

Damian Wąsik

Prawa mniejszości w kontekście systemu sprawiedliwości plemiennej - uwagi na tle prawnokarnym

Polski Rocznik Praw Człowieka i Prawa Humanitarnego 3, 251-263

2012

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Damian Wąsik

Prawa mniejszości w kontekście systemu sprawiedliwości plemiennnej – uwagi na tle prawnokarnym

Słowa kluczowe: prawa mniejszości, sprawiedliwość plemienna, sądy plemienne, prawo zwyczajowe

Wiedza środowisk prawniczych na temat funkcjonowania sądów plemiennych we współczesnym świecie jest niedostateczna. W dużej mierze spowodowane jest to brakiem informacji na temat zasad ich funkcjonowania i struktury, a także przyczyn, dla których niektóre społeczności odwracają się od prawa stanowionego na rzecz prawa zwyczajowego i sprawiedliwości plemiennnej. Zdarza się, że szokujący jest już sam fakt istnienia sądów plemiennych w dobie dynamicznych zmian społecznych i postępującej w wielu państwach centralizacji systemu władzy publicznej. Poruszenie opinii publicznej wywołuje też medialne nagłaśnianie najbardziej drastycznych rozstrzygnięć sądów plemiennych, urągających godności ludzkiej, a niekiedy wręcz z premedytacją łamiących podstawowe prawa człowieka.

Wszystko to sprawia, że tzw. sprawiedliwość plemienna postrzegana jest głównie jako archaiczny problem ubogich państw afrykańskich i azjatyckich, targanych konfliktami zbrojnymi, zagrożonych terroryzmem czy też zmagających się z różnymi przejawami fanatyzmu religijnego. Nie sprzyja to refleksji na temat znaczenia i roli sądów plemiennych w funkcjonowaniu państw zróżnicowanych pod względem kulturowym, etnicznym lub wyznaniowym. Nie dostrzega się przy tym, że w tle funkcjonowania sądów plemiennych często pojawia się problem poszanowania praw mniejszości, tak bardzo eksponowanych na forum międzynarodowym i w aktach prawnych normujących prawa człowieka.

Prawa mniejszości traktowane są jako jedno z najważniejszych praw człowieka. Coraz częściej kwestię ochrony praw mniejszości formułuje się jako indywidualne prawo człowieka, co jest wyraźnym odejściem od dotychczas przyjmowanego kolektywnego wymiaru tego zagadnienia¹. Zgodnie

¹ Por. M. Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, Kehl-Strasbourg-Arlington 2005, s. 646.

z art. 27 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych (dalej MPPOiP), w państwach, w których istnieją mniejszości etniczne, religijne lub językowe, osoby należące do tych mniejszości nie mogą być pozbawione prawa do własnego życia kulturalnego, wyznawania i praktykowania własnej religii oraz posługiwania się własnym językiem wraz z innymi członkami danej grupy. W doktrynie często podkreśla się też, że – aby uniknąć ryzyka podtrzymywania tendencji separatystycznych – ochrona praw mniejszości powinna służyć dobru ogólnemu i być ukierunkowana na przetrwanie i kontynuację rozwoju kulturalnej, religijnej i socjalnej tożsamości mniejszości w ten sposób wzbogacając kulturę tkankę społeczeństwa jako całości².

Zasadniczym celem niniejszej publikacji jest próba udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy system sprawiedliwości plemiennych wpisuje się w realizację praw mniejszości do kultuwowania swoich zwyczajów. Konieczne staje się przy tym wskazanie społecznych uwarunkowań funkcjonowania sądów plemiennych, a przy tym zbadanie rzeczywistych i potencjalnych skutków ich działalności. Wybór jurysdykcji karnej jako odnośnika wspomnianych rozważań nie jest przypadkowy. Wątpliwości w określeniu zakresu przedmiotowego ochrony praw mniejszości pojawiają się, gdy podstawy odrębności danej mniejszości kolidują z filarami ustroju politycznego państwa. Do takich z pewnością należą model sądownictwa, obowiązujący system prawny i sposób realizacji polityki karnej. Podtrzymywanie świadomości wspólnotowej sprowadza się na ogół do eksponowania odmienności wyznania i kultury, przy czym pielęgnowanie własnej kultury obejmuje głównie takie aspekty, jak kultuwowanie obyczajów, moralności, tradycji, rytuałów etc.³ Należy zauważyć, że na gruncie uregulowań prawnokarnych tradycja i zwyczaj często mają dużo mniejsze znaczenie niż np. w prawie cywilnym lub w prawie handlowym. Kolizja zwyczajowych norm postępowania z przepisami prawa stanowionego, np. w przedmiocie karania sprawców przestępstw lub realizacji praw pokrzywdzonych, może powodować roszczenia danej mniejszości o umożliwienie jej członkom uczestnictwa w sprawowaniu wymiaru sprawiedliwości i jego kształtowaniu wedle wskazań własnej kultury, w skrajnych przypadkach przeradzających się w negację państwowego porządku prawnego i dążenie do całkowitego zastąpienia go prawem zwyczajowym.

