarancyjne. Praw nie będzie trzeba poszukiwać w innych źródłach, ich źródłem dla ETS będzie Karta³⁸.

Do Traktatu lizbońskiego zostały dołączone protokoły dodatkowe, w tym omawiany Protokół brytyjski³⁹ – do którego, prócz Wielkiej Brytanii, dołączyła Polska.

Art. 1 pkt 1: Karta nie rozszerza zdolności Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej ani żadnego sądu lub trybunału Polski lub Zjednoczonego Królestwa do uznania, że przepisy ustawowe, wykonawcze lub administracyjne, praktyki lub działania administracyjne Polski lub Zjednoczonego Królestwa są niezgodne z podstawowymi prawami, wolnościami i zasadami, które są w niej potwierdzone.

Art. 1 pkt 2: W szczególności i w celu uniknięcia wszelkich wątpliwości nic, co zawarte jest w tytule IV Karty⁴⁰, nie tworzy praw, które mogą być dochodzone na drodze sądowej, mających zastosowanie do Polski lub Zjednoczonego Królestwa, z wyjątkiem przypadków, gdy Polska lub Zjednoczone Królestwo przewidziały takie prawa w swoim prawie krajowym.

Na mocy art. 2 Protokołu został też wprowadzony zapis:

Jeżeli dane postanowienie Karty odnosi się do ustawodawstw i praktyk krajowych, ma ono zastosowanie do Polski lub Zjednoczonego Królestwa wyłącznie w zakresie, w jakim prawa i zasady zawarte w tym postanowieniu są uznane przez ustawodawstwo lub praktyki Polski lub Zjednoczonego Królestwa.

Na koniec podkreślić należy, iż ochrona praw człowieka zapewniona jest również w ustawodawstwie UE poprzez prawo wtórne, tj. dyrektywy, zalecenia i uchwały Rady Europejskiej czy też decyzje i zalecenia Komisji⁴¹.

³⁸ A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 5.

³⁹ Jego oficjalna nazwa brzmi: „Protokół w sprawie stosowania Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej do Polski i Zjednoczonego Królestwa”.

⁴⁰ Tytuł IV KPP: „Solidarność”.

⁴¹ Por. akty prawa wtórnego, które odnoszą się chociażby do zakazu dyskryminacji, takie jak: Dyrektywa Rady 2000/78/WE z 27 XI 2000 r., ustanawiająca ogólne ramy równego traktowania w zakresie zatrudniania i życia zawodowego; Uchwała Rady 88C 90/C 157/02 z 1990 r. w sprawie ochrony godności kobiet i mężczyzn w miejscu pracy, czy tożsame w zakresie przedmiotowym zalecenie Komisji 92/131/EEC (EWG) z 1991 r.

Europejski Trybunał Sprawiedliwości i Sąd I Instancji w Luksemburgu – status prawny, jurysdykcja, procedury postępowania i orzecznictwo sądów UE

Organami Unii Europejskiej, a jednocześnie sądami orzekającymi w zakresie prawa wspólnotowego, są Europejski Trybunał Sprawiedliwości oraz Sąd I Instancji. Europejski Trybunał Sprawiedliwości⁴² powstał na mocy trzech traktatów założycielskich: Traktatu paryskiego o ustanowieniu Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali z 1951 r. oraz dwóch Traktatów rzymskich z 1957 r. ustanawiających odpowiednio Europejską Wspólnotę Energii Atomowej i Europejską Wspólnotę Gospodarczą. Również w tym samym 1957 r. zawarta została Konwencja o Instytucjach Wspólnych Wspólnot Europejskich, na mocy której trzy istniejące Wspólnoty wyposażono w jeden Trybunał oraz jedno Zgromadzenie Europejskie (tj. Parlament Europejski). Wejście w życie 1 stycznia 1958 r. dwóch Traktatów rzymskich usankcjonowało działalność ETS⁴³. Podstawowymi aktami proceduralnymi – w stosunku do ETS są jego statut i regulamin. Najogólniej jurysdykcję ETS można sprowadzić – zgodnie z postanowieniami art. 220 Traktatu Wspólnot Europejskich – do zapewnienia przestrzegania prawa przy wykładni i stosowaniu Traktatu. Jednakże pojęcie „traktatu” użyte w powyższym artykule nie obejmuje wyłącznie samego dokumentu, ale także jego załączniki i protokoły, wtórne akty prawne (rozporządzenia, dyrektywy, decyzje, zalecenia czy opinie), a także umowy zawarte przez państwa członkowskie z państwami trzecimi⁴⁴. ETS pełni funkcje sądu międzynarodowego (rozstrzyga spory pomiędzy państwami członkowskimi), sądu konstytucyjnego (rozstrzyga spory kompetencyjne pomiędzy organami Wspólnot, decyduje o zgodności prawa wtórnego z prawem pierwotnym) oraz sądu apelacyjnego (rozpatruje odwołania od orzeczeń Sądu I Instancji). ETS wydaje również orzeczenia wstępne. Jurysdykcja ETS – zgodnie z prawem unijnym, orzecznictwem ETS i postanowieniami KPP – rozciąga się na działania instytucji UE oraz na działania państw członkowskich w zakresie, w jakim wdrażają one prawo Unii⁴⁵. Należy podkreślić, iż jurysdykcja ETS została w znaczny sposób poszerzona poza granice Traktatów wspólnotowych poprzez Traktat amsterdamski z 1997 r.⁴⁶

⁴² Dalej: ETS.

⁴³ *Wymiar sprawiedliwości Unii Europejskiej*, red. M. Perkowski, Warszawa 2003, s. 105. W tym miejscu dodać wypada, że zmieniał się skład osobowy Trybunału, z uwagi na fakt, iż UE rozszerzała się na przestrzeni lat o kolejne państwa. Zmiany odnoszące się do Trybunału wprowadził również Traktat z Nicei z 2001 r.

⁴⁴ J. Planavova-Latanowicz, *Trybunał Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich*, Warszawa 2000, s. 115.

⁴⁵ A. Wyrozumska, *op. cit.*, s. 8.

⁴⁶ Na podstawie zmian wprowadzonych do art. 46 Traktatu z Maastricht przez Traktat Amsterdamski, jurysdykcja Trybunału objęła (prócz dotychczasowej jurysdykcji w ramach tzw. pierwszego filaru Unii Europejskiej, czyli postanowień traktatów założycielskich) również trzeci filar Unii Europejskiej (tj. wymiar sprawiedliwości i sprawy wewnętrzne), a nadto ogólne i szczególne klauzule elastyczności (m.in. dotyczące ściślejszej współpracy między państwami członkowskimi UE). Tekst Traktatu amsterdamskiego dostępny m.in. na stronie: www.ukie.gov.pl.

Zasadnicze zmiany w sądownictwie Unii Europejskiej przyniósł Traktat nicejski⁴⁷. Siedzibą Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości jest Luksemburg. ETS składa się z 27 sędziów, mianowanych po jednym przez każde państwo członkowskie⁴⁸ oraz z 8 rzeczników generalnych (zwanych również adwokatami), którzy zajmują się kwestią sporządzania orzeczeń wstępnych. Sędziowie wybierani są na sześć lat z możliwością ponownego wyboru – co trzy lata wymienia się połowę składu ETS. ETS obraduje na sesjach plenarnych w izbach trzy- lub pięcioosobowych⁴⁹. Przy ETS działa Sąd I Instancji⁵⁰.

O potrzebie powołania SPI wspomniano już w Jednolitym Akcie Europejskim podpisanym 17 lutego 1986 r. Decyzję o utworzeniu tegoż sądu pozostawiono Radzie UE, która na mocy uchwały nr 88/591/ECSC/EEC/Euroatom z 24 października 1988 r. powołała do życia SPI⁵¹. Decyzja Rady o utworzeniu SPI była podyktowana wzrostem liczby spraw wpływających do ETS – spowodowanym w głównej mierze ciągłym poszerzaniem liczby państw członkowskich UE. Można więc śmiało stwierdzić, iż SPI powstał w celu odciążenia ETS. Zgodnie z obowiązującą – przed wejściem w życie Traktatu z Nicei – wersją art. 225 Traktatu rzymskiego Sąd I Instancji był „dołączony” do ETS. Świadczyło to o tym, iż w myśl przytoczonego wyżej artykułu, SPI nie funkcjonował jako odrębny, niezależny sąd. Na podstawie zmian wprowadzonych Traktatem z Nicei art. 224 Traktatu rzymskiego uzyskał brzmienie: „Sąd I Instancji składa się z co najmniej jednego z sędziów z każdego państwa członkowskiego”, zaś art. 225 Traktatu stanowi, iż: „Sąd I Instancji korzysta z jurysdykcji”. Powyższe nowe uregulowania nadały SPI atrybut niezależności i autonomiczności w stosunku do ETS. Obecnie do kompetencji SPI należy między innymi rozstrzyganie sporów między Wspólnotą i jej funkcjonariuszami, rozpatrywanie skarg wniesionych do sądu przez osoby fizyczne lub prawne przeciwko organom UE – także w sprawach pomocy państwa i w zakresie prawa konkurencji, skarg na nieważność aktu wydanego przez organ UE, skarg dotyczących odpowiedzialności pozaumownej.

Traktat nicejski rozszerzył jurysdykcję SPI, przede wszystkim w zakresie kontroli legalności aktów prawa wspólnotowego, roszczeń deliktowych, a także w zakresie wydawania przez SPI orzeczeń wstępnych, aczkolwiek w ograniczo-

⁴⁷ Należy tu przypomnieć, że Traktat lizboński nie wprowadza istotnych zmian w zakresie sądownictwa UE. Dla przykładu, zmianie ulegnie nazwa ETS, który z dniem wejścia w życie Traktatu z Lizbony będzie nosił nazwę Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (art. 2a 7 TL), a Parlament Europejski i Rada będą mogły tworzyć tzw. „wyspecjalizowane sądy”, które orzekać mogą w I instancji (art. 225a TL). Nowy Traktat nie rozszerza natomiast kompetencji sądów UE w zakresie ochrony praw człowieka, również tych, które chronione są w KPP, nie reguluje również relacji (chociażby w zakresie kompetencji czy podległości instancyjnej) między sądami Unii a Trybunałem w Strasburgu.

⁴⁸ Ze względu na fakt przystąpienia w 2007 r. do Unii Europejskiej dwóch państw, Rumunii i Bułgarii – liczba sędziów Trybunału wzrosła z 25 do 27.

⁴⁹ Trybunał może również obradować w przypadkach określonych w Regulaminie Trybunału w pełnym składzie lub w składzie tzw. Wielkiej Izby, tj. trzynastoosobowym składzie sędziowskim. Zob. Regulamin Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu (Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284/1).

⁵⁰ Dalej: SPI.

⁵¹ SPI zaczął funkcjonować 31 X 1989 r.

nym zakresie, ponieważ nowy art. 225 Traktatu rzymskiego przewiduje, iż SPI będzie mógł (po raz pierwszy od początku istnienia Wspólnot) wydawać orzeczenia wstępne w okolicznościach ściśle określonych w Statucie. Przekazanie to będzie miało jednak charakter ściśle kontrolowany⁵². W skład SPI wchodzi sędziowie – po jednym z każdego państwa UE, wybierani na sześcioletnią kadencję. Co trzy lata odnawia się część składu sędziowskiego. Nie ma natomiast w składzie SPI odrębnego rzecznika generalnego. SPI – zgodnie z jego regulaminem – orzeka w izbach trzy- i pięciosobowych⁵³. Siedzibą SPI, podobnie jak ETS, jest Luksemburg.

Sprawy, które trafiają do ETS i SPI można podzielić na trzy grupy: pierwsza obejmuje sprawy wniesione do ETS przez instytucje Wspólnot, państwa członkowskie, a także sprawy wniesione przez osoby fizyczne i prawne do SPI. W sprawach tych podstawą do wszczęcia postępowania jest – podobnie jak w przypadku postępowania przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka w Strasburgu⁵⁴ – skarga. Druga grupa obejmuje sprawy o wydanie orzeczenia wstępnego. Trzecią grupę spraw stanowią sprawy rozstrzygane przez ETS po rozpoznaniu odwołań od orzeczeń SPI.

Każda skarga składana do Sądów UE winna czynić zadość warunkom formalnym, które są podobne do tych, które musi spełniać skarga składana do ETPC. Warunki formalne określone są w art. 19 Statutu i art. 37 Regulaminu ETS. Zdolność do wnoszenia skarg mają trzy grupy powodów uprawnionych:

- a) tzw. powodowie uprzywilejowani – Komisja, Rada i państwa członkowskie, które mogą wnosić do Trybunału skargi w przypadku każdego naruszenia prawa wspólnotowego i nie muszą wykazywać się żadnym szczególnym interesem prawnym w zaskarżeniu danego środka,
- b) tzw. powodowie nieuprzywilejowani – osoby fizyczne i prawne. Ich legitymacja procesowa ograniczona jest do spraw dotyczących ich bezpośrednio i indywidualnie; nie mogą wnosić skarg przeciwko rozporządzeniom i dyrektywom, które nie dotyczą bezpośrednio ich interesów,
- c) tzw. powodowie częściowo uprzywilejowani – Parlament oraz Europejski Bank Centralny. Instytucje te mogą występować ze skargami przeciwko wiążącym aktom prawnym wyłącznie w celu obrony własnych uprawnień⁵⁵.

Postępowanie przed sądem składa się z dwóch części: pisemnej i ustnej. W trakcie postępowania przed ETS w każdej sprawie wydawana jest opinia rzecznika generalnego. Również i w tym postępowaniu możliwa jest pomoc prawna dla skarżącego.

⁵² *Wymiar sprawiedliwości Unii Europejskiej...*, s. 189.

⁵³ Podobnie jak w przypadku ETS, SPI może obradować w składzie Wielkiej Izby (tj. trzynastu sędziów) albo w składzie pełnym.

⁵⁴ Dalej: Trybunał w Strasburgu.

⁵⁵ A. Wyrozumska, *System ochrony prawnej*, [w:] *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, red. J. Barcz, Warszawa 2003.

Wyróżniono tutaj kilka rodzajów postępowań przed sądami UE, jednakże ze względu na przedmiot niniejszego opracowania, ograniczono się jedynie do tych rodzajów postępowań, w trakcie których można domagać się ochrony praw podstawowych. Najistotniejszym postępowaniem – z uwagi na stopień ochrony praw podstawowych – wydaje się postępowanie o wydanie orzeczenia wstępnego. W jego trakcie jednostka może bronić się przed naruszeniem jej praw podstawowych zarówno przez organy Wspólnot, jak i przez państwo członkowskie, a przez wykładnię przepisów praw, ETS i SPI gwarantują jednolitą interpretację i stosowanie prawa wspólnot, natomiast orzeczenia wydawane w tym postępowaniu pomagają w sukcesywnym tworzeniu i wdrażaniu jednolitego standardu praw człowieka we wszystkich państwach członkowskich⁵⁶. Wspomnieć tu jednak należy, iż osoby fizyczne i prawne – z uwagi na obowiązujące prawo unijne – nie mogą inicjować wyżej omówionego postępowania. Prawo wystąpienia do sądu unijnego z wnioskiem o wydanie orzeczenia wstępnego posiada bowiem jedynie sąd krajowy prowadzący postępowanie. Stronom pozostaje więc jedynie wywieranie wpływu na sąd krajowy, by ten, w razie wątpliwości natury prawnej, zdecydował się na takie wystąpienie.

Kolejnym postępowaniem jest postępowanie w sprawie unieważnienia aktów prawnych organów Wspólnot. Skargę w tym postępowaniu należy złożyć w terminie dwóch miesięcy od dnia opublikowania zaskarżonego aktu.

W ramach tego postępowania – w drodze tzw. zarzutu bezprawności określonego w art. 241 TWE – na przykład osoby fizyczne lub prawne mogą domagać się unieważnienia tych przepisów, które zostały wydane z naruszeniem prawa, w tym praw podstawowych. W postępowaniu o zaniechanie, czyli w sytuacji, kiedy składa się skargę na bezczynność organu Wspólnot powodującą naruszenie prawa wspólnotowego, zakres ochrony praw podstawowych jest raczej nieznaczny, albowiem do naruszeń praw dochodzi zazwyczaj w trakcie działania, a nie zaniechania organów Wspólnot. Do częstych naruszeń praw podstawowych dochodzi w związku ze stosunkami pracy, nawiązanymi pomiędzy Wspólnotami a jej funkcjonariuszami – a do rozstrzygnięcia sporów wynikłych na tym tle uprawnione są również sądy UE. Należy również zauważyć, iż jeśli dojdzie do naruszenia praw podstawowych przez organy Wspólnoty bądź jej funkcjonariuszy, można wnieść sprawę o odszkodowanie za poniesione w związku z tym straty, a Wspólnota w razie stwierdzenia naruszenia ma obowiązek wypłacić stosowne odszkodowanie. Istnieje również możliwość złożenia skargi na państwo członkowskie w związku z niewypełnieniem zobowiązań traktatowych. Postępowanie to może być wszczęte tylko na wniosek państw członkowskich lub przez Komisję. W praktyce inicjatywę pozostawia się Komisji. Jednakże, zważywszy na aspekt polityczny takiej skargi, wątpliwe jest, by Komisja wszczęła takie postępowanie ze względu na naruszenie praw podstawowych⁵⁷.

⁵⁶ J. Planavova-Latanowicz, *op. cit.*, s. 170–171.

⁵⁷ *Ibidem*, s. 150.

Trzeba też przypomnieć, iż sądy unijne w swych orzeczeniach⁵⁸ wprost odnoszą się do zagadnienia praw człowieka, praw podstawowych. Pierwszym orzeczeniem ETS, w którym Trybunał Sprawiedliwości odniósł się bezpośrednio do praw podstawowych, było orzeczenie w sprawie Stauder⁵⁹. W sprawie tej ETS wprawdzie wskazał, iż nie doszło do naruszenia przez niemieckie organa krajowe praw podstawowych obywatela Niemiec, ale, co ważne, za wzorzec kontroli w niniejszej sprawie Trybunał przyjął prawo wspólnotowe, a nie prawo krajowe⁶⁰.

Później Trybunał wielokrotnie w swych orzeczeniach powracał do zagadnienia praw podstawowych, wskazując, iż ich ochrona winna odbywać się z uwzględnieniem celów Wspólnoty (por. orzeczenie w sprawie nr 11/70, Zbiór Orzeczeń ETS z 1970 r.), a Trybunał uznał swoje prawo nie tylko do kontroli zgodności aktów prawa wspólnotowego z prawami podstawowymi, ale również do badania w tym zakresie aktów prawnych wydanych przez państwa członkowskie w celu wykonania przepisów wspólnotowych (por. orzeczenie ETS w sprawie nr 5/88, Zbiór Orzeczeń z 1989 r.) oraz aktów prawa krajowego, które chociaż nie wykonują prawa wspólnotowego, to wprowadzają ograniczenia praw gwarantowanych w konstytucjach poszczególnych państw członkowskich (por. orzeczenie ETS nr C-260/89, Zbiór Orzeczeń ETS z 1991 r.), zaś do katalogu praw chronionych przez ETS można zaliczyć: prawo do kontroli sądowej (por. orzeczenie ETS nr 222/84, Zbiór Orzeczeń ETS z 1986 r.), prawo do rzetelnego procesu sądowe-

⁵⁸ Do orzeczeń sądów UE zaliczamy wyroki, uzasadnione postanowienia (wydawane w kwestiach incydentalnych, w niektórych sytuacjach również formalnie kończących postępowanie), postanowienia (rozstrzygające kwestie proceduralne), inne orzeczenia wydawane przez sądy UE, do których należą np. opinie, wydawane w przedmiocie zgodności zawieranej przez Wspólnoty umowy międzynarodowej z prawem wspólnotowym (podział przedstawiony przez M. Perkowskię, *op. cit.*, s. 143). Narada nad wyrokiem jest tajna, a uczestniczą w niej wyłącznie sędziowie, którzy brali udział w fazie ustnej postępowania. W przeciwieństwie do postępowania przed Trybunałem w Strasburgu, sędziowie orzekający w ETS nie mogą zgłosić *votum separatum*. Wyrok jest swoistym konsensusem, a o sentencji wyroku decyduje w głosowaniu większość. Pierwsza wersja wyroku jest sporządzona w języku roboczym sądów UE – francuskim – natomiast każdy wyrok jest następnie tłumaczony i publikowany we wszystkich językach oficjalnych UE. Orzeczenia są publikowane w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich. Wyroki sądów UE są ostateczne i nie ma od nich odwołania. Sposób wykonywania wyroku sądów UE zależy od tego, jakiej kategorii spraw wyrok ten dotyczy. Przykładowo wyrok uchylający akt prawny ma charakter konstytutywny i jest skuteczny wobec wszystkich (*erga omnes*). Zgodnie z art. 233 Traktatu rzymskiego instytucja, której akt prawny został unieważniony, ma obowiązek podjąć środki konieczne do zastosowania się do wyroku – czyli do przyjęcia nowego aktu prawnego – niedotkniętego wadami (szerzej zob. *Wymiar sprawiedliwości Unii Europejskiej...*, s. 151). W sprawach dotyczących skargi Komisji przeciwko państwu członkowskiemu wyrok ma charakter deklaracyjny – czyli stwierdzający, że dane państwo nie wypełniło swoich obowiązków względem Wspólnot. Natomiast państwo, którego dotyczy wyrok, ma obowiązek podjąć wszelkie kroki w celu zadośćuczynienia wyrokowi – przykładowo, do zmiany prawa krajowego tegoż państwa w zakresie, w jakim jest ono sprzeczne z prawem wspólnotowym. Orzeczenia wstępne mają charakter prejudycjalny – wykonanie takiego wyroku należy do sądu danego kraju, który wystąpił z pytaniem do sądu UE i prośbą o wydanie takiego orzeczenia, a wykonanie takiego wyroku sprowadza się do rozstrzygnięcia danej sprawy, po wzięciu pod uwagę wskazówek i wytycznych sądów UE. Zgodnie z art. 244 TWE orzeczenia sądów UE stanowią tytuł wykonawczy na terytorium państw członkowskich.

⁵⁹ Orzeczenie nr 29/69, ECR, s. 419.

⁶⁰ Stwierdzić jednak należy, że już wcześniej do ETS trafiały skargi, w których podnoszony był zarzut naruszenia praw człowieka. Można tu wymienić skargi złożone w związku z działalnością Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali, w tym orzeczenie w sprawie Stork, nr 1/58, ECR, s. 17 (szerzej zob. K. Wojtowicz, *op. cit.*, s. 214–215).

go (por. orzeczenie nr C-185/95), prawo do swobodnej wypowiedzi (por. orzeczenie ETS nr C-260/89), prawo do nietykalności mieszkania (por. orzeczenie ETS nr 46/87, Zbiór Orzeczeń ETS z 1989 r.), prawo do wolności religijnej (por. orzeczenie ETS nr 130/75). Jednocześnie ETS wyraźnie podkreśla w swym orzecznictwie, iż poza jego jurysdykcją znajdują się akty prawa krajowego, które nie dotyczą bezpośrednio lub pośrednio prawa wspólnotowego (por. orzeczenie ETS nr 12/86)⁶¹.

ETS w swym orzecznictwie wskazał w końcu, iż prawa podstawowe stanowią integralną część ogólnych zasad prawa, których przestrzeganie zapewnia Trybunał (por. postanowienie ETS nr C-17/98, LEX). Stosunkowo wcześniej, bo w 1974 r., ETS wskazał, iż kierunek rozwoju prawa wspólnotowego, w tym wspólnotowej aksjologii praw podstawowych, wytyczać mogą umowy międzynarodowe, które odnoszą się do zagadnień praw człowieka (por. orzeczenie ETS w sprawie Nold, nr 4/73, Zbiór Orzeczeń ETS z 1974 r.), a do umów tych zalicza się Europejską Konwencję Praw Człowieka i Podstawowych Wolności (por. orzeczenie ETS w sprawie Rutili, nr 36/75, Zbiór Orzeczeń ETS z 1975 r., w którym to orzeczeniu ETS po raz pierwszy bezpośrednio odwołał się do Konwencji)⁶².

Poza wyżej przytoczonymi orzeczeniami ETS i SPI przy rozstrzygnięciu danych stanów faktycznych i prawnych wielokrotnie nawiązywały do EKPCz, a także do Karty Praw Podstawowych (por. postanowienie ETS, nr C-269/99, LEX, w którym Trybunał Sprawiedliwości wskazał na potrzebę kontroli sądowej w myśl art. 6 i 13 Konwencji, w orzeczeniu nr 257/85, LEX, ETS powołał się na zasadę sprawiedliwego procesu – w myśl art. 6 Konwencji, w orzeczeniu nr C-260/89, Zbiór Orzeczeń ETS z 1991 r., ETS odniósł się do art. 10 Konwencji, zaś przy rozstrzygnięciu sprawy nr T-177/01, LEX, SPI odniósł się zarówno do Konwencji, jak i do KPP). Podkreślić należy jednakże, iż analiza orzecznictwa zarówno ETS, jak i SPI prowadzi do uzasadnionego stwierdzenia, że interpretacja Konwencji dokonywana przez unijne sądy nie zawsze pokrywa się z tą uczynioną przez Trybunał w Strasburgu. Przykładów na poparcie tej tezy jest wiele. Bezcelowe wydaje się przytaczanie wszystkich orzeczeń ETS i Trybunału w Strasburgu, w których nastąpiła rozbieżność interpretacyjna. Mając to na względzie, zamierzam ograniczyć się do przytoczenia jedynie kilku orzeczeń.

Do często omawianego w doktrynie prawa europejskiego zalicza się orzeczenie ETS w sprawie Hoechst (orzeczenie ETS, nr 46/87, Zbiór Orzeczeń ETS z 1989 r.), w którym rozbieżność pomiędzy interpretacjami Konwencji dokonanyymi przez ETS i Trybunał w Strasburgu jest ewidentna. Powyższa sprawa dotyczyła zagadnienia ochrony życia prywatnego i rodzinnego, a także mieszkania i korespondencji w myśl art. 8 EKPCz. W interpretacji cytowanego artykułu ETS uznał w omawianej sprawie, że ochrona mieszkania zagwarantowana w art. 8 Konwencji odnosi się tylko i wyłącznie do prywatnych pomieszczeń, a nie – jak to wnioskowano w skardze – również do pomieszczeń służbowych, firmowych. Inną interpretację cytowanego przepisu

⁶¹ *Ibidem*, s. 218–220.

⁶² *Ibidem*, s. 217–218.

Konwencji przedstawił Trybunał w Strasburgu, który w swych orzeczeniach dopuścił rozszerzenie ochrony w rozumieniu art. 6 Konwencji również na pomieszczenia firmowe, służbowe (por. orzeczenie w sprawie Chappel, nr 41872/98; orzeczenie w sprawie Niemietz, nr 13710/88, baza HUDOC)⁶³. Rozbieżność interpretacji Konwencji dokonywanych przez ETS i Trybunał w Strasburgu dostrzega się również w odniesieniu do wykładni art. 6 Konwencji. Przykładem na powyższe jest orzeczenie w sprawie Kremzow vs Austria (sprawa nr C-299/95, Zbiór Orzeczeń ETS z 1997 r.), w której ETS nie dopatrzyl się naruszenia art. 6 Konwencji. Trybunał w Strasburgu – przy tożsamym stanie faktycznym i prawnym – uznał zaś, że w omawianej sprawie doszło do naruszenia cytowanego wyżej artykułu Konwencji (por. orzeczenie nr 12350/86, baza HUDOC).

Rozbieżności interpretacyjne dotyczyły nadto art. 10 Konwencji. Przykładem może być sprawa dotycząca monopolu radiowo-telewizyjnego. ETS, interpretując art. 10 Konwencji, stwierdził, iż ocena monopolu radiowego i telewizyjnego należy wyłącznie do sądów krajowych i nie mieści się ona w zakresie kontroli przyznawanej w cytowanym wyżej artykule Konwencji (por. orzeczenie ETS w sprawie nr C-260/89)⁶⁴, Trybunał w Strasburgu zajął natomiast odmienne stanowisko, twierdząc, iż monopol radiowo-telewizyjny austriackiego nadawcy łamie art. 10 Konwencji (por. orzeczenie Trybunału w sprawie nr 37093/97)⁶⁵.

Innej interpretacji art. 10 Konwencji dokonał również ETS w sprawie Gorgan (nr C-1 59/90), w której to ETS odmówił ochrony studentowi rozprawdzającemu ulotki o możliwości usuwania ciąży, jako że student ten czynił to bezpłatnie i bez porozumienia z brytyjskimi klinikami, a w konsekwencji ETS nie stwierdził naruszeń praw gwarantowanych w Konwencji⁶⁶. Inaczej zaś do powyższego problemu podszedł Trybunał w Strasburgu, który w tożsamym stanie faktycznym i prawnym orzekł, iż doszło do przekroczenia Konwencji poprzez naruszenie wolności wyrażania opinii⁶⁷.

Rozbieżności w interpretacji Konwencji dokonywanej przez sądy unijne i Trybunał w Strasburgu mogą generować problemy natury prawnej w europejskiej aksjologii praw człowieka. Z uwagi na fakt, iż wszystkie państwa członkowskie UE są jednocześnie członkami Rady Europy, łatwo można wyobrazić sobie sytuację, w której prawo krajowe tychże państw poddane jest dwóm różnym systemom kontroli mającej na celu ochronę praw człowieka, a wyniki kontroli przeprowadzo-

⁶³ Cytowane orzeczenia Trybunału w Strasburgu wpłynęły później na linię orzecznictwa ETS, czego przykładem może być orzeczenie ETS w sprawie Roquette Frefes nr C-94/00 (zob. K. Wójtowicz, *op. cit.*, s. 221).

⁶⁴ Zob. H. Bojarek-Ziaja, *Skarga do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz skarga do Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, Warszawa 2006, s. 162–163.

⁶⁵ K. Wójtowicz, *op. cit.*, s. 222.

⁶⁶ R. Wieruszewski, *Aksjologiczne podstawy ochrony praw człowieka w świetle orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka i Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości*, tekst dostępny na stronie: www.ms.gov.pl, s. 31.

⁶⁷ Por. orzeczenie Trybunału w Strasburgu w sprawie Open Door and Dublin Well Woman vs Irlandia, nr sprawy 14234/88, baza HUDOC.

nej przez sądy UE mogą być diametralnie odmienne od tych poczynionych przez Trybunał w Strasburgu.

Idąc dalej w powyższych rozważaniach, można przewidzieć sytuację, w której Trybunał w Strasburgu może uznać za niezgodne z Konwencją uregulowanie prawa krajowego danego państwa, które z kolei czyni zadość prawu wspólnotowemu. Taką kontrolę Trybunał w Strasburgu dopuścił chociażby w sprawie *Cantoni vs Francja*⁶⁸. Wreszcie Trybunał w Strasburgu w swym orzecznictwie poszedł o wiele dalej, uznając w sprawie *Matthews vs Wielka Brytania*⁶⁹, że państwa członkowskie UE mogą odpowiadać za naruszenia Konwencji, które są dokonywane przez instytucje UE⁷⁰, a w orzeczeniu w sprawie *Bosphorus vs Irlandia*⁷¹ Trybunał w Strasburgu stwierdził, iż może orzekać o zgodności działań organów UE z Konwencją w przypadkach, kiedy unijna ochrona praw człowieka jest niewystarczająca⁷². Dochodzi również do wręcz paradoksalnych sytuacji natury prawnej, w których ETS wydaje orzeczenia, na mocy których uznaje, iż długość postępowania przed SPI przekroczyła rozsądny czas w świetle art. 6 ust. 1 Konwencji i przyznaje z tego tytułu skarżącemu zadośćuczynienie⁷³, co, moim zdaniem, nie ma do końca umocowania w uregulowaniach prawa wspólnotowego z uwagi na fakt, iż UE nie jest jeszcze stroną Konwencji. Zdarzają się również i takie skargi, które wnoszone są do Trybunału w Strasburgu przeciwko wszystkim państwom członkowskim UE, a przedmiotem ich jest niezgodność z Konwencją uregulowań wspólnotowych (por. sprawa zawisła przed Trybunałem w Strasburgu nr 38837/97, baza HUDOC). Panaceum na rozwiązanie powyższych problemów prawnych wydawać się może przystąpienie UE do Konwencji⁷⁴.

Możliwość przystąpienia UE do Konwencji była wielokrotnie przedmiotem rozważań praktyków i teoretyków prawa. ETS w swych orzeczeniach wykluczał jednak możliwość przystąpienia UE do Konwencji z uwagi na fakt, że obowiązujące prawo UE⁷⁵ nie zawiera uregulowań, które upoważniałyby UE do tworzenia przepisów lub zawierania umów w przedmiocie ochrony praw człowieka⁷⁶. Nadto podkreślić należy, iż w świetle obowiązującego prawa Unia Europejska nie ma oso-

⁶⁸ Sprawa nr 17862/91, baza HUDOC.

⁶⁹ Sprawa nr 24833/94, baza HUDOC.

⁷⁰ K. Wójtowicz, *op. cit.*, s. 222.

⁷¹ Sprawa nr 45036/98, baza HUDOC.

⁷² H. Machińska, *Prawa człowieka – kilka refleksji*, [w:] *Prawa człowieka w polskiej polityce zagranicznej*, red. A. Bieńczyk-Missala, R. Kuźniar, Warszawa 2007, s. 113.

⁷³ Por. orzeczenie ETS w sprawie C-185/95 (K. Wójtowicz, *op. cit.*, s. 220).

⁷⁴ Należy tu wspomnieć, że do tej pory Wspólnota i Rada Europy podejmowały współpracę w zakresie ochrony praw człowieka chociażby na drodze porozumień (por. Porozumienie między Radą Europy a Wspólnotą Europejską z 16 IV 1987 r., które regulowało stosunki pomiędzy Komisją Wspólnot z jednej strony, a Sekretarzem Generalnym i Komitetem Ministrów Rady z drugiej – szerzej zob. C. Mik, *Koncepcja normatywna prawa europejskiego praw człowieka*, Toruń 1994, s. 172–173, a dla Unii Europejskiej sporządzane były raporty dotyczące współpracy UE z Radą Europy, np. raport Junckera – zob. H. Machińska, *op. cit.*, s. 113).

⁷⁵ Do czasu podpisania Traktatu lizbońskiego.

⁷⁶ J. Planavova-Latanowicz, *op. cit.*, s. 60.

bowości prawnej, co oznacza, iż nie może być stroną umowy⁷⁷. Pojawił się pogląd, iż ochrona praw człowieka stanowi ochronę na poziomie traktatowym i Wspólnota – w oparciu na art. 308 TWE – posiada kompetencje do zawierania umów międzynarodowych stąd, *per analogiam*, może podjąć wiążącą decyzję o przystąpieniu do Konwencji⁷⁸.

Pogląd ten jednak został skrytykowany przez ETS, który w opinii nr 2/94 jednoznacznie stwierdził, iż art. 308 TWE nie może służyć poszerzeniu zakresu uprawnień Wspólnot poza te, jakie zostały określone w Traktacie Wspólnot Europejskich i tym samym przystąpienie Wspólnot do Konwencji na gruncie obowiązujących przepisów jest niemożliwe⁷⁹. Z orzecznictwa ETS wynikało jednak, iż chociaż Wspólnota nie ma kompetencji do przystąpienia do Konwencji, to jednak byłoby to możliwe chociażby w wyniku odpowiednich zmian w Traktacie rzymskim. Takowych zmian nie przyniósł ani Traktat amsterdamski, ani Traktat nicejski. Możliwość przystąpienia UE do Konwencji zagwarantował dopiero Traktat Konstytucyjny (w art. 1/9) i przewiduje ją w art. 6 Traktat lizboński. Do Traktatu lizbońskiego został dołączony protokół dotyczący art. 6 ust. 2 Traktatu o Unii Europejskiej w sprawie przystąpienia Unii do Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Rada Europy również wskazuje na potrzebę akcesji Unii Europejskiej do Konwencji, a jest to spowodowane nie tylko aspektami politycznymi, ale również prawno-proceduralnymi. Protokół Dodatkowy nr 14 do Konwencji w przyszłym art. 59 zakłada możliwość przystąpienia UE do Konwencji.

Podsumowanie

Analiza unijnego systemu ochrony praw człowieka upoważnia do stwierdzenia, iż jest to system stosunkowo młody, zwłaszcza jeśli za punkt odniesienia przyjmiemy system ochrony praw człowieka wypracowany w ramach Rady Europy. Wspomnieć należy, iż na gruncie prawa unijnego kompleksowym dokumentem, który za cel ma ochronę praw człowieka i ma szansę wejść w życie, jest Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej.

Mimo powyższego, sądy Unii Europejskiej w swych orzeczeniach odnosiły się do praw człowieka, wskazując między innymi na Europejską Konwencję o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

⁷⁷ Sytuacja powyższa ulegnie zmianie w chwili wejścia w życie Traktatu lizbońskiego. Wskazać tu należy, iż osobowość prawną UE nadawał również zapis zawarty w Konstytucji UE, a konkretnie art. 7 Konstytucji UE.

⁷⁸ Przypomnieć należy, że artykuł 308 TWE (dawny art. 235 TWE) daje upoważnienie Radzie do podejmowania właściwych działań/środków do osiągnięcia celów Wspólnoty, jeśli Traktat WE takowych nie przewidywał. Podjęcie takich działań przez Radę musi być poprzedzone wnioskiem złożonym przez Komisję i skonsultowane z Parlamentem Europejskim.

⁷⁹ K. Wójtowicz, *op. cit.*, s. 209.



Podkreślić jednak wypada, iż istnieją rozbieżności pomiędzy orzecznictwem ETS i SPI a Trybunałem w Strasburgu w interpretacji poszczególnych postanowień Konwencji, a ten swoisty dualizm w zakresie europejskiego systemu ochrony praw człowieka może wpływać na osłabienie jego skuteczności. Czas pokaże, czy rozwiązaniem tego problemu będzie przystąpienie Unii Europejskiej do Konwencji.





Magdalena Balczyk

**KONSTITUCYJNO-PRAWNE PROBLEMY OTWARCIA
KRAJOWEGO PORZĄDKU PRAWNEGO NA PRAWO UNIJNE
NA PRZYKŁADZIE WYROKU TRYBUNAŁU KONSTITUCYJNEGO
I FEDERALNEGO TRYBUNAŁU KONSTITUCYJNEGO
W KARLSRUHE W SPRAWIE EUROPEJSKIEGO
NAKAZU ARESZTOWANIA**

Przystąpienie Polski do Unii Europejskiej sprawiło, że polskie sądy stosujące od 1 maja 2004 r. prawo unijne, włączyły się aktywnie w ogólnoeuropejski dialog dotyczący otwarcia krajowych systemów prawnych na rozwiązania prawa unijnego¹. Trybunał Konstytucyjny jeszcze przed przystąpieniem Polski do UE zajmował się takimi kwestiami, jak m.in. prowsólnotowa wykładnia prawa polskiego czy charakter mandatu deputowanego do Parlamentu Europejskiego². W ciągu roku od momentu przystąpienia Polski do Unii Europejskiej Trybunał Konstytucyjny zajął stanowisko w tak istotnej kwestii, jaką jest miejsce prawa Unii Europejskiej w polskim porządku prawnym³. Próby rozwiązywania problemów prawnych powstających na styku dwóch systemów prawa: prawa krajowego i prawa Unii Euro-

¹ Nie oznacza to, że polskie sądy uwzględniają prawo wspólnotowe w swoim orzecznictwie dopiero od 1 V 2004 r. Wykładnia prowsólnotowa prawa krajowego była również dokonywana przez sądy w okresie przedakcesyjnym, zob. m.in.: Cz. Żuławska, *Parę uwag o wykładni sędziowskiej po akcesji. Ars et usus. Księga pamiątkowa ku czci Stanisława Rudnickiego*, Warszawa 2005.

² K. Kowalik-Balczyk, *Prowsólnotowa wykładnia prawa polskiego*, „Europejski Przegląd Sądowy” [dalej: EPS] 2004, nr 12, s. 9 i nast.; B. Banaszkiewicz, *Prawo polskie a prawo Unii Europejskiej w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego*, EPS 2004, nr 12, s. 49 i nast.

³ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 11 V 2005 r., K 18/04, obszernie komentowany m.in. przez J. Barcza, S. Biernata, W. Czaplńskiego i A. Wyrozumską w: „Kwartalnik Prawa Publicznego” [dalej: KPPubl] 2005, nr 4, s. 169 i nast.



pejskiej są tym bardziej interesujące, że nierzadko sądy różnych państw członkowskich w tym samym czasie poszukują rozwiązań dla podobnych zagadnień, których źródłem jest ta sama norma prawa UE.

Taka sytuacja miała właśnie miejsce, jeśli chodzi o decyzję ramową Unii Europejskiej nr 2002/584/WSiSW z 13 czerwca 2002 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania [dalej także ENA] i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi⁴ implementowanej do prawa polskiego na mocy ustawy z 18 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy Kodeks karny – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy Kodeks wykroczeń⁵. Trybunał Konstytucyjny po rozpoznaniu pytania prawnego Sądu Okręgowego w Gdańsku o zbadanie zgodności art. 607 t §1 k.p.k. zezwalającego na przekazanie obywatela polskiego do państwa członkowskiego Unii Europejskiej w ramach europejskiego nakazu aresztowania z art. 55 ust. 1 Konstytucji orzekł, iż przepis ten jest niezgodny z art. 55 Konstytucji, który zakazuje ekstradycji obywatela polskiego⁶. Jednocześnie TK, biorąc pod uwagę zasadę poszanowania prawa międzynarodowego, wyrażoną w art. 9 Konstytucji, odroczył o 18 miesięcy termin utraty mocy obowiązującej przepisu w zakresie, w jakim został uznany za niezgodny z Konstytucją. Tym samym TK z jednej strony pozwolił na wywiązanie się przez Polskę z jej zobowiązań międzynarodowych, a z drugiej umożliwił władzy ustawodawczej podjęcie decyzji o sposobie usunięcia sprzeczności pomiędzy prawem unijnym a Konstytucją⁷. Decyzja Trybunału, choć zgodna z wykładnią prawa przyjazną dla procesów integracyjnych i wymienioną wyżej konstytucyjną zasadą przestrzegania prawa międzynarodowego, spotkała się z krytyką doktryny, która wskazuje, że takie rozwiązanie doprowadziło do stanu niepewności po stronie orzekających sądów, a w rezultacie do rozbieżności w ich orzecznictwie⁸.

Praktycznie paralelnie do postępowania przed TK w sprawie zgodności art. 607 t §1 k.p.k z art. 55 Konstytucji, prowadzone było postępowanie przed Federalnym Trybunałem Konstytucyjnym [dalej także FTK] w Niemczech w sprawie zgodności niemieckiej ustawy implementującej decyzję ramową w sprawie europejskiego nakazu aresztowania⁹ z art. 2 ust. 1 w związku z art. 20 ust. 3, art. 16 ust. 2 i art. 19 ust. 4 niemieckiej Ustawy Zasadniczej [dalej także UZ]. Należy

⁴ Dz.Urz. UE z 2002 r., L 190, s. 1.

⁵ Dz.U. z 2004 r. Nr 69, poz. 626.

⁶ Wyrok TK z 27 kwietnia 2005 r., sygn. akt P 1/05.

⁷ A. Wyrozumska, *Prawo międzynarodowe oraz prawo Unii Europejskiej a konstytucyjny system źródeł prawa*, [w:] *Otwarcie Konstytucji RP na prawo międzynarodowe i procesy integracyjne*, red. K. Wojtowicz, Warszawa 2006, s. 32 i nast.; J. Barcz, *Europejski nakaz aresztowania – konsekwencje braku transpozycji lub wadliwej transpozycji decyzji ramowej w państwie członkowskim UE*, EPS 2005, nr 10, s. 12.

⁸ Krytycznie na temat tego rozwiązania: S. Steinborn, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 27 kwietnia 2005 r. (sygn. akt P 1/05)*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 5, s. 192 i nast.; E. Gierach, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 27 kwietnia 2005 r. (sygn. akt P 1/05)*, *ibidem*, s. 202 i nast.; W. Czaplinski, *Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Glosa I*, „Państwo i Prawo” [dalej: PiP] 2005, nr 6, s. 111 i nast.

⁹ Ustawa o europejskim nakazie aresztowania z 21 VII 2004 r., „Federalny Dziennik Ustaw” (Bundesgesetzblatt) I, s. 1748.

przy tym wskazać, że zarówno przepis Konstytucji RP, jak również niemieckiej Ustawy Zasadniczej, dotyczący zakazu ekstradycji własnych obywateli, jest przepisem w skali światowej do pewnego stopnia wyjątkowym. W większości państw kwestia ta jest regulowana przez prawo traktatowe, przepisy kodeksu postępowania karnego lub ustawy o współpracy międzynarodowej w sprawach karnych¹⁰. Przedstawienie wyroku FTK z 18 lipca 2005 r. i też jego uzasadnienia oraz jego porównanie z wyrokiem TK może być ciekawe z dwóch powodów. Po pierwsze, pomimo nowelizacji niemieckiej Ustawy Zasadniczej i wprowadzenia do niej art. 16 ust. 2, zd. 2¹¹, FTK uznał całą ustawę implementującą za nieważną¹² i nie odroczył utraty jej mocy obowiązującej, a tym samym od momentu ogłoszenia wyroku zarówno wydawanie obywateli niemieckich, jak i obywateli państw członkowskich w oparciu o ENA stało się w Niemczech niemożliwe. Tak więc Federalny Trybunał Konstytucyjny, pomimo iż do konstytucji niemieckiej została wprowadzona norma umożliwiająca implementację do systemu prawa niemieckiego ENA, uznał tę instytucję prawa unijnego za niezgodną z Ustawą Zasadniczą oraz pominął całkowicie zasadę otwartości konstytucji niemieckiej na prawo międzynarodowe, a w szczególności treść art. 23 UZ.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego w sprawie ENA jest tematem licznych komentarzy w literaturze przedmiotu. Również wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego jest przedmiotem zainteresowania doktryny polskiej¹³. Dlate-

¹⁰ M. Płachta, *Zakaz ekstradycji obywatela polskiego w Konstytucji i nowym kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 3, s. 32, 44; P. Sarnecki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. L. Garlicki, t. 3, art. 55.

¹¹ Art. 16: „(1) Nie można pozbawić obywatelstwa niemieckiego. Utrata obywatelstwa może nastąpić tylko na podstawie ustawy, a bez zgody zainteresowanego, o ile zainteresowany nie stanie się bezpaństwowcem. (2) Żaden Niemiec nie może zostać wydany za granicę. Regulacja umożliwiająca wydanie państwu członkowskiemu Unii Europejskiej lub trybunałowi międzynarodowemu może zostać ustanowiona w formie ustawy, o ile zostaną zachowane zasady państwa prawnego”.

¹² Tenor wyroku Drugiego Senatu FTK z 18 VI 2005 r., sygn. akt 2 BvR 2236/04: Ustawa w celu implementacji decyzji ramowej w sprawie europejskiego nakazu aresztowania i procedury wydawania osób pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej (ustawa o europejskim nakazie aresztowania ENAU) z 21 VII 2004 r. („Federalny Dziennik Ustaw” I, s. 1748) narusza artykuł 2, ust. 1 w związku z artykułem 20, ust. 3, artykułem 16, ust. 2 i artykułem 19, ust. 4 ustawy zasadniczej i jest nieważna. Uchwała Hanzeatyckiego Wyższego Sądu Krajowego w Hamburgu z 23 XI 2004 r. – Ausl 28/03 – narusza skarżącego w jego prawie podstawowym z artykułu 16, ust. 2 Ustawy Zasadniczej. Uchwała zostaje uchylona. Sprawa zostaje przekazana do ponownego rozpoznania Hanzeatyckiemu Wyższemu Sądowi Krajowemu. Decyzja zezwalająca Ministerstwu Sprawiedliwości Wolnego Miasta Hanzeatyckiego Hamburg z 24 XI 2004 r. – 9351 E – S 6 – 26.4 – narusza skarżącego w jego prawach podstawowych z artykułu 16, ust. 2 i artykułu 19, ust. 4 Ustawy Zasadniczej. Decyzja zezwalająca zostaje uchylona. Republika Federalna Niemiec zostaje zobowiązana zwrócić skarżącemu jego wydatki konieczne związane z postępowaniem w sprawie zarządzenia tymczasowego oraz skargi konstytucyjnej.

¹³ Orzeczenie FTK omawia: Z. Barwina, *Niekonstytucyjność europejskiego nakazu aresztowania w prawie niemieckim*, EPS 2006, nr 10, s. 19 i nast.; A. Grzelak, *Europejski nakaz aresztowania – orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z punktu widzenia prawa Unii Europejskiej*, EPS 2005, nr 11, s. 32; W. Czapliński, *Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Glosa I...*, s. 112; M. Derlatka, *Glosa do wyroku Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 18 lipca 2005 r. w sprawie europejskiego nakazu aresztowania*, „Przegląd Sejmowy” 2006, nr 3, s. 191 i nast.; B. Nita, *Europejski nakaz aresztowania – europeizacja prawa karnego a standardy konstytucyjne państw członkowskich UE*, PiP 2007, nr 5, s. 59 i nast.; D. Kornobis-Romanowska, *Prawne aspekty stosowania decyzji ramowej o europejskim nakazie aresztowania w prawie polskim*, „Przegląd Sejmowy” 2006, nr 4, s. 92 i nast.

go też chciałabym skupić się jedynie na trzech kwestiach, poruszonych zarówno w uzasadnieniu do wyroku Trybunału Federalnego, jak i w uzasadnieniu wyroku polskiego Trybunału Konstytucyjnego: relacji obywatelstwa krajowego i obywatelstwa unijnego (II), problemie granicy otwarcia krajowego porządku prawnego na prawo Unii Europejskiej – ta kwestia została poruszona w wyroku TK dotyczącym Traktatu akcesyjnego (III) oraz rozważaniach obu sądów konstytucyjnych na temat charakteru decyzji ramowej (IV). Omówienie wyżej wymienionych kwestii zostanie poprzedzone krótkim przedstawieniem kontekstu wydania przez oba Trybunały wyroków w sprawie europejskiego nakazu aresztowania (I). W punkcie piątym chciałabym rozważania obu sądów konstytucyjnych umieścić w kontekście pojęcia multicytryczności zaproponowanego przez E. Łętowską¹⁴, oraz koncepcji A. Glaesera¹⁵.

Należy zauważyć, że prezentowane wyroki trybunałów konstytucyjnych poświęcone zostały implementacji do prawa krajowego decyzji ramowej, a więc aktu prawa, wydawanego w ramach III filaru Unii Europejskiej¹⁶. Aby podkreślić odrębność systemu prawa wspólnotowego, obowiązującego w I filarze UE, od zasad funkcjonowania III filaru, w tytule artykułu znalazło się sformułowanie „otwarcia krajowego porządku prawnego na prawo unijne”, które odnosi się do prawa obowiązującego w III filarze. Prawo wspólnotowe definiowane jest jako autonomiczny system prawa, oparty o utrwalone w orzecznictwie ETS zasady pierwszeństwa stosowania prawa wspólnotowego, bezpośredniej skuteczności czy odpowiedzialności odszkodowawczej państw za naruszenie prawa wspólnotowego. Natomiast III filar określany jest w doktrynie jako obszar współpracy międzyrządowej, w ramach której nie obowiązują zasadniczo wspomniane wyżej zasady, a akty prawne w swym charakterze zbliżone są raczej do aktów prawa międzynarodowego niż do systemu aktów prawa wspólnotowego, choć zasady prawa wspólnotowego powoli przenikają również do III filaru¹⁷.

¹⁴ E. Łętowska, *Multicytryczność współczesnego systemu prawa i jej konsekwencje*, PiP 2005, nr 4, s. 3 i nast.; eadem, *Między Scyllą a Charybdą – sędzia polski między Strasburgiem a Luksemburgiem*, EPS 2005, nr 10, s. 3 i nast.; K. Wójtowicz, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 11 maja 2005 r., (sygn. akt K 18/04)*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 6, s. 195; A. Kustra, *Wokół problemu multicytryczności systemu prawa*, PiP 2006, nr 6, s. 85 i nast.; krytycznie o koncepcji multicytryzmu: W. Lang, *Wokół multicytryczności systemu prawa*, PiP 2005, nr 7, s. 95 i nast.; J. Barcz, *Glosa nr 1 do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 11.5.2005 (zgodność Traktatu akcesyjnego z Konstytucją RP) K 18/04*, KPPubl 2005, nr 4, s. 173.

¹⁵ A. Glaeser, *Souveränität und Vorrang*, [w:] *Europäisches Verfassungsrecht*, red. A. von Bogdandy, Berlin–Heidelberg 2003, s. 205 i nast.

¹⁶ M. Szwarc, *Decyzje ramowe jako instrument harmonizacji prawa karnego w UE*, PiP 2005, nr 7, s. 22 i nast.; D. Kornobis-Romanowska, *op. cit.*, s. 82 i nast.

¹⁷ J. Barcz, [w:] *Prawo Unii Europejskiej*, red. J. Barcz, Warszawa 2006, s. I–46 i nast.; C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe*, Warszawa 2000, nb. 736, 957 i nast.; A. Wróbel, [w:] *Stosowanie prawa Unii Europejskiej przez sądy*, red. A. Wróbel, Kraków 2005, s. 23, 30 i nast.

Skarga Mamouna D. oraz sprawa Marii D.

Kwestia zgodności ustawy niemieckiej implementującej decyzję ramową o ENA z Ustawą Zasadniczą stała się przedmiotem wyroku FTK na skutek skargi konstytucyjnej obywatela niemieckiego Mamouna D., posiadającego również obywatelstwo syryjskie. Przeciwko skarżącemu został wydany europejski nakaz aresztowania przez Centralny Sąd Rejonowy¹⁸ nr 5 w Madrycie 16 września 2004 r., w którym zarzucano mu udział w związku przestępczym oraz akt terroryzmu. Jako kluczowa postać w europejskiej części sieci terrorystycznej Al-Kaida miał on wspierać tę organizację w zakresie finansowania oraz utrzymywania kontaktów pomiędzy jej członkami. Mamoun D. był podejrzany m.in. o uczestnictwo w zakupie statku dla Osamy bin Ladena oraz zarządzanie tym statkiem – przekazywanie dokumentów i płacenie rachunków. Według hiszpańskich organów dochodzeniowych, działania skarżącego mogły spełniać przesłanki czynu zabronionego członkostwa w organizacji terrorystycznej określonego w art. 515.2 i art. 516.2 hiszpańskiego Kodeksu karnego, którego górna ustawowa granica zagrożenia karą wynosi 20 lat pozbawienia wolności. Wyższy Sąd Krajowy Hanzeatyckiego Miasta Hamburg uchwałą z 23 listopada 2004 r. uznał ekstradycję Mamouna D. za dopuszczalną. 24 listopada 2004 r. Ministerstwo Sprawiedliwości Wolnego Miasta Hanzeatyckiego Hamburg również zezwoliło na ekstradycję Mamouna D. Zezwolenie wydane przez Ministerstwo zostało jednakże powiązane z warunkiem, iż po wymierzeniu prawomocnej kary pozbawienia wolności albo innej sankcji skarżącemu zostanie zaproponowane przekazanie go z powrotem do Niemiec w celu wykonania kary. Mamoun D. wniósł skargę konstytucyjną przeciwko uchwale Wyższego Sądu Krajowego, w której jego ekstradycja została uznana za dopuszczalną, jak również przeciwko decyzji zezwalającej Ministerstwa Sprawiedliwości Wolnego Miasta Hanzeatyckiego Hamburg, podnosząc naruszenie swoich praw z art. 2 ust. 1, art. 3 ust. 1, art. 16 ust. 2 i art. 19 ust. 4 UZ oraz z art. 103 ust. 2 UZ.

Trybunał Konstytucyjny Rzeczypospolitej Polskiej zajął się kwestią implementacji do prawa polskiego decyzji ramowej o europejskim nakazie aresztowania na skutek pytania prawnego wniesionego przez Sąd Okręgowy w Gdańsku o zgodność art. 607 t k.p.k. zezwalającego na przekazanie obywatela polskiego do państwa członkowskiego Unii Europejskiej z art. 55 ust. 1 Konstytucji. Pytanie prawne zostało sformułowane w związku z toczącą się sprawą o wydanie w ramach europejskiego nakazu aresztowania postanowienia o przekazaniu Marii D. w celu przeprowadzenia przeciwko niej postępowania karnego na terenie Królestwa Niderlandów. Sąd Okręgowy powziął wątpliwości dotyczące relacji pomiędzy instytucją europejskiego nakazu aresztowania a konstytucyjnym zakazem ekstradycji obywateli. W szczególności wątpliwe było, czy nowelizacja w k.p.k., w której wprowadzono rozróżnienie pomiędzy ekstradycją, wydaniem

¹⁸ Audiencia Nacional.

i przekazaniem¹⁹ wystarczy, by znieść gwarancje art. 55 ust. 1 Konstytucji, który zakazywał ekstradycji obywateli RP²⁰. Wyżej wspomniana nowelizacja została dokonana w związku z przystąpieniem Rzeczypospolitej do Unii Europejskiej, a wprowadzone rozróżnienie pomiędzy ekstradycją a przekazaniem miało na celu eliminację zarzutu niezgodności przekazania obywatela RP na podstawie europejskiego nakazu aresztowania z zakazem ekstradycji własnych obywateli zawartym w Konstytucji RP²¹. Trybunał Konstytucyjny musiał więc odpowiedzieć na pytanie, czy przekazanie na podstawie ENA jest formą ekstradycji²². Odpowiedź Trybunału była twierdząca, co doprowadziło do uznania przekazania na podstawie ENA za niezgodne z Konstytucją²³. Kwestia relacji europejskiego nakazu aresztowania do ekstradycji, szeroko omawiana w literaturze²⁴, zostanie w artykule pominięta.

Obywatelstwo krajowe a obywatelstwo Unii Europejskiej

W uzasadnieniu wyroku FTK skoncentrował się na dwóch kwestiach. Po pierwsze, ustawa o europejskim nakazie aresztowania narusza art. 16 ust. 2, zd. 1 UZ, ponieważ ustawodawca, implementując decyzję ramową o europejskim nakazie aresztowania, nie spełnił konstytucyjnoprawnych wymogów kwalifikowanego zastrzeżenia ograniczenia praw podstawowych w ustawie, o którym stanowi art. 16 ust. 2 zd. 2 UZ. Po drugie, brak jest w ustawie niemieckiej implementującej decyzję ramową o ENA możliwości zaskarżenia zezwolenia na ekstradycję do państwa członkowskiego Unii Europejskiej, co prowadzi do naruszenia art. 19 ust. 4 UZ.

Obszerne miejsce w uzasadnieniu zajęła analiza naruszenia art. 16 UZ. Federalny Trybunał Konstytucyjny zauważył, iż do momentu zmiany Ustawy Zasadniczej 29 listopada 2000 r. UZ gwarantowała obywatelowi niemieckiemu nieograniczoną ochronę przed wydaniem zagranicznej władzy państwowej, a sama ekstradycja może być rozumiana jako naruszenie prawa podstawowego polegające na tym, iż osoba, na prośbę innego państwa zostaje przymusowo usunięta z terytorium, na którym sprawowana jest krajowa władza zwierzchnia i wydana zagranicznej władzy zwierzchniej, aby tam prowadzone postępowanie karne mogło zostać

¹⁹ Ustawa z 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy Kodeks karny, ustawy Kodeks postępowania karnego oraz ustawy Kodeks wykroczeń, Dz.U. Nr 69, poz. 626.

²⁰ Wyrok TK z 27 kwietnia 2005 r., sygn. akt P 1/05, I teza 1.

²¹ Opinia z 14 sierpnia 2003 r. o projekcie ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz ustawy Kodeks postępowania karnego, „Przegląd Legislacyjny” 2004, nr 2, s. 156.

²² Wyrok TK z 27 kwietnia 2005 r., sygn. akt P 1/05, I teza 3.

²³ Wyrok TK z 27 kwietnia 2005 r., sygn. akt P 1/05, III teza 3.6.

²⁴ M. Płachta, R. Wieruszewski, *Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, Glosa III*, PiP 2005, nr 9, s. 119 i nast.; S. Steinborn, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 27 kwietnia 2005 r. (sygn. akt P 1/05)*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 5, s. 190 i nast.; B. Nita, *Europejski nakaz aresztowania – europeizacja prawa...*, s. 60 i nast.; M. Masterniak-Kubiak, *Implementacja europejskiego nakazu aresztowania*, PiP 2006, nr 9, s. 16 i nast.; W. Czaplinski, *Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Glosa I*, PiP 2005, nr 9, s. 108.

zakończone albo, aby kara tam wymierzona mogła zostać wykonana²⁵. Zakaz ekstradycji został powiązany przez FTK z zakazem pozbawienia obywatelstwa ustanowionym w art. 16 ust. 1 UZ, który ze względów historycznych posiada w opinii Federalnego Trybunału Konstytucyjnego szczególne znaczenie.

Zakaz ekstradycji (art. 16 ust. 2, zd. 1 UZ) jest, podobnie jak związany z nim zakaz pozbawienia obywatelstwa (art. 16 ust. 1 UZ), nie tylko wyrazem odpowiedzialności podjętej przez państwo za własnych obywateli, lecz także oba zakazy są gwarantowane jako wolności [*Freiheitsrechte*]. Cel wolności, której treścią jest ochrona przed ekstradycją, nie leży w tym, by uniemożliwić sprawiedliwe ukaranie winnego (BVerfGE 29, 183 <193>). Raczej obywatele nie powinni być usuwani, niezgodnie z ich wolą, ze znanego im porządku prawnego. Każdy obywatel powinien być – o ile znajduje się na terenie państwa – chroniony przed niepewnością osądzenia go w ramach obcego dla niego systemu prawnego²⁶.

Oba te zakazy mają w opinii FTK gwarantować

szczególną więź obywateli z wolnościowym porządkiem prawnym, którego są podmiotami. Obywatelstwo jest prawną przesłanką równego statusu obywatelskiego, który z jednej strony stanowi podstawę dla równych obowiązków, z drugiej strony, przede wszystkim stanowi podstawę dla praw, których gwarancja legitymizuje władzę państwową w ustroju demokratycznym. Prawa obywatelskie i obowiązki, które związane są z posiadaniem obywatelstwa, budują razem konstytuujące podstawy dla całego państwa. Związkowi obywatela z wolnościowym i demokratycznym państwem odpowiada fakt, iż obywatel zasadniczo nie może zostać wykluczony z tego związku. Zaufanie obywateli do bezpiecznego pobytu na terytorium państwa, z którym łączy ich konstytucyjnie zagwarantowana więź w formie obywatelstwa, jest również uznane przez prawo międzynarodowe publiczne. Państwa mają prawnomiędzynarodowy obowiązek przyjęcia swoich własnych obywateli, a więc wyrażenia zgody na ich wjazd i pobyt na terytorium państwa²⁷.

Federalny Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż prawo podstawowe, gwarantujące posiadanie obywatelstwa oraz pozostawanie na terenie obowiązywania niemieckiego porządku prawnego, posiada wyższą rangę. Opiera się ono bowiem na doświadczeniach z nowszej historii Niemiec, kiedy to dyktatura narodowo-socjalistyczna po roku 1933 Niemców żydowskiego pochodzenia lub wyznających judaizm pozbawiała ochrony wypływającej ze statusu obywatela i przynależności do narodu niemieckiego. Stało się to m.in. poprzez zdeprecjonowanie pojęcia obywatelstwa i zastąpienie tej instytucji tzw. statutem narodowym²⁸. FTK odwołał się również do tradycji rewolucji francuskiej, która stworzyła przekonanie wspólne dla wszystkich państw europejskich, iż obywatel tylko poprzez prawne zabezpieczenie swojego statusu może korzystać ze swojej pozycji prawnej, zarówno jeśli

²⁵ Wyrok FTK z 18 czerwca 2005 r., sygn. akt 2 BvR 2236/04, teza 64.

²⁶ *Ibidem*, teza 65.

²⁷ *Ibidem*, teza 66.

²⁸ *Ibidem*, teza 67. W sprawie zmian w ustawodawstwie mających na celu dyskryminację Żydów zob.: K. Trzciniński, *Obywatelstwo w Europie. Z dziejów idei i instytucji*, Warszawa 2006, s. 189 i nast.; F. Ryszka, *Państwo stanu wyjątkowego*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1985, s. 244 i nast.

chodzi o prawa polityczne, jak i uprawnienia cywilnoprawne²⁹. Wspomnieć należy również, iż prezentowane wyżej stanowisko FTK nie zostało przyjęte przez wszystkich członków składu sędziowskiego oraz że napotkało krytykę ze strony przedstawicieli doktryny. Sędzia Lübbe-Wolf wskazywał, iż poszukiwanie uzasadnienia dla zakazu wydawania obywateli niemieckich przy użyciu argumentów wyższych (*quasi*-naturalno-prawnych), głębszych (historycznych)³⁰ i szerszych (prawno-międzynarodowych) jest niewłaściwe³¹. Zakaz ten, według Lübbe-Wolfa, nie może zostać oparty ani na naturze „stosunku obywatela do wolnościowej, demokratycznej wspólnoty”, ani na wspólnej, od czasów francuskiej rewolucji, tradycji europejskiej – w państwach anglosaskiej kultury prawnej ten zakaz ekstradycji własnych obywateli nie istnieje³². W przeciwieństwie do art. 16 ust. 1, zd. 1 UZ, który zakazuje pozbawiania obywatelstwa niemieckiego, zakaz ekstradycji obywateli niemieckich zawarty w art. 16 ust. 2 UZ nie wywodzi się z doświadczeń bezprawia nazistowskiego. Analogiczna regulacja prawna była bowiem zawarta w art. 112 ust. 3 konstytucji weimarskiej³³ i opiera się na o wiele dłuższej tradycji prawnej. Odnosząc się do podstaw prawno-międzynarodowych zakazu Lübbe-Wolf jest zdania, iż powiązanie przez Senat FTK norm prawa międzynarodowego publicznego zobowiązujących państwa do przyjmowania swoich obywateli na swoje terytorium z obowiązkiem niewydawania własnych obywateli innemu państwu jest bezpodstawne³⁴.

W podobnym tonie wypowiada się w zdaniu odrębnym sędzia Gebhardt, stwierdzając, iż powiązanie zakazu ekstradycji ze statusem obywatela oraz z toposem zaufania do własnego porządku prawnego eksponuje tylko perspektywę narodową. Taki tok rozumowania nie przyczynia się do powiązania prawa krajowego z prawem europejskim³⁵.

Tezy uzasadnienia wyroku FTK można w tym miejscu skonfrontować z tezami uzasadnienia wyroku Trybunału Konstytucyjnego o zgodności przepisów o ENA z art. 55 ust. 1 Konstytucji. Trybunał Konstytucyjny jednoznacznie wypowiedział się przeciwko interpretowaniu zakazu wyrażonego w art. 55 ust. 1 Konstytucji jako prawa obywatela polskiego do opieki ze strony Rzeczypospolitej Polskiej i do zapewnienia mu sprawiedliwego i jawnego procesu przed niezawisłym i bezstronnym sądem w demokratycznym państwie prawa. Prawa te są bowiem

²⁹ W sprawie znaczenia rewolucji francuskiej dla instytucji obywatelstwa zob.: K. Trzeciński, *op. cit.*, s. 147 i nast.; A. Esmein, *Prawo konstytucyjne*, Warszawa 1921, s. 427 i nast.

³⁰ Tak również U. Hufeld, który stwierdził, że punktem wyjścia dla wyroku FTK jest obywatelstwo niemieckie nie w formie zeuropeizowanej, ale w swoim historycznym znaczeniu, U. Hufeld, *Der Europäische Haftbefehl vor dem BVerfG*, „Juristische Schulung” 2005, nr 10, s. 865.

³¹ Wyrok FTK z 18 czerwca 2005 r., sygn. akt 2 BvR 2236/04, teza 155.

³² Na różnicę pomiędzy krajami anglosaskimi a kontynentem w tej mierze wskazuje również M. Płachta, *Zakaz ekstradycji obywatela polskiego w Konstytucji i nowym kodeksie postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 3, s. 36 i nast.

³³ Ch. Gussy, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen 1997, s. 298.

³⁴ Wyrok FTK z 18 czerwca 2005 r., sygn. akt 2 BvR 2236/04, teza 156.

³⁵ *Ibidem*, teza 189.

uregulowane w art. 36 i w art. 45 ust. 1 Konstytucji. Jednocześnie TK uznał, że art. 55 ust. 1 Konstytucji wyraża prawo obywatela do odpowiedzialności karnej przed polskim sądem, a wobec tego przekazanie go do innego państwa członkowskiego stanowiłoby naruszenie istoty tego prawa. TK prawo to postrzega jako podmiotowe prawo osobiste obywateli, które nie może podlegać żadnym ograniczeniom, albowiem ich wprowadzenie uniemożliwiłoby realizację tego prawa³⁶. Trybunał Konstytucyjny nie wypowiedział się w sprawie znaczenia tego prawa i uzasadnienia dla jego wprowadzenia oraz nie nawiązał w tym miejscu do argumentów *quasi-naturalno-prawnych*. Argumenty o podobnym charakterze pojawiły się jednak w glosach omawianego wyroku. S. Steinborn stwierdza, iż obywatel polski ma prawo do odpowiadania przed sądem polskim, który stosuje prawo polskie znane oskarżonemu. Sędziowie polscy „wyrśli w tej samej kulturze narodowej i mentalności, co oskarżony mogą trafnie zrozumieć postępowanie oskarżonego”³⁷. S. Steinborn wskazuje na możliwość uniknięcia niedogodności związanych z odpowiadaniem przed obcym sądem, takich jak: nieznajomość języka, przepisów prawnych, realiów i zwyczajów obcego społeczeństwa czy możliwość najlepszej obrony przed sądem własnego państwa.

Moim zdaniem, wyżej zaprezentowane argumenty, obecne również w rozumowaniu Trybunału Federalnego, są nietrafne. W kontekście coraz szerszego korzystania przez obywateli państw członkowskich z praw związanych z posiadaniem obywatelstwa Unii Europejskiej, pomimo „niebezpieczeństw” związanych z przebywaniem w innej kulturze narodowej, pośród osób o innej mentalności, które nie zawsze rozumieją „postępowanie obywatela innego państwa członkowskiego”, należy chyba przyjąć, iż obywatele korzystający z praw przewidzianych w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską, akceptują również „ryzyko” kontaktu z organami władzy, w tym władzy sądowniczej, w innych państwach członkowskich. Trudno tutaj pojąć kierunek myślenia akceptujący korzystanie z praw, bez przyjmowania jakichkolwiek uciążliwości związanych z korzystaniem z tych praw³⁸.

W stosunku do tego orzeczenia niemieckiego wydaje się, iż Trybunał Konstytucyjny dokonał wykładni art. 55 ust. 1 Konstytucji adekwatnie do jego treści i uniknął pewnego rodzaju mitologizowania instytucji obywatelstwa, jak miało to miejsce w przypadku niektórych tez uzasadnienia do wyroku FTK. Nie wyklucza to oczywiście możliwości podważenia w przyszłości instytucji europejskiego nakazu aresztowania w kontekście art. 36 Konstytucji ustanawiającego prawo podmiotowe obywatela polskiego do opieki ze strony Rzeczypospolitej Polskiej

³⁶ Wyrok TK z 27 kwietnia 2005 r., sygn. akt P 1/05, III teza 4.2.

³⁷ S. Steinborn, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 27 kwietnia 2005 r. (sygn. akt P 1/05)*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 5, s. 186 i nast.; podobnie P. Sarnecki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz...*, t. 3, art. 55. Teza ta spotkała się z krytyką. W. Czapliński wskazuje m.in. na fakt, że taka interpretacja wyłączałaby jurysdykcję sprawowaną przez Międzynarodowy Trybunał Karny nad obywatelami polskimi, W. Czapliński, *Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Glosa I...*, s. 109.

³⁸ Na konieczność internacjonalizacji ścigania karnego zwracał uwagę m.in. P. Hofmański, *Przyszłość ścigania karnego w Europie*, EPS 2006, nr 12, s. 4 i nast.

podczas jego pobytu za granicą³⁹ czy art. 45 ust. 1 Konstytucji⁴⁰. O ile pozytywnie ocenić można wyżej zaprezentowane tezy wyroku TK oraz uznać za oczywisty brak możliwości wykładni przepisów Konstytucji *contra legem*⁴¹, o tyle trudno w pełni podzielić poglądy zawarte w dalszych tezach punktu 4.3. omawianego uzasadnienia, które wobec jasnych i przekonujących wywodów dotyczących znaczenia art. 55 ust. 1 Konstytucji wydają się nie do końca precyzyjne. Trybunał Konstytucyjny stwierdza bowiem, iż ustanowienie europejskiego nakazu aresztowania jest nie tyle konsekwencją wprowadzenia instytucji obywatelstwa UE, ile odpowiedzią na poprzedzające jej powstanie prawo obywateli państw członkowskich UE do swobodnego przepływu i pobytu na terenie innego państwa⁴². Stwierdzenie TK jest nie do końca wyraźne. Przed wprowadzeniem obywatelstwa unijnego brak było powszechnego prawa obywateli państw członkowskich do przemieszczania się i przebywania w innych państwach członkowskich. Prawo to było związane przede wszystkim z funkcjonowaniem swobód rynkowych i przysługiwało w pierwszym rzędzie pracownikom czy osobom prowadzącym działalność gospodarczą. Należy tutaj wspomnieć, że wprowadzenie instytucji obywatelstwa unijnego przyczyniło się do uniwersalizacji prawa do swobodnego przemieszczania się i przebywania na terytorium państw członkowskich. Obecnie jest to jedno z praw konstytuujących obywatelstwo UE – art. 18 TWE⁴³. S. Kadelbach zauważa, że w stosunku do poprzednich regulacji, swoboda przemieszczania poddana została konstytucjonalizacji (*Konstitutionalisierung der Freizügigkeit*) i można ją określić jako prawo podstawowe, na które powoływać mogą się zarówno pracownicy, jak i osoby nieposiadające tego statusu, ale które je uzyskują⁴⁴. W tym kontekście zrozumiała jest konstrukcja preambuły do dyrektywy 2004/38/WE w sprawie prawa obywateli Unii i członków ich rodzin do swobodnego przemieszczania się i pobytu na terytorium państw członkowskich, wydanej m.in. na podstawie art. 18 TWE, która wymienia jako podstawę do wydania tego aktu właśnie obywatelstwo Unii Europejskiej w punkcie 1., a w punkcie 2. swobodę przepływu osób⁴⁵.

Podkreślanie przez oba sądy konstytucyjne znaczenia obywatelstwa krajowego nie wydaje się konieczne⁴⁶. Na obecnym etapie prawo unijne nie zawie-

³⁹ L. Garlicki stwierdza m.in., że prawo do opieki „istnieje zawsze i w każdej sytuacji, dotyczy więc też przypadków, gdy obywatel polski naruszył prawo (polskie lub obce)”, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz...*, t. 3, art. 36, s. 3.

⁴⁰ Z. Barwina, *op. cit.*, s. 28.

⁴¹ B. Nita, *op. cit.*, s. 63.

⁴² Wyrok TK z 27 kwietnia 2005 r., sygn. akt P 1/05, III teza 4.3.

⁴³ A. Wyrozumska, [w:] *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, red. J. Barcz, Warszawa 2006, s. 1-409.

⁴⁴ S. Kadelbach, *Unionsbürgerschaft*, [w:] *Europäisches Verfassungsrecht*, red. A. von Bogdandy, Berlin–Heidelberg 2003, s. 552.

⁴⁵ Dyrektywa 2004/38/WE z 29 IV 2004, Dz.U. UE, L 158, s. 77 i nast.

⁴⁶ Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu do wyroku z 27 IV 2005 r., w tezie 4.3. stwierdził m.in.: „Na marginesie prowadzonych rozważań warto zwrócić uwagę, że obywatelstwo państwowe nie jest instytucją całkowicie pozbawioną znaczenia nawet na płaszczyźnie prawa UE”.

ra regulacji, które zmierzałyby do pozbawienia znaczenia obywatelstwa państw członkowskich. Jak stanowi art. 2 TUE, obywatelstwo Unii Europejskiej ma na celu umacnianie ochrony praw i interesów obywateli jej państw członkowskich, a art. 6 ust. 3 TUE stanowi, iż Unia szanuje tożsamość narodową państw członkowskich. Natomiast art. 17 TWE stwierdza wyraźnie, iż obywatelstwo Unii Europejskiej nie zastępuje obywatelstwa krajowego. W doktrynie wskazuje się na pełną determinację obywatelstwa unijnego przez obywatelstwo krajowe, bo to państwa członkowskie określając zasady nabywania obywatelstwa krajowego, określają jednocześnie, kto może korzystać z praw związanych z obywatelstwem Unii Europejskiej⁴⁷, a fakt ten może być postrzegany właśnie jako potwierdzenie tradycyjnie rozumianej suwerenności państw członkowskich⁴⁸.

Pomimo pewnej zbieżności wypowiedzi obu sądów konstytucyjnych dotyczących gwarancyjnej roli obywatelstwa państwa członkowskiego oraz korelacji praw i obowiązków związanych z tym statusem jednostki, nie można pomijać jednak szerszego kontekstu obu wypowiedzi. W wyroku Trybunału Konstytucyjnego podkreślenie znaczenia obywatelstwa uzasadniało m.in. niemożność wykładni art. 55 Konstytucji *contra legem* i modyfikacji jej treści poprzez wykładnię. M. Płachta i R. Wieruszewski używają tutaj pojęcia wykładni dynamicznej czy kreatywnej, której Trybunał Konstytucyjny się sprzeciwił⁴⁹. Można się natomiast zastanowić, czy taka twórcza interpretacja nie została zastosowana przez Federalny Trybunał Konstytucyjny, który pomimo wyraźnego brzmienia przepisu art. 16 ust. 2, zd. 2 UZ zezwalającego na wydanie obywatela niemieckiego do innego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, nadał obywatelstwu tak rozbudowane znaczenie, iż praktycznie status ten powinien uniemożliwiać wydanie własnego obywatela, pomimo istnienia normy ustawy zasadniczej, która na to zezwala.

Prawa i obowiązki związane ze statusem obywatela Unii Europejskiej z pewnością prowadzą do zmiany pojmowania statusu obywatelstwa krajowego. S. Steinborn wskazuje, iż art. 55 ust. 1 Konstytucji wyraża prawo podmiotowe obywateli do odpowiedzialności karnej przed sądami polskimi i nie należy interpretować tego przepisu od strony „państwowej” jako prawo państwa do sądzenia własnych obywateli. Dlatego też według S. Steinborna, jakiegokolwiek znaczenia pozbawione są argumenty odwołujące się w tym kontekście do suwerenności państwa⁵⁰. Nie wydaje się jednak, by przy analizie art. 55 Konstytucji można było całkowicie pominąć kwestię zakresu władztwa państwa w stosunku

⁴⁷ C. Mik, *op. cit.*, nb. 1027; S. Kadelbach, *Unionsbürgerschaft*, [w:] *Europäisches Verfassungsrecht...*, s. 548.

⁴⁸ S. Konopacki, *European Citizenship – Maastricht and After*, [w:] L. Hodgson, S. Konopacki, T. Spyby, A. Thompson, *National and Ethnic Identity in the European context*, Łódź 2001, s. 184, 186.

⁴⁹ M. Płachta, R. Wieruszewski, *Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Glosa III*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 6, s. 118.

⁵⁰ S. Steinborn, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 27 kwietnia 2005 r. (sygn. akt P 1/05)*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 5, s. 186 i nast.

do swoich obywateli. P. Sarnecki w komentarzu do art. 55 Konstytucji omawia oba aspekty zakazu ekstradycji stwierdzając, iż przepis ten wyraża prawo obywatela do odpowiedzialności przed sądem polskim, ale jednocześnie wskazuje, że zakaz ekstradycji wynika

niejako automatycznie z ogólnej zasady władztwa państwowego wobec swych obywateli, w czym przede wszystkim mieści się monopol do wymierzania im kar [oraz jest] jednym z wyrazów suwerenności państwa polskiego, w czym mieści się również jego monopol w zakresie wymierzania sprawiedliwości swym obywatelom⁵¹.

Dostrzegając ten związek należałoby zinterpretować nowelizację art. 55 Konstytucji jako próbę otwarcia polskiego systemu prawnego na prawo unijne i jednocześnie jako dalszy krok w zmianie pojmowania suwerenności.

Granice otwarcia krajowego porządku prawnego na prawo unijne

W omawianym orzeczeniu FTK prezentuje dużą rezerwę w stosunku do prawa Unii Europejskiej. Nie jest to zresztą niczym nowym w orzecznictwie tego sądu konstytucyjnego⁵². Otwarcie niemieckiej przestrzeni prawnej następowało stosunkowo powoli, a jego etapy odmierzały kolejne orzeczenia Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, które na stałe weszły do dyskursu prawniczego odnoszącego się do relacji pomiędzy prawem krajowym a prawem wspólnotowym. W orzeczeniu zwanym Solange I⁵³ z 1974 r. FTK stwierdził, iż dopóki prawo wspólnotowe nie zawiera ustanowionego przez organ parlamentarny katalogu praw podstawowych, który byłby adekwatny do katalogu praw podstawowych Ustawy Zasadniczej, dopuszczalne jest przedłożenie pytania prawnego Federalnemu Trybunałowi Konstytucyjnemu w sprawie zgodności przepisu prawa wspólnotowego z prawem podstawowym zawartym w Ustawie Zasadniczej. W 1986 r. nastąpił zwrot w stanowisku FTK, który w orzeczeniu Solange II⁵⁴ stwierdził, iż dopóki Wspólnota Europejskie, w szczególności orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości gwarantują rzeczywistą ochronę praw podstawowych w działaniach władczych Wspólnot, która w istotnych punktach odpowiada koniecznej w świetle postanowień Ustawy Zasadniczej ochronie praw podstawowych, Trybunał nie będzie dokonywał kon-

⁵¹ P. Sarnecki, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz...*, t. 3, art. 55.

⁵² U. Hufeld, *Der Europäische Haftbefehl vor dem BVerfG*, „Juristische Schulung” 2005, nr 10, s. 865 i nast. Omówienie orzeczeń FTK m.in.: M. Mataczyński, *Kto jest ostatecznym arbitrem konstytucyjności w Europie*, [w:] *Wymiar sprawiedliwości w Unii Europejskiej*, red. C. Mik, Toruń 2001, s. 130; P. Saganek, *Orzecznictwo sądów krajowych państw członkowskich dotyczące Wspólnot Europejskich*, [w:] *ibidem*, s. 147 i nast.; S. Biernat, [w:] *Prawo Unii Europejskiej...*, s. 1–266. W literaturze polskiej problem otwarcia prawa niemieckiego na prawo wspólnotowe został obszernie omówiony przez J. Barcza, *Między konstytucją a ponadnarodowością*, Warszawa 1990, s. 195 i nast.

⁵³ Uchwała Drugiego Senatu FTK z 29 maja 1974 r., sygn. akt 2 BvL 52/71, BVerfGE 37, s. 271.

⁵⁴ Uchwała Drugiego Senatu FTK z 22 października 1986 r., sygn. akt 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, s. 339.

troli wspólnotowego prawa pochodnego. W orzeczeniu z Maastricht⁵⁵ Trybunał wyraził zgodę na ratyfikację przez Federalną Republikę Niemiec Traktatu z Maastricht, formując przy tym pewne zastrzeżenia dla procesu integracji, posługując się m.in. określeniem „panowie Traktatu”, o czym niżej, a także wskazał na konieczność dalszej demokratyzacji Unii Europejskiej oraz zastrzegając sobie prawo kontroli tego, czy akty prawne wydawane przez instytucje europejskie mieszczą się w ramach przekazanych Wspólnotom uprawnień władczych. Federalny Trybunał Konstytucyjny podkreślił również, iż zapewnia ochronę praw podstawowych w Niemczech nie tylko w stosunku do niemieckich organów państwowych. Funkcje orzecznicze w odniesieniu do wspólnotowego prawa pochodnego wykonuje natomiast w „kooperacji” z Europejskim Trybunałem Sprawiedliwości.

Powyższe, pełne rezerwy w stosunku do procesów integracji europejskiej, tezy nawiązywały raczej do orzeczenia z lat 70. niż do formuły Solange II. Natomiast doktryna „wystarczającej ochrony praw podstawowych we Wspólnocie Europejskiej” z orzeczenia Solange II znalazła potwierdzenie w orzeczeniu dotyczącym rozporządzenia wspólnotowego o organizacji europejskiego rynku bananów⁵⁶. W orzeczeniu tym Federalny Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż skargi konstytucyjne i pytania sądów, w których podnoszone jest naruszenie praw podstawowych zawartych w Ustawie Zasadniczej przez akt wspólnotowego prawa pochodnego są niedopuszczalne, o ile w ich uzasadnieniu nie zostanie udowodnione, iż rozwój systemu prawa wspólnotowego, w tym orzecznictwa ETS, znalazł się poniżej koniecznego standardu ochrony praw podstawowych. Należy przy tym zauważyć, iż orzeczenie dotyczące ENA jest pewnego rodzaju *novum*, gdyż dotychczas w swoich orzeczeniach Federalny Trybunał Konstytucyjny zajmował się przede wszystkim relacją pomiędzy pochodnym prawem wspólnotowym a Ustawą Zasadniczą, natomiast w wyroku z 2005 r. odnosi się do prawa stanowionego w III filarze.

Wypowiedzi Federalnego Trybunału Sprawiedliwości w orzeczeniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania również trudno zakwalifikować jako entuzjastyczne w stosunku do procesów integracji europejskiej, jednak nie można pominąć też uzasadnienia, oznaczającego warunkową akceptację dla procesów integracyjnych, także dla współpracy państw członkowskich w ramach III filaru Unii Europejskiej. Federalny Trybunał Konstytucyjny stwierdza, iż art. 16 ust. 2 w związku z art. 23 ust. 1 UZ⁵⁷ stanowią podstawę dla otwarcia krajowego

⁵⁵ Wyrok Drugiego Senatu FTK z 12 października 1993 r., sygn. akt, BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, s. 155.

⁵⁶ Uchwała Drugiego Senatu z 7 czerwca 2000 r., sygn. akt 2 BvL 1/97, BVerfGE 102, s. 147.

⁵⁷ Art. 23 ust. 1 ZU, zd. 1: „Zur Verwirklichung eines vereinten Europas wirkt die Bundesrepublik Deutschland bei der Entwicklung der Europäischen Union mit, die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet”. [W celu urzeczywistnienia zjednoczonej Europy Republika Federalna Niemiec współdziała w rozwoju Unii Europejskiej, która związana jest zasadami demokratycznymi, państwa prawnego, socjalnymi i federacyjnymi i zasadą subsydiarności oraz gwarantuje porównywalną z Ustawą Zasadniczą ochronę praw podstawowych] zd. 2: „Der Bund kann hierzu durch Gesetz mit Zustimmung des Bundesrates Hoheitsrechte übertragen”. [Związek może w tym wypadku ustawą za zgodą Rady Federalnej przenieść prawa zwierzchnie].

porządku prawnego na prawo międzynarodowe i prawo europejskie, a także na współpracę międzynarodową w celu podwyższenia respektu dla organizacji międzynarodowych chroniących pokój i wolność oraz dla prawa międzynarodowego, a także w celu wspierania integracji narodów europejskich w ramach Unii Europejskiej⁵⁸. Należy wskazać, iż te procesy według FTK mają przebiegać w formach kontrolowanej więzi (*in den Formen einer kontrollierten Bindung*). Wydaje się, iż to określenie nawiązuje do wypracowanej przez orzecznictwo niemieckie tezy, iż to państwa członkowskie są wyłącznymi podmiotami decydującymi o kierunku procesów integracyjnych, posiadają one bowiem kompetencję do zawarcia, zmiany i wypowiedzenia traktatów jako „panowie Traktatów” (*Herren der Verträge*)⁵⁹. To określenie pojawiło się m.in. w orzeczeniu FTK dotyczącym zgodności ustawy wyrażającej zgodę na związanie się przez Niemcy Traktatem z Maastricht:

Republika Federalna Niemiec jest więc również po wejściu w życie Traktatu o Unii członkiem związku państw, którego władza wspólnotowa wywodzi się od państw członkowskich i która w obszarze zwierzchnictwa niemieckiego może być skuteczna tylko na podstawie niemieckiego nakazu stosowania prawa [wspólnotowego]. Niemcy są jednym z „panów traktatów”, którzy swoje związanie zawartym na czas nieokreślony Traktatem o Unii (art. Q TUE) oparli na woli długotrwałego członkostwa, ta przynależność mogłaby znów zostać zniesiona poprzez akt przeciwny⁶⁰.

Ta linia orzecznicza kontynuowana jest również w wyroku w sprawie europejskiego nakazu aresztowania, w którym zasada otwarcia niemieckiego porządku prawnego ustępuje wobec zasady nadrzędności konstytucji⁶¹. Pewnego rodzaju nowością jest jednak „dynamiczna” wykładnia Ustawy Zasadniczej⁶², w wyniku której powstaje konflikt pomiędzy przepisami ustawy implementującej omawianą decyzję ramową a podlegającym wykładni FTK art. 16 UZ.

FTK wskazał, iż wydawanie także własnych obywateli odpowiada ogólnej tendencji w rozwoju stosunków międzynarodowych i ponadnarodowych, przeciwko której przyjazna prawu międzynarodowemu Ustawa Zasadnicza nie stawia nieprzekraczalnych przeszkód. FTK podkreślił konieczność współpracy Niemiec z ONZ i realizacji rezolucji Rady Bezpieczeństwa dotyczących utworzenia Trybunałów Karnych zajmujących się zbrodniami popełnionymi w byłej Jugosławii oraz Ruandzie⁶³. Obie rezolucje przewidują wydawanie własnych obywateli, bo tyl-

⁵⁸ Wyrok FTK z 18 czerwca 2005 r., sygn. akt 2 BvR 2236/04, teza 69.

⁵⁹ P. Kirchhof, [w:] *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, red. J. Isensee, P. Kirchhof, t. 7, Heidelberg 1992, nb. 46; M. Mataczyński, *Kto jest ostatecznym arbitrem konstytucyjności w Europie*, [w:] *Wymiar sprawiedliwości w Unii Europejskiej...*, s. 129; Uchwała Drugiego Senatu FTK z 22 października 1986 r., sygn. akt 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, s. 375.

⁶⁰ Wyrok Drugiego Senatu FTK z 12 października 1993 r., sygn. akt, BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, s. 190.

⁶¹ W sprawie zasady pierwszeństwa konstytucji w Niemczech zob.: P. Tułaja, *Stosowanie Konstytucji RP w świetle jej nadrzędności*, Kraków 2003, s. 53 i nast.

⁶² Patrz pkt II.

⁶³ Ustawa o współpracy z Międzynarodowym Trybunałem Karnym dla byłej Jugosławii z 10 kwietnia 1995 r. (Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien,

ko w ten sposób można umożliwić międzynarodowe ściganie karne podejrzanych o popełnienie zbrodni wojennych. Natomiast Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego w Hadze⁶⁴ przewiduje, że strony mogą odstąpić od wydania własnego obywatela, o ile zagwarantują podjęcie ścigania karnego w ramach krajowego porządku prawnego. W ten sposób odpowiedzialność za ściganie określonych czynów zabronionych jest dzielona pomiędzy organ międzynarodowy a państwo–stronę⁶⁵.

W tej tezie orzeczenia FTK nawiązał ponownie do doświadczeń historycznych Republiki Federalnej Niemiec i wskazał na szczególną odpowiedzialność Niemiec za proces budowy międzynarodowego sądownictwa karnego zajmującego się ściganiami zbrodni przeciwko ludzkości, rozpoczęty przez działalność Trybunałów ds. Zbrodni Wojennych w Norymberdze i Tokio⁶⁶.

FTK wskazał, że zobowiązania Niemiec jako członka Unii Europejskiej sięgają dalej niż zobowiązania wynikające z prawa międzynarodowego publicznego. Wraz z ratyfikacją Traktatu amsterdamskiego i Traktatu nicejskiego Republika Federalna Niemiec zobowiązała się do uczestnictwa w tworzeniu przestrzeni wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości. Współpraca państw członkowskich ma miejsce w III – międzyrządowym – filarze i ma na celu połączenie procesu otwierania granic dla osób, towarów, usług i kapitału z lepszą współpracą właściwych organów państwowych zajmujących się ściganiami przestępstw m.in. poprzez rezygnację ze zwykłego w takich sytuacjach politycznego uznania, jeśli chodzi o podjęcie decyzji o wydaniu⁶⁷. Niestety stwierdzenie to nie stało się podstawą dla przeprowadzenia wykładni Ustawy Zasadniczej w duchu zobowiązań przyjętych przez Niemcy w wyżej wymienionych traktatach, ani w świetle norm Ustawy Zasadniczej, odnoszących się do integracji europejskiej⁶⁸. U. Hufeld zauważa, iż jeżeli zgoda wyrażona przez Niemcy na związanie się art. 31 i 34 TUE odpowiada warunkom zawartym w art. 23 UZ, a decyzja ramowa została wydana w ramach kompetencji przewidzianych w traktatach, to nie ma w ogóle mowy o niezgodności z art. 16 ust. 2 UZ. Autor stwierdza, że gdyby sędziowie wzięli pod uwagę art. 23 ust. 1 UZ, cały kontekst implementacji europejskiego nakazu aresztowania stałby się jasny⁶⁹.

W nawiązaniu do wypełniania zobowiązań Republiki Federalnej Niemiec wynikających z prawa unijnego niemiecki Trybunał Konstytucyjny zajął się również kwestią granic związania prawem unijnym. FTK stwierdził w związku z implementacją decyzji ramowej, że

BGBI I, s. 485); Ustawa o współpracy z Międzynarodowym Trybunałem Karnym dla Ruandy z 4 maja 1998 r. (Gesetz für die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof für Ruanda, BGBI. I, s. 843).

⁶⁴ Ustawa o wykonaniu Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego z 21 czerwca 2002 r. (Gesetz zur Ausführung des Römischen Status des Internationalen Strafgerichtshofs, BGBL. I, s. 2144).

⁶⁵ Literatura w jęz. polskim, dotycząca działania międzynarodowych trybunałów karnych [w:] A. Wyrozumski, W. Czapliński, *Międzynarodowe prawo publiczne*, Warszawa 2004, nb. 463 i nast.

⁶⁶ Wyrok FTK z 18 czerwca 2005 r., sygn. akt 2 BvR 2236/04, teza 72.

⁶⁷ *Ibidem*, teza 73.

⁶⁸ Podobnie w zdaniu odrębnym do wyroku FTK sędziego Gebhardta, *ibidem*, teza 184.

⁶⁹ U. Hufeld, *Der Europäische Haftbefehl vor dem BVerfG*, „Juristische Schulung” 2005, nr 10, s. 867.

możliwość ograniczenia dotąd absolutnie obowiązującego zakazu wydawania obywateli niemieckich nie prowadzi także do odpaństwowienia (*Entstaatlichung*) porządku prawnego opartego na Ustawie Zasadniczej, który wobec nienaruszalnych zasad podstawowych zawartych w art. 20 UZ nie podlegałby dyspozycji ustrojodawcy. W szczególności w ten sposób ani nie zostaje zniesiona instytucja obywatelstwa krajowego, ani nie zostaje ona pozbawiona znaczenia materialnego albo zastąpiona przez obywatelstwo unijne, a więc nie ma potrzeby wyjaśniania jego znaczenia dla zasady demokracji z Ustawy Zasadniczej⁷⁰.

Należy zauważyć, iż art. 20 UZ i zawarta w tym przepisie Ustawy Zasadniczej zasada demokracji, w myśl art. 79 ust. 3 UZ, należą do tzw. norm niezmiennalnych Ustawy Zasadniczej⁷¹. Zasada demokracji w kontekście integracji europejskiej była przedmiotem obszernej refleksji ze strony FTK w orzeczeniu z Maastricht. FTK wypowiedział się w tym wyroku m.in. na temat znaczenia gwarancyjnego tej zasady, jeśli chodzi o uprawnienia obywateli krajowych:

Do nienaruszalnej zgodnie z art. 79 ust. 3 UZ zawartości zasady demokracji należy, iż przyjęcie zadań państwowych oraz wykonywanie funkcji państwowych można wyprowadzić z narodu państwowego i zasadniczo przed nim będzie ponoszona odpowiedzialność [za wykonywanie tych zadań]. [...] Zasada demokracji nie utrudnia więc Republice Federalnej Niemiec członkostwa w – ponadnarodowo zorganizowanej – międzyrządowej wspólnotce. Warunkiem członkostwa jest jednak, by również w ramach związku państw zapewniona była legitymacja i możliwość wywierania wpływu przez naród [na ten związek]⁷².

FTK, pomimo iż w transponowaniu europejskiego nakazu aresztowania nie dostrzegł naruszenia zasady demokracji wskazał jednocześnie na powiązanie instytucji obywatelstwa krajowego z zasadą demokracji. Utrata przez obywatelstwo krajowe znaczenia materialnego mogłaby oznaczać również naruszenie zasady demokracji. Oczywiście wykładnia pojęcia „utrata znaczenia materialnego” należy tutaj do właściwości sądu konstytucyjnego.

FTK stwierdził również, że wydanie obywatela niemieckiego innemu państwu członkowskiemu Unii Europejskiej nie prowadzi do „odpaństwowienia” (*Entstaatlichung*), gdyż państwo zachowuje zadania o znaczeniu materialnym, a ograniczenie ochrony przed wydaniem obywatela niemieckiego nie prowadzi do rezygnacji z istotnych zadań państwa (*essentielle Staatsaufgabe*)⁷³. Pojęcia „odpaństwowienia” oraz zadań państwa o istotnym znaczeniu nawiązują do poprzednich orzeczeń FTK dotyczących uczestnictwa Niemiec w procesach integracji europejskiej⁷⁴. Prócz wy-

⁷⁰ Wyrok FTK z 18 czerwca 2005 r., sygn. akt 2 BvR 2236/04, teza 74.

⁷¹ Pojęcie norm niezmiennalnych zostało omówione przez L. Garlickiego, [w:] *Charakter i struktura norm Konstytucji*, red. J. Trzcziński, Warszawa 1997, s. 137.

⁷² Wyrok Drugiego Senatu FTK z 12 października 1993, sygn. akt BvR 2134, 2159/92, BVerfGE 89, s. 182.

⁷³ Wyrok FTK z 18 czerwca 2005 r., sygn. akt 2 BvR 2236/04, teza 75.

⁷⁴ P. Kirchhof, [w:] *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland...*, t. 7, nb. 58; W orzeczeniu z 22 X 1986 r., FTK, BVerfGE 73, 339 (375 nn.) wskazuje, że do *Essentiale* należy również efektywna ochrona praw podstawowych, zagwarantowana w UZ, która stała się osią orzeczeń Solange I, Solange II i Maastricht.

zej wymienionych, ugruntowanych w orzecznictwie konstytucyjnym pojęć, FTK analizuje instytucję europejskiego nakazu aresztowania również w kontekście tzw. klauzuli odpowiedniości strukturalnej (*Strukturentsprechungsklausel*). Niemiecki Trybunał Konstytucyjny zauważa bowiem, że art. 16 ust. 2, zd. 2 UZ, który stanowi, iż wydanie obywatela niemieckiego jest dopuszczalne, o ile zostaną zachowane zasady państwa prawnego, nie jest tylko powtórzeniem zasady państwa prawnego, w szczególności zasady proporcjonalności, która musi być zachowana przy każdym ograniczeniu praw podstawowych. Zastrzeżenie to nawiązuje przede wszystkim do klauzuli odpowiedniości strukturalnej (*Strukturentsprechung*), sformułowanej w art. 23 ust. 1 UZ, zgodnie z którym Unii Europejska powinna przestrzegać zasady demokracji, państwa prawnego, zasady socjalności, federacyjności i subsydiarności oraz gwarantować porównywalną z Ustawą Zasadniczą ochronę praw podstawowych. H. P. Ipsen wskazuje, że w kontekście integracji europejskiej chodzi przede wszystkim o zachowanie zasady państwa demokratycznego i państwa prawnego, a także zasady ochrony praw podstawowych i prawa do sądu⁷⁵. FTK w orzeczeniu dotyczącym ENA precyzuje, iż ustawodawca zezwalający na wydanie obywatela niemieckiego musi sprawdzić, czy podmioty zwracające się z prośbą o wydanie przestrzegają zasady państwa prawnego w odniesieniu do standardów postępowania karnego. Nie bez znaczenia jest tutaj fakt, iż wszystkie państwa członkowskie zobowiązane są do przestrzegania zasad zawartych w art. 6 ust. 1 TUE, w tym zasady państwa prawnego, a więc istnieje podstawa dla wzajemnego zaufania pomiędzy członkami Unii Europejskiej. Nie zwalnia to jednak ustawodawcy z konieczności reagowania na naruszenia tej zasady, jeśli chodzi o zasady procesowe, i to niezależnie od postępowania przewidzianego w art. 7 TUE⁷⁶. Zwraca tutaj uwagę fakt, że Trybunał nie jest chyba to końca przekonany o skuteczności mechanizmów przewidzianych przez art. 7 TUE, mających na celu kontrolowanie i ewentualnie wymuszanie przestrzegania przez państwa członkowskie zasad zawartych w art. 6 TUE. Takiej, raczej nieuzasadnionej, rezerwy nie wykazuje polski Trybunał Konstytucyjny, który stwierdza, iż intensywna współpraca pomiędzy państwami członkowskimi, odchodząca od tradycyjnej formuły ekstradycji jest możliwa

dzięki wysokiemu wzajemnemu poziomowi zaufania do systemów prawnych, zbudowanych w oparciu o zasady ustrojowe zapewniające ochronę podstawowych praw i wolności człowieka. Wspólne standardy tej ochrony uzasadniają rezygnację z niektórych gwarancji formalnych, jakie zawierają klasyczne instrumenty współpracy międzynarodowej⁷⁷.

Problem granic otwarcia porządku prawa polskiego nie został tak wyraźnie wyeksponowany w orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania, jak w uzasadnieniu do wyroku Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego zgodności Traktatu akcesyjnego z Konstytucją RP. TK wypowie-

⁷⁵ H. P. Ipsen, [w:] *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. 7, nb. 9.

⁷⁶ Wyrok FTK z 18 czerwca 2005 r., sygn. akt 2 BvR 2236/04, teza 77 i 78.

⁷⁷ Wyrok TK z 11 maja 2005 r., sygn. akt. K 18/04, III, teza 5.9.

dział się w tym orzeczeniu m.in. na temat zakresu kompetencji przekazywanych na podstawie art. 90 ust. 1 Konstytucji organizacji międzynarodowej. TK stwierdza, że

przekazanie kompetencji „w niektórych sprawach” rozumiane być musi zarówno jako zakaz przekazania ogółu kompetencji danego organu, przekazania kompetencji całości spraw w danej dziedzinie, jak i jako zakaz przekazania kompetencji co do istoty spraw określających gestię danego organu władzy państwowej⁷⁸.

Należy tutaj zwrócić uwagę na różnicę w sformułowaniach obu sądów konstytucyjnych. Federalny Trybunał Konstytucyjny posługuje się w swoim orzecznictwie pojęciem szerszym – istotnych kompetencji państwa, natomiast jak zauważa J. Barcz, Trybunał Konstytucyjny opiera się na zachowaniu swoich funkcji przez organ władzy państwowej, choć raczej powinno się rozważać zachowanie państwowości RP, a nie kompetencji danego organu władzy państwowej, które w wyniku procesów integracyjnych mogą ulegać przekształceniom⁷⁹. Choć w Konstytucji RP brak jest unormowania podobnego do art. 23 ust. 1 UZ, które wyznacza warunki wykonywania praw zwierzchnich przeniesionych na organizację międzynarodową, TK stwierdził, iż normy Konstytucji dotyczące praw i wolności jednostki „wyznaczają minimalny i nieprzekraczalny próg, który nie może ulec obniżeniu ani zakwestionowaniu na skutek regulacji wspólnotowych”⁸⁰, tym samym wyznaczając również warunki materialne, którym musi odpowiadać prawo wspólnotowe.

Trybunał Konstytucyjny poruszył w uzasadnieniu znaczenie zasady demokracji, nawiązując wyraźnie w tym zakresie do doktryny wypracowanej przez sąd niemiecki, stwierdzając, iż art. 90 ust. 1 oraz art. 91 ust. 3 Konstytucji nie mogą stanowić podstawy dla przekazania kompetencji władzy państwowej w zakresie,

który powodowałby, iż Rzeczpospolita Polska nie może funkcjonować jako państwo suwerenne i demokratyczne. W tej kwestii pogląd Trybunału Konstytucyjnego pozostaje zbiezny, co do zasady, ze stanowiskiem Federalnego Sądu Konstytucyjnego Niemiec⁸¹.

Również analogicznie do prezentowanego wyżej stanowiska FTK – doktryna „panów Traktatów” – została określona przez TK pozycja RP w Unii Europejskiej

Państwa członkowskie pozostają suwerennymi podmiotami – stronami Traktatów założycielskich Wspólnot i Unii Europejskiej. One też samodzielnie i zgodnie ze swymi konstytucjami ratyfikują zawierane Traktaty i dysponują prawem ich wypowiedzenia...⁸².

⁷⁸ *Ibidem*, teza 4.1.

⁷⁹ J. Barcz, *Glosa nr 1 do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 11.5.2005 (zgodność Traktatu akcesyjnego z Konstytucją RP) K 18/04*, KPPubl 2005, nr 4, s. 176.

⁸⁰ Wyrok TK z 11 V 2005 r., sygn. akt. K 18/04, III, teza 6.4.

⁸¹ *Ibidem*, teza 4.5.

⁸² *Ibidem*, teza 8.5.; podobnie K. Wojtowicz, [w:] *Prawo Unii Europejskiej...*, s. I–532.

Prócz powyżej wspomnianych warunków integracji Rzeczypospolitej Polskiej z Unią Europejską należy wskazać na pierwszorzędne znaczenie przypisane przez polski Trybunał samej Konstytucji RP. Trybunał, opierając się przede wszystkim na art. 8 ust. 1 Konstytucji RP, opowiedział się za nadrzędnością Konstytucji w stosunku do prawa Unii Europejskiej. Nadrzędność ta wyraża się m.in. w fakcie, iż cały proces przekazywania kompetencji organom wspólnotowym jest oparty na przepisach Konstytucji, na podstawie których ocenia się ważność i skuteczność tego przekazania. Ponadto Konstytucja przewiduje kontrolę zgodności z Konstytucją Traktatu akcesyjnego oraz pośrednio Traktatów założycielskich, stanowiących załącznik do Traktatu akcesyjnego. Fakt zaistnienia sprzeczności pomiędzy Konstytucją a prawem wspólnotowym nie prowadzi do utraty mocy obowiązującej lub zmiany przepisów Konstytucji. O sposobie rozwiązania konfliktu ma zadecydować ustrojodawca⁸³.

Przyjęte przez oba sądy konstytucyjne stanowiska mają oczywiście swoje konsekwencje systemowe⁸⁴. Nie rozwijając dalej tej kwestii, chciałabym tylko zaznaczyć, iż przyjęcia podobnych założeń przez oba sądy, jeśli chodzi o stosunek prawa krajowego, a przede wszystkim ustawy zasadniczej do aktów prawa unijnego, nie musi prowadzić do takich samych rozstrzygnięć w konkretnych sprawach związanych z integracją europejską, czego przykładem są właśnie omawiane w tym artykule wyroki.

Decyzja ramowa w świetle orzeczeń sądów konstytucyjnych

Jak już wyżej wspomniano, FTK stanął na stanowisku, iż sposób wprowadzenia decyzji ramowej do porządku prawa krajowego, przede wszystkim brak wykorzystania sfer uznania dozwolonych przez przepisy decyzji ramowej, spowodował naruszenie konstytucji niemieckiej. Przedmiotem poniższych rozważań nie będą jednak uchybienia ustawodawcy niemieckiego, ale poglądy Trybunału Federalnego odnoszące się do charakteru aktów prawnych wydawanych w ramach III filaru Unii Europejskiej. FTK stwierdził:

Szczególna, w porównaniu do implementacji dyrektyw Wspólnoty Europejskiej, odpowiedzialność za implementację zgodną z konstytucją wynika z faktu, iż chodzi o środki podejmowane w zakresie „trzeciego filaru” Unii Europejskiej. [...] Prawno-unijna forma działania jest co prawda w swojej koncepcji wzorowana na dyrektywie ponadnarodowego prawa wspólnotowego, jednakże odróżnia się od tego źródła prawa pochodnego pod wieloma względami⁸⁵.

⁸³ Wyrok TK z 11 maja 2005 r., sygn. akt. K 18/04, III, teza 7 i nast.

⁸⁴ M. Mataczyński, *Kto jest ostatecznym arbitrem konstytucyjności w Europie*, [w:] *Wymiar sprawiedliwości w Unii Europejskiej...*, s. 119; K. Wójtowicz, *Głosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 11 maja 2005 r.*, (sygn. akt K 18/04), „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 6, s. 192; R. Kwiecień, *Zgodność traktatu akcesyjnego z Konstytucją*, EPS 2005, nr 10, s. 43.

⁸⁵ Wyrok FTK z 18 czerwca 2005 r., sygn. akt 2 BvR 2236/04, teza 80.

FTK wskazał przy tym, iż decyzja ramowa jako forma aktu prawa unijnego nie należy do ponadnarodowej struktury decyzyjnej prawa wspólnotowego. Prawo unijne jest natomiast, pomimo zaawansowanego stopnia integracji, dalej porządkiem prawnym podlegającym regułom prawa międzynarodowego. W szczególności decyzja ramowa musi zostać uchwalona jednogłośnie przez Radę, konieczne jest jej wprowadzenie przez państwa członkowskie do ich porządków prawnych, a sama transpozycja nie może być egzekwowana na drodze sądowej⁸⁶. FTK nie wyjaśnił niestety, dlaczego państwo członkowskie powinno wykazywać jakąś szczególną odpowiedzialność przy implementacji decyzji ramowej i jakie formy ta szczególna odpowiedzialność powinna przybrać. W kontekście orzeczenia ETS w sprawie Pupino⁸⁷ również trudno zdefiniować taką szczególną odpowiedzialność. J. Barcz wskazuje, iż raczej powinna być to „normalna” odpowiedzialność, gdyż w odniesieniu do implementacji decyzji ramowych powinny obowiązywać zasady wypracowane dla implementacji dyrektyw⁸⁸. Pogląd taki został również zacytowany w tezie uzasadnienia do wyroku TK⁸⁹. Choć brak implementacji decyzji ramowej nie może być sankcjonowany wniesieniem skargi podobnej do środka prawnego przewidzianego w art. 226 czy art. 227 TWE, bo Traktat o Unii Europejskiej takiej procedury nie przewiduje, to wypowiedź Trybunału implikująca, iż czynnikiem warunkującym lojalne stosowanie prawa unijnego przez państwo członkowskie jest możliwość sądowego wymuszenia transpozycji aktu prawnego do prawa krajowego, daleka jest od przyjaznej interpretacji prawa unijnego. Trybunał Federalny, który kwalifikuje decyzję ramową jako akt prawa międzynarodowego pominął tutaj całkowicie kwestię przestrzegania ważnie zaciągniętych zobowiązań międzynarodowych⁹⁰, zwłaszcza w perspektywie ugruntowanej w doktrynie i orzecznictwie niemieckim zasady otwartości na prawo międzynarodowe.

Tezy prezentowane przez FTK warto tutaj zestawić z wypowiedziami Trybunału Konstytucyjnego co do charakteru decyzji ramowej zamieszczonymi w orzeczeniu dotyczącym ENA. TK stwierdził, iż decyzje ramowe odpowiadają koncepcyjnie i konstrukcyjnie dyrektywom. Nie mogą one natomiast wywoływać skutku bezpośredniego, nawet jeśli zawarte w nich postanowienia są precyzyjne i bezwarunkowe. Ich wykonanie w prawie krajowym powinno się rządzić zasadami analogicznymi do zasad transpozycji dyrektyw⁹¹. Należy wskazać, iż polski Trybunał Konstytucyjny pośrednio uznał również możliwość stosowania zasa-

⁸⁶ Wyrok FTK z 18 czerwca 2005 r., sygn. akt 2 BvR 2236/04, teza 81.

⁸⁷ Wyrok ETS z 16 czerwca 2006 r. w sprawie C-105/03, postępowanie przeciwko Marii Pupino, Zb.Orz. ETS 2005, I-5285.

⁸⁸ J. Barcz, *Europejski nakaz aresztowania – konsekwencje braku transpozycji lub wadliwej transpozycji decyzji ramowej w państwie członkowskim UE*, EPS 2005, nr 10, s. 15.

⁸⁹ Wyrok TK z 27 kwietnia 2005 r., sygn. akt P 1/05, III, teza 2.1.

⁹⁰ Tak w odniesieniu do wyroku TK dotyczącego europejskiego nakazu aresztowania, J. Barcz, *Glosa nr 1 do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 11.5.2005 (zgodność Traktatu akcesyjnego z Konstytucją RP) K 18/04*, KPPubl 2005, nr 4, s. 183.

⁹¹ Wyrok TK z 27 kwietnia 2005 r., sygn. akt P 1/05, III, teza 2.1.

dy prowsólnotowej wykładni prawa krajowego w odniesieniu do aktów prawa unijnego pochodnego. W szczególności TK wskazał, iż art. 34 ust. 2, lit. b TUE jest odpowiednikiem art. 249 ust. 3 TWE, a tryb przewidziany przez art. 35 TUE odpowiada trybowi preiudycjalnemu z art. 234 TWE⁹². Jak wskazuje J. Barcz, dalsze rozważania Trybunału w sprawie możliwości zastosowania tej zasady napotkały jednak na barierę w postaci jednoznacznego brzmienia art. 55 ust. 1 Konstytucji, a więc niemożności wykładni prawa krajowego *contra legem*⁹³.

Stosowanie prointegracyjnej wykładni prawa krajowego w stosunku do aktów prawnych wydanych w ramach III filaru zostało potwierdzone przez ETS w wyroku w sprawie Pupino. ETS w orzeczeniu wskazał m.in. na związek art. 249 ust. 3 TWE z art. 34 ust. 2, lit. b TUE, w szczególności na wiążący charakter decyzji ramowej, z którego wynika także obowiązek organów państwowych dokonywania pronijnej wykładni prawa krajowego⁹⁴ oraz na obowiązywanie również w III filarze zasady lojalnej współpracy⁹⁵. Z tej perspektywy wydaje się, że polscy sędziowie w sposób bardziej trafny odczytali charakter aktów prawnych wydawanych w zakresie współpracy policji i sądów w sprawach karnych niż sędziowie niemieccy, którzy mają przecież do czynienia z kwestiami związanymi z integracją europejską od ponad 50 lat.

O ile FTK jednoznacznie przyporządkował decyzje ramowe prawu międzynarodowemu publicznemu, to mogłoby się wydawać, zwłaszcza w kontekście powyżej cytowanych wypowiedzi, iż Trybunał Konstytucyjny dostrzegł pewną odrębność unijnego prawa pochodnego w stosunku do prawa międzynarodowego.

Zgodnie z takim ujęciem prawo w II i III filarze jest prawem międzynarodowym publicznym, choć wykazującym **pewne swoistości wobec znacznego stopnia integracji państw, jaki wynika z TUE** [podkreślenie moje – M.B.]⁹⁶.

Pronijny walor tej wypowiedzi został jednak osłabiony poprzez tezę, zawartą w uzasadnieniu wyroku dotyczącego Traktatu akcesyjnego, w którym TK stwierdził, że decyzja ramowa,

jako odnosząca się do współpracy międzyrządowej (III filar) w zakresie współpracy sądowej i policji w sprawach karnych, stanowi jedynie zobowiązanie międzyrządowe. Adresowana jest przede wszystkim do rządu RP⁹⁷.

⁹² *Ibidem*, teza 3.4.

⁹³ J. Barcz, *Europejski nakaz aresztowania...*, s. 17; w sprawie granic zasady pronijnej wykładni prawa krajowego zob. tezy 45–47 uzasadnienia wyroku ETS w sprawie Pupino.

⁹⁴ Tezy 33–34 uzasadnienia wyroku ETS w sprawie Pupino.

⁹⁵ Tezy 41–43 uzasadnienia wyroku ETS w sprawie Pupino; omówienie orzeczenia: J. Barcz, *Europejski nakaz aresztowania...*, s. 13; A. Gajda, *Europejski nakaz aresztowania a ochrona praw jednostki*, EPS 2007, nr 7, s. 24.

⁹⁶ Wyrok TK z 27 kwietnia 2005 r., sygn. akt P 1/05, III, teza 2.1.

⁹⁷ Wyrok TK z 11 maja 2005 r., sygn. akt. K 18/04, III, teza 18.9.

A. Wyrozumska zauważa, iż Trybunał Konstytucyjny wykazał się w tym miejscu pewną niekonsekwencją. Uznając Unię Europejską za organizację międzynarodową, powinien zakwalifikować decyzję ramową jako uchwałę tej organizacji, a przynajmniej organu tej organizacji – Rady UE⁹⁸.

Oba sądy konstytucyjne podkreślały różnicę pomiędzy I filarem objętym prawem wspólnotowym, gdzie decyzje podejmowane są w oparciu o metodę ponadnarodową, w głosowaniu większościowym w Radzie Unii Europejskiej, a filarem III, którego porządek prawny podlega zasadom prawa międzynarodowego publicznego⁹⁹. Wydaje się, że mimo niezaprzeczalnych różnic systemowych pomiędzy aktami prawnymi wydawanymi w obu filarach¹⁰⁰ sądy konstytucyjne nie wzięły pod uwagę oczywistych związków pomiędzy działaniami prowadzonymi w I i III filarze, pomijając tym samym zasadę ciągłości i spójności, która ma być realizowana w działaniach Unii Europejskiej. Postrzeganie całościowe takich problemów może okazać się bardziej istotne w perspektywie Traktatu lizbońskiego¹⁰¹, którego przepisy znoszą filarową strukturę Unii Europejskiej¹⁰².

Poszukiwanie niezbędnego kompromisu

Analiza obu orzeczeń sądów konstytucyjnych ukazuje „trudne współistnienie” prawa unijnego i prawa konstytucyjnego państw członkowskich. Od wielu już lat liczni przedstawiciele nauki prawa prezentują koncepcje, które pozwoliłyby na pokojowe współistnienie obu systemów prawa¹⁰³. Do takich koncepcji należy m.in. teoria multicentryczności porządku prawnego prezentowana przez E. Łętowską, oddająca złożoność współczesnych systemów prawa państw europejskich – członków Unii Europejskiej, stron Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności czy stron Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego. Prócz konieczności uwzględniania przez prawników w rozpatrywanych sprawach różnych porządków prawnych, co wymaga nie tylko znajomości każdego z systemów, ale również umiejętności w miarę bezkolizyjnego ich stosowania, w europejskiej przestrzeni prawnej odbywa się pewnego rodzaju dialog. Dialog ten, a przynajmniej jego próby, ma miejsce przede wszystkim w przestrzeni prawa unijnego, między sądami krajowymi a ETS – w ramach procedury wydawania orzeczeń pre-

⁹⁸ A. Wyrozumska, *Glosa nr 4 do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 11.5.2005...*, s. 233.

⁹⁹ Wyrok TK z 11 maja 2005 r., sygn. akt. K 18/04, III, teza 2.1.

¹⁰⁰ Szczegółowo o różnicy między metodą wspólnotową a międzyrządową: C. Mik, *Europejskie prawo wspólnotowe...*, nb. 967.

¹⁰¹ Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie 13 grudnia 2007 r., Dz.Urz. UE C 306, s. 1.

¹⁰² J. Barcz, [w:] *Traktat reformujący Unię Europejską. Mandat Konferencji Międzyrządowej – analiza prawno-polityczna. Wnioski dla Polski. Materiały z konferencji ekspertów, 11 lipca 2007 r.*, red. J. Barcz, Warszawa 2007, s. 17.

¹⁰³ Przegląd niektórych propozycji: A. Kustra, *Kolizje norm konstytucyjnych i wspólnotowych w ujęciu teoretycznoprawnym*, EPS 2007, nr 5, s. 23.

judycjalnych, ale także między sądami krajowymi różnych państw członkowskich. W ramach tego swoistego dialogu Trybunał Konstytucyjny niejednokrotnie w uzasadnieniach swoich orzeczeń powoływał się na rozwiązania stosowane w systemach innych państw członkowskich, w tym w systemie prawa niemieckiego¹⁰⁴. Warto, by w ramach dialogu sądów państw członkowskich również sędziowie niemieccy skorzystali z dorobku polskiego orzecznictwa i doktryny – w tym kontekście pragnę zaznaczyć, iż wszelka krytyka tego wyroku Trybunału Konstytucyjnego dotyczącego europejskiego nakazu aresztowania zawarta w tym artykule nie może przesłonić faktu, iż moja ocena wyroku jest pozytywna. Wspomnieć jednak należy, że dialog taki jest niepełny, o ile sędziowie krajowi nie korzystają z możliwości zasięgania opinii ETS, jeśli chodzi o wykładnię prawa unijnego¹⁰⁵.

Jak już wyżej wspomniano, dialog ten odbywa się w związku z otwieraniem się krajowej przestrzeni prawnej na inne systemy prawa, określanego obecnie przez doktrynę polską wyżej wspomnianym pojęciem multicentryczności¹⁰⁶. Elementem tej teorii jest również propozycja rozwiązywania kolizji między systemami poprzez obustronnie przyjazną wykładnię prawa. Omawiane powyżej orzeczenia sądów konstytucyjnych są jednak przykładem ograniczeń przyjaznej wykładni¹⁰⁷, którymi w obu przypadkach był tekst ustawy zasadniczej. Porównanie wyroku z Warszawy i Karlsruhe prowadzi jednak do stwierdzenia, że „przyjazność” wykładni wymaga od sądów konstytucyjnych pewnej wrażliwości na zobowiązania integracyjne państw członkowskich, a wrażliwość ta jest stopniowalna. O ile Trybunał Konstytucyjny uwzględnił w swoim orzeczeniu dotyczącym europejskiego nakazu aresztowania, na ile było to możliwe, zasadę zawartą w art. 9 Konstytucji, o tyle Trybunał Federalny pominął praktycznie nakaz otwartości Republiki Federalnej Niemiec na procesy integracyjne zawarty w preambule i art. 23 niemieckiej Ustawy Zasadniczej. Na marginesie należy zauważyć, że rozwiązanie podobne do rozwiązania przyjętego przez polski Trybunał Konstytucyjny zostało zaprezentowane w zdaniu odrębnym sędziego Gebhardta. Sędzia ten wskazał, iż zarówno zobowiązanie Republiki Federalnej Niemiec do integracji w zjednoczonej Europie zawarte w Ustawie Zasadniczej, jak i obowiązek pronijnej wykładni prawa krajowego obliuguje Senat FTK do zaakceptowania przejściowego obowiązywania, chociażby w zmodyfikowanej formie, ustawy implementującej decyzję ramową. W ten sposób można byłoby osiągnąć stan prawny najbliższy wymaganiom unijnym¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Wyrok TK z 27 kwietnia 2005 r., sygn. akt P 1/05, III, teza 5.7; wyrok TK z 11 maja 2005 r., sygn. K 18/04, III, teza 4.5.

¹⁰⁵ P. Hofmański, *Z orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego. Glosa II*, PiP 2005, nr 6, s. 116; W. Czaplinski, *Glosa nr 3 do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 11.5.2005 (zgodność Traktatu akcesyjnego z Konstytucją RP)* K 18/04, KPPubl 2005, nr 4, s. 220; U. Hufeld, *Der Europäische Hafibefehl vor dem BVerfG*, „Juristische Schulung” 2005, nr 10, s. 867.

¹⁰⁶ Literatura wskazana w przypisie 14.

¹⁰⁷ A. Kustra, *Wokół problemu multicentryczności systemu prawa*, PiP 2006, nr 6, s. 95.

¹⁰⁸ Wyrok FTK z 18 czerwca 2005 r., sygn. akt 2 BvR 2236/04, teza 200.

Nie oznacza to jednak, że w obliczu orzeczeń dalekich od przyjaznego uwzględniania innego porządku prawnego teoria multicentryczności traci rację bytu. A. Kustra wskazuje za E. Łętowską, iż zalecany jest raczej ewolucyjny rozwój tak ujętego systemu prawa¹⁰⁹. Myśl podobna pojawia się również w artykule A. Glaesera, według którego prawo wspólnotowe musi być rozwijane i interpretowane w taki sposób, by krajowe podmioty krajowe stosujące to prawo postrzegały je jako „słuszne”, a wówczas przyczyniać się one będą do uwzględniania norm prawa wspólnotowego w swoim własnym kręgu prawnym. Ponadto autor zaleca uwzględnienie przez organy wspólnotowe swojego rodzaju „wrażliwości konstytucyjnej” podmiotów krajowych i stwierdza, iż nawet jeśli w pewnych sytuacjach „patriotyzm konstytucyjny” może być przeszkodą dla realizowania interesów Unii Europejskiej, to konstytucje państw członkowskich są dobrem wspólnym, które nie powinno zostać zaprzepaszczone. A. Glaeser używa przy tym pojęcia „systemu otwartego”, w którym jest miejsce zarówno dla zasad konstytucyjnych państw członkowskich, jak i norm europejskiego prawa traktatowego¹¹⁰. W tym kontekście można postrzegać postawę Federalnego Trybunału Konstytucyjnego właśnie jako pewnego rodzaju nadmierny „patriotyzm konstytucyjny”, który skądinąd jest do pewnego stopnia zrozumiały w kontekście najnowszej historii Niemiec. Z drugiej strony należy przyznać, że ewolucyjny rozwój systemu prawa, o którym wspomina A. Kustra, w orzecznictwie niemieckiego sądu konstytucyjnego przebiega stosunkowo powoli.

Aby umożliwić realizację systemu otwartego A. Glaeser proponuje rozwiązanie podobne do obopólnie przyjaznej wykładni, mianowicie odejście od dogmatu zasady pierwszeństwa stosowania (*Anwendungsvorrang*) na rzecz zasady współstosowania (*Anwendungszusammenhang*) prawa krajowego i prawa wspólnotowego. Zauważa przy tym, że w pojedynczych przypadkach ani brak zastosowania prawa wspólnotowego, ani przesadna czasami derogacja prawa krajowego nie doprowadzą do kryzysu¹¹¹. Zarówno w teorii multicentryczności, jak i w koncepcji A. Glaesera, widoczne jest odejście od hierarchicznego ujmowania systemu prawa i choć problem istnienia najwyższego arbitra w systemie „otwartym” lub multicentrycznym nadal pozostaje, to propozycja ta pozwala jednak zminimalizować skutki kryzysowych sytuacji kolizji norm, jak to jest widoczne w wyroku polskiego Trybunału Konstytucyjnego.

A. Kustra trafnie zauważa, iż przyjęcie teorii multicentryczności jest również związane ze zmianą postrzegania suwerenności¹¹², które w klasycznym ujęciu oznaczało wyłączność stanowienia i stosowania prawa przez daną władzę państwową na własnym terytorium. W związku ze stanowieniem prawa obowiązującego na teryto-

¹⁰⁹ A. Kustra, *Wokół problemu multicentryczności...*, s. 98.

¹¹⁰ A. Glaeser, *Souveränität und Vorrang*, [w:] *Europäisches Verfassungsrecht...*, s. 216.

¹¹¹ *Ibidem*, s. 225.

¹¹² A. Kustra, *Wokół problemu multicentryczności...*, s. 88.

rium państwa przez inne niż upoważnione w konstytucji organy, np. organy wspólnotowe, czy też stosowaniem norm prawnych na terenie państwa przez te organy lub organy innych państw, teoretyczne rozważania dotyczące istoty suwerenności nabierają praktycznego znaczenia, zwłaszcza iż procesy wzmożonej współpracy na poziomie międzynarodowym czy unijnym prowadzą do zmiany konstytucji.

Należy również dodać, iż mimo zastrzeżeń trybunałów konstytucyjnych, europejski nakaz aresztowania jest stosowany zarówno w Polsce, jak i Federalnej Republice Niemiec. W Polsce w 2006 r. miała bowiem miejsce pierwsza, od momentu uchwalenia w 1997 r., zmiana Konstytucji RP¹¹³. Znowelizowany art. 55 Konstytucji RP przewiduje w ust. 2 wyjątki od zakazu ekstradycji obywateli RP. Dozwolona jest mianowicie ekstradycja obywatela polskiego na podstawie wniosku innego państwa lub sądowego organu międzynarodowego, jeśli taka możliwość wynika z ratyfikowanej przez Polskę umowy międzynarodowej lub ustawy wykonującej akt prawa stanowionego przez organizację międzynarodową.

Omawiany przepis odnosi się niewątpliwie do obowiązywania w polskim porządku prawnym europejskiego nakazu aresztowania, gdyż w odniesieniu do niego źródłem obowiązku wydania obywatela polskiego innemu państwu członkowskiemu EU jest ustawa implementująca do prawa krajowego akt prawa stanowionego przez organizację międzynarodową, w tym wypadku decyzję ramową.

Zmianie art. 55 ust. 2 Konstytucji poświęcić należałoby obszerną analizę, która jednak nie mieści się w ramach tego artykułu. Pragnę jedynie wskazać, iż otwarcie Konstytucji RP na instytucję europejskiego nakazu aresztowania nie jest pełne. Przede wszystkim ze względu na treść art. 55 ust. 2 pkt 2 Konstytucji RP, który zezwala na ekstradycję obywatela RP, jeśli zachowana jest zasada podwójnej przestępności. W tym zakresie zmiana Konstytucji Rzeczypospolitej prowadzi do niezgodności prawa polskiego z prawem unijnym, gdyż art. 2 ust. 2 decyzji ramowej wyraźnie wyłącza stosowanie zasady podwójnej przestępności w odniesieniu do katalogu czynów zabronionych wymienionych w tym przepisie.

Zasada podwójnej przestępności może stanowić ewentualnie fakultatywną przesłankę, jeśli chodzi o popełnienie innych przestępstw niż wymienione w art. 2 ust. 2 decyzji ramowej przy uwzględnieniu treści art. 2 ust. 4 decyzji ramowej¹¹⁴.

Europejski nakaz aresztowania stosowany jest również w Niemczech, gdzie orzeczenie FTK stwierdzające niekonstytucyjność ustawy o ENA doprowadziło do uchwalenia nowej ustawy implementującej decyzję ramową o europejskim nakazie aresztowania i procedury wydawania osób między państwami członkowskimi Unii Europejskiej (20 lipca 2006 r.)¹¹⁵.

¹¹³ Ustawa o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 8 września 2006 r., Dz.U. Nr 200, poz. 1471.

¹¹⁴ B. Nita, *Europejski nakaz aresztowania – europeizacja prawa...*, s. 67; M. Masterniak-Kubiak, *Implementacja europejskiego nakazu aresztowania...*, s. 23, 27; S. Biernat, [w:] *Prawo Unii Europejskiej...*, s. I–269.

¹¹⁵ Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, BGBl I, s. 1721; rozwiązania nowej ustawy omawia B. Nita, *Europejski nakaz aresztowania – europeizacja prawa...*, s. 68.





Rolf Grawert

**BALANCING HUMAN DIGNITY, LIFE AND SECURITY.
ON DOGMATIC STRUCTURES OF FUNDAMENTAL RIGHTS
IN TIMES OF TERRORISM¹**

Introduction

Since 9/11 the rule of law – or better, in the German and French continental version, *Rechtsstaat/l'état de droit* – has changed. 9/11 has become the metaphor for the globalization of terrorism as well as for threat to personal and national security. After 9/11 we lost our virginity of lawfulness, trying to counter the powers of evil. In the early times of the new millennium, the reaction of the Government of the United States of America was prompt: The USA Patriot Act, Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism, enacted in 2001², increased and aggravated a lot of laws to make them fit against terrorist activities, but restricting fundamental rights and freedoms at the same time. One of the steps was the “Authorization for Use of Military Force”, established by the Congress in September 18, 2001, and renewed in March 2006, which authorized the President “to use all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harboured such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international

¹ The presented paper is the text of a lecture delivered at the Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University College, on April 21, 2008 in connection with the award of an honorary professorship of the University College to prof. R. Grawert, with amendments.

² H.R.3162.



terrorism against the United States by such nations, organizations or persons". This Joint Resolution of the Congress expressively refers to the War Power. A very special supplement of these acts are the Camp Delta Standard Operating Procedures (SOP), established by the Joint Task Force Guantanamo of the Department of Defence on March 3, 2003.³ The American writer Louis Begley, born in Poland 1933, compared⁴ these "Procedures" with those established for the French Jewish Officer Dreyfus in 1895 when he was imprisoned on the Île du Diable in French-Guyana, not very far away from Guantanamo.

The European reaction to 9/11 was timely at first. But the later perfection of measures against terrorism became rather difficult, mainly because of two reasons. Firstly: According to the Treaty on the European Union, its foreign affairs and security are objectives of common policies and not of common regulations. Secondly: Most of the Member States have difficulties to harmonize the demands for security and the constitutional rule of law. Already on September 21, 2001 the Council of the Union had declared terrorism to be a real challenge to the world and to Europe, and stated that the fight against terrorism will be a priority objective of the European Union. Some weeks later, on the December 27, 2001, the Council established its Regulation (EC) No 2580/2001⁵ on specific restrictive measures directed against certain persons and entities with view to combating terrorism. Especially to combat the funding of terrorism, the Regulation enacted the meanwhile famous list of persons and entities committing, or attempting to commit, participating in or facilitating the commission of any act of terrorism.⁶ This list has become famous because it is regarded as illegal, and because the European Court of Justice had corrected it several times. Nevertheless, the Union decided to focus its efforts in the fight against terrorism on four main objectives: prevent, protect, pursue and respond.⁷ Meanwhile, two special European institutions work to fulfil this programme: Europol, which works as a European police office for the cooperation with data, and Eurojust, which should work as a centre of cooperation and coordination of judicial activities.⁸ But, of course, mainly the Member States are competent and responsible for the necessary implementations and legal activities. For instance in France official control of internet communication was allowed at

³ Cf. blog.wired.com/27bstrokeb/gito-sop.pdf.

⁴ L. Begley, *What is the Value of one Man?*, Festvortrag anlässlich der Verleihung der Ehrendoktorwürde der Universität Heidelberg (Lecture on the award of an honorary doctorship at the University of Heidelberg), February 8, 2008.

⁵ Cf. EC regulation 2580/2001: eur-lex.europa.eu.

⁶ Council Common Position 2005/936/CFSP of 21 December 2005 updating Common Position 2001/931/CFSP on the application of specific measures to combat terrorism and repealing Common Position 2005/847/CFSP, Annex: List of persons, groups and entities referred to in Article 1, "Official Journal of the European Union", 23.12.2005, L 340/81.

⁷ J. Solana, *Terrorism in Europe: How does the Union of 25 respond to this phenomenon?*, Lecture of October 7, 2004, Berlin (SO 266/04: ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/discours/82163.pdf).

⁸ Cf. Council of the European Union. Justice and Home Affairs Council. Implementation of the Action Plan to Combat Terrorism, December 1, 2005 (Doc. 11158/05: ue.eu.int/Newsroom).



once, but with the restriction that the law should be effective only for a certain time. Later, the permission to control was extended, and the deadline was left out, in spite of many legal doubts.

In the following remarks, I will examine the legal situation in Germany, that is to say from the point of view of the Basic Law for the Federal Republic of Germany in the interpretation of the Federal Constitutional Court.

Constitutional and dogmatic concepts

The Basic Law for the Federal Republic of Germany, established in 1949, begins with the section Basic Rights, and the first paragraph of its first article formulates a constitutional and political leitmotif: “Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.” The second article guarantees every person the rights to free development of his personality and to life. But these two rights could be limited: The right to free development of one’s personality is limited by the rights of others as well as by the constitutional order and the moral laws, whilst the right of life may be interfered with pursuant to a law. The following articles guarantee special freedoms, sometimes expressing their inviolability and sometimes legal limitations. The meaning of this system seems to be rather evident: The rights define the sphere of personal identity and freedom, and the limitations define the sphere of social contacts and authoritative order.

But the terms used to express the different guarantees and limitations, are abstract and therefore open to interpretation and development by interpretation. What does “inviolability” mean when the Basic Law confirms that human dignity is inviolable as well as the freedom of the person and of his home, and declares in the same context that - in contrary to the guarantee of human dignity – these freedoms shall be limited by laws? When we take only the written wording, we may conclude, on the one hand, that human dignity is absolutely inviolable, because its guarantee has no written limitation. On the other hand, we may conclude that the freedoms of personality, person, life, home and so on are only relatively inviolable, i.e. only as long as the legislator does not exercise the constitutional permission to limit the rights in favour of more favourable goods, especially in favour of the rights of others or of common goods. To say it once more in other words: The literal text of the Basic Law indicates very special rights with different limitations, and because of these differences neither the rights nor their limitations must be combined or confused. Insofar the understanding of the rights corresponds to their history: The constitutional history shows that fundamental rights have been developed as special answers to special situations during the development of state power. From the historical point of view it remains remarkable by which situation human dignity got a positively legal expression: After centuries of Greek, Roman, Christian, and enlightenment philosophy, human dignity was legally established after the Second



World War, at first in 1948 by the General Declaration of Fundamental Rights and one year later in the Basic Law of the new Federal Republic of Germany, then namely to overcome the Nazi-Regime, and today to overcome modern inhumanity.⁹ The incoming Treaty on the European Union only confirms, that the Union is “based” on the “respect” to human dignity; the term “respect” means perhaps less than “inviolable”. Nevertheless: the German Basic Law stresses the term “inviolable”, and so does the Federal Constitutional Court.

But during a period of more than sixty years, the real circumstances and constitutional problems have changed, and so has changed the development of the Basic Law by interpretation, namely by the jurisprudence of the Federal Constitutional Court. I will explain this development with regard to the constitutional terms “human dignity”, “personality” and “proportionality”.

Sometimes, the Federal Constitutional Court realized that the principle of human dignity – the Court stresses the term *principles* instead of the term *right*¹⁰ – is rather abstract and therefore does not define its meaning very strictly. Notwithstanding the variety of philosophies, the Court explained “human dignity” in the sense of a prohibition of treating a person as a mere object of power.¹¹ I will remind you this interpretation once more. But before that, I will add that the Court said, too, that “human dignity”, taken as principle, may be concretized and that its concretions may be modified because of proper reasons. Though the Basic Law prohibits a condemnation to death¹², some police laws of the German Länder allow killing a kidnapper in order to save a hostage, even if the police or the fighter pilot are not and could not be absolutely sure only to hit the kidnapper or the hostage, too. Whether those laws conform with the Basic Law is an open, controversial question. A critic may ask if in that case, the criminal is neither a human being nor an object. I will remind you later of this question.

Another constitutional development by interpretation was the invention of the so-called general right of personality and of its specializations. Article 2 Paragraph 1 of the Basic Law guarantees, as I mentioned before, the right to free development of one’s personality. “Personality” seems to identify a person. But the Federal Constitutional Court decided that it means the general freedom of any conduct, of any activity.¹³ Because of this extension, the constitutional protection of human existence by fundamental rights is without a gap. Corresponding to this extension, the limits have been extended: The right may be limited by any reasonable law. To escape this conclusion and to escape the politics of changing political parties in a case the core of a personality is threatened, the Court invented another

⁹ Cf. the history of Article 1: K. B. von Doemming, R. W. Füsslein, W. Matz, *Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes*, “Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart. Neue Folge”, Band 1, Tübingen 1951, p. 48 sqq.

¹⁰ BVerfGE 6, 32, 36; 109, 279, 311.

¹¹ BVerfGE 27, 1, 6; 30, 1, 25; 109, 279, 312 sq.

¹² Article 112: “Capital punishment is abolished.”

¹³ BVerfGE 6, 32, 36 sq.

fundamental right: the right of personality – not: the current development of personality, but the stable status of a person.¹⁴

Meanwhile, the Federal Constitutional Court has split this constitutional status of a person into different parts again. The right shall protect the name, the picture, the fate of a person as well as his personal data and, since a few weeks ago, the confidence and integrity of technical systems of information, that means: computers.¹⁵ The Court placed these status-rights not in a distinct rule, but in a combination of rules, that is to say, in Article 1 Paragraph 1 “in connection with” Article 2 Paragraph 1. This connection is the dogmatic consequence of the thesis that the Basic Law not only guarantees isolated rights, but also a coherent system of rights. At the top of this system ranges human dignity. It spreads to and contains the essence of such personal freedoms as for instance those of the person, of faith, of home.¹⁶ Whilst on the one hand, the consequence of this thesis is a perfection of protection, it is on the other hand a connection of limitations. And this has become a source of problems, especially by combining Article 1 Paragraph 1 and Article 2 Paragraph 1, i.e.: an inviolable and a limitable right. Which protection or which limits should be more effective?

As far as fundamental rights may be limited, the limiting legislator has to observe the principle of proportionality. The written constitution does not mention this principle. But it is one of the most important and effective parts of the rule of law (*Rechtsstaat*). It is the expression of justice – not in the meaning of a formal, processual justice, but in the meaning of an Aristotelian *suum cuique*. The application of this principle of proportionality on limitations of fundamental rights is shaped along three main questions: What is the legitimate objective – a common good or interest – of the limitation? Is the limitation suited for that objective? Is the limitation necessary to succeed to the objective in a reasonable way? If the legislator decides to restrict a personal right “in connection with” human dignity, he and afterwards the Court have to examine which right shall be more authoritative: the inviolable or the limitable one, and which objective shall be more valuable than the personal protection by that dominant right.

A judicial review

I will explain these problems by discussing some case-law of the Federal Constitutional Court and by demonstrating its consequences for the protection of common security and for the prevention of international terrorism.

¹⁴ BVerfGE 54, 148, 153 sq.

¹⁵ Cf. the survey in: G. Leibholz, H.-J. Rinck, *Grundgesetz. Rechtsprechung des BVerfG. Kommentar*, Köln 2006, Article 2, No. 26 (Allgemeines Persönlichkeitsrecht).

¹⁶ BVerfGE 107, 275, 284.

In 2004, the Court had to decide if it was legal to control acoustically private homes of suspicious persons by bugging.¹⁷ The Court decided in accordance with the guidelines it had developed over time. It applied Article 1 Paragraph 1 of the Basic Law, that is to say, the rule on the inviolability of human dignity. The Court declared that this rule contains the recognition of a core of the substance of private life, and that this substance contains living-rooms as spheres of confidential communication. Human dignity shall be effective as a highest constitutional value. It is the fundamental of all other basic rights, and therefore it shall not be possible to balance human dignity with other special rights, values, or interests. Especially the interest of punishment does not have a higher value. Only a secret acoustical controlling or a secret observation outside a home does not “generally” violate human dignity.

In February 2008, the Court had to examine the law of Northrhine-Westphalia, which allowed the intelligence service to organize and practise online-controlling, i.e. to interfere secretly in internet-communications by special technical systems of interference without any information to the relevant persons or entities. The law brought before the Court followed the American pattern and European strategies. Since June 2007, the Federal Police FBI has used a program named “Computer and Internet Protocol Address Verifier” (CIPAV) which enables it to verify the IP address of a suspicious person so that the police can register this person. A judicial permission is necessary. In Great Britain the Regulation of Investigative Power Act of 2000 permits the secret police to electronically control individuals in the interest of “national security”.¹⁸ But in Germany, a heated debate between politicians, advocates and lawyers arose about the compatibility with the constitution.

Only some weeks ago, the Federal Constitutional Court rationalized this discussion by its decision of February 27, 2008.¹⁹ The decision invented a new special right: the guarantee of confidence and integrity of technical systems of information, arguing that the development of computer technology requires the adjustment of personal rights. The Court placed the constitutional basis of this right within the connection of Article 2 Paragraph 1 with Art. 1 Paragraph 1. Because the limitable right of Article 2 was cited before the inviolable human dignity, the Court was able to formulate some very special restrictions of those guarantees: Secret technical infiltrations of computer-systems in order to make secret controlling possible may be allowed only on grounds of a special judicial permission and if it is concretely evident that superior important interests are concretely endangered. Such interests shall be life and freedom of a person or common goods, the threat which concerns the basis of the existence of the state or of people. The Court demanded to balance the personal right limited by law on the one side and the interests favoured by that law on the other side with respect to the special case. Nevertheless, the law must

¹⁷ BVerfGE 109, 279 sqq.

¹⁸ Cf. dpa in: PC-Welt of September 19, 2007: www.pcwelt.de.

¹⁹ Decision of the First Senate of February 27, 2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/rs20080227_1bvr037007.html.

protect the core, the essence of private life – that is the very part belonging to human dignity.

Two other decisions concern human life in connection with human dignity. These decisions are referred to as “Schleyer” and “air security”. Dr. Schleyer was the President of the union of employers in 1997. He was kidnapped in Germany by a German criminal group, the so called Red Army Fraction (AF). This group demanded that the German government release their imprisoned comrades. Under these circumstances, the captured Dr. Schleyer appealed to the Federal Constitutional Court to oblige the German Government to fulfil the demands of that group, otherwise he should be killed. The situation was much more serious because an Arab group had kidnapped a German passenger plane with 91 passengers at Mogadishu/Somalia at the same time demanding the same as the German criminals: the release the imprisoned terrorists. The Court refused Dr. Schleyer’s appeal with remarkable arguments.²⁰ It stressed that life is one of the highest constitutional values. Therefore the state is obliged to protect life because of Article 2 Paragraph 2 in connection with Article 1 Paragraph 1 of the Basic Law. By this connection, the Court combined the inviolable human dignity with the value of life, which, of course, is the vital basis of dignity. Nevertheless, the Court authorized the German Government to choose the adequate measures of protection. The Court argued that it were of more interest than the protection of an individual life that the State and its Government remain incalculable for terrorists. Therefore the Court tolerated the decision of the Government not to release the imprisoned terrorist, because they would continue their terrorism afterwards, endangering many other persons. Some days later, the plane in Mogadishu was rescued by special forces, and Dr. Schleyer was killed. The moral of this decision? The state may omit a rescue of life when it weights up the life of one person and the lives of several people.

In the case of the law on air security, established in 2005²¹, there was the question if the state may kill human beings actively. This law allowed the use of military forces within the German frontiers in the case of a “very special serious accident”. The legislator in Berlin imagined a case like 9/11, and would authorize especially the interceptor planes of the German Army to shoot a civilian aeroplane hijacked by terrorists. The Court declared this law unconstitutional and incompatible with Article 1 Paragraph 1 in connection with Article 2 Paragraph 2.²² In this case the inviolability of human dignity dominated the limitable guarantee of life. The Court argued that the law declassifies pilots and passenger to mere objects of an act of the state – and referred by this argument to the interpretation of human dignity in the sense of the so-called object-theory. From this point of view, the law allowed the state to kill kidnapped persons intentionally though they are not

²⁰ BVerfGE 46, 160 sqq; cf. also BVerfGE 46, 214, 222 sqq.: In this case, the German Government released an imprisoned criminal in order to save the kidnapped Berlin politician Peter Lorenz.

²¹ Bundesgesetzblatt 2005 I, p. 78, § 14, par. 3.

²² BVerfGE 115, 118 sqq (First Senate).



criminals, but helpless victims of criminals. Dr. Schleyer was helpless as well. But the difference between his and this case was: In 1997 the state omitted a necessary help and risked a killing by omission; in the case of a kidnapped aeroplane the state would kill itself actively. Does this difference justify the different judgements?