Sądy plemienne⁴, biorąc pod uwagę specyfikę ich działania, można określić jako swoiste zgromadzenia szanowanych członków danej mniej-

² R. Wieruszewski, *Komentarz do art. 27 Międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych*, [w:] R. Wieruszewski (red.), *Międzynarodowy pakt praw obywatelskich (osobistych) i politycznych. Komentarz*, LEX 2012.

³ M. Nowak, op. cit., s. 658-659.

⁴ W zależności od warunków, w jakich funkcjonuje dane zgromadzenie, określa się je jako sąd plemienny (np. USA i sądy Indian Północnoamerykańskich), sąd lokalny, sąd wodza plemienia, sąd wiejski, sąd społeczny, sąd powszechny (kraje afrykańskie), plemienny sąd doraźny (Australia) etc. Zob. L. Sheleff, *The Future of Tradition. Customary Law, Common Law*

szości etnicznej (religijnej), wyposażonych w kompetencje rozstrzygania sporów powstałych wewnątrz ww. społeczności, a także w prawo osądzania zachowania poszczególnych jej członków i karania ich w sytuacji, gdy zachowania te kolidują z wyznawanym przez grupę systemem wartości i regułami postępowania. Źródłami owej władzy sądowniczej mogą być wyznanie, porozumienie członków wspólnoty, jej historia etc.

Jak wstępnie zasygnalizowano istnieje ścisły związek sprawiedliwości plemiennej z prawem zwyczajowym. Prawo zwyczajowe było przez wieki podstawową formą tworzenia prawa na świecie. Zwyczaj jako podstawa prawa zwyczajowego, stanowił ustalony, jednorodny sposób postępowania, uznany za wiążący przez określoną zbiorowość społeczną. Prawo zwyczajowe, mające za sobą argument „dawności”, uważane było za prawo „lepsze”, prawo o wyższej mocy niż prawo stanowione⁵. Współcześnie ze względu na relacje zwyczajów z prawem można je podzielić na znajdujące się w zasięgu prawa i nieznajdujące się w zasięgu prawa. Te pierwsze, w odpowiednich okolicznościach, mogą przekształcić się w prawo zwyczajowe⁶.

Stworzenie wyczerpującego katalogu uwarunkowań współczesnego występowania systemu sprawiedliwości plemiennej jest praktycznie niemożliwe, tym niemniej można wyszczególnić następujące, najczęstsze przyczyny społecznej akceptacji zwyczajowych reguł postępowania, a co za tym idzie, funkcjonowania sądów plemiennych:

- 1) praktyczny charakter prawa zwyczajowego;
- 2) lepsze rozumienie prawa zwyczajowego, w odróżnieniu od zawitych norm prawa stanowionego, wymagających niejednokrotnie specjalistycznej wiedzy i pomocy osób trzecich;
- 3) większy stopień przyswojenia prawa zwyczajowego i reguł określonego nim zachowania, niż ma to miejsce w przypadku norm prawa stanowionego;
- 4) brak prawnego zabezpieczenia potrzeb kulturowych lub religijnych danej mniejszości albo nadmierna formalizacja prawna niektórych aspektów życia społecznego;
- 5) problemy organizacyjne wymiaru sprawiedliwości;
- 6) traktowanie sądownictwa plemiennego jako gwaranta zachowania własnej tożsamości, kultury, wyznania i tradycji.

Praktyczny charakter prawa zwyczajowego sprowadza się przede wszystkim do tego, iż źródłem jego powstania są codzienne relacje międzyludzkie. W tym ujęciu prawo oparte na kulturowaniu zwyczajów danej

and Legal Pluralism, Londyn 1999, s. 194. Pojęcie „sąd plemienny” jest jednak zdecydowanie najpopularniejszym, zbiorczym określeniem organów systemu prawa plemiennego.

⁵ Zob. J. Jabłońska-Bonca, *Podstawy prawa dla ekonomistów*, Wydawnictwo Prawnicze Lexis Nexis, Warszawa 2002, s. 27-28. Podobnie zwyczaj definiuje R. Tokarczyk, określając je jako tradycyjne formy zachowań, umownie przyjęte w określonych zbiorowościach społecznych. Zob. R. Tokarczyk, *Prawa narodzin, życia i śmierci*, Warszawa 2012, s. 365.

⁶ R. Tokarczyk, op. cit., s. 365.

grupy etnicznej lub religijnej w ocenie członków danej wspólnoty lepiej odzwierciedla jej potrzeby i rzeczywiście kształtuje postępowanie jednostek⁷.

Nie do zaakceptowania jest jednak sytuacja, w której lokalne zwyczaje naruszają podstawowe prawa człowieka, w szczególności takie jak prawo do wolności i osobistego bezpieczeństwa (art. 3 Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, dalej jako PDPC), zakazu arbitralnego ingerowania w życie prywatne, rodzinne i domowe (art. 12 PDPC) lub prawa do swobodnego poruszania się i wyboru miejsca zamieszkania (art. 13 PDPC).

Państwa demokratyczne, w których wymiar sprawiedliwości działa sprawnie i skutecznie, nie dopuszczają na ogół do bezkarnego łamania podstawowych praw człowieka w imię przyjętych w danych społecznościach tradycji, zwłaszcza wtedy, gdy sprawy dotyczą najcięższych zbrodni, bulwersujących opinię publiczną⁸.