I will add another, more practical argument of the Court: The pilot of the interceptor plane will not have time enough to recognize clearly and with no doubt the hijackers' criminal intentions. I will clarify that on the example of the situation in Germany. It takes a civilian aeroplane only one minute to fly from the airport in Munich to the football arena in Munich; the two squadrons of interceptor planes, stationed in the south and in the north of Germany, at their best need eight minutes to rise, and reach each point of Germany within at least fifteen minutes. The consequence of this long run is evident: Even if a interceptor plane will reach a hijacked civil plane within fifteen minutes, the pilot scarcely has enough time to understand the situation properly. Obligated to shoot the terrorists, he has to decide to shoot and to kill only on the basis of a vague probability. But a mere probability would not fulfil the requirements of the rule of law in the meaning of the Federal Constitutional Court. On the other hand, the Court tolerated shooting a civilian plane if the shooting pilot is somewhat sure that there are only criminals on board – somewhat, not quite sure! I mentioned already that this exception could not be explained by the object-theory, but by the argument that kidnapers risk their human dignity by themselves (a thesis which demands a deeper discussion on the origins and values of the terms “human” and “dignity”).

Dogmatic escapes out of the judicial dogmatic

Considering these cases and judgements, we may conclude that the Federal Constitutional Court has raised high barriers around fundamental rights and against security legislation. Within the last years, the Court has fortified its opinion that human dignity is an absolute value which should never and because of no other interest be limited. The extension of this value is rather broad, since the Federal Constitutional Court shaped it as the centre of all the other fundamental rights. Its jurisdiction argues with the dogmatic figure “in connection with”. Based on Article 1 Paragraph 1 of the Basic Law, human dignity is “in connection with” other fundamental rights not only a moral, but a constitutional value, binding the legislation, the executive, and the judiciary as directly applicable law. Its inviolability therefore results from an absolute protection of human dignity. Strictly taken, no other private or common interest or good justifies any limitation of human dignity, neither life nor freedom nor common security. From this point of view, human dignity represents something like a super-constitution. But what about common security and about the existence of the state if they really conflict with human dignity?



The scientific and the political discussion of this problem is rather varied. That is not astonishing because the answer of my question concerns some other difficult problems, too: torture, abortion, genetic manipulation, etc.. Each problem concerns human dignity.

A dogmatic solution of these problems with human dignity could be to reduce its extensions or to vary its consequence of inviolability. Some modern commentators of the Basic Law propose to distinguish within Article 1 Paragraph 1 different standards of human being and human dignity and to distinguish also corresponding authorizations to balance human dignity with other constitutional values.²³ Those commentators can point at distinctions within the judgements of the Constitutional Court, for example the distinction between helpless passengers and terrorists, both of them, of course, human beings. Those commentators propose moreover to distinguish between human genes, human foetus, and grown-up human beings. If you look at the age of these authors, you will see that they belong to a post-war-generation and that they therefore are “more cool” than those who went through the cruelties of the World War II and of the Nazi regimes. But regardless of this more psychological argument, the thesis of a distinction of human being and human dignity has become a political question. One of its representatives is pointed to as the upcoming President of the Federal Constitutional Court, but conservative politicians and representatives of the Catholic Church argue his unsuitability for that office because of his interpretation of human dignity. Up to today, this problem remains open, along with a general acceptance of that interpretation.²⁴

Other jurists propose to amend the guarantee of human dignity by limitations in favour of other values which they judge higher, especially in favour of the fate of the state and its society. But though there does not exist any political force to manage an amendment like this, Article 79 Paragraph 3 of the Basic Law regulates that amendments to the Basic Law affecting the principles laid down in Article 1 shall be inadmissible. Because the term “principle” is an open one, it could be subject to interpretation. And, of course, such interpretation will not be done without any affirmative objective. Nevertheless it will contradict the effective interpretation of the Federal Constitutional Court. A journalist wrote: “No passing Karlsruhe.”²⁵

More interesting is the modern theory of “civil victims”. For several years, a discussion has been led about civil society and about an Aristotelian society of citizens. The source of this discussion is the American sociological and political theory of communitarism.

²³ Cf. as examples: H. Dreier, *Grundgesetz. Kommentar*, Band I, Tübingen 1996, Article 1 I, No. 45 sqq.; *Schulze-Fielitz*, I. c., Article 2 II, No. 41 sqq.

²⁴ Meanwhile the cited Professor Dreier was definitely refused and another colleague was elected as President of the Federal Constitutional Court.

²⁵ P. Bahners, *Kein Vorbeikommen an Karlsruhe*, “Frankfurter Allgemeine Zeitung”, No. 290 of December 13, 2007, p. 35.

In Germany, some jurists speak about “civil victims” or “victims of a citizen” and, more directly, of “the victim of life”.²⁶ That theory will explain that a citizen has not only rights, but duties, too, especially the duty to sacrifice his goods and, at least, his life for his society and its state, if a sacrifice would be absolutely necessary to save those entities, which are the bases of his own existence. This theory is a theory about the nature of humans as well as about the origin of “dignity”: God? society? nature in the sense of “*natura naturans*”? And therefore it is a very strong and deep source of a social interpretation of the guarantee of human dignity and human life. Of course, this theory contradicts the development of modern individualism during the last five centuries. But it is a theory which enables a consistent construction of a mass-society. Representatives of this theory argue therefore, for example, that the passengers of a hijacked aeroplane should be thought to agree to being shot down and killed in order to save the common infrastructure or the people living at the place where the terrorist plane will explode. I would explain the theory of “civil victim” and “human sacrifice” as a theory on denaturalizing citizens.

Another attempt to solve the difficulties deriving from the inviolability of human dignity “in connection with” life. This solution neglects the constitution and lays the responsibility only on the pilot of the military plane. It should be he who is asked to be prepared to cross the constitutional dogmas by choosing a pragmatic, courageous and spontaneous strike against the enemy. Some jurists think – or hope – that the pilot will shoot really in the very moment he meets the hijacked plane. And they think in the same way that a policeman will torture a criminal, perhaps secretly, in order to force him to reveal the hiding-place of his victim or of his bomb or of his comrades. No doubt, the shot or the torture will be illegitimate. But some people are of the opinion that there are exceptional situations, beyond the constitution, which demand exceptional solutions. The solution in the cited cases could be the following: The shooting pilot or the torturing policeman will be personally accused, but – perhaps - justified or excused afterwards. It is very interesting that the acting President of the Federal Constitutional Court, who emphasises the inviolability of human dignity, considers this possibility. In contrary to him, I am of the opinion that a democratic state is not allowed to burden a single pilot or policeman with its constitutional problems. If you may ask me for the morality of this pragmatic solution, I would answer with Kant. He condemned the political doctrine of *fac et excusa* as absolutely immoral.²⁷

Confronted with this moral verdict, let me consider a rather radical legal proposition to escape our “cross of the present” (Hegel): What about changing our civil constitution, a constitution prepared only for a state of peace, where legisla-

²⁶ B. Schlink, *Das Opfer des Lebens*, “Merkur 99”, 2005, p. 2021 sqq., and in: *Freiheit des Subjekts und Organisation von Herrschaft*, ed. Ch. Enders, J. Masing, “Der Staat” 2006, Band 17, p. 43 sqq.; O. Depenheuer, *Das Bürgeropfer im Rechtsstaat*, [in:] *Staat im Wort. Festschrift Josef Isensee*, ed. M. Heintzen, M. Jestedt, P. Axer, Heidelberg 2007, p. 43 sqq.

²⁷ I. Kant, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf, Anhang: Über die Mißhelligkeit zwischen der Moral und der Politik – mit der Absicht auf den ewigen Frieden*, Königsberg 1795.



tors make laws and judges stabilize the interior peace, transforming this constitution into a constitution for war? Not very few politicians and jurists argue that the traditional difference between peace and war and between internal and external threats are wiped away by the global terrorism. Therefore – so goes the argument – it should be necessary to accept that terrorism has become a permanent, border-crossing, anonymous war within the state and, moreover, within the society. The consequence of this development should be that state and society must become fit for the diffuse circumstances. I will not explain the international law on war. I will only remind you that the international law allows “collateral damage”. The term “collateral damage” has become rather famous because Mr Rumsfeld liked to use it. The term means hurting or killing civilians in connection with an attack, if those damages are necessary to fight enemies and if the damages are proportional to that target. You may read this thesis in respect to Afghanistan and Gaza. The conclusion: In times and under circumstances of war, we have to accept “collateral damage” within our state and society, too. From this point of view, a collateral damage could occur to private passengers of a hijacked plane or ship or bus. But I fear this might be only the beginning. I remember Göbbels’s promotion of the “total war”. “Total war” means: there is no difference between warrior and civilian; the civil society is a part of that war as well as the army; the civil freedoms, established for a state which defends its people against external enemies and which secures inside peace, those freedoms cannot be guaranteed as before. I doubt if this is necessary, and if we should dare to risk our freedoms because of terrorism.

All these proposals to escape the dilemmas of terrorism and freedom are proposals of jurists thinking in legal terms and rules, but in different methodical ways. Those who argue on the basis of values like dignity and freedom, argue fundamentally. Those who try to legitimate limitations of those values in order to secure people or state, argue teleologically. Whilst fundamentalist thinking calculates with an open end, a teleological, purposeful thinking has a defined target. Which way is the right one, is difficult to decide. The principle of proportionality is no real solution, because it presupposes what we are looking for, that is the normative and casual priority. Because we have to deal with norms and values, the formal logic cannot really be helpful. At the end I must confess – and a Professor is a scientific confessor – that most of the cited solutions can lead to acceptable reasons. Therefore let me save myself by an excursion to ethics. This excursion is not too far away from jurisprudence, because the Basic Law and the European law sometimes refer to morality. But to which morality?

I do not want to bore you with old-fashioned moralists. But perhaps it is interesting to listen to the biologist Marc Hauser from the Harvard University who wrote the stimulating book *Moral Minds: How Nature Designs our Universal Sense of Right or Wrong*.²⁸ His thesis is that mankind has evolutionarily developed an universal ethic – he says: an ethical grammar – for millions of years, and he has

²⁸ New York 2006.





proved his thesis by psychological experiments and statistics of interviews. He started his experiments with theoretical concepts of moral philosophers. Together with them you may imagine the following cases: A railway wagon rolls on a railway track without a master and threatens five people. The signalman A is able to turn aside the wagon onto another track, but on this track works, as Mister A knows, the worker B who cannot be informed. Most of the students asked were of the opinion that it was ethically correct to kill B, a single man, in order to save five men. Let us continue the experiment: What about the situation when the railway track leads toward a railway bridge and the wagon could be stopped by throwing a very heavy stone on the track? There would be no doubt that this would be acceptable. But imagine that there is no stone on the bridge, but a very heavy man: Is it right to throw him down in order to stop the train and to save the five passengers? Most of the asked persons answered: no. But what is the difference between this situation and that with the signalman A? Is the difference: risking respectively omitting vs. acting, which is the clou of the difference between the Schleyer case and the air security case? I could adapt these experiments in relationship to soldiers, and the answers would not change very much.

Another theoretical example. Imagine there are five dying patients staying in a clinic who are missing different organs. All of them could be saved by special transplantations, if a donor were available in time. At one moment the surgeon realizes that there is a man in the waiting room whose organ are very good. In this case nobody would argue that it would be right to take the man's organs by force. Why? Immanuel Kant argues that a man should never be used as a measure to an objective against his will, even if the objective could save the life of other men. That is the essence of the so-called objective theory practised by the Federal Constitutional Court concerning human dignity. Do you agree with it?

Professor Hauser complicated his theoretical experiments; as a result, the answers became more difficult. Rather often, we will have a feeling what to do, but do not know to present consistent reasons. Why do we know acceptable decisions? Professor Hauser developed his answer by an ethnological experiment. He told the railway-story to the Kuna, a small Indian tribe who has little connection with white men and who do not have an institutionalized religion. Of course, he had to modify the story: Instead of a railway he took a crocodile which threatens a canoe. Astonishingly, the answers of those people were nearly the same as those of the American students.

The conclusion of this experiments: The ethical rules are principally harmonized. Though the engaged persons live within very different cultures and believe in very different higher entities and have very different religions, they held the same direction. The biologist may conclude: That depends on a common evolution of men. The rationalist may argue: That is a consequence of similar reasons of groups to survive. Both may emphasize that ethics has little to do with religion, especially with the Christian religion. But the question: Who is competent to rec-





reate ethical rules and to explain and to practise them? still remains. If we focus our interest on this question, we will probably notice that ethical rules and codes practically differ correspondingly to the different cultural circumstances and that a rule which seems to be universal has different meanings and purposes. Therefore I doubt the universality of ethical rules and codes, and I think that their universality is not proved.

Let us only think about allowing vs. prohibiting of killing people and how they depend on definitions and purposes. Many leading Spaniards of the 16th century were sure that the South-American Indians were not men like themselves.²⁹ Another problem of definitions: Whether destroying a foetus means killing a human being depends on a consensus about the nature of a foetus/man. We know that different opinions exist even in Europe. As to purposes: Some cultures allow to kill a man because a god demands a victim or in order to fulfil a rule of vendetta or to repair the honour of the family or because he is an enemy of the state. In contrast to such culture-based rules, the force of legal rules on human dignity, life and freedom depends on a positive legislation, on judicial decisions and on administrated sanctions. All together, those measures may form a consistent system of legal values, following a leitmotif about man, society and state.

At the end of my lecture, I am sorry not to be able to show you an elegant solution of the problems discussed. I think we stand at a crossroads. If we develop our constitutional system according to the developments of the threats of international terrorism, we are forced to limit the traditional rule of law and most of the individual rights, especially the guarantee of human dignity. Otherwise we must accept that life is dangerous, especially in a globalised world, and that we have to live with the threats trying to preserve our freedoms as long as possible. So long as terrorism remains a matter of occasional events, it is not necessary to overthrow a constitutional system that took centuries to become as accepted as Rechtsstaat.

²⁹ To this problem: R. Grawert, *Francisco de Vitoria. Naturrecht – Herrschaftsordnung – Völkerrecht*, “Der Staat“ 2000, No. 39, p. 110 sqq.







Bogusława Bednarczyk

**RETHINKING HUMAN RIGHTS PROMOTION
AND PROTECTION IN THE CONTEXT OF THE WAR
ON TERROR IN THE TWENTY FIRST CENTURY¹**

International concern with human rights is a phenomenon of comparatively recent origin. Although it is possible to point out to a number of treaties of international agreements affecting humanitarian issue before World War II, it is only with the entry into force of the United Nations Charter in 1945, that it is possible to speak of the advent of systematic human rights protection and promotion within the international system. None the less, it is clear that the international protection of human rights, has its antecedents in domestic efforts to secure legal and political protection for individuals, as well as groups, against the arbitrary excesses of state power.

Such domestic attempts have a long and dignified history, and are intimately connected with revolutionary activity directed towards the establishment of constitutional systems based on democratic legitimacy and the rule of law. Even today, the promotion of human rights at both the national and international level are intimately connected, if not symbiotic.

Our capacity to affect the human rights promotion and protection in this century is greater than before, however, the considerable doubts still exist about the issue: what principles should regulate a new perspective on human rights and the creation of an alternative globalization with regard to the challenge coming from the terrorist threat?

¹ This paper was prepared for and presented in Athens Institute for Education and Research, at the International Conference on Politics and International Affairs, June 23-26, 2008, Athens, Greece.



Today most discussions of “human rights” are misleading because the surface there is almost always a hidden agenda. Human rights are frequently described as a potential barrier to effective protection from terrorist acts than a precondition genuine security. It seems that the review dealing with the human rights issue should stress the point that the security is at risk much more when the rights are violated. In fact, it is in the breach, not in the respect of human rights, that security is put at risk.

Human rights now are very much a part of international relations and law. They define fundamental moral canons for criticising international and national conditions and behaviour. As such they are imbedded in the practice of nations and treaty prescriptions.

The definition and protection of human rights remains one of the major themes of political, philosophical and legal discourse. Although the idea of human rights has been repeatedly criticised², it retains considerable popularity and support. A substantial body of opinion holds that there are such things as human rights and that they ought to have legal protection. This view has, from time to time, received expression in the form of general declarations of fundamental rights which persons are supposed to have. Clearly the making of such declarations is not sufficient to ensure the actual protection of human rights, and such general declarations of rights have often been dismissed as mere rhetoric. The advocate of human rights must address the issue of how the move from the rhetorical affirmation of rights to the actual protection of human rights is best made. No discredit of general declarations of rights is intended by the above statement, for they have a role to play in the exchange of ideas and the formation of opinion. In that sense, to talk of mere rhetoric is to miss the point because rhetoric undoubtedly has its effect.

What that effect might be is not, however, the principal concern of this paper. Rather, the concern is to show what implications the choice of mechanism for the protection of rights has, in moving from rhetorical affirmation to real protection of human rights in the context of the war on terror.

Human rights have come to the forefront of attention in both political theory and public practice. But too often the treatment in theory has been so abstract it does not inform practice as it might be – and it does not learn from practice as it should. One may try to bridge this divide by asking some key questions: whether human rights can survive the challenges of the war on terror in the global environment of the new millennium? How should the international community best respond to the instrumentalisation of human rights abuses as an allegedly justifiable weapon of the war against terrorism? Unfortunately, there is no single, clear and in-depth answer to these questions.

² The excessive individualism in western human rights doctrine has been criticised by the Islamic world, East Asia, and some within the West itself. However, there is no need to apologise; human rights are popular and necessary worldwide precisely because they protect individuals against group authority. More on this issue see: C. Gearty, *Can Human Rights Survive?*, Cambridge 2000.

There is a broad and deeply rooted in the history of international relations assumption that the protection of rights and freedoms and the obligation to provide security for its citizens lay on the state. To fight terrorism and to respect or promote human rights are all different aspects of the same protection system falling on the state. Therefore the balance between the state security and human rights is one of the most important issues of the internal and international state policy. There is no doubt that states must take all the necessary measures so as to not confuse the fight against terrorism with the fight against annoying oppositionists. Combating terrorism should not be used as a pretext for discrimination against any segment of society. Terrorists often claim to act on behalf of ethnic groups, religions, or even nations. These claims are generally false. Terrorists represent only a very small faction of any such group. People turn to terrorism for various reasons. Many terrorists act from political, ideological, or religious convictions. Some are simply criminals for hire. Others become terrorists because of perceived oppression or economic deprivation. The correct policy against terrorism must take into account the reasons people turn to terror and, where appropriate and feasible, address them. No cause, however, justifies terrorism. Often “suppression of terrorism” has been used as an excuse for laws and practices designed to stifle dissent and opposition. In many cases this has amounted to a “war” against political opposition of whatever kind, with the use of a repressive catalogue of violations of human rights including the right to life, the right not to be tortured, the right not to be detained arbitrarily and the right to a fair trial. Those affected, frequently include the wider population who are innocent of any illegal activity. There is a realistic danger that the war on terror might undermine, in one way or another, the general expectations concerning the quality of democratic societies. Democracy is necessary, but not sufficient to protect human rights, and human rights are the necessary basis for a legitimate response to terrorism. Democratic rule of law, transparency, and participation must be maintained; they can mitigate some abuses against citizens within the national territory, and provide some retroactive accountability. But contesting the politics of fear that underlines the design of military policies, abuses abroad and against non-citizens, shadow states, and the unilateral abrogation of international law requires reframing national security as human security.

Moreover, liberal democracies must also strive to exercise cosmopolitan self-determination, in which leaders construct national interest in accordance with the needs of their own citizens, guided by accountability to international universal principles – rather than by hegemonic aspirations. Democracy is a political community constituted to protect its citizens from the range of threats to their life, liberty, personal integrity, and human dignity. It must remain so even against the threat of unlawful and indiscriminate violence. This is the mandate and limit of state security policy.

The fight against terrorism accompanied with respect for human rights are common aspects of a protective system for which governments are responsible.

However, counter-terror measures introduced in numerous states with the aim of combating terrorism fail to meet international human rights standards and pose a great challenge to them.

Since September 2001, the fight against terrorism has become a tremendous issue on the international agenda³. Repeatedly struggle against terrorism has been used by states as a means to reinforce the security measures, most of the time in disregard with international human rights standards. There has been a worrying trend to view human rights as an obstacle to security, particularly security from terrorism. Some argue that the threat of terrorism can justify limiting or suspending human rights. Even the prohibition of torture, a fundamental human rights principle and a rule of customary international law which binds every state and every individual, has been called into question.

The threat of terrorism is used as a justification for the disregard of international human rights law. Although the fight against terrorism is legitimate and necessary, its objective is increasingly diverted by governments in order to exert their power at the expense of their commitments on human rights. Political and civil rights have been regularly sacrificed to claims of international and national security. The attendant disregard for internationally accepted standards and norms of behaviour set out in international and humanitarian law and the acceptance of militarism as a preferred method of dealing with threats of terrorism continue to impact negatively on human rights protection nationally and internationally and make a mockery of adherence to human rights standards generally. States get involved in fighting what is sometimes called “revolution”, “separatism” or “extremism” but what is now more commonly described as “terrorism”.

Having the above in mind, it is correct today to think in a serious way about the consequences of certain policies adopted in the name of the fight against terrorism. Since the adoption of the UN resolution 1373/2001, “other regional bodies and numerous states have sanctioned counterterrorism measures which are inconsistent with internationally recognised human rights standards”⁴. This situation caused the United Nations special Rapporteurs and independent experts to adopt joint statement, in which they expressed “profound concern at the multiplication of the policies, laws and practices increasingly being adopted by many countries in the struggle against terrorism, which in their view were negatively affecting the enjoyment of the human rights”⁵.

³ „Our response to terrorism, as well as, our efforts to thwart it and prevent it, should uphold the human rights that terrorists aim to destroy. Respect for human rights, fundamental freedoms and the rule of law are essential tools in the effort to combat terrorism—not privileges to be sacrificed at a time of tension”. See statement of Kofi Annan to special meeting at the UN Security Council’s Terrorism Committee with International Regional and Sub regional Organisations, New York March 2003, available on www.unhchr.ch/terrorism.

⁴ Note by the United Nations High Commissioner for Human Rights, doc. No E/CN/4/2005/103, February 7, 2005.

⁵ The United Nations, doc. No E/CN/4/2004/4, annex I.

In fact it is a serious problem to be considered, whether human rights after 9/11 attacks and the war on terror, are a luxury we can no longer afford, or rights that must always remain a fundamental part of democratic politics, in order to determine the boundary between individual freedom and governmental tyranny. It is not an easy task to evaluate the impact of the war on terror on human rights, as well as to develop a counter-terror strategy which takes human rights seriously. While some international lawyers, policy-makers, scholars and activists in the field of human rights argue that “war” is necessary in defence of liberal democracy, others assert that it is time to move away from the “war model” towards a new paradigm based upon respect for human rights, an internationally-coordinated anti-terror justice strategy, and long term political vision that can reduce the global tension that generate a political constituency for terrorists⁶.

Thus, at this point, it is correct to indicate that contrary to the rhetoric of the war against terrorism, the world’s most significant human rights challenges did not emerge on 11 September. The majority of those whose lives and well-being are at risk, the sources of their insecurity are unconnected with the events of 11 September, predating the war against terrorism and continuing despite its interventions. They are persecuted by the state as well as by the non-state agents.

Likewise terrorism has long been the focus of international attention, resulting in a proliferation of agreements relating to the issue. Prior and after September 11th, the General Assembly has been constantly requiring states to eliminate terrorism and strengthen cooperation in the fight against it, while respecting international human rights standards⁷. The United Nations has developed a wide range of international legal instruments that enable the international community to take actions to suppress international terrorism. Twelve UN Conventions on Terrorism provide basic legal tools to combat international terrorism – from the seizure of an aircraft to the financing of terrorism. As for today the twelve existing universal instruments on terrorism are not sufficient to cover all aspects of terrorism. In fact, the existing universal conventions on terrorism are not of a comprehensive nature and are aimed at preventing and suppressing the commitment of specific acts of a grave nature⁸.

The resolutions adopted by the UN General Assembly on the subject of terrorism require particular attention because five of them are specifically in relation to human rights and terrorism. On numerous occasions the UN General Assembly condemned “acts, methods and practice of terrorism in all forms and manifestations, as activities aimed at the destruction of human rights, fundamental freedoms and democracy...”⁹. In particular the General Assembly referred to terrorism as

⁶ For detailed information see: *Human Rights in the War on Terror*, ed. R. A. Wilson, Cambridge 2005.

⁷ See e.g. A/RES/55/158, §3.

⁸ Historically, the UN conventions emerge in response to new forms of terrorism, such as hijacking, hostage taking, safety or maritime navigation and platforms, threats linked with nuclear material or explosives, public bombing and financing of terrorism.

⁹ See UN General Assembly Resolutions: A/RES/54/164, & 3.

a violation of the right to live free from fear and the right to life, liberty and security¹⁰. However, international consensus has not, so far, been achieved on a precise definition of terrorism. Indeed, till now, there is no accepted general UN definition of terrorism.

In fact, the controversial issue of terrorism has thus been approached from such different perspectives and in such different context that it has been impossible to get to acceptable definition on the UN forum. Amazingly the resolution 1372/2001 adopted on September 2001 by the Security Council, under the Chapter VII of the UN Charter extensively lists mandatory counter-terrorism measures to be applied by all UN member states. However, it also fails to define the concept of terrorism or terrorist's acts. This omission has opened a Pandora's box in delegating to each state the discretion to apply its own definition of terrorism, or, indeed to apply none at all. Since then some states have been developing a rather far-reaching understanding of the concept of terrorism. In being offered such an opportunity certain states have even been prone to apply the terrorist appellation to such acts which constitute an exercise protected under international law.

The recent universal conventions have recognised terrorism as a threat to international peace and security. Terrorism is never justified under any circumstances and must be punished at the domestic level by appropriate penalties considering the danger of the acts.

Universal UN instruments recognise the need for a comprehensive convention on terrorism¹¹, although a number of scholars and politicians represent the opinion that this need not necessary include the task of defining terrorism as an absolute necessity. They argue that terrorism is changeable, still evolving concept and a conventional knowledge regarding terrorism must be constantly revised. For this reason they would rather stand for the case-by-case approach of universal treaties as the best solution to address the problem of terrorism in international law in the context of human rights protection.

Non-Governmental Organisations (mainly Amnesty International and Human Rights Watch) as well as the whole range of human rights activists survey the issue of the human rights in the context of terrorism from a different angle. Their main task is to expose all the negative feature of the war on terror. Obviously there is no doubt that the war on terror has a negative impact on traditional civil liberties. The citizens' rights such as freedom of expression, freedom of information, protection of the private sphere etc. are threatened in various ways. Extraordinary security measures being taken, rise NGO's profound anxiety, because they constitute an intrusion into the personal sphere of citizens'.

¹⁰ A/RES/52/133, § 2.

¹¹ See e.g. 1994 Declaration on Measures to Eliminate International Terrorism, Art. 7; International Convention for Suppression of Terrorist Bombing, Preamble; International Convention for Suppressing of the Financing of Terrorism, Preamble.

There is no doubt that states are responsible for the security of their citizens, but, here the human rights defenders come with some crucial questions: does limiting human rights really make people more secure? Does country become less vulnerable to threats of terrorism? Who is responsible for the balance between state security and human rights protection?

Perhaps the most critical opportunity to answer the troubling questions issued by the war against terrorism is to found exactly in the advocacy for and of international legal standards. It is in this realm that human rights activists strive to ensure there is constructed an authoritative and efficacious temper to the power and authority of the nation state and to that power exercised by other actors. The role that agreed international standards, due processes, transparency and the rule of law can play in holding states and others to account should not be underestimated, if only because of what occurs when these standards are ignored or with deliberation and intent, overridden.

The war against terrorism is a case in point, although NGO's and human rights activists avoid using the term "terrorism". In their view it is simply not an acceptable term of use given that there is no internationally agreed definition of what that term mean.

Their arguments point out that there also exists an increasing pressure, upon citizens, to conform to governmental views about terrorism and the latter's evaluation as a threat to western society as such. In such circumstances the citizens accept less progressive and rigorous norms having no guarantee that they get back their rights in the foreseeable future. That, they argue, additionally aggravates internal tensions, ethnic, and national rivalries, existing social problems etc. Therefore entire population groups – defined according to religious, racial, ethnic criteria – are being discriminated against. In many countries the whole minority groups suffer as a result of the publicly cultivated stereotypes in regard to the terrorist threat.

According to the strong opponents of the war on terrorism, the development described above, as the consequences of the war on terror, have a lasting negative effect on the human rights advancement. Some of these effects are, for example, large scale political and social destabilisation in the region of strategic importance; the impossibility of sustainable social and economic development; new divisions of society and political systems – internally and externally – along religious, racial, ethnic and national lines; economic deprivation of the masses of people in the affected regions, marginalization of existing international structures (such as United Nations) that have helped, so far, to preserve a kind of co-existence among peoples and states.

Of particular importance for the human rights defenders is also the fact that the war on terror, carried by one power followed by the allies states, has not only serious impact on the sovereignty of states and freedom of the citizens. They indicate that if such a new kind of war is not accompanied by comprehensive social and political strategy for the eradication of the roots of terrorism, it may lead to

a considerable increase of terrorist incidents. Consequently it may defeat its own purpose in the long run.

Taking into consideration the set forth arguments the human rights advocates believe that it is of utter importance to develop the comprehensive strategy against terrorism. According to them it should begin with a clear, precise, legally consistent definition of terrorism. Definition that allows to distinguish terrorist acts from acts of legitimate resistance, in conformity with the rules of international humanitarian law as well as international documents protecting human rights. In their opinion the absence of a universal definition of terrorism has led to significant limitations, restrictions and abuses of human rights all over the world.

It was already mentioned above that the definition issue has been a concern of the UN, but not only. Some years ago, academics identified over hundred different definitions of terrorism and yet, despite the frequency with which it is now used to justify everything from arbitrary detention to regime change, the term has not been subjected to the rigours of jurisprudence nor is there a broadly accepted definition under which one may systematically evaluate governments' application of the term and the actions they seek to justify under protection of its rubrics.

The human rights activists present further convincing arguments for the necessity of terrorism definition. They argue that additional consequences of the imprecise use of this term are not merely semantic. Rather, it is the case that the term's fluidity is serving to darken the accountability of the state and of the others' whose actions amount to human rights abuses¹². In fact, at present this term has been generally used only to describe the violence used by non-government groups not by state officials. Was it ever agreed – ask human rights defenders – that the state cannot be said to have committed acts of terrorism? Equally problematic to the cause of justice is the inconsistent application of the term to non-state actors. For example, with respect to armed groups it is not agreed whether or not terrorism should refer to violence committed by armed groups or whether it should exclude violence by groups who are trying to overthrow oppressive governments¹³.

Obviously, they do not question governments' rights to take action to defend people in their jurisdiction from violent attacks on their lives, whether the perpetrators are groups trying to achieve political objectives, or common criminals motivated by greed or anger. On the contrary they emphasise that governments have a duty to ensure the protection of fundamental rights, including the right to life. The concern here is with the manner in which states respond. States can and should respond within the framework of international human rights and international humanitarian law that has been established, tried and tested after World War II. And yet, by fail-

¹² Take the example of the particular lessons revealed by the origins of the term "terrorism". The term terrorism was first used in a political context to describe the conduct of the 18th century Jacobins who were in power for a short time after the French Revolution. The Jacobins sought to impose their will by the mass executions of their opponents and their period of rule came to be called the Region of Terror.

¹³ African and Arab States, for example, have adopted treaties to combat terrorism that exclude armed struggles for "liberation and self-determination".

ing to condition it on respect for these fundamental human rights, the war against terrorism has become a license to governments to ignore human rights and to commit a wide range of abuses, secure in knowledge that other governments are going to turn a blind eye in the interests of a “global coalition against terrorism”.

Short presentation of the two points of view concerning the human rights issue in the context of the war on terror shows there does not exist a major controversy over the necessity to protect rights and freedoms against any acts of violence. Despite the absence of universal definition, most of international legal instruments recognise terrorism as crime of serious matter. In fact, from an international human rights perspective, it is qualified as an act aimed at the violation of the freedom from fear, the right to life and security of the person.

Nevertheless, there is one major negative aspect of the absence of definition of terrorism. Such situation allows states to individually select whom they label as terrorist and this can lead to heavy consequences on individual and international relations. The “term terrorism in itself is a motive highly loaded politically”¹⁴.

Thus, at this point, it is correct to indicate that instead of continuing the debate on defining terrorism, the real need is for proper mechanisms to deal with the acts within the concept of terrorism as well as the counter-terrorism measures adopted by states. There is no doubt that the concept of terrorism is a complex one. However, this does not indicate that in the war on terror it is impossible to clarify the protection of individuals, particularly their fundamental rights and freedoms. Since there are no proper international mechanisms to monitor the application of counter-terrorism measures in full respect of international law, then international human rights supervision becomes even more essential for the protection of individuals as well as groups. The introduction of the international human rights monitoring procedures could be in many cases the very significant protection for human beings against violation of their rights and freedoms. Moreover, the establishment of an international legal framework of obligations and limits for states in combating terrorism would stop them to react too strongly to threats of terrorism.

States with the democratic standards rooted in their internal political and legal systems are committed to uphold human rights and the rule of law everywhere and accept that their conduct will be judged according to these standards. In the twenty first century the threat of transnational terrorism pose a great challenge to the international security environment and protection of human rights. Therefore, international community is obliged to develop such methods in its struggle against the abuses of human rights by terrorist acts that they will be able on one hand, to neutralise terror groups and, on the other, protect civil liberties and freedoms as well as not exacerbate the socio-economic-political-religious fissures that are breeding grounds of terrorism. Serious and genuine concern about human rights, civil liberties and fundamental freedoms calls for giving priority to the eradication of the root causes of terrorism. Therefore, at present, the development of a compre-

¹⁴ J. J. Lambert, *Terrorism and Hostages in International Law*, Cambridge 1990, p. 13.

hensive economic and social strategy for sustainable growth, including measures for the reduction of poverty and social injustice seems to be, not the only one, but nonetheless, one of a very important elements of global strategy in protecting human rights against terrorism.

At the same time, in order to be credible and effective, the fight against terrorism must not only respect the sovereignty of states and the fundamental rights of individuals and groups everywhere, but it must be complemented by world campaign against any forms of injustice within the framework of a global development strategy. Such strategy cannot be determined and implemented unilaterally. It has to be pursued within the multilateral framework of the United Nations. There is also a very important task for regional bodies, particularly the European Union.

That leads us to the point where it is necessary to highlight some of the key questions facing the EU regarding human rights in this century. The basic question is what impact do we expect the EU to have on human rights in the context of the war on terror?

Terrorism is not a new phenomenon in Europe. The context of terrorism in the EU has been set mainly by each member states' own historical, political, economic and social circumstances. However, the EU as a political institution has been more and more identified as a symbol and has already become threatened and targeted by acts of terrorism. In order to achieve the far – reaching goal of protecting human rights the EU has to take into account also the international security environment. Terrorism in Europe is essentially a transnational phenomenon, therefore, to counter terrorism effectively, law enforcement needs to share information, cooperate closely and coordinate its efforts at the European level. The unique nature of the EU as an international organisation and the advanced levels of cooperation between member states provide the opportunity to advance the fight against terrorism within a framework that respects and promotes the protection of human rights, democracy and the rule of law. This applies not only to the protection of human rights within Europe's borders, but beyond them as well. There can be no double standards as regards protection of rights and freedoms in the EU internal and external cooperation. However, law enforcement must be balanced by measures aimed at protection of rights and liberties of the European citizens. The complex legal structure of the EU should not be allowed to subvert the protection of rights and freedoms and the necessary political and judicial accountability. Non-binding declarations regarding the need for a remedy are simply not sufficient. This requires the EU to work out a peaceful alternative to terrorism as well as to global war on terror. If the roots causes of terrorist acts are ignored and if the problem of terrorism is merely portrayed as one to be handled through military and security measures, the present tensions and conflicts may well lead to the constant and serious grow of restraining human rights in the name of international security. Such circumstances generate a grave risk that temporary suspensions of democratic rules and rights may become a gateway to

the permanent curtailment of human rights. Paradoxically, therefore, security measures can facilitate the destruction of democratic values and liberties they exist to preserve.

Within the tragic events of September 11, 2001, and the adoption of the Security Council of Resolution 1372/2001 the European Union faced an immense challenge: to fight the wave of terrorism on a world scale while trying to respect the universal value of human rights and to work for more promoting these values. It acts, *inter alia*, not to confuse terrorism with the struggle for democracy and the respect of these universal values in which movements of opposed to tyrannical regimes are engaged.

Taking account of this distinction, the European Parliament¹⁵ shortly before the 9/11, recalled that “terrorist acts within the European Union must be considered as criminal acts whose aim is to alter political, economic, social and environmental structures in states governed by the rule of law by actually threatening to use violence or restoring to violence, as distinct from acts of resistance in third countries against state structures which themselves employ terrorist methods”¹⁶.

This distinction was repeated on other occasions. The European Council, at its extraordinary meeting on 21 September 2001, put terrorism at the top of its agenda and approved the “Action Plan to combat terrorism”. For the first time, the EU developed a coordinated, coherent and cross-pillar approach to all its policies and measures to fight terrorism. The European Council stated that “terrorism is a challenge to the world and to Europe”, and that the fight against terrorism will “more than ever, be a priority objective of the European Union”. Significantly, it added that the commitment to fight terrorism will go hand in hand with “respect for the fundamental freedoms which form the bases of our civilisation”¹⁷.

In November 2001, Luis Michel, former Belgian Minister for the Foreign Affairs, had warned, “All necessary measures have to be taken so as to not confuse the fights against terrorism with the fight against irritating oppositionists. The

¹⁵ The impact of the terrorist attacks of September 11, 2001 on EU counterterrorism policy cannot be fully understood unless we consider that, apart from the Council of Europe decision of December, 1998, instructing Europol to deal with crimes related to terrorism, the position of the European Union toward terrorism has been limited to a strictly political level. All EU institutions have constantly condemned terrorism, but the definition of a common counter-terrorism policy or, at least, the definition of their role in combating terrorism had not been integrated into their political agenda.

¹⁶ The persistence of the various forms of terrorism in several EU countries (namely, Spain, France, and Greece), its resurgence in Italy, as well as its evolution in the international context, pushed the Committee on Citizens’ Freedoms and Rights, Justice, and Home Affairs to prepare a report on the role of the EU in combating terrorism in order to promote the creation of a common area of freedom, security, and justice. European Parliament Recommendation on the role of the European Union in combating terrorism. (2001/2016 INI), §(T), doc. No A5-0273/2001, adopted 5 September 2001.

¹⁷ The area covered by the fight against terrorism span the three “pillars” of the EU – that is:– the first pillar (or Community) which includes issues such as the free movement of persons, asylum and immigration and judicial cooperation in civil and commercial matters; – the second pillar (which is intergovernmental) covering the Common Foreign and Security Policy; and – the third pillar (also intergovernmental) covering criminal law issues of justice and home affairs, in particular police and judicial cooperation in criminal matters). The European Council document 12800/01 of 16 October 2001.

danger is a real one". He also notified that "the war on terror should not in any way undermine our expectations concerning the quality of our democratic societies"¹⁸.

In fact, the war on terror accompanied with respect for human rights are common aspects of a protective system for which governments are responsible.

The above was followed by a number of the EU various declarations, decisions, action plans to combat terrorism, reports and programmes strengthening freedom, security and justice in the European Union. The EU Council Framework Decision on combating terrorism, which was agreed in record time in December 2001, has been so far, one of the key elements of the EU's response to the threat of terrorism in the context of human rights protection. Mainly, because, it has offered for the first time a common definition at the EU level of "terrorist offence" and of persons and organisations responsible for offences, aiming at a common minimum harmonisation of Member States' criminal law in this respect¹⁹.

Basically, all the documents adopted either by the European Commission, the European Council or the Committee on the on Civil Liberties, Justice and Home Affairs placed terrorism at the top of their agenda, and stated that the lack of democracy, civil liberties and the rule of law is a precondition for many forms of internal and international terrorism. Also the special attention has been driven to the fact that it is crucial in the counter-terrorist efforts to uphold democratic principles and maintain moral and ethic standards, otherwise, increased repression and coercion are likely to feed terrorism than reducing it.

It seems necessary to point out that many terrorist insurgencies will not come to an end unless the root causes are addressed and fundamental grievances and rights are provided for. Thus, there is a need in the European Union to focus on the factors that sustain terrorism if the Community wants to identify possible avenues of prevention, or ways of braking the vicious circle of terrorist revenge and counter-revenge.

The counter-terrorism policies elaborated in the countries of the EU in the aftermath of September 11, 2001, have been characterised by a desire to strengthen the networks of international cooperation among law-enforcement agencies, intelligence services, and judiciary, but also by the introduction of several exceptional measures adopted usually on a temporary although sometimes on a permanent basis. Relying on the assumption that some legal guarantees for civil rights and

¹⁸ La Libre Belgique, 10 November 2001.

¹⁹ It must be stressed that although this document was agreed upon in December 2001, in fact it came to force in June 2002. The Framework Decision contains nine specific acts mostly concerning attacks on persons or weapons related. The acts committed must fall under one of three categories of objectives in order to qualify as a "terrorist acts". These objectives are: – to seriously intimidate a population, or – unduly compel a government or international organisation to perform or abstain from performing any act, or – seriously destabilise or destroy the fundamental structures of a country or an international organisation. Article 1 (1)(d). In addition, there are provisions relating to human rights in recital 10 of the Preamble and Article 1 (2) of the Framework Decision that stipulate that the measures provided for in the Framework Decision "shall not have the effect of altering the obligation to respect fundamental rights or freedoms", such as the right to strike, freedom of assembly, of association or of expression. OJ L 164 22.06.2002.

liberties are incompatible with an efficient fight against new terrorist threats, exceptional rules have been presented as absolutely necessary for the protection of European population. The subsequent diffusion throughout the EU of a new model of governance expressing such exceptional measures has provoked considerable criticism both within established political institutions and in civil society.

Lately a broad use of security laws leading to violations of human rights can be tracked in many EU states. In regard to a number of individual EU member states, antiterrorism measures have been introduced ostensibly to deal with emergency situations. Many states have implemented anti terror legislation and counter terror measures that directly impede the enjoyment of human rights. Some states activated emergency restrictions that undermine human rights with claiming to be a response to terrorism. Some explicitly or implicitly involve derogating from human rights guarantees by limiting or suspending them²⁰.

There is no doubt that the states under the international human rights law have the right and indeed the duty to protect their populations from violent criminal acts. However, such measures must be implemented within a framework of human rights protection.

These human rights standards are binding obligations that apply to all persons under a state's jurisdiction. They cannot be avoided simply by placing a person deliberately outside the jurisdiction. It is particularly important that the administration of justice is fair. Without the safeguards of the rule of law, including mechanisms to ensure accountability, action taken against criminal suspects may lead to serious violations of human rights, such as unfair trials, secret detention, detention without charge or trial, torture, "disappearance", and extra-judicial execution.

There is no question that the European Union condemns terrorism in all its forms as a violation of human rights. However, finding a rights-based approach to fighting it has been less obvious. The contemporary "war on terror" has been generally based on the assumption that terrorism in its current form is nothing more than a war against Western values and as such the democratic states are more or less united in taking action against this threat. However, I would argue that it is too simplistic attitude. The anti-terrorism debate hinges on finding the right balance between human rights protection and effective security measures. Are effective counter-terrorism measures compatible with the full respect for fundamental freedoms? Is it necessary for states to make compromise and infringe on the rule of law in order to better protect their population from the threat of terrorism? And here we face a hard to manage dilemma of modern life: protecting traditional civil liberties

²⁰ Anti-terrorist laws in some countries, including the US and the UK, have targeted only foreigners or foreign-born citizens, stigmatising them as a source of danger and encouraging a climate in which xenophobia and racism flourishes. In a number of countries Moslems and Arabs have been attacked. In others anti-Semitism has re-emerged, particularly with worsening of the conflict in the Middle East. Racism is a latent feature of all societies, but it appears to have become a blatant feature of European politics and election campaigns. Its victims are refugees, asylum seekers, foreigners, and even foreign-born citizens. Those who need their rights protected the most have become the ones most targeted for attacks.

of our citizens, and at the same time ensuring their safety from terrorist attacks with catastrophic consequences.

Therefore, particular attention needs to be given to balancing anti-terrorism measures and the observance of human rights standards, otherwise the fight against terrorism would be “self-defeating”. There is no moral justification for terrorism, but once it exists, certain circumstances can make it grow. The war on terror must be reviewed through a “prism of basic rights”. A “rights response” is necessary in the strategic approach to terrorism and this necessitates closer collaboration between the main actors (USA and the EU) and a willingness to reach out to civil society. In its efforts to fight terrorism, neither the US nor the EU can afford to ignore the importance of civil rights. In fact, if action against terrorism was to be a joint effort, joint decision-making was necessary. If Europe wanted a role of importance, then it had to get its resources in line and not be as slow to react to problems at hand. This must be a fundamental reaction.

That may lead us to the final conclusion of this paper, that the call for a new human rights policy derives both from an assessment of the current internal situation and from the particular historical context in which the Union finds itself. It must be emphasised, however, that the need for such a policy is far greater now than it was, even in the recent past. The approach adopted here is not driven primarily by a sense that there are systematic violations of human rights in the context of war on terror which remain entirely unaddressed. But, by the same token, there clearly are many human rights challenges that persist and to which greater attention must be given.

Terrorist threat must not tempt democracies into undermining their own values. The future of the European Union depends upon its truly embracing human rights in a concrete and enforceable manner rather than simply as declaratory principles. This surely means making the Charter of Fundamental Rights of the European Union a legally binding instrument in the EU law. The EU cannot afford to allow member states to create first and second class citizens in terms of fundamental rights, particularly under the cover of the war on terror. Finally as the EU expands its policy and active areas, it needs a specialised agency to advise institutions and member states on the fundamental rights implications of new policies and proposals. It also needs to alert them to the implications at the EU level of human rights situation in member states and third countries as identified by the Council of Europe’s human rights machinery.



Agnieszka Sadecka

IMMIGRANTS IN THE SECOND GENERATION: CHALLENGE TO THE FRENCH MODEL OF INTEGRATION

Immigration – one of the EU’s most burning issues

Europe has for centuries been a place where cultures, religions and ethnicities mixed. This led on the one hand to progress and cultural enrichment, but on the other, to the most bloody conflicts. Nowadays, this diversity has increased: migrations are a common phenomenon on all levels: local, national, regional and global. With the end of the colonial era, a large number of former citizens claimed the right to settle down in the former metropolises. This was when the first major communities of non-Europeans began to appear on the continent. The economic situation after the second world war created an urgent need for workforce, and Western Europe eagerly invited people from Maghreb, Turkey, Middle East, and Asia to come and work in the coal mines, factories, and at construction sites to rebuild their cities and infrastructure demolished during the war.

This first wave of immigration to Western Europe arrived in the early years largely unnoticed, since the ones who came to work were generally young, single men. However, some years later, most of them married, very often to women who they brought from their home countries, and had children. At that time immigrant communities began to benefit from their rights to use the health care, education system, and other social services. Citizens of the host countries began noticing the newcomers in their everyday life and in many cases, did not see them in a positive light. They were afraid to lose their cultural integrity, worried about the state pay-



ing for large families of the immigrant workers, and – not used to see such cultural and religious differences – often reacted in a prejudiced way. European states had to decide which model of society to adopt, how to tackle these differences, and how to alleviate social tensions. The specific character and features of each nation determined the implemented policy: the United Kingdom adopted the model present in the Anglo-Saxon world, namely multiculturalism (developed in Canada and adopted also by Australia), France chose to continue with its republican model, with a very clear separation of church and state. Similarly did Sweden, where besides this a welfare-state model was developed. The Netherlands decided to follow a policy of openness deriving from its tradition of freedom and religious tolerance. The European Community, at that time without strong political personality, did not regulate this movement. Only later, it started to look closer into the issue, especially since the meeting of the European Council in Tampere in 1999, but the enduring problem is that there is not enough consensus for a comprehensive immigration policy for the whole of the EU.

According to Kofi Annan, former Secretary-General of the United Nations, managing the challenge of immigration is a test for the EU: a failure will result in social divisions and declining standards of life, while a success will enrich it and strengthen¹. Even though the European Commission has intensified its efforts towards common solutions in the area of immigration and integration of immigrants², there disputes in this field are plenty among the Member States. The growing popularity of extreme right-wing parties is a sign of discontent among an increasing proportion of EU citizens (the elections in the last few years have led to the strengthening of the French National Front led by Le Pen, the Vlaams Belang in Belgium, the Danish People's Party, etc.). Mainstream politicians, often acting as populists, react to these negative feelings and mention restricting the immigration law and limiting the acceptance of asylum seekers. The French immigration law of 2006 is the first step towards selective immigration: it emphasises the recruitment of skilled workers and facilitates the stay of foreign students but limits access to residence and citizenship. Since most immigrants in France (64.3% of cases)³ state family reunification as the reason of entry, the new law has become more restrictive predominantly in this area: one can bring the family over after three years of stay, and a person marrying a French citizen (in a process that takes up to two years) can start the process of application for citizenship only after four years. The current govern-

¹ K. A. Annan, *Why Europe Needs an Immigration Strategy*, article of 29.01.2004, based on the Secretary General's speech at the European Parliament, <http://secint24.un.org/News/oss/sg/stories/sg-29jan2004.htm>.

² Among other actions, the European Commission issued a "Green Paper on an EU approach to managing economic migration" (2004), and a "Policy Plan on Legal Migration" (2005). At the same time, the Commission makes efforts to promote the integration of migrants, issuing a "Handbook on Integration for policy-makers and practitioners" (2004, reissued in 2007). The EU has also defined the priorities for fighting the illegal immigration and established a relevant action plan. Source: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/immigration/fsj_immigration_intro_en.htm.

³ Migration Policy Institute, http://www.migrationpolicy.org/pubs/Backgrounder2_France.php.



ment passed a law allowing DNA tests to prove the genetic ties linking people who claim the admission to France on the basis of the family reunification policy, what is more, one of the ministers announced introduction of immigration quotas. During the French presidency (due in the latter half of 2008) Sarkozy will presumably promote similar ideas on the Community level⁴. Tightening the immigration policy will not resolve the problems that Western Europe is facing: a successful integration is crucial for social cohesion in Europe and peaceful life of people of different backgrounds.

Who are, however, the immigrants who cause so many controversies and so much fear? According to a Eurostat report (2006), there are around 25 million non-nationals living in EU Member States, a huge majority of whom are non-EU citizens⁵. In Belgium and Sweden 12% of inhabitants were born in another country, in France – 8%, and in Denmark – 6.5%⁶. However, most of media-hyped and widely discussed events were not linked with these immigrants. The violent struggles in Bradford (UK), the burning cars in the French *banlieus* (peripheries), the murders of honour performed by Turk-Germans on their sisters – in none of these, the leading actors were the newly arrived immigrants. These actors were often members of a group emerging on the European arena: the children of immigrants – EU citizens, formally equal and free individuals, but in fact living on the border between two cultures: the one which their parents came from, and the one that surrounds them. Such actions are a proof of their anxiety and frustration that can turn into aggression and violence. Let us analyse this group in detail, using the example of France.

France, a friendly land?

France has always praised its openness towards foreigners, calling itself a *terre d'accueil*: a friendly land. Indeed, it hosted numerous foreigners, ranging from Leonardo Da Vinci to the parents of the current President of the Republic. However, the 20th-century immigrants not always saw France this way. In the times of the first world war, many citizens of French colonies were forced into the Foreign Legion (*Légion étrangère*), while others were shipped to France because the country lacked workforce in agriculture and in the industry. The same phenomenon repeated after the second world war, with the difference that the colonies had ceased to exist and seeking work in France became a matter of free choice. Theorists of postcolonialism, as e.g. Albert Memmi⁷, perceive it as the reproduction of colonialism: the

⁴ “The Economist”, *The Trouble with Migrants*, 22.11.2007, http://www.economist.com/world/europe/PrinterFriendly.cfm?story_id=10193441.

⁵ Eurostat, *Statistics in Focus, Population and Social Conditions – 8/2006: Non-national Populations in the EU Member States*, http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-NK-06-008/EN/KS-NK-06-008-EN.PDF.

⁶ “The Economist”, *The Trouble with Migrants*...

⁷ A. Memmi, *Decolonization and the Decolonized*, Minneapolis–London 2006.



populations of the “Third World” were first exploited by colonisers on their own territory, and nowadays, they are again in a position of dependency from the West, working in poorer types of jobs and suffering from exclusion and discrimination as immigrants in Europe. In the 1950s, there were many Tunisians and Moroccans (also Algerians after they became independent in 1962) settling down in France, although the state gives preference to immigrants from poorer European countries: Italy, Spain and Portugal. Nevertheless, the economic boom lasting for about thirty years, the so called *Trente Glorieuses* (1945–1975), and the pressing need for workforce made the immigration process hard to control. It became more and more difficult to find accommodation for workers and their families, and as a consequence, fields of provisional houses or barracks, called *bidonvilles*, started to grow around major cities. The French state began to notice the problem and a Directorate for Population and Immigration was created with the goal of providing housing and putting an end to the slums in the peripheries⁸. It attained its goal, but other problems arose, including especially increasingly common racist attitudes and acts of aggression towards immigrants. As a response, in 1972 the government introduced a law against racism, but the recession starting in the mid-70s caused unemployment, which resulted in more tensions between immigrants and the French population, who blamed them for all the social and economic problems. In this period, most European states closed their borders, but there were still large numbers of immigrants arriving as a result of marriages and family reunification processes. There were also increased numbers of asylum-seekers, mainly the so called “boat people” from Vietnam, Laos and Cambodia, who often found it difficult to acquire the refugee status and end up as *sans-papiers*: illegal immigrants with no status at all.

In the 1980s, the French began to realise that the presence of “foreigners” is a fact and closing the borders or limiting the arrivals would not resolve their problems. Instead, they had to think about integration. In 1981, the parliament passed a law allowing the freedom of association for the immigrants, and a few years later introduced a 10-year residence card available after three years of permanent stay in France. The tensions did not disappear, however: in 1983 there were clashes in the streets between the supporters of Jean-Marie Le Pen’s National Front, an extreme right-wing party that built its position using racist and xenophobic slogans, and the immigrants backed by young French, who saw the National Front as a threat to the French values of tolerance and liberty. While a growing number of the French, aware that immigrants are an integral part of the society, formed associations in support of equality and acceptance of ethnic and religious minorities, there were still large groups of people who continued to fear the newcomers.

The foundations of the contemporary French state are based on the ideals of the Revolution: *Liberté – Egalité – Fraternité*, and of the Enlightenment’s legacy, *républicanisme* as conceptualised by Rousseau. These values presume that every individual is equal in the eyes of the State, no matter what his or her origin, cul-

⁸ Cité nationale de l’histoire de l’immigration, <http://www.histoire-immigration.fr>.



ture, ethnicity and religion are. The State is supposed to be neutral and does not take into account one's beliefs, identity or community affiliation, as in the multicultural model. The faith of the French in republicanism can be compared to the American dream⁹ – an idealistic vision detached from reality. Unfortunately, this vision sometimes overclouds the real problems of the immigrant families, formally equal, but often discriminated against because of how they look, dress, eat or what their last name is. Another core principle in France is *laïcité* – the neutral, secular character of all public institutions. This has become one of the most discussed ideas of the French model on the occasion of the so called “Headscarf Affair”. The controversy was whether Muslim girls should be allowed to wear a hijab when attending state schools. The garment was eventually banned by president Jacques Chirac in 2003 as experts claimed that wearing a headscarf was not always a matter of individual choice to manifest one's devoutness. It could be used as an instrument of pressure by the fundamentalists to manifest the presence of Islam in everyday life and to make women that did not wear the veil feel guilty¹⁰. According to Will Kymlicka, a true neutrality of the state is impossible, because if a void is created in the public sphere, it will certainly be filled by some kind of ideology¹¹. The question is whether the French Republic's ideals, rooted so deeply in history, have not become a form of a political “religion” and whether they still apply to the society, after so many changes that it has undergone.

The Second Generation

Only 10% of the participants of the unrest in the French urban peripheries in 2005 were foreign-born. The others were French citizens, raised and educated in the Republic's schools, who are familiar with the rules governing its society. This fact came as a shock to the French, believing so firmly in the socialisation (and assimilation) that their system of education should ensure. Who are these young people, in between two cultures, so violently struggling to attract the attention and express their anger? There is a number of factors, in different areas of these teenagers' life, which may cause tensions.

Family

After the riots at the French *banlieus*, the media and common French people would ask about the parents of the rebellious youths. Why were they unable to bring up

⁹ M. Lamont, E. Laurent, *Identity: France Shows its True Colours*, “International Herald Tribune”, 6.06.2006, <http://www.iht.com/articles/2006/06/05/opinion/edlamont.php>.

¹⁰ P. Weil, *Lever le voile*, Paris 2005.

¹¹ W. Kymlicka, *Nation-building and Minority Rights: Comparing West and East*, “Journal of Ethnic and Migration Studies” 2000, Vol. 26, No. 2, p. 183–212.



their children to be respectful citizens? Why did they not prevent their children from going into the streets and rebelling? The reasons are numerous. Let us examine more closely the profile of immigrant families.

The experience of migrating to another country may often prove traumatic for a family. Not only it provokes changes in the usual lifestyle and habits, but also a transformation of relations between the couple and their children, and even a reversal of previously performed roles. Usually, families do not emigrate together at the same time. It is easier for one of the parents to go first, find employment for himself/herself, accommodation for the family and become better informed about the social and cultural context of the host society. Then, when the rest of the family has arrived, he or she can serve them as a “guide” The same applies to single men or women who emigrated in search of work, and later married someone from the country of their origin. This situation is perfectly described by the novel of Monica Ali, *Brick Lane*, where a Bangladeshi immigrant in London brings along a young bride, found for him through his family’s matchmaking¹². Such situation is very unfavourable for the spouse: she feels lost in the new country, not knowing the language or the city, confined to the home, with the only information about the surrounding world being transmitted to her by the husband. This design is repeated in many immigrant families, where one of the spouses becomes completely dependent on the other one, feeling insecure and vulnerable when he or she is not around. The internal crisis this creates is even stronger when it is the wife that is the intermediary for her husband. In families coming from traditional societies, where the role of a man consists in taking care of his family, being the active one, while the wife performs domestic duties, this crisis is even more acute¹³. A man who is forced to stay at home, relying only on his wife, might easily become frustrated and even resort to alcohol and repeated violence. This is also a problem of many immigrants in France, where – with the economic boom finished – many men lost their jobs in factories or in the construction sector. With their husbands now unemployed, their wives had to provide for the family (most of them being employed in the services, where the number of jobs did not decrease so dramatically). Another problem of the immigrant families is that there is no extended family to rely on when the children are born, so parents are just left to themselves in the process of bringing up their children. Moreover, lack of support from relatives is a negative factor in cases of domestic violence, because a woman has nobody to turn to for help, often not aware of the existence of institutions specialised in this field, whereas in Arab societies, she may for instance return to her father or seek help from her brother(s). The fact that grandparents are not present plays also a role in the way the children’s identity forms: the presence of an older generation gives the young the feeling of permanence and stability¹⁴.

¹² M. Ali, *Brick Lane*, London 2003.

¹³ F. Balsamo, *Famiglie di migranti. Trasformazione dei ruoli e mediazione culturale*, Roma 2003.

¹⁴ *Ibidem*.



As for the relations between parents and children, there is a whole range of possible problems. First of all, the two generations often have divergent views on the host society and on the country of origin, due to different experience acquired in their lives. Children are more embedded in the host society since they go to school, meet peers from different cultural backgrounds, learn about history, political system and values of the country where they live, and – maybe most importantly – know the local language very well. For these reasons, their views and ideas are shaped differently than those of their parents⁷. The latter ones often meet a limited number of people from the host society, only at work or while contacting public institutions, generally preferring to stay among their national or ethnic community. Another problem is the reversal of roles, which often appears in immigrant families. Children, because of their cultural competences understand the larger society of the host country better, and become “interpreters of culture” for their parents, and sometimes – literally – interpreters. They help the parents to deal with many matters pertaining to the public sphere, such as contacting state institutions or filling out forms. This phenomenon is positive in itself, but can also have negative outcomes, for example the loss of the parents’ authority and the feeling of superiority among children, which can possibly result in disrespecting the parents. Obviously, there are other factors that add to this difficult relation between children and parents: the conflict between the values of the parents’ culture of origin, which they often wish to pass on to the next generation, and the Western culture, in which the children live¹⁵. Another issue is simply a normal teenage crisis and uncertainty about one’s identity, often experienced at that age. Additionally, the economic factor plays a part as well: immigrant parents, usually employed as unskilled workers, and often having numerous children, cannot afford all the books, clothes, toys or electronic gadgets that are so important in a consumer society, especially at a young age. It seems to be an unimportant element, but subcultures have their own cultural codes, expressed in fashion and lifestyle; and belonging to a group is crucial for teenagers. All these factors might contribute to frustrations in young people of immigrant origin, leading to situations in which they somehow channel this negative energy.

Education

Another question that France was posing itself is how people brought up in the Republic’s schooling system, supposed to transmit all the values of a citizen, can perform such actions as destroying public property. In its report on the education of children from immigrant families (2006), the OECD shows that in many Western countries these children are on average two years behind their peers, and the state does not sufficiently help the young to eliminate these differences¹⁶. There are three

¹⁵ O. Roy, *Global Muslim. Le radici occidentali nel nuovo Islam*, Milano 2003.

¹⁶ OECD Report, 15.05.2006, http://www.oecd.org/document/17/0,3343,en_33873108_33873870_36701777_1_1_1_1,00.html.



elements that determine the success of immigrants' children in education: the first one consists in the education strategies and knowledge capital of the parents. It has been proved that when parents are themselves better educated – whatever their profession in the host country is – they motivate their children more and try to invest in their education (this applies not only to immigrant families). The second element is the openness of the school for children of different cultural backgrounds: how much it helps them in the integration, in learning the language, and to what extent it facilitates the intercultural contacts and the mutual learning. The third element is the immigration policy of a given country: whether parents have a legal status or citizenship, if there is a possibility of permanent stay in the country, and whether their documents and diplomas are respected¹⁷. Interestingly, the educational achievements of immigrant children depend to some extent on the nationality – for instance, the research among the second-generation immigrants in the USA undertaken by Rumbaut and Portes¹⁸ proves that the best results are achieved by Chinese immigrants' children, and in the case of France, the best pupils tend to be girls of Spanish origin¹⁹. Obviously, the nationality and the culture where the parents come from is of some importance, but there are also other factors, which influence performance of children of immigrants at school. In France, 61% of children of immigrants grow up in large families (defined as having at least four children), whereas the national average is only 15.5%. Among immigrants, around 80% of fathers are unskilled workers or unemployed, and 63% of them have only elementary education²⁰. This shows structural problems that immigrant families are facing and that reflect negatively on the education of their children. In fact, they tend to do worse at school: every other of them has repeated a year at least once (compared to one in four pupils being the national average) and in the exams leading to the *collège* (corresponding the junior high school level), there are visible differences in the results achieved by the children of immigrants (on average 6 points fewer in mathematics and 9 points fewer in French, when comparing to their peers)²¹. Fortunately, at the high school and university level, the situation looks much better: children who continue the schooling process are usually the ones more motivated by their families, who believe in the power of good education and hope that this will prevent their children from the problems they encountered themselves. Paradoxically, there is also a potential source of problems in this attitude: sometimes, parents want their children to succeed but at the same time they want to transmit to them the values

¹⁷ M. Ambrosini, *Sociologia delle migrazioni*, Bologna 2005.

¹⁸ R. Rumbaut, A. Portes, *The Second Generation in Early Adulthood: New Findings from the Children of Immigrants Longitudinal Study*, Migration Information Source, 2006, <http://www.migrationinformation.org/Feature/display.cfm?id=445>.

¹⁹ M. Tribalat, *Faire France. Une grande enquête sur les immigrés et leurs enfants*, Paris 1995, [in:] M. Ambrosini, *Sociologia delle migrazioni*, Bologna 2005.

²⁰ P. Simon, *Une «question de la seconde génération» en France?*, <http://seminaire.samizdat.net/spip.php?rubrique31>.

²¹ *Ibidem*.



of their traditional culture, not realising that in order to be successful at school, they need to adopt some of the host country's values. This may be a contradictory message for the children, and it may put a lot of pressure on them.

In order to help immigrant children achieve good results, the French state has created a network of schools, called ZEP, *zones d'éducation prioritaires*, (priority zones of education) which would have more financial means and special rights in order to fight the problem of school failure among the second generation. There are nearly 9,000 such schools, but it seems that they do not achieve the expected results: many parents perceive them in a negative way, as schools for the "difficult" youth and do not want their children to attend them. What is more, the French schooling system becomes more and more segregated in an informal way, with parents choosing the establishment for their children according to its location and the ethnic background of the pupils. The idea of an affirmative action is impossible to carry out in France, where equality is the fundamental value and even a "positive discrimination" would be perceived as unjust. However, such an action has been performed "undercover" by the prestigious ENA, Ecole Nationale d'Administration, which started recruiting students from the above-mentioned ZEPs. To quote Francois Ameli, these students perform extremely well, even though they are sometimes accused of being accepted to the school on unfair terms²².

Employment and the public realm

There are various problems when it comes to the employment of immigrants and people of immigrant origin. Some of them cannot find work because they dropped out from the educational system, and others due to structural problems, as e.g. the lack of opportunities at the *banlieus*. According to Alejandro Portes and Ruben Rumbaut, who analysed the situation of second-generation immigrants in the United States, one sees a downward assimilation in ghettos and immigrant neighbourhoods, which means that the young, having no positive examples around them, replicate the negative attitudes, the feeling of rejection from the society, the lack of opportunities and as a result create a form of anti-culture or even follow criminal models²³. Looking for a job, they often want to find something better than their parents have/had, because they are ashamed of them and their difficulties in everyday life. As the High Commission of Integration states, the work opportunities for immigrants' children are similar to those of their parents, although logically, they should be better, thanks to their knowledge of the language and of the country

²² Lecture of Prof. F. Ameli given at the Europaeum Graduate Workshop, entitled *Migration in the 21st Century – Challenge to the Nation-states?*, Charles University in Prague, 4th-6th April 2008.

²³ R. Waldinger, C. Feliciano, *Will the New Second Generation Experience "Downward Assimilation"? Segmented Assimilation Reassessed*, "Ethnic and Racial Studies" 2004, Vol. 27, No. 3, <http://www.sscnet.ucla.edu/soc/faculty/waldinger/pdf/B6.pdf>.



where they have been brought up²⁴. Another huge problem is the discrimination on the labour market: according to the Ministry of Labour, many people with foreign-sounding names or a different skin colour find problems while finding a job, and sometimes they are not even invited to interviews²⁵. A few large companies made an experiment during their recruitment process: they asked for anonymous CVs from potential employees – as a result, the number of people with immigrant background among the employees increased considerably²⁶. At present, organisations dealing with integration of immigrants lobby for a law introducing anonymous CVs nation-wide, an action entitled “Companies in the colours of France”²⁷. The Sarkozy government, even though restrictive in immigration matters, includes the largest number of politicians with immigrant background, most of them being women. Rachida Dati, holding a double, French and Moroccan nationality, is the Minister of Justice. Senegal-born Rama Yade became the State Secretary in charge of Foreign Affairs and Human Rights, and is often called the “French Condoleezza Rice”. Fadela Amara, a feminist from an Algerian family, advocate for women from the *banlieues*, is the State Secretary for Urban Policies. This is a good sign, but many French fear that this is only Sarkozy’s move to win immigrant population’s support and that it will not change the situation of the regular inhabitants of the peripheries.

Culture

France, whether it wants it or not, is becoming more and more multicultural. Both the high art and the popular culture have changed, and many of the performers have different ethnic backgrounds. The popularity of such films as *La Haine* (The Hate) that depict the life of underprivileged young people in a poor neighbourhood on the peripheries of Paris, and of many other works touching similar topics, proves the need for a discussion on the situation of immigrants in France, and their children, torn between two cultures. The rap movement in France, second only to the American one, is one of the channels through which young people of immigrant origin can express all their frustration and anger against the rules governing the French society. There is also a *beur* culture, *beur* being a slang name for Arabs, which has its own radio, TV shows, magazines and fashion, combining elements of the Arab ethnicity and Western material civilisation. Diversity in French culture is certainly a positive phenomenon, but it still encounters opposition among some parts of the society, who consider it a threat to the “purity” of the country’s culture. Yet it is

²⁴ *Les Parcours d'intégration*, Haut Conseil à l'Intégration, 2001, <http://www.hci.gouv.fr>.

²⁵ *Chômeurs étrangers et chômeurs d'origine étrangère*, Publications Dares, 2000, <http://www.travail-solidarite.gouv.fr>.

²⁶ This example was brought up by Prof. Ameli in his lecture, Europaeum Graduate Workshop, *Migration in the 21st Century*...

²⁷ *Des entreprises aux couleurs de la France. Rapport Claude Bébéar*, November 2004, <http://www.institutmontaigne.org/des-entreprises-aux-couleurs-de-la-france-2392.html>.



a process that has already started: French youth slang uses words in Arabic, the fashion takes on ethnic elements, there are more and more restaurants serving food from different parts of the world. Even the French football team is composed in great majority of immigrants and children of immigrants! A new France is emerging and it is still *tricolore* – but now its three colours are *black-blanc-beur* and represent the Blacks, the Whites and the Arabs.

Conclusion

The second-generation immigrants are blamed for their negative attitude towards integration, but most of them are just rebellious teenagers, not much different from other young people from poor and underprivileged neighbourhoods. In their case, the tensions come from pathological families and/or economic privation, yet they are more acute due to their specific problems: experiencing racism and discrimination, feeling rejected and isolated, dealing with their complex identities. Obviously, one cannot forget that a vast majority of people coming from immigrant families have no problem in combining two or more identities and they peacefully lead their lives in the French society.

France is in a difficult position, on the one hand trying to be faithful to its traditions and values, but on the other hand, the society is changing, due to migration, globalisation, the dynamics of the international relations, and various cultural influences. That is why – in order to avoid tensions among different groups of society and prevent social exclusion of some citizens – it needs to re-think its model of integration and possibly adjust it to the new circumstances. However progress in this field depends on effective cooperation between politicians and the civil society. If the government fails to listen to the voices from all social groups and does not take into account the specific problems of people with immigrant background, all the initiatives will be detached from reality and will not bring the expected results.







V. 2008 nr 2

Krakowskie Studia Międzynarodowe

Rett R. Ludwikowski

EDUCATION AND PROMOTION OF HUMAN RIGHTS FROM A EUROPEAN AND AMERICAN PERSPECTIVE

Introduction

The relationship between education and implementation of programs for the protection of rights and freedoms has been substantiated by the numerous documents produced by international conferences on human rights, such as; the 1966 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights¹, the 1978 UNESCO International Congress in Vienna on the Teaching of Human Rights², the Congress in Seville in 1986 and in Malta in 1987³, the Seminar in Geneva in 1988 celebrating the 40th anniversary of the Universal Declaration of Human Rights,⁴ the World Conference in Vienna on Human Rights in 1993⁵, the Montreal International Congress on Education for Human Rights and Democracy on 1993⁶, and many others.

¹ *Manual on Human Rights Reporting*, Art. 1/3, United Nations, 1997, p. 141, see also commentary in: "Malta Recommendations on Human Rights Teaching. Information and Documentation" 1987, #1/3, http://www.unesco.org/webworld/peace_library/UNESCO/HRIGHTS/304-319.HTM.

² The final document adopted by the Congress can be found on the website, http://portal.unesco.org/shs/en/ev.php-URL_ID=1686&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

³ See The International Congress on the Teaching of Human Rights, Seville, 16 May 1986, Guidelines prepared by the Congress can be found on the website: http://www.unesco.org/webworld/peace_library/UNESCO/HRIGHTS/293-303.HTM; see also, Malta Recommendations on Human Rights Teaching, Information and Documentation 1987, http://www.unesco.org/webworld/peace_library/UNESCO/HRIGHTS/304-319.HTM.

⁴ *ABC, Teaching Human Rights*, available on the website http://www.unesco.org/webworld/peace_library/UNESCO/HRIGHTS/304-319.HTM.

⁵ See the Vienna Declaration and Program of Action, <http://www2.ohchr.org/english/law/vienna.htm>.

⁶ See World Plan of Action on Education for Human Rights and Democracy, Montreal, Canada, 1993, http://www.unesco.org/webworld/peace_library/UNESCO/HRIGHTS/342-353.HTM.



Implementation of these documents is provided for through various measures. The Executive Board of UNESCO has obligated the Director-General to co-operate with member states in the development of educational programs for the promotion of human rights.⁷ The Congress in Malta recommended periodic reviews to examine the relevance of the teaching and promotion of human rights.⁸ The U.N. declared 1995-2004 the decade of human rights education, in order to emphasize the significance of the relationship between education and the promotion of human rights.⁹ The U.N. Plan of Action for 2005-2007 proposed “the creation of a U.N. inter-agency coordinating committee, composed of the Office of the U.N. High Commissioner for Human Rights (OHCHR), the U.N. Educational, Scientific and Cultural Organization (UNESCO), the U.N. Children’s Fund (UNICEF), the U.N. Development Programme (UNDP) and other relevant international agencies.”¹⁰

All these actions confirm that the contemporary human rights movement has produced expansive literature on an unquestionable conjunction between rights and education.¹¹

Several questions still warrant serious discussion. What are the concrete goals of human rights education and what obstacles may restrain the development of successful educational projects? What do we actually teach and how advanced are our educational programs in general, and academic education in particular? Is there a concrete consensus on the interdependencies between different types of human rights, their hierarchy, and the standards of their protection? Is an optimistic attitude regarding the universalistic doctrine of human rights fully rooted in facts? How may we communicate to our students the concept of universally recognized, irremovable, and interdependent rights while acknowledging the many ethical, religious and cultural approaches to the recognition of these rights?

The main goal of this article is to identify these problems, and yet, as the scope does not allow for an exhaustive analysis, several related issues noted here require more detailed consideration.

It also has to be noted that, although the paper examines the relationship between rights and education in the era of globalization, it focuses on the American and European concepts of “universalism”.

⁷ “Malta Recommendations on Human Rights Teaching. Information and Documentation” 1987, *ibidem*.

⁸ *Ibidem*, #7.4 and # 8.2.

⁹ See UNESCO’s overall responsibility within the Decade, at http://portal.unesco.org/education/en/ev.php-URL_ID=2754&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

¹⁰ Plan of Action for 2005–2007 adopted by the United Nations General Assembly’s resolution 59/113B on 14 July 2005.

¹¹ The publications on the human rights education are abundant with meaningless statements such as: “Particularly teachers must be familiar with rights if they are to effectively help their students to respect these rights and to recognize any flagrant violations in the world.” S. M. Shaft er, *Human Rights Education in Schools*, [in:] *Human Rights and Education*, ed. N. B. Tarrow, Oxford 1987, at 191.

The main goals of human rights education

The above-mentioned conferences, congresses and workshops have identified the most important goals of human rights education. Although the number of goals is extensive, they may be translated into several main objectives.¹²

First, human rights education should be based on the principles and values identified in the International Bill of Rights; the 1948 Universal Declaration of Human Rights, the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), the 1966 International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), the First Optional Protocol of 1966 on communications from victims of human rights violations and the Second Optional Protocol of 1989, on elimination of the death penalty.¹³

Second, human rights education should increase awareness of the political, social, economic, cultural, international and national, historical and contemporary dimensions of human rights, as well as their relationships to the other goals and principles of the United Nations, as provided by the U.N. Charter.¹⁴

Third, as recognized by numerous international documents reporting on the progress intended for the protection of human rights, human rights education should contribute to the growing confidence in the universality of human rights¹⁵ and their indivisibility and interdependence.¹⁶

Fourth, with regard to the scope of educational efforts, human rights education should be taught at all levels of the educational system as independent courses¹⁷

¹² See The International Congress on the Teaching of Human Rights, Seville, 16 May 1986, *supra* note.

¹³ The term International Bill of Rights was first officially applied to the above set of documents by the U.N. Commission of Human Rights in 1947. The initial compilation of fundamental rights was done, however, in 1942 by a group of jurists from several countries, sponsored by the American Law Institute. They prepared the Declaration of Essential Human Rights, which is often regarded as the first International Bill of Rights. See, Fact Sheet No. 2 (Rev. 1), *The International Bill of Human Rights*, prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights in June 1996, Geneva, Switzerland, p. 1–2, available at <http://www.unhcr.ch/html/menu6/2/fs2.htm>. For a bibliography on Universalism vs. Relativism in Human Rights, see Molly Ryan (Fall 1997), available at <http://globetrotter.berkeley.edu/humanrights/bibliographies/univbib.anthro.html>.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ The U.N. Plan Action for 2005–2007 states: “Human rights education can be defined as education, training and information aimed at building a universal culture of human rights”, *supra* note at 7.

¹⁶ See the 1993 Vienna Declaration and Programme of Action. The Declaration confirmed that “The World Conference on Human Rights reaffirms that States are duty-bound, as stipulated in the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights and in other international human rights instruments, to ensure that education is aimed at strengthening the respect of human rights and fundamental freedoms. The World Conference on Human Rights emphasizes the importance of incorporating the subject of human rights education programmes and calls upon States to do so. Education should promote understanding, tolerance, peace and friendly relations between the nations and all racial or religious groups and encourage the development of United Nations activities in pursuance of these objectives. Therefore, education on human rights and the dissemination of proper information, both theoretical and practical, play an important role in the promotion and respect of human rights with regard to all individuals without distinction of any kind such as race, sex, language or religion, and this should be integrated in the education policies at the national as well as international levels.” sec 33. Vienna Declaration can be found on the website [http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/\(Symbol\)/A.CONF.157.23.En?OpenDocument](http://www.unhcr.ch/huridocda/huridoca.nsf/(Symbol)/A.CONF.157.23.En?OpenDocument).

¹⁷ For an example of a textbook for primary and secondary schools look at: B. A. Reardon, *Educating for Human Dignity. Learning About Rights and responsibilities*, Philadelphia 1995.

and the teaching of human rights should also be integrated into other areas of humane studies,¹⁸ practical training and professional activities.¹⁹ Without going into detail we may realize that this list presents the priorities of the so-called Western doctrine associated with a Eurocentric or American approach to human rights.

What do we really teach in the area of human rights? The Methodology Handbook of the Council of Europe identifies two main dimensions of human rights education: developing knowledge and skills. It states, “education in human rights is not a teaching subject. Rather, it is an understanding of matters and phenomena that surround us through learning about our own rights and recognizing the obligations that directly evolve from these rights.”²⁰ Teaching means “developing knowledge”, “creating a system of values” and yet teaching also “concentrates on skills such as personal skills (self understanding, self recognition) and social skills (interactive skills, skills in resolving conflicts and problems).”²¹

The first component of human rights education increases students’ knowledge about the various categories of human rights²² and networks of organizations protecting human rights. In addition, this component helps students develop a comparative evaluation of the concept of fairness, and examine national approaches to human rights.²³ Problem-centered and action-oriented programs are intended to develop skills necessary to train professionals charged with protecting rights and freedoms through established international channels. Theoretical programs in human rights education instruct students on what they are fighting for, while the active learning programs help students develop the strategies and mechanisms for human rights protection.²⁴ Both programs help the participants develop values and reinforce attitudes and behaviors upholding human rights.²⁵

¹⁸ For the plan to integrate human rights education in the primary and secondary school systems, see Plan of Action for 2005–2007 supra note at 1.

¹⁹ It means that “[t]he spread of human rights education across the globe can be analyzed from the perspectives of formal and non-formal education. The former is taken to mean education in the formal system of schools, colleges, universities and the equivalent, while the latter implies education ‘out of schools’, such as through non-formal courses given to specific groups beyond the school curriculum. V. Muntarbhorn, *Education for Human Rights*, [in:] *Human Rights: New Dimensions and Challenges*, ed. by J. Symonides, UNESCO 1998, p. 286.

²⁰ The Council of Europe, “Human Rights Album, Methodology Handbook, Information and Documentation Centre of the Council of Europe”, Bratislava 1996, p. 3; Handbook is available on the website http://erc.hrea.org/Library/hralbum_eng.html.

²¹ *Ibidem*, p. 4, see also The U.N. Plan of Action for 2005–2007 supra note at 1.

²² See, as an example of the textbook, T. Landman, *Studying Human Rights*, Routledge 2006.

²³ As an example of these types of textbooks, see L. Gearon, *The Human Rights Handbook. A Global Perspective for Education*, Virginia 2003; see also *Understanding of Human Rights. Manual on Human Rights Education*, ed. W. Bendek, Vienna–Berlin–Antwerp 2006.

²⁴ Human Rights Education, The People’s Movement for Human Rights Education.

²⁵ The U.N. Plan of Action for 2005–2007, supra note at 12–13.

Developing knowledge: Obstacles affecting understanding of human rights

The omnibus-like character of human rights teaching

Teaching substantive human rights courses, organizing workshops, internships, study abroad programs, lectures and offering "human rights minors" on interdisciplinary basis to all undergraduate students is an important component of general human rights education. This enables students to learn about the principles of human rights, and to familiarize themselves with historical efforts to protect human rights and the priorities of the human rights movements.²⁶

Instructors teaching about human rights have to overcome several noticeable obstacles however. Besides the commonly known resource constraints and institutional inadequacies²⁷ there are problems, inherent in the omni-dimensional concept of human rights, that may impede the immediate realization of the above-mentioned objectives. Participants of theoretical courses on human rights quickly become aware that teaching about rights may mean talking about almost everything. If human rights are to be understood as a global value, their protection has multiple implications and dimensions: political, social, economic, cultural, psychological, religious, and environmental. The list of interrelated problems is long and may be expanded incessantly. Statements such as "sustainable development", "promotion of democracy through teaching about human rights", "fostering knowledge of and skills to use local, national, regional and international human rights instruments and mechanisms", "culture of human rights" and the numerous other U.N. initiatives, amount to mission-like statements or commonplaces that teachers of human rights should be better educated²⁸, students should work harder, be more sensitive and aware of their rights, and governments should be more concerned about allocation of resources and implementation programs.²⁹

Some of the problems related to the omni-directional character of human rights teaching can be resolved through the development of concrete and practice-oriented programs related to human rights protection. In addition, the introduction of substantive human rights courses into the curricula of the departments of social science, health, anthropology, psychology, and medical schools may also be use-

²⁶ See Human Rights Education and Research Network, <http://depts.washington.edu/hrights>. For the typical content of the human rights course compare generally, *Model Human Rights Curriculum for Commonwealth Law Schools*, Commonwealth Legal Education Association, London 1999.

²⁷ See the Vienna Declaration, The World Conference on Human Rights of 1993, *supra* note, sec. 33.

²⁸ Numerous statements in the books related to human rights education do not deliver any substantive messages. The readers learn nothing from observations such as: "Since the adoption of the UN Charter of Human Rights (1948), there has been no shortage of recommendations that teachers should be better prepared to develop human rights perspectives and skills among their students." K. Sebaly, *Education About Human Rights: Teacher Preparation*, [in:] *Human Rights and Education*, ed. N. Bernstein Tarrow, New York 1987, at 207.

²⁹ Compare, The U.N. Plan Action for 2005–2007 *supra* note at 11–15.

ful.³⁰ Broadening the scope of “those whom we educate” and simultaneously offering more focused or specialized models of education may help to better organize the content of human rights teaching according to the needs of students.³¹ Continuous retraining of instructors, updating analyzed materials,³² narrowing of the scope of all presentations on human rights and the organization of every single lecture or class assignment around clearly selected leitmotifs may help instructors counter the tendency to emphasize the ‘omnibus-like’ character of human rights. Handling some of the other problems might be significantly more difficult.

Challenges to universal human rights

It is true that belief in human rights as a global value is quite universal. As Rob Young, British High Commissioner in the Human Rights Commission, stated: “Given the choice, people all over the world want them.”³³ The question remains: do people really want the same rights?³⁴

The universalistic doctrine of human rights has an inclination to reformulate the problem. It focuses on the questions whether all people have rights and whether they deserve protection of the values they claim just because they are human beings. The answer is obvious and undeniably affirmative. The response to the question whether people desire the same rights is much less clear, and the vagueness related to this issue creates a definite “grey area” which works against effective human rights education. The thematic problems warrant more elaborate comments.

Regardless of the universalistic priorities of international human rights organizations, the concerns of cultural relativism have to be addressed and, moreover, the arguments of those who emphasize the differences within the areas or regions representing similar or comparable ethnic, religious and cultural traditions must be communicated to students of human rights. Only an exhaustive discussion of the most sensitive aspects of current debates on human rights protection can guarantee that teaching will not turn into indoctrination.

³⁰ H. Gibbs, M. Seydegart, *Education on Human Rights and Democracy in Canada and the United States*; see background document of the UNESCO International Congress on Education for Human Rights and Democracy, Montreal, March 1993, p. 2 (quoted in J. Symonides, *Human Rights: New Dimensions and Challenges*, supra note at 287.

³¹ J. Torney-Purta, *Human Rights and Education Viewed in a Comparative Framework: Synthesis and Conclusions*, [in:] *Human Rights and Education*, supra note at 226.

³² For more comments, see V. Muntarbhorn, *Education for Human Rights* supra note at 290.

³³ Human Rights Teaching in Indian Universities, 24 January 2003, website, <http://www.hrhc.net/sah-rc/hrteaching.htm>.

³⁴ For more comments see V. Muntarbhorn, *Education for Human Rights*, [in:] *Human Rights: New Dimensions and Challenges*, ed. by J. Symonides, Aldershot 1998, at 283.

Teaching about cultural relativism

It is unquestionable that since the emergence of cultural relativism in the 1990s, this trend has become a major obstacle to the development of a universalistic vision of human rights. In extreme, the claim of cultural diversities has led to conclusions that the catalog of human values has never been and will never become truly universal. More moderate human rights experts emphasized that “universality is not uniformity.”³⁵ As Vitit Muntarbhorn wrote: “There is also a trend among certain countries to advocate that universal standards are subject to cultural variations. At times, this kind of argument verges on ‘ethnocentrism’ which leads to the dilution of universal standards and undermines the spirit of human rights.”³⁶

For the “universalistic” type of human rights education, cultural relativism has become a formidable challenge. On the one hand, it was clear that over-exposition of differences between East and West is counterproductive as far as dialog between these regions is concerned. On the other hand, the failure to recognize the differences, and simply claiming that the people of the world are “united in diversities”, waters down existing problems.

While the scope of this article does not allow for a detailed examination of the on-going debate between the relativists and the promoters of the universalistic approach, the unquestionable differences must be recognized. It should be acknowledged, for example, that Asian societies are less individualistic, more group oriented, and more focused on the rights of communities than Western Europeans.³⁷ Some regions of the world are not prepared to admit that the protection of democratic values is an over-reaching priority and some social groups do not agree that governments should sponsor education and enforce the duty to be instructed.³⁸

There are many more examples, and they all confirm that human rights education should not simply deny the existence of cultural relativism. To some extent, this trend is a response to the overwhelming message of universalism;³⁹ mature human rights education requires an understanding that diversities may be an engine of progress, and differences exist not only between the West and the East but within the Asian, European, American and other ethnic, national and religious groups as well.

³⁵ J. M. Woods, H. Lewis, *Human Rights and the Global Marketplace. Economic, Social, and Cultural Dimensions*, Ardsley NY 2005, at 143.

³⁶ V. Muntarbhorn, *Education for Human Rights*, supra note, p. 283–284.

³⁷ For more comments on “communitarian rights”, see *ibidem* at 284.

³⁸ J. M. Woods, H. Lewis, *Human Rights and Global Marketplace*, p. 121, 143–145.

³⁹ *Ibidem*, at 142.

Multicultural content of human rights education

Some human rights experts suggest that a multicultural trend in education, advocating a productive dialog between promoters of ‘individual’ and group-oriented ‘collective’ approaches to human rights, is a possible solution for the clash between cultural relativism and universalism.⁴⁰ “A true multicultural curriculum integrates cultural content throughout subjects and grade levels, placing new content where it is pedagogically and contextually appropriate.”⁴¹

Multiculturalism is especially important for the Latin American and post-Socialist societies where it is viewed as a step toward involving indigenous groups and racial minorities in everyday politics. It is often claimed that protection of group interests is fundamentally important for the reconciliation of different cultural approaches to human rights. Several remedies, such as regionalization of ethnic groups, power sharing, proportional representation of minority interests, and affirmative actions, have traditionally been tested in many regions of the world. All these strategies should be discussed with students interested in the protection of the rights in ethnically and culturally diversified societies.

A well-balanced human rights education should confront students with arguments from those who believe that the improvement of human rights cannot be achieved without the protection of group rights and those who present an individualistic, liberal philosophy, arguing that cultural autonomy of minorities separates, rather than unites, people and that the equality of rights may simultaneously satisfy groups’ aspirations.

“A multicultural curriculum appropriately conceived and presented does not attempt to force any conclusions on students. However, educators and pupils must be prepared for possible shifts in outlook as each of them is exposed to a much broader range of information and perspectives.”⁴² Multiculturalism may become an effective remedy for purely Anglocentric or, more generally speaking, Eurocentric curricula of human rights teaching⁴³; on the other hand, the institutionalization of ethnic versions of multiculturalism by the American or European universities is often challenged by more conservative human rights experts who claim that the multicultural type of human education undermines the most important goals of the universalism.⁴⁴

⁴⁰ For more comments on ethnic multiculturalism, see generally, D. Lee Van Cott, *Latin America: Constitutional Reform and Ethnic Right*, “Parliamentary Affairs” 2000, No. 53; also R. R. Ludwikowski, *Constitutionalization of Human rights in Post-Soviet States and Latin America: A Comparative Analysis*, “Georgia Journal of International & Comparative Law” 2004, Vol. 33, No. 1, at 108–109.

⁴¹ *The Next Millennium: A Multicultural Imperative for Education*, [in:] *Multicultural Education for the 21st Century*, ed. C. F. Diaz, Washington DC 1992, at 13.

⁴² *Ibidem*, p. 194.

⁴³ J. A. Banks, *Multicultural Education: Nature, Challenges, and Opportunities*, *ibidem*, at 26–27.

⁴⁴ *Ibidem*, at 29. For more comments on the obstacles to multicultural education see, C. F. Diaz, *Resistance to Multicultural Education: Concerns and responses*, *ibidem*, p. 193–202.



“United in diversities”: Universalism from American and European Perspectives

Historic differences between regions with significant connections and those with similar or comparable cultural, social and religious traditions are at the core of the discussion on the universality of human rights. These sensitive, and quite frequently belittled or omitted, problems became a major priority for human rights educators. Europe and America provide a powerful example of two regions connected by similar philosophical backgrounds and historically proven intellectual connections, which do not deny the existence of differences in hierarchization of rights and a significant variety of standards for their protection.⁴⁵ These diversities and differences may be counterproductive for the development of the universal system of human rights protection, and understanding this is an important goal for current educational programs related to human rights. Students of human rights, especially at the university level, have to understand that diversities do not rule out constructive dialogs.

Historical differences between two regions: The concept of naturalism and positivism in human rights

Historians studying the philosophical background of the first American and European systems for the protection of human rights have noted that, in spite of links and significant interflow of ideas, Americans and Europeans differed in approaches to human rights protection, and these differences could hamper the process of building a world-wide consensus with regard to human rights. Several arguments support this thesis.

If we study the early constitution-making developments in Europe and America, we observe that the European and American bills of rights of the eighteenth century, namely the French Declaration of the Rights of Man and Citizen, the American Declaration of Independence and the first ten American constitutional amendments, were comparable but did not duplicate each other. We can note, just to mention a few of the most striking differences, discrepancies in the approach to the protection of liberty. Americans were more inclined to emphasize liberty as a priority, while Europeans were traditionally more sensitive to social equality. The language of the American Bill of Rights emphasized individualism, while the European drafters of the first constitutions, namely, the 1793 French Constitution and the constitutions of the nineteenth century, relied more on Rousseau’s concept of “general will”, giving the constitutional acts in Europe a “collective flavor.”

The philosophical background of the first American and European constitutional documents was naturalistic, as they “recognized and protected” natural, ina-

⁴⁵ See generally, H. Hay, *Universal Human Rights and Cultural Diversity. A Review of Human Rights: New Perspective and New Realities* (2000), <http://www.du.edu/gsis/hrhw/volumes/2001/1-2/pollis-hey.pdf>.



lienable and sacred rights of man. In the nineteenth century, the Europeans, faster than the Americans, constitutionalized the positivistic doctrine of “granted” rather than “recognized” rights. While the positivism was not alien to the Americans, the longevity of the American federal constitution significantly fossilized naturalism, Jeffersonian language and to some extent substantive concepts of human rights.⁴⁶

Time contributed to the polarization of these differences between regions. The Europeans began, more strongly than the Americans, to emphasize that the rights should be protected not only because they are sacred and inherent in human nature, but because law guarantees them. The main concern of European philosophy toward the end of the eighteenth and the nineteenth century was protection from the arbitrariness of governments. Although the liberal political philosophers, such as Jeremy Bentham or John Stuart Mill, realized that individual freedoms may be suppressed by any power, they agreed that parliamentary supremacy and the representative system of government would provide the best possible protection for individual rights. The concept of supremacy of the legislative power contributed to the idea that the rights should be protected not as abstract components of human nature but as values protected within the boundaries of the laws.⁴⁷

Indivisibility and hierarchization of rights

The European inclination to emphasize interdependence of political, social, and economic rights has never been matched by American attitudes, which adhere to the original American concept of the protection of negative rights rather than positive rights.⁴⁸ As Louis Henkin wrote:

Economic-social rights generally are not constitutionally protected [in the United States]. The United States has set an example of commitment and growth in civil and political rights, and has followed Europe in respect of economic-social rights; although President Franklin Roosevelt proclaimed that the commitment of the United States to ‘freedom from want’ would be equal with other freedoms, economic-social rights have not achieved constitutional status in the United States.⁴⁹

⁴⁶ For more comments on constitutionalization of the positivistic philosophy of rights, see R. R. Ludwowski, *Limits of Universalism: Protection of Human Rights in Europe and America in Historical and Comparative perspective*, “Politeja” 2006, No. 2, at 19–23.

⁴⁷ See comments of R. Kirk, *Rights and Duties – Reflections on Our Conservative Constitution*, Dallas 1997, at p. 136.

⁴⁸ As V. Muntarhorn wrote: “However, one has noticed increasingly that some less than democratic countries favor fragmentation of human rights; they espouse economic, social, and cultural rights rather than civil and political rights. On the other hand, it must be noted that some developed countries tend to emphasize civil and political rights rather than economic, social and cultural rights, thus giving rise to a degree of ‘eurocentrism’ or ‘occidentalism’.” [in:] *Human Rights: New Dimensions and Challenges*, supra note, p. 284.

⁴⁹ Introduction to *Constitutionalism & Rights*, quoted in: L. Henkin, G. I. Newman, D. E. Prentlicher, D. W. Leebron, *Human Rights*, 1999, at p. 8–9.

Confronting the arguments of supporters and opponents of hierarchization of rights became a major challenge for human rights educators. Most of the European experts argued against the distinction between the rights of first and second rank, claiming that all rights are interdependent, indivisible,⁵⁰ and contain no qualitative difference among political, social, and economic benefits.⁵¹ Experts also asserted that rights do not lose their human character because they are non-justiciable.⁵² They claimed that three different approaches could be used to resolve the problem of justiciability of the second generation rights. Some of them suggested that fully justiciable social and economic rights should be clearly listed in constitutions;⁵³ others claimed that the scope of the judicial protection of these rights should be determined by legislatures; while others argued that governments, not judges, should pursue social and economic goals. These actions are more programmatic than normative in their character, which means that the voters rather than the courts evaluate them.⁵⁴

Several additional arguments have been also produced to oppose the justiciability of second generation rights. First, it was argued that the so-called second generation rights are, by nature, collective rather than individual, and courts are not the right institutions to determine compensation for violations of these rights.⁵⁵ Second, these rights require positive intervention from the state rather than negative protection.⁵⁶ Third, the level of protection of these rights can be measured by

⁵⁰ See A. Eide, *Economic and Social Rights*, [in:] *Human Rights: Concept and Standards*, ed. J. Symonides, at 109. For more cautious evaluation of the European concept of invisibility of the rights, compare: J. Kenner, *Economic and Social Rights in the Eu Legal Order: the Mirage of indivisibility*, [in:] *Economic and Social rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, ed. T. Harvey and J. Kenner, Oxford–Portland–Oregon 2003, at 1–25.

⁵¹ W. Sadurski, *Myślenie konstytucyjne: prawa drugiej kategorii* [Constitutional Thinking: The Second Rank Rights], “Kultura” [Culture] 1994, No. 3, at 230.

⁵² A. Eide, *Economic and Social Rights*, supra note at 112.

⁵³ Several examples illustrate this doctrine. Some constitutional provisions are fully enforceable. Ukr. Const. art. 43 (“[T]he use of forced labor is prohibited.”); *ibidem*, art. 44 (“[T]hose who are employed have the right to strike.”); Russ. Const. art. 43, § 4 (“[C]omplete general secondary education is compulsory.”). Other statements describe only the goals of the states. Georg. Const. art. 30 (“[T]he State is obliged to promote the development of free enterprise and competition.”); Bel. Const. art. 21 (“[S]afeguarding the rights and liberties of the citizens... is the supreme goal of the State.”).

⁵⁴ The approaches of the second and third doctrines are reflected in several constitutional provisions. For example, the Ukrainian Constitution confirms that “everyone who is employed has the right to rest,” but specifies that maximum working hours and minimum vacation days will be determined by law. Ukr. Const. art. 45. Similarly, another article states, “[T]he prohibition of a strike is possible only on the basis of the law.” Ukr. Const. art. 44. See also Azer. Const. art. 36 (“[I]ndividual and collective labor disputes are settled according to legislation.”). In all these cases, the limits of enforcement of constitutionally guaranteed rights are determined by implementing laws and the justiciability of these rights are determined by the courts. Some statements identify the commitments of the government. Azer. Const. art. 41 (“The State, acting on the basis of various forms of property, implements necessary measures to support the developments of all aspects of health services...”); *ibidem*, art. 32 (“Marriage, the family, motherhood, fatherhood, and childhood are under the protection of the State”). Although the governments might be politically responsible for the fulfillment of the goals affirmed by the constitutions, the state’s obligations are legally unenforceable.

⁵⁵ See S. Zifszak, *Adjudicating Social Rights: Lessons from the Hungarian Constitutional Experience*, “East European Human Rights Review” 1998, Vol. 4, No. 51, p. 56–58.

⁵⁶ *Ibidem*.

results rather than conduct and political organs, rather than the court, conduct the evaluation of the results.⁵⁷ Fourth, judges are not trained to evaluate the content of these rights, as this task would impose an unbearable burden on them.⁵⁸ Fifth, the decisions on a violation of the second or third rank rights would involve the courts being in conflict with other powers that might impact the relationship between the judicial, legislative and executive branches of government.⁵⁹ These arguments, historically quite appealing to the Americans, should not be disregarded.

Enforcement mechanisms

It is imperative for students of human rights to understand that, even with regard to fully justiciable rights, Americans and Europeans developed different models of human rights enforcement mechanisms. Following the Supreme Court's famous decision in *Marbury v. Madison*, Americans granted the right of judicial review of constitutionality of laws to all courts, while Europeans traditionally experimented with single, constitutionally established tribunals. In spite of the later developments of mixed models of constitutional review in Europe, the differences of concepts and protection of human rights did not vanish and are still, to some extent, typical of both regions.

These differences require a brief summery. The so-called American decentralized model was rooted in the concept of constitutional supremacy and the principle of *stare decisis*.⁶⁰ It vested regular courts with the power to nullify the law regarding disputes involving concrete parties. By binding the lower courts to the decisions of higher judicial institutions the system was to be protected against chaotic and diverse interpretations of law.

The classic European model, often called the Austrian model of judicial review, developed in the second decade of the twentieth century. The European model was not rooted in the concept of precedence; it vested the power of review in a supreme court or a special constitutional tribunal, which could check the constitutionality of abstract legislative acts submitted for review by the highest organs or officials of the state. The twentieth century European experiments with judicial review triggered the development of numerous mixed models; such as the French "preventive" model. The French model authorizes the *Conseil Constitutionnel* (Constitutional Council) to review laws submitted by the higher organs of the state after their adoption but before a formal promulgation.⁶¹ In Germany, the "mixed appro-

⁵⁷ *Ibidem*, at 54–55.

⁵⁸ *Ibidem*, at 55.

⁵⁹ *Ibidem*, at 55–56.

⁶⁰ The comments have been taken almost *verbatim* from the author's article *Limits of Universalism*, *supra* note at 40–44.

⁶¹ See Fr. Constitution (1958), Art. 61.

ach” allowed the Federal Constitutional Tribunal to review the constitutionality of abstract laws, constitutional problems submitted by the regular courts rising from concrete disputes, hear disputes over distribution of power between federal and state organs, disqualify unconstitutional political groupings and hear complaints from individuals for violations of their constitutional rights and freedoms.⁶²

The jurisdiction of the European Court of Justice also blends the functions of an organ of constitutional review, which can hear challenges against abstract acts of the institutions of the Community,⁶³ with competences of a regular court deciding concrete disputes between the Community and its employees or non-contractual claims for compensation for damages.⁶⁴ Following German and Italian traditions,⁶⁵ the ECJ’s action may also be triggered by preliminary referrals from the national courts requesting the European Court to interpret the constitutional Treaties or rule on the validity or interpretation of acts of the Community institutions.⁶⁶

To summarize, historically shaped similarities and differences between regions with significant cultural connections warrant more attention, and explanations of these contrasts should be a priority for human rights educators. If the dialog between Europe and America about models and standards of human rights protection is supposed to reconcile the traditional discrepancies, the position of both regions should be carefully analyzed by the participants of human rights educational programs.

Problems with “active learning” programs

Training professionals by NGO’s, intergovernmental organizations, governmental enforcement centers, and grass-root organizations have become a fundamental concern for human rights educational programs. Many of these projects were associated with the training of human rights lawyers and human rights educators by legal experts. For this reason, the clinical legal programs at the schools of law warrant special attention.

Clinical legal education refers to programs that combine classroom teaching with practical components where students, supported by experienced attorneys and faculty members, represent clients in real cases without any fees charged for services.⁶⁷ The benefits of clinical legal programs are twofold. First, through drafting

⁶² R. R. Ludwikowski, *Główne kierunki sądownictwa konstytucyjnego we współczesnym świecie. Studium porównawcze*, [Main Trends in the Constitutional review in the Contemporary World. Comparative Study], “Studia Prawno-Ekonomiczne” 1993, No. 48, p. 47–62. For a more extended analysis of the European constitutional review see generally, L. Garlicki, *Sądownictwo konstytucyjne w Europie Zachodniej* [Constitutional Review in Western Europe], Warszawa 1987; also A. M. Ludwikowska, *Sądownictwo konstytucyjne w Europie Środkowo-Wschodniej* [Constitutional Review in Eastern and Central Europe], Toruń 2002.

⁶³ EC Treaty Articles, p. 230–233.

⁶⁴ Art. 235–236 and 288/2, *ibidem*.

⁶⁵ See *Berrnan, Cases and Materials on European Law*, *supra* note 143, at 352.

⁶⁶ EC Treaty, Art. 234.

⁶⁷ “Every good clinical program should include both a casework component and a formal classroom

complaints, mock trials, trial presentations, cross-examining witnesses, direct contacts with clients, students are getting first-hand experience and are exposed, usually for the first time in their life, to litigation-related problems. Second, the clinics offer free of charge consultations and legal services to the people who cannot afford regular attorneys.

The development of clinical legal programs was stimulated by the growing popularity of a practice-oriented legal education, which was intended to supplement legal curricula focused on studying abstract legal doctrines.⁶⁸ In the United States, in the 1960s, the concepts of well-balanced theoretical and practical training of lawyers received strong incentives from charitable institutions. The initiatives of the Ford Foundation, which set aside at least twelve million dollars for development of legal clinics, warrants special notice.⁶⁹ Ford, with the support of other foundations, started promoting the idea that the clinics should become a part of the permanent curriculum of the American law schools.

As the next step, in the beginning of the nineteenth, the Ford Foundation started disbursing additional funds for the development of the clinical programs in new Central European democracies. The first clinics, which opened in Slovakia and Poland, spread the concept of “active learning” to the former satellite states of the Soviet Union and to the former Soviet republics.

The clinical programs were not always met with overwhelming enthusiasm. In civil law countries, practicing attorneys expressed their concerns that academic programs of “activist lawyering” not only compete with regular law firms, but services offered by the inexperienced students might be risky for clients. Some commentators claimed that an excessive politicization of clinical programs may jeopardize their commitment to equal justice, and the foundations lobbying for the recognition of the programs, as “a deductible charitable activity,” may affect the “public interest.” As Heather Mac Donald wrote:

No one can object to fighting discrimination and poverty. But the problem is that no one elected a Ford-funded “poverty lawyer” to create a new entitlement scheme. If that lawyer can find a judge who shares his passion for welfare, however, the two of them will put into law a significant new distribution of rights and resources that no voter or legislator ever approved.⁷⁰

The critical comments translate into the point that, with time, the law schools’ attempts to “take social problems [...] and turn them into legal ones” might be questionable.⁷¹

The programs, which were supposed to fight racial discrimination and poverty, are now taking responsibility of the hands of the poor.

component”, R. J. Wilson, *Clinical Legal Education for Human Rights Advocates*, [in:] *Human Rights Education for the Twenty-First Century*, ed. G. J. Andreopoulos and R. P. Claude, Philadelphia 1997, at 261.

⁶⁸ H. MacDonald, *This is the Legal Mainstream?*, “City Journal”, Winter 2006, available at http://www.city-journal.org/html/16_1_law_schools.html, p. 3.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 5.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 2–3.

⁷¹ *Ibidem*.

These critical comments, suggesting that lawyers pretend “they are chosen to save society,” provoke a variety of responses. Some commentators agree that there might be a difference between “a policy of human rights,” which sometimes means social engineering and manipulation of social values, and “a policy for human rights,” which means well-balanced projects promoting human rights.⁷² Some argue that the schools, rather than sponsoring the homeless and poor people, should focus equally on legal support for small businesses⁷³ that would promote ideas of “an opportunity state” rather than “a welfare state”. Still others emphasize that, although the students of human rights should be confronted with complexities of all relevant endeavors to promote the rights and freedoms, they may also become confused by the charges of hidden political and social agendas, which sometimes come dangerously close to slogans about “conspiracy of feminists and gender activists”, “imperial globalization”, or “cultural imperialism”.⁷⁴

Teaching methodology: The diversity of methods and new challenges for instructors

It is widely confirmed that “[t]he most effective training method for human rights education is a participatory one.”⁷⁵ Participation at the very basic level starts with listening to the lecturers. At more advanced stages it is “the art to listen to the partner. To listen means much more than just to hear. Listening also incorporates the capacity to feel what our partner wants to communicate to us” according to the Council of Europe’s Methodology Handbook.⁷⁶

As stated above, participatory education, at the university level, means simultaneously developing knowledge and skills. It is usually accomplished through the use of the Socratic method of teaching. Credited to Socrates, the method involves students participating in an ongoing dialog with the instructor, through the asking of questions and provoking the participants to check the correctness of their reactions and concerns.

The Socratic debate, enthusiastically used in the United States and increasingly popular in Europe, has opponents and critics who emphasize that the method, taken to extremes, may disappoint the students, contribute to numerous confusions and contradict the most fundamental goals of education. Without solid prepara-

⁷² As Upendra Baxi concluded, State theories that fail to draw such distinctions remain unhelpful for human rights education, [in:] “Human Rights Learning. People’s Report” (Report of the People’s Movement for Human Rights Learning PDHRE, <http://www.pdhre.org/report/introduction.pdf>, p. 41.

⁷³ H. MacDonald, *This is the Legal Mainstream?*, supra note, p. 10.

⁷⁴ “Human Rights Learning. People’s Report”, supra note, p. 48.

⁷⁵ P. Spector, *Training of Trainers*, supra note at 179.

⁷⁶ The Council of Europe Human Rights Album. Methodology Handbook, 1996, http://erc.hrea.org/Library/hralbum_eng.html; see also generally Human Rights Training. A Manual on Human Rights Training Methodology, 2000.



tion, involvement in the dialog, and the instructors' personal charisma, the endless questioning of the participants leaves problems unresolved and the students more frustrated than they were before the classes started.

The flexible approach of the instructors, fully aware that they always have to adjust their teaching methods to the needs and intellectual, professional and emotional preparation of the audience, may create a well-balance platform of communication with the students, effectively raise their human rights consciousness, and develop personal sensitivity to human rights related problems, and skills for defending rights. Most often it means a combination of traditional lecturing, case-studying, and Socratic questioning, but the real implementation of specific learning objectives is contingent on many factors such as availability of technology, teaching materials, financial resources,⁷⁷ support of governmental and non-governmental institutions, and many others factors. The "training of trainers" requires the consideration of all these interrelated issues.⁷⁸

Conclusions

Research confirms that the link between education and the promotion of human rights is undeniable. The question remains, however, what do we promote and how successful are our educational programs? The material analyzed in the article shows that one of the main challenges for educators is the need to explain how globalization affected the concept of rights.

First, we claim that human rights are a global value; on the other hand, the term "global values" is very broad, referring to nearly all values important to human beings. Globalization emphasizes the link between human rights and all other desirable commodities. This approach results in conveying to students commonplace statements, which give the impression that rather than focusing on the rights we are talking about the meaning of the word "human" itself. From an educational point of view this does not bring us any closer to valid conclusions.

Second, the tendency to discuss goals, rather than means of protection of human rights, is a chronic problem in many human rights educational programs. It is a byproduct of universalistic human rights movements. Building universal consensus, with regard to human rights, has become a motto of numerous international organizations headed by the United Nations and a primary goal identified in their guidelines for human rights education. Searching for shared features or attributes of human beings overshadows the discussion of the nuts and bolts of human rights education.

⁷⁷ M. J. Seydegart and E. T. Jackson, *Fund-Raising for Human Rights Education, Human Rights Education for the Twenty-First Century*, supra note at 582–599.

⁷⁸ For more elaborate comments see generally, P. Spector, *Training of trainers*, supra note, at 181–193; for the methodology of the education of human rights instructors, compare also, teachers, *Human rights and Diversity: Educating Citizens in Multicultural Societies*, ed. by A. Osler, Trentham 2005.



The objective of this article is not to prove that universalistic concepts of human rights should be rejected or challenged. Rather that universalization of human rights is a process, not an accomplished fact. We should not confuse “internationalization” of the human rights movements with “universalization” of human values.⁷⁹

Third, discussing with students the philosophical background of the universalistic approach to human rights, educators should emphasize the positions taken by cultural relativism or multiculturalism. It has to be noted that we still have a limited consensus on what we are struggling for, and the mere denial of this fact or covering it by the statement that the growing number of states recognizes the basic standards of human rights, does not serve the promotion of rights. Students should not confuse faith in a “universal respect for and observance of human rights and fundamental freedoms”⁸⁰ with universal implementation of the human rights programs.⁸¹

Fourth, building on several observations made above, differences in approaches to human rights do not exist only in culturally diverse regions. There are remarkable discrepancies between regions with significant cultural, ethical and religious links, such as Europe and America, regarding the scope of protection of rights of first, second and third generation, the recognition of their interdependencies and indivisibility, and the instruments of enforcement.

Fifth, programs of “active learning” can remedy an excessively theoretical approach to human rights, combined with a tendency to emphasize commonalities. These programs focus on developing skills, case-oriented classes, training legal experts, participation in human rights workshops, and mock trials. The tendency to discuss human rights exclusively as a part of all interrelated “human” problems may be counterbalanced by the introduction of human rights courses into the specialized programs of humane studies, such as sociology, philosophy, anthropology, economy, politics and many others.

⁷⁹ For more elaborate comments on this issue, see generally R. R. Ludwowski, *Limits of Universalism: Protection of Human Rights in Europe and America in Historical and Comparative Perspective*, “Politeja” 2006, No. 2, at 7–49.

⁸⁰ See Preambles of the Universal Declaration, the Covenant on Civil and Political Rights and the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. See also *Universal Human Rights: Moral Order in a Divided World*, eds. D. A. Reidy and M. N. S. Sellers, Lanham 2005, at 1. Claming that rights have universal validity, Reidy and Sellers recognize themselves significant diversities in approach to the rights. They wrote: “While the vast majority of governments, collective peoples, and individual persons recognize and affirm more or less the same universal human rights, they frequently differ as to the nature, structure, justification, and origins of these rights. These disagreements often have important implications.” *Ibidem*, at 2.

⁸¹ The noble goals of the universalistic doctrines cannot disregard that for example: “[t]he U.S. signed both Covenants but ratified only the ICCPR. The great number of the states signed the Covenants with reservations, understandings, and declarations, clearly indicating significant discrepancies in the interpretation of the basic provisions of the Covenants, such as, “the right to life”, “the imposition of capital punishment”, “cruel, inhuman or degrading treatment or punishment”, “the right to strike,” and “equal pay for equal work”. In fact, the trend toward internationalization of rights has never gone beyond a general and declaratory support for their commonality. The states reacted differently to the implementation of this idea and responded differently to the proposed catalogs of common values; in other words, the International Bill of Rights has never become truly universal.” R. R. Ludwowski, *Limits of Universalism*, supra note at 45–46.



Sixth, human rights educational programs can be greatly improved by the use of moderate Socratic methodologies, combining lecturing on selected issues and participatory activities stimulating students to resolve problems by asking questions and sharing their comments with the others. This approach may significantly increase the effectiveness of the programs promoting human rights. It creates a class environment allowing the teachers to discuss with the students even the most sensitive issues, a *conditio sine qua non* of mature education in human rights.





Magdalena Bainszyk

**KONSTITUCYJNO-PRAWNE ASPEKTY WOLNOŚCI RELIGIJNEJ
W NIEMCZECH W ŚWIETLE ORZECZNICTWA
NAJWYŻSZYCH SĄDÓW**

Orzeczenia sądów konstytucyjnych dotyczące wolności religijnej budzą zawsze spore kontrowersje. H. Heinig i M. Morlok zwracają uwagę, iż tego rodzaju orzeczenia mają szczególne znaczenie dla kulturowego samookreślenia się społeczeństwa. Autorzy wskazują przy tym, że w przypadku Niemiec doszło do widocznej zmiany stron sporu prowadzonego na tym tle. O ile w latach 60. i 70. XX w. spory dotyczące np. podatku kościelnego¹, szkół chrześcijańskich² czy modlitwy w szkole³ przebiegały pomiędzy chrześcijańską większością a niechrześcijańską mniejszością, o tyle obecnie kontrowersje w wielu wypadkach dotyczą problemów mniejszości religijnych, często wyznawców islamu (np. dopuszczalność uboju rytualnego⁴ czy dopuszczalności noszenia chust w miejscu pracy⁵). W tej ostatniej sprawie osoba wyznania islamskiego domagała się zatrudnienia na stanowisku nauczyciela w szkole państwowej, podkreślając jednocześnie, iż nie zamierza zrezyg-

¹ BVerfGE 19, 129 i nast. [skrót BVerfGE – *Bundesverfassungsgerichtsentscheidung* – oznacza orzeczenie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, a następujące numery pozwalają odnaleźć orzeczenie w oficjalnym zbiorze]. W omawianych niżej orzeczeniach, które dostępne są na stronach internetowych m.in. www.bundesverfassungsgericht.de, stosuje oznaczenie poprzez sygnaturę akt oraz numer tezy, podobnie w odniesieniu do wyroku Federalnego Trybunału Administracyjnego, dostępnego na stronie: www.bundesverwaltungsgericht.de.

² BVerfGE 41, 29.

³ BVerwGE 44, 196 [skrót BVerwGE – *Bundesverwaltungsgerichtsentscheidung* – oznacza orzeczenie Federalnego Trybunału Administracyjnego].

⁴ BVerfGE 104, 337.

⁵ H. Heinig, M. Morlok, *Von Schafen und Kopftüchern*, „Juristen Zeitung” 2003, nr 15/16, s. 777.



nować z noszenia chusty w miejscu pracy – tzw. *Kopftuchfall*⁶. Wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w tej sprawie był poprzedzony orzeczeniem zakazującym umieszczania w szkołach państwowych krzyży – tzw. *Kruzifixfall*⁷.

Oba orzeczenia dotyczą dopuszczalności symboli o charakterze religijnym lub światopoglądowym w przestrzeni publicznej – jednakże ich wynik jest inny. W przypadku krzyża Trybunał Konstytucyjny wykluczył możliwość umieszczania tego symbolu przez władze państwowe w szkołach, natomiast kilka lat później zakwestionował zakaz noszenia chusty przez urzędnika państwowego w szkole. Przedmiotem poniższych rozważań będą przede wszystkim przesłanki prawne obu wyżej wymienionych orzeczeń niemieckiego sądu konstytucyjnego, które w dużej mierze koncentrują się wokół wykładni art. 4 niemieckiej Ustawy Zasadniczej. W części pierwszej artykułu przedstawię krótko przepisy niemieckiej konstytucji dotyczące relacji religia–państwo (I). Następnie zostanie omówione orzeczenie w sprawie krzyży (II) oraz orzeczenia sądów niemieckich dotyczące chusty (III, IV i V). Problemy poruszone w obydwu orzeczeniach FTK nie są jedynie problemami niemieckiego prawa państwowego. Podobne spory miały miejsce również w Szwajcarii oraz przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka (VI). W punkcie VII podsumuję rozważania sądów na temat obecności symboli religijnych w przestrzeni publicznej.

Konstytucyjny model stosunków państwo–Kościół w Niemczech

Na wstępie należy podkreślić, iż obecnie obowiązująca niemiecka Ustawa Zasadnicza została przyjęta w 1949 r., a więc w okresie bezpośrednio następującym po tragicznych latach 1933–1945, do których preambuła nawiązuje już w pierwszych słowach zawierających *invocatio Dei*: „Świadomy swojej odpowiedzialności przed Bogiem i ludźmi, ożywiony wolą służenia pokojowi świata, jako równoprawny członek Europy, Naród Niemiecki nadał sobie mocą swojej władzy ustrojodawczej tę Ustawę Zasadniczą”⁸. Większość komentatorów podkreśla, iż odniesienie do Boga oznacza przede wszystkim negację wszelkich form ideologii totalitarnych i relatywistycznego pozytywizmu prawnego, a także wskazuje, iż władza państwowa podlega ograniczeniom i nie może być absolutyzowana. Odniesienie do Boga jest również interpretowane jako negacja ateizmu w roli religii państwowej⁹. Jednocześnie w wielu komentarzach do preambuły niemieckiej Ustawy Zasadniczej na próżno szukać twierdzeń, iż odniesienie od Boga wprowadza do konstytucji niemieckiej wartości religii chrześcijańskiej: „Nie jest to żadna ogólna reguła wykładni

⁶ Wyrok Drugiego Senatu Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 24 IX 2003, sygn. akt. 2 BvR 1436/02.

⁷ Postanowienie Pierwszego Senatu Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 16 V 1995, sygn. akt 1 BvR 1087/91.

⁸ Cytowane w artykule przepisy i orzeczenia zostały przetłumaczone przez autorkę.

⁹ P. M. Huber, [w:] *Grundgesetz. Kommentar*, red. M. Sachs, München 1999, s. 76; I. V. Münch, [w:] *Grundgesetz. Kommentar*, red. P. König, München 1992, s. 5.

prochrześcijańskiej¹⁰; „Nie chodzi [...] o osadzenie tekstu konstytucji w warstwie ponadpozytywnej, lecz o podkreślenie bytu ziemskiego, a wraz z tym skończoności i ułomności także demokratycznego porządku konstytucyjnego”¹¹; „[Preambuła] nie insynuuje mocą siły i aury konstytucyjnych proklamacji, że Konstytucja Boga «zna i uznaje»”¹². Wyżej zaprezentowane komentarze skupiają się na stronie negatywnej *invocatio Dei* jako negacji totalitaryzmu. Taka interpretacja Ustawy Zasadniczej, pomijająca aspekt pozytywny – wprowadzenie wartości chrześcijańskich w sferę porządku konstytucyjnego – została niestety również przyjęta przez Federalny Trybunał Konstytucyjny [dalej FTK] oraz Federalny Trybunał Administracyjny, co znajduje wyraz w omawianych poniżej orzeczeniach obu sądów. Jednakże takie ujęcie pomijające świat wartości religii chrześcijańskiej wydaje się niepełne. Wskazuje na to między innymi J. H. Weiler, który stwierdza, iż funkcją konstytucji jako takiej jest wyrażanie wyborów etycznych narodów i uznawanych przez nie wartości. Ma to miejsce przede wszystkim w preambułach do konstytucji¹³.

Art. 1 ust. 1 Ustawy Zasadniczej [dalej UZ] stanowi, iż „Godność ludzka jest nienaruszalna. Jej szacunek i ochrona należą do zobowiązań całej władzy państwowej”. Przepis ten, co prawda, nie odnosi się w warstwie bezpośredniej do kwestii religii, ale jest punktem odniesienia dla rozważań dotyczących źródła godności ludzkiej, a pośrednio źródła wszystkich praw podstawowych. Zarówno obecność Boga w preambule, jak i pytanie o źródło godności ludzkiej budzą w doktrynie niemieckiej wiele kontrowersji, jednakże wciąż dla wielu konstytucjonalistów zasada poszanowania godności ludzkiej ma swe źródło w religii chrześcijańskiej, a absolut ukazujący się w godności ludzkiej jest właśnie odbłyskiem sfery religijnej¹⁴.

W świetle przepisów konstytucyjnych Republika Federalna Niemiec jest państwem zsekularyzowanym, co według niemieckiej doktryny oznacza, iż państwo pozostaje neutralne w stosunku do religii, ale również pozostaje otwarte na religię. W tym sensie odróżnia się od państwa zlaicyzowanego, np. Francji, które zmierza do całkowitego wykluczenia religii z życia publicznego i ścisłego rozdziału państwa od Kościołów¹⁵. Treść zasady neutralności światopoglądowej Federalny Trybunał Konstytucyjny tłumaczy w orzeczeniu z 24 września 2003 r.:

Nakazana państwu neutralność religijno-światopoglądowa powinna być rozumiana nie jako postawa zdystansowana w rodzaju ścisłego rozdziału państwa i Kościoła, lecz postawa otwarta, wspierająca w równym stopniu wolność wyznania w odniesieniu do wszystkich religii. Art. 4 ust.

¹⁰ *Ibidem*, s. 5.

¹¹ *Grundgesetz. Kommentar*, red. H. Dreier, Tübingen 1996, s. 13.

¹² *Ibidem*, s. 15.

¹³ J. H. H. Weiler, *Chrześcijańska Europa*, Poznań 2003, s. 30.

¹⁴ J. Isensee, *Menschenwürde: die säkulare Gesellschaft auf der Suche nach dem Absoluten*, „Archiv des öffentlichen Rechts” 2006, B. 131, s. 208 i nast. Także według Federalnego Trybunału Administracyjnego u podstaw art. 1 leży chrześcijaństwo, jednakże jest to chrześcijaństwo rozumiane w dosyć specyficzny sposób, bo pozbawione elementów religijnych, BVerwG 2 C 45.05, ust. 37.

¹⁵ E.-W. Böckenförde, *Kirche und christliche Glaube in der Herausforderung der Zeit*, Münster 2004, s. 425.

1 i 2 UZ nakazuje w sensie pozytywnym zapewnienie przestrzeni dla aktywnego wyrażania swoich przekonań religijnych oraz zapewnienie podstawy dla realizacji autonomicznej osobowości na polu religijno-światopoglądowym (podobnie BVerfGE 41, 29 <49>; 93, 1 <16>) Państwo nie może jednak oddziaływać w interesie określonego kierunku politycznego, ideologicznego albo światopoglądowego ani pozwalać, by jego działania albo działania, które można by mu przypisać, w sposób wyraźny albo konkludentny były identyfikowane z jakimś określonym wyznaniem lub określonym światopoglądem i przez to zagrażały pokojowi religijnemu w społeczeństwie (podobnie vgl. BVerfGE 93, 1 <16 f.>). Zasada neutralności religijno-światopoglądowej nie pozwala także państwu na ocenę wyznania i nauki wspólnoty religijnej jako takiej (podobnie BVerfGE 33, 23 <29>)¹⁶.

Wielu autorów wskazuje w kontekście otwartości państwa na religię, na koncesję państwa na rzecz wspólnot religijnych, np. przyznanie statusu podmiotów prawa publicznego, pobór przez państwo podatku kościelnego¹⁷ czy zagwarantowanie w art. 7 ust. 3 UZ, iż lekcje religii będą traktowane jako zwykły przedmiot szkolny¹⁸. Model otwarcia się państwa na religię i wspierania jej przez państwo również w przestrzeni publicznej definiuje się jako model kooperacyjny przeciwstawiany wyżej wspomnianemu modelowi ścisłego rozdziału państwa i religii¹⁹.

Podstawowe znaczenie dla wolności religijnej posiada art. 4 UZ²⁰. Doktryna wyróżnia cztery elementy składające się na wolność religii i sumienia zawarte w art. 4 ust. 1 i 2 UZ, które mają aspekt pozytywny i negatywny²¹: wolność wyznania oraz prawo do nieposiadania żadnego wyznania, wolność wyznawania religii oraz wolność niewyznawania żadnej religii, wolność publicznego kultu oraz prawo do niebrania udziału w kulcie publicznym, wolność tworzenia związków wyznaniowych²². W tym sensie normy konstytucyjne nie gwarantują istnienia konkretnej religii w życiu społecznym – brak tutaj pojęcia religii państwowej, ale stanowią jedynie gwarancje dla istnienia religii jako takiej w przestrzeni publicznej²³.

Jednocześnie art. 4 UZ może spełniać przypisaną mu przez Ustawę Zasadniczą funkcję, jeśli będzie środkiem ochrony nie tylko dla tradycyjnie obecnych w danym państwie wyznań, ale również wyznań niemających w społeczeństwie niemieckim ugruntowanej pozycji, także o charakterze mniejszościowym. Wska-

¹⁶ BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 43.

¹⁷ Pobór podatków przez władzę państwową na rzecz kościołów datuje się od 1803 r., kiedy to Deputacja Rzeszy postanowiła o przekazaniu władcom prawa dysponowania dobrami Kościoła oprócz tego, co stanowi własność parafii. Władza świecka miała też w myśl tego postanowienia ustalać wysokość sum na utrzymanie kościołów, na szkolnictwo oraz na prowadzenie instytucji dobroczynnych (L. J. Rogier et al., *Historia Kościoła*, t. 4, Warszawa 1987, s. 225; J. Wąsicki, *Rzesza i państwa niemieckie 1789-1815*, Poznań 1982, s. 92).

¹⁸ U. Sacksofsky, *Die Kopftuch-Entscheidung – von der religiösen zur föderalen Vielfalt*, „Neue Juristische Wochenschrift” 2003, nr 46, s. 3298; J. Kokott, *Laizismus und Religionsfreiheit im öffentlichen Raum*, „Der Staat” 2005, H. 3, s. 348.

¹⁹ *Ibidem*, s. 346 i nast.

²⁰ Art. 4 ust. 1: „Wolność wiary, sumienia i wolność wyznawania religii i światopoglądu są nienaruszalne. 2: Gwarantuje się niezakłócone praktykowanie religii. 3: Nikt nie może zostać zmuszony do służby wojskowej z bronią”. Szczegóły reguluje ustawa związkowa.

²¹ J. H. H. Weiler stwierdza, że ujęcie pozytywne – wolność do religii – i negatywne – wolność od religii – jest wspólne dla wszystkich państw Unii Europejskiej (J. H. H. Weiler, *op. cit.*, s. 32 i nast).

²² E.-W. Böckenförde, *op. cit.*, S. 425 i nast.

²³ *Ibidem*, s. 426.

zuje się na fakt, że wolność religijna jest wolnością formalną, przysługującą, zgodnie z zasadą równej wolności, każdej jednostce ludzkiej w zakresie rozwijania jej życia religijnego. Ze względu na takie ujęcie należałoby w sposób w miarę obiektywny ustalić, co jest religią w rozumieniu art. 4 UZ – czy jest religią np. scjentologia. Wszelki obiektywizm mógłby jednak naruszyć prawa jednostki, która w obecnej dobie właściwie subiektywnie określa, jaka jest treść jej praw podstawowych. Oczywiście w duchu indywidualistycznej ideologii praw podstawowych takim kryterium oceny w doktrynie niemieckiej jest subiektywne przekonanie wierzącego²⁴.

Postanowienie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w sprawie krzyży w bawarskich szkołach powszechnych

Przedmiotem sporu był § 13 ust. 1 rozporządzenia szkolnego dla szkół powszechnych w Bawarii²⁵, który stanowi, iż szkoła wspiera osoby posiadające prawa rodzicielskie w wychowaniu religijnym dzieci. Przepis stanowi również, iż w każdej klasie jest zawieszany krzyż, ale nauczyciele i uczniowie są zobowiązani szanować uczucia osób o innych poglądach. Skargę wnieśli rodzice trójki dzieci uczęszczających do bawarskich szkół, którzy wychowywali je w oparciu o poglądy Rudolfa Steinera²⁶. Domagali się oni zdjęcia krzyży w pomieszczeniach szkolnych, w których przebywały ich dzieci, gdyż symbol ten, a w szczególności widok „umierającego nagiego mężczyzny”, nie jest zgodny z ich założeniami wychowawczymi i światopoglądowymi. Administracja szkolna w ramach negocjacji prowadzonych z rodzicami zdecydowała o zdjęciu krucyfiksu znad tablicy i umieszczeniu niewielkiego krzyża nad drzwiami klasy. Pomimo to rodzice nadal domagali się usunięcia krzyża z pomieszczeń szkolnych. Żądanie to zostało jednak odrzucone przez kolejne instancje bawarskiego sądownictwa administracyjnego, wobec czego skarżący zwrócili się ze skargą konstytucyjną do Federalnego Trybunału Konstytucyjnego²⁷.

Należy zauważyć, iż organizacja nauki szkolnej w Republice Federalnej Niemiec oparta jest na art. 7 UZ, który w ust. 1 zawiera stwierdzenie, iż całe szkolnictwo podlega nadzorowi państwa. Natomiast w świetle ustroju federalnego szkolnictwo, z wyjątkiem planowania kształcenia, należy do wyłącznej właściwości krajów związkowych²⁸, stąd też różnice pomiędzy szkołami w Badenii-Wirtembergii czy Bawarii a szkołami we wschodnich Niemczech. Ustawa Zasadnicza wprowadza dualistyczny podział na szkoły państwowe i prywatne. W ustawodawstwie dotyczącym szkolnictwa nie jest stosowany termin szkoła państwowa, natomiast

²⁴ H. Heinig, M. Morlok, *op. cit.*, s. 778; BVerfGE, BvR 63/68, ust. 100.

²⁵ Volksschulordnung (VSO) z 21 VI 1983 r., GVBl. S. 597.

²⁶ W Niemczech rozpowszechniony jest ruch promujący szkoły tzw. waldorfskie, prowadzone w oparciu o poglądy R. Steinera.

²⁷ BVerfGE, 1BvR 1087/9, ust. 11–22.

²⁸ A. Schmidt-Sammler, [w:] *Grundgesetz. Kommentar...*, s. 414.

jego synonimem jest termin szkoła publiczna, tj. szkoła prowadzona przez kraj związkowy, gminę lub inną osobę prawną prawa publicznego²⁹. Zdecydowana większość szkół w Niemczech to właśnie szkoły państwowe – szkoły publiczne. Obecności symboli religijnych w tych szkołach dotyczą również omawiane poniżej orzeczenia. Dlatego też orzeczenia te bazują na wyżej wspomnianej zasadzie neutralności światopoglądowej państwa, gdyż szkoły, o których mowa w orzeczeniach, to szkoły publiczne – państwowe.

FTK uznał przepis nakazujący umieszczanie krzyży w szkołach powszechnych za niezgodny z art. 4 ust. 1 UZ i w konsekwencji za nieważny. W uzasadnieniu wyroku FTK między innymi wyraził pogląd, że istnienie obowiązku szkolnego w kontekście umieszczenia krzyży w pomieszczeniach szkolnych prowadzi do sytuacji, w której uczniowie podczas zajęć konfrontowani są z tym symbolem oraz zmuszeni do uczenia się „pod krzyżem”, a wobec przymusu szkolnego nie mogą uniknąć takiej konfrontacji. Krzyż nie może być przy tym postrzegany jedynie jako wyraz kultury zachodnioeuropejskiej współkształtowanej przez chrześcijaństwo, gdyż jest to symbol religijny związany z określonym wyznaniem. Przyjęcie przez państwo tego typu treści religijnych, oddziaływaniu których byłaby poddana osoba trzecia w ramach swoich kontaktów z instytucjami państwowymi, narusza wolność religijną³⁰.

Należy tutaj zaznaczyć, iż Federalny Trybunał Konstytucyjny od momentu wydania orzeczenia w sprawie zgodności art. 15 Konstytucji Kraju Badenii-Wirtembergii z Ustawą Zasadniczą Republiki Federalnej Niemiec³¹ stara się odróżnić chrześcijaństwo, o charakterze kulturowym, etycznym i historycznym, od treści religijnych. FTK we wspomnianym wyżej postanowieniu stwierdził, że szkoła nie może pełnić funkcji misyjnej. Prócz zajęć z religii, obecność chrześcijaństwa na innych przedmiotach powinna ograniczyć się do uznania elementów kulturowych i oświatowych chrześcijaństwa, wytworzonych w kulturze zachodnioeuropejskiej, do których należy między innymi tolerancja wobec osób prezentujących inny światopogląd, natomiast nie powinno się prezentować określonych prawd wiary³². W podobny sposób Trybunał wypowiedział się w sprawie konstytucyjności art. 135, zd. 2 Konstytucji Bawarii³³, zgodnie z którym nauczanie i wychowanie w szkołach powszechnych odbywa się w oparciu o zasady religii chrześcijańskich³⁴. Kontrowersje dotyczące przepisów konstytucji krajowych miały związek z przeprowadzeniem reformy polegającej na odejściu od szkoły wyznaniowej jako reguły, na rzecz szkół dla różnych wyznań, opartych na wspólnych dla religii chrześcijańskich wartościach.

²⁹ *Ibidem*, s. 414.

³⁰ BVerfGE 1 BvR 1087/91, ust. 39.

³¹ BVerfGE 41, 29 – Postanowienie z 17 XII 1975 r., sygn. akt 1 BvR 63/68.

³² BVerfGE 1 BvR 63/68, ust. 104.

³³ Konstytucja Wolnego Państwa Bawarii z 2 XII 1946 r. w brzmieniu z 15 XII 1998 r. (GVBl, s. 991), ostatnio zmieniona przez ustawę z 10 XI 2003 r. (GVBl, s. 816 i 817).

³⁴ BVerfGE 41, 65 – Postanowienie z 17 XII 1975 r., sygn. Akt 1 BvR 428/69.

FTK stwierdził w swym postanowieniu, że wartości wspólne dla religii chrześcijańskich i wywiedzione z nich normy etyczne wywodzą się ze wspólnej przeszłości kręgu kultury zachodnioeuropejskiej. Przy czym te wspólne wartości nie muszą być konieczne utożsamiane z treściami o charakterze religijnym³⁵. Na tle powyżej prezentowanych tez, przyznanie przez Trybunał Konstytucyjny krzyżowi statusu symbolu religijnego wyrażającego określone prawdy wiary miało znaczenie dla stwierdzenia niekonstytucyjności tego symbolu.

Ponadto w wyroku dotyczącym krzyży w salach szkolnych Trybunał wskazał, iż co prawda umieszczenie krzyża w klasie nie jest jednoznaczne z przymusem identyfikacji z tym symbolem, jednakże krzyż ten wskazuje, że symbolizowane przez niego treści religijne powinny być zachowywane i mieć charakter wzoru. Takie oddziaływanie obejmuje osoby, które ze względu na swój wiek nie mają jeszcze ugruntowanych poglądów i uczą się dopiero umiejętności krytycznych, wobec czego są szczególnie podatne na wpływ³⁶.

Postanowienie w sprawie krzyży w szkołach bawarskich nie zostało przyjęte jednogłośnie przez Senat FTK; sędziowie Seidl, Söllner oraz Haas zgłosili zdanie odrębne do wyroku. Sędziowie zwrócili między innymi uwagę, że Ustawa Zasadnicza powierza sprawy szkolnictwa władzy zwierzchniej krajów związkowych. W związku z tym przy rozpatrywaniu skargi należałoby uwzględnić okoliczności występujące w Wolnym Państwie Bawarii, w szczególności Konstytucję Bawarii, która w art. 131 ust. 2 stanowi między innymi, że do najwyższych celów kształcenia należy cześć Boga, poszanowanie przekonań religijnych, godności człowieka, opanowanie, poczucie odpowiedzialności, świadomość odpowiedzialności za naturę i środowisko, a art. 135 przewiduje, iż publiczne szkoły powszechne są wspólne dla wszystkich dzieci podlegających obowiązkowi uczęszczania do szkół powszechnych. W szkołach tych dzieci są nauczane i wychowywane w oparciu o zasady religii chrześcijańskiej. Sędziowie zgłaszający zdanie odrębne zwrócili uwagę, iż chrześcijaństwo w tym ostatnim przepisie nie może być rozumiane jako wyznanie. Pojęcie to odnosi się do wspólnych wartości dla wyznania chrześcijańskiego oraz do norm etycznych wywiedzionych z chrześcijaństwa. Chodzi tutaj o normy, które stały się częścią zachodnioeuropejskiego kręgu kulturowego. W tym kontekście Konstytucja Bawarii nie ustanawia celów kształcenia w postaci przekazywania określonych prawd wiary³⁷. Również krzyż powieszony w klasie wyraża wyżej wspomniane wartości chrześcijańskiej kultury zachodnioeuropejskiej. Ustawodawca krajowy, wydając przepis dotyczący krzyży w pomieszczeniach szkolnych, oparł się również na fakcie, iż większość osób zamieszkujących na terenie kraju związkowego należy do kościołów chrześcijańskich. Ponadto mógł wyjść z założenia, opierając się na zgodzie większości społeczności na konstytucyjny zapis o wartościach wspólnych dla różnych wyznań w szkołach chrześcijańskich, iż nawet

³⁵ BVerfGE 1 BvR 428/69, ust. 89.

³⁶ BVerfGE 1 BvR 1087/91, ust. 46.

³⁷ BVerfGE 1 BvR 1087/91, ust. 60.

osoby nienależące do któregoś z kościołów, będą respektowały ten symbol. Obecność krzyża w przestrzeni publicznej w tym kraju związkowym ma długą tradycję, która napotkała sprzeciw tylko w czasach narodowego socjalizmu³⁸.

Sędziowie w zdaniu odrębnym wyrazili również pogląd, że obecność krzyża nie zmusza ucznia do jakiegoś konkretnego zachowania i nie oznacza prowadzenia działalności misyjnej przez szkołę. Krzyż nie zmienia charakteru chrześcijańskich szkół przeznaczonych dla różnych wyznań i nie wyklucza uwzględniania w ramach zajęć innych poglądów i wartości. W sporze nie chodzi również o stosunek większości do mniejszości, lecz o kolizję pozytywnej wolności religijnej z wolnością religijną negatywną. W tym kontekście wolność negatywna nie ma bezwzględnego pierwszeństwa przed wolnością pozytywną, a kolizja pomiędzy obiema wolnościami powinna zostać rozwiązana w duchu tolerancji³⁹.

Zgodnie ze znowelizowanym w wyniku orzeczenia FTK rozporządzeniem bawarskim⁴⁰, szkoła wspiera osoby posiadające prawa rodzicielskie w wychowywaniu religijnym dzieci; w szczególności umożliwia to modlitwa szkolna, msza szkolna oraz święta szkolne. Nauczyciele i uczniowie są zobowiązani do szanowania odczuć religijnych wszystkich osób. Przepis dotyczący krzyża nie został umieszczony w nowym rozporządzeniu.

Wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w sprawie *Kopftuch* – kamienie zamiast chleba?⁴¹

F. Ludin, która urodziła się w Kabulu, a od 1987 r. mieszka w Niemczech i jest obywatelką tego kraju od 1995 r., wniosła skargę konstytucyjną przeciwko decyzji Wyższego Urzędu Szkolnictwa, na podstawie której odmówiono jej zatrudnienia na stanowisku nauczyciela. Podstawą odmowy był brak osobistych predyspozycji do wykonywania tego zawodu, wyrażający się między innymi w braku gotowości do rezygnacji z noszenia chusty w czasie zajęć szkolnych. Decyzja Urzędu Szkolnictwa została utrzymana w mocy kolejnymi orzeczeniami sądów administracyjnych, w tym również przez Federalny Sąd Administracyjny⁴². W odpowiedzi na skargę Federalny Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż wyroki sądów, w tym wyrok Federalnego Trybunału Administracyjnego oraz decyzja Urzędu Szkolnictwa stanowią naruszenie praw podstawowych skarżącej z art. 33 ust. 2⁴³ w związku z art. 4 ust. 1

³⁸ BVerfGE 1 BvR 1087/91, ust. 75 i 76.

³⁹ BVerfGE 1 BvR 1087/91, ustęp 84.

⁴⁰ Volksschulordnung z 23 VII 1998 r., (GVBl, s. 516), ostatnio zmienione przez (GVBl 2005, s. 479).

⁴¹ Tytuł ustępu jest parafrazą tytułu jednego z niemieckich artykułów, F. Hu f en, *Das „Kopftuch-Urteil“ des BVerfG – Steine statt Brot oder mehr?*, „Neue Juristische Woche“ 2003, nr 43 (editorial).

⁴² BVerwG, 2 C 21.01(VGH Mannheim) z 4 VII 2002 r.

⁴³ Art. 33 ust. 2: „Każdy Niemiec zgodnie ze swoimi predyspozycjami, zdolnościami i osiągnięciami zawodowymi ma równy dostęp do każdego urzędu publicznego. Ust. 3: Korzystanie z praw cywilnych i praw publicznych, dopuszczenie do sprawowania urzędów publicznych, jak również prawa nabyte w służbie publicz-

i 2 UZ oraz z art. 33 ust. 3 Ustawy Zasadniczej⁴⁴. W uzasadnieniu wyroku Federalny Trybunał Konstytucyjny stwierdził, iż nakładanie na urzędnika państwowego obowiązku polegającego na rezygnacji z przestrzegania reguł religijnych dotyczących ubioru narusza jego prawa z art. 4 ust. 1 i 2 UZ oraz stawia go przed wyborem: albo pełni urząd publiczny albo rezygnuje z wykonywania zawodu nauczyciela po to, by móc przestrzegać nakazów religijnych⁴⁵. Zakwestionowanie predyspozycji pani Ludin do pełnienia urzędu nauczycielki w szkołach podstawowych i ponadpodstawowych ze względu na noszenie chusty i oparta na tej przesłance odmowa dostępu do urzędu publicznego byłyby zgodne z art. 4 ust. 1 i ust. 2 UZ, o ile prawo do wolności religijnej nauczycielki byłoby ograniczone koniecznością ochrony innych dóbr o randze konstytucyjnej, a odmowa dostępu do urzędu została oparta na podstawie ustawowej. Do dóbr chronionych przez konstytucję, kolidujących z wolnością religijną nauczycielki, można zaliczyć: odpowiedzialność państwa za wychowanie w szkołach zgodnie z zasadą neutralności światopoglądowej (art. 7 ust. 1 UZ), prawo rodziców do wychowania (art. 6 ust. 2 UZ) oraz negatywną wolność religijną uczniów (art. 4 ust. 1 UZ)⁴⁶. Trybunał Federalny stwierdził jednak, iż ewentualne konflikty pomiędzy wyżej wymienionymi dobrami powinny być rozwiązywane w oparciu o przepisy prawa krajowego, co nie wykluczałoby uwzględnienia przez ustawodawcę krajowego wyznania ludności zamieszkującej dany kraj, tradycji szkolnictwa w danym kraju oraz zakorzenienia określonej religii w życiu społecznym⁴⁷. Naruszenie Ustawy Zasadniczej polegało więc w pierwszym rzędzie na wydaniu decyzji administracyjnej oraz orzeczeń sądowych bez właściwej podstawy prawnej.

Trybunał poświęcił w orzeczeniu sporo miejsca badaniu znaczenia samej chusty. Przede wszystkim stwierdził, iż chusta, w przeciwieństwie do krzyża, nie jest symbolem religijnym.

Dopiero w związku z noszącą go osobą oraz z jej zachowaniem może mieć porównywalne [do symbolu religijnego, np. krzyża] oddziaływanie. Chusta noszona przez muzułmanki jest postrzegana jako znak różnorodnych wypowiedzi i wartości⁴⁸.

Stwierdził między innymi, że jej noszenie jest związane z istnieniem pewnych reguł o charakterze religijnym odnoszących się do ubioru, może być również wyrazem przywiązania do tradycji kraju pochodzenia. Trybunał nie wykluczył, iż chusta może być także postrzegana jako wyraz symbolu fundamentalizmu religijnego, nieakceptującego wartości społeczeństw zachodnioeuropejskich, w szcze-

nei nie są zależne od wyznania religijnego. Nikt nie może ponosić szkody ze względu na przynależność lub brak przynależności wyznaniowej albo na światopogląd”.

⁴⁴ BVerfG, 2 BvR 1436/02, pkt 1 tenoru wyroku.

⁴⁵ BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 36.

⁴⁶ BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 41.

⁴⁷ BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 47.

⁴⁸ BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 50.

gólności emancypacji kobiet. Trybunał zauważył jednak, że ani sądy niższych instancji, ani FTK w ramach rozprawy ustnej, nie ustaliły, że takie właśnie treści poprzez swoje zachowanie chce przekazywać skarżąca⁴⁹. W ramach ustnej rozprawy FTK wysłuchał biegłą – dr Karakasoglu – która po przeprowadzeniu wywiadu z 25 islamskimi studentkami pedagogiki stwierdziła, iż muzułmanki w Niemczech noszą chustę, aby zachować swoją tożsamość w sytuacji diaspory. Według uczestniczek wywiadu chusta pełni również funkcję ochronną przez to, iż jest znakiem ich seksualnej wstrzemięźliwości oraz sygnalizuje ich chęć integracji, ale na warunkach przez nie same określonych. Trybunał stwierdził, iż, co prawda, na podstawie wywiadów nie można sformułować żadnej reprezentatywnej opinii o muzułmankach żyjących w Niemczech, ale wobec wielości motywacji dla noszenia chusty nie można stwierdzić, iż jest ona znakiem braku równouprawnienia społecznego kobiet. Dla wielu muzułmank żyjących w Niemczech jest to zachowanie wybrane z własnej woli, by prowadzić samodzielne życie bez zrywania z kulturą kraju swego pochodzenia⁵⁰.

Trybunał podkreślił, iż przesłania wyrażanego poprzez chustę noszoną przez nauczyciela nie można utożsamiać z wypowiedzią państwa w sprawach religijnych. Potwierdził natomiast, iż oddziaływanie takiego zachowania na uczniów może być szczególnie intensywne, ponieważ są oni konfrontowani z określonym przesłaniem przez cały czas swojej obecności w szkole, bez żadnej możliwości uniknięcia takiej konfrontacji⁵¹. Trybunał stwierdził na podstawie opinii biegłych, iż oddziaływanie omawianego zachowania nauczyciela na uczniów nie zostało na razie potwierdzone⁵², a konflikty z uczniami bądź ich rodzicami na tym tle mają jedynie charakter potencjalny⁵³.

W dalszej części uzasadnienia Federalny Trybunał Konstytucyjny skupił się na braku ustawowej podstawy dla odmowy wykonywania zawodu nauczyciela przez skarżącą ze względu na jej odmowę rezygnacji z ubioru o charakterze religijnym⁵⁴. Ten właśnie brak ustawowej regulacji, która pozwalałaby na odmowę zatrudnienia ze względu na noszenie ubioru określonego przez nakazy religijne, stał się właściwą podstawą dla podważenia wyroków sądowych oraz decyzji administracyjnej wydanej w tej sprawie.