Jak pokazuje praktyka do kolizji zwyczajowych reguł postępowania z podstawowymi prawami człowieka coraz częściej dochodzi w państwach afrykańskich. Jedną z najgłośniejszych spraw sądowych w ostatnich latach był proces Marity Ncube, obywatelki Zimbabwe, skazanej na 18 miesięcy pozbawienia wolności za umyślne podpalenie domu swojego teścia. Motywem działania Marity Ncube był sprzeciw przeciwko żądaniu teścia wypełnieniu tradycji plemienia Kalanga, polegającego na współżyciu seksualnym z teściem pod nieobecność męża, który wyemigrował do Johannesburga w celach zarobkowych. W tradycji ludu Kalanga kobiety traktowane są przedmiotowo i stanowią własność męża, natomiast pod jego nieobecność prawa nad małżonką (w tym prawo do współżycia seksualnego) przejmuje jego ojciec, co ma być wyrazem „zabezpieczenia własności syna, do momentu jego powrotu”⁹.

⁷ L. Sheleff, op. ci., s. 193.

⁸ Przykładem jest wyrok Sądu Najwyższego Izraela w sprawie Taha Najar przeciwko Państwu Izrael z dnia 28 lipca 2005 r., CrimA 10828/03. W sprawie tej oskarżony – Beduin śmiertelnie pchnął nożem swoją siostrę, jako motyw zabójstwa wskazując m.in. pohańbienie przez nią rodziny na skutek samotnego wyjazdu do Egiptu. Oskarżony wyjaśniał, że w kulturze Beduinów nie do przyjęcia jest samotne podróżowanie niezamężnych kobiet. Zdaniem izraelskiego Sądu Najwyższego argument „obrony honoru rodziny” nie może być uwzględniony, gdyż nadrzędną wartością chronioną przez prawo karne jest godność człowieka i świętość jego życia.

⁹ Zob. N. Barney Pityana, *Toward a Theory of Applied Cultural Relativism in Human Rights*, [w:] P. Zeleza, P. McConnaughay (red.), *Human Rights, the Rule of Law, and Development in Africa*, Philadelphia – Pennsylvania 2004, s. 40. Przykłady tego typu odnaleźć można również na gruncie prawa rodzinnego i prawa spadkowego. W pierwszym przypadku dobitnym przejawem naruszenia prawa swobody wyboru miejsca zamieszkania była sprawa Elizabeth Tumane (Republika Południowej Afryki) z plemienia Bakgatla, która po śmierci męża nie chciała poddać się rytuałowi żałobnemu (*mogaga*) i usunąć się ze swojej społeczności (według przekonań ludu Bakgatla przebywanie w społeczeństwie wdowy może sprowadzić na lud niebezpieczeństwo). W drugim ze wspomnianych przypadków sztandarowym wręcz przykładem łamania zakazu dyskryminacji ze względu na płeć (art. 2 PDPC) i prawa własności (art. 17 PDPC) jest sprawa obywatelki Republiki Południowej Afryki, Rakomy, przynależnej do plemienia Bafokeng, wyłączonej mocą wyroku sądu plemiennego od dziedziczenia majątku po ojcu z uwagi na fakt bycia kobietą (majątek przypadł jej bratankowi). Na skutek

Drastycznym przykładem jurysdykcji sądów plemiennych sprawowanej według prawa zwyczajowego, pomijającego standardy prawa międzynarodowego w przedmiocie zapewnienia ochrony życia ludzkiego (por. art. 3 PDPC), są sprawy o przestępstwa z pobudek honorowych. Co ciekawe, prawo zwyczajowe w tym zakresie bywa niekiedy przenoszone na grunt prawa stanowionego, tak jak w przypadku § 128 irackiego Kodeksu karnego. Zgodnie z tym przepisem popełnienie przestępstwa z pobudek honorowych lub w wyniku nieusprawiedliwionej i realnej prowokacji pokrzywdzonego jest okolicznością łagodzącą¹⁰. Przepis ten, obowiązujący w powyższym brzmieniu od 1991 r., nie został uchylony nawet po obaleniu reżimu Saddama Husajna. Według informacji międzynarodowych organizacji praw człowieka jest on nadal stosowany w szerokim zakresie, w tym również w odniesieniu do zabójstw honorowych. Rzecz dotyczy sądów plemiennych i patriarchalnych zgromadzeń *komalayeti* Regionu Kurdystanu¹¹. Co gorsza, do rządu kurdyjskiego nie dochodzą na ogół informacje o rozstrzygnięciach ww. sądów, co może sugerować społeczną akceptację wspomnianego unormowania.

Lepsze rozumienie prawa zwyczajowego przekłada się na możliwość praktykowania go w życiu codziennym bez udziału środowisk prawniczych, często nieobeznanych z kulturą danej grupy etnicznej lub wyznaniowej. W tej sytuacji autorytetami w zakresie interpretacji i stosowania prawa często są krewni – najstarsi członkowie plemienia, co nie pozostaje bez wpływu na kształtowanie świadomości prawnej pozostałych członków wspólnoty.