Wyżej omawiane orzeczenie zostało przyjęte stosunkiem głosów 5 do 3; trzech sędziów: Jentsch, Di Fabio i Mellinshoff, zgłosiło zdanie odrębne do wyroku. Sędziowie ci stwierdzili, iż większość Senatu, przyjmując, że określone obowiązki służbowe, które dotyczą kwestii wolności religijnej i wolności poglądów, muszą podlegać regulacji ustawowej, jednocześnie pominęła zasadniczy problem konstytu-

⁴⁹ BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 51.

⁵⁰ BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 52.

⁵¹ BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 54.

⁵² BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 56.

⁵³ BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 49.

⁵⁴ BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 57.

cyjny, a więc zagadnienia neutralności państwa w zakresie kształcenia i wychowania przez szkołę. Ponadto orzeczenie prowadzi do deformacji systemu podziału władz oraz zakresu stosowania praw podstawowych, jeśli chodzi o dostęp do urzędów publicznych⁵⁵. Konieczność ustawowej regulacji pewnych zachowań urzędników państwowych o charakterze religijnym została oparta na stwierdzeniu, iż zakaz takich zachowań narusza prawa podstawowe osób zajmujących urzędy państwowe. W związku z powyższym, w zdaniu odrębnym dużo miejsca zajęły refleksje dotyczące pozycji urzędnika państwowego w systemie organizacyjnym państwa. Sędziowie, którzy zgłosili zdanie odrębne do wyroku FTK byli zdania, iż ochrona praw podstawowych w odniesieniu do urzędników państwowych jest ograniczona funkcjonalnie. W przypadku dostępu do urzędów państwowych nie występuje sytuacja wyważania dóbr prawnych o takiej samej wartości (*keine offene Abwägungssituation*). Jeśli chodzi o realizację praw podstawowych w ramach stosunku szkolnego, w pierwszym rzędzie należy uwzględnić ochronę praw podstawowych uczniów i rodziców⁵⁶. Urzędnik państwowy, w wyniku swojego wolnego wyboru „staje po stronie państwa” i nie może powoływać się na ochronę swojej wolności przez prawa podstawowe w takim samym stopniu, jak to czyni osoba, która nie jest włączona w strukturę organizacyjną państwa. Nauczyciel pełni swoją funkcję nie w ramach wykonywania swojej wolnej woli, ale na zlecenie ogółu i na odpowiedzialność państwa. W tym kontekście nauczyciele nie korzystają z takiej samej ochrony praw podstawowych, z jakiej korzystają rodzice i uczniowie, gdyż nauczyciele biorą udział w wykonywaniu władzy publicznej⁵⁷. Prawa podstawowe mają na celu stworzenie pewnego rodzaju dystansu pomiędzy obywatelem a władzą publiczną, by ograniczyć władztwo państwowe. Ta naczelna rola praw podstawowych nie może być realizowana tam, gdzie dystans ten zostaje zniesiony poprzez włączenie do struktur państwowych⁵⁸. Zakaz noszenia chusty narusza wolność religijną, ale wolność urzędnika jest od początku ograniczona przez konstytucyjno-prawne ramy wykonywania urzędów publicznych. W przeciwnym razie realizacja woli narodu poprzez reprezentantów władzy wykonawczej byłaby niemożliwa wobec wolnościowych roszczeń reprezentantów państwa. Wykonując swoją funkcję, nauczyciel powinien chronić prawa podstawowe uczniów i nauczycieli, ponieważ nie tylko znajduje się „po stronie” państwa, ale państwo działa poprzez niego. Jeżeli urzędnik będzie postrzegany jako podmiot o nieograniczonych roszczeniach w stosunku do swojego zwierzchnika, to granica pomiędzy państwem a społeczeństwem, mająca na celu ochronę dzieci i uczniów, zostanie przekroczona⁵⁹. Sędziowie zwrócili uwagę, że zasada wyłączności ustawy (*Gesetzesvorbehalt*) w ramach ustawodawstwa dotyczącego szkolnictwa została rozszerzona w prze-

⁵⁵ BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 75.

⁵⁶ BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 76.

⁵⁷ BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 77.

⁵⁸ BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 83.

⁵⁹ BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 87.

szłości w celu ochrony praw rodziców i uczniów, a nie ochrony nauczycieli posiadających status urzędnika państwowego⁶⁰. Wobec powyższego, jeśli kraj związkowy dopuściłby noszenie chusty lub innego symbolu religijnego, które mogłyby prowadzić do konfliktów na tle religijnym lub światopoglądowym, wtedy można byłoby się powoływać na wyżej wspomnianą zasadę wyłączności regulacji ustawowej, gdyż doszłoby do naruszenia praw podstawowych uczniów i rodziców. Natomiast rozszerzenie zasady wyłączności regulacji ustawowej ze względu na roszczenia nauczycieli, jeśli chodzi o wykonywanie ich czynności służbowych, nie było jeszcze nigdy podnoszone⁶¹.

W zdaniu odrębnym zwrócono również uwagę, iż art. 33 ust. 2 UZ gwarantuje co prawda każdemu obywatelowi Niemiec dostęp do sprawowania urzędów publicznych, ale dostęp ten jest warunkowany predyspozycją, osiągnięciami zawodowymi oraz umiejętnościami kandydata. Do przesłanek tych należy również gwarancja neutralnego wykonywania służbowych czynności urzędnika państwowego, która związana jest z neutralnością światopoglądową samego państwa⁶². Bezkompromisowe dążenie skarżącej do noszenia chusty podczas zajęć szkolnych nie da się pogodzić z nakazem umiarkowania i neutralności światopoglądowej (*Mäßigungs- und Neutralitätsgebot*) urzędników państwowych⁶³. Sędziowie w zdaniu odrębnym zwracają przy tym uwagę, że nie chodzi tu o subiektywną interpretację danego symbolu przez skarżącą, ale o jego obiektywne oddziaływanie na uczniów i ich rodziców⁶⁴. Założenie przyjęte przez większość Senatu na korzyść skarżącej, iż nie można porównywać krzyża powieszonego nad drzwiami klasy szkolnej oraz chusty na głowie nauczycielki, nie odpowiada pozycji prawnej uczniów i ich rodziców, jeśli chodzi o ochronę ich praw podstawowych. Znaczenie ma tutaj wpływ tych symboli na uczniów. Jeśli w społeczności chrześcijańskiej nad drzwiami klasy wisi krzyż, trudno to zakwalifikować jako naruszenie negatywnej wolności religijnej uczniów lub prawa rodziców do wychowania⁶⁵. W przeciwieństwie do symbolu wiszącego na ścianie, osoba nauczyciela wywiera znaczący wpływ na uczniów. Jeśli nauczyciel nosi jakiś wyróżniający się ubiór, wywołuje to u dzieci określone wrażenia, pytania oraz również chęć naśladowania⁶⁶.

Ponadto sędziowie Jentsch, Di Fabio i Mellinshoff zwrócili uwagę, że symbol chusty uważany jest przez znaczącą liczbę wyznawców islamu jako znak podporządkowania się kobiecie. Pogląd ten stoi w sprzeczności z zasadą równoprawnienia kobiety i mężczyzny, wyrażoną w art. 3 ust. 2 UZ. Podobnie Federalny Trybunał Konstytucyjny pominął w swym orzeczeniu również znaczenie poli-

⁶⁰ BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 88.

⁶¹ BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 89.

⁶² BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 92.

⁶³ BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 102.

⁶⁴ BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 108.

⁶⁵ BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 113.

⁶⁶ BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 114.

tyczno-kulturowe przypisywane noszeniu chusty przez kobiety wyznające islam w społeczeństwach zachodnich⁶⁷. W zdaniu odrębnym zwrócono również uwagę, iż większość Senatu wypowiedziała się za koniecznością regulacji ustawowej, mimo iż parlament krajowy wypowiedział się przeciwko przyjęciu regulacji ustawowej w tym zakresie. Jednocześnie Federalny Trybunał Konstytucyjny nie określił, jak dalece dopuszczalne w tym przypadku jest ograniczanie praw podstawowych, co może prowadzić do tego, iż sprawa ponownie trafi do Trybunału⁶⁸.

Federalny Trybunał Administracyjny definiuje pojęcie chrześcijaństwa

Wyżej omówiony wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego nie zakończył sporu konstytucyjnego o miejsce symboli religijnych w szkole. Ciężar jego rozstrzygnięcia został przeniesiony na ustawodawcę krajowego⁶⁹. W odpowiedzi na wyrok Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, Badenia-Wirtembergia znówelizowała ustawą z 1 kwietnia 2004 r. krajową ustawę o szkolnictwie⁷⁰. Zmieniony został §38 określający dopuszczalność zachowania nauczyciela, które wyrażałoby jego przekonania polityczne, religijne lub światopoglądowe⁷¹. Na podstawie nowego stanu prawnego została rozpatrzona rewizja pani Ludin, wniesiona do Federalnego Trybunału Administracyjnego [dalej FTA] po wydaniu orzeczenia przez Federalny Trybunał Konstytucyjny. FTA w swym wyroku⁷² uznał rewizję pani Ludin za nieuzasadnioną, stwierdzając między innymi, że noszenie chusty narusza zakaz uzewnętrzniania przez nauczycieli swoich przekonań politycznych, religijnych

⁶⁷ BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 121.

⁶⁸ BVerfG, 2 BvR 1436/02, ust. 131.

⁶⁹ J. Ipsen, *Karlsruhe locuta, causa non finita. Das BVerfG im so genannten „Kopftuch-Streit“*, „Neue Verwaltungszeitschrift“ 2003, nr 10, s. 1211; K.-H. Kästner, *Anmerkung*, „Juristen Zeitung“ 2003, nr 23, s. 1178.

⁷⁰ Ustawa z 1 IX 2004 r. w sprawie zmiany ustawy o szkolnictwie (GBL s. 178); ustawa o szkolnictwie to Schulgesetz für Baden-Württemberg (SchG) w brzmieniu z 1 VIII 1983 r., (GBL s. 397; K.u.U., s. 584) z późn. zm.

⁷¹ „§38 (1) Ciało nauczycielskie w szkołach publicznych pozostaje w służbie kraju. (2) Ciało nauczycielskie w szkołach publicznych w rozumieniu §2 ust. 1 nie może uzewnętrzniać przekonań politycznych, religijnych czy światopoglądowych, które mogłyby zagrażać lub naruszać neutralność kraju w stosunku do uczniów i rodziców albo spokój polityczny, religijny lub światopoglądowy w szkole. W szczególności niedopuszczalne jest zachowanie, które może wywoływać wrażenie u uczniów bądź rodziców, iż ciało nauczycielskie występuje przeciwko godności człowieka, równouprawnieniu ludzi zgodnie z art. 3 Ustawy Zasadniczej, wolnościowym prawom podstawowym i ustrojowi wolnościowo-demokratycznemu. Realizacja funkcji wychowawczych na podstawie art. 12 ust. 1, art. 15 ust. 1 i art. 16 ust. 1 Konstytucji Kraju Badenii-Wirtembergii i przedstawianie w myśl tych artykułów chrześcijańskich i zachodnich wartości kulturalnych i oświatowych nie stoi w sprzeczności z nakazem zachowania, zawartym w zd. 1. Nakaz neutralności religijnej zawarty w zd. 1 nie obowiązuje na zajęciach religii zgodnie z art. 18 zd. 1 Konstytucji Kraju Badenii-Wirtembergii. (3) Powołanie kandydata zgodnie z §9 krajowej ustawy o urzędnikach państwowych do pracy w szkołach publicznych w rozumieniu §2 ust. 1 jest zależne od spełnienia przez niego indywidualnego warunku w postaci gwarancji zachowania ust. 2 w trakcie całej przewidywalnej służby. Zd. 1 jest stosowane odpowiednio do nauczycieli przeniesionych do służby szkolnej w Badenii-Wirtembergii”. Przykłady rozwiązań ustawowych w innych krajach zostały omówione m.in. przez U. Battis, P. Bultmann, *Was folg für die Gesetzgeber aus dem Kopftuchurteil des BVerfG*, „Juristen Zeitung“ 2004, nr 12, s. 581.

⁷² Wyrok Federalnego Trybunału Administracyjnego z 24 VI 2004 r., BVerwG 2 C 45.05.

czy światopoglądowych ustanowiony w § 38 ust. 2, zd. 1 ustawy o szkolnictwie⁷³, a generalna i bezkompromisowa odmowa respektowania tego zakazu jest brakiem predyspozycji w rozumieniu § 38 ust. 3 ustawy szkolnej, który wyklucza powołanie do stanu urzędniczego⁷⁴. Trybunał w Lipsku stwierdził, że noszenie islamskiej chusty jest uzewnętrznianiem przekonań religijnych oraz że należy wziąć pod uwagę wszelkie możliwe interpretacje tego zachowania przez osoby trzecie. Bez znaczenia jest przy tym intencja osoby noszącej chustę, brana pod uwagę powinna być natomiast opinia znaczącej ilościowo grupy uczniów oraz rodziców⁷⁵. Sędziowie Trybunału Administracyjnego stwierdzili również, że omawiany przepis ma na celu przeciwdziałanie wszelkim, także abstrakcyjnym zagrożeniom neutralności światopoglądowej szkoły i porządku szkolnego (*abstrakter Gefährdungstatbestand*), dlatego nie jest konieczne stwierdzenie konkretnego zagrożenia dla tych dóbr, powstałego w wyniku zachowania danego nauczyciela bądź kandydata na nauczyciela⁷⁶. § 38 został uznany w tym postępowaniu za zgodny z Ustawą Zasadniczą, jednakże sędziowie zastrzegli, że przy jego stosowaniu musi być uwzględniony bezwzględny nakaz równego traktowania różnych wyznań. W tym kontekście niedopuszczalne jest jakiegokolwiek uprzywilejowanie religii chrześcijańskich, co potwierdza również przepis § 38 ust. 2, zd. 3 ustawy szkolnej dotyczący przekazywania chrześcijańskich i zachodnioeuropejskich wartości i tradycji kulturowych oraz oświatowych. Odniesienie do chrześcijaństwa powinno być tutaj interpretowane zgodnie z orzeczeniem Federalnego Trybunału Konstytucyjnego z 17 grudnia 1975 r.⁷⁷ W tym miejscu sędziowie Trybunału Administracyjnego przedstawili stosunkowo obszerny wywód dotyczący rozumienia chrześcijaństwa w niemieckim prawie państwowym.

[To pojęcie], pomijając jego pochodzenie z obszaru religijnego, określa świat wartości, uwolnionych od prawd wiary, a wywodzących się z tradycji kultury chrześcijańsko-zachodnioeuropejskiej, który leży również u podstaw Ustawy Zasadniczej i obowiązuje w sposób niezależny od swoich religijnych korzeni. Należy tutaj zaliczyć idee niezbywalnej i nienaruszalnej godności ludzkiej (art. 1 UZ), swobody działania (art. 2 UZ), równości wszystkich ludzi i płci (art. 3 UZ), wolności religijnej łącznie z negatywną wolnością religijną (art. 4 UZ). Ponadto pojęcie to zawiera również wartości humanistyczne, takie jak gotowość do pomocy, troska i poszanowanie bliźniego, a także solidarność ze słabszymi. Zadanie przekazywania chrześcijańskich wartości oświatowych i kulturowych w żaden sposób nie zobowiązuje ani nie uprawnia szkoły do przekazywania określonych prawd wiary, ale dotyczy wartości, które mogą być bezwarunkowo zaakceptowane przez każdego urzędnika opierającego się na Ustawie Zasadniczej, niezależnie od jego przekonań religijnych⁷⁸. To samo odnosi się do art. 12 ust. 1, art. 15 ust. 1 i art. 16 ust. 1 Konstytucji Badenii-Wirtembergii⁷⁹.

⁷³ BVerwG 2 C 45.05, ust. 21.

⁷⁴ BVerwG 2 C 45.05, ust. 27.

⁷⁵ BVerwG 2 C 45.05, ust. 22 i 23.

⁷⁶ BVerwG 2 C 45.05, ust. 25.

⁷⁷ BVerwG 2 C 45.05, ust. 36 i 37.

⁷⁸ BVerwG 2 C 45.05, ust. 37.

⁷⁹ BVerwG 2 C 45.05, ust. 38.

Wyżej omawiany wyrok nie zakończył jednak sporu o obecność symboli religijnych w szkołach. Rygorystycznie rozumiana zasada równouprawnienia wszystkich wyznań stała się podstawą do dopuszczenia obecności chusty na zajęciach szkolnych przez sąd administracyjny I instancji w Stuttgarcie⁸⁰.

*Karlsruhe locuta, causa non finita*⁸¹

Jak słusznie przewidziała mniejszość Senatu Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w zdaniu odrębnym, konsekwencją braku jednoznacznej wypowiedzi FTK o zakresie dopuszczalnej obecności symboli religijnych w szkole są dalsze procesy toczące przed sądami w tej sprawie.

Poleceniem z 8 grudnia 2004 r. Wyższy Urząd Szkolny nakazał skarżącą na podstawie § 38 ust. 1 i 2 krajowej ustawy szkolnej, znowelizowanej w wyniku wyżej omówionego wyroku Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, pełnienie obowiązków służbowych w szkole bez nakrycia głowy. Zdaniem Urzędu, noszenie nakrycia głowy związane jest z przesłaniem religijnym, które może naruszać neutralność kraju w stosunku do uczniów i rodziców, a także może zagrażać lub naruszać pokój polityczny, religijny i światopoglądowy w szkole (*Schulfrieden*). To polecenie służbowe zostało zaskarżone przez nauczycielkę do sądu administracyjnego w Stuttgarcie.

Sąd administracyjny uznał skargę nauczycielki, argumentując, iż co prawda noszenie przez skarżącą nakrycia głowy w czasie zajęć szkolnych narusza zakaz wyrażania przekonań religijnych, ale jednocześnie w świetle dopuszczania noszenia przez siostry zakonne habitów w szkołach, zakaz ten narusza prawo skarżącej do równego traktowania w zakresie wyznania, które wynika z art. 3 ust. 1 i 3 UZ oraz art. 14 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Wolności. Zdaniem sądu habit jest jednoznacznie ubiorem o charakterze religijnym, a § 38 ust. 2, zd. 3 krajowej ustawy szkolnej nie dopuszcza uprzywilejowania wyznań chrześcijańskich.

Należy tutaj dodać, że zakonnice w habitach pojawiają się w szkołach Badenii-Wirtembergii prawie wyłącznie na lekcjach religii, natomiast wyjątkowo uczą przedmiotów ogólnych. W tym kontekście nie można się oprzeć wrażeniu, że nakaz bezwzględnie równego traktowania różnych wyznań prowadzi w konsekwencji do usunięcia duchownych ze szkół. W XXI w. islam stał się elementem kształującym rzeczywistość społeczno-prawną tego kraju związkowego w takim samym stopniu, jak pozostałości jednego z najstarszych opactw benedyktyńskich w Lorch, świadczące o ponadtysiącletniej obecności chrześcijaństwa na ziemiach niemieckich. Kto twierdzi inaczej, jest niepoprawny politycznie i narusza zasadę równości.

⁸⁰ Wyrok wydany przez sąd administracyjny (Verwaltungsgericht) Kraju Badenii-Wirtembergii w Stuttgarcie 7 VII 2006, sygn. akt. 18 K 3562/05.

⁸¹ Tytuł pochodzi z artykułu J. Ipsena, *op. cit.*, s. 1210.

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Dahlab przeciwko Szwajcarii⁸²

W kontekście prezentowanych wyżej orzeczeń należy wskazać na orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka wydane w sprawie analogicznej do sprawy F. Ludin rozpatrywanej przez niemiecki Federalny Trybunał Konstytucyjny. Pani Dahlab od 1990 r. była nauczycielką w Genewie. W marcu 1991 r. przeszła z katolicyzmu na islam, a następnie wyszła za mąż za obywatela Algierii. W czasie prowadzenia zajęć szkolnych Dahlab nosiła chustę. Dyrektorka generalna szkół podstawowych kantonu Genewa w 1996 r. zakazała nauczycielce noszenia chusty. U podstaw zakazu leżały przepisy ustawy o szkolnictwie publicznym⁸³. W piśmie dyrektorka wyraziła opinię, iż noszenie chusty przez nauczycielkę jest jawnym znakiem identyfikacji z określonym systemem światopoglądowo-religijnym, który zostaje narzucony przez nauczycielkę swoim uczniom, co powoduje, iż zachowanie to jest niezgodne ze zlaicyzowanym systemem oświaty publicznej. Decyzja ta została utrzymana w mocy w kolejnych instancjach, w tym przez szwajcarski Sąd Federalny (*Bundesgericht*)⁸⁴. W orzeczeniu Sądu Federalnego chusta została uznana za symbol religijny, zakaz jej noszenia oparto o zasadę neutralności oraz o obowiązek zachowania pokoju religijnego w szkołach. Sąd Federalny zwrócił uwagę, iż nauczycielka publicznej szkoły podstawowej dobrowolnie przyjęła na siebie obowiązki wynikające z zasady neutralności światopoglądowej. Ponadto jako urzędniczka reprezentuje ona państwo. W zakresie stosunku służbowego istniejącego między urzędnikiem a państwem organy władzy państwowej posiadają szerszy zakres uznania, jeśli chodzi o możliwość ograniczania praw i wolności osoby posiadającej taki status. Sąd zwrócił uwagę, iż uczniowie, szczególnie jeśli chodzi o małe dzieci w obowiązkowych szkołach podstawowych, bardzo często identyfikują się z osobą nauczyciela, którego spotykają niemal codziennie i któremu są podporządkowani.

Sąd Federalny w orzeczeniu w sprawie Dahlab powoływał się na swój wyrok z 1990 r., w którym uznał, iż umieszczanie krzyży w pomieszczeniach szkolnych, w których odbywają się zajęcia szkoły podstawowej, jest niezgodne z obowiązkiem neutralności światopoglądowej⁸⁵. W tym kontekście szwajcarskie orzecznictwo sądu wydaje się z jednej strony konsekwentne, jeśli chodzi o usuwanie symboli religijnych ze szkół, z drugiej strony Sąd Federalny nie ucieka od problemu definiowania chusty i traktuje ją również jako symbol religijny, w świetle zasady neutralności światopoglądowej szkoły również zakazany. Nie dochodzi jednak tutaj

⁸² Orzeczenia ETPCz z 15 II 2001 o dopuszczalności skargi nr 42 393/98, „Neue Juristische Woche” 2001, z. 39, s. 2871.

⁸³ Ustawa z 6 I 1940 r., loi sur l’instruction publique – LIP.

⁸⁴ Wyrok z 12 XI 1997 r., sygn. akt 2 P. 419/1996, BGE, Teil 1, 1997, s. 296.

⁸⁵ Bundesgericht, orzeczenie z 29 IX 1990 r., sygn. akt ATF 116 I a 252, www.unifr.ch/religionsrecht/rechtsprechung.

do jaskrawej dyskryminacji chrześcijaństwa, jak w orzecznictwie niemieckim. Poglądy Sądu Federalnego spotkały się również z akceptacją ze strony Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, do którego w 1998 r. zwróciła się ze skargą pani Dahlab, podnosząc naruszenie przez Szwajcarię art. 9 i art. 14 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził, iż środek zastosowany przez władze szwajcarskie jest dopuszczalny w świetle art. 9 ust. 2 Konwencji, według którego wolność uzewnętrzniania wyznania lub przekonań może podlegać jedynie takim ograniczeniom, które są przewidziane przez ustawę i konieczne w społeczeństwie demokratycznym z uwagi na interesy bezpieczeństwa publicznego, ochronę porządku publicznego, zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób. Biorąc pod uwagę uzasadnienie wyroku Sądu Federalnego i brzmienie decyzji szwajcarskich organów administracyjnych, Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził, iż ograniczenie wolności wyznania skarżącej jest dopuszczalne ze względu na prawa i wolności innych, porządek i bezpieczeństwo publiczne. Przy ocenie, czy dany środek jest „konieczny w społeczeństwie demokratycznym”, Trybunał wskazał, iż Sąd Federalny, wydając swoje orzeczenie, rozważył ograniczenie wolności wyznania nauczycielki w kontekście możliwego naruszenia uczuć religijnych uczniów oraz rodziców, a także naruszenie zasady neutralności religijnej szkoły. Ponadto Sąd wziął pod uwagę szczególnie charakter zawodu nauczyciela szkoły publicznej, który reprezentuje państwo. Trybunał wskazał również, iż dzieci w wieku od czterech do ośmiu lat, z którymi pracuje nauczycielka, są bardzo podatne na wpływ, wobec czego nie można wykluczyć oddziaływania chusty na dzieci. Wobec powyższego władze szwajcarskie nie przekroczyły zakresu uznania przyznanego przez art. 9 ust. 2 Konwencji, a środki przez nie podjęte nie mogą zostać uznane za nieproporcjonalne. W związku z powyższym skarga została uznana za nieuzasadnioną w rozumieniu art. 35 ust. 3 Konwencji i zgodnie z art. 35 ust. 5 Konwencji została odrzucona. Skarżąca zarzuciła również władzom szwajcarskim naruszenie zakazu dyskryminacji zawartego w art. 14 Konwencji, ze względu na to, iż zakaz noszenia chusty odnosi się wyłącznie do kobiet. Trybunał uznał jednak, że środek zastosowany przez Szwajcarię nie odnosił się do przynależności skarżącej do płci żeńskiej, ale miał na celu poszanowanie zasady neutralności nauczania w szkołach podstawowych i mógłby być również zastosowany w stosunku do mężczyzny, który nosi ubiór wymagany przez określoną religię. Skarga i w tym zakresie została przez Trybunał Praw Człowieka odrzucona.

Podsumowanie

Podsumowując orzeczenia Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, wątpliwość budzi przede wszystkim brak konsekwencji w wypowiedziach sądu na temat obecności symboli religijnych w przestrzeni publicznej. Jego podłożem jest fakt, iż

Trybunał nie określił jednoznacznie charakteru chusty⁸⁶. O ile w orzeczeniu dotyczącym obecności krzyża w szkole zostały zawarte dosyć obszerne wywody o jego religijnym przesłaniu, to w kontekście chusty FTK stwierdził jedynie, że reguła nakazująca noszenie chusty ma źródło w religii islamskiej i objęta jest zakresem ochrony art. 4 ust. 1 i 2 UZ. Chusta, w przeciwieństwie do krzyża, nie została natomiast uznana za symbol religijny, chociaż takie stanowisko prezentuje Europejski Trybunał Praw Człowieka⁸⁷ czy szwajcarski Sąd Najwyższy. Oczywiście, gdyby takie stwierdzenie padło również w orzeczeniu FTK, noszenie chusty musiałoby zostać zakazane, jako logiczna konsekwencja wywodów FTK w orzeczeniach dotyczących szkół o charakterze chrześcijańskim i postanowienia zakazującego umieszczenia krzyży w pomieszczeniach szkolnych.

Trudno również zaakceptować twierdzenie niemieckiego Trybunału Konstytucyjnego, że zachowanie nauczyciela, w tym jego ubiór, który może wyrażać pewne treści o charakterze religijnym bądź światopoglądowym, nie może być identyfikowane z treściami reprezentowanymi przez państwo. Nauczyciel, który w Federalnej Republice Niemiec ma status urzędnika państwowego, nie wykonuje przecież swojej funkcji prywatnie, ale występuje w tej roli na zlecenie i w imieniu państwa. Kwestia ta zresztą została obszernie omówiona w zdaniu odrębnym sędziów konstytucyjnych.

Trybunał stwierdził ponadto, iż chusta noszona przez muzułmanki może być identyfikowana z różnymi wypowiedziami i wartościami. Oprócz charakteru religijnego, noszenie chusty może być postrzegane jako polityczny symbol islamskiego fundamentalizmu, dystansowania się od wartości społeczeństw zachodnich, a w szczególności emancypacji kobiet. Choć FTK oraz sądy niższych instancji nie ustaliły, z jakim dokładnie przesłaniem skarżąca wiąże noszenie chusty, niemiecki sąd konstytucyjny stwierdził, iż skarżąca nie ma zamiaru manifestowania takich treści. Fakt, że FTK nie zajął się bardziej szczegółowo znaczeniem polityczno-swiatopoglądowym chusty, trudno wytłumaczyć, zwłaszcza że w przeszłości zakazywał nauczycielom manifestowania swoich poglądów, np. noszenia plaketek z napisem: „Stop dla energii atomowej”. To, że skarżąca twierdzi, iż chusta nie ma dla niej znaczenia symbolu politycznego, nie zmienia faktu, że jej postawa może zostać odczytana w kategoriach politycznych przez społeczność szkolną.

Z noszeniem chusty związany jest również problem zgodności z art. 3 ust. 2, zd. 1 Ustawy Zasadniczej, który ustanawia zasadę równouprawnienia kobiet

⁸⁶ Podobnie M. Betrams krytycznie wyraża się o braku refleksji sądownictwa niemieckiego nad znaczeniem chusty w religii islamskiej (M. Betrams, *Lehrerin mit Kopftuch? Islamismus und Menschenbild des Grundgesetzes*, „Deutsches Verwaltungsblatt” 2003, H. 19, s. 1225 i nast.).

⁸⁷ ETPCz wypowiedział się w ten sposób o chuście nie tylko w omawianej wyżej sprawie Dahlab, ale również w sprawie Leyla Sahin vs Turcja, 44774/98. Obywatelka Turcji zwróciła się ze skargą przeciwko zakazowi noszenia chust oraz bród na Uniwersytecie w Istambule, podnosząc m.in. naruszenia art. 9 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Trybunał w swoim orzeczeniu nie stwierdził naruszenia wolności religijnej poprzez wydanie wyżej wymienionego zakazu, a samo noszenie chusty zostało uznane za symbol religijny, który w ostatnich latach nabrał dodatkowo silnego znaczenia politycznego ze względu na wykorzystywanie tego symbolu przez ruchy ekstremistyczne dążące do oparcia porządku społecznego w Turcji wyłącznie na religii islamskiej.

i mężczyzn. Federalny Trybunał Konstytucyjny pominął prawie zupełnie tę kwestię. Badania przeprowadzone przez biegłą stały się podstawą dla twierdzenia, iż noszenie chusty przez kobiety wyznające islam jest wyrazem ich wolnej woli i nie ma nic wspólnego z brakiem równouprawnienia kobiety w islamie, a więc nie narusza odpowiedniej normy Ustawy Zasadniczej. Trudno przyjąć do wiadomości, że wywiad z 25 studentkami pedagogiki w Niemczech, z których 12 nosi chustę, rozwiązuje pytanie o miejsce kobiety w islamie, które jest przedmiotem wielu publikacji naukowych⁸⁸. Należy zauważyć, że wszystkie poruszone wyżej wątpliwości pojawiły się również w zdaniu odrębnym do wyroku FTK.

Dlaczego Federalny Trybunał Konstytucyjny uznaje obecność krzyża w szkołach za niezgodną z Ustawą Zasadniczą, natomiast noszenie islamskiej chusty przez urzędnika państwowego – rzecz nie do pomyślenia w Turcji – jest z nią zgodne? Dlaczego Trybunał rezygnuje z przynajmniej równego traktowania religii chrześcijańskiej i islamskiej – bo nie mówi się już tutaj o jakimkolwiek uprzywilejowaniu chrześcijaństwa, będącego istotnym elementem kultury i historii niemieckiej? Niestety, w warstwie prawnej orzeczeń Federalnego Trybunału Konstytucyjnego nie znalazłam argumentów, które usprawiedliwiałyby takie rozstrzygnięcia. Wydaje się, że w wypadku braku wystarczającej podstawy prawnej, orzeczenia takie muszą być motywowane ideologicznie. Na podobną tendencję w orzecznictwie Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych wskazuje A. Bryk, stwierdzając, że sędziowie federalni, chcąc zrealizować ideał „sprawiedliwego” społeczeństwa według wyobrażeń liberalno-lewicowych za pomocą orzeczeń mających zmienić system polityczny, opierali się na przesłankach pozakonstytucyjnych, między innymi na interpretacji opartej na teoriach psychologicznych⁸⁹.

W przypadku omawianych orzeczeń niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego to już nawet nie walka sędziów konstytucyjnych „z malarią fundamentalistycznej teologizacji, która uzależnia porządek prawny od prawdy religijnej”⁹⁰, ale rodzaj fobii na tle religii chrześcijańskiej, której granica nie jest wyznaczana nawet przez racjonalne myślenie prawnicze⁹¹, i to w ojczyźnie pozytywizmu prawniczego.

Nie oznacza to, by, w mojej opinii, „równouprawnienie symboli religijnych” powinno w myśl tez orzeczenia o krzyżach, prowadzić do wykluczenia wszelkich symboli religijnych z przestrzeni publicznej. Ich obecność bądź jej brak jest tak na-

⁸⁸ Krytycznie na temat zgodności noszenia chusty z art. 1 ust. 1 i art. 3 ust. 2 UZ pisze M. Betrams, *op. cit.*, s. 1232 i nast. O patriarchalnej dominacji w tym kontekście H. Jamsheer, *Women in Islam. Tradition and modernity*, „Studia Arabistyczne i Islamistyczne” 1995, nr 3, s. 47. O pozycji kobiety w islamie zob. m.in.: E. Machut-Mendecka, *Kobieta bez zasłony. Muzułmanka w świetle wiary i kultury*, [w:] D. Chmielowska, B. Grabowska, E. Machut-Mendecka, *Być kobietą w Orientcie*, Warszawa 2001, s. 19 i nast.; W. Wiebke, *Die Frau im Islam*, Leipzig 1983, s. 34 i nast.; S. Altorki, *Role and Status of Women*, [w:] *The Oxford Encyclopedia of the Modern Islam World*, red. J. L. Eposito, Oxford 1995, s. 323 i nast.

⁸⁹ A. Bryk, *Pole bitwy ideowej*, „Nowe Państwo” 2006, nr 4, s. 16.

⁹⁰ J. Isensee, *op. cit.*, s. 208.

⁹¹ Krytycznie na temat wykładni prawa przez sędziów FTK zob. J. Isensee, *Bildersturm durch Grundrechtsinterpretation*, „ZRP” 1996, z. 1, s. 15.

prawdę pytaniem o tożsamość wspólnoty⁹². J. Isensee zwraca uwagę, że obecność krzyża w przestrzeni publicznej odpowiada roli *invocatio Dei* w preambule Ustawy Zasadniczej. Wyraża element transcendentalny w bycie państwa oraz wskazuje na ograniczoność i niedoskonałość prawa państwowego oraz działań samego państwa. Ich obecność jest przy tym nie wyrazem woli organizacji religijnych, ale wyrazem woli państwa⁹³. Konstytucje wielu państw europejskich, w tym Niemiec i Polski, nie ograniczają się jedynie do organizacji władz państwowych oraz do unormowania stosunków między obywatelem a władzą publiczną. Konstytucje, a zwłaszcza preambuły, według J. H. H. Weilera odzwierciedlają wartości, ideały oraz symbole podzielane przez określoną społeczność, są odbiciem jej samoświadomości i odgrywają podstawową rolę w definiowaniu tożsamości narodowej⁹⁴.

Oczywiście, wraz ze zmieniającym się składem społeczeństwa pojawia się pytanie o możliwość uzupełnienia przestrzeni publicznej o kolejne symbole. Jeśli taka będzie wola narodu, można przecież zmienić przepisy Ustawy Zasadniczej czy przepisy konstytucji krajowych. Natomiast niedopuszczalne jest, by o zmianie krzyża na chustę decydowali sędziowie sądów konstytucyjnych. A. Bryk, omawiając dzieje Akcji Afirmatywnej w Stanach Zjednoczonych, wskazuje na dramatyczny wzrost lobbingu w systemie sądownictwa. Uzyskanie pewnych praw grupowych okazuje się o wiele łatwiejsze poprzez orzeczenie sądowe niż w ramach tradycyjnego procesu wyborczego:

Potężne grupy interesu, nie tylko ekonomicznego, ale też mniejszości, wspierane też przez wyspecjalizowaną obsługę prawną, inicjują indywidualne sprawy sądowe, których rozstrzygnięcie na poziomie Sądu Najwyższego, najwyższego sądu konstytucyjnego zmienia cały system prawa. Działalność taka jest znacznie tańsza i mniej nieprzewidywalna niż lobbing tradycyjny, poprzez oddziaływanie na ciała legislacyjne⁹⁵.

Wydaje się, iż uwaga ta ma również zastosowanie w odniesieniu do spraw rozpatrywanych przez Federalny Trybunał Konstytucyjny, zwłaszcza że orzeczenia te – dekretujące znaczącą zmianę w przestrzeni publicznej, a mianowicie usunięcie krzyży w Bawarii – spowodowały ogromne protesty społeczne.

W kontekście decyzji Trybunału pojawia się również pytanie o właściwy wymiar sekularyzacji. Czy jest to dystans pomiędzy sferą świecką a religią, czy też jest to usunięcie religii z przestrzeni życia społecznego w ogóle. Wybór tej ostatniej formuły prowadzi, według Ch. Delsol, do katastrofy antropologicznej, ograbienia człowieka z transcendencji⁹⁶. A. Bielik-Robson stwierdza natomiast, że

⁹² *Ibidem*, s. 10.

⁹³ *Ibidem*, s. 15.

⁹⁴ J. H. H. Weiler, *op. cit.*, s. 29 i nast.

⁹⁵ A. Bryk, *Akcja Afirmatywna, doktryna różnorodności a plemienna koncepcja społeczeństwa liberalnego*, „Krakowskie Studia Międzynarodowe” 2004, nr 2, s. 57.

⁹⁶ Ch. Delsol, *Skazani na konflikt*, „Znak” 2002, nr 9, s. 23 (szerzej na ten temat zob. *idem*, *Esej o czło-wieku późnej nowoczesności*, Kraków 2003).

życie w świecie odczarowanym, rządzącym się zimnymi procedurami rozumu instrumentalnego, zasadami interesu, kontraktu, walki o władzę, może wszak rodzić poczucie „spłaszczenia” egzystencjalnego⁹⁷.

Jednocześnie autorka wskazuje, że właściwie to odczarowanie w naszej kulturze zaszło już zbyt daleko i obecnie żadna treść religijna nie ma prawa bytu⁹⁸. Wyrażna negacja obecności symboli i chrześcijańskich treści religijnych w przestrzeni publicznej została zapoczątkowana wyrokami dotyczącymi chrześcijańskiego charakteru szkół powszechnych w Badenii-Wirtembergii oraz w Bawarii, kiedy to Federalny Trybunał Konstytucyjny stanął na stanowisku, iż w świetle Ustawy Zasadniczej dozwolone jest jedynie prezentowanie wartości chrześcijańskich i elementów kultury chrześcijańskiej bez powiązania z jakimikolwiek treściami religijnymi. Takie stanowisko prowadzi do absurdalnych definicji chrześcijaństwa w świetle Ustawy Zasadniczej jako

świata wartości, uwolnionych od prawd wiary, a wywodzących się z tradycji kultury chrześcijańsko-zachodnioeuropejskiej, który leży również u podstaw Ustawy Zasadniczej i obowiązuje w sposób niezależny od swoich religijnych korzeni.

Nawet dla osoby niemającej głębokiej wiedzy teologicznej stwierdzenie to wydaje się nonsensowne, bo czy może istnieć chrześcijaństwo także w wymiarze kulturowym i oświatowym bez Chrystusa i historii zbawienia? Pytanie to nie jest bynajmniej pytaniem retorycznym. Widocznie jest to możliwe, skoro sędziowie najwyższych sądów dochodzą do takich wniosków. Gdyby nie „feralne” zapisy w konstytucjach krajowych, które mocno akcentują obecność religii chrześcijańskiej w sferze państwowej, pewnie można by mówić o wartościach humanistycznych Europy Zachodniej, ale na nieszczęście sędziów konstytucyjnych, Badenia-Wirtembergia i Bawaria w swoich Konstytucjach umieściły i Boga, i chrześcijaństwo.

Omawiane orzeczenia stanowią niebezpieczny precedens. W komentarzach do wypowiedzi FTK zwracano uwagę, że wyjątki nie mogą prowadzić do odwrócenia dotychczasowej praktyki o 180 stopni⁹⁹, a w sytuacjach konfliktowych konieczne jest stworzenie norm prawnych, które miałyby na celu pogodzenie obu aspektów wolności religijnych – negatywnej i pozytywnej. Takie rozwiązanie możliwe jest zarówno w stosunku do umieszczania krzyży w budynkach szkolnych, jak i w związku z symbolami religijno-światopoglądowymi noszonymi przez nauczycieli. Przepis prawny powinien wyznaczać granice kompromisu, który w pierwszym rzędzie powinien opierać się na dobrej woli i tolerancji ze strony zarówno rodziców, jak i administracji szkolnej. Przepisy prawne, które pozwala-

⁹⁷ A. Bielik-Robson, *Zdziwienie kontrolowane*, „Znak” 2002, nr 9, s. 54.

⁹⁸ *Ibidem*, s. 59.

⁹⁹ W odniesieniu do orzecznictwa Sądu Najwyższego Stanów Zjednoczonych A. Bryk konstruuje pojęcie postępowań pilotażowych, w ramach których kontestowano podstawowe zasady kulturowe społeczeństwa amerykańskiego (A. Bryk, *Pole bitwy ideowej...*, s. 16).

ją np. na umieszczenie krzyża w mniej eksponowanym miejscu¹⁰⁰ czy regulacje prawne, które biorą pod uwagę opinię rodziców oraz uczniów na temat noszenia przez nauczyciela określonych symboli religijno-światopoglądowych¹⁰¹, są bardziej zgodne z zachowaniem koniecznej równowagi pomiędzy dobrami chronionymi konstytucyjnie niż bezwzględne nakazy lub zakazy formułowane na podstawie jednostkowego przypadku, który stał się podstawą do wydania rozstrzygnięcia przez sąd konstytucyjny. Sami sędziowie Federalnego Trybunału Konstytucyjnego wzywali do szukania rozwiązań kompromisowych, mających na celu pogodzenie wolności religijnej o charakterze pozytywnym i negatywnym. W omawianej w tym artykule sprawie art. 15 Konstytucji Badenii-Wirtembergii FTK stwierdził, iż wykluczenie wszelkich elementów religijno-światopoglądowych z przestrzeni szkolnej nie zneutralizowałoby istniejących sprzeczności, ale doprowadziłoby do dyskryminacji rodziców wychowujących swoje dzieci w oparciu o religię chrześcijańską, byłiby oni bowiem zmuszeni przez państwo do posłania ich do szkół zlaicyzowanych¹⁰². Trybunał Konstytucyjny zwracał również uwagę na to, iż w pluralistycznym społeczeństwie jest faktycznie niemożliwe, by uwzględnić w pełni życzenia wszystkich rodziców jeśli chodzi o organizację obowiązkowego szkolnictwa powszechnego. Dlatego też jednostka nie może w sposób nieograniczony powoływać się na swoje prawa z art. 4 Ustawy Zasadniczej, wykonywanie tych praw jest bowiem ograniczone przez prawa osób o odmiennych poglądach. Trybunał, proponując rozwiązanie konfliktowej sytuacji, wskazał, iż musi być ono oparte na wyważeniu kolidujących interesów i uwzględnieniu wszystkich aspektów konstytucyjnoprawnych, w tym nakazu tolerancji, przy czym władze szkolne powinny uwzględnić tradycję szkolnictwa w danym kraju związkowym, skład społeczności pod względem religijnym i stopień zakorzenienia religii w samej społeczności¹⁰³. Niestety, na przełomie wieków sędziowie konstytucyjni nie sięgnęli do podobnego wzorca rozwiązywania kolizji pomiędzy dwoma dobrami prawnymi.

J. Kokott zwraca uwagę, iż w konstytucyjnym modelu kooperacji pomiędzy państwem a wspólnotami religijnymi dotychczas to państwo pozostawiało wiele miejsca na kultywowanie religii w przestrzeni publicznej, pozwalając między innymi na zwalnianie uczennic wyznających islam z zajęć sportowych czy na noszenie chusty w szkole. Orzeczenie dotyczące krzyża natomiast przełamało ten model w kierunku modelu ścisłego podziału na sferę państwową i religijną¹⁰⁴. W tym kontekście pojawia się ponownie pytanie, dlaczego FTK nie pozostał konsekwentny w swoim orzecznictwie. Dlaczego FTK w sprawie krzyży przyjął model rozdziału sfery religijnej od publicznej i skupił się na ochronie negatywnej wol-

¹⁰⁰ P. Badura, *Das Kreuz um Schulzimmer*, „Bayerische Verwaltungsblätter” 1996, H. 2, s. 39.

¹⁰¹ U. Battis, P. Bultmann, *Was folg für die Gesetzgeber aus dem Kopfschurteil des BVerfG*, „Juristen Zeitung” 2004, nr 12, s. 587 i nast.

¹⁰² BVerfGE 1 BvR 63/68, ust. 101.

¹⁰³ BVerfGE 1 BvR 63/68, ust. 104.

¹⁰⁴ J. Kokott, *Laizismus und Religionsfreiheit im öffentlichen Raum*, „Der Staat” 2005, H. 3, s. 348.

ności religijnej, natomiast w orzeczeniu o chuście ponownie powrócił do modelu kooperacyjnego, wspierając pozytywną wolność religijną. J. Kokott zwraca również uwagę na inny aspekt sprawy, a mianowicie na granice tolerancji. Czy można tolerować brak tolerancji? Brakiem tolerancji jest przecież zarówno konsekwentne odmawianie miejsca dla krzyża, jak również bezkompromisowe przestrzeganie reguł własnej religii dotyczących ubioru. W tym kontekście warto rozważyć przesłanki „rozumnej” wspólnoty religijnej według Habermasa, która z przekonania wyrzeka się narzucania przemocą swoich prawd wiary. To przekonanie wypływa z religijnej świadomości powstałej w wyniku kontaktów z innymi wyznaniem i religiami, z konieczności dostosowania się do autorytetu nauk oraz z uznania przesłanek państwa konstytucyjnego. Jednocześnie nie jest to proces jednostronny, ale wymagający uczenia się obu stron konfliktu wzajemnie od siebie¹⁰⁵.

W orzeczeniach Federalnego Trybunału Konstytucyjnego wielokrotnie nawiązywano do stwierdzenia, iż państwo jest zobowiązane do zachowywania neutralności światopoglądowej. Zgodnie z tezami Trybunału, ta neutralność jest rozumiana jako „postawa otwarta, wspierająca w równym stopniu wolność wyznania w odniesieniu do wszystkich religii”. Jednakże w świetle powyżej przeprowadzonej analizy orzeczeń pojawia się pytanie, czy w rzeczywistości Trybunał nie zbliża się do pojmowania zasady neutralności jako zasady laickości, a więc usunięcia wszelkich przejawów życia religijnego ze sfery życia publicznego, a w szczególności symboli religii chrześcijańskiej. Takie rozumienie zasady neutralności nie jest jednak w istocie, jak słusznie zauważył J. H. H. Weiler, neutralnością, ale właśnie przyjęciem określonej wizji państwa, którą określa się jako neutralność. W świetle tej wizji wolność religijna i wolność od religii nie są traktowane jednakowo, bowiem ta ostatnia jest traktowana w sposób uprzywilejowany¹⁰⁶. W perspektywie omawianych orzeczeń FTK neutralność jest jeszcze dodatkowo stawiana pod znakiem zapytania w kontekście różnicowania, a właściwie dyskryminowania religii chrześcijańskich, a wszystko to w świetle przepisów Ustawy Zasadniczej i konstytucji krajowych nawiązujących wyraźnie do chrześcijańskich korzeni narodu niemieckiego. W tym kontekście pojawia się pytanie, czy państwo w ogóle może być neutralne światopoglądowo. §38 ust. 1 krajowej ustawy o szkolnictwie, który został znowelizowany w wyniku orzeczenia FTK, stwierdza, iż nauczyciele nie mogą uzewewnętrzniać swoich przekonań politycznych, religijnych czy światopoglądowych, a z drugiej strony zakazane są zachowania, które nie respektowałyby Ustawy Zasadniczej w zakresie ochrony godności człowieka i praw podstawowych, zasady równouprawnienia czy ustroju demokratycznego. Katalog tych wartości, powszechnie akceptowanych przez państwa Unii Europejskiej, nie jest przecież w żaden sposób neutralny, co widać zwłaszcza w odbiorze np. równości płci czy zasad demokracji przez osoby z innych kręgów cywilizacyjnych, które zamieszkują w państwach europejskich. A. Bryk zauważa, iż sama doktryna neutralności światopoglądowej

¹⁰⁵ J. Habermas, *Wierzyć i wiedzieć*, „Znak” 2002, nr 9, s. 11 i nast.

¹⁰⁶ J. H. H. Weiler, *op. cit.*, s. 40 i nast.

państwa, propagowana również szeroko w amerykańskim prawie konstytucyjnym, jest z jednej strony wewnętrznie sprzeczna, a z drugiej wręcz niebezpieczna:

Wewnętrznie sprzeczna, bowiem liberalne państwo nie jest w stanie nie podejmować wyborów aksjologicznych [podkreślenie moje – M. B.], musi rozstrzygać spory światopoglądowe. W rzeczywistości wybory takie podejmuje nieustannie. Stąd neutralność światopoglądowa państwa nie jest neutralnością, lecz zamaskowaną formą dystrybucji aksjologicznej, czyli *de facto* przemocą państwową poza kontekstem demokratycznej dyskusji. [...] Doktryna neutralności światopoglądowej jest z kolei niebezpieczna, gdyż pociąga za sobą konieczność karania tych, którzy wartości „mocne” wyznają i uważania ich za potencjalnie niebezpiecznych w sferze publicznej. [...] Oznacza to, iż państwo odczuwa pokusę uderzenia w instytucje, gdzie rodzą się, czy mogą się rodzić, owe wartości „mocne” jako forma orwellowskich „zbrodni myśli”, np. w Kościoły, a także rodzinę. Wyrazem tego jest brak odniesienia do chrześcijaństwa w konstytucji europejskiej oraz zakaz noszenia symboli religijnych w szkołach. [...] Klincznym przykładem takiego prawnokonstytucyjnego myślenia jest zarówno – by skupić się na ostatnich przykładach – wyeliminowanie odniesienia do chrześcijaństwa w proponowanej preambule do konstytucji europejskiej, jak i francuska ustawa zakazująca noszenia symboli religijnych w szkołach¹⁰⁷.

Wydaje się, iż cytaty ten trafnie podsumowuje działalność niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego, który w ramach swojej działalności orzeczniczej realizuje raczej pewien projekt z zakresu inżynierii społecznej.

¹⁰⁷ A. Bryk, *Pole bitwy ideowej...*, s. 50 i nast.



San-Yi Yang

EUROPEIZATION AND THE PROMOTION OF POLITICAL DEVELOPMENT IN POLAND

Introduction

This study has considered the impacts of EU accession that have resulted in the promotion of political stability and economic transformation in the Central and Eastern European countries (hereafter CEECs). The main target for the EU's eastern policy after the end of the Cold War is to create a zone of western democracies and liberal economy entities. Given an opportunity to swap the EU's resources for ideal transformation in the CEECs, Brussels is willing to accept.

The ways that Brussels influences the CEECs are hallmarked by two different approaches: transposition and socialization. The former, in terms of international jurisdiction, is the execution of decision-making by the Council of Ministers in Brussels and legislation in the capitals of member states.¹ The promise of eventual accession and EU subsidies help to secure national acceptance of painful reforms; moreover, it also helps to safeguard the reform from the influence of vested interests by increasing the costs of deviating from the path of reform. Cost/benefit calculation is embedded within national policy preferences. The latter approach, socialization, is another important aspect that has a crucial effect on the CEECs' political development. Socialization is best understood as a way of comprehension of the CEECs' willingness to "return to Europe", or, to a greater or lesser extent, a sense of "European identity". This identity is obtained with reference to the structure of relations

¹ E. Bomberg and A. Stubb, *The European Union: How does it Work?*, Oxford 2004, p. 116.





among member states, and all of them cherish the common norms and values.² In the case of Poland and Ukraine, the construction of identities is conditioned by different time-spans and events but with a truly existing common ground. They both accept universal values exerted from Brussels on one hand; they also try to “upload” their own values to the European family on the other. With recourse to transposition and socialization the EU’s rules prevailed over Poland even before 1 May 2004; Poland’s road to the EU also characterizes the importance of Europeanization and its future implications. In the context of European enlargement and the challenge from globalization, the EU is also now trying to disseminate its model to the eastern border. The strategic importance of Ukraine and Belarus privileges geographical concerns after the EU’s fifth enlargement; there are also cooperative interests shared with the US. Whether Ukraine gains EU membership in the near future or casts aside integration with Brussels, the EU’s promise of eventual accession helps to secure social acceptance of painful reforms and to safeguard them from the influence of vested interests by increasing the costs of deviating from the path of reform. In this regard, the case of Poland has provided an illustration by its profound experiences. For Poland’s security, America became the security guarantor that the Poles had craved since the late eighteenth century. It also helped forge Poland’s security policy after the end of Cold War: strict adherence to US hegemonic leadership on one hand, and a more integrated partnership with the European Union on the other.³

Europeanization, Political Development and an Explanatory Model

Europeanization

Europeanization is a common term, but its definition is also often ambiguous to outsiders. Europeanization can be referred to as a concept of rules, norms and values being adopted in countries under a process in a pro-European way. In terms of philosophical usage, Europeanization can be understood as the aggregation of European civilization, which has a profound tradition of modern social development mingled with a capitalist system, social institutions and respect for basic human rights.⁴ On the other side, Europeanization also functions as the intangible effects of the promotion of European standards at the time when new member states apply for admission. And Europeanization can be also regarded as a process of European socialization, educating people and countries the way Europeans did. The basic as-

² F. Kratochwil, *Rules, Norms, and Decisions: On the Conditions of Practical and Legal Reasoning in International Relations and Domestic Affairs*, Cambridge 1989, p. 126.

³ R. Kuźniar, *Bezpieczeństwo – realizm oceny, dylematy polityki*, „Polska w Europie” 2002, vol. 41, No. 3, p. 131–159.

⁴ A. Obydenkova, *Democratization, Europeanization and Regionalization beyond the European Union: Search for Empirical Evidence*, “European Integration Online Papers” 2006, Vol. 10, No. 1, p. 5.



sumptions for this theory are the application of social learning theory. The changing of the external environment (the end of the Cold War and the promise of EU accession to new members) envisioned the possible advent of a new era. In line with this international development, power structure and knowledge background in the European system evince a tendency toward the reconstruction of norms and ideas in Central and Eastern Europe. As the place where Europeanization prevails, the European Union exerts its influences and a social learning process is identified.⁵

Europeanization is also tied in with visible rule adoption – in European jargon transposition. All members are obliged to adopt Brussels' regulations, notwithstanding the fact that transposition is not always so hard-nosed. By the same token, the other, relatively vague influence on EU members, for example social institutions, techniques, and ways of thinking (such as tolerance, democracy and respect for human rights) are also included.⁶ Poland has a profound tradition advocating the reform of the modern social system. In the 1980s the Polish opposition Solidarity made requests for autonomous status in the Polish political arena and strove for equal treatment for all citizens; those ideas were derived from the practices of Western democracy. The reform of the political system can even trace its history back to 3 May 1791, the advent of the first European constitution in Poland.⁷

Moreover, Europeanization is not only a one-way journey. Although member states were influenced by Brussels, capitals of nation-states also try to “upload” their characteristics to the EU family. To a greater or lesser extent, member states are competing for the dominance of EU governance. Poland's admission to the EU is also a turning point in history from 1795, the year when Poland's territory was partitioned into three parts and the Polish state ceased to exist.⁸ From that time on, the most important part of Polish foreign policy was how to restore Polish culture and the independence of Poland's sovereignty. The Roman Catholic Church and Polish gentry classes were the two most important factors preserving Polish tradition from deterioration or assimilation. Their endeavors paid off at last when the Kremlin's control over Poland's territory loosened. Its identity transformation (from romanticism to positivism and then to ethnonationalism) paved the way for an eventual fully-fledged “return to Europe” and its way of thinking for Poland.⁹ The symbol of this change is joining NATO and the EU after the break-up of the

⁵ To some extent, the emergence of Europeanization resembles the formation of European community – see E. Adler and M. Barnett, *A Framework for the Study of Security Communities*, [in:] *Security Communities*, ed. E. Adler and M. Barnett, Cambridge 1998, p. 20–65.

⁶ F. Schimmelfennig and U. Sedelmeier, *The Europeanization of Central and Eastern Europe*, Cornell 2005, p. 7–8.

⁷ M. Cirtautas, *The Polish Solidarity Movement: Revolution, Democracy and Natural Rights*, London 1997.

⁸ Prussia annexed the region from Pilica to the Bug and Niemen, Austria incorporated the territory as far as Palica, Vistula and Bug, while the remainder went to Russia, see R. Buczycyk, *A History of Poland*, Lublin 2002, p. 47.

⁹ I. Prizel, *National Identity and Foreign Policy – Nationalism and Leadership in Poland, Russia, and Ukraine*, Cambridge 1998.

Eastern Bloc. Poland's hard-won sovereignty after the end of the Cold War in the face of EU integration reveals the country's position in an awkward predicament: the preservation of Polish tradition will inevitably collide with Western culture when the Soviet Union starts to retreat from its area of influence. Political reform within the domestic area, with special regard to the agricultural part, for example, is the combination of cost/benefit calculation and a sense of national pride in terms of them/us identity. How much the Warsaw government could benefit from EU admission, and how the Polish western territory can be reserved for future development without purchase of land by foreign capital, are some of the political elite's major concerns. In this regard, striking a balance between acquiring EU membership and maintaining autonomous status within the EU is desirable, despite occasional conflicts between those goals.

The theoretical analysis for Poland joining the EU in 2004 is based on two assumptions. Admission to the EU is driven mainly by EU incentives (external) and the social learning process (internal). The author argues that the intangible effects emanating from Brussels lead to the adjustment of Poland's political development and domestic policy Europeanization. External incentives include conditionality as a way of paying rewards from Brussels in exchange for candidates' domestic reform. Conditionality situates candidate states in a role of keeping upward spiral movement, and those aspiring members render progress in exchange for the EU's favor.¹⁰ Those political elites in aspiring states, for example Poland, have to tackle the problem of obeying Brussels' laws (aiming at direct and indirect benefits) and the loss of votes from vested interests camp with regard to reformation. The adoption of the cost/benefit calculation specifies the importance and guidance of the political elite's behavior. In the agricultural sector, for example, Polish peasants face serious threats in terms of Poland's accession to the EU accompanied with a free and competitive market mechanism. Starting on 12 January 2004, European Commission inspectors have traveled around Poland to see whether EU sanitary standards are applied by Polish businesses, and this action has led to many meat plants ceasing to exist and their sales most likely being shared by other dairy producers.¹¹

Polish Political Development and Europeanization

The many faces of political development are in conjunction with Europeanization, especially in public policies, national identities, minority protection, civil service reform, the advent of civil society and mass political participation. For example,

¹⁰ F. Schimmelfennig, S. Engert, H. Knobel, *Costs, Commitment, and Compliance: The Impact of EU Democratic Conditionality on Latvia, Slovakia and Turkey*, "Journal of Common Market Studies" 2003, No. 41, p. 495–517.

¹¹ After the accession Polish milk and other food products are subject to strict veterinary controls. "Rzeczpospolita" (Warsaw), 10–11 January 2004, p. A1; "Polish News Bulletin" (Warsaw), 10 December 2002, p. 4.

direct and indirect applicability of international treaties to domestic laws posed a problem to the Polish political environment on the road to the EU before 1997. The constitution of 1952 did not contain any provision on effects of treaties on the internal legal order; but the constitution of 1997 recognizes the effect of ratified treaties as the sources of the laws binding in Poland.¹² The same connection between Europeanization and civil service reform is also highlighted in the transformation of public policies and well-organized bureaucracies.

In line with the cross-pollination between Europeanization and political development, a two-dimension explanatory model can be developed within the interactions of external incentives (cost/benefit calculation)/social learning and domestically-driven/EU-driven forces.¹³ Costs and benefits calculation would be the most striking feature, as Poland applied for its admission to the EU in the 1990s, and will play a major role in the formation of Poland's European policy. Newly independent countries are always preoccupied with survival, power and security; hence policies are sometimes susceptible to national gains and profits. As for the effects of social learning, the impacts of cognition processes and disposition, perception, learning processes or perceptual illusions should be juxtaposed with material interests. The upshot of material and non-material concerns is that both factors are explanatory in bolstering the interpretation of Poland's adaptation to the EU model. In addition to that, domestic and EU-driven factors are analyzed in an endogenous and exogenous-oriented way respectively. Before the start of democratization in the 1990s political dissenters launched their attacks on vested interests from within, and the wave of transformation is relayed by the political parties after the 1990s. The ensuing cohabitation situation also lies in Poland's application to the EU and later EU quests to redecorate the interior. Both factors are instrumental in the explanation of Poland's political transformation.

Tab. Poland's Europeanization

	Late 1980s to mid 1990s Polish Transformation	EU Admission
External Incentives	Mixed effects in this period	Costs and benefits calculation matter on the way to EU
Social Learning Process	The transformative ideas had grassroots and also were derived from the outside world	The socialization of Internalized EU norms

Sources: *The Europeanization of Central and Eastern Europe*, eds. F. Schimmelfennig, U. Sedelmeier, Cornell 2005, p. 1–28.

¹² A. Wyrozumska, *Direct Application of the Polish Constitution and International Treaties to Private Conduct*, [in:] *Poland's Way to the European Union*, ed. W. Czaplinski, Warsaw 2002, p. 9–34.

¹³ The idea is derived and modified from *The Europeanization of Central and Eastern Europe...*, p. 8.

The Explanatory Model

In the 1980s and at the end of the 1990s the EU's external incentives had mixed effects on Polish political transformation. The EU's Europe Agreement and subsidies like the PHARE program constituted the EU's pre-accession strategy towards the candidate countries of Central and Eastern Europe.¹⁴ The PHARE (Poland-Hungary Assistance in Restructuring their Economies), SAPARD (Special Accession Programme for Agriculture and Rural Development) and ISPA (Instrument for Structural Policies for Pre-Accession) co-supported economic transformation, but their objective was political.¹⁵ They helped to establish democratic societies based on individual rights; the total PHARE funds committed in 1990-1995 were 5416.9 ECU million.¹⁶

For Western countries, the recipient countries' reforms in economic and political aspects were crucial for long-term stability and security in Europe. The effects of direct and indirect subsidies are multifold: first, the EU developed conditionality as a prerequisite for the CEECs' way to the West. In 1988-1989 the EU was developing common policies toward the CEECs; instead of political motives, these policies were based on trade and cooperation exchanges. Second, in some sensitive areas such as coal and steel products, the CEECs had a limited volume of trade with the EU. Third, the EU's reluctance to offer the CEECs final membership at that time bred discontent from the beginning, but soon this was replaced by a more intensive claim to their membership status.¹⁷

The EU's external incentives had more influences on the Polish way to the EU. In addition to PHARE, the advent of SAPARD and ISPA in 1999 brought more investments to Poland and other CEECs. Moreover, with the emerging possibility of joining the EU Poland had adopted progressive transition under European Commission's annual report and community *acquis*.

¹⁴ The program "Poland and Hungary: Assistance for Restructuring their Economies (PHARE)", for example, assisted the reform process in Central and Eastern Europe. It assisted the eight new Member States: the Czech Republic, Estonia, Hungary, Latvia, Lithuania, Poland, Slovakia, and Slovenia, as well as acceding countries Bulgaria and Romania in a period of massive economic restructuring and political change.

¹⁵ PHARE was created in 1989 as the program to assist in their preparations for joining the EU. It also expanded from Poland and Hungary to currently ten countries. SAPARD is a program for 10 CEECs applying for membership in the European Union. It is aimed at financial support of projects related to the agricultural and rural development. ISPA is for CEECs to co-finance infrastructure projects in the field of environmental protection and transport. Those three programs constitute the EU pre-accession program. SAPARD and ISPA were created in 1999 to advance the EU's concerns over candidates' improvement in domestic areas and PHARE was allowed to focus on its key factors.

¹⁶ In 1989 the EU had a small trade deficit with CEECs; after that period, it realized a growing surplus with CEECs. See European Commission, "The PHARE Programme Annual Report 1995, COM (96) 360 final, 23 July 1996, p. 3.

¹⁷ Commission of the European Communities, External Relations Information no. 1/89, "The European Community's Relations with COMECON and Its East European members," January 1989, p. 4.

The EU took advantage of Poland's intention to gain accession, which put it in a weaker position toward the EU from the outset.¹⁸ Admittedly, the huge imbalance in the incentive structure between the EU and Poland specified how the Polish government had to deal with Brussels' demands. Poland's potential gains from its admission after 1 May 2004 even deepened the structurally lopsided dependence. Polish public opinions were also tied in with Poland's referendum on joining the EU with regard to whether Polish people would benefit more from material gains in the context of EU subsidies.¹⁹

Poland's transformative ideas in the late 1980s had their grassroots and were derived from the outside world. With the collapse of Soviet control and the dismantling of local communist parties, the situation in Poland was further compounded by inability or failure to establish a genuine party system. Lack of experience in organizing parties among former oppositionists and popular distrust of political parties are the legacy of prolonged one-party rule.²⁰ The transition to democratization results from a need for re-adoption of the political system. In terms of adaptability of the political situation, international factors could explain the outcome of Polish democracy. The demonstration effect, whereby we treat states in imitation of human beings, seems relatively applicable to the demise of regime collapse.

Coercion, cost/benefit calculation, and material incentives are factors in the context of rationalism which in part cause political phenomena. But for Poland and the other CEEC candidates, liberation from the Communist Bloc and the acquisition of autonomous national sovereignty designates the importance of exercising power unilaterally. Unlike international interaction within a global framework, Poland's participation in the European continent has profound experiences, which also evince a tendency toward a closer cooperation among European members in the near future. How the EU works and how decisions are made are allocated to those aspiring members. By the same token, complying with EU regulations or defying EU directives are also deemed as part of socialization. Poland needs to, firstly, identify where the national interests are in a totally different international environment after the end of Cold War. National interests might be modified in the course of strategic as well as social learning interaction.²¹

¹⁸ P. Nicolaidis, S. Rajan Boean, F. Bollen and P. Pezaros, *A Guide to the Enlargement of the European Union: A Review of the Process, Negotiations, Policy Reforms and Enforcement Capacity*, Maastricht 1999, p. 33.

¹⁹ D. Husz, "Public Opinion-A Stumbling Block to Enlargement?". *An Analysis of the Relationship between Costs and Benefits of the EU-Enlargement and their Perception in Current EU Member-States*, "Perspectives" 2003, No. 20, p. 5-39.

²⁰ R. A. Remington, *Contradictions on the Road to Democracy and the Market in East Central Europe*, "Midsouth Political Science Journal" 1992, Vol. 13, p. 12-13. Cited from R. D. Markwick, *A Discipline in Transition? From Sovietology to 'Transitology'*, "The Journal of Communist Studies and Transition Politics" 1996, Vol. 12, p. 263-267.

²¹ J. T. Checkel, *Why Comply? Social Learning and European Identity Change*, "International Organization" 2001, Vol. 55, No. 3, p. 553-588.

Polish Road to EU Membership: Domestic Reform through Europeanization

Poland became a full member of the EU on 1 May 2004. Its participation in the EU can be traced back to 16 December 1991, when Poland, Czechoslovakia and Hungary signed the “*Europe Agreement*” with the European Community. On 3 May 1993 the EU Commission published a report which set the stage for EU implementation of eastward enlargement. On the basis of that report, the EU heads of government decided to invite former Eastern European countries as future members at the Copenhagen European Council, with the so-called “Copenhagen Criteria” on 21-22 June 1993.²² The European Council agreed that the associated countries of Central and Eastern Europe should become members of the European Union. Accession would take place as soon as an associated country was able to assume the obligations of membership by satisfying the economic and political conditions required. EU membership requires three elements: democracy, market economy and capabilities to carry out obligations resulting from membership in political, economic and monetary union. In July 1997, the European Commission published a set of documents under the common title “Agenda 2000”, including proposals for changes to be brought to principles of functioning of the Union with the aim to ready it for adoption of Poland.²³ On the other side, to be a qualified member in the EU, the requirements are massive, non-negotiable, uniformly applied, and closely enforced. All relational domestic laws and regulations in Poland have to live up to EU standards: these standards include free movement of goods, persons, services and capital; and other specific items such as agriculture, fisheries, transportation and taxation, etc.²⁴

EU membership was crucial in Poland’s grand strategy after the end of the Cold War. It not only can bring visual benefits to a country which is starving for foreign investments and know-how information, but also can be instrumental in bolstering the confidence of national identity, which is the symbol of an independent country after the long alien occupation. For the political elites in Warsaw, the incentives that the EU can present are membership, economic incentives (including Foreign Direct Investment (FDI), know-how and European single market benefits)²⁵ and political gains (an equal treatment of East-West interaction, full participation in all pan-EU organizations, the formation of a Polish voice within EU

²² http://www.europa.eu.int/comm/enlargement/docs/pdf/historic_opportunity_2003_en.pdf.

²³ J. Borkowski, *Polish Integration Policy in the Context of the European Union’s Accession Strategy*, “Yearbook of Polish European Studies” 2001, Vol. 5, p. 41.

²⁴ *Enlargement of the European Union – Guide to Negotiations Chapter by Chapter*, European Commission, Information and Interinstitutional Relations, June 2003. Or see <http://www.europa.eu.int/comm/enlargement/overview.htm>.

²⁵ Examples include the development of independent regulation of certain market, the telecommunication, energy; strengthening of pro-consumer and anti-monopoly laws. It also involved a huge transfer of know-how and institutional solutions without which Poland’s free market system would have been far more handicapped and less mature.

decision-making mechanisms). For example, legislative and institutional reforms are sometimes important for foreign capital because an institutional and well-functioning system may provide an open market on one side and a fully competitive market on the other. The investors abroad are not passive bystanders in the reform process; rather, FDI is a dynamic force in the forefront of the push for change and an agent for such reform.²⁶

As we mentioned before, Polish political development is in conjunction with Europeanization, especially in the sphere of public policies, national identities, human rights, etc. Poland's foreign and security policies reflect the post-Cold War mentality and are heavily influenced by the EU and the Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE). The strategic goals of Poland's security policy include: guaranteeing national independence, sovereignty, territorial integrity and inviolability of its borders; guaranteeing the protection of the democratic order, in particular the full extent of rights and liberties as well as the security of the Polish people; creating the best possible conditions for the country's universal and stable social and economic development and its citizens' prosperity, and also for preserving national heritage and developing national identity; contributing to the construction of a durable, just, and peaceful order in Europe and the world, rooted in democratic values, human rights, law and order and solidarity.²⁷ The Warsaw government had to, on the one hand, maximize its security module through joining NATO and other important international organizations, and, on the other, meet the EU's demands of universal values. In the sphere of domestic economy, privatization was the symbol of Polish economic reform. Several symbolic Polish state-owned corporations, for example the Ciech (chemical corporation), Ruch (newsagents), Polmos Bialystok (brewery), Holding Farmaceutyczny (pharmacy), WSiP (textbook publisher), Bank PKO BP (national bank), Poludniowy Koncern Energetyczny (energy), PGNiG (oil company), and Zelmer (household appliances), were on the list of privatization.²⁸ Some state-owned corporations were transformed into private companies, but others were halfway reformed as joint-stock companies wholly held by the Treasury.

Cost/benefit calculation is hallmarked by the concept that Poland is a developing country, and whether Poland is going to be a net payer or a beneficiary of the EU budget is the subject of fervent discussions.²⁹ In addition to Poland's contribution to the EU, the transition period was also another important feature when Poland joined. According to an independent survey, had Poland received no transition period, Warsaw would have been obligated to offer 40 billion euro for the

²⁶ J. Hewko, *Foreign Direct Investment in Transitional Economies: Does the Rule of Law Matter?*, "East European Constitutional Review" 2001, Vol. 11/12, No. 4, p. 71–79.

²⁷ *Security Strategy of the Republic of Poland*, 4 January 2000, "The Bases of Poland's Security Policy," see http://www.wp.mil.pl/bezpieczenstwo/3_1_2n.htm. Or see *Poland's Security Policy 1989–2000...*, p. 557.

²⁸ "The Warsaw Voice", 8 February 2004, p. 29.

²⁹ "Rzeczpospolita", 20 February 2003, p. A9.

immediate improvement of work safety and environmental protection.³⁰ Pertinent to the transition period are the issues of administrative efficiency. For example, the budget cuts in Polish domestic affairs were going to affect Poland's ability to handle EU money; and the lack of sufficient executive ability on the Polish bureaucratic side would make it hard to control EU funds.³¹ As a result, not only would Poland's ability to absorb EU aid impair Poland's position in the Union, but the implementation of EU-sponsored infrastructure would also be delayed. If Poland failed to master the EU's labyrinthine farming and food-safety laws by the time it joined, it could allow other member countries to block its farm exports, using what the EU calls "safeguard clauses".

Another benefit on the Polish side is that the process of EU accession also helped overcome the barrier of the state's helplessness in the face of concentrated vested interests. The lack of resolution on the state's part, resulting from the immaturity of domestic mechanisms, was compensated by the influence of an external factor, the EU, which enforced the necessary "toughness". EU integration thus made it possible to raise the general quality of public policies, as well as make them more rational.

EU membership could also bring Poland an intangible change. Poles have a profound tradition in searching for liberalism, even during the communist control of the Cold War. Uprisings in 1956 in Poznan and 1968 in Gdansk illustrated liberal rebellion. This rebellion existed in the gap between people's expectations and the failed governmental responses to the responses.³² With the end of the Cold War, Poland's main target of a "return to Europe" designated the importance of Poland joining the European family. EU membership not only stimulates Poland's economy but also accumulates Polish collective identity. This can be conceptualized as interplay between at least two competing identities: the EU collective identity and Polish national identity respectively.³³ Poland's "return to Europe" designates the willingness of being a full member within the EU family; this membership is helpful for the establishment of national pride. On the other hand, the intactness of Polish national identity cannot be hindered by the EU collective identity – unlike other traditional EU members.