Zwiększony stopień przyswojenia prawa zwyczajowego i reguł określonego zachowania tłumaczy się na ogół tym, że sprawiedliwość plemienna ma rzeczywisty wpływ na zachowanie członków danej mniejszości, czego dowodem jest stosowanie się przez nich do przyjętych reguł postępowania nawet przy braku formalnego organu orzekającego. Przyczyną tego jest konsekwentne traktowanie prawa zwyczajowego jako niekwestionowanej w swej słuszności, integralnej części osobistego systemu normatywnego członków danej wspólnoty¹².

Znaczenie sądów plemiennych zwiększa również brak istotnych dla życia plemiennego uregulowań w oficjalnym porządku prawnym, a niekiedy nawet całkowite pominięcie w procesie legislacji aspektów etnicznych lub religijnych danych grup. Przejawem tej ostatniej praktyki władz państwowych może być np. nieobjęcie karalnością niektórych zachowań, będących nie do zaakceptowania dla danych mniejszości lub normatywne regulowanie kwestii, do których rozwiązania – wedle oceny danej grupy – wy-

interwencji międzynarodowych organizacji praw człowieka i władz państwowych, wyrok sądu plemiennego ostatecznie anulowano. Zob. N. Barney Pityana, *The challenge of culture for human rights in Africa* [w:] M. Evans, R. Murray (red.), *The African Charter on Human and Peoples' Rights. The System in Practice 1986-2000*, Cambridge 2002, s. 239.

¹⁰ Tłumaczenie z języka angielskiego. Źródło: N. A. Hiyawi, *Criminal Code: Law Number 111 of 1969 and its Amendments (Third Edition)*, Baghdad Legal Library 2008.

¹¹ S. Long i in., *They want us exterminated. Murder, Torture, Sexual Orientation and Gender in Iraq*, Nowy Jork 2009, s. 42.

¹² L. Sheff, op. cit., s. 193-194.

starzające są rytuały i kulturowane od wieków zwyczaj (np. położenie nacisku na kwestię plemienną mediacji pomiędzy sprawcą przestępstwa a pokrzywdzonym i naprawianie szkody, zamiast pociągania tego pierwszego do odpowiedzialności karnej w sformalizowanym procesie sądowym)¹³.

Omawiane zagadnienie w dużej mierze łączy się z ideą tzw. sprawiedliwości naprawczej, wedle której zadaniem prawa karnego nie powinno być wyłącznie bezwzględne karanie sprawców, ale dążenie do przywrócenia ładu społecznego i zadośćuczynienie pokrzywdzonemu za doznaną szkodę¹⁴. Konieczność respektowania niektórych aspektów sprawiedliwości plemienną w ramach obowiązującego porządku prawnego dostrzegana jest w szczególności w państwach systemu *common law*.

W Kanadzie od wielu lat toczy się publiczna debata nad problemem autonomii autochtonicznych ludności Indian, Metysów i plemion Inuitów, licznie zamieszkujących państwo kanadyjskie. Dyskusje, dotyczące w dużej mierze powołania rządu rdzennych ludów Kanady, przenoszą się cyklicznie również na zagadnienie reorganizacji tamtejszego wymiaru sprawiedliwości. Mając na względzie głęboko zakorzenione poczucie odrębności autochtonów w zróżnicowanej narodowościowo Kanadzie odrzuca się rozwiązanie zakładające włączanie do składów orzekających sądów przedstawicieli Indian, Metysów i Inuitów, proponując w zamian ustanowienie specjalnych trybunałów złożonych wyłącznie z członków ww. społeczności. Trybunały te byłyby kompetentne do wydawania orzeczeń prejudycjalnych w sporach zaistniałych wewnątrz plemion. Innym sugerowanym rozwiązaniem jest powołanie instytucji doradczych przy sądach państwowych, które prowadziłyby badania nad prawem zwyczajowym autochtonów, podpowiadając sądom możliwe drogi rozwiązania konfliktów społecznych według prawa plemiennego wtedy, gdy stwierdzono by luki w prawie stanowionym.

¹³ Ibidem, s. 195.

¹⁴ Jako przykład tej metody rozwiązania konfliktów wewnątrz określonych plemion wskazać można afrykańską koncepcję *ubuntu* – tradycyjną koncepcję sprawiedliwości opartą o wspólnotę. Tradycyjne rozumienie *ubuntu* jest afirmacją holistycznego ujmowania natury ludzkiej, co oddaje powiedzenie ludu Khosa: *umuntu ngumuntu ngabantu* (osoba jest osobą przez osobę). W myśl tej koncepcji jeśli we wspólnocie człowieczeństwo wyraża się w ścisłej więzi między jednostkami, to znaczy, że ten, kto wyrządza krzywdę drugiemu, nie tylko krzywdzi jego, co jest oczywiste, i pozostałych członków wspólnoty, ale również siebie samego. Stąd też restytucja wymaga uwagi skierowanej na każdą ze stron, która ucierpiała. Innym przykładem przejawów funkcjonowania sprawiedliwości naprawczej są systemy prawne społeczności rdzennych mieszkańców Północnej Ameryki – Indian Dene i narodu Inuitów, postrzegające przestępstwa przeciwko osobie jako naruszenia przeciw jednostce, a nie przeciw społeczności. Nakładane sankcje wyczerpywały się tu na poziomie relacji jednostkowych. Nie były emanacją reakcji kolektywnej, chodziło bowiem o rozwiązanie sporu. Tradycyjnie restytucja sprowadzała się do naprawienia szkody pokrzywdzonemu, np. zniszczony lub zgubiony sprzęt winien zostać zastąpiony przez sprzęt dostarczony przez osobę odpowiedzialną za ten stan rzeczy. W ten sposób ofiara uzyskuje rekompensatę i porządek powróci. Charakterystyczne, że rekompensata, nawet jeśli nie była skierowana bezpośrednio na ofiarę, była i jest postrzegana jako sposób na przywrócenie równowagi i porządku, jak również dawała sprawcy możliwość powrotu do społeczności. Zob. W. Zalewski, *Sprawiedliwość naprawcza. Początek ewolucji polskiego prawa karnego?*, Arche s.c., Gdańsk 2006, s. 96-97.

Wreszcie jako trzecie rozwiązanie wskazuje się powołanie specjalnych kolegiów mediacyjnych, które działałyby na wzór sądów pokoju w wybranych sprawach, w duchu idei sprawiedliwości naprawczej cechującej wszak system sprawiedliwości plemiennej kanadyjskich autochtonów¹⁵.

W Australii, gdzie sądownictwo plemienne ma charakter nieformalny, sądy państwowe biorą pod uwagę rozstrzygnięcia plemiennych zgromadzeń w sprawach karnych. Znajduje to swoje odzwierciedlenie w szczególności wtedy, gdy sprawca był już ukarany przez sąd plemienny za popełnienie danego przestępstwa. W oficjalnym procesie karnym przed australijskim sądem państwowym o ten sam czyn, fakt uprzedniego ukarania sprawcy traktuje się wówczas jako okoliczność łagodzącą przy wymierzaniu kary¹⁶.

Zdecydowanie najbogatsze doświadczenie w procesie normowania działalności sądów plemiennych mają Stany Zjednoczone. Potrzeba prawnego uregulowania kwestii prawa zwyczajowego autochtonów wyniknęła pod koniec XIX w. na gruncie precedensowej sprawy Siouxa Crow Doga o zabójstwo innego członka plemienia (sprawa *Ex Parte Crow Dog* – 109 U.S. 556 (1883)¹⁷. W sprawie tej amerykański Sąd Najwyższy orzekł, że Sąd Federalny w Dakocie nie był właściwy do orzekania w sprawach karnych mieszkańców rezerwatu Siuksów, pozostawiając *de facto* rozstrzygnięcie o winie i karze sprawcy samemu plemieniu. Dla wielu przedstawicieli środowisk prawniczych rozstrzygnięcie to było nie do przyjęcia. Wyrok w sprawie Crow Doga był bezpośrednią przyczyną uchwalenia w 1885 r. ustawy *The Major Crimes Act* (U. S. Statutes at Large, 23:385), wyłączającej spod jurysdykcji karnej plemion indiańskich osądzanie spraw ich członków o następujące przestępstwa: 1) zabójstwo (*murder*), 2) pozbawienie życia

¹⁵ Por. D. Russell, *A People's Dream: Aboriginal Self-Government in Canada*, Toronto 2000, s. 62-65.

¹⁶ L. Sheff, op. cit., s. 194.

¹⁷ Okoliczności tego zabójstwa do dnia dzisiejszego są przedmiotem sporów historyków i prawników. W dniu 5 sierpnia 1881 r., członek plemienia Siuksów Crow Dog zastrzelił Spotted Taila, wybranego na wodza plemienia nie w wyniku konsensusu jego członków, ale bulwersującego mianowania przez gen. Georgea Crooka w 1876 r. Spotted Tail, stojący na czele straży plemiennej, w wyniku braku porozumienia z kapitanem formacji, Crowem Dogiem, zwolnił go z pełnionej funkcji. Według większości historyków stało się to zarzewiem konfliktu pomiędzy obydwojma Indianami (przywołane są również inne motywy: chęć przejęcia władzy nad plemieniem przez Crowa Doga i rywalizacja o kobiety), w efekcie którego Crow Dog zastrzelił przywódcę plemienia. W wyniku prowadzenia tradycyjnej, plemiennych mediacji Crow Dog odkupił winy, płacąc rodzinie pokrzywdzonego tytułem odszkodowania 600\$, osiem koni i jeden koc. Następnie jednak Crow Dog został aresztowany i przewieziony do Fortu Niobrara w Nebrasce, gdzie po 20-dniowym śledztwie został oskarżony o zabójstwo według prawa stanu Dakota. Był to pierwszy w historii USA proces Indianina oskarżonego o zabójstwo innego członka plemienia. Pomimo zeznań świadków, którzy sugerowali działanie w obronie koniecznej Crowa Doga (Spotted Tail też miał sięgnąć po broń), Sąd Federalny w dniu 11 maja 1882 r. skazał Crowa Doga na karę śmierci przez powieszenie. Wykonanie kary odroczone do dnia 11 maja 1883 r. W dniu 17 grudnia 1883 r. amerykański Sąd Najwyższy stwierdził, że Sąd Federalny stanu Dakota, w myśl postanowień traktatu z Fort Laramie z dnia 29 kwietnia 1868 r., zatwierdzonego przez Kongres w dniu 28 lutego 1877 r., nie mógł sprawować jurysdykcji karnej nad mieszkańcami Wielkiego Rezerwatu Siuksów i uchylił wyrok skazujący Crowa Doga na karę śmierci. Zob. m.in. L. Sheff, op. cit., s. 198-204.