Poland's social learning process benefits in two ways from EU enlargement: Poland's internalizing the EU's norms, and the strategic use of norm-based argument. Norm-internalized factors exist in Poland's adoption of EU laws and regulations; a norm-based argument is the strategy that Poland could win over the membership.

³⁰ *Ibidem*, 10 November 2003, p. B1.

³¹ *Ibidem*, 30 October 2003, p. B3.

³² M. W. Doyle, *Liberalism and the End of the Cold War*, [in:] *International Relations Theory and The End of The Cold War*, eds. R. Ned Lebow and T. Risse-Kappen, New York 1995, p. 85–108.

³³ G. Miniotaite, *Convergent Geography and Divergent Identities: A Decade of Transformation in the Baltic States*, "Cambridge Review of International Affairs" 2003, Vol. 16, No. 2, p. 209–222.

In an institutional environment like the EU, political actors are concerned about their reputation as members and about the legitimacy of their preferences and behaviors. Actors who can justify their interests on the grounds of the community's standard of legitimacy are therefore able to shame their opponents into norm-conforming behavior and to modify the collective outcome that would have resulted from constellations of interests and power alone.³⁴

Poland's Foreign Policy in the context of the EU's external relations

The sources of insecurity in Poland can be divided into internal and external sources, although such a division is fairly arbitrary, since domestic ethnic conflicts or external instability cross-pollination can spread across borders. Internal sources of insecurities may arise from state failures, such as economic and political instabilities, or the failure of economic and political reform.³⁵ If budget reforms failed before accession, for example, it would prevent Poland from benefiting. As a result, not only would Poland's ability to absorb EU aid be impaired, but the implementation of EU-sponsored infrastructure would also be delayed. External sources of instability include concerns about Soviet (and then Russian) foreign policy intentions: Russia could try to re-establish a sphere of influence in Eastern Europe. Poland is especially wary that its territory could be under the sway of Moscow; these worries could be ethnic minorities, boundaries or other issues ranging from states' military, political or economic interactions.

Poland's participation in the EU, with special regard to Common Foreign and Security Policy (CFSP), has an important effect on new members' future development within the EU.

Poland's admission to the EU and the impacts of enlargement on EU foreign policy

Enlargement will undoubtedly affect the process and substance of EU foreign policy making, though how much so is open to question. The Council of the European Union makes its decisions in three different modes: by unanimity, by common majority of votes, and by qualified majority. The domain of unanimity includes the CFSP area, conclusion of international agreements and revision of treaties and adoption of uniform electoral law to the European Parliament.³⁶

³⁴ F. Schimmelfennig, *The Community Trap: Liberal Norms, Rhetorical Action, and The Eastern Enlargement of the European Union*, "International Organization" 2001, Vol. 55, No. 1, p. 47–80.

³⁵ F. Bomsdorf, *Confronting Insecurity in Eastern Europe: Challenges from the European Community*, London 1992, p. 21.

³⁶ B. Lizec, *Do European Security Capacities Have Feet of Clay?*, "Perspectives" 2002/2003 (Prague), Vol. 19, p. 32–51; W. Wessels, *The Millennium IGC in the EU's Evolution*, "Journal of Common Market Studies" 2001, Vol. 39, No. 2, p. 207; Accession Treaty (AA2003/ACT/en 1), Article 11.

The major issue for future EU decision-making process lies in whether the qualified majority voting scheme is going to happen more often in the enlarged EU (with the inclusion of Romania and Bulgaria from January 2007). The unanimity and qualified majority voting schemes evince the different tendencies towards a different developmental model: with more use of unanimity members like Poland could exert their voting weights and maintain their autonomy. If not, with more use of qualified majority voting it seems that the EU will tend towards implementation of supra-national ideas. It is also evidence of the social learning process that Poland's political development is in line with Europeanization.

Poland's number of votes provided in the Treaty of Nice is 27, equal to 8.41%/7.82 % of all (345) votes.³⁷ Under the qualified majority voting scheme, necessary to pass an act adopted upon a motion from the Commission is 232 votes and 62% of the EU's total population. Since Poland has become a decisive factor in the decision-making process, whether it supports EU's joint actions/common positions/declarations or not is vital. Poland will probably join the German coalition in the sphere of energy policy in exchange for the construction of the Yamal gas pipeline from Russia to Europe.³⁸

The EU's relations with its neighborhood will be another pending issue for Brussels and Warsaw, with special regard to its eastern neighbors. The Warsaw government puts emphasis on Ukraine and Belarus' potential accession talks with Brussels "to avoid new dividing lines in Europe". This strategic thinking rests on an enlarged EU which can consolidate the democratization in its eastern part and preserve modernization for the next decades. Admitting new countries to full membership of the organizations and excluding others produces "insiders" and "outsiders".³⁹ The Polish government is trying to create a new EU influential zone and to avoid Poland's territory being the front line. In this regard, Poland supports the inclusion of Ukraine in the EU – not only because the EU's oil imports come mainly from Russia via Ukraine .

Poland's cost/benefit calculation and social learning process in the sphere of foreign policy

On 15 January 2003 the United States formally asked NATO for assistance in its confrontation with Iraq. France vetoed any language implying an automatic use of force and Germany's Chancellor, Gerhard Schroeder, said later that his country's forces wouldn't participate in any military action against Iraq. Poland took the po-

³⁷ Romania and Bulgaria, upon joining the EU in 2007, are allocated 14 and 10 votes respectively.

³⁸ A. Adamczyk, *Poland in the EU Council: First Experiences Following the Accession*, "Yearbook of Polish European Studies" 2004, Vol. 8, p. 123–135.

³⁹ M. Light, S. White and J. Lowenhardt, *A Wider Europe: The View from Moscow and Kyiv*, "International Affairs" 2000, Vol. 76, No. 1, p. 77.



sition of supporting the US and sent troops to Iraq. Warsaw's foreign policy goal is positive participation in NATO, which is the security basis of European security from the Polish viewpoint.⁴⁰ By the same token, in November 2006 Poland refused to lift a veto on new European Union ties with Russia, casting a dark cloud over the summit between President Vladimir Putin and EU leaders.⁴¹ Polish president Lech Kaczynski called on Russia to lift an embargo on meat and plant products, which led to the Warsaw government's block of talks between the EU and Russia on a new partnership deal. Some theorists believe that the adjustment of ends rather than means characterize new members' learning process within the EU. Before Poland acquired membership the Warsaw government made every endeavor to meet the requirements of Brussels; after it acquired membership, the government reasserted for itself the importance of remaining an active member of the European Union and maintaining good relations with the US.⁴²

Poland's EU membership is instrumental in bolstering confidence in foreign policy. Firstly, as an emerging and unified institution, the EU provides an opportunity to speak in one voice and it would act to the advantage of Poland's foreign policy in the face of potential threats. Secondly, the EU's CFSP decision-making process is designed to co-ordinate members' foreign policies but still adhere to the principle of sovereignty. This decision-making process is mostly on the basis of consensus and the outcome of the decision has not been brought to a wider audience. Thirdly, institutions act as an intermediary. Poland's attitudes toward human rights protection and democracy-building are influenced and transformed within. As a persuadee in the EU group, Poland also plays the role of persuader in promoting human rights and democracy to the eastern border. The focal point of the European Union's external relations is the promotion of political stability in the sphere of its neighborhood area.

Conclusion

The case of Poland has illustrated the importance of EU institutions and the spread of the EU's values. Europeanization is the process whereby member states and Brussels have cross-pollination interaction when bi-polarity confrontation collapsed. The conclusion can be divided into three parts. Firstly, external incentives were of great importance when the Communist Bloc collapsed in the 1990s; the subsidies and benefits of being a full-fledged member of European Union were also instrumental in pushing Poland and other new members into seizing this opportu-

⁴⁰ W. Cimoszewicz, *Should We Have Allowed Saddam to Keep Ridiculing the International Community*, "Gazeta Wyborcza", 29 March 2003, p. 29–30.

⁴¹ Poland took a tough line to pressure Moscow to ratify an international energy charter, which sets the rules for energy trade, and lift its embargoes on Polish meat and plant products, see <http://www.eubusiness.com/Energy/061115112938.5yvk698z>, retrieved on 15 November 2006.

⁴² "Puls Biznesu", online, 7 September 2006; „Polish News Bulletin”, 08 September 2006.



nity. But most candidate states lacked input into the EU body of rules until actual accession was realized. New member states had to worry about whether they can manage to master all the EU's labyrinthine farming and food-safety laws by the time they join, allowing other EU countries to block farm exports, using what the EU calls "safeguard clauses". They might also fail to master enough well-managed projects to claim their full share of EU development funds, leaving them net payers into the EU budget.

Secondly, as a fully-fledged member of the EU, the three elements – democracy, market economy and capabilities to carry out obligations – helped to establish democratic societies based on individual rights in Poland's democratic development. Direct and indirect applicability of international treaties to domestic laws also internalized EU's norms and values into Poland's political environment. These non-material factors evinced the tendency of long term effects: the cooperation of EU members' behavior and foreign policy coordination within the EU framework. In addition to domestic affairs, Poland and other new member states possess clout over the EU's eastern policies in the sphere of external relations. Warsaw realizes the importance of being an active participant in the race for economic success in the group as well as arguing for the establishment of European military forces in order for the EU to be able to participate in the new division of international power. What is more, Poland is not only satisfied with the situation it has now, but asserts the importance of the Union in promoting freedom, democracy and justice to the sphere of influence to its further eastern partner. With the experience of Poland's accession to the EU, Warsaw and Brussels may have more legitimacy in promoting EU norms and values to its eastern partner.

Thirdly, Poland's foreign policies evince a tendency of strict adherence to US leadership in the face of an insecure environment, but the Polish government has also aligned itself to the daily decision-making process in Brussels. Whether Poland will submit itself to influences ranging from internal or external is currently the subject of fervent discussions.



Magda Gołaś-Podolec

PORÓWNANIE EUROPEJSKIEGO I INTERAMERYKAŃSKIEGO SYSTEMU OCHRONY PRAW CZŁOWIEKA

Wprowadzenie

Uniwersalny system ochrony praw człowieka pod auspicjami Organizacji Narodów Zjednoczonych okazał się niewystarczający wobec potrzeb społeczności międzynarodowej okresu powojennego. Duża liczba państw–członków systemu uniwersalnego często uniemożliwiała osiągnięcie konsensusu w zakresie regulacji prawnych, a także osłabiała funkcjonowanie mechanizmu wdrażającego. Daleko idące różnicowanie państw pod względem tradycji, kultury czy systemu wartości stanowiło niekiedy przeszkodę w procesie opracowywania oraz przyjmowania układów w ramach globalnego systemu ochrony praw człowieka. Również czynnik psychologiczny miał istotny wpływ na rozwój systemów regionalnych – świadomość przynależności do systemu obejmującego swym zasięgiem cały świat, w którym potrzeby poszczególnych państw były uogólniane lub często nieuwzględniane, powodowała mniejsze zaangażowanie państw–członków w funkcjonowanie systemu uniwersalnego. Powyższe czynniki w znaczącym stopniu przyczyniły się do rozwoju regionalnych systemów ochrony praw człowieka, spośród których należy wymienić dwa główne: system europejski pod auspicjami Rady Europy oraz system interamerykański istniejący w ramach Organizacji Państw Amerykańskich.

Celem niniejszego artykułu jest charakterystyka porównawcza powyższych systemów, ze szczególnym uwzględnieniem wszelkich podobieństw i różnic w zakresie katalogu praw zawartych w dokumentach statutowych, struktury



instytucjonalnej systemów, skuteczności mechanizmów wdrażających czy ogólnej efektywności. W pracy wykorzystane zostały przede wszystkim angielskojęzyczne publikacje specjalistów w dziedzinie ochrony praw człowieka, takich jak: L. Henkin, T. Buergenthal, D. Shelton, L. Betten, N. Grief, D. Forsythe, A. Robertson, J. G. Merrills i wielu innych. Spośród polskich źródeł naukowych niezwykle cenne stały się opracowania następujących autorów: R. Kuźniar, I. Malinowska, S. Jarosz-Żukowska, D. Kornobis-Romanowska, C. Mik czy M. Nowicki. Szczególnie przydatne okazały się również biuletyny informacyjne Rady Europy, a także Organizacji Państw Amerykańskich. Ponadto wiele cennych informacji dostarczyły źródła internetowe: www.coe.int (Rada Europy), www.echr.coe.int (Europejski Trybunał Praw Człowieka), www.conventions.coe.int (traktaty i konwencje), www.oas.org (Organizacja Państw Amerykańskich), www.corteidh.or.cr (Międzypamerykański Trybunał Praw Człowieka), www.cidh.oas.org (Międzypamerykańska Komisja Praw Człowieka) oraz www.europa.int (Portal Unii Europejskiej).

Interamerykański system ochrony praw człowieka

Geneza i ogólne podstawy amerykańskiego systemu ochrony praw człowieka

Ruch zjednoczeniowy w krajach Ameryki Łacińskiej rozpoczął się we wczesnych latach XIX w., gdy latynoamerykańskie republiki uzyskały niepodległość. W pierwszej połowie XIX w. zostały one uznane zarówno przez Stany Zjednoczone, jak i przez Wielką Brytanię, a ogłoszona w tym czasie doktryna Monroe'a gwarantowała nieingerencję Europy w stosunki wewnątrzamerykańskie. W 1822 r. Simón Bolívar zainicjował powstanie Konfederacji Republik Amerykańskich, co zaowocowało powstaniem w 1890 r. Unii Republik Amerykańskich (Unii Panamerykańskiej¹) w czasie I Międzynarodowej Konferencji Państw Amerykańskich w Waszyngtonie. W teorii organizacja ta miała służyć rozwojowi kontaktów, głównie gospodarczych, między krajami Ameryki, lecz w rzeczywistości przede wszystkim ułatwiała Stanom Zjednoczonym ekspansję gospodarczą w tym regionie.

W pierwszej połowie XX w. w stolicach różnych krajów Ameryki Łacińskiej odbyło się osiem Konferencji Państw Amerykańskich, które miały charakter głównie organizacyjny i służyły wzmocnieniu poczucia jedności w ramach organizacji. Od chwili wybuchu II wojny światowej spotkania konsultacyjne ministrów spraw zagranicznych państw członkowskich Unii (w latach 1939, 1940 oraz 1942) skupiały się na omawianiu problemów państw amerykańskich powstałych w jej wyniku.

¹ Unia Panamerykańska powstała z przekształcenia Biura Handlowego Republik Amerykańskich, utworzonego w 1889 r. w czasie I Konferencji Panamerykańskiej w Waszyngtonie – szerzej na ten temat zob. A. H. Robertson, J. G. Merrills, *Human Rights in the World*, Manchester 1996, s. 197.

Najważniejsza spośród interamerykańskich powojennych konferencji odbyła się w Bogocie w 1948 r. Od niej datuje się też faktyczny początek systemu interamerykańskiego we współcześnie znanym kształcie².

Organizacja Państw Amerykańskich

Amerykański system ochrony praw człowieka został stworzony przez Organizację Państw Amerykańskich (OPA). W jego skład wchodzi wszystkie państwa kontynentu amerykańskiego z wyjątkiem Gujany, Kuby i Kanady³. Organizacja Państw Amerykańskich wywodzi się z powołanej w 1890 r. w Waszyngtonie Unii Republiki Amerykańskich. Obecną nazwę przyjęto w czasie IX Konferencji Państw Amerykańskich w 1948 r. w Bogocie. Jej członkami są państwa Ameryki Łacińskiej (od 1962 r. bez Kuby) oraz Stany Zjednoczone i Kanada – łącznie 34 państwa. Celem OPA jest umacnianie pokoju i bezpieczeństwa kontynentu amerykańskiego, pokojowe regulowanie sporów między państwami członkowskimi, wspólne rozwiązywanie problemów ekonomicznych, społecznych i politycznych, a także udzielanie sobie wzajemnej pomocy⁴.

Obecnie OPA działa w oparciu o postanowienia Karty Organizacji Państw Amerykańskich podpisanej w 1948 r. w Bogocie, obowiązującej od grudnia 1951 r., do której wprowadzono zmiany: w 1967 r. postanowieniami Protokołu z Buenos Aires; w 1985 r. postanowieniami Protokołu z Kartaginy; w 1992 r. postanowieniami Protokołu z Waszyngtonu oraz w 1993 r. postanowieniami Protokołu z Mangui. Jest ona traktatem wielostronnym i niejako Konstytucją Organizacji. Karta w swej pierwotnej formie w niewielu punktach nawiązywała do praw człowieka⁵. Spośród najważniejszych artykułów Karty na uwagę niewątpliwie zasługuje art. 3 (obecnie art. 5). Przyznaje on wszystkim jednostkom fundamentalne prawa bez względu na narodowość, płeć, rasę czy wyznanie. Brak definicji pojęcia „fundamentalne prawa jednostki” wytworzył jednak niekorzystny obszar indywidualnej interpretacji tego sformułowania. Równie ważny jest art. 13 (obecnie art. 16), przyznający każdemu państwu prawo do rozwoju życia kulturalnego, publicznego i ekonomicznego w sposób wolny i naturalny, zobowiązujący jednocześnie państwa do poszanowania zasad powszechnej moralności oraz praw jednostki w wyżej wymienionym procesie wolnego rozwoju⁶. Istotną wadą pierwotnej wersji Karty był fakt, iż nie stworzyła ona żadnych instytucji czy mechanizmów, których zadaniem byłaby ochrona praw, o których traktowała. Dopiero pierwsza poprawka Karty (w wy-

² Szerzej na ten temat zob. S. Davidson, *The Inter-American Human Rights System*, Aldershot 1997.

³ A. Łopatka, *Międzynarodowe prawo praw człowieka. Zarys*, Warszawa 1998.

⁴ *Nowa encyklopedia powszechna PWN*, t. 4, Warszawa 1997.

⁵ A. Wąsiewicz-Szczepańska, *Interamerykański system ochrony praw człowieka*, [w:] *Ochrona praw człowieka w świecie*, red. L. Wiśniewski, Bydgoszcz–Poznań 2000.

⁶ *The Inter-American System for Human Rights*, red. D. Harris, S. Livingstone, Oxford 1998.

niku postanowień Protokołu z Buenos Aires z 1967 r.), a także następna (Protokół z Kartaginy z 1985 r.) wniosły szczególnie ważne zmiany, które wraz z charakterystyką Międzyamerykańskiej Komisji Praw Człowieka zostaną omówione w dalszej części artykułu. Szczególne znaczenie ma również jej połączenie z dwoma innymi dokumentami, do których odsyła, a mianowicie Amerykańską Deklaracją Praw i Obowiązków Obywatela oraz Amerykańską Konwencją Praw Człowieka. Deklaracja Amerykańska została przyjęta w maju 1948 r. w czasie IX Konferencji OPA, lecz nie ma charakteru prawnie wiążącego. W jej świetle prawa człowieka wypływają nie z faktu bycia obywatelem danego państwa, lecz istota ludzką. Prawa i obowiązki człowieka są powiązane ze wszelką działalnością polityczną, a także społeczną państwa – są ograniczone prawami innych ludzi i wymogami powszechnego dobrobytu czy demokracji⁷. Szczególny charakter powyższej Deklaracji wzmocniony został treścią Protokołu dodatkowego, stanowiącego, iż międzynarodowa ochrona praw człowieka powinna być celem ukierunkowującym rozwój prawa amerykańskiego. Deklaracja zawiera katalog 27 praw i obowiązków, który wpłynął na zwiększenie mocy jej statusu prawnego. Katalog obejmuje szeroko pojęte wolności indywidualne, prawa socjalne, ekonomiczne, kulturalne oraz prawa i wolności publiczne. Zawierają się w nim między innymi: prawo do życia, równości wobec prawa, wolności i bezpieczeństwa, prawo do swobodnego przemieszczania się, prawo do wolności wyznania, narodowości, zrzeszania się, prawo do wyrażania opinii, prywatności. Mimo że Deklaracja przyjęta została w formie zwykłej uchwały i nie oczekiwano, iż będzie wywoływać w dużym stopniu efekty prawne, okazuje się jednak, że obecnie zasięg jej oddziaływania jest szeroki.

Drugim, najważniejszym, instrumentem normatywnym w amerykańskim systemie ochrony praw człowieka jest Amerykańska Konwencja Praw Człowieka.

Amerykańska Konwencja Praw Człowieka – charakterystyka

Akt ten, wraz z protokołami⁸, został uchwalony w San José (Kostaryka) 22 listopada 1969 r., a wszedł w życie dopiero 18 lipca 1978 r. Na jego mocy powstał Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka, którego celem miało być rozpatrywanie między państwowych sporów oraz sporów wynikających ze skarg indywidualnych. Chcąc stać się stroną Konwencji, państwo było zobowiązane do złożenia deklaracji uznającej jurysdykcję tego Trybunału. Nie było natomiast potrzeby składania deklaracji o uznaniu kompetencji Międzyamerykańskiej Komisji Praw Człowieka – drugiego co do ważności organu OPA w dziedzinie ochrony praw człowieka.

⁷ Tekst Deklaracji jest dostępny w zbiorze sporządzonym przez Międzyamerykańską Komisję Praw Człowieka: *Recueil des normes en vigueur en matière des droits de l'homme*, Washington 1978.

⁸ Protokół dodatkowy do Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka dotyczący praw gospodarczych, socjalnych i kulturalnych, znany także jako Protokół z San Salvador (San Salvador, 17 XI 1988 r.) oraz Protokół do Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka dotyczący zniesienia kary śmierci (otwarty do podpisu 8 VI 1990 r.).

Stronami paktu z San José jest osiemnaście krajów tego kontynentu⁹, których językiem urzędowym jest portugalski (Brazylia) lub hiszpański. Wyjątek stanowi Kuba, która ze względu na swój ustrój nie ma możliwości uczestnictwa. Oprócz wyżej wymienionych państw, do Paktu z San José przystąpiło sześć krajów karaibskich (Barbados, Dominikana, Grenada, Haiti, Jamajka, Surinam, Trynidad i Tobago), lecz jedynie trzy spośród nich uznały obowiązkową jurysdykcję Trybunału (Haiti, Surinam, Trynidad i Tobago). Jurysdykcji Trybunału z San José nie uznały ani Stany Zjednoczone, ani Kanada, wobec czego amerykański system ochrony praw człowieka w oparciu o Amerykańską Konwencję jest właściwie systemem latynosko-karaibskim¹⁰.

Konwencja jest wielostronną regionalną umową międzynarodową dotyczącą praw człowieka i podstawowych wolności wiążącą w sposób prawny państwa, które ją ratyfikowały. Jednak jej Protokoły dodatkowe mają specjalistyczną naturę i ich ratyfikacja czy związanie się w inny sposób wymagają równoczesnego ratyfikowania Konwencji.

W świetle tego dokumentu ideał człowieka wszechstronnego, wolnego od strachu może być osiągnięty jedynie wówczas, gdy zostaną stworzone warunki, w których każdy mógłby korzystać zarówno ze swoich praw politycznych i osobistych, jak i praw socjalnych, kulturalnych i ekonomicznych¹¹.

Strony Konwencji zobowiązały się respektować wszystkie prawa i wolności zawarte w katalogu Konwencji, przysługujące osobom podlegającym ich jurysdykcji. Dokument ten został uzupełniony klauzulą antydyskryminacyjną oraz zobowiązaniem państw–stron do podjęcia wszelkich możliwych działań w celu stopniowego zapewnienia prawa do edukacji, nauki i kultury oraz pełnego korzystania z praw wypływających z norm ekonomicznych i społecznych.

Konwencja, w dużym stopniu wzorowana na Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, zawiera obszerny katalog praw i wolności publicznych oraz wolności indywidualnych. Prawa gospodarcze, socjalne i kulturalne – jedynie zaakcentowane w samej treści konwencji (art. 26) – zostały szerzej omówione w Protokole dodatkowym do Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka dotyczącym praw gospodarczych, socjalnych i kulturalnych (San Salwador, 17 listopada 1998 r.). Akt ten ustanawia ponadto szczególne uprawnienia dla dzieci, osób niepełnosprawnych czy w podeszłym wieku. Niezaprzeczalną i główną wadą wyżej wymienionej regulacji jest brak możliwości dochodzenia są-

⁹ *Inter-American on Human Rights. Basic Documents pertaining to Human Rights in the Inter-American System*, The General Secretariat of the Organization of American States, Washington 2001.

¹⁰ Od 26 V 1999 r. Trynidad i Tobago nie jest stroną Konwencji. Do OPA należy obecnie 35 państw, które uznają Kubę za prawowitego członka, pomimo jej nieuczestnictwa od 1962 r. w pracach organizacji. Poza systemem Konwencji (z wyjątkiem Belize i Gujany) pozostaje kilka wyspiarskich państw Małych i Wielkich Antyli. Por. W. Dobrzycki, *System międzyamerykański*, Warszawa 2002.

¹¹ Tekst Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka jest dostępny w: *Human Rights in International Law Basic Texts*, Strasbourg 1991.

dowego przewidzianych w niej praw¹². Państwa–strony Protokołu salwadorskiego zobowiązały się tym samym do podjęcia wszelkich niezbędnych działań w celu pełnego respektowania zawartych w nim praw.

Ponadto państwa–strony Protokołu mają obowiązek zdawania okresowego raportu z zakresu realizacji praw gospodarczo-społecznych Międzyamerykańskiej Komisji Praw Człowieka, a także organom Organizacji Państw Amerykańskich.

Innym ważnym elementem Paktu z San José jest formuła o korelacji między obowiązkami a prawami jednostki. Art. 32 Konwencji stanowi, iż każda osoba ma obowiązki wobec swojej rodziny, społeczeństwa i ludzkości¹³, natomiast prawa te ograniczone są przez wymóg dobra wspólnego w demokratycznym społeczeństwie, wspólne bezpieczeństwo czy prawo bliźniego.

Konwencja precyzuje również warunki zawieszania stosowania niektórych praw. Zawieszenie gwarancji może nastąpić jedynie w przypadku wojny, zagrożenia niepodległości, bezpieczeństwa państwa lub niebezpieczeństwa publicznego. Ponadto wobec państwa istnieje wymóg konieczności notyfikowania, na jaki czas zostały podjęte środki uchylające zobowiązania tego państwa wynikające z Konwencji oraz tego, jaki jest ich zakres. Jednakże środki objęte klauzulą antydyskryminacyjną nie mogą być sprzeczne z zobowiązaniami prawnomiędzynarodowymi tego państwa. Istnieje jednak grupa praw, które w żadnej sytuacji nie mogą być zawieszane. Określa je art. 27 (2): prawo do osobowości prawnej, prawo do ludzkiego traktowania, prawo do życia, wolność od niewolnictwa, wolność sumienia i wyznania, wolność od praw *ex post facto*, prawo do nazwiska dziecka, prawa rodziny, prawo do udziału w rządzie, prawo do obywatelstwa oraz zasadnicze gwarancje sądowe w celu ochrony tych praw.

Struktura instytucjonalna interamerykańskiego systemu ochrony praw człowieka

Międzynarodową kontrolę nad przestrzeganiem Konwencji sprawują dwa organy – Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka oraz Międzyamerykańska Komisja Praw Człowieka.

Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka, utworzony w 1978 r., składa się z siedmiu sędziów będących obywatelami państw OPA¹⁴. Sędziowie są wybierani w Zgromadzeniu Ogólnym OPA bezwzględną większością głosów państw–stron

¹² Aby zapewnić skuteczność prawom gospodarczo-społecznym, latynoska doktryna proponuje tzw. „orzeczenie sygnalizacyjne w wersji włoskiej”, które polegałoby na wydaniu przez Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka wyroku, w którym wyznaczyłby krajowemu parlamentowi termin na usunięcie uchybień w prawach z dziedziny intelektualnych lub materialnych wymiarów jednostki. Następnie, w przypadku niedostosowania się do nakazu przez ustawodawcę, Trybunał wydałby drugi wyrok, przyznający odszkodowanie osobie poszkodowanej. Por. R. Hernandez Valle, *La Tutela Jurisdiccional de los Derechos Prestacionales en el Sistema Interamericano en Relacion con las Legislaciones Nacionales*, San José 1998.

¹³ Ich szczegółową listę zawiera Amerykańska Deklaracja Praw i Obowiązków Człowieka.

¹⁴ Kworum stanowi pięciu sędziów.

Konwencji spośród kandydatów przedstawionych przez te państwa¹⁵. Sędziowie mogą sprawować tę funkcję przez okres najwyżej dwunastu lat, w dwóch sześcioletnich kadencjach. Pierwszy skład sędziowski Trybunału został wybrany w maju 1979 r. Szczególne przywileje ma sędzia reprezentujący państwo, które przekazało sprawę do Trybunału – to on ma zawsze prawo do rozpatrzenia tej sprawy. Natomiast państwa nieposiadające swojego narodowego sędziego do rozpatrzenia sprawy mogą powołać sędziego *ad hoc*.

Normy, w oparciu o które Trybunał wypełnia swoje funkcje, zawarte są w trzech instrumentach – Konwencja, Statut Trybunału oraz tzw. Zasady Proceduralne. Konwencja stanowi, iż Statut Trybunału powinien być sporządzony przez Trybunał oraz zatwierdzony przez Zgromadzenie Ogólne OPA; stanowi ona również, iż w zakresie kompetencji Trybunału znajduje się konieczność określenia zasad proceduralnych.

Projekt Statutu zaprezentowany Zgromadzeniu Ogólnemu OPA został w sposób znaczący zmieniony i zatwierdzony przez powyższe gremium. Jedną z ważniejszych poprawek stanowi postulat, iż każde państwo członkowskie OPA, bez względu na fakt, czy jest równocześnie sygnatariuszem Konwencji, czy nie, ma prawo wносить propozycje poprawek do Statutu Trybunału. Powyższy postulat gwarantuje każdemu państwu członkowskiemu możliwość wpływania na funkcjonowanie Trybunału¹⁶.

Siedzibą Trybunału jest obecnie San José – stolica Kostaryki, jednakże w każdej chwili, większością dwóch trzecich głosów państw członkowskich OPA, siedziba Trybunału może zostać przeniesiona na terytorium któregośkolwiek z państw członkowskich, pod warunkiem wyrażenia przez nie zgody.

Pierwotny projekt Statutu Trybunału przedstawiony Zgromadzeniu Ogólnemu OPA w 1979 r. przewidywał utworzenie stałego trybunału, składającego się z pełnoetatowych sędziów. Postulat ten był poparty przekonaniem, iż trybunał sprawujący swą władzę w wymiarze niepełnoetatowym może zaświadczać o mało wiarygodnym i niestabilnym wizerunku tej instytucji. Zgromadzenie Ogólne sprzeciwiło się powyższemu postulatowi, między innymi obawiając się nadmiernego obciążenia finansowego, ustanawiając tym samym Trybunał, w skład którego wchodzi niepełnoetatowi sędziowie.

Fakt ten umożliwia sędziom znaczącą swobodę działania, gdyż w oparciu o postanowienia Zgromadzenia Ogólnego sędziowie mają prawo podejmować również inne prace z wyjątkiem funkcji sprawowanych na rzecz rządu swojego państwa. Zatem sędziowie nie mają także obowiązku stałego zamieszkania na terenie Kostaryki, jednakże Zgromadzenie Ogólne zastrzega, iż sędziowie muszą być dyspozycyjni wobec Trybunału, a w przypadku sytuacji wyjątkowej zobowiązani są zrezygnować z pozostałych swoich funkcji na rzecz funkcji sędziego Trybunału

¹⁵ Państwo może zaproponować trzech kandydatów, z zastrzeżeniem, iż co najmniej jeden z nich musi być obywatelem innego państwa.

¹⁶ Szerzej na ten temat zob. S. Davidson, *The Inter-American Court of Human Rights*, Aldershot 1992.

i tym samym mają obowiązek pozostania na terenie Kostaryki tak długo, jak wymagać tego będzie sytuacja¹⁷.

Międzypamerykański Trybunał Praw Człowieka pełni w głównej mierze dwie funkcje¹⁸: rozstrzyga w przypadku naruszenia Konwencji przez państwo (tzw. orzecznictwo rozstrzygające) oraz pełni funkcję doradczą poprzez dokonywanie interpretacji Konwencji na wniosek państw członkowskich czy jednego z organów OPA (tzw. orzecznictwo doradcze). W obu przypadkach Międzypamerykański Trybunał Praw Człowieka działa na wniosek państw–stron Konwencji oraz po wyczerpaniu toku postępowania wewnątrzpaństwowego. Jurysdykcja Trybunału nie obowiązuje automatycznie z chwilą ratyfikowania Konwencji; aby przyjąć jurysdykcję Trybunału, państwo zobowiązane jest złożyć specjalną deklarację o uznaniu jego kompetencji w kwestii interpretacji lub stosowania Konwencji¹⁹. W sprawach o naruszenie Konwencji przez państwo będące jej stroną jedynymi podmiotami uprawnionymi do składania wniosków do Międzypamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka są: Międzypamerykańska Komisja Praw Człowieka, państwa członkowskie OPA oraz osoba prywatna – wyłącznie za pośrednictwem Komisji²⁰. Ponadto zarówno państwo wnoszące skargę, jak i państwo przeciwko któremu skarga ta jest wnoszona, muszą uprzednio zaakceptować (poprzez złożenie deklaracji) jurysdykcję Trybunału.

Postępowanie przed Trybunałem kończy wyrok zapadający większością głosów. Jest on ostateczny i wiążący państwa–strony Konwencji – są one zobowiązane do wykonania orzeczenia. Może ono przybierać różne formy, takie jak: naprawienie skutków naruszenia, wypłata odszkodowania lub zapewnienie pokrzywdzonemu korzystania z naruszonych wolności i praw. Jednakże Konwencja nie przewiduje formalnej procedury wdrażającej wyroki Trybunału wobec państwa. Istnieje natomiast pewne zabezpieczenie tej kwestii w postaci art. 65 Konwencji, stanowiącego, iż w przypadku niedostosowania się do wyroku Trybunału przez państwo, Trybunał ma prawo zgłosić ten fakt Zgromadzeniu Ogólnemu OPA, które ma prawo przedyskutować tę sprawę oraz nałożyć na państwo sankcje polityczne w granicach własnego uznania.

Kolejną bardzo ważną funkcją Trybunału jest funkcja doradcza (wydawanie opinii). Zakres powyższej funkcji jest najobszerniejszy, jaki dotychczas powierzono trybunałowi międzynarodowemu. Międzypamerykański Trybunał Praw Człowieka może wydać opinię dotyczącą zarówno wykładni Paktu z San José, jak i jakiegokolwiek innej umowy międzynarodowej dotyczącej praw człowieka na kon-

¹⁷ D. Shelton, *Improving Human Rights Protection: Recommendations for Enhancing the Effectiveness of the Inter-American Commission and the Inter-American Court of Human Rights*, „American University International Law Review” 1998, No. 7.

¹⁸ S. Davidson, *op. cit.*

¹⁹ Państwo może taką deklarację złożyć w dogodnym dla siebie momencie.

²⁰ Wyjątek stanowią: naruszenie prawa do nauki oraz prawa do zrzeszania się w związku zawodowe – wówczas jednostka może samodzielnie złożyć skargę do Trybunału.

tyncie amerykańskim²¹, podczas gdy Trybunał w Strasburgu może dokonywać jedynie wykładni Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Państwa członkowskie OPA mogą również zwrócić się do Międzyamerykańskiego Trybunału z prośbą o wydanie opinii w kwestii stopnia dostosowania ich prawa wewnętrznego do wymogów Konwencji. Międzyamerykański Trybunał Praw Człowieka może wydać takie opinie na wniosek organu OPA lub państwa członkowskiego OPA, niekoniecznie będącego sygnatariuszem Konwencji. Niestety, jak do tej pory Trybunał otrzymał zaledwie kilka wniosków o wydanie opinii. Działalność Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka podlega nadzorowi Zgromadzenia Ogólnego OPA – Trybunał corocznie przedkłada mu sprawozdanie ze swej działalności.

Drugą niezwykle istotną instytucją wchodzącą w skład struktury instytucjonalnej interamerykańskiego systemu ochrony praw człowieka jest Międzyamerykańska Komisja Praw Człowieka, utworzona w 1959 r. w czasie V Spotkania Konsultacyjnego Ministrów Spraw Zagranicznych. W ciągu następnego roku Stała Rada OPA zatwierdziła Statut Komisji oraz wybrała pierwszych jej członków. Jako że Karta OPA nie przewidywała założenia Komisji, Stała Rada OPA desygnowała ją jako „autonomiczną jednostkę” Organizacji Państw Amerykańskich, której głównym celem była promocja ochrony praw człowieka. Art. 9 Statutu Komisji z 1960 r. upoważniał Komisję do sporządzania opinii i wydawania rekomendacji odnośnie do konieczności stopniowego wprowadzania norm stojących na straży ochrony praw człowieka do prawa wewnętrznego państw członkowskich OPA²².

Z czasem do zakresu funkcji Komisji dołączono sporządzanie tzw. raportów krajowych, która to funkcja sprawowana jest przez Komisję do dziś, oraz przyjmowanie i rozpatrywanie skarg. Dopiero na mocy Protokołu z Buenos Aires z 1967 r. Międzyamerykańska Komisja Praw Człowieka została uznana za jeden z głównych organów Organizacji Państw Amerykańskich.

W skład Komisji wchodzi siedmiu członków, nominowanych bezwzględną większością głosów przez państwa członkowskie OPA (z wyjątkiem przewodniczącego, który wybierany jest absolutną większością głosów), zatwierdzanych przez Zgromadzenie Ogólne OPA. Kadencja członków Komisji trwa cztery lata z jednokrotną możliwością reelekcji. Istnieje również kryterium narodowości w obrębie składu Komisji – może być wybrany tylko jeden przedstawiciel z danego państwa. Jednym z kryteriów wyboru są zalety osobiste kandydata oraz kompetencje w dziedzinie praw człowieka.

Siedzibą Komisji jest Waszyngton – stolica Stanów Zjednoczonych. Do głównych jej zadań należy szerzenie poszanowania i ochrony praw człowieka. Komisja jest organem doradczym, posiada uprawnienia do przyjmowania skarg,

²¹ Zob. art. 64 Konwencji.

²² D. J. Padilla, *The Inter-American Commission on Human Rights of the Organization of American States*, „American University International Law Review” 1993, Vol. 9, No. 1.

podejmowania czynności śledczych i dowodowych, lecz mimo to nie posiada władczych uprawnień rozstrzygających. Wobec powyższego działalność Komisji sprowadza się do obowiązku sporządzania rekomendacji dla rządów państw członkowskich w celu przyjęcia „postępowych środków na rzecz praw człowieka, w ramach ich prawa krajowego”, rozwijania „świadomości ludów Ameryki w zakresie praw człowieka”, odpowiadania na pytania państw członkowskich dotyczące praw człowieka, a także świadczenie w tym zakresie usług doradczych²³.

Komisja zobowiązana jest do sporządzania corocznego sprawozdania ze swojej działalności oraz do przesyłania go do Zgromadzenia Ogólnego OPA.

Jednym z głównych obszarów działalności Komisji jest sporządzanie tzw. raportów krajowych (ang. *country studies*)²⁴. Tematem powyższych raportów jest obraz stanu realizacji praw człowieka w poszczególnych krajach kontynentu amerykańskiego. Raport krajowy sporządzany jest na wniosek państwa, którego dokument ten ma dotyczyć, organu OPA lub z własnej inicjatywy Komisji.

Drugą, niezwykle ważną formą działalnością Komisji jest rozpatrywanie skarg²⁵ dotyczących naruszenia praw człowieka. Ze skargą wystąpić może zarówno grupa osób lub pojedyncze osoby, jak i organizacje pozarządowe działające w sposób legalny na terenie jednego lub kilku państw członkowskich. Skarga może być przyjęta do zatwierdzenia jedynie po uprzednim wykorzystaniu krajowych środków prawnych²⁶. Skarga musi być wniesiona w terminie sześciu miesięcy od daty zawiadomienia strony, której prawa zostały potencjalnie naruszone. W zależności od tego, czy państwo jest jedynie sygnatariuszem Amerykańskiej Deklaracji Praw i Obowiązków Człowieka (czyli członkiem OPA), czy też ponadto sygnatariuszem Paktu z San José (Amerykańska Konwencja Praw Człowieka), skarga może zostać skierowana przeciwko każdemu krajowi tej organizacji lub jedynie przeciwko tym, które uznały uprawnienia Komisji w zakresie naruszenia praw przewidzianych w drugim wymienionym dokumencie. Komisja ma również prawo wystąpić samodzielnie z inicjatywą postępowania skargowego.

Inne osiągnięcia regionalne w ramach OPA

Amerykańska Konwencja Ochrony Praw Człowieka jest niewątpliwie największym osiągnięciem Organizacji Państw Amerykańskich w dziedzinie ochrony praw czło-

²³ www.cidh.oas.org.

²⁴ Model raportów krajowych wykształcił się na początku lat 60., na bazie sprawy Dominikany. Raport w powyższej sprawie oraz inne raporty dotyczące pozostałych państw tego kontynentu w latach 1960–1967 można znaleźć w: *The Organization of American States and Human Rights 1960–1967*, cz. 2, 1972.

²⁵ Nazywanych również „zawiadomieniami”.

²⁶ Warunek ten nie musi być spełniony jeżeli wiadomo, że ustawodawstwo krajowe danego państwa nie zapewnia właściwego wymiaru sprawiedliwości dla ochrony praw, które zostały przypuszczalnie naruszone albo stronie odmówiono dostępu lub przeszkodzone w wykorzystaniu środków odwoławczych przewidzianych prawem krajowym lub też doszło do zwłoki w wydaniu ostatecznego orzeczenia w związku ze wspomnianymi środkami odwoławczymi – zob. B. Banaszak et al., *System ochrony praw człowieka*, Kraków 2003.

wieka w tym regionie, jednakże nie jedynym. Już w latach 1928–1954 Organizacja Państw Amerykańskich miała ogromny wkład w powstanie czterech konwencji dotyczących kwestii azylu politycznego, a w latach 1933–1948 umożliwiła powstanie kilku konwencji traktujących o politycznych i obywatelskich prawach kobiet.

W ostatnich latach wiele innych konwencji z zakresu praw człowieka przeszło procedurę negocjacji. Międzyamerykańska Konwencja w Sprawie Zapobiegania i Karania Tortur została uchwalona w 1985 r., w rok po Konwencji w ramach Organizacji Narodów Zjednoczonych dotyczącej tej samej kwestii. Podobnie jak Konwencja ONZ, Międzyamerykańska Konwencja definiuje pojęcie tortur, zobowiązuje strony do zapobiegania ich stosowaniu i karania za ich użycie, a także zawiera klauzule odnoszące się do jednostek odpowiedzialnych za nadzór osób oskarżonych o stosowanie tortur oraz dotyczące kwestii ekstradycji przestępcy. Jednak, w przeciwieństwie do Konwencji ONZ, Międzyamerykańska Konwencja uwzględnia jedynie zagadnienie tortur, nie obejmuje natomiast innych form maltretowania. Niestety zakres kompetencji organów kontrolnych jest w tej kwestii bardzo ograniczony²⁷. Natomiast państwa zobowiązane są jedynie do informowania Międzyamerykańskiej Komisji o stopniu wypełniania postulatów powyższej Konwencji, a Międzyamerykańska Komisja ma obowiązek przedstawić powyższy stan faktyczny w swoim corocznym raporcie. Międzyamerykańska Konwencja w Sprawie Zapobiegania i Karania Tortur weszła w życie w 1987 r., lecz została ratyfikowana jedynie przez połowę państw członkowskich OPA.

W 1994 r. zostały uchwalone dwie kolejne konwencje w ramach OPA. Konwencja o Przeciwdziałaniu, Karaniu i Eliminowaniu Przemocy Wobec Kobiet reguluje kwestie wymienione w jej tytule. Traktująca o tych samych kwestiach Deklaracja została wydana w 1994 r. przez Zgromadzenie Ogólne Organizacji Narodów Zjednoczonych, lecz w przeciwieństwie do Konwencji, Deklaracja nie nakłada na państwa żadnych wiążących obowiązków. Konwencja definiuje pojęcie przemocy wobec kobiet, uwzględniając jej wymiar fizyczny, psychologiczny i seksualny (art. 2), wymienia podstawowe prawa kobiet oraz nakłada pewne obowiązki na państwa–strony, mające na celu zmniejszenie skali tego zjawiska. Przewidziany jest również potrójny mechanizm ochrony. Pierwszy z nich zobowiązuje państwa do sporządzania raportów dla Międzyamerykańskiej Komisji Kobiet o stopniu implementacji Konwencji (art. 10). Drugi mechanizm upoważnia zarówno państwa–sygnatariuszy Konwencji, jak i Międzyamerykańską Komisję Kobiet do starania się o uzyskanie opinii doradczych od Międzyamerykańskiego Trybunału Praw Człowieka (art. 11), natomiast ostatni mechanizm zezwala zarówno jednostkom, jak i organizacjom pozarządowym na składanie petycji do Międzyamerykańskiej Komisji odnośnie do obowiązków wymagających natychmiastowej implementacji. Konwencja ta weszła w życie w marcu 1995 r., lecz ratyfikowana została jedynie przez dwa państwa.

²⁷ Na potrzeby tej Konwencji nie utworzono nowych organów nadzorujących problem stosowania tortur w krajach członkowskich.

Kolejna konwencja sporządzona w ostatnich latach to Międzyamerykańska Konwencja o Wymuszonych Zaginięciach Osób. Powyższa Konwencja wzmacnia postulaty zawarte wcześniej w podobnej pod względem tematyki Deklaracji Zgromadzenia Ogólnego ONZ z 1992 r. Konwencja obliguje państwa do podjęcia działań w celu eliminowania oraz karania praktyk związanych z wymuszonymi zaginięciami, do współpracy w tym zakresie oraz do stworzenia warunków umożliwiających implementację jej postulatów. Pojęcie wymuszonych zaginięć zostało zdefiniowane w art. 2 Konwencji, w którym określone zostały również klauzule dotyczące kwestii ekstradycji oraz postępowania sądowego. Na szczególną uwagę zasługują klauzule wykluczające możliwość obrony w ramach nadrzędnej instytucji sądowej (art. 8), zakazujące wykorzystywania specjalnych trybunałów (art. 10) oraz derogacji (art. 11). Procedura kontroli jest tożsama z procedurą nadzoru w ramach Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka, czyli podlega kompetencjom Międzyamerykańskiej Komisji i Trybunału. Wymuszone zaginięcia stanowią pogwałcenie prawa międzynarodowego, więc w tej kwestii Konwencja jedynie wzmacnia zasadność przeciwdziałania temu zjawisku.

Powyższe osiągnięcia świadczą o tym, iż Organizacja Państw Amerykańskich w ostatnich latach zmodyfikowała w sposób znaczący podejście do kwestii praw człowieka w regionie amerykańskim, będącym obszarem wieloletnich, rażących nadużyć w związku z istnieniem dyktatur wojskowych. Przemiana ta zapoczątkowana została w latach 80. XX w. i doprowadziła nie tylko do przyjęcia nowych konwencji, a wraz z nimi do ogólnej poprawy sytuacji praw człowieka w tym regionie, lecz również do zmian w samych strukturach Organizacji Państw Amerykańskich.

W tym miejscu należy wspomnieć o dwóch Protokołach, w wyniku których wprowadzono znaczące zmiany do Karty OPA. Pierwszym z nich jest Protokół z Waszyngtonu, przyjęty w 1992 r., który ma dwa podstawowe cele. Pierwszy z nich zakłada, iż państwo członkowskie OPA, które miało demokratycznie utworzony rząd, lecz rząd ten został obalony, może zostać zawieszony w uczestnictwie we wszelkich formach aktywności podejmowanych przez OPA. Zawieszenie wymaga większości dwóch trzecich głosów państw członkowskich i może zostać zastosowane jedynie po uprzednim wykorzystaniu wszystkich środków dyplomatycznych. Postulat ten został włączony do Karty OPA w formie odrębnego artykułu.

Protokół ten również w sposób znaczący zmienia wiele spośród klauzul zawartych w Karcie OPA. Dąży do dalszego umocnienia praw politycznych i obywatelskich poprzez wspieranie demokracji, a równocześnie kładzie nacisk na rozwój praw ekonomicznych i społecznych, widząc w tym szansę na przezwycięzenie problemu biedy.

Następny ważny protokół, który przyczynił się do znaczących przemian w ramach OPA, to Protokół z Mangui. Jego celem jest dalsza promocja praw gospodarczych; w tym celu restrukturyzuje on odpowiednie części Karty w taki sposób, by w niedługiej przyszłości mogła powstać Międzyamerykańska Rada Roz-



woju Gospodarczego w miejsce obecnie istniejących Międzyamerykańskiej Rady Ekonomicznej i Społecznej oraz Międzyamerykańskiej Rady Edukacji, Nauki i Kultury. Wejście w życie tego Protokołu będzie równoznaczne z fundamentalnym przekształceniem OPA i jej roli w tym regionie.

Jednak ani Protokół z Waszyngtonu, ani Protokół z Mangui nie weszły jeszcze w życie²⁸, lecz zważywszy na fakt, iż większa część tego regionu pozbawiona była przez wiele lat demokracji i rozwoju, inicjatywa ta jest ogromnym krokiem naprzód.

Europejski system ochrony praw człowieka

Geneza i ogólne podstawy europejskiego systemu praw człowieka w ramach Rady Europy

Czynniki, które doprowadziły do utworzenia uniwersalnego systemu ochrony praw człowieka w ramach Organizacji Narodów Zjednoczonych, odniosły podobny skutek w Europie i bezpośrednio przyczyniły się do powstania europejskiego systemu ochrony praw człowieka.

Jednym z czynników była naturalna reakcja na nazizm i faszyzm – ideologie, które przyczyniły się do wywołania II wojny światowej, a w jej konsekwencji do śmierci milionów ludzi. Odrzucenie przez te ideologie zasady niezbywalnych praw człowieka nie było przypadkowe, lecz wynikało z przemyślanej polityki, było wręcz jej warunkiem wstępnym, niezbędnym do osiągnięcia wpływu, przewagi czy wreszcie panowania²⁹.

Kolejnym bodźcem do utworzenia europejskiego systemu ochrony praw człowieka była sytuacja w pierwszych latach powojennych w Europie. Tuż po wojnie konieczne okazało się stworzenie systemu ochrony, nie tylko przed ewentualnym odnowieniem się przedwojennych dyktatur, lecz również przed sowieckim despotyzmem zagrażającym znacznej części kontynentu. Postulatом wywalczonym przez rewolucję francuską – spośród których wiele zawartych zostało w *Bill of Rights* czy we wcześniejszej *Magna Carta* – zaczęła zagrażać nowa doktryna polityczna, w świetle której dyktatura proletariatu oddawała całą władzę w ręce Rad Delegatów Robotniczych i Żołnierskich, deprecjonując tym samym rolę i potrzeby jednostki. Ochrona demokracji oraz utrzymanie norm prawa wymagało stworzenia fundamentów, które mogłyby być siłą zdolną do przeciwstawienia się tyranii i wszelkim formom totalitaryzmu, fundamentom, na których mogłaby zostać oparta ochrona godności ludzkiej. Podstawy te wkrótce zostały stworzone, a na ich kształt niewątpliwie wpływ miało kilka okoliczności. 14 sierpnia 1941 r. została podpisana Karta Atlantyczna, której założenia potwierdzone zostały w Deklaracji Narodów Zjednoczonych 1 stycznia 1942 r., a trzy lata później znalazły swoje od-

²⁸ Wymagana jest do tego większość dwóch trzecich głosów państw członkowskich.

²⁹ A. H. Robertson, J. G. Merrialls, *Human Rights in Europe*, Manchester 1993.



zwierciedlenie w Karcie Narodów Zjednoczonych. I choć powyższe dokumenty miały charakter ogólny, to jednak ich powszechne znaczenie przyczyniło się do decyzji Kongresu Europejskiego, który odbył się w Hadze w maju 1948 r. Kongres Europejski wyraził m.in. wolę stworzenia Karty Praw Człowieka, gwarantującej wolność myśli, zgromadzeń, a także wolność wyrażania oraz tworzenia politycznej opozycji. Kongres przedstawił także chęć utworzenia Trybunału Sprawiedliwości, który stałby na straży implementacji postulatów Karty oraz miałby prawo nakładania odpowiednich sankcji w przypadku jej niewypełnienia³⁰.

Posiedzenie Kongresu Europejskiego w Hadze było impulsem do powstania struktury instytucjonalnej, której zadaniem byłoby stworzenie systemu stojącego na straży ochrony praw jednostki w Europie; instytucją tą stała się wkrótce Rada Europy.

Rada Europy – skład, podstawowe cele jej działalności oraz sposób funkcjonowania

Rada Europy³¹ (ang. *Council of Europe*) to organizacja państw europejskich powołana do życia dokumentem sporządzonym w Londynie 5 maja 1949 r. w językach angielskim i francuskim, utworzona przez dziesięć państw sygnatariuszy (Królestwo Belgii, Królestwo Danii, Republika Francuska, Irlandia, Republika Włoska, Wielkie Księstwo Luksemburga, Królestwo Holandii, Królestwo Norwegii, Królestwo Szwecji i Zjednoczone Królestwo Wielkiej Brytanii i Północnej Irlandii), jako wynik porozumień Kongresu Europejskiego w Hadze i uchwalenia 10 maja 1948 r. tzw. Odezwy do Europejczyków. Początkowo w kręgu jej zainteresowań znajdowała się odbudowa kontynentu ze zniszczeń wojennych, obrona słabych demokracji, problemy gospodarcze. W latach 80. i 90. Rada Europy zaczęła być postrzegana jako strażnik praworządności i demokracji w Europie. Obecnie Rada Europy jest polityczną organizacją międzyrządową zrzeszającą 46 pluralistycznych demokracji europejskich. Niektóre państwa pozaeuropejskie korzystają ze statusu obserwatora przy Radzie Europy w ramach organów międzyrządowych. Należą do nich: Japonia, Kanada, Meksyk, Stany Zjednoczone oraz Stolica Apostolska. Rada Europy jest organizacją międzynarodową o charakterze koordynacyjnym, całkowicie odrębną od Wspólnot Europejskich; specjalizuje się przede wszystkim w dziedzinie praw człowieka, lecz do jej zadań należą również działania na rzecz współpracy i integracji kontynentu, zacieśnianie współpracy między członkami w dziedzinie gospodarczej, społecznej, kulturalnej, naukowej, prawnej i administracyjnej, ugruntowanie demokracji parlamentarnej, praw człowieka i podstawowych wolności, rozwiązywanie problemów społecznych i związanych z ochroną zdrowia oraz eksponowanie tożsamości kulturowej Europy.

³⁰ A. Van Bloe d, *Monitoring Human Rights in Europe*, Dordrecht 1993.

³¹ *Rada Europy – 800 milionów Europejczyków*, „Biuletyn Ośrodka Informacji i Dokumentacji Rady Europy” 2001, nr 1; *Polska w Radzie Europy – 5 lat członkostwa*, *ibidem*, 1996, nr 4.



Członkiem Rady Europy może się stać każde państwo przestrzegające zasady praworządności, praw człowieka oraz podstawowych wolności. W razie niedopełnienia tego warunku następuje wykluczenie. Może ono nastąpić również w wyniku niewypełniania zobowiązań finansowych. Siedzibą organizacji jest Pałac Europy w Strasburgu. Oficjalnymi językami są francuski i angielski. Rada Europy działa za pośrednictwem trzech następujących organów:

- Komitetu Ministrów – organu decyzyjnego, w skład którego wchodzi 44 państw członkowskich lub ich delegacji zasiadający w Strasburgu³²,
- Zgromadzenia Parlamentarnego – organu „obradującego”, który grupuje 301 członków (i 301 zastępców) pochodzących z 44 parlamentów krajowych oraz delegacje „gości zaproszonych” z państw Europy Środkowej i Wschodniej. Zgromadzenie pracuje w czternastu komisjach,
- Sekretariatu Generalnego – najwyższego organu administracyjnego zatrudniającego około 1500 funkcjonariuszy europejskich. Na jego czele stoi wybierany na pięcioletnią kadencję Sekretarz Generalny.

Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności – charakterystyka

Europejska Konwencja Praw Człowieka³³ (oficjalna nazwa: Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności) to jeden z trzech, obok amerykańskiego i afrykańskiego, regionalnych systemów ochrony praw człowieka; zatwierdzona została przez Radę Europy w 1950 r. w Rzymie. Weszła w życie 8 września 1953 r., zawiera 26 praw i wolności, które zostały uzupełnione przez 12 protokołów dodatkowych (ostatni z 2000 r.) i jest w istocie konstytucyjną kartą wolności oraz praw cywilnych i politycznych dla państw–członków Rady Europy. Dokument ten tworzy zespół kryteriów wymaganych do uznania państwa za prawdziwie demokratyczne i zarazem warunkuje istnienie europejskiego porządku prawnego w dziedzinie ochrony praw jednostki. Głównymi organami Konwencji są (były):

- Europejska Komisja Praw Człowieka, istniała od 1954 r. do 31 października 1999 r.,
- Europejski Trybunał Praw Człowieka, rozpoczął działalność w 1959 r.

Istotną rolę odgrywa również Komitet Ministrów Rady Europy, do którego kompetencji należy podejmowanie decyzji rozstrzygających o naruszeniu Konwencji w sprawach, które nie znalazły się przed Trybunałem, oraz nadzór nad wykonaniem orzeczeń. Na przestrzeni lat dzięki działalności organów Konwencji rozpatrzono kilkadziesiąt tysięcy skarg (w tym 13 międzypaństwowych), powodując

³² A. H. Robertson, J. G. Merrills, *op. cit.*

³³ M. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej*, Kraków 2000; idem, *Słownik Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Kraków 2001; R. Smolski, M. Smolski, E. Stadmueller, *Słownik encyklopedyczny „Edukacja obywatelska”*, Wrocław 1999.



tym samym zmiany w europejskich systemach prawnych w sferze ochrony praw jednostki. Niezwykle ważny jest fakt, iż większość państw skupionych wokół Rady Europy uznało Konwencję za część systemu prawnego, umieszczając jej zasady na równi z ustawodawstwem krajowym, co spowodowało, że postanowienia Konwencji mogą stanowić samodzielną podstawę dochodzenia roszczeń przed sądami czy innymi organami. Jeśli Konwencja pełni jedynie funkcję zobowiązania międzynarodowego, władze państwowe są wciąż zobligowane do zadbania o zgodność prawa i praktyki z zasadami wynikającymi z Konwencji³⁴.

Katalog praw i wolności gwarantowanych Konwencją i Protokołami

Przystąpienie do Konwencji oznacza, że państwo-sygnatariusz zobowiązuje się do przestrzegania i gwarantowania następujących praw i podstawowych wolności³⁵:

- prawo do życia, wolności i nietykalności osobistej, ochronę korespondencji i mieszkania, wolność sumienia i wyznania, wolność przekonań i publikacji, wolność zgromadzeń i zrzeszeń,
- zapewnia prawo do małżeństwa i założenia rodziny,
- gwarantuje prawo do rzetelnego, publicznego procesu sądowego, w rozsądnym terminie, w sprawach karnych i cywilnych,
- zapewnia prawo do skutecznych środków odwoławczych,
- zatwierdza prawo poszanowania życia prywatnego, rodzinnego,
- wprowadza zakaz tortur, niewolnictwa, pracy przymusowej i obowiązkowej,
- znosi karę śmierci.

Katalog podstawowych praw, zawarty w pierwotnym tekście Konwencji, został z czasem uzupełniony w Protokołach nr 1, 4, 6, 7 i 12.

Protokół nr 1 został przyjęty w Paryżu 20 marca 1952 r. (jeszcze zanim sama Konwencja została wdrożona) i wszedł w życie 18 maja 1954 r. Wyżej wymieniony Protokół gwarantuje prawo poszanowania mienia osobistego, prawo do nauki, wraz z obowiązkiem uznania przez państwo prawa rodziców do wychowania i nauczania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami religijnymi i filozoficznymi, a także obowiązek organizowania wolnych wyborów. 16 września 1963 r. został przyjęty Protokół nr 4 wprowadzający zakaz więzienia za długi, prawo do swobodnego poruszania się oraz wyboru miejsca zamieszkania przez osoby przebywające legalnie na terytorium danego państwa, prawo do opuszczania każdego kraju, zakaz wydalania obywateli, prawo każdego do wstępu na terytorium swojego państwa oraz zakaz zbiorowego wydalania cudzoziemców. Wyżej wymieniony Protokół wszedł w życie 2 maja 1968 r. i ratyfikowały go 32 państwa³⁶. Na podstawie Protokołu nr 6, przyjętego 28 kwietnia 1983 r., państwo

³⁴ D. Gomien, *Short Guide to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg 1998.

³⁵ *Prawa człowieka i system ich ochrony – teksty źródłowe*, red. S. Jarosz-Żukowska, Wrocław 2002.

³⁶ A. H. Robertson, J. G. Merrills, *op. cit.*



może utrzymać karę śmierci wyłącznie za czyny popełnione podczas wojny lub w okresie bezpośredniego zagrożenia wojną. Protokół ten wszedł w życie 1 marca 1985 r., ratyfikowany przez 37 państw. Protokół nr 7 z 22 listopada 1984 r. zobowiązał państwa do zapewnienia minimalnych gwarancji prawnych dla cudzoziemców w postępowaniu dotyczącym ich wydalenia. Wzmacnia on również prawo do odwołania w sprawach karnych, prawo do odszkodowania za niesłuszne skazanie, wprowadza zakaz ponownego sądenia lub karania za ten sam czyn oraz równość praw i obowiązków cywilnoprawnych w stosunkach wynikających z małżeństwa. Ratyfikowany przez 27 państw, wszedł w życie 1 marca 1985 r. Protokół nr 12 wprowadza gwarancje o szczególnym znaczeniu, które zostaną przedstawione dokładniej w dalszej części pracy.

Wyżej opisane prawa, gwarantowane Konwencją i Protokołami dodatkowymi, przysługują nie tylko obywatelom, ale każdemu przebywającemu fizycznie na terytorium danego państwa lub poza nim, lecz w granicach jego jurysdykcji. Jednakże w świetle Konwencji niedopuszczalne jest nadużywanie tych praw – mówi o tym art. 17. Wobec powyższego żadne państwo, grupa lub osoba nie może wywodzić z Konwencji prawa do podjęcia działań zmierzających do zniweczenia wartości w niej praw i wolności³⁷.

Szczególny charakter Protokołu 12

Protokół nr 12 jest ostatnim z dołączonych do Konwencji Protokołów³⁸. Jego szczególny charakter wynika z wyraźnego wzmocnienia zasady niedyskryminacji. Wprawdzie w pierwotnym tekście Konwencji zasada ta została określona, jednakże doświadczenia okresu powojennego, czyli daleko idące nadużycia w tej kwestii, doprowadziły do konieczności uzupełnienia i tym samym doprecyzowania wybranych aspektów ochrony praw jednostki, których zasada ta dotyczy. Protokół 12 potwierdza, iż zasada niedyskryminacji nie zwalnia państw–stron z podejmowania działań w celu wspierania pełnej i efektywnej równości, o ile istnieje obiektywne i uzasadnione usprawiedliwienie dla tych działań. W świetle art. 1 korzystanie z praw zawartych w ustawie powinno być pozbawione dyskryminacji bez względu na jakiegokolwiek kryterium, takie jak: płeć, rasa, kolor skóry, język, religia, przekonania polityczne i inne. Terytorialny zakres stosowania precyzuje art. 2 stanowiący, iż każde państwo w chwili podpisania czy ratyfikacji tego dokumentu może wskazać terytorium, na którym niniejszy protokół będzie stosowany. W dowolnym późniejszym czasie każde państwo może rozszerzyć stosowanie niniejszego Protokołu na inne terytoria. Postanowienia art. 1 i 2 niniejszego protokołu winny być uznane za dodatkowe artykuły Konwencji. Dodatkowym wymogiem określonym

³⁷ P. Van Dijk, G. Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Leiden 1998.

³⁸ Omawiany dokument znajduje się w opracowaniu: *Prawa człowieka i system ich ochrony...*



w Protokole jest zapis stanowiący, iż państwo–członek Rady Europy nie może ratyfikować lub zatwierdzić niniejszego protokołu, o ile jednocześnie lub wcześniej nie ratyfikowało Konwencji.

Protokół 12 wprowadził pozornie niewielkie zmiany merytoryczne do pierwotnego tekstu Konwencji. Jednakże zapisane w nim postulaty, precyzyjnie określające pojęcie i zakres zakazu dyskryminacji, doprowadziły do skutecznego wyeliminowania praktyk istniejących w wielu obszarach życia na terenie państw–członków Rady Europy³⁹.

System kontroli przestrzegania zobowiązań

W celu ochrony praw zawartych w Konwencji powołano instytucję skargi. Istnieją dwa rodzaje skarg: państwowa i indywidualna. Spraw międzypaństwowych było w całej dotychczasowej historii tylko 13. Zaledwie jedna skarga międzypaństwowa znalazła dotychczas finał w postaci orzeczenia Trybunału – stało się tak w sprawie Irlandia vs Wielka Brytania⁴⁰. Na podstawie art. 33 i art. 24 Konwencji ze skargą do Trybunału może wystąpić państwo–strona Konwencji, jeśli uzna, że inne państwo–strona naruszyło postanowienia Protokołów lub samej Konwencji. Art. 35 Konwencji dotyczy natomiast skarg indywidualnych i określa, że:

Trybunał może przyjmować skargi każdej osoby, organizacji pozarządowej lub grupy jednostek, która uważa, że stała się ofiarą naruszenia przez jedną z Wysokich Układających się Stron praw zawartych w Konwencji lub jej Protokołach. Wysokie Układające się Strony zobowiązują się do nieprzeszkadzania w żaden sposób w skutecznym wykonywaniu tego prawa⁴¹.

Skargi indywidualne stanowią ogromną większość skarg napływających do Trybunału i wpływają na podtrzymanie żywotności mechanizmu kontrolnego Konwencji. Skargę może złożyć tylko osoba fizyczna lub prawna, która udowodni, iż działanie czy zaniechanie, które zarzuca, dotknęło ją bezpośrednio⁴². Jeśli Trybunał uzna zarzuty wniesione przez tę osobę, może ona zostać uznana za pokrzywdzoną (*actual victim*)⁴³. Kwestia uznania jednostki za „pokrzywdzoną” może dotyczyć również osoby, która ma uzasadnione powody, by twierdzić, iż w każdej chwili może stać się ofiarą pogwałcenia Konwencji (*potential victim*). Często jest to wynikiem przebywania w zasięgu prawa będącego w sprzeczności z postulatami Konwencji lub przebywania w okolicznościach stosowania podobnej praktyki organów

³⁹ D. J. Harris, M. O’Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London 1999.

⁴⁰ Orzeczenie z 18 I 1978 r., A. 25.

⁴¹ Nie chodzi tylko o bezpośredni przymus i zastraszanie skarżących lub ich rodzin, lecz również wszelkich form wywierania na nich presji pośredniej.

⁴² Skarga wniesiona wyłącznie w interesie publicznym (tzw. *Actio popularis*) będzie odrzucona.

⁴³ Trybunał nie może badać *in abstracto* zgodności prawa krajowego z Konwencją.

władzy. Pojęcie pokrzywdzonego może dotyczyć nie tylko osoby pokrzywdzonej bezpośrednio (*direct victim*), lecz również osoby, która ucierpiała na skutek działania lub decyzji skierowanych przeciwko innej osobie (*indirect victim*). Dotyczy to osób, których bliskie relacje emocjonalne powodują cierpienie z powodu naruszenia praw ofiary bezpośredniej⁴⁴. Dopuszczalne jest również złożenie skargi na rzecz innej osoby, w jej imieniu. Często wynika to z faktu, iż osoba pokrzywdzona nie jest w stanie uczynić tego osobiście (zaginięcie, pobyt w szpitalu psychiatrycznym, więzieniu), jednakże w miarę możliwości osoba pokrzywdzona winna wyrazić zgodę. W jej imieniu mogą działać zarówno członkowie rodziny, jak i opiekunowie, kurator czy inne osoby pozostające w relacjach prywatnych z osobą pokrzywdzoną. W przypadku śmierci pokrzywdzonego prawo do kontynuowania sprawy niemal automatycznie jest cedowane na członków rodziny; wiąże się to z przyjętym domniemaniem posiadania przez nich interesu w popieraniu skargi⁴⁵.

W świetle art. 34 Konwencji uprawnioną do korzystania z prawa skargi jest również każda organizacja, także działająca w celach zarobkowych. Art. 34 Konwencji dotyczy również wszelkiego rodzaju stowarzyszeń, spółek czy innych zorganizowanych struktur (w tym Kościołów)⁴⁶, pod warunkiem że nie należą one do organów władz czy instytucji publicznych.

Podstawowym warunkiem dopuszczalności skargi jest uprzednie wykorzystanie krajowych środków prawnych⁴⁷. Warunek ten został precyzyjnie określony w art. 35 ust. 1 i stanowi, iż Trybunał może rozpatrzyć skargę dopiero po wykorzystaniu środków odwoławczych gwarantowanych prawem wewnętrznym państwa. Jest to naturalną konsekwencją powszechnie panującego przekonania, iż należy dać państwu szansę naprawienia wyrządzonej jednostce szkody i zadośćuczynienia. Tak więc skarżący zobligowany jest do podjęcia próby wykorzystania właściwych danej sprawie środków prawnych. Należy jednak wnikliwie ocenić, czy dostępne skarżącemu środki stanowią faktyczną szansę dochodzenia roszczeń, czy są jedynie teoretyczną iluzją. Art. 35 ust. 1 stwierdza, iż korzystanie z krajowych środków prawnych powinno być dostępne w takim stopniu, by skarżący miał pełną możliwość wszczęcia postępowania. Jednakże wymagane jest korzystanie wyłącznie ze środków odnoszących się bezpośrednio do naruszenia Konwencji i dających gwarancję na skuteczne naprawienie wyrządzonej szkody.

Istnieją jednak szczególne okoliczności zwalniające pokrzywdzonych z obowiązku wykorzystania środków krajowych. Przede wszystkim dotyczy to sytuacji, w której praktyka organów władzy czy wręcz sam system prawa wewnętrznego

⁴⁴ Skarżący, mimo otrzymanego odszkodowania, wciąż może uważać się za pokrzywdzonego, w przypadku gdy sądy krajowe nie wykazały wyraźnego naruszenia Konwencji i nie wskazały odpowiedniej formy zadośćuczynienia.

⁴⁵ Orzeczenie *X. vs Francja* z 31 III 1992 r., art. 234, par. 26; *Vocaturu vs Włochy* z 24 V 1991 r., art. 206-C, par. 2; *Raimondo vs Włochy* z 22 II 1994 r., par. 2.

⁴⁶ Niezależnie od posiadania osobowości prawnej.

⁴⁷ W krajowych systemach prawnych muszą istnieć skuteczne środki stanowiące zabezpieczenie w kwestii ewentualnego naruszenia Konwencji i jej Protokołów.

jest sprzeczny z postanowieniami Konwencji. Wobec takiej sytuacji wszelkie procedury prawne w odniesieniu do pogwałcenia Konwencji stają się beзуżyteczne.

Nie należy traktować warunku wykorzystania krajowych środków prawnych w sposób nieelastyczny czy wręcz automatyczny, z nadmiernym formalizmem. Warunek ten nie ma charakteru absolutnego i podczas oceny jego spełnienia należy zwrócić uwagę na okoliczności konkretnej sprawy, ze szczególnym uwzględnieniem ogólnego kontekstu prawno-politycznego, a przede wszystkim sytuacji porzywdzonego.

Kolejnym warunkiem dopuszczalności skargi, bezpośrednio związanym z uprzednią koniecznością wykorzystania krajowych środków prawnych, jest tzw. „termin sześciu miesięcy”. Trybunał może rozpatrzyć skargę, jeżeli została wniesiona nie później niż w ciągu sześciu miesięcy od podjęcia ostatecznej decyzji krajowej⁴⁸.

Art. 45 Regulaminu Trybunału precyzyjnie określa, iż skarga powinna być złożona na piśmie i opatrzona podpisem skarżącego lub osoby reprezentującej go w świetle prawa, a następnie złożona do Kancelarii Trybunału. Warto zaznaczyć, że o zachowaniu terminu sześciu miesięcy decyduje nie tylko data ostatecznej decyzji krajowej, lecz również data wpływu do Kancelarii Trybunału pierwszego listu, z którego wynika zamiar złożenia skargi oraz informacje o stawianych zarzutach.

Istnieją jednak szczególne okoliczności, w których Trybunał może przyjąć skargę mimo upływu terminu sześciu miesięcy. Konieczne jest przedstawienie dowodów na zaistnienie tzw. „nadzwyczajnych okoliczności”⁴⁹, do których zalicza się m.in.: wyjątkowo zły stan zdrowia (z wyjątkiem zaburzeń umysłowych), podeszły wiek, złą sytuację materialną (mającą wpływ na niemożność skorzystania z pomocy prawnej) czy uzasadnione obawy przed represjami.

Warto przytoczyć wybrane podstawy odrzucenia skargi jako niedopuszczalnej. Przede wszystkim art. 45 Regulaminu Trybunału wyraźnie wskazuje, że skarga musi być podpisana przez skarżącego – anonimowość skargi kwalifikuje ją do odrzucenia w pierwszej kolejności. Niedopuszczalne jest nadużywanie prawa do skargi. Jego przejawem może być składanie wielu powtarzających się skarg, bez zważania na fakt, że wcześniej identyczne skargi zostały odrzucone. Nadużyciem prawa do skargi może być również zachowanie skarżącego podczas postępowania, np. wielokrotne uchylanie się od dostarczenia żądanych przez Komisję lub Trybunał informacji lub dokumentów czy składanie nieprawdziwych oświadczeń. Oczywisty jest fakt, iż do niewłaściwych zachowań zalicza się szeroko pojętą niesubordynację. Podstawą do odrzucenia skargi jest bez wątpienia jej bezzasadność, wynikająca z niewłaściwej interpretacji Konwencji przez skarżącego, braku lub niewystarczających dowodów na poparcie składanych zarzutów, czy wreszcie postawienie władzom nieuzasadnionych zarzutów. Skar-

⁴⁸ Przyczyną wprowadzenia tego warunku było stworzenie zabezpieczenia prawnego przed kwestionowaniem decyzji po upływie określonego terminu.