(*manslaughter*) w wyniku prowokacji ofiary, przekroczenia granic obrony koniecznej lub w stanie ograniczonej poczytalności, 3) zgwałcenie (*rape*), 4) napaść z zamiarem zamordowania ofiary (*assault with intent to commit murder*), 5) podpalenie (*arson*), 6) włamanie (*burglary*), 7) kradzież (*larceny*). Potrzebę uchwalenia ustawy The Major Crimes Act tłumaczono m.in. nieprzydatnością prawa plemiennego Indian do sprawiedliwego rozstrzygnięcia spraw ww. kategorii (zbyt liberalne traktowanie zbrodni zabójstwa przez prawo plemienne mogło wpływać demoralizująco na społeczeństwo), a także koniecznością zapewnienia przejrzystych relacji Kongresu z plemionami indiańskimi, opartych na wzajemnym zaufaniu. Warto zauważyć, że obowiązujące współcześnie przepisy The Major Crimes Act po raz pierwszy znalazły zastosowanie już rok po ich uchwaleniu, tj. w 1886 r. w trakcie procesu *Kagama v. Stany Zjednoczone* (118 U.S. 375 (1886)) o zabójstwo Indianina przez jego dwóch współplemieńców¹⁸.

Problemy organizacyjne sądownictwa i państwowego wymiaru sprawiedliwości dotyczą najczęściej takich aspektów jak ograniczona dostępność obywateli do sądu lub pomocy prawnej, a także przewlekłość prowadzonych postępowań sądowych.

Wspomniane problemy stanowią jedne z najważniejszych przyczyn sięgania po prawo zwyczajowe np. w Pakistanie, gdzie licząc na szybkie załatwienie sprawy, mieszkańcy wnoszą je do rozstrzygnięcia przed zgromadzenia *Panchayat* i *Jirga*¹⁹.

Panchayat (rada pięciu) jest organem starszyny plemiennej, powołanym do rozstrzygnięcia sporów dotyczących określonych wsi lub plemion, którego właściwość obejmuje pakistańskie prowincje Pendżab i Sindh²⁰.

¹⁸ Utrzymywana w USA autonomia indiańskiego wymiaru sprawiedliwości jest różnie komentowana przez środowisko prawnicze. Z jednej strony podnosi się, że prawo amerykańskie powinno akceptować prawo zwyczajowe Indian tak długo, jak ich tradycja respektuje wskazania uczciwości i międzynarodowe prawa człowieka. Co więcej, podkreśla się, że prawo zwyczajowe nie powinno być statyczne, kształtowanie obyczajów jest bowiem procesem ciągłym, a zatem prawo Indian powinno czerpać również z pozytywnych aspektów systemu common law. Zob. N. J. Newton, *Memory and Misrepresentation: Representing Crazy Horse in Tribal Courts*, [w:] B. H. Ziff, P. V. Rao (red.), *Borrowed Power. Essays on Cultural Appropriation*, New Jersey 1997, s. 210-211. Z drugiej strony władze amerykańskie są krytykowane za zbyt liberalizm względem rozstrzygnięć zgromadzeń Indian Pueblo, naruszających fundamentalne prawa człowieka, zwłaszcza w zakresie równości płci. W. Kymlicka, *The Good, the Bad and the Intolerable: Minority Group Rights*, [w:] M. Goodale (red.), *Human Rights: An Anthropological Reader*, Blackwell Publishing 2009, s. 63-64.

¹⁹ I. Ashan, *Panchayats and Jirgas (Lok Adalats): Alternative Dispute Resolution System in Pakistan*, [w:] A. Singh, N. A. Zahid (red.), *Strengthening Governance through Access to Justice*, New Delhi 2009, s. 35-36.

²⁰ System sprawiedliwości plemiennej oparty na *panchayat* wywodzi się z tradycji indyjskiej i tamtejszego systemu kastowego. W Indiach mianem *panchayat* nazywano rady kast, uprawnione do ustawiania norm wiążących ich członków i określających ich pozycję społeczną. W dobie kolonializmu brytyjskiego doceniono wpływ zgromadzeń *panchayat* na funkcjonowanie społeczności lokalnych i oficjalnie uznano ich kompetencje w 1888 roku. Przez znaczną część XX w. *panchayat* stanowiły legalne, kolegialne, obsadzone w wyniku wyborów organy, powołane do wspierania rozwoju wsi. Zob. I. Ashan, op. cit., s. 28-29.

Pomimo, że współcześnie system *panchayat* jest oficjalnie zniesiony, nieformalnie nadal istnieje w większości wiosek prowincji Pendżab i Sindh. Członkowie *panchayat* są wybierani przez mieszkańców spośród szanowanej starszyny, reprezentującej różne plemiona (*birandari*), a także bogatych i wpływowych mieszkańców prowincji. Aktualnie nie ma żadnych sformalizowanych zasad działalności *panchayat*, które różnią się w zależności od danej wsi. *Panchayat*, posiadają jednak uprawnienia do orzekania we wszystkich sporach, ze sprawami karnymi o zabójstwa włącznie. Członkowie *panchayat* uznawani są przez społeczeństwo Pakistanu za strażników tradycji, kultury i obyczajów społecznych²¹.

Jirga, podobnie jak *panchayat*, jest zgromadzeniem starszyny w pakistańskich prowincjach Beludżystan i Północno-Zachodniej Prowincji Pogranicznej. Warto zauważyć, że istnieją dwa rodzaje *jirga* – tradycyjny i oficjalny. Stosowanie prawa zwyczajowego cechuje działalność tradycyjnego *jirga*. Funkcjonuje on na szczeblach Kundi, Khel i na szczeblu plemiennym, tym niemniej wszystkie trzy szczeble muszą być reprezentowane na zgromadzeniach zwołanych w szczególnie ważnych sprawach. Obok kompetencji sądowniczych *jirga* jest odpowiedzialna za podejmowanie decyzji administracyjnych, cywilnych i politycznych danego obszaru, regulujących m.in. takie aspekty jak życie rodzinne, waśnie pomiędzy członkami społeczeństwa albo zdrada państwa (plemienia), budownictwo meczetów i szkół etc.²²

Działalność zgromadzeń *panchayat* i *jirga* jako sądów plemiennych jest często obiektem protestów międzynarodowych organizacji praw człowieka z uwagi na brak zapewnienia jakichkolwiek gwarancji procesowych uczestnikom postępowań, ignorowanie standardów rzetelnego procesu karnego i wydawanie rozstrzygnięć urągających godności ludzkiej.

Wśród krytykowanych wyroków *panchayat* na pierwszy plan wysuwa się jeden z najgłośniejszych w ostatnich latach przejaw łamania praw kobiet w Pakistanie – sprawa członkini klanu Tatla, Mukhataran Bibi. W dniu 2 czerwca 2002 r. w Meerwali (prowincja Pundżab) padła ona ofiarą zbiorowego gwałtu, zarządzanego przez radę plemienną wpływowego klanu Mastoi Baloch jako formy zemsty honorowej. Po wykonaniu „wyroku” Mukhataran Bibi została zmuszona do pieszego powrotu, nago, do miejsca zamieszkania. Zemsta honorowa została zarządzona przez *panchayat* w odwecie za rzekome kontakty seksualne jej 11-letniego brata z 30-letnią kobietą z wyższego plemienia Mastoi Baloch. Wbrew oczekiwaniu rady plemienia Mukhataran Bibi nie popełniła po całym zajściu samobójstwa, dążąc do nagłośnienia swojej sprawy w mediach lokalnych i zagranicznych. Sprawa Mukhataran Bibi została dostrzeżona, a jej upór i wytrwałość sprawiły, że stała się ona współczesną ikoną walki o prawa kobiet i przeciwstawiana się dyskryminacji seksualnej. Szokujący jest fakt, że dopóki prasa nie opisała sprawy gwałtu na Mukhataran Bibi, lokalna policja

²¹ Ibidem, s. 29-30.

²² Ibidem, s. 32.

była obojętna na jej doniesienia i skargi. Co więcej, opinia publiczna z rozczarowaniem przyjęła ostatni wyrok pakistańskiego Sądu Najwyższego z dnia 21 kwietnia 2011 r., który uniewinnił pięciu z sześciu oskarżonych o gwałt na Mukhataran Bibi, natomiast karę śmierci dla jedyne go skazanego w sprawie zamienił na karę dożywotniego pozbawienia wolności²³.

Przykładem naruszenia podstawowych zasad współczesnego procesu karnego, takich jak domniemanie niewinności oskarżonego i prawo do obrony (por. art. 11 PDPC i art. 14 ust. 2 MPPOiP) oraz prawo dwukrotnego rozpatrzenia sprawy przez niezawisły, bezstronny sąd (por. art. 14 ust. 5 MPPOiP), jest wyrok *panchayat* wydany i wykonany we wsi Kandar (prowincja Sindh) na Gul Hassannie, oskarżonym o kradzież. Według relacji świadka „procesu”, Ahmadpura Lammy, pojmany w Ahmadpurlamma Gul Hassan został postawiony przed *panchayat* w Kandar, w obecności 200 członków *biradari*. W trakcie dochodzenia oskarżony konsekwentnie nie przyznawał się do winy i przedstawił alibi, że w momencie popełnienia przestępstwa przebywał w mieście Sukkhar, oddalonym od miejsca kradzieży o ok. 200 km. Członkowie *panchayat* nie dali wiary wyjaśnieniom oskarżonego i skazali go na karę śmierci, której wykonanie osobiście zapoczątkowali biciem oskarżonego, by ostatecznie pozbawić Gul Hassana życia strzałem z broni palnej²⁴.