⁴⁹ Zgodnie z uznanymi zasadami prawa międzynarodowego zwalniają one z obowiązku dotrzymania terminu.

gę należy odrzucić również w sytuacji, gdy zostaje przedstawiona po raz kolejny i nie pojawiły się żadne nowe informacje mogące zmienić podstawę wcześniejszej decyzji o jej odrzuceniu. Niedopuszczalna jest także skarga identyczna w treści merytorycznej z tą, która była już wcześniej rozpatrywana przed innym organem praw człowieka, takim jak Komitet Praw Człowieka. Zakaz ten wynika z chęci uniknięcia powielania międzynarodowych procedur⁵⁰ w równoczesnym rozstrzygnięciu tego samego problemu przez dwie różne instytucje międzynarodowe. Przedmiotem skargi może być pogwałcenie tylko praw człowieka chronionych Europejską Konwencją Praw Człowieka i jej Protokołami. Naturalną konsekwencją tego warunku jest fakt, iż Trybunał zobligowany jest odrzucić skargi dotyczące np. prawa do emerytury, renty czy adopcji. Ostatnią, lecz nie mniej istotną podstawą do odrzucenia skargi, jest data wystąpienia zarzutów, do których skarga się odnosi. Skarga może dotyczyć jedynie zdarzeń mających miejsce po wejściu w życie Konwencji dla danego państwa⁵¹.

Do 1998 r. organami, które kontrolowały przestrzeganie przez państwa zobowiązań wynikających z Europejskiej Konwencji Praw Człowieka, były: Europejska Komisja Praw Człowieka, Europejski Trybunał Praw Człowieka oraz Komitet Ministrów Rady Europy. Wydarzenia 1989 r. spowodowały zmiany w wielu miejscach kontynentu europejskiego i doprowadziły tym samym do reformy systemu kontrolnego Europejskiej Konwencji Praw Człowieka. Reforma ta weszła w życie 1 listopada 1998 r. na mocy Protokołu nr 11. Na jego podstawie miejsce dotychczasowych organów orzekających na sesjach zajął Stały Europejski Trybunał Praw Człowieka. W skład Trybunału wchodzi sędziowie, reprezentujący państwa–strony Konwencji, wybierani przez Zgromadzenie Parlamentarne na sześcioletnią kadencję⁵². Sędziowie muszą być niezawisli, dlatego nie wolno im sprawować innych funkcji, które mogłyby mieć niekorzystny wpływ na tę kwestię. Spośród sędziów Trybunału wybierany jest przewodniczący oraz dwóch wiceprzewodniczących, którzy sprawują swą funkcję przez okres trzech lat. Jurysdykcja Trybunału obejmuje rozpatrywanie wszystkich spraw wniesionych w drodze skargi zarówno indywidualnej, jak i międzypaństwowej każdego państwa Konwencji. Do jego kompetencji należy również prawo do wydawania opinii doradczych na wnioski Komitetu Ministrów Rady Europy w kwestiach prawnych związanych z Protokołami oraz wykładnią Konwencji. Trybunał składa się z czterech Izb (Sekcji) i Wielkiej Izby. Każda z Sekcji powinna być zrównoważona pod względem płci oraz pochodzenia geograficznego jej członków, a także reprezentowanych systemów prawnych. Na czele dwóch spośród czterech Sekcji stoją przewodniczący, którzy równocześnie są wiceprzewodniczącymi Trybunału. Każda z Sekcji składa się z kilku Komitetów, które posiadają

⁵⁰ Pojęcie to odnosi się do postępowania typu sądowego lub *quasi*-sądowego, podobnego do istniejącego na podstawie Konwencji.

⁵¹ W wypadku naruszenia mającego charakter ciągły, które rozpoczęło się przed ratyfikacją Konwencji, poprzedzające je wydarzenia rozpatrywane są wyłącznie jako materiał do oceny postawionych w skardze zarzutów w zakresie, w jakim odnoszą się do naruszenia po tej dacie.

⁵² W praktyce co trzy lata następuje wymiana połowy składu sędziowskiego.

znaczną część kompetencji należących wcześniej do Komisji. Siedziba Trybunału znajduje się w Strasburgu.

Inne osiągnięcia regionalne w kwestii praw człowieka w ramach Rady Europy

Rada Europy przyjęła również wiele innych konwencji obejmujących zagadnienia praw człowieka; w pierwszej kolejności należy wymienić Europejską Kartę Socjalną (ang. *European Social Charter*). Choć prawa ekonomiczne i społeczne znalazły swoje odzwierciedlenie w konstytucjach powojennej Francji, Niemiec czy Włoch, nie zostały jednak uwzględnione w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Jeden z najważniejszych twórców Karty, Pierre Henri Teitgen, usprawiedliwił tę decyzję koniecznością zagwarantowania politycznej demokracji w jednoczącej się Europie w pierwszej kolejności, a dopiero w późniejszym czasie koordynację zagadnień ekonomiczno-społecznych.

Europejska Karta Socjalna zwana także Socjalną Kartą Turyńską, została uchwalona 18 października 1961 r. w Turynie. Obowiązuje od 26 lutego 1965 r. Na przestrzeni lat była ona kilkakrotnie rozszerzana poprzez przyjęcie trzech Protokołów: w 1988, 1991 i 1995 r. Jest ona odpowiednikiem Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 1950 r., jednak w zakresie praw ekonomicznych i społecznych. Karta jest dostępna tylko dla sygnatariuszy krajów członkowskich Rady Europy, jest zatem dokumentem zamkniętym. Została uchwalona w celu popierania dobrobytu społecznego oraz podnoszenia poziomu życia, zarówno ludności miejskiej, jak i wiejskiej, za pomocą odpowiednich działań i instytucji. Europejska Karta Socjalna zapewnia prawa oraz wolności obywatelskie i polityczne bez dyskryminacji ze względu na pochodzenie społeczne lub narodowe, poglądy polityczne, religię, płeć czy kolor⁵³. Państwo, ratyfikując Kartę, nie jest zobligowane do realizowania wszystkich jej postanowień. Według art. 20 ust. 1 b konieczne jest zagwarantowanie jedynie pięciu z siedmiu praw tzw. „obowiązującego jądra” (ang. *compulsory nucleus*): prawa zabezpieczenia pracowników–imigrantów do ochrony, prawa rodziny do ochrony, do pomocy medycznej i socjalnej, do zabezpieczenia socjalnego, do układów zbiorowych, do tworzenia związków zawodowych oraz prawa do pracy. Państwo–sygnatariusz musi zaakceptować przynajmniej 10 artykułów.

Karta nie jest uznana za samoogzekwującą się i nie może być bezpośrednio stosowana przez sądy krajowe. W procesie stosowania praw w niej opisanych odgrywa rolę posiłkową. Karta nie opiera się na żadnym mechanizmie prawnym, który wprowadzałby ją w życie. Jednakże ze względu na fakt jej podpisania przez grupę państw, istnieją cztery organy kontrolujące realizację podjętych zobowiązań; dwa z nich to organy Rady Europy: Zgromadzenie Parlamentarne Rady Europy oraz Komitet Ministrów. Oprócz nich kontrolę sprawują Komitet Niezależnych Ekspertów oraz Komitet Rządowy. Państwa, które ratyfikowały Kartę i jej zrewi-

⁵³ www.coe.int (Rada Europy).

dowaną wersję (dotychczas uczyniło to 28 państw), mają obowiązek przedstawiania corocznych raportów dotyczących praktycznej realizacji postanowień Karty. Sprawozdania te są analizowane przez Europejski Komitet Praw Społecznych, który ocenia, czy postanowienia Karty są rzeczywiście respektowane⁵⁴.

Następną inicjatywą na rzecz ochrony praw jednostki jest uchwalona w 1987 r. Europejska Konwencja o Zapobieganiu Torturom oraz Nieludzkiemu lub Poniżającemu Traktowaniu albo Karaniu, która obowiązuje od 1989 r. Konwencja wprowadza dodatkowe mechanizmy służące ochronie praw, jako uzupełnienie tych wymienionych w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka – przez powołanie Europejskiego Komitetu Zapobiegania Torturom. W jego skład wchodzi niezależni i bezstronni eksperci reprezentujący różne zawody. Przedstawiciele Komitetu przeprowadzają inspekcje w aresztach i zakładach penitencjarnych oraz innych placówkach o tym charakterze i badają sposób traktowania osób w nich przebywających. Mają nieograniczone prawo wstępu do wizytowanych placówek i mogą rozmawiać bez świadków z osobami pozostającymi w odosobnieniu. Wolno im również bez ograniczeń rozmawiać ze wszystkimi osobami, które mogą dostarczyć istotnych informacji, w tym również z członkami organizacji pozarządowych działających na rzecz praw człowieka. Po każdej inspekcji Komitet przedstawia sprawozdanie władzom państwa, na którego terytorium znajduje się wizytowana placówka lub placówki. W raporcie umieszczone są zalecenia, mające gwarantować lepszą ochronę przed torturami i niewłaściwym traktowaniem osób przebywających w zakładach zamkniętych. W wyjątkowych przypadkach odmowy przez dane państwo współpracy lub wprowadzenia zaleceń Komitetu gremium to może wydać oświadczenie publiczne⁵⁵.

Ramowa Konwencja o ochronie mniejszości narodowych to kolejna inicjatywa podjęta w dziedzinie ochrony praw jednostki. To również pierwszy wielostronny instrument prawnie obowiązujący, mający na celu ochronę mniejszości narodowych, rozumianą w sensie ogólnym. Przestrzeganie Konwencji gwarantują założenia realizowanej przez poszczególne państwa polityki oraz przepisy prawa krajowego tych państw.

Konwencja określa zasady, jakie muszą być respektowane przez ratyfikującą ją państwa, do których należą m.in.: gwarantowanie dostępu do środków masowego przekazu oraz stworzenie obywatelom legalnie przebywającym na terytorium danego kraju możliwości przekraczania granicy państwa w celu utrzymywania swobodnych i pokojowych kontaktów z obywatelami mającymi prawo pobytu na terytorium innego kraju, obowiązek podejmowania działań służących ochronie i rozwojowi różnych kultur i narodów, ich tożsamości, wyznania, języka i obyczajów, a przede wszystkim gwarantowanie równości wobec prawa.

Konwencja przewiduje określone procedury służące realizacji jej postanowień – nadaje Komitetowi Ministrów Rady Europy, wspomaganemu przez Komii-

⁵⁴ L. Betten, N. Grief, *EU Law and Human Rights*, New York 1998.

⁵⁵ M. Evans, R. Morgan, *The European Convention for the Prevention of Torture: Operational Practice*, „International and Comparative Law Quarterly” 1992, Vol. 41, No. 3.

tet Doradczy złożony z niezależnych ekspertów, prawo do oceny, w jakim stopniu postanowienia te są przestrzegane w praktyce.

Omawiając powyższe zagadnienie, należy wymienić także Europejską Komisję Przeciwko Rasizmowi i Nietolerancji. Jest to następna inicjatywa podjęta w ramach Rady Europy na rzecz ochrony praw człowieka. Komisja została powołana w 1993 r. Jej zadaniem jest stymulowanie i koordynowanie na szczeblu europejskim działań służących walce z wszelkimi przejawami nietolerancji, antysemityzmu, ksenofobii i rasizmu.

Komisja zachęca do podejmowania inicjatyw lokalnych, ogólnokrajowych i ogólnoeuropejskich w tej dziedzinie zarówno z zakresu prawa, jak i polityki oraz ocenia wszelkie działania podejmowane przez państwo w skali krajowej i międzynarodowej służące zwalczaniu tych zjawisk.

Niezwykle ważna jest również funkcja Komisarza Praw Człowieka, która wiąże się z koniecznością upowszechniania szkolenia, świadomości i poszanowania praw człowieka w państwach członkowskich oraz zapewnienia skutecznego i pełnego stosowania postanowień zawartych w dokumentach prawnych Rady Europy, takich jak konwencje, uchwały i zalecenia przyjmowane przez Komitet Ministrów. Komisarz odgrywa rolę prewencyjną oraz wspomagającą, pełniąc różne funkcje, począwszy od Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, a kończąc na innych organach powołanych do życia na mocy porozumień. Komisarz udziela informacji i konsultuje się z zainteresowanymi w sprawie ochrony praw człowieka i w przypadkach ich pogwałcenia, lecz nie posiada kompetencji prawnych.

Zakres obowiązków Komisarza obejmuje również współpracę z innymi instytucjami międzynarodowymi zajmującymi się ochroną i promocją praw człowieka, a także wszelkie możliwe działania w oparciu o informacje otrzymywane od krajowych parlamentów, rządów, rzeczników praw obywatelskich oraz od osób fizycznych i organizacji. O ile zaistnieje taka potrzeba, w oparciu o współpracę z innymi organami Rady Europy Komisarz może przedkładać Komitetowi Ministrów i Zgromadzeniu Parlamentarnemu raporty, zalecenia lub opinie odnośnie konkretnych spraw⁵⁶.

Ocena porównawcza europejskiego i amerykańskiego systemu ochrony praw człowieka

Europejski od amerykańskiego systemu ochrony praw człowieka różni struktura instytucjonalna, specyfika zasięgu terytorialnego i inne, równie ważne, aspekty systemowe.

⁵⁶ *International Human Rights in Context: Law, Politics, Morals*, red. H. J. Steiner, P. Alston, Oxford 1998.

Różnice te jednakże nie wykluczają wspólnych płaszczyzn, w obrębie których można dokonać oceny porównawczej obydwu modeli⁵⁷.

System europejski jest najstarszym i najbardziej rozwiniętym pod względem mechanizmu sądowego systemem, w którym zarówno skargi indywidualne, jak i państwowe podlegają obowiązkowej jurysdykcji Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Instytucja ta przez całokształt swojej działalności udowodniła, iż jest organem niezwykle efektywnym, o wysokiej skuteczności implementacji swoich decyzji. Dzięki swojej obowiązkowej jurysdykcji Trybunał przyczynia się do systematycznego postępu w identyfikacji praw jednostki w ramach prawa międzynarodowego⁵⁸. Mimo że Europejski Trybunał Praw Człowieka niejednokrotnie domaga się uznania jego roli za kluczową, jeśli chodzi o stopień respektowania praw człowieka w Europie, największą odpowiedzialność za implementację postulatów Konwencji ponoszą państwa-sygnatariusze Konwencji. Europejska Konwencja Praw Człowieka i Podstawowych Wolności jest powszechnie uznawana za najbardziej rozbudowany i równocześnie najbardziej efektywny dokument na świecie traktujący o prawach człowieka. Zarówno organy OPA, jak i sądy krajowe na całym świecie uznały prawoznawstwo systemu europejskiego, dzięki czemu obecnie Europejski Trybunał Praw Człowieka jest traktowany jak odpowiednik trybunału konstytucyjnego, którego wyroki są respektowane i wykonywane często ze skutkiem *erga omnes*, jako że Europejski Trybunał Praw Człowieka nie tylko wdraża postulaty Konwencji, ale także dokonuje jej interpretacji⁵⁹. Mimo że Europejski Trybunał Praw Człowieka dopuszcza częściowo doktrynę traktującą o przysługującej państwom pewnej dowolności w dziedzinie praw człowieka, państwa nadal wykazują daleko posuniętą uległość wobec systemu ogólnoeuropejskiego i jego wymagań. Jednakże system europejski ma też swoje wady. Największą z nich jest brak poświęcenia uwagi i podjęcia działań na rzecz praw ekonomicznych, społecznych i kulturalnych.

Konwencja Ramowa Rady Europy o Ochronie Mniejszości Narodowych oraz Europejska Karta Języków Regionalnych i Mniejszościowych poruszają kwestie mniejszościowe, ekonomiczne i socjalne do pewnego stopnia, jednakże nie istnieje rozbudowany i skutecznie funkcjonujący mechanizm implementacji, tak charakterystyczny dla Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁶⁰.

Odmienne kształtuje się ocena amerykańskiego systemu ochrony praw człowieka. Mimo że Organizacja Państw Amerykańskich ma wieloletnią historię, mechanizm jurysdykcyjny tego systemu nie jest tak dobrze rozwinięty i skuteczny

⁵⁷ Szerzej na ten temat zob. J. Frowein, *The European and American Conventions – a Comparison*, „Human Rights Law Journal” 1980, No. 1.

⁵⁸ Szerzej na ten temat zob. P. Van Dijk, G. Van Hoof, *op. cit.*

⁵⁹ R. K. Smith, *International Human Rights*, Oxford 2003, s. 112.

⁶⁰ Szerzej na ten temat zob. H. Heintze, *Minority Issues in West Europe and the OSCE High Commissioner on National Minorities 2000*, „International Journal of Minority and Group Rights” 2000, No. 381.

jak system Rady Europy. Pewnym usprawiedliwieniem takiego stanu rzeczy może być fakt istnienia do niedawna bardzo burzliwej i niestabilnej sytuacji politycznej zwłaszcza w regionie Ameryki Południowej i Środkowej⁶¹. Politycznym priorytetem realizowanym przez wiele ostatnich lat w ramach OPA była promocja demokracji w tym regionie i cel ten został w dużym stopniu osiągnięty. Wobec wspomnianej wyżej niestabilnej politycznie i ekonomicznie sytuacji nierzadko ochrona praw człowieka była odsuwana na dalszy plan działalności Organizacji Państw Amerykańskich. Międzyamerykańska Komisja Praw Człowieka odnotowała w ostatnich latach znaczącą liczbę rażących przypadków pogwałcenia praw człowieka, a informacje te zostały użyte jedynie po to, by pod wpływem nacisku państwo podjęło działania w celu naprawienia wyrządzonej przez nie szkody. Skargi zgłaszane indywidualnie nigdy nie były przedmiotem szerszego zainteresowania ani też priorytetem w działalności OPA; służą one najczęściej jako źródło informacji i są wykorzystywane w celu dochodzenia naruszeń w dziedzinie praw i wolności człowieka na szeroką skalę regionu⁶².

W pewnym sensie można stwierdzić, iż obecny poziom skuteczności systemu amerykańskiego odpowiada poziomowi systemu europejskiego sprzed trzydziestu lat: bardzo niewielka liczba wniesionych skarg indywidualnych jest rozpatrywanych przez Międzyamerykańską Komisję czy Trybunał, nie wszystkie państwa-sygnatariusze Konwencji uczestniczą w zachodzących procesach czy podejmowanych w ramach OPA działaniach, przez te lata zostało rozpatrzonych jedynie kilka spornych kwestii⁶³. Jednakże patrząc z perspektywy charakterystyki tego regionu, kontrast ten nie jest zaskakujący. Niewątpliwie złożoność powyższego systemu, powstałego z mnogości zobowiązań podjętych przez państwa członkowskie, przyczynia się do chaosu panującego w systemie Organizacji Państw Amerykańskich.

Biorąc pod uwagę, iż większość państw członkowskich wchodzi w skład systemu w ramach Organizacji Narodów Zjednoczonych, ich niechęć do aktywnego i rzetelnego wypełniania zobowiązań wynikających z Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka budzi jednak niepokój. Fakt ten przyczynia się również do zaniedbywania i nieutożsamiania się pod względem zobowiązań z organizacją stojącą na straży regionalnego porządku na rzecz większej chęci współpracy z Organizacją Narodów Zjednoczonych⁶⁴.

Zatem w obliczu niezbyt korzystnego stanu rzeczy, Organizacja Państw Amerykańskich musi konsekwentnie i aktywnie działać na rzecz rozwoju wsparcia praw w ramach regionu, powinna zabiegać o to, by system amerykański był

⁶¹ R. K. Smith, *op. cit.*, s. 86.

⁶² D. Harris, *Regional Protection of Human Rights: the Inter-American Achievement*, [w:] *International Human Rights in Context...*

⁶³ D. P. Forsythe, *Human Rights and Comparative Foreign Policy*, The United Nations University Press 2000.

⁶⁴ C. Medina, *The Battle of Human Rights: Gross, Systematic Violations and the Inter-American System*, Dordrecht 1988.



PORÓWNANIE EUROPEJSKIEGO I INTERAMERYKAŃSKIEGO SYSTEMU... 181

przez jego członków postrzegany jako ważny i efektywny sposób monitorowania i wdrażania praw człowieka. Organizacja Państw Amerykańskich ma znaczący potencjał, który powinien być w przyszłości wykorzystywany w większym stopniu niż dotychczas⁶⁵.

⁶⁵ T. Farer, *The Future of the Inter-American System*, Westport Conn. 2000.







Michał Matyasik

**WEAKENING OF DEMOCRATIC STANDARDS
IN POLAND 2005–2007**

The peaceful political change of 1989 and early 1990s opened a new chapter in the political history of Central and Eastern Europe. For the two following decades, the process of introducing and implementing democratic standards has been steady and firm. Stages of this process: economic liberalisation, transition to democratic institutions and their consolidation, as mentioned by J. Rupnik, must be assumed as a cumulative process, in the sense that once a given stage is achieved there is no turning back.¹ Undoubtedly, all Central and East European countries have passed through all stages of the transition process. Disturbances appeared suddenly, after two decades of a relatively steady march towards western standards of democracy. In Poland and Slovakia, populist parties were elected. In Bulgaria, advancing populists were stopped by an unlikely coalition of the former king Simeon and ex-communists. In Hungary, violent demonstrations followed a political scandal that revealed how the government had lied to the public. In the Czech Republic, political impasse led to seven months without government. Definitely, Poland cannot be seen as an exception. It should be rather considered as the country focusing general political frustration of the last stage of democratic transition in Central and East European countries. Frustration together with populism poses an imminent threat to the fundamental rules of democracy. To avoid generalisation, it is necessary to specify which aspects of democracy and at which stages were threatened by populist movements.

¹ J. Rupnik, *Is East-Central Europe Backsliding?*, "Journal of Democracy" 2007, Vol. 18, No. 4, p. 19.



One of the most popular and accepted ways to describe democracy is by its forms: numerous types can be distinguished, including substantive, procedural, electoral, representative, people's, etc.² Alternatively, we may approach the notion of democracy by listing the most prominent criteria as e.g. free election, human rights, political pluralism, separation of powers, etc.³ Others present democracy using the historical approach: primary, industrial, economical democracy etc.⁴ These definitions are well known and generally established in literature. However, the variety of definitions makes it difficult to choose a core catalogue of minimum criteria to allow distinguishing whether a government is democratic. Moreover, while applying some of these notions, it is worth noticing that there are dynamic processes continuing even in countries with strong support and respect for democracy. Thus, it is necessary to stress that in further context of this article the term "democratic standards" will be used with respect to the definitions quoted above, with a strong emphasis on human rights with the "existing sphere of behaviours and acts, which neither are nor should be supposed to be turned into specific legal provisions, but still might determine and appraise proceedings of public officials and institutions".⁵

Bearing these in mind, the article presents a short introduction to democratic changes in the post-1989 transition period in Poland. This part of the article focuses mostly on the historical development of specific legal institutions (e.g. the Constitutional Tribunal of the Republic of Poland, and the Ombudsman) and the accession to and incorporation of international standards of human rights (Council of Europe) and the system of human rights protection (UN and EU). The description of the earliest stages of democracy in Poland is followed by modern standards of human rights and democracy introduced and approved in 1997 with the implementation of the Constitution. Later the analysis focuses on recent Polish history and assessment of the period 2005–2007, when right-wing and populist political parties, whose policy undermined most of the modern standards of democracy and human rights, came to power. The last part answers the questions whether the policy of the populist government presents a real threat to democracy and what should have been done to prevent future attempts at undermining democratic standards.

Introduction to the democratic process in Poland after 1989

The earliest stage of democratic transformation in Poland is generally connected to the compromise of the "Round Table" (6th February – 5th April 1989).⁶ One of the

² J. Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Cornell Univ. Press 2003, p. 188.

³ P. Winczorek, *Demokratyczne ustroje państwowe*, [in:] *Szkola Praw Człowieka – teksty wykładów*, z. 1, Warszawa 1998, p. 9, 51–53.

⁴ G. Sartori, *Teoria demokracji*, Warszawa 1994, p. 23.

⁵ M. Safjan, *Państwo a wartości etyczne. Prawo i polityka*, "Monitor Prawniczy" 2006, No. 6.

⁶ The most important outcome of Round Table negotiations was the establishment of free trade unions, the institution of the office of President of the Republic and reform of the Senate. The agreement was followed

most important outcomes of negotiations was an amendment to the Constitution of 1952. From the perspective of democracy and standards of human rights, it is hard to say that the amendment of 7th April 1989 provided any significant change. It dealt mostly with building new governmental structures including the reactivation of the Senate, establishment of the President of the Republic of Poland, who replaced the collective Council of State, and preparations to the forthcoming elections. It is hard to disagree with L. Garlicki, who wrote that those changes concerned mostly the preservation and implementation of rules and political instruments whose main goal was to postpone any changes towards a fully developed democratic state.⁷

The following amendment to the Constitution was approved on 29th December 1989 and introduced significant changes into the democratic process. The Article 1 stipulated that Poland shall be a democratic state ruled by law and principles of social justice. This declaration, more philosophical than legal, was followed western standards of constitutional law and became a milestone of democratic change in Poland, and a way of thinking about the role of human rights in Polish legal doctrine and the legal order. Moreover, Art. 2 states that the supreme power shall be vested in the Nation, and Art. 4 stipulates political pluralism. Finally, Art. 7 states that the government is bound to respect and protect private property. The 1990 and 1992 amendments concerned the process of building political institutions rather than the system of democracy and human rights, therefore they do not require further discussion.

Recapitulating, all the political decisions in the earliest development of human rights and democracy in a broader sense were mostly focused on basic elements of the establishment of state structures. Bearing in mind that in early 1990s Poland was about to have its first free parliamentary, presidential, and governmental elections, it was necessary to concentrate on the institution-making process and modification of their operation rather than on defining and implementing stricter and higher West European standards at the same time.

Although activity in human rights and implementation of democracy was slow to develop in the 1990s, Poland was an active participant in external relations in the field of democratisation and human rights. In 1991, in the absence of its own catalogue of human rights included in the Constitution, Polish government decided to ratify the United Nation's International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) along with the First Optional Protocol. It should be emphasised that the decision was political with significant consequences. Accepting ICCPR means that the standards of human rights developed by Committee of Human Rights (CHR) were to be implemented into the Polish legal system as in the other, mostly West European, countries with a longer tradition of protecting human rights. That was a step forward and away from the communist way of considering human rights,

by an unquestionable success of the democratic opposition in the parliamentary election of 1989. They won 99% seats in the Senate and 35% in the Sejm (lower house) i.e. all seats available to them at the time.

⁷ L. Garlicki, *System konstytucyjny RP*, [in:] *Szkola Praw Człowieka...*, p. 69–70.

where they were seen as a kind of declaration that was not put into force. From that date, UN extended its system for watching and evaluating human rights protection over Poland. Regardless of the inefficiency of the ICCPR system (most non-democratic member countries disobey ICCPR rules), democratic countries and those in transition need to comply with ICCPR rules as they are much more vulnerable to the pressure of international and domestic public opinion.

Moreover, Poland has been an active participant in drafting and accepting other human rights treaties and declarations within the UN system and on the forum of other UN specialised institutions. Poland was elected to the UN Commission of Human Rights for the 1993–1995 term, and in 1992 Poland drafted two resolutions. First about the regulation of civil defence units, and the other on protection of human rights in the context of Human Immunodeficiency Virus (HIV).⁸

Furthermore, Poland together with Germany and Republic of South Africa initiated a resolution to celebrate the anniversary of UN Declaration of Human Rights, which was followed by an international conference held in Warsaw in 1997. Finally, which is significant in the perspective of developing democratic standards, Poland put into force the resolution on good governance in 1998.⁹ According to the resolution, good governance means that a government should be transparent, responsible, and keep under control advancing social needs and aspirations.¹⁰ An additional step in acceptance of human rights and democratic standards was taken in 1993 when Poland ratified the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms in the Council of Europe.¹¹ That act was of great importance because – for the first time in the post-1989 history of Poland – the Polish legal and constitutional system went under the jurisdiction of an international tribunal, namely, the European Court of Human Rights in Strasbourg (ECHR), whose judgments have to be followed and executed.

Finally, in 2004 Poland joined the European Union with its specific legal system and regulations concerning the protection of so-called fundamental freedoms. The EU operates the Court of Justice of the European Communities (CJEC) whose judgments have to be followed at the same grounds as those of domestic courts. Furthermore, the EU has developed several other institutions (as e.g. the EU Ombudsman), legal standards and guidelines in foreign relations that, taken together, establish a fairly incoherent though broad catalogue of standards of democratisation and protection of human rights.

Apparently, this duality and inconsistency of domestic and international activity in human rights and democratic standards could not last long, and therefore a draft of the new Constitution was submitted to the public in 1997.

⁸ A. Bieńczyk-Missala, *Prawa człowieka w polskiej polityce zagranicznej po 1989 roku*, Warszawa 2005, p. 216–217.

⁹ *Ibidem*, p. 224.

¹⁰ *Ibidem*, p. 225.

¹¹ Entered into force on 1st March 1993.



On 25th May 1997, the new Constitution was accepted in a referendum with a majority of 52.71% votes (came into force on 2nd April 1997). The new Constitution did not modify constitutional structure of the state much. The institutional system confirmed the already existing system of powers: the parliament, the president, the government, and the judicial branch. According to the Constitution, power rests in three different branches of government with a system of checks and balances. The most significant change was that the power of the executive branch was transferred to the government and not to the President, leaving to the latter only ceremonial prerogatives and right to cooperate with government in foreign relations.¹²

Yet with the new Constitution of 1997, changes of great significance in the field of human rights protection and democratic standards were introduced. Shortly speaking, these changes can be described as follows: establishing source of human rights and freedoms and providing mechanisms and institutions dedicated to enforce them.

First, the Constitution states that “the Republic of Poland shall be a democratic state ruled by law and implementing the principles of social justice” (Art. 2) and that “the inherent and inalienable dignity of the person shall constitute a source of freedoms and rights of persons and citizens. It shall be inviolable. The respect and protection thereof shall be the obligation of public authorities” (Art. 30). As stated in the Art. 2, the democratic state ruled by law became the fundamental standard for the Polish constitutional system. The Art. 30 states another fundamental value which points at the unquestionable dignity of every human being as the source of rights and freedoms, and the obligation of the state to guarantee them.¹³ Moreover, for the first time, the vast catalogue of human rights and freedoms – based on the text of UN Declaration of Human Rights and the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms – was presented (in the second chapter of the Constitution).

Secondly, the Constitution lays down several mechanisms designed to protect human rights from abridgment by the state. The most imported of these is the “four steps limitation test” implemented in Art. 31 p. 3 and referring to the actions of the state: “Any limitation upon the exercise of constitutional freedoms and rights may be imposed only by statute, and only when necessary in a democratic state for the protection of its security or public order, or to protect the natural environment, health or public morals, or the freedoms and rights of other persons. Such limitations shall not violate the essence of freedoms and rights.” If there are serious doubts concerning the constitutionality of such a limitation, “everyone whose constitutional freedoms or rights have been infringed, shall have the right to appeal to the Constitutional Tribunal for its judgment on the conformity to the Constitution of a statute or another normative act” as stated in Art. 79. Furthermore, if such a violation already occurred

¹² L. Garlicki, *op. cit.*, p. 73.

¹³ H. Skorowski, *Problematyka praw człowieka*, Warszawa 2005, p. 25–26.



everyone is entitled “to compensation for any harm done to him by any action of an organ of public authority contrary to law” – Art. 77. Moreover, Articles 8 and 178 say that the constitutional provisions should be applied directly by the courts, thus all statutes and other sources of law should be applied in accordance to the Constitution as the supreme law.

Thirdly, the Constitution reaffirms the institutions dedicated to protect human rights and democratic standards that existed before, including the Constitutional Tribunal of the Republic of Poland and the Commissioner for Citizens’ Rights and lays down new ones: the Commissioner for Children’s Rights (CCR) and the National Broadcasting Council. The Council, as stated in Art. 213 should safeguard the freedom of speech, the right to information, and the public interest regarding radio and television broadcasting.

It is evident that beginning with the 1990s Poland was following a steady way of developing its democratic and human rights standards. The standard of unwritten democratic rules was at adequately high level while the institutions and mechanisms were being developed. Although state actions are unlikely to abridge constitutional standards, wherever it occurred, appropriate countermeasures (judgments of international tribunals and domestic courts followed by changes of legal provisions etc.) were applied swiftly, and generally the idea of human rights and democracy has never been questioned.

The tendencies described above rapidly changed in 2005, when the coalition of populist political parties calling for a “state repossession” came to power.¹⁴ According to this idea, the state was to be given back to the nation instead of being possessed by politicians, oligarchs, and people connected with foreign intelligence services and institutions.

There are several factors that bring about populism. Enough to mention nationalism, social stratification, and the political factor that seems to be adequate to the Polish political scene.¹⁵ Nationalism or, to use a more up-to-date term, “nation solidarity”, assumes that the only opportunity for a state to survive and grow up is to do so in firm unity of its society. Thus, all the others claiming more individual approach are presented as a danger to the whole of the state. European Union, with sexual minorities whose lifestyle may pose another threat to moral and religious standards etc., is presented as the antagonist of nation solidarity, allegedly depriving us of sovereignty.¹⁶ The stratification of the society after transition period seems to be a more convincing and realistic factor. As the rejected groups, especially the

¹⁴ In 2005 presidential elections won Lech Kaczyński and parliament election won PiS political party whose leader is Jarosław Kaczyński. Together with two other parties created a parliament coalition (PiS+LPR+Samoobrona) with a majority to create the government and pass legal provisions through parliament proceedings.

¹⁵ J. Dzwonczyk, *Populistyczne tendencje w społeczeństwie postsocjalistycznym na przykładzie Polski*, Toruń 2000, p. 57.

¹⁶ In the speech to the nation given by the President Kaczynskis’ on the public TV (18.03.2008) that concerned ratification of Lisbon Treaty, we could see: in a background a couple of gays during a marriage ceremony as well as an old geographical maps showing territory of Poland before II WW.



ones that brought about the political change in the 1980s and 1990s (e.g. workers), did not benefit much from the transformation, their great disappointment makes them vulnerable to populist rhetoric. The last factor operating here is the lack of democratic traditions (including generally weak civil society, low legal culture, etc.) characteristic for this part of Europe.¹⁷ In 2005, the combination of these three factors helped the previously marginal populist and extreme right-wing political parties rise to power and acquire necessary support to take control over government and the office of the President of the Republic.

What followed is discussed in the next chapter focusing on the actions and political decisions of the government and the parliament during the 2005–2007 term.

State “repossessed” (2005–2007)

It is worthwhile to begin from noting that the new idea of “state repossession” presented during the political campaign of 2005 concerned political actions rather than taking legal steps towards changing constitutional provisions or international obligations, although the ideas of the latter type were present though never successful as the new coalition could not gather necessary constitutional voting majority in the parliament.¹⁸

In a situation where the Constitution and other statutory provisions restricted the government, the government would take steps that can be described as a violation of the spirit of democracy. How, then, was that possible in a democratic state and Central and East European leader in developing democratic and human rights standards? The answer is complex, yet a single explanation can be offered.

The new coalition won the election thanks to mostly populist declarations hinging on the fact that majority of Polish society has a very limited knowledge of democracy and its standards, for which reason they are likely to support policies that are contrary to democratic standards: the capital punishment, judicial independence, freedom of speech, rights of minorities etc.¹⁹ The coalition succeeded in convincing voters resorting to populist language and presentation of unrealistic solutions to very difficult social problems. Obviously, in a democracy it is natural that politicians who representing ideas far from reasonable may come to power. That is right; in fact, this opportunity may be called the core of democracy. Nevertheless, what do we need such institutions as the Constitutional Tribunal and the Ombudsman, and mechanisms of human rights protection for? It is the wrong way to think about democracy as a system based only of the separation of powers and majority

¹⁷ M. Marczevska-Ryłko, *Populizm na przełomie XX i XIX wieku*, Toruń 2006, p. 119.

¹⁸ Art. 235 of the Constitution – [...] A bill to amend the Constitution shall be adopted by the Sejm by a majority of at least two-thirds of votes in the presence of at least half of the statutory number of Deputies, and by the Senate by an absolute majority of votes in the presence of at least half of the statutory number of Senators.

¹⁹ National survey indicates that only 24% Poles accept democracy as prevailing political system over others – *Diagnoza społeczna 2007*, p. 30.



vote. The modern idea of democracy reaches far beyond these, and encompasses the need to protect minorities. It is natural and accepted that the majority reach for the legislative and executive branches of the governmental system. Yet when they are trying to take over the judicial branch as well, it is about time to react. Imbalance among powers causes disruption in the core of democracy.

In its further part, the article follows the process of “repossessing the state” in three steps: repossession of decision making functions, of law enforcement, and of all the remaining functions.

a) “repossessing decision making functions”

The process began from taking over the civil servants corps that according to the Constitution (Art. 153) was to ensure professional, diligent, impartial, and politically neutral discharge of the State’s obligations. The statute regulating civil service was changed in August 2006, practically eliminating any guarantees of professional and politically neutral conduct. It was no more necessary to pass any entry exams ensuring high qualifications for civil officers, and a large number of privileged persons (e.g. functionaries of local authorities, former employees of the Supreme Chamber of Audit) were automatically admitted to civil service and received rights equal to former civil servants.²⁰ Being one of the first, this action degenerated the foundations of democratic state and had significant consequences. Soon, several people connected to the government were gratified with governmental offices for their commitment, without respect to the prevalence of the interest of the state over that of the party.

Even before that date, the idea of “repossessing the state” was applied when terms of offices of the Commissioner for Human Rights and the Commissioner for Children’s Rights expired as stipulated in the Constitution. An academic whose qualifications were questionable, mostly due to his lack of experience in the field of human rights, was appointed to the first office.²¹ It was an unwritten constitutional custom that lawyers with highest qualifications, and frequently former judges of the Constitutional Tribunal or the Supreme Court were appointed Commissioners for Human Rights. What had been a constitutional custom ceased to exist.

More interesting from the political point of view was the appointment of the Commissioner for Children’s Rights whose qualifications of the best candidate for the office were explained by the fact that she is a mother and physician.²² Even more satirical were some ideas put forth later by the CCR, when she presented a list of jobs that cannot be held by homosexuals and proposed obligatory registration of unmarried couples with children. Sounds satirical? One could think so but the CCR reached the very margin of common sense when suggested that one of the Teletubbies (a TV show for the youngest children) may be homosexual because he

²⁰ *Uwagi o stanie demokracji*, “Konwersatorium Doświadczenie i Przyszłość” 2007, report 1.

²¹ Election of CHR held on 15th February 2006.

²² Election of CCR held on 7th April 2006.



carries a lady's handbag. It is clear that official policy based on questionable staffing policy brought criticism from political opposition and specialists and, which the government found most worrying, also from the media.

Increasing public support for the government was precisely the reason why the government found it necessary to gain control over public media. Changes in the statute of the National Council of Radio Broadcasting and Television (NCRBT) curtailing the term of the NCRBT before its statutory end were presented. This act, however, was found illegal by the Constitutional Tribunal. As a result, the statutory law was duly changed again, and a new Secretary of the NCRBT, whose qualifications and impartiality were contested, was appointed. Enough to say that on 22nd October 2007 the Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE) presented an assessment of Polish elections held a day before, stating that there are serious challenges remaining in the supervision of the public media. Such an outcome should come as no wonder, as supervision of the public media was entrusted to a former employee of President Kaczyński.

The next step on a road of "repossessing the state" was made when another quite unknown specialist was appointed the President of the National Bank of Poland. His first media conference deprived us of any hope for a better tomorrow.

Finally, there came the right moment to "repossess" the last bastion of democracy, namely, the Constitutional Tribunal. Or, following the fiery political rhetoric of the then Prime Minister, the last constraint on the new social order. The end of 2006 marked the expiration of terms of service for six judges in the Constitutional Tribunal, therefore it became necessary to start a parliamentary procedure of electing new ones. Art. 194 of the Constitution says that the candidates must have the highest legal and professional qualifications (which, however, are not specified). Again, it had been a political custom to grant the right to present candidates to parliamentary political opposition and guarantee election of one of them. In practice, this meant that one or two candidates presented by opposition were to be accepted and elected. This time was different. From the point of view of the political majority it was unnecessary to share the cake with the opposition, and so six new judges were elected, with only two being well known constitutionalists, another two being accused by the media of violating the law. Only one of them decided not to assume the post offered.

Whether this was against the constitutional or international provisions is hard to say, because the state has a discretionary right to decide who is eligible to the highest offices. Yet it was definitely contrary to the so-called spirit and standards of democracy.

b) repossessing law enforcement institutions

The parliamentary elections campaign of 2005 was based mostly on rhetoric concerning improvement of internal security and fighting crime. It was quite convincing as, to quote the statistics, corruption, ineffective judicial system, and signifi-



cantly low respect for law were the concern of the whole society, which meant that immediate changes were necessary. The future political majority promised that as soon as they would win the elections, the process of reconstructing legal order will begin. New Central Anticorruption Bureau was to be created, judgments were to be pronounced faster, and prosecutors were to be forced to initiate criminal proceedings in cases of such offences as youth violence and corruption. Moreover, the capital punishment was to be reinstated, even though such a decision would be against domestic and international obligations concerning human rights.²³ Soon it occurred that creation of law enforcement policy by winners of parliamentary elections was itself a violation of the law. The goal of gathering society support prevailed over constitutional limitations and human rights.

In June 2006, the parliament established the Central Anticorruption Bureau (CBA). As stated above, creation of such an institution was necessary as corruption was still a significant problem in Poland. The main goal of the CBA was to coordinate anticorruption proceedings that had earlier been conducted by numerous other enforcements institutions.

Yet soon it turned out that the CBA was strongly depended on the political majority, with the head of CBA being a former politician connected to the President and prime minister. Commencement of CBA operations was parallel to the beginning of a continuous process of the so-called “controlled leaks” of secret anticorruption proceedings conducted by the CBA to the media. Clearly, those leaks concerned mostly members of political opposition or those who were unwelcome by the government. Today unlawfulness of acts and proceedings of the CBA are still examined in courts, which in a few cases have confirmed irregularities.

The main actor in fields other than corruption was the Minister of Justice (MJ) appointed soon after elections.²⁴ Unfortunately, his original role, to present himself as a “tough sheriff” (as the media sarcastically called him), promptly turned into that of the bad character as he became the symbol of politically conditioned dependency.

Beginning with 2005, the Ministry of Justice presented nearly 75 statutory changes. Of these, most were found contrary to the Constitution, while the approved ones were soon found useless and ineffective (e.g. reform of access to bar exams, 24-hours criminal proceedings, lowering of legal taxes) but brought the MJ to public attention and gained him support (in the election of 2007, he gathered 35% more votes than in 2005).

The role of the MJ was more multi-faceted than described above. The spectacle of “repossessing enforcement institutions” received a new panache with the MJ playing a major and direct role in criminal proceedings instead of leaving them to prosecutors. The media were full of conferences presenting MJ accusing public

²³ E.g. Protocol VI to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms forbids death penalty except at the time of war. Protocol VI was ratified by Poland in 2000.

²⁴ Offices of General Prosecutor and Minister of Justice are integrated.



persons of committing serious crimes and violations. Unfortunately, most of these accusations were quashed by courts (e.g. in the case of doctor G. who was accused of bribery and murder of a patient, the court was unable to find convincing proofs of the latter).²⁵ For the first time in Polish post-1989 history, the independent organisation of prosecutors opposed MJ, saying that prosecutors are supposed to represent the interest of the state and nation rather than the interest of a single political party. Following that statement, the Minister of Justice dismissed the leader of the organisation.

The last accord of this symphony belonged to MJ who presented a statutory modification of judicial system that circumvented the parliament and entered into force in 2007. The amendments empower the MJ with appointing a single judge to another court without the judge's consent. Moreover, if the MJ has any doubts concerning possible violation of law by a judge, he may have him immediately suspended and send his case to a 24-hour disciplinary committee. Needless to say, these changes are clearly against the Constitution as they deprive judges of immunity, but before the decision of the Constitutional Tribunal, which is to be presented in few months, such prerogatives stay valid.

c) “all the other not repossessed yet”

One of the most controversial issues in Polish politics is the continuing process of vetting (Polish: *lustracja*), which in fact began in 1997. In that time a variety of measures were adopted, including legal provisions that disallow assumption of public offices by persons who had cooperated with the communist regime before 1989. The degree of complexity of Polish history and political scene in fact never allowed the fulfilment of the vetting process. This is why the new government, as promised during election campaign, provided significant changes to the law on which the vetting process is based. The new system eliminated the supervision of lustration court and the institution of special lustration prosecutor office, which resulted in poorer procedural guarantees for those accused of cooperation with the former regime. During the preparation of statutory changes, the Constitutional Tribunal signalled several times that there is a high probability of constitutional violation if such changes were to be accepted. Disrespecting objections of the Constitutional Tribunal, the Parliament accepted the amendments, and changes entered into force in 2006. The following year brought a judgment of the Constitutional Court that repealed most of the amendments making lustration process impossible to carry on.²⁶ Once again, the Constitutional Tribunal became the last constraint on the new social order. The government has nevertheless overridden this obstacle by opening another flow of controlled leaks of secret information and inquires

²⁵ Finally, Dr G. sent an individual application to the European Court of Human Rights in Strasbourg alleging that his right to a fair trial (presumption of innocence) was violated by the Minister of Justice.

²⁶ During the proceeding judges of the Constitutional Tribunal had been falsely accused of collaborating with the former communist regime by the member (PiS) of the Parliament representing government.



concerning the alleged cooperation of several political opponents and other public officials with the former regime and secret services.

The last issue to be presented, is the process of “repossessing” free private media, as – together with the Constitutional Tribunal – the media presented the greatest threat to a political and social changes aimed against the foundations of the free and democratic society. With a tight hold on the public media and a strong support from the catholic media it was still necessary to take control over the private ones that in 2005–2007 would criticise the government. This time, it was impossible to “repossess” them by staff policies or by statutory changes, so one of the most effective tools: controlled leaks and semi-criminal accusations were again resorted to. These measures were successful at least in one case, when the anchor of a private TV station was dismissed, officially for financial reasons, but unofficially due to his critical position towards the government’s policy. Luckily, the process of “repossessing the state” discontinued after the collapse of the governing coalition and parliamentary elections of October 2007.

Afterword

The new government (PO-PSL)²⁷, whose success in the election was based mostly on opposition and disagreement to political standards of the former one, initiated several institutional and procedural changes in 2008.

The most important one is connected to the idea of separating the Ministry of Justice from the Office of General Prosecutor. The later, according to the new statutory law, is to be elected for a long term from among prosecutors or judges with significant independence guarantees. No wonder that such an idea met with strong opposition from the former populist coalition. Putting it into force will take away a very useful and oppressing instrument, which might otherwise be used against those who oppose the government, from politicians. Undoubtedly, the government has a right and power to create and control criminal law policy, but the only democratic procedure to do that is by presenting new statutory provisions instead of forcing prosecutors to accuse for political reasons without legal grounds.

The second change concerns the idea of disbanding the National Broadcasting Council (NBC) and conveying its powers to the Office of Electronic Communications (OEC). This move seems to follow the era of repossessing the NBC when none of the opposition parties were represented in its structures. On the other hand, such a solution gives no guarantee that other politicians will try to take over the OEC in future to try to suppress the freedom of the media.

Thirdly, special parliamentary inquires were initiated to expose any illegal actions of the former government as well as prosecution proceedings concerning breaches of law by former officials (e.g. cases of secret services resorting to illegal

²⁷ PO is the Civic Platform, and PSL is the Polish People’s (Peasants’) Party.



tapping, and revealing secret procedures and data). Let us hope that if any of such illegal acts actually took place, those responsible for them will suffer legal consequences.

In my opinion, policy and acts of the former populist coalition of 2005–2007 definitely posed a real and imminent threat, not only to democracy itself, but also to the standards and the so-called “spirit of democracy”. This statement is based on the fact that the former coalition did not hesitate to undermine two stages of democratic transition and – by placing several incompetent and politically dependable persons in all constitutional institutions – bluntly violated or halted the third stage: the democratic consolidation. What is, however, more important and worth highlighting is the fact that by suppressing the judicial branch, the government violated the basic fundament of democracy, namely, the separation of powers, being a part of a second stage: democratic institutional transition. In the light of the facts presented in the article, the former government temporarily stopped and then reversed the process of transition. The above entitles me to claim that thus it really posed an imminent and realistic threat to democracy itself.

The new government (PO-PSL) prepared several initiatives aimed at restoration of democratic standards. Yet are these institutional and procedural changes about to make standards of democracy in Poland more invulnerable from any other attacks in future? Such a conclusion was proved ungrounded in Poland in 2005–2007. What should be done then? It is necessary to say that without educating society about fundamental values of democracy, accepted and cherished nowadays by only 24% citizens, such a possibility cannot be excluded in future. All the best institutional guarantees cannot stand against those who do not have even a basic respect for democratic standards.

A greater reason to worry is the fact that most Poles have very little knowledge of constitutional rules. Consequently, it should be responsibility of the new and all the future governments to improve popular awareness of democratic standards. Unfortunately, such a plan of action has not been presented yet.

Foundations of democracy consist of freedom of association, freedom of expression, prohibition of censorship, free elections, procedures of checks and balances preventing from gathering all powers in the hands of a small group of people. If these conditions are fulfilled, then a house, which a democratic state is, has its floor, walls, ceiling and roof. All the rest remains with the society. Which means that it is only up to us how we are going to arrange our home.²⁸

²⁸ Quotation after R. Krasnodębski, *Rozważania o demokracji*, Wrocław 1994, p. 20.







VARIA







Roman Kajtoch

PRAWA CZŁOWIEKA W CHINACH

24 sierpnia 2008 r. przepiękną uroczystością zakończyły się dwudzieste dziesiąte Igrzyska Olimpijskie w Pekinie. Po 15 sportowych dniach zgasł olimpijski płomień niosący ze sobą nadzieję na lepsze czasy. Dziennikarze i przedstawiciele wielu państw rozjechali się do swoich krajów. Zamilkły rozmowy i komentarze na temat oplakanego stanu praw człowieka w Państwie Środka. Problem jednak istnieje, mimo że opinia publiczna i obserwatorzy traktują go już bardziej niż marginalnie. Wydawać by się mogło, że po tak wielkiej i perfekcyjnie przeprowadzonej imprezie zajdą jakieś zmiany na lepsze, niestety, nie widać nawet małego światełka w tunelu.

O respektowaniu praw człowieka pisano już wiele, trudno wskazać choćby jeden przykład państwa, które nie ma z tym żadnego problemu. W Europie jednak sprawy łamania praw człowieka są piętnowane i szeroko nagłaśniane, w Azji natomiast nie przywiązuje się do nich należytej uwagi. Jak pisze Roman Kuźniar:

niezwykła i stale pogłębiająca się złożoność współczesnej cywilizacji w wymiarze globalnym oraz poszczególnych społeczeństw i regionów, stanowi podłoże dla nieskończonej jak się wydaje różnorodności problemów praw człowieka¹.

Łatwo więc się domyślić, że jeśli problem jest tak istotny, to i dyskusji na ten temat jest bardzo wiele. Chiny są podmiotem stałej krytyki organizacji międzynarodowych, w tym Amnesty International (AI), Human Rights Watch, a także teoretyków praw człowieka i osób śledzących przypadki ich łamania na świecie.

¹ R. Kuźniar, *Prawa człowieka*, Warszawa 2006.



Nie ulega wątpliwości, że w państwie tym jest ograniczona wolność słowa i wyznania, aktywność opozycji politycznej, brakuje pluralizmu politycznego i społecznego oraz sprawiedliwego sądownictwa, limitowany jest obieg informacji, mniejszości narodowe nie mają możliwości wyrażania swojej tożsamości kulturowej [...], takie procedury, jak: kara śmierci, tortury, reedukacja przez pracę, limitowanie liczby dzieci, w wyższym stopniu są traktowane jako niewłaściwe „na zewnątrz” niż przez samych Chińczyków [...], ten brak poczucia krzywdy i upokorzenia bez wątpienia pozostaje w związku ze słabą znajomością praw człowieka i deficytem formalnej edukacji w tej dziedzinie, a także z rozległą propagandą państwową uzasadniającą postępowanie władz. W najwyższym jednak stopniu wynika to z tradycji kultury chińskiej, gdzie wszelkie „wynalazki” Zachodu przyjmowane są z dużym dystansem. Postawę tę ugruntowuje sukces gospodarczy, który pozwala kwestionować zachodnie podejście do problemu².

Wspomniane wyżej argumenty pozwalają stwierdzić, że nieprzestrzeganie praw człowieka w Chinach za problem uważa tak naprawdę tylko zachodnia część świata. Reszta może wręcz myśleć, że w Chinach nie dzieje się nic złego – choć tak oczywiście nie jest. Rządzący twardą ręką reżim wprowadza w życie propagandę ogłupiającą ten wielomilionowy naród, ale także i inne kraje.

Konflikt chińsko-tybetański

Przed igrzyskami bardzo często było słyhać głosy wzywające narodowe komitety olimpijskie do bojkotu imprezy ze względu na konflikt, który ma swój początek w 1911 r. – wtedy Tybet ogłosił niepodległość. W 1950 r. nastąpiła inwazja Chin na wschodnie tereny tego państwa. Chińczycy następnie zmusili dalajlamę do podpisania porozumienia mówiącego, że Tybetańczycy mogą swobodnie praktykować swoją religię, ale w zamian zobowiązują się do oddania władzy w ręce Chin. Powstania ludności tybetańskiej, zawsze krwawo tłumione, zmusiły dalajlamę do wyemigrowania do Indii, gdzie wraz z ocalałymi mnichami stworzył rząd na uchodźstwie.

W momencie otrzymania przez Chiny prawa do organizacji igrzysk, wróciły nadzieje na unormowanie sytuacji Tybetu. Wszak reguła olimpijska głosi, że mają się one odbywać w czasie pokoju – należy więc wyciszyć bądź zakończyć wszystkie konflikty. Jak jednak pokazuje historia, podczas kilku ostatnich igrzysk rzadko ta zasada była spełniana. Podobnie stało się i w tym przypadku – konflikt nie tylko nie ucichł, ale wręcz przybrał na sile. Tybetańczycy chcieli przypomnieć o sobie światowej opinii publicznej, wyszli więc na ulice stolicy – Lhasy. To powstanie również zostało krwawo stłumione. W czasie, gdy w Tybecie torturowano demonstrantów, reszta świata spokojnie przyglądała się przygotowaniom do spektakularnego otwarcia igrzysk. Nie powiódł się więc plan, który miał na celu wszczęcie w Chinach – poprzez ideę igrzysk – choćby niewielkiej części światowego modelu poszanowania praw człowieka.

² G. Michałowska, *Kulturowe uwarunkowania praw człowieka*, Warszawa 2008.



Dwie strony olimpijskiego medalu (sportowiec odizolowany)

Reprezentantka naszego kraju, lekkoatletka Jolanta Wójcik niezbyt mile wspomina swój pobyt w Chinach w trakcie olimpiady. Po przylocie sportowców sprawnie i szybko przetransportowano do wioski olimpijskiej. Okazało się, że jest to prawdziwe, samowystarczalne sportowe miasto. Od pierwszych minut sportowcy byli jednak pod uważnym nadzorem, co kilkanaście metrów stał policjant lub inny ochroniarz. Na każdym kroku sprawdzano akredytacje, bez których poruszanie się było całkowicie zabronione. Ale to jeszcze nie stanowiło problemu, wszyscy wiedzieli, że takie są wymogi bezpieczeństwa. Dla sportowców Chiny oglądane z perspektywy wioski wydawały się piękne i kolorowe, kłopoty pojawiały się dopiero, gdy ktoś chciał wyjść po za nią. Wtedy zaczynała się prawdziwa kontrola i inwigilacja – do wyprawy skutecznie zniechęcały niezliczone pytania o cel i miejsce wyjścia. Sportowcy oczywiście opuszczali wioskę, ale dojazdy na stadiony były przeprowadzane po wytyczonych trasach specjalnymi pasami ruchu.

Prawdziwy obraz chińskiej stolicy sportowcy mogli zobaczyć podczas wycieczek na Wielki Mur Chiński i do Zakazanego Miasta. Po drodze spotkali niepojętą biedę i ubóstwo: ludzi, którzy w XXI wieku, w centrum miasta żyją w kartonowych pudłach. Plac Tiananmen jest całkowicie zamknięty, nie można się nawet zbliżyć. I tam, podobnie jak w wiosce, co kilka kroków stał policjant, nie pozwalano zbliżać się do placu, niechętnie nawet patrzono na próbujących robić zdjęcia. Takie traktowanie przybyłych sportowców oraz innych turystów jasno dowodzi, że Chińczycy nie chcieli pokazać światu wszystkiego, co kryje ich państwo. Restrykcyjne zakazy i nakazy miały skutecznie odstraszać turystów, dziennikarzy i sportowców od przekraczania wyznaczonych dla nich stref miasta. Izolowanie przyjezdnych od problemu nie rozwiąże go jednak, można to porównać do zamiatania śmieci pod dywan przed przyjazdem gości.

Problem kary śmierci

Chińczycy mają ambiwalentny stosunek do kardynalnych na Zachodzie wartości, takich jak prawo do własności czy prywatności. Inaczej rozumieją wartość ludzkiego życia, w tym walkę za każdą cenę³. Może się wydawać, że kara śmierci jest tam wykonywana przy powszechnej akceptacji. Nie spotyka się ze zdecydowanym sprzeciwem narodu, który spokojnie przyjmuje stosowane przez państwo metody utrzymywania porządku. Jak ocenia Amnesty International, w Chinach wykonano w 2006 r. 1010 rozmaitych egzekucji i 2790 wyroków śmierci⁴. Karę śmierci chińskie sądy różnych instancji mogą orzekać za wiele przestępstw (zdrada stanu, czyli zdrada tajemnic państwowych cudzoziemcom, korupcja oraz przestępstwa

³ S. P. Huntington, *Zderzenie cywilizacji i nowy kształt ładu światowego*, Warszawa 1997, s. 151.

⁴ Amnesty International, Report 2007 China.



kryminalne). Te praktyki wzbudziły jednak zdecydowany sprzeciw opinii publicznej, dlatego chiński Sąd Najwyższy od 2007 r. zrewidował wszystkie wydane wyroki skazujące na karę pozbawienia życia. Konieczne było zatwierdzenie wyroków śmierci orzeczonych przez niższe instancje.

Wedle naszych standardów nie do pomyślenia jednak jest, by przestępstwa gospodarcze czy polityczne były tak surowo karane. W niektórych przypadkach trzeba się zgodzić, że uniwersalne prawa zbyt pobłażliwie traktują przestępców (np. na tle seksualnym). Na pewno jednak nie zasługują oni na karę śmierci. Trzeba też zaznaczyć, że kara śmierci w Chinach jest wykonywana publicznie, a więc organizowane jest z tej okazji spektakularne widowisko; stanowi to kolejny dowód zacofania cywilizacyjnego kraju, którego siła gospodarcza jest skądinąd ogromna.

Reedukacja przez pracę

Reedukacja przez pracę – pod tym wzniośle brzmiącym terminem kryje się kolejna haniebna metoda trzymania społeczeństwa w strachu. Niewygodni dla reżimu ludzie często stają się ofiarami prowokacji, w wyniku której orzekany jest wyrok skazujący. Schemat działania przypomina metody komunistyczne. Postępowanie przeprowadzane jest w trybie przyspieszonym, śledztwo często urąga wszelkim standardom. Na tę karę skazywani są zazwyczaj drobni przestępcy – osoby winne lżejszych przestępstw (narkomani, prostytutki), ale także członkowie opozycji politycznej i nielegalnych Kościołów. Kolejny raz można zauważyć, że w Państwie Środka nie respektuje się prawa do wolności wyznania i wolności myśli politycznej. Wszyscy są zmuszeni do postępowania w jeden, z góry narzucony i właściwy sposób. Tryb orzekania eliminuje możliwość przeprowadzenia normalnego procesu sądowego, nie ma możliwości korzystania z pomocy prawnej czy apelacji. Narusza to ewidentnie prawo do sprawiedliwego procesu. Obozy pracy, o których mowa, wyglądają różnie: jedne porównać można do sowieckich gułagów, w których ciężko o artykuły niezbędne do życia, a ludzie traktowani są z bezwzględnością. Drugi typ obozu to nowoczesne i dobrze zorganizowane przedsiębiorstwa produkcyjne, maksymalnie wykorzystujące darmową siłę roboczą.

Sami Chińczycy uważają jednak, że tego typu obozy ograniczają przestępczość kryminalną, a system sądowniczy pozwala na szybkie karanie winnych, zatem cała idea funkcjonowania obozów reedukacyjnych jest właściwa. Nieustanna krytyka Chin przez zachodnie instytucje nie przynosi jednak żadnego skutku, nie wywołują też odzewu doroczne raporty Amnesty International.



Dalajlama w Polsce

Nie pierwszy raz chiński rząd protestował przeciwko podejmowaniu dalajlamy przez szefów rządów. Pomimo tego, od 5 do 12 grudnia 2008 r. do Polski przyjechał duchowy przywódca Tybetu. W czasie ośmiodniowej wizyty m.in. odwiedził Gdańsk, gdzie wziął udział w obchodach 25. rocznicy przyznania Pokojowej Nagrody Nobla Lechowi Wałęsie, spotkał się z prezydentem Francji Nicolasem Sarkozym. W Krakowie na Uniwersytecie Jagiellońskim został uhonorowany tytułem doktora *honoris causa*, w Warszawie spotkał się z przedstawicielami Parlamentarnego Zespołu ds. Tybetu oraz Marszałkiem Senatu, a we Wrocławiu został przyjęty przez władze miasta. Wizyta duchownego przywódcy Tybetu miała charakter nieoficjalny, były to prywatne spotkania z ważnymi osobistościami z państw europejskich. Rząd chiński wyraził jednak swoje niezadowolenie wobec prezydenta Francji. Odwołał planowany na 1 grudnia szczyt Unii Europejskiej i Chin, oziębieniu uległy też stosunki gospodarcze pomiędzy tymi państwami.

W swoich wypowiedziach dalajlama poruszał problemy związane z duchowymi aspektami ludzkiego życia i relacjami międzyludzkimi. Wielokrotnie podkreślał, że wszyscy ludzie są tacy sami, a widoczne różnice są drugorzędne. Apelowal do młodych ludzi, aby w życiu skoncentrowali się na wartościach wewnętrznych, ponieważ tylko wtedy będą mogli osiągnąć spokój i równowagę. Zwracał uwagę, aby utrzymywać pozytywne nastawienie wobec ludzi i świata, w którym żyjemy. Uczucia nienawiści, gniewu i lęku działają bowiem destruktywnie na człowieka.

Na pytanie studentów o rozumienie praw człowieka, dalajlama odpowiedział, że „są to prawa jednostki do bycia kreatywnym, wolności słowa, myśli”. Stwierdził też, że powinna się np. skończyć dominacja mężczyzn, ponieważ takie same prawa powinni mieć wszyscy, bez względu na kolor skóry, wyznanie czy płeć. Pod koniec spotkania, zapytany o to, co można zrobić, by go wspomóc, krótko odpowiedział: „Jeśli będziecie mieć taką wolę, okażecie nam solidarność” – Polacy bowiem, przez wiele lat walczący o wolność, doskonale rozumieją sytuację Tybetańczyków i popierają działania ich przywódcy w walce o przestrzeganie praw człowieka w Tybecie.

W czasach, kiedy istnieje tak wiele instytucji i dokumentów stojących na straży praw człowieka, ciężko zrozumieć, dlaczego Tybetańczycy nadal są tak nieludzko traktowani. Dalajlama wielokrotnie próbował pokojowych negocjacji z Chinami w sprawie autonomii, jednak nie przyniosły one żadnych rezultatów. Chiny nie chcą rozmawiać, dążą do rozwiązania problemu za pomocą karabinów. Wszelkie spotkania zagranicznych państw z dalajlamą traktują jako wyraz sprzeciwu wobec Chińskiej Republiki Ludowej i grożą restrykcjami.



Podsumowanie

Nietrudno stwierdzić, że prawa jednostki w Chinach są mocno ograniczone – mieszkańcom Zachodu niejednokrotnie ciężko jest uwierzyć w niektóre przypadki ich naruszenia – jesteśmy wszak wychowani w zupełnie innej kulturze. Standardy ochrony praw człowieka, które kształtowane były przez wiele lat, dla nas są oczywiste. Oczywiście nie zostały tutaj omówione wszystkie problemy, raporty Amnesty International jawnie oskarżają chińskie władze o łamanie rozmaitych praw człowieka. Tortury, represje, dyskryminacja, problemy z uchodźcami – te wszystkie kwestie pozostają cały czas nierozwiązane.

W Chinach wzrasta też liczba zatrzymań dziennikarzy i prawników, represjonowane są tysiące osób przynależnych do wyznań spoza listy oficjalnie uznanych Kościołów. Wiele osób skazano na śmierć. Imigrantów z terenów wiejskich pozbawiono podstawowych praw. Po igrzyskach olimpijskich niewiele się zmieniło i szansa, którą one stwarzały, została zmarnowana. Nic też nie wskazuje na to, by miały zajść jakiegokolwiek zmiany, urągające ludzkiej godności działania są więc bez przeszkód praktykowane.

„Chiny zdradziły ideę olimpijską” – takie słowa można było przeczytać w większości gazet przed igrzyskami. Główne hasło igrzysk „Jeden świat, jedno marzenie” to tylko pusty slogan. Brak respektowania praw człowieka w Chińskiej Republice Ludowej spotykał się i będzie się spotykał z falami krytyki wszystkich państw i organizacji zaangażowanych w ochronę ludzi i ludzkiej godności. Pozostaje tylko mieć nadzieję, że te działania i apele w końcu odniosą skutek i Chiny staną się państwem, w którym można będzie normalnie żyć i funkcjonować.



**MIGRATION FROM POLAND TO THE UNITED KINGDOM
AFTER THE ENLARGEMENT
OF THE EUROPEAN UNION IN 2004**

Interview with Professor Joseph R. Carby-Hall, 25 August 2008¹

Professor Joseph R. Carby-Hall, Knight of the Cross of the Order of Merit of the Republic of Poland, Officer of the Cross of the Order of Merit of the Republic of Poland, Commander of the Cross of the Order of Merit of the Republic of Poland, Officer of the Most Excellent Order of the British Empire, RD, MA, LLB, PhD, DLitt, Advocate.

Educated at a French Jesuit school, an English public school and at the Universities of Aberdeen, Cambridge and Northlands, he is Director of International Legal Research in the Centre for Legislative Studies at the University of Hull. In that Centre he co-ordinates international legal research and publication programmes world-wide, organises collaboration agreements with numerous European universities, including three in Poland, and doctoral and post-doctoral research. He is fluent in Arabic, Greek, Italian, French and English, these languages being an asset to his work. He is an acknowledged authority in national, European and international labour law as well as in maritime law and arbitration. He has published numerous books, monographs, chapters in books, encyclopaedia entries, articles and editorials. His works have been translated into eight languages and published in several countries. For 31 years he was Editor of the international refereed journal “Managerial Law” and is now Deputy Editor of “The Journal of Legislative Studies”. He is a Member of the Editorial Boards of legal journals in Poland, France, Switzerland and Greece.

¹ Jerzy Marcinkowski wishes to express his thanks to the Ferens Research Trust of the University of Hull for the award of a Fellowship which gave him the opportunity of interviewing Professor Jo Carby-Hall on the effects of Polish economic migration in the United Kingdom.





Professor Carby-Hall is adviser to national and international organisations and governments. He is often invited as an Expert Witness for the Prosecution in important criminal law cases in the United Kingdom. He is an Invited Professor at the Universities of Paris, Nantes, Bari, Messina, Thrace, Geneva, etc., an Honorary Professor at Bordeaux University and at Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University College and was sometime Jean Monnet Professor at Nicholas Copernicus University, Torun, Poland. and Fulbright Professor.

Professor Carby-Hall's military career spanned over five decades. He was commissioned in the Royal Air Force for three years, then in the Royal Artillery (Territorial Army) for ten years and now in the Royal Naval Reserve for some thirty eight years in which he holds a high rank. He has served in numerous theatres of war, some of which include Cyprus, Borneo, Northern Ireland, Malaysia, etc.

For his military service he has numerous campaign medals and the Royal Naval Reserve Decoration awarded to him by the monarch. For his international legal services he was awarded by Her Majesty Queen Elizabeth II the title of Officer of the Most Excellent Order of the British Empire. For his services to Poland he was awarded by the President of the Republic of Poland the title of Knight of the Cross of the Order of Merit of the Republic of Poland, the title of Officer of the same Order and in 2008 was invested with the Commander grade of that Order.

Professor Carby-Hall has been entrusted with the function of Honorary Consul of the Republic of Poland and runs an extremely busy Consulate and its Branch for Scientific and Educational Cooperation.

Jerzy Marcinkowski: When 10 new countries joined the EU in 2004, most of the old members were afraid that a big number of citizens from the former Soviet Bloc countries would emigrate to the EU15 countries in uncontrolled streams. The United Kingdom, Eire and Sweden were the only members that opened their borders. We have to bear in mind that the countries opening their borders are obliged to observe the EU law on non-discrimination in the workplace and are bound to allow the newcomers unhindered access to any job. What was the reason for the transitional periods introduced in the rest of the Member States and the rationale underpinning the open approach of the three countries mentioned above?

Professor Joseph R. Carby-Hall: The fear of the EU 15, – that is the old Member States, – was that they were going to be inundated with workers entering through their respective borders. You mention A 10, – that is the ten new Member States. – There are two such States which do not come within this category, namely Malta and Cyprus, – for two reasons. It is due to the fact that there has already been over the centuries immigration from those two countries and they are small populations, therefore there was no fear that there would be an influx of migrants coming in from these countries. So, it only applied to the A8 countries which joined on 1 May 2004 and, of course, it also applies now to the A2, which are the two countries that joined on 1st January, 2007: namely Bulgaria and Rumania.

As you rightly say, there were three countries which opened their borders immediately to economic migrant workers because they felt that it was in their interest to do so. One of these was the United Kingdom, another one was Southern Ire-



land – Eire, and the third one was Sweden. But it was only Sweden which gave the migrants who came from the A8 countries complete freedom of movement. (I shall come to freedom of movement and discrimination in a minute.) In other words, there were no conditions, whereas in the United Kingdom and Republic of Ireland there were conditions and there still are. One condition in the United Kingdom has been that any economic migrant worker who comes from the A8 countries has to register under the Workers' Registration Scheme (WRS) which is run by the Home Office (Ministry of the Interior in your country). Also another restriction in Great Britain is that economic migrants are not allowed to have any state benefits, (and I shall qualify that presently) until they have been in the country for one year during which they have paid their taxes and contributed to the national insurance scheme to enable them to benefit, after a year, from contributory based benefits. There are certain benefits which are not contributory based, (but we do not need to go into these because of their technical nature) and which means that economic migrants are entitled to receive from the first day they are at work.

Now, you very rightly ask the question, "...but we do have freedom of movement of people?" Freedom of movement of persons and workers is one of the fundamental freedoms of the EU. There are other fundamental freedoms, but the free movement of persons is one of the pillars, if you want, of the Treaty of Rome. That means that any national of an EU Member State is entitled to go into another Member State country, – a host country – at any time he or she wishes without any formalities having to be gone through such as visas or work permits.

Unfortunately, the majority of the EU 15 countries, apart from the three we have just talked about earlier on, Sweden, United Kingdom, and Eire have maintained their restrictions, but only for a limited time. This is what is known as a 2 plus 3 plus 2 formula. In other words, 2004 to 2006, 2006 to 2009 and 2009 to 2011. At the end of the first 2 years, the countries which had restrictions had to inform the European Commission in Brussels that they intended either to do away with these and thus, open their borders or if they imposed any conditions mention of these conditions to the European Commission had to be made. If the country did not inform the Commission by the 31 April of the respective year then it would be implied that the restrictions had been removed. These restrictions come from what we call "transitional arrangements" between Member States. "Transitional arrangements" were not maintained in the three countries, namely Sweden, the United Kingdom, and Eire, because they accepted the European concept of freedom of movement. In the United Kingdom and Eire there were a few restrictions, but they were not of any significance because they did not prevent, *per se*, the free movement of persons from other EU Member States. Thus in many EU Member States the free movement of persons concept has been eroded, but only for a temporary period. Only for a maximum of seven years. At the end of the 7 years there will be complete freedom of movement for the A8 Member States.

It should be remembered that the A2 EU States are subject to the same seven year maximum period as from 1st January, 2007.

In the second transition period which was two years after 2004, on 1 May 2006 therefore, a lot of the countries (Spain, Italy after a long delay, the Netherlands also after a great delay, and France eased their transitional arrangements). The reason why they did that was because they saw that any migration in their respective countries would not pose a threat to their economy and/or to their labour markets.

It is true that there was in Great Britain, in Ireland and in Sweden an influx of economic migrants from the A8 Member States. But these countries which opened their borders during the second period of the transition arrangements saw that the influx was not as great as they thought it would be. And for this reason they opened their borders to economic migrants in sectors of industry, where workers were needed, and where they consequently have vacancies and where there was no unemployment with regard to their own citizen workers. What was done, for example, in Luxembourg, was that it needed economic migrants in the wine industry at certain time of the year. In Belgium, they have been looking at certain sectors of industry where there were shortages of workers and opened the market to migrants in the construction industry where there is a need for construction workers. France treated the issue in a different manner. The problem of shortages in certain sectors was tackled through the collective agreements machinery, which means agreements between the social partners, consisting of employers and trade unions agreeing at national level. And it is the social partners themselves, through their social dialogue who “control” economic migration in specified trades and sectors where shortages are experienced like, for example, the construction industry, finance industry, etc... There are vacancies in these fields/industries and they want to fill them with workers from the A8 countries or from other countries which are able to provide talented labour.