Nie mniej wstrząsające są rozstrzygnięcia zgromadzeń *jirga*. Wspomnieć można chociażby o sprawie pakistańskiego nauczyciela z Kot Bugti (prowincja Baludżystan), Liaqata Tehlaniego, który oskarżony o kradzież, celem udowodnienia swojej niewinności zmuszony został do przejścia boso po rozżarzonych węglach. Ostatecznie oparzenia oskarżonego uznano za niewystarczające dla odparcia stawianych zarzutów i skazano go na 50 000 rupii. Z uwagi na niemożność uiszczenia tej kwoty Liaqat Tehlani został uwięziony na okres miesiąca w ramach „kary zastępczej” w posiadłości wpływowego członka *jirga*, Sardara Saleema Akbara Bugtiego. W innej sprawie, o zabójstwo, sądzonej w czerwcu 2001 r. przez radę *jirga* plemienia Jatoi w dzielnicy Thatta (prowincja Sindh), w ramach zadośćuczynienia zgromadzenie nakazało skazanym oddać dwie córki rodzinie ofiary. W efekcie 11-letnia córka jednego ze skazanych została żoną 46-letniego ojca zamordowanego, a sześcioletnią córkę innego skazanego poślubił 8-letni brat ofiary. Wśród drastycznych rozstrzygnięć rady plemiennej, opartych na prawie zwyczajowym, wymienić można ponadto przyznanie krewnemu zamordowanego prawa bezkarnego zabicia mordercy (kultywowanie krwawej zemsty), bezkarne zabicie przez męża małżonki dopuszczającej się cudzołóstwa, a także pozostawienie krewnym zamordowanego wyboru pomiędzy bezkarnym zabicie oskarżonego – mordercy lub przyjęciem od oskarżonego tzw. krwawych pieniędzy za śmierć krewnego²⁵.

²³ I. Ashan, op. cit., s. 30.

²⁴ I. Ashan, op. cit., s. 30.

²⁵ Ibidem, s. 32-33.

Analiza działalności sądowniczej pakistańskich zgromadzeń plemiennych *panchayat* i *jirga* skłania do refleksji nad statusem kobiet w prawie zwyczajowym. Uprzedmiotowanie kobiet i ich częste wykorzystywanie do rozwiązywania sporów, niezależnie od ich wieku, stanowi rażące naruszenie praw człowieka, a dodatkowo – praw dziecka. Wspomniana tradycja nosi nazwy *Vani* (Pendżab), *Sanghatti* (Sindh) lub *Swara* (Północno-Zachodnia Prowincja Pograniczna). Ponadto w przypadku dokonania *Kari Siakari* lub *Karo* – zabójstw honorowych, rady plemienne sympatyzują z mordercą, którego tzw. honor został zakłócony²⁶.

Wydaje się uzasadnione twierdzenie, że problem współistnienia uważanego za archaiczny pakistańskiego systemu sądownictwa plemiennego *panchayat* i *jirga* obok oficjalnego systemu sądownictwa państwowego, wynika po części z problemów organizacyjno-administracyjnych, a po części mentalnych obywateli Pakistanu. Jako przyczyny tolerowania działalności sądownictwa plemiennego wskazywane są tutaj w milczące przyzwolenie władz państwowych na taki stan rzeczy (wielu z członków *panchayat* jest parlamentarzystami), przyzwyczajenie lokalnej ludności do życia plemiennego, nieefektywną działalność organów administracji publicznej odpowiedzialnych za zarządzanie terenami plemiennymi, a także ograniczone środki finansowe, brak edukacji i świadomości prawnej społeczeństwa. Wszystko to przekłada się na brak realnej alternatywy sądowej dla działalności *panchayat* i *jirga*²⁷.

Dla równowagi, rozważając kwestię problemów w organizacji państwowego wymiaru sprawiedliwości jako przyczyny funkcjonowania sądownictwa plemiennego, wspomnieć trzeba przykład pozytywnych wpływów systemu sądów plemiennych na oficjalnie obowiązujący porządek prawny. W Papui Nowej Gwinei, która uzyskała status niepodległego państwa w 1970 r., oficjalny system sądownictwa plemiennego wprowadzony został w 1975 r. Aktualnie w Papui Nowej Gwinei działa ponad 1000 tego typu sądów, utworzonych niemal we wszystkich częściach wyspy. Wobec słabo rozwiniętej infrastruktury i utrudnionej komunikacji pomiędzy poszczególnymi częściami państwa, administracja rządowa traktuje system sądów plemiennych jako instrument utrzymania stabilności i spokoju społecznego, tolerując przy tym fakt, iż sądy te w swoich rozstrzygnięciach częściej sięgają do zwyczajów niż prawa stanowionego przez władze państwowe²⁸.

Postrzeganie sądów plemiennych jako gwaranta zachowania własnej tożsamości, kultury i tradycji cechuje przede wszystkim państwa, w których nie przykłada się znaczenia do ochrony praw mniejszości, starając się zasymilować określoną ludność wbrew jej woli. Sytuacja ta jest o tyle niebezpieczna, że może z czasem przeradzać się w otwarty konflikt mniejszości z władzą publiczną, a ludność tej wspólnoty jest bardziej podatna

²⁶ Ibidem, s. 31-33.

²⁷ I. Ashan, op. cit., s. 27-28.

²⁸