For these reasons there is discrimination, in the field of the concept of freedom of movement in the countries which have not opened the borders such as Germany and Austria. The reason for this is that they have the border workers’ problems from, for example the Polish border workers going into Germany, workers from the Czech Republic border going into Austria. There is also a lot of illegal immigration taking place in those countries. It will be interesting to see what will happen at the third transition period in 2009, when hopefully most of the countries will accept economic migrants from the A8 countries.

J.M.: Talking about the forthcoming enlargement in 2004 Peter Hain, British Minister for Europe said in Westminster on 16 April 2002 that “Enlargement will enhance prosperity. Every enlargement has given a boost to EU economies, including Britain’s. This one will boost our economy by about £1.75 billion, or some £100 for each British household. That is a great opportunity for us. British exports to



central Europe increased by 19 per cent between 1999 and 2000 in anticipation of enlargement, and by as much as 25 per cent to the Czech Republic and Hungary. It is estimated that enlargement will create 300,000 jobs across the EU, including thousands in Britain, as companies take advantage of trade opportunities.” The same view was popular among other British politicians: Jack Straw, Tony Blair or Denis MacShane expressed it on different occasions. This vision was quite optimistic, can you say with hindsight that these predictions referring to the economic implications of the enlargement materialised?

J.R. C.-H.: The answer is “Yes.” And there is a “but”. Let’s start with the “ Yes” answer! There is no doubt that the economic migrants most of whom are Poles, have contributed considerably to the economy of this country. Of that there is no doubt. So, if Peter Hain said so in 2002, I agree with him 100 per cent. I do not know how much Great Britain has gained as a result of migration. But I would not be surprised if Mr Hain had not underestimated the sum he mentioned.

There is however the “but” element, as I said. And that is that economic migrants not only in United Kingdom but also in other countries, are now thinking of going back home to their respective countries. This is known as “circular migration.” The reasons why they are going back home are numerous. The main one is the financial situation. The Pound Sterling, (and to a certain extent the Euro as well), is particularly low. The economic migrants have migrated primarily for economic reasons not because they love the EU15 countries or because they love Great Britain. They migrate because they would be able to send money back home to their families or to save and build their homes in their respective countries or build their lives with the intention to going back to their countries. I have personally come across a lot of Poles who have done exactly that. They are in this country for a temporary period, for a defined period. Some say they will be here in Great Britain for two years, some say five years. Some have made their home in the United Kingdom. But they are mainly professionals; people like dentists and doctors and financial advisers who come from a variety of A8 countries and are able to earn considerably more than in their countries of origin. Economic migrants have thus contributed a great deal to the host countries to which they emigrated.

But there is the “but” for the future. I do not know what the future holds. There are still economic migrants by the thousands in this country, in France, in Italy, in Spain, etc... We do not know what they will do in the future. What is certain is that the current “financial squeeze” as it is called where the pound sterling returns weak currency exchange rates will have a profound effect on future economic migration. My prediction is that the recession will continue well into 2009 and 2010 and bite even harder the economic migrant.





J.M.: You have talked about the economic implications for immigrants. Can you think of any other incentives that immigrants have, when they decide to come to the United Kingdom?

J.R. C.-H.: As I said, the economic factor is perhaps the most important one. But another factor is that they come to this country firstly to learn the language or improve their English. A lot of them speak very good English, a lot of them speak very good French. I have come across French-speaking migrants particularly from Hungary and the Czech Republic who have migrated to France for those very purposes. I have also come across German speakers from the Czech Republic, Slovakia and Hungary who have migrated to Germany. They go to these countries in order to learn or improve their language.

Economic migrants also migrate in order to improve their skills. This is very clear from some research I carried out in the construction industry. A great number of economic migrants from the A8 countries who go into the construction industry, have told me that they learn new skills, new techniques, new ideas and new technical procedures. Their aim is to improve and also to keep up to date with advanced developments which are taking place currently.

It is therefore not only finance, it is also self-development by language and of skills which encourage economic migration. And, of course, there is the spirit of adventure, particularly among the young. Because when you look at the statistics, the majority of the people who migrate are below the age of 30. Others, because they have families, and roots in their respective countries, are more hesitant to migrate.

J.M.: A popular belief is that the emigrants from the Central and Eastern European Countries looking for a job in the United Kingdom find employment in the service sectors doing menial jobs. Is this true? In which sectors of the British economy are immigrants employed most often?

J.R. C.-H.: They are employed in menial jobs, indeed! A lot of such economic migrants who have high qualifications are doing menial manual jobs. I know of a variety of such cases. The research that I have carried out has shown very clearly, that manual workers coming from the A8 countries, particularly Poles, are well educated and certainly educated above the status of the work they are performing. They come to this country and to other countries, and do menial jobs, because they cannot find the work at the level at which they used to be employed in their country of origin. But by doing the menial jobs they are earning more money than they would earn in their country of origin doing the job they were qualified for and were supposed to be doing. For this reason, they accept on a temporary basis to perform menial jobs. That is the first slant of this answer.



There is also a second one. In the research I have carried out, I have found a lot of cases particularly in Northern Ireland, but also in Cambridge or some places in Scotland, where there are people who are qualified to do a particular job. I am taking as an example nursing and midwifery in particular. These economic migrants are midwives in their particular countries. I am talking about a Hungarian, a Pole and a Slovak. These people, whom I have interviewed myself, were all qualified midwives in their respective countries, working in Northern Ireland. When they came to this country, they were not allowed to work as midwives. They were allowed to work on a grade lower than the grade in which they would work in their countries of origin. The reason which was given was that they had to re-train in order to reach the standards which are required in Northern Ireland, etc. I do not believe that this is the real reason. I think the employer keeps the economic migrants down on lower grade, because they have enough people doing the higher grade job, and therefore they want to save money and they keep them at that lower level. Without going into very great detail, and also breaching confidentiality, I had three cases where I wrote personally to the College of Midwives near London in Hendon. The answers I received were not convincing. Soon after, each of these migrants were actually promoted to their rightful grade without passing any exams or sitting additional tests. I suspect that there is a lot of exploitation by employers to keep migrants on low grades.

There was an economic migrant who possessed high qualifications who came and talked to me many times. She was working in a home for mentally deficient people. She was well qualified with an MA from Wroclaw University. She is currently reading for another MA in the evening at Hull University. She actually quit her employment because she was treated very badly. She now has another job teaching in a school, but again she is overqualified for what she is doing in that particular school. So the answer is yes economic migrants are overqualified and they do menial jobs basically because in doing so it brings more money than what they would earn in their country of origin and secondly they are doing menial jobs because the employer sometimes pushes them down.

As for the most popular sector of employment for immigrants, the construction industry, is certainly a favourite but because of the “economic squeeze” at this moment, the construction industry is receding. There will be a number of redundancies which will obviously affect the economic migrant, and therefore there is a possibility that they may be made redundant first before the indigenous worker.

Care homes are other popular places for economic migrants from the A8 and A2 countries. These are mostly Poles but also Czechs, Hungarians and Slovenes will also be found though there is very little movement from Slovenia into this country. These latter go to Italy and various other neighbouring countries. So care homes are particularly important for economic migrants.

The hospitality industry is also popular among economic migrants. They work in hotels, restaurants, catering, etc.



The other trade which is very popular is agriculture, including shell-fish picking the food processing industry and the food chain in general. A lot of Poles are picking shells for export in very dangerous waters in Scotland.

Other favourite sectors for economic migrants are the cleaning sector, security sector, hospital sector. You will find a great number of male and female nurses in hospitals in the NHS. The NHS in this country would not function if it were not for the A8 countries' economic migrants, and also migrants from overseas, for example, from Pakistan, India, the Philippines, Malaysians, etc.

Perhaps I ought to add one thing. Because A8 and A2 countries have joined the EU, they get priority of employment in every sector, be it in agriculture, in hospitals and in all other trades and sectors in which they apply. They thus have priority over the Philipinos, Srilankans, Pakistanis, Indians and Chinese and so on. Of course, we must not forget that we have established British Pakistanis, Indians who have worked in the United Kingdom for generations.

J.M.: From which country do immigrants came in the biggest numbers?

J.R. C.-H.: In Great Britain, there is no doubt that about 68 per cent are Poles. The rest are Slovaks, Czechs, Latvians, Lithuanians, Estonians, very few migrate from Slovenia. There are also some Hungarians, but these are very few compared to Poles.

J.M.: What is the attitude of the British people towards Polish immigrants?

J.R. C.-H.: We have had an awful lot of problems not only with the Poles, but also Portuguese economic migrants. Some areas of Great Britain are more problematic than others It depends where you are in the United Kingdom. If you are in Lincolnshire, which is South of where we are now, they appear to be very much against economic migrants. They are a farming community. We have had problems in Boston particularly with Portuguese but also Poles and there has been much hate crime and antisocial behaviour. Hate crimes consist of violence, grievous bodily harm, and, very occasionally a murder. Damage to property and also insults, spitting – that sort of thing – are the most prevalant anti social activities. Hate crime has also been identified in Scotland, in the tourist industry, in hotels and so on. So, generally speaking, there is resentment because of the false notion that these economic migrants come and take our jobs, which is not true because they take jobs that the British worker or the French or the German, or the Greek, or the Portuguese, or the Spaniard workers do not want to do. They work in railways, they work in buses as bus drivers, as lorry drivers where we have a lot of Polish labour. So there is this perception that these people take the jobs of the indigenous population, which is not true. And that has been proved time and time again.





There is also this “He is a foreigner, she is a foreigner” attitude, and therefore “he is different, she is different from what I am.” Because he is different, he is considered to be inferior. There is still this attitude, unfortunately. There are people who think that the United Kingdom is the best country in the world and there is no other country which can beat it. This is, of course, complete nonsense. We are now no longer what we used to be in the 18th, 19th and the beginning of the 20th century. So, there is this attitude as well to have to contend with.

There thus is hate crime, there is antisocial behaviour, etc. In the Consulate of the Republic of Poland we have three policemen, one of whom you will get to know, Lorna, who will be going to Krakow, Steve Andrews, and another lady policeman, because we have many cases of anti-social behaviour. And we have had people who have attacked or damaged property of A8 and A2 migrants. Some of these English people I am talking about, have had anti-social orders made against them.

J.M.: Since you have contacts with Polish people in your capacity of Honorary Consul of the Republic of Poland, can you describe what is the profile of a typical immigrant from Poland?

J.R. C.-H.: It is very difficult to give a profile, because everybody is different. We do have a lot of Polish families trying to settle in Great Britain. They are usually the professionals, I mentioned before, they are doctors, dentists, accountants, they are in the finance industry in London, particularly. Alternatively there are people from Poland who come here to see their relatives who are first generation Poles. We have a lot of Poles who came here after the war. People who served in the RAF, the Royal Navy, people who served in the various arms in the British army in Polish regiments commanded by Polish officers. They chose to stay in this country for political reasons. Because after the war as you know the A8 countries became communist countries and a number of their citizens chose to stay here, rather than go back to Poland and the other A8 and A2 countries. So you have a lot of people coming to see their relatives, grandparents, parents in many cases. So the profile is a very varied one.

The new economic migrants are primarily (and I have mentioned it before and I will mention it again) in this country, to work hard and reap financial benefits. They are young and ambitious and wishing to learn and earn with the primary aim of acquiring a better life for themselves and their families. Whether they actually have a better life in Great Britain is a very debatable point. In many cases they do not. In many cases they are worse off in this country than they are in their own country. So, the profile is a mixture of people who come to learn, people who come to make money, which is the main thing, people who come to settle, because financially they are better off. Doctors and dentists certainly are financially better off because they are paid something like five times more than what they are paid in Poland.





J.M.: How has the status of the Polish immigrants changed after Poland's accession?

J.R. C.-H.: If an A8 migrant came in a clandestine way before 1 May 2004 then obviously he was and illegal immigrant. He would have to work very quietly, without being discovered. Because of that he was a vulnerable worker and was open to exploitation. So his status before 1 May 2004 was such that being illegally in the country, because he came in a clandestine way, he did not enjoy the benefits which were given to Poles after 1 May 2004.

However, these people who were here in a clandestine manner and who had jobs in the trades where employers did not declare their workers became, at midnight on 1 May 2004, legal immigrants!

Now, when you say: "Has that stopped the exploitation?" The answer is: "no!" Because the exploitation, has continued and is continuing to this very day among economic migrants. The exploitation takes many forms. I am not saying that the exploitation happens in every single sector, but I am saying that exploitation does occur in a big minority of cases. It is not a majority of cases but exploitation is taking place in a big minority of cases. The exploitation takes different forms. It takes the form of breaches of an enormous number of laws. European laws which are applicable to all 27 member states – health and safety at work, for example. Breaches in health and safety at work laws are common today. Breaches of the minimum wage not being paid to economic migrants. Breaches involving enormous sums being paid by economic migrants for accommodation which the employer provides. I can give you figures. It can be from £60 a week up to £180 a week. And these are in dormitories with mattresses which I have seen personally with only less than a meter between the mattresses, where workers live irrespective of sex. It does not really matter if they are males or females. They are all mixed together. Only one or two toilets are available for everybody. Conditions are appalling and breach environmental laws. There is abuse, exploitation in transportation where they pay the employer whether there is the job available or not, they pay to be transported from the accommodation to where they work, because it is the unscrupulous employer or the unscrupulous agency which employs them. There are wage slips which do not make sense, there are deductions which are not accounted for. There is exploitation in the way in which they are treated. In other words, they do not get enough sleep. There is 'hot bedding', that is where a person sleeps during the day, and then he leaves to work on the nightshift and another person sleeps on his mattress.

So, there is 'hot bedding' – two people are sharing the same mattress. Working conditions can amount to conditions qualifying as modern slavery under the definition of the International Labour Organisation. There is bonded labour, where we talked earlier on about people not being as well off in this country. I have come across many migrants who owe money to their employer and therefore they are bonded to their employer and they cannot even leave the country and we have to repatriate them in this consulate. We have to send them back to London and then





to Poland or to other countries, because they have no money, they owe money to the employer. What the employer does, is that he pays the migrant the minimum wage which is £5.35 per hour. But from £5.35 the employer takes accommodation money, between £60 and £180 in big dormitories per week. The employer makes the profit. So, he deducts that sum from the migrant's wages. He deducts the sum that the employee pays the employer for his transport. A few other deductions take place because if it is paid by cheque they charge £5 to write the cheque out! Money does not tally. And therefore by the end of the week or the end of the month however they are paid, the employee owes the employer and not the other way around. We have had many, many cases of that kind of exploitation. The exploitation occurs even today, because economic migrants are very, very vulnerable. And, of course, this is what I should be discussing in Brussels. I have made something like 80 recommendations to the Ombudsman in Poland and Brussels is interested in all these. That is the reason why we are having a conference on 15 September on this very issue, on the recommendations. I do not want to go into recommendations because that is not relevant, here.

J.M.: How is the quality of work that Poles do assessed by employers in the United Kingdom?

J.R. C.-H.: The employers I have talked to, and the general trend is that Poles are hard working, they want to work overtime, and there is abuse also in this respect, since they work overtime but they are not paid. They are keen and employers say: 'Bring us more Poles!' It is also true with Slovaks, but to a lesser extent and with the Czech Republic people. Latvians or Lithuanians are not very popular but Poles have a very, good image in this country as well as in France, and Germany.

I have personally experienced on the other hand the negative aspects when Poles come here have set themselves up as decorators. So, I thought I will give a job to paint my house, to a Polish firm. So, I employed three Poles. One was a butcher, another one was a decorator and the other one was his wife. I do not think they have ever done decorating in their lives. I could paint better. So, they came the first day, and they gave me a price which was £600 to do the outside windows and doors of my house. From the very first day, I knew that they were not decorators, although they had their business card as decorators and painters. So, the so called decorator brought friends, because there are a lot of windows and doors in my house. One of them was a butcher working during the day or during the night and therefore coming to work part time as a painter. They have not had a clue and it did not take me more than one day to discover their failings. I said to them: 'Look. I'm sorry. I think this job is really too big for you. You really cannot manage it.' They agreed and left. And then I got another one, an English painter who did the same job extremely well. And he charged me £680. £80 more expensive than the Poles.





J.M.: Is the recession that is already observed in the United Kingdom going to have an effect on the British public and their attitude towards migrant workers? Do British people look at them as threat for the economic prosperity?

J.R. C.-H.: Those who consider migrants as a threat to the economic prosperity of this country and other countries of the EU are misguided. If it were not for the economic migrants in this country, as I said earlier, our hospitals, our medical services would not operate. The NHS would disappear. There are a lot of people in certain areas of Great Britain who consider them as threat, but I think they are misguided. There is no doubt that migrants contribute to this country, they contribute to all the countries in Europe by paying their taxes. There is an agreement between Poland and Great Britain, where the Poles do not pay taxes in Poland as well as in Great Britain, which is an encouragement for Poles to come. There is no doubt that Poles and also other A8 migrants do contribute to the economy of all the countries of the European Union. This has been confirmed time and time again by various researches in different countries in the EU. The recession is going to affect migrants, as I said earlier on, because I think they are the first ones to be made redundant, because they have no rights. It is a complicated situation. You have to work for two years with an employer before you are entitled to claim a redundancy payment. Most migrants are temporary workers, they do not work for two years or they work for over two years but on a succession of contracts. Therefore they are not with one employer, and therefore the obvious target for redundancy will be migrants and they will have to go back home unless they find another job, of course. So the recession has got nothing to do with migration. I am not an economist, but I think I know enough, I read enough to inform myself on this and nobody has ever suggested that the reason for the recession is migration. That is not so. The reasons for the recession treat other matters such as the economy, the property market in this country and America. This is a world recession and has nothing to do with migration.





RECENZJE







V. 2008 nr 2

Krakowskie Studia Międzynarodowe

Bogusława Bednarczyk

**PAUL TAYLOR, *THE END OF EUROPEAN INTEGRATION*,
[ROUTLEDGE, LONDON AND NEW YORK 2008]**

Autor recenzowanej książki jest emerytowanym profesorem Stosunków Międzynarodowych w London School of Economics w Wielkiej Brytanii. W latach 2001–2004 był dyrektorem Instytutu Europejskiego na tej prestiżowej brytyjskiej uczelni. Prezentowana książka jest owocem jego wieloletnich prac badawczych w zakresie współczesnych stosunków międzynarodowych, historii integracji europejskiej i współczesnej myśli politycznej. Stanowi także kontynuację wydanej w 2001 r. pozycji *The European Union in the 1990s*.

Książka składa się z dziewięciu rozdziałów, w których w sposób chronologiczny i merytoryczny autor bada kolejne fazy rozwoju i przeobrażeń integracji europejskiej, koncentrując się na elementach pozytywnych i negatywnych każdego etapu. Całość uzupełniają bardzo szczegółowe przypisy pełniące równocześnie funkcję bibliograficzną oraz indeks (nazwisk i rzeczowy). Opracowanie oparte jest na wyczerpującej literaturze z wielu dyscyplin, wśród których na szczególną uwagę zasługują dokumenty Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej i Komisji. Obok materiałów bezpośrednio związanych z integracją europejską, autor prezentuje bogaty zbiór uzupełniających dokumentów ONZ, Rady Europy i OECD.

Zagadnienie integracji europejskiej to problem nieustających debat i kontrowersji zarówno w płaszczyźnie codziennej polityki, jak i rozważań czysto teoretycznych. W połowie lat 50. XX w. szansa na stworzenie jedności politycznej w Europie była niewielka. Jednak zwolennicy zjednoczonej Europy podjęli się tego wyzwania. Narody zakładające wspólnotę europejską zawarły porozumienie prze-



ciwko wojnie i komunizmowi. Celem była silna i bezpieczna Europa. Profesor Taylor w swojej interesującej, nietłatwej i doskonale udokumentowanej książce przedstawia historię powstawania wspólnoty jako trudnego, lecz zwieńczonego sukcesem procesu. Traktuje także lata 90. XX w. jako jedno z najpomyślniejszych dziesięcioleci w historii Europy i należy się z nim zgodzić. Wówczas to bowiem udało się zakończyć prace nad Traktatem z Maastricht i wspólnym rynkiem, udało się także poszerzenie UE w 1995 r. i wprowadzenie euro. Stosunek autora do następnej fazy poszerzenia z 2004 i 2007 r. jest już o wiele bardziej sceptyczny i te wydarzenia umieszcza w kategorii błędów, żeby nie powiedzieć kroków prowadzących do upadku Unii.

Refleksje autora dotyczące zmięczenia integracji europejskiej są bez wątpienia konieczne i inspirujące we współczesnej rzeczywistości. Mobilizują one bowiem do pracy nad modelem, który jest w stanie sprostać coraz większym wyzwaniom współczesnego świata. I właśnie w tym kontekście należy uznać książkę Taylora za istotny wkład w dyskusję nad koniecznością dalszych przemian i restrukturyzacji wspólnoty europejskiej.

Pozycja ta pojawiła się w chwili, kiedy mamy do czynienia z historycznym przełomem w konstruowaniu kolejnego, usprawnionego modelu integracji. Unia Europejska jest dziś tak samo niezbędna i ważna jak kiedyś. Oczywiście każdy kraj musi wnieść swój ważny wkład w jej dalszy postęp. Dzisiejsza konstrukcja prawna Unii sprawia, że jest ona niewydolna i nieefektywna, a jej funkcjonowanie opiera się na wielu nie do końca spójnych regułach tzw. prawa pierwotnego. Kształt przyszłej Unii nie jest wyłącznie sprawą rządzących – ani obecnie, ani w przyszłości – ale sprawą całego społeczeństwa europejskiego. Nie jest też kwestią czystej taktyki lub gry dyplomatycznej, chodzi bowiem o kształtowanie wzajemnych więzi w Europie na długie lata.

Autor jest zdecydowanym zwolennikiem opinii, że rozszerzenie Unii na wschód było może nie jedyną, ale z pewnością bardzo poważną przyczyną jej załamania się, co w konsekwencji prowadzi do nieuchronnej dezintegracji. Nie jest to opinia odosobniona, szczególnie na gruncie brytyjskim. Szczególnie interesujący jest tu kontekst, w jakim autor buduje swoją tezę o upadku wspólnoty europejskiej. Prowadząc bardzo wnikliwe i oparte na rzeczowym materiale źródłowym rozważania nad procesem tworzenia i rozwoju wspólnoty europejskiej, wielokrotnie podkreśla, iż Unia Europejska była najbardziej nowatorskim i najskuteczniejszym polityczno-instytucjonalnym eksperymentem po II wojnie światowej. Pomogła Irlandii – jednemu z najuboższych krajów europejskich – wejść do grona najbogatszych. Pomogła też wprowadzić demokrację w Hiszpanii, Portugalii i Grecji – krajach, w których rządziły dyktatury. Nie zgadza się z wątpliwym twierdzeniem entuzjastów, że Unia podtrzymywała pokój w Europie przez ponad 50 lat. Słusznie akcentuje, że nie można zapominać o tym, że Unia uczyniła wojnę pomiędzy mocarstwami dużo mniej prawdopodobną. Najważniejsze jednak było NATO i amerykańska obecność na kontynencie europejskim. Jednak Unia osiągnęła dużo więcej. Odwróciła złą tendencję europejskiej historii – nacjonalizm, kolonializm, militarne

szaleństwo. Ustanowiła lub wsparła ustanowienie instytucji takich jak Europejski Trybunał Praw Człowieka – instytucji nie tylko odrzucających barbarzyństwo europejskiej historii, ale i stanowiących prawo stawiające mu tamę. Te pozytywne rozważania nad historią i politycznymi osiągnięciami europejskiej wspólnoty prowadzą jednak autora do negatywnych konkluzji dotyczących dalszych perspektyw rozwojowych zjednoczonej Europy. Konkluzje te budzą wątpliwości badacza problematyki unijnej i prowokują do polemicznej dyskusji. Nie porażka Unii u progu XXI w. jest dla nas kłopotem, tylko jej sukcesy. Zjednoczenie Zachodu ze Wschodem, które, zdaniem autora, jest oznaką klęski polityki europejskiej, zdawało się niespełna 20 lat temu nierealnym marzeniem. Po 1989 r. pojawiły się twierdzenia, że próżnia władzy w Europie Środkowej i Wschodniej może doprowadzić do konfliktów między państwami. Te przepowiednie się nie sprawdziły. Częściowo właśnie dlatego, że Unia stworzyła ramy pokojowej zmiany ustrojowej.

Zagrożenie dla Europy Taylor widzi także w globalizacji. Te obawy są bez wątpienia uzasadnione. Unia faktycznie zdaje się bardziej narzędziem globalizacji niż instrumentem wpisywania się w jej ramy, przekształcania jej. Przedstawiony przez autora punkt widzenia wzmaga pragnienie wielu sceptyków do powrotu do ponoć bezpiecznego narodowego raj. Wizja Europy w połowie XXI w. i wyrażanych wówczas opinii na temat błędów i niedociągnięć konstrukcji europejskiej, przedstawiona w ostatnim rozdziale jest bardzo sugestywna i pobudzająca wyobraźnię, szczególnie w tych kręgach społeczeństw europejskich, które łatwo ulegają wpływowi katastroficznych opisów zagrożeń współczesnego świata. Należy tu jednak postawić pytanie, czy likwidacja Unii doprowadziłaby do wzrostu poczucia bezpieczeństwa w wyizolowanych narodowych i kulturowych tożsamościach? Gdyby w Wielkiej Brytanii wygrali eurosceptycy i wystąpiłaby ona z Unii, Brytyjczycy uzyskaliby wtedy klarowniejsze poczucie tożsamości? Czy wzrosłaby ich suwerenność pozwalająca im zarządzać własnymi sprawami? Na te pytania nie znajdujemy odpowiedzi. I właściwie trudno byłoby się ich spodziewać. Autor bada zjawiska, wysnuwa wnioski, ale nie stawia polemicznych pytań. Można się jedynie domyślać, iż pozostawia je w gestii czytelników.

Autor konsekwentnie zauważa, że zmieniły się priorytety Europejczyków. Tracą wiarę w UE. Nie mają pewności, czy Unia jest w stanie dalej zapewnić im dobrobyt i bezpieczeństwo. Odrzucenie Traktatu konstytucyjnego we Francji i Holandii zatrzymało na pewien czas proces integracji. Taylor przedstawia to jako jeden z symptomów końca integracji. Nie jest tu odosobniony. „Economist” w 2005 r. pisał, że wizja „coraz bliższej Unii” jest dzisiaj równie nierealna jak dyktatura proletariatu. W tym czasie próżnię pozostawioną przez sporą rzeszę zwolenników integracji instytucjonalnej szybko wypełniali wyznawcy Europy pragmatycznej, utylitarnej. Taki pogląd dominuje także w omawianej pozycji. Autor uważa, że nie należy koncentrować się na kwestiach architektury instytucjonalnej. Interesuje go bliska wspólnota niezależnych państw narodowych działających wspólnie tam, gdzie współpraca może stanowić wartość dodaną, i w tym widzi najlepszą receptę dla UE. W tej wizji

jest miejsce na integrację, ale rozumianą jako wypadkowa wspólnych interesów w dziedzinie walki z terroryzmem oraz niestabilności regionalnej i globalnej. A wymiar polityczny? Tu autor skłania się ku koncepcji, że jeśli pojawią się wspólne interesy, to będzie się on ujawniał. Jeśli nie, to wszyscy pozostaną przy narodowych punktach widzenia. Taka teza była o wiele łatwiejsza do obrony w okresie załamania procesu przyjmowania Traktatu konstytucyjnego.

Druga połowa 2005 r. i prezydencja brytyjska to okres, który w poważnym stopniu uzasadnia tezę Taylora o końcu integracji europejskiej. Przegrane referenda konstytucyjne we Francji i Holandii oraz fiasko negocjacji budżetowych ujawniły pod koniec 2005 r., że Europa znalazła się w poważnym kryzysie. Przez kilka miesięcy prezydencja brytyjska pozostawała pasywna, bez zgłaszania żadnych propozycji. Autor widzi w tym wyraźne oznaki zbliżającej się dezintegracji. Nasuwa się pytanie, czy nie jest to euroceptycyzm autora, który nakazuje mu błędy i potknięcia interpretować wyłącznie w sposób negatywny? Można bowiem spojrzeć na te zjawiska pod innym kątem. Był to raczej okres pewnych napięć prezydencji brytyjskiej z Francją i Niemcami, które nie popierały koncepcji reform Tony'ego Blaira. Autor w swojej bardzo dociekliwej analizie pisze słusznie, że był to okres kryzysu przywództwa. Zauważa także, że właściwą odpowiedzią na impas, w jakim znalazła się UE w 2005 r., mógł być tylko sprawniejszy mechanizm decyzyjny. Ale proces ratyfikacji Traktatu konstytucyjnego gwałtownie wyhamował po porażce we Francji i Holandii, a ogłoszenie okresu refleksji doprowadziło do całkowitego wyciszenia debat nad konstytucją. Czy można jednak tę sekwencję wydarzeń traktować jako symptomy dezintegracji Unii? Prawdopodobnie sedno problemu tkwi w tym, że nie należało nazywać konstytucją czegoś, co – zwłaszcza według ścisłego pojęcia prawnego – nią nie jest. Już samo pojęcie „konstytucja” sugerowało coś, czego nie ma, ponieważ suwerenami traktatów europejskich są państwa członkowskie. W opinii autora, z którą należy się w pełni zgodzić, nie nadszedł zatem jeszcze czas na konstytucję, a potrzebą chwili były trzeźwe reformy instytucjonalne, które mogłyby uczynić Unię sprawną.

Rezultaty nieudanych plebiscytów zawiesiły na pewien czas budowanie Europy, ale na te wydarzenia można również spojrzeć jako na szansę, którą dostali Europejczycy, aby dokonać oceny dotychczasowych sukcesów, porażek i wyciągnąć właściwe wnioski.

Przygotowanie i poddanie ratyfikacji projektu Traktatu konstytucyjnego doprowadziło do swoistego kryzysu ewolucyjnego, którego powagi nie należy jednak przeceniać. Kryzys ten wiąże się z dwiema koncepcjami rozwojowymi Unii jako organizacji międzynarodowej lub ponadnarodowej. Projekt Traktatu był niewątpliwie krokiem w tym drugim kierunku, może nazbyt radykalnym. Rozważając to zagadnienie, autor przeprowadza ciekawą analizę, podkreślając, że Traktat konstytucyjny miał przywrócić Unii autentyczną zdolność działania i dostosować ją do zmian zachodzących zarówno w niej samej, jak i w jej otoczeniu międzynarodowym. Podkreśla, iż był oczywiście daleki od doskonałości, podobnie jak poprzed-

nie rewizje Traktatu rzymskiego – akt jednolity (1986), Maastricht (1992), Amsterdam (1997) i Nicea (2000) – stanowił z trudem osiągnięty kompromis. Niemniej, był ważnym krokiem naprzód. Autor nie poprzestaje na tych stwierdzeniach, lecz przedstawia również pozytywną opinię na temat znaczenia Traktatu, konstatując, iż konsolidował Unię, zwiększał jej zdolność decyzyjną, przywracał dynamikę, nadawał jej bardziej demokratyczny charakter, przygotowywał do podejmowania nowych wyzwań, uwydatniał jej wagę w dialogu z istniejącymi albo powstającymi supermocarstwami. Innymi słowy, przybliżył Unię do modelu, jakiego potrzebują dzisiaj narody Europy.

Z perspektywy 2008 r. i bogatego kalendarza wydarzeń z poprzednich dwóch lat bardziej właściwym określeniem byłoby uznanie ówczesnego kryzysu w UE za kryzys przywództwa politycznego. To bowiem liderom państw europejskich brakowało wizji niezbędnych reform i odwagi w ich wdrażaniu. Odrzucenie Traktatu konstytucyjnego miało przecież przyczyny z nim niezwiązane (ludzie bali się utraty gwarancji socjalnych oraz konkurencji nowych członków Unii), ale też nie można zgodzić się z twierdzeniem autora książki, iż rozpoczął się proces rozpadu Unii. Negatywne referenda należy traktować jako wyraz obaw dotyczących utrzymującego się bezrobocia, niepewności co do przyszłości i nasilania się konkurencji ze strony innych państw, w tym nowych krajów członkowskich Unii. Przewyciężenie tych wyzwań i pchnięcie gospodarek europejskich na ścieżkę szybszego wzrostu, a także uporanie się ze skutkami starzenia się społeczeństw europejskich wymaga uelastycznienia rynku pracy, skłonienia Europejczyków do zwiększenia aktywności zawodowej, usunięcia istniejących barier w przepływie usług oraz zasadniczej zmiany tradycyjnego modelu polityki społecznej. Problematyka ta jest przedmiotem wnikliwej analizy autora, ale wnioski prowadzą go do uznania tych zagadnień za podstawę do rozpadu Unii, a nie do reform na rzecz zmian. Faktem jest, że francuskie „nie” dodało sił eurosceptykom w innych krajach, a także uzbroiło w dodatkowe, przekonywające zresztą, argumenty Taylora. Oczywiście rozkwit populizmu w Europie nie jest, rzecz jasna, winą Francuzów i Taylor zresztą takiej tezy nie stawia. Sam słusznie podkreśla, że nacjonalizm ma wiele przyczyn i silne korzenie w europejskiej historii. Trzeba się jednak zgodzić z nim, że wynik referendum we Francji wzmocnił obawy innych europejskich rządów, a każda nowa próba wypromowania konstytucji UE skazana byłaby na klęskę w konfrontacji z wewnętrzną i ogólnoeuropejską opozycją.

Autor zbiera argumenty, które prowadzą go do końcowej konkluzji o powolnym, lecz nieuchronnym upadku UE w XXI w. Wydaje się, że sprowadzenie europejskich aspiracji do *Realpolitik* nie było i nie jest odpowiedzią na zaistniały kryzys. Bardziej właściwym tokiem rozumowania powinna być idea, że Europejczycy winni zrozumieć, iż siłą jest jedność i że nie da się zagwarantować europejskiej integracji poza wspólnymi konstytucjonalnymi ramami sprzyjającymi budowaniu wspólnej tożsamości. Pokonanie kryzysu przyjęte w strategii Traktatu reformującego osłabiło obawy dotyczące zagrożenia suwerenności narodowej, koncentru-

jąc się na myśleniu w kategoriach suwerenności europejskiej. Poruszając złożony problem suwerenności, autor dostrzega konieczność innego pojmowania narodowej suwerenności u progu XXI w. Nie ulega wątpliwości, iż dziewiętnastowieczne definicje odwołujące się do porządku westfalskiego nie przystają do dzisiejszej rzeczywistości. Siła Unii polega bowiem na tym, że państwa członkowskie postanowiły wspólnie korzystać z pewnych atrybutów swojej suwerenności, wzmacniając rzeczywistą kontrolę nad własnym losem. Unia jest najlepszym dowodem na to, że można pozostawać suwerennym we wspólnocie, na którą ma się wpływ. To właśnie integracja europejska, a nie złudna formalna niezależność, pozwala Europejczykom wpływać na swój los.

Dynamika zmian współczesnych procesów integracyjnych polega między innymi na tym, że kolejne wydarzenia natury politycznej wprowadzają na scenę polityczną nowych aktorów i nowe rozwiązania, odsuwają w cień koncepcje, które zaledwie kilka lat wstecz wydawały się absolutnie pewne. Zaledwie kilka lat po kryzysie konstytucyjnym hasło „więcej Europy” nie straciło wcale na aktualności. Społeczeństwa domagają się jedynie, by uwzględnić ich głos przy podejmowaniu najważniejszych dla Europy decyzji. Jest to, być może, prawdziwy początek europejskiego społeczeństwa obywatelskiego. Z perspektywy 2008 r. inaczej wygląda kryzys konstytucyjny, niż widzi to Taylor, piszący bezpośrednio po jego zaistnieniu. Dla autora był to kolejny dowód słabości UE, teraz można twierdzić, iż przypadłość, jaka spotkała traktat konstytucyjny, nie oznacza wcale wyhamowania dynamiki integracji. Widzimy wyraźnie, że w debacie europejskiej znów w centrum uwagi staje obywatel. Nie jest to zresztą jakaś szczególnie nowatorska strategia. W rozważaniach autora także zresztą pojawiają się podobne wątki, kiedy pisze o historycznym znaczeniu wspólnoty europejskiej. Zwraca bowiem uwagę na to, że zawsze uważano, iż legitymację w UE można osiągnąć albo poprzez efektywne działania, albo otwierając się na obywatela i angażując go w życie polityczne Unii.

Autor po mistrzowsku uświadamia czytelnikowi wyzwania, które w przeszłości stały przed Europą, a także to, co ją czeka w przyszłości. Bez zastrzeżeń należy zgodzić się z twierdzeniem Taylora, iż nie potrzebujemy europejskiego superpaństwa czy też lansowanej przez byłego premiera Belgii, Guy Verhofstadta, formuły Stanów Zjednoczonych Europy. Ale musimy pamiętać, że żyjemy w globalizującym się świecie i żaden z członków Unii nie poradzi sobie z globalnym wyzwaniem. Tylko Europa jako całość jest siłą, co autor przedstawia, dając precyzyjny obraz historycznego rozwoju procesu integracji – która może mieć wpływ na świat.

Obywatele Europy wyraźnie opowiadają się za nadaniem nowego tempa integracji europejskiej w oparciu o nowe wyzwania: uczynienie globalizacji bezpieczną i sprawiedliwą, ochronę środowiska, obronę praw socjalnych i walkę z biedą. Większość obywateli nie tylko nie odrzuca Europy, ale wręcz oczekuje działań Unii. Słuszne zatem wydaje się twierdzenie, że obywatele wyprzedzają swoich liderów. To dla europejskich przywódców sposobność do dyskusji na temat nowego kształtu Unii. W takiej dyskusji głos Taylora jest znaczący, wprowadza



bowiem element kontrowersyjnego zastanowienia się i stawia trudne pytania, które muszą uzyskać racjonalne i uzasadnione faktami odpowiedzi.

A zatem czy należy przewidywać koniec integracji europejskiej czy też zmieścić do takiego poziomu współpracy w Unii, jaki został osiągnięty w sprawach gospodarczych? Dążenie do tego nie oznacza końca państw narodowych, bo kluczem do Europy będą zawsze jedność i różnorodność. Unia powinna dysponować wspólnymi instytucjami w polityce międzynarodowej, tak by było jasne, kto czym się zajmuje, reprezentując interesy Europy w świecie.

Świat nie stoi w miejscu, zatem Unia nie może tkwić w niepewności i stagnacji. Należy także mieć na uwadze to, że stanowi ona mechanizm wrażliwy na wstrząsy i zapędy destrukcyjne, na co szczególnie zwracał uwagę Taylor w swoich rozważaniach. Jej trwanie i postęp zależą od woli i wysiłku państw, które do niej należą. Unia to najbardziej konstruktywny projekt polityczny ostatnich stuleci; to remedium na schyłek i wasalizację Europy. Wobec kryzysu, który obecnie przeżywa, tylko wspólna solidarna działalność państw członkowskich może okazać się skuteczna.

Prognoza końca integracji europejskiej przedstawiona przez Taylora stanowi inspirację do rozważań nad alternatywą. Mając w perspektywie ratyfikację Traktatu Lizbońskiego do końca 2008 r. przez wszystkie państwa członkowskie, można przyjąć założenie, iż Unia w dającym się przewidzieć czasie pozostanie strukturą „powiązania” państw. Najważniejsze jest jednak to, by wraz z reformami instytucji unijnych wzmogło się zaangażowanie społeczeństw obywatelskich – na tyle, by mogła powstać europejska opinia publiczna, poczucie „europejskiego my”, inaczej mówiąc: świadomość współprzynależności i solidarności.

Książka Taylora nie jest lekturą łatwą, a to z powodu ogromnego nagromadzenia informacji, wielokrotnie bardzo szczegółowych, które autor komentuje trudnym, wręcz syntetycznym językiem. Jest ona jednak bezdyskusyjnie wartościowa. Wśród licznych pozycji książkowych dotyczących integracji europejskiej tę należy zaliczyć do najważniejszych. Przede wszystkim z uwagi na jej polemiczny – żeby nie powiedzieć – prowokujący charakter. Zmusza bowiem do głębokiej refleksji nad aktualnym stanem szeroko rozumianej europejskości, nad obawami i lękami Europejczyków i konsekwencjami, jakie może przynieść brak wspólnego programu działania w przyszłości.

Tej ze wszech miar interesującej i wielowątkowej pozycji nie sposób omówić w szczegółach i ustosunkować się do wszystkich poruszonych w niej kwestii. Zwrócona została uwaga jedynie na najciekawsze kwestie, pozostałe wykraczają znacznie poza ramy recenzji. I choć publikacja jest w zamyśle autora przeznaczona przede wszystkim dla naukowców i studentów, to nie ulega wątpliwości, że wzbudzi zainteresowanie również w gronie praktyków – polityków, ekspertów, doradców czy dziennikarzy.







V. 2008 nr 2
**Krakowskie
Studia
Międzynarodowe**

Marta Kolendowska

**JERZY ZAJADŁO, ODPOWIEDZIALNOŚĆ ZA MUR.
PROCESY STRZELCÓW PRZY MURZE BERLIŃSKIM,
[WYDAWNICTWO ARCHE, GDAŃSK 2003]**

Autor recenzowanej książki jest pracownikiem naukowym Uniwersytetu Gdańskiego. Poza recenzowaną książką, dr hab. Jerzy Zajadło jest autorem kilkudziesięciu publikacji z zakresu filozofii prawa i prawa międzynarodowego. W recenzowanej książce zaprezentowane są wybrane i najgłośniejsze orzeczenia sądów niemieckich (sądów I instancji, Federalnego Sądu Najwyższego oraz Federalnego Trybunału Konstytucyjnego), które wydawane były w sprawach szeregowych żołnierzy służb granicznych (pełniących służbę na granicy byłych NRD i RFN) oraz członków władz państwowych, partyjnych i wojskowych byłej NRD, odpowiedzialnych za powstanie i funkcjonowanie reżimu komunistycznego. Orzeczenia w tych sprawach zapadały po upadku muru berlińskiego i są częścią zjawiska określanego mianem „rozliczania przeszłości byłej NRD”.

Książka składa się z pięciu rozdziałów. Rozdział pierwszy traktuje o historii granicy pomiędzy NRD a RFN, w rozdziale drugim autor prezentuje modele polityki wobec przeszłości, w rozdziale trzecim omawia wybrane orzeczenia w sprawach żołnierzy i ich dowódców, w rozdziale czwartym komentuje orzeczenia w sprawach członków Narodowej Rady Obrony NRD i Biura Politycznego SED, a w ostatnim prezentuje orzeczenia Federalnego Trybunału Konstytucyjnego oraz wyroki Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu.

Książka zawiera niezwykle ciekawe, archiwalne zdjęcia, a także interesujące schematy – np. granicy między NRD a RFN. Ponadto książka zaopatrzona



jest w bogatą niemieckojęzyczną bibliografię. Jak podkreśla autor, wyrokom, które zapadły w procesach tzw. strzelców przy murze berlińskim (*Mauerschützenprozesse*) towarzyszyła ogólnonarodowa dyskusja tocząca się pod hasłem: „restrykcja sprawiedliwości w warunkach państwa prawa czy sprawiedliwość zwycięzców?”. Oskarżeni w procesach bronili się twierdząc, iż działali na rozkaz i w granicach porządku komunistycznego byłej NRD, jednakże sądy niemieckie nie uznawały tego argumentu, stosując w omawianych procesach tzw. formułę Radbrucha, która polegała na uznaniu, iż w niektórych wypadkach należy kierować się nie tylko formalną literą prawa, ale również ogólnoludzkim poczuciem sprawiedliwości (koniecznością przestrzegania podstawowych praw i wolności człowieka). Sprawy strzelców przy murze berlińskim znalazły swój finał w Europejskim Trybunale Praw Człowieka w Strasburgu.

W omawianej książce prezentowane są wyroki Trybunału w Strasburgu w sprawach: *Streletz, Kessler i Krenz vs Niemcy* (nr skargi 44801/98), oraz *K.-H. W. vs Niemcy* (nr skargi 37201/97). Pierwsza sprawa dotyczyła wysokich funkcjonariuszy NRD, członków Rady Bezpieczeństwa Narodowego – Fritza Streletza, Heinza Kesslera oraz Egona Krenza. Druga sprawa dotyczyła żołnierza straży granicznej, który wykonując rozkaz, zabił człowieka usiłującego przekroczyć granicę. Zarówno w pierwszej, jak i w drugiej sprawie sądy niemieckie wydały wyroki skazujące, a skarżący złożyli skargi do Trybunału w Strasburgu, w których wskazywali, że w ich sprawach doszło do ukarania za czyny, które w NRD nie były przestępstwem. Skarżący podnosili bowiem, że nie mogli przewidzieć, iż będą ukarani w przyszłości za czyny, które nie były przestępstwem w chwili działania. W tym stanie rzeczy, w przekonaniu skarżących, sądy niemieckie przy wydaniu wyroków złamały zasadę *lex retro non agit* i tym samym naruszyły art. 7 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności.

Trybunał w Strasburgu nie uwzględnił żadnej ze skarg argumentując, że mimo iż czyny skarżących formalnie nie były uznane za przestępstwo w byłej NRD, to jednak, zdaniem Trybunału, skarżący mieli świadomość zarówno w jednej, jak i drugiej sprawie, iż taka sytuacja była wynikiem tylko i wyłącznie panującego wówczas reżimu. Trybunał wskazał ponadto, iż zarówno byli funkcjonariusze NRD, jak i strażnik graniczny musieli mieć świadomość łamania prawa, a ich czyny stanowią przestępstwo i winni byli liczyć się z tym, że w przyszłości mogą za te czyny zostać osądzeni. Trybunał podkreślił, że czyny skarżących były niezgodne z obowiązującym wówczas prawem międzynarodowym. Mając na względzie powyższe, Trybunał uznał, że sądy niemieckie w omawianych sprawach nie naruszyły art. 7 Konwencji.

Autor recenzowanej książki wskazuje, że chociaż „sprawcy kalectwa i śmierci wielu ofiar granicy niemiecko-niemieckiej” zostali już prawomocnie osądzeni, to jednak pozostaje wiele pytań i wątpliwości związanych z procesami strzelców przy murze berlińskim. W szczególności autor rozważa, jak uniknąć sytuacji, w której głównymi beneficjentami ochrony praw człowieka stają się osoby, które w prze-



szłości dokonywały ich naruszeń. W jakim kierunku rozwijać prawo na poziomie krajowym i międzynarodowym, by sprostało ono wyzwaniom okresu transformacji i by nie wpadało w pułapkę własnych samoograniczeń. Jak wreszcie traktować młodego eneradowskiego żołnierza, który w swoim mniemaniu tylko wykonywał rozkazy. Czy należy traktować go na równi z twórcami panującego wówczas reżimu, czy raczej należałoby go zaliczyć do ofiar tej zbrodniczej indoktrynacji. Jak w państwie prawa różnicować odpowiedzialność bezpośrednich wykonawców i ich politycznych popleczników. I czy w ogóle stawiać historię przed sądem karnym. Omawiana książka stanowi próbę odpowiedzi na wyżej postawione problemy.

Autor, analizując przyjęty w postkomunistycznych Niemczech model rozliczenia przeszłości, dochodzi do przekonania, że w sprawach strzelców przy murze berlińskim trudno zająć całkowicie jednoznaczne stanowisko, a także że nie ma uniwersalnej odpowiedzi na pytania, które zostały postawione w omawianej książce. Niemniej podkreśla, że pomimo wątpliwości, trudno podzielić stanowisko, iż wyroki wymierzane w omawianych procesach były przejawem sprawiedliwości zwycięzców. Jego zdaniem wyroki sądów niemieckich były bowiem efektem świadomie przyjętej polityki wobec przeszłości, realizowanej z zachowaniem reguł państwa prawa. Autor wskazuje ponadto, iż państwo prawa w rozliczaniu przeszłości nie powinno być zakładnikiem pseudopozytywistycznych i pozornych samoograniczeń, a prawo jest czymś więcej niż tylko zapisaną określoną treścią kartką papieru, której interpretacja uzależniona jest całkowicie od woli aktualnej władzy.

Zagadnienia omawiane w recenzowanej książce są niezwykle ciekawe. Rozliczanie przeszłości komunistycznej jest bowiem tematem niezwykle aktualnym i wzbudzającym liczne kontrowersje, nie tylko zresztą w Niemczech, ale również w Polsce. Wspomnieć tu chociażby wypadła o uchwale polskiego Sądu Najwyższego z 20 grudnia 2007 r. (sygn. I KZP 37/07), w której Sąd Najwyższy dokonał wykładni zdania pierwszego art. 80 § 2 b ustawy z 27 lipca 2001 r. – Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. z 2001 r., Nr 98, poz. 1070 ze zm.) i orzekł, że: „Ze względu na niezamieszczenie w Konstytucji PRL z 1952 r. zakazu tworzenia przepisów karnych z mocą wsteczną (zasady *lex retro non agit*) oraz brak mechanizmu prawnego umożliwiającego uruchamianie kontroli zgodności przepisów rangi ustawowej z Konstytucją lub z prawem międzynarodowym, a także ze względu na brak regulacji określającej miejsce umów międzynarodowych w krajowym porządku prawnym, sądy orzekające w sprawach karnych o przestępstwa z dekretu Rady Państwa z dnia 12 grudnia 1981 r. o stanie wojennym (Dz.U., Nr 29, poz. 154) nie były zwolnione z obowiązku stosowania retroaktywnych przepisów karnych rangi ustawowej”, a cytowaną uchwałę SN wpisał do księgi zasad prawnych. Omawiana uchwała Sądu Najwyższego stanowi odpowiedź na zagadnienie prawne przedstawione Sądowi Najwyższemu, orzekającemu w powiększonym składzie, przez Sąd Najwyższy – Sąd Dyscyplinarny, w związku ze sprawą Zdzisława B., sędziego Sądu Najwyższego w stanie spoczynku, w stosunku do którego Prokurator IPN złożył wnioski o zezwolenie na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej za przestęp-





stwa z art. 231 § 1 k.k. i art. 189 § 2 k.k. przy zastosowaniu art. 11 § 2 k.k. w związku z art. 2 ust. 1 ustawy z 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (Dz.U. z 1998 r., Nr 155, poz. 1016 ze zm.). Powyższa uchwała SN stała się w Polsce przedmiotem publicznej, burzliwej debaty, w której przeważały opinie krytyczne.

Recenzowana książka napisana jest językiem przystępnym i stanowić może lekturę ciekawą nie tylko dla prawników i politologów, ale także dla wszystkich czytelników, którym prawa człowieka nie są obojętne.





V. 2008 nr 2

**Krakowskie
Studia
Międzynarodowe**

Maciej Brachowicz

**PIERRE MANENT, *DEMOCRACY WITHOUT NATIONS?*
THE FATE OF SELF-GOVERNMENT IN EUROPE,
[WYD. AMERYKAŃSKIE WILMINGTON 2007,
WYD. ORYGINALNE PARYŻ 2006]**

Pierre Manent należy do grona najwybitniejszych myślicieli politycznych początku XXI w. Będąc uczniem, a następnie asystentem Raymonda Arona, odziedziczył po swoim wielkim mistrzu pasję i umiejętność tropienia rozwiązań ustrojowych, które zagrażają porządkowi wolności. Był jednym z założycieli niezwykle wpływowego pisma „Commentaire”. Fascynacja Tocqueville’em spowodowała, że wszedł także do nielicznego grona francuskich filozofów polityki czerpiących z myśli amerykańskiej; jest ona w sposób żywy obecna w jego twórczości.

Demokracja bez narodów? stanowi gorącą i elokwentną obronę demokracji. Manent nie broni jednak demokracji takiej, jak ją dziś w Europie często rozumiemy – jako katalogu reguł i procesów, które umożliwiają nam maksymalizację zysków oraz materializację własnych roszczeń. To, co naprawdę inspirowało go do pisania swojego apelu, to tęsknota za tą demokracją, która intrygowała Tocqueville’a blisko dwieście lat temu, demokracją rozumianą jako uczestnictwo w życiu politycznym, jako postawa obywatelska, jako chęć wchodzenia w spory z innymi w imię dążenia do wspólnego dobra, do celów wykraczających poza cele każdego człowieka z osobna. Tego rodzaju obywatelska postawa w Europie jest dziś w stanie głębokiej dekadencji, jesteśmy świadkami odpolityczniania życia wśród społeczeństw naszych państw.



Ta niewielka książeczka, razem z wydaną rok wcześniej w Stanach Zjednoczonych pracą *A World beyond Politics? A Defense of the Nation State*, stanowi uniwersalny wkład autora w myśl polityczną XXI w., myśl, która wbrew powszechnemu trendowi wyraźnie broni potrzeby istnienia silnych państw narodowych w Europie. Jak podkreśla jednak sam autor w przedmowie, esej ten jest inny niż wszystkie jego wcześniejsze prace – jest bardziej głosem w publicznej debacie niż kolejnym naukowym odczytaniem mistrzów filozofii politycznej.

Gdzie zatem leży przyczyna głównego, zdaniem Manenta, problemu Europy? Odpowiedź jest dosyć prosta, co nie oznacza, że remedium leży w zasięgu ręki. Europejczycy odsunęli się od lojalności państwowej, znosząc w ten sposób polityczne znaczenie wszelkich elementów pośrednich, które funkcjonowały w ich życiu pomiędzy nimi samymi a tzw. wspólnotą ludzką. Modna ideologia uniwersalnego humanitaryzmu zaprzecza istotności wspólnot pośrednich, wspólnot, w których toczą się prawdziwe spory o polityczne pryncypia, jednakże z punktu widzenia innych wspólnot zawsze partykularne, dlatego podejrzane. W takim środowisku „człowiek demokratyczny” przestaje odgrywać rolę obywatela, a zaczyna być po prostu biernym odbiorcą narzuconych odgórnie rozwiązań.

Dzisiejsi Europejczycy często określają się w opozycji do Ameryki; szczególnie niepokój budzi na starym kontynencie amerykański aktywizm w promowaniu demokracji na całym świecie, czasami również przy użyciu siły. W centrum tej niepopularnej w Europie koncepcji stoi jeden naród – amerykański, imperium czuwające nad światem, którego zadaniem jest niesienie innym najlepszego ustroju, czyli demokracji.

Europejczycy odrzucają tę wizję, ale nie odrzucają samej idei uniwersalności demokracji. Jednakże w centrum ich wizji demokratycznego imperium nie stoi naród lecz „agencja” (*agency*), która „została zrodzona po obydwu stronach Renu”. Ta agencja odłączyła się wkrótce od konkretnego terytorium oraz ludu i obecnie zajmuje się rozszerzaniem obszaru panowania „czystej demokracji”, czyli „demokracji bez ludu – to jest demokratycznego zarządzania (*governance*), które bardzo szanuje prawa człowieka, ale odłączone jest od jakiegokolwiek kolektywnego obradowania. Europejska wersja demokratycznego imperium odróżnia się [od amerykańskiej] radykalizmem, którym oddziela demokrację od każdego realnego ludu i konstruuje *kratos* [władzę] bez *demos*” [ludu] (s. 7). Podobnie jednak jak amerykańska wersja demokratycznego imperium, jej europejski odpowiednik żywi się przekonaniem, że wszelkie „kolektywne różnice” w dobie procesów demokratycznych i globalizacyjnych straciły na znaczeniu.

Kluczowa dla konstrukcji „czystej demokracji” jest zmiana istoty i funkcji państwa. Pierwotnie ufundowane ono było na równowadze indywidualnych praw i publicznego autorytetu władzy. Obecnie jeden z tych elementów zdecydowanie przeważał: „Od sojuszu pomiędzy prawami i władzą przeszliśmy do domagania się nadawania mocy uprawnieniom”. To z kolei podkopało fundament równości praw, którym było właśnie państwo jako podmiot większy i potężniejszy od wszystkich

innych. To suwerenne państwo umożliwia równość warunków, „wytwarza płaszczyzną równości” (s. 16).

Dlaczego państwo straciło swoją dawną funkcję? Manent tłumaczy to na trzy sposoby. Po pierwsze, obecna niechęć wobec państwa jest „przedłużeniem i radykalizacją” tradycyjnej dla liberalizmu obawy przed koncentracją władzy. Po drugie, państwo jako instrument równości miało wpoić nam zwyczaj równości. Ale gdy zadanie zostanie wypełnione, instrument się odkłada, tak jak po zakończeniu budowy zdejmuje się rusztowanie. „Odkąd «rządzimy się zwyczajami» – aby cytować wyrażenie Monteskiusza na określenie Europy jego czasów – nie potrzebujemy już dłużej tego przerośniętego instrumentu, jakim jest suwerenne państwo. Lub przynajmniej tak uważamy”. Po trzecie, trzeba zwrócić wyraźnie uwagę, że współczesne trendy zmierzają nie tyle do obejścia się bez państwa, ile przeciw państwu. To z kolei wiąże się z radykalizacją demokratycznych nastrojów, która nastąpiła po 1968 r. „Demokracja jako sentyment ludzkiego podobieństwa, sentyment, który dziś staje się coraz bardziej agresywny i potężny, obraca się przeciw ostatecznej Różnicy – wyższości państwa nad społeczeństwem”. Ta „ostateczna Różnica” jest oczywiście tym samym, co zapewniało równość podmiotów. Wracając do tradycyjnej krytyki kierowanej wobec państwa przez konserwatywnych liberałów, którzy widzieli w nim instrument demokratycznego „zrównywania”, Manent konkluduje: „osiągnęliśmy punkt, w którym zrównujący ma sam zostać zrównany” (s. 17–18).

Najbardziej widocznym przykładem obrazującym, jak państwa europejskie poddały swoje funkcje władcze, jest dla Manenta bezwarunkowa kapitulacja z wykonywania kary śmierci. Za tym pozornie godnym pochwały ruchem dopatruje się autor ogromnego zagrożenia dla samej istoty sprawowania władzy nad obywatelami. Wykonywanie kary śmierci przez państwo jest pozostałością po stanie natury, w którym zachowanie życia było absolutnym prawem każdej jednostki. Zrzekając się tego prawa, przekazaliśmy je państwu, które ma monopol legalnego używania siły. Wykonywanie kary śmierci jest więc realizacją podstawowego atrybutu państwa – jego suwerenności. Zrzekając się tego uprawnienia, państwo podważa jeden ze swoich zasadniczych atrybutów – legitymację władzy. „Państwo oczekuje od nas nie tylko, że nie będziemy dochodzić sprawiedliwości na własną rękę, ale również, że wyrzekniemy się uprawnionej samoobrony, poza bardzo ograniczonymi przypadkami. [...] Uczy nas, abyśmy odłożyli nasze naturalne sposoby obrony i złożyli zaufanie w jego zdolność i chęć do obrony nas. Wymaga ogromnego poświęcenia i aktu wiary. Kiedy popełnione zostaje morderstwo, [...] takie poświęcenie wydaje się daremne, a nasze zaufanie zdradzone”. Argumentuje się, że państwo nie może wykonać kary śmierci, gdyż byłoby to jednoznaczne ze znizeniem się do poziomu przestępcy. Ale skutki tego dla państwa mogą być oplakane. „Kiedy państwo z zasady odrzuca karę śmierci, tym samym chroniąc mordercę osoby, której nie było w stanie obronić, udaje, że stan natury zostawiło ostatecznie za sobą. Ale udając to, zrywa ze swoim pierwotnym źródłem legitymacji. Jak w takim razie, bez ciężkiej

i szokującej niesprawiedliwości, może państwo wzywać mnie, abym ryzykował życie w jego obronie, po tym, jak wzniosło nową zasadę konstytucyjną stanowiącą, że najgorszy kryminalista nigdy nie ryzykuje życia w jego rękach?” (s. 21). Wyrzeczenie się kary śmierci stanowi więc, paradoksalnie, sprzeniewierzenie się podstawom współczesnego państwa (liberalnego), które koncepcyjnie zostało oparte na teorii umowy społecznej.

Innym przykładem zmiany znaczenia państwa jest funkcjonowanie państwa opiekuńczego, które zmieniło pojęcie reprezentacji. „Aby być reprezentowanym najpierw trzeba *być*. Aby naprawdę być, trzeba funkcjonować w «warunkach» niezależnych od samej reprezentacji. Potrzeba bycia reprezentowanym zakłada tym samym, lub zawiera w sobie, coś na kształt odmowy bycia reprezentowanym”. Przykładem niech będzie proletariát, na który państwo opiekuńcze rozszerzyło swoje instytucje reprezentacyjne, co w przeciwnym razie groziłoby „odłączeniem się [proletariatu] od ciała politycznego”. Proletariát jednakże, choć z jednej strony domagał się reprezentacji na poziomie państwa, z drugiej strony definiował się jako odrębna „klasa” w stosunku do burżuazyjnego państwa i społeczeństwa. Jakie to ma znaczenie? Otóż „nie istnieje bardziej efektywna polityczna reprezentacja nad tą, którą nabyło się nie tylko wobec niewystarczająco reprezentatywnego państwa, ale również wobec niechęci każdej części narodu do bycia reprezentowanym”. Innymi słowy, ówczesni narzekali, co prawda, że są „słabo reprezentowani”, ale to właśnie „ich pasja dała życie prawdziwie reprezentatywnemu reżimowi politycznemu” (s. 35–36).

Dziś żyjemy w zupełnie innym systemie. Obecne państwa, których celem i głównym zadaniem jest dostarczanie praw, w tym także praw socjalnych, zniosły różnice klasowe między ludźmi i zajęły się administrowaniem. Zniosły bowiem przy okazji pasje, które pobudzały ludzi do polityki. Dziś problemem nie jest już tylko to, że nie jesteśmy dobrze reprezentowani (bo czy kiedykolwiek byliśmy?), ale to, że nie za bardzo da się nas jeszcze reprezentować. „Można wyczuć strach, że nie jesteśmy już ludem, a przynajmniej jesteśmy nim w coraz mniejszym stopniu”. (To samo dotyczy poczucia wspólnoty narodowej.) Dziś nie ma już proletariatu, zastąpili go „wykluczeni”. Aby przeciwdziałać „wykluczeniu”, stosuje się zarządzanie, ale nie politykę w tradycyjnym jej rozumieniu. Ale „czy do tego potrzebujemy państwa? Czy regionalna lub europejska, a może nawet prywatna, administracja nie mogą zrobić tego lepiej?” (s. 37–38).

Sytuacja, na którą składają się te czynniki, nie napawa optymizmem. Z jednej strony kurczy się autorytet wspólnoty politycznej na poziomie państwa, z drugiej następuje rozrost instrumentów, które służą do zarządzania społeczeństwem. „Rządzeni przez te instrumenty zarządzania (nie przez rządy) Europejczycy stają się instrumentami w rękach ich własnych instrumentów, niezadowoloną, lecz potulną materią nakładających się na siebie poziomów zarządzania”. To wszystko odbywa się oczywiście pod hasłem obrony rządów prawa, a w szczególności praw jednostek, które zostały utożsamione z istotą demokracji. Mamy zatem w Europie

schizofreniczny stan, w którym wyznajemy bezgraniczny szacunek dla „wartości demokratycznych”, lekceważąc demokrację samą w sobie. Uznając te wartości, „zapomnieliśmy znaczenia samej demokracji – jej politycznego znaczenia, którym jest samorząd (*self-government*), samorząd ludu” (s. 40).

Ratunkiem dla współczesnej demokracji jest jej ograniczenie. Ograniczenie oznacza po pierwsze jej „ucieleśnienie”. Demokracja potrzebuje ciała politycznego. „Współczesna demokracja oparta na woli pragnie być samowystarczalna, ale nie może być bez ciała. Jednakże, jak może nadać sobie nowe ciało, które nie będzie z konieczności arbitralnym dziedzictwem czasów przeddemokratycznych, ciało, którego będzie wyłącznym autorem? Z tego powodu demokracja nałożyła to abstrakcyjne ciało zwane «Europą». Tylko, aby to ciało stało się realne, a tym samym zdolne do wytworzenia samoświadomości, musi mieć wysokość, szerokość i inne wymiary – musi mieć limity” (s. 82). Każda jednak próba określenia tych limitów z góry uznana by została za arbitralną. Dlatego jedynie państwa stanowią formy, w ramach których demokracja europejska może się rozwijać.

Demokracja ta potrzebuje jednakże jeszcze innego ograniczenia – ograniczenia (samo)woli. Wspominając Monteskiusza, który notował w swoich czasach: „Któż by powiedział! Nawet sama cnota potrzebuje umiarkowania”, Manent stwierdza, że „dziś prawdziwi przyjaciele wolności skłaniają się do myśli, nawet jeżeli na razie nie mają odwagi jej wypowiedzieć: «Któż by powiedział! Nawet sama wolność potrzebuje umiarkowania»” (s. 83–84). Nie przypadkiem zatem zapewne wiele miejsca w swoim dziele Manent poświęca religii – podobnie jak Tocqueville uważa, że sfery polityki i religii w państwie nie da się całkowicie rozdzielić. Sama religia natomiast demokracji jest bardzo potrzebna – poprzez zapewnienie poczucia wspólnoty i tożsamości ogranicza właśnie pychę wolności, w którą tak łatwo wpadają wyzwolone z poczucia wspólnotowej odpowiedzialności jednostki, a która dla demokracji, jak twierdzi Manent, jest zabójcza.





SPRAWOZDANIA







V. 2008 nr 2
**Krakowskie
Studia
Międzynarodowe**

Spasimir Domaradzki

**SPRAWOZDANIE Z WYJAZDU NAUKOWEGO
W RAMACH PROGRAMU „ERASMUS”
DO RADBOD UNIVERSITY, NIJMEGEN, HOLANDIA
(20–29 MARCA 2008 R.)**

Głównym założeniem unijnego programu LLP „Erasmus” jest zwiększenie intensywności wymiany między partnerskimi uczelniami w ramach Unii Europejskiej. Korzystać z tej możliwości mogą studenci, pracownicy naukowcy, a także, po ostatnich zmianach, personel administracyjny poszczególnych uczelni. Nie sposób wymienić pełnego katalogu korzyści wynikających z uruchomienia i realizacji unijnego programu w Krakowskiej Szkole Wyższej. Wśród studentów, którzy wzięli udział w programie, nietrudno spotkać się z opinią, że jest to doskonała okazja do zdobycia wiedzy, poznania ludzi, zaznajomienia się z odmiennym podejściem do wykładów lub innych technik nauczania, ale przede wszystkim uświadomienia sobie ogromu możliwości, po które wystarczy tylko sięgnąć.

Dotychczas Krakowska Szkoła Wyższa im. A. Frycza Modrzewskiego realizuje wyjazdy w ramach programu „Erasmus” z dziesięcioma uczelniami z trzynastu państw Unii Europejskiej. Właśnie na podstawie tego programu podjąłem decyzję o wyjeździe naukowym do Radboud University w Nijmegen w Holandii. Trudno byłoby przedstawić w zwięzłym sprawozdaniu ogrom pozytywnych wrażeń i wspomnień. Pragnę jedynie zrelacjonować podstawowe wrażenia z wyjazdu i poinformować o efektach podjętej współpracy.

Można pokusić się o stwierdzenie, iż w kontekście wyjazdu pracownika naukowego głównym celem wyjazdu jest odbycie minimum pięciu godzin wykładu.



du dla studentów uczelni przyjmującej. Zajęcia te mogą przybierać różne formy, od uczestnictwa w stołach roboczych, prowadzenia seminariów i wystąpień na spotkaniach kół, po przeprowadzenie wykładów dla wybranych grup słuchaczy. W kontekście tej powinności, już dwa lata temu narodził się pomysł wspólnych wykładów z dr. Robem Verhofstadtem, kierownikiem działu współpracy międzynarodowej Wydziału Zarządzania Radboud University, na temat *Europejskich perspektyw amerykańskiej polityki zagranicznej*. Ustalając termin prawie dziesięciodniowego pobytu w Nijmegen, zaplanowano, aby wizyta odbyła się w czasie, gdy w Radboud University gościć będzie dr Maryna Bessonova z Narodowego Zaporoskiego Uniwersytetu na Ukrainie. Tym samym, świadomie stworzono możliwość przedstawienia studentom trzech odmiennych spojrzeń na amerykańską politykę zagraniczną – polskiego, ukraińskiego i holenderskiego. Wcześniej zajęcia zostały wprowadzone do kursu *Amerykańska polityka zagraniczna*, prowadzonego przez dr. Verhofstadta wraz z prof. Bertjanem Verbeekiem i dr. Joostem Kleutersem dla studentów III roku.

Zajęcia prowadzone jednocześnie przez trzech wykładowców z różnych państw europejskich stanowiły okazję dla studentów do natychmiastowej konfrontacji odmiennych punktów widzenia, wynikających ze specyficznych uwarunkowań panujących w każdym z wymienionych państw. Dodatkowa możliwość zastosowania współczesnych technik dydaktycznych (dostępnych również w KSW), w tym rzutnika multimedialnego, prezentacji komputerowych, wyświetlania filmów on-line i innych, w sposób naturalny stworzyły atmosferę dyskusji. Zadając pytania, porównując, dociekając, a także oponując, studenci aktywnie uczestniczyli w procesie dydaktycznym, zdobywając jednocześnie wiedzę na temat zimnej wojny i okresie po 1989 r. Właśnie aktywność studentów stanowiła o nadzwyczajnej satysfakcji z podjęcia decyzji o wyjeździe i wykorzystania nowego podejścia do procesu dydaktycznego.

Poza elementem dydaktycznym wyjazd w ramach programu LLP „Erasmus” stanowi dogodną możliwość do pogłębienia współpracy i nawiązania nowych kontaktów. Podczas tygodniowej wizyty miałem okazję spotkać się z prof. Sneżaną Trifunovską, kierownikiem Katedry Prawa Międzynarodowego na Wydziale Prawa Radboud University. Podczas rozmów prof. Trifunovska wyraziła zainteresowanie inicjatywą utworzenia przez Centrum Ochrony Praw Człowieka bazy danych przypadków naruszeń praw człowieka w wybranych częściach świata. Ponadto zaproponowała złożenie wizyty w Krakowskiej Szkole Wyższej w celu nawiązania współpracy i omówienia propozycji wspólnych projektów badawczych.

Ważnym punktem wizyty w Holandii było spotkanie z dziekanem Wydziału Prawa. Uczelnia holenderska od wielu lat współpracuje z Uniwersytetem Jagiellońskim. Przedstawiłem dziekanowi dotychczasowy program wspólnych projektów badawczych, wymiany kadry i studentów z KSW. Nasza rozmowa uświadomiła dziekanowi partnerskiej uczelni, że Kraków to nie tylko UJ, a współpraca z Krakowską Szkołą Wyższą jest znacznie bardziej prężna i efektywna.



Do korzyści naukowo-badawczych nie sposób nie zaliczyć również wspaniałych warunków do pracy naukowej, jakie zapewniają gospodarze. Bogate, stale uzupełniane księgozbiory, wraz z dostępem z obszaru całego kampusu do elektronicznych baz danych czasopism naukowych, stwarzają niepowtarzalne możliwości prowadzenia kwerendy bibliotecznej i gromadzenia materiałów na temat wybranej problematyki badawczej. Na szczególną uwagę zasługuje dostęp do bazy danych JSTOR, do której wprowadzonych zostało tysiące czasopism dostępnych w wersji elektronicznej.

Podsumowując pobyt na Radboud University w Nijmegen w Holandii, chciałbym podzielić się pozytywnymi wrażeniami wynikającymi z powszechnie okazywanej sympatii, dobrej woli i chęci pomocy nawet w najprostszych sprawach. Program LLP „Erasmus” stwarza dla kadry naukowej wspaniałe możliwości do korzystania z dobrodziejstw idei integracji w dziedzinie nauki i edukacji. Biorąc pod uwagę fakt, że koszty wyjazdu finansowane są przez Unię Europejską i Krakowską Szkołę Wyższą, należy zachęcać pracowników naukowych naszej uczelni do wykorzystywania tej możliwości własnego rozwoju. Tym bardziej, że każdego roku liczba miejsc dla pracowników naukowych w ramach tego programu jest wyższa od liczby chętnych, a co za tym idzie – szanse na wyjazd są więc jak najbardziej realne.

W tym miejscu pragnę również gorąco podziękować Rektorowi Krakowskiej Szkoły Wyższej prof. dr. hab. Jerzemu Malcowi, Kanclerzowi prof. KSW dr. Klemensowi Budzowskiemu, kierownikowi Działu Współpracy Międzynarodowej mgr. Jerzemu Marcinkowskiemu i Pani Renacie Rybce – za wszelką okazaną pomoc, wskazówki i życzliwość w trakcie przygotowania, realizacji i rozliczenia wyjazdu.







NOTY O AUTORACH

Bogusława Bednarczyk – prof. nadzw. dr hab., Wydział Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Marta Kolendowska – dr, Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich, Warszawa

Magdalena Bainczyk – dr, Wydział Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Rolf Grawert – profesor Ruhr-Universität Bochum, Niemcy

Agnieszka Sadecka – doktorantka, Wydział Stosunków i Politycznych Uniwersytetu Jagiellońskiego

Rett R. Ludwikowski – profesor Columbus School of Law the Catholic University of America, Waszyngton, Stany Zjednoczone

San-Yi Yang – Assistant Professor of Department of Political Science, Tunghai University, Tajwan

Magda Gołaś-Podolec – doradca ds. europejskich, Małopolska Grupa Doradców Finansowych

Michał Matyasik – dr, Wydział Stosunków Międzynarodowych i Politycznych Uniwersytetu Jagiellońskiego

Roman Kajtoch – student V r., Wydział Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego





Maciej Brachowicz – absolwent Akademii Ekonomicznej w Krakowie i Uniwersytetu Jagiellońskiego, członek Klubu Jagiellońskiego i World Youth Alliance, pracownik Wyższej Szkoły Europejskiej im. ks. Józefa Tischnera w Krakowie, stażysta Parlamentu Europejskiego w 2006 r.

Spasimir Domaradzki – dr, Wydział Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

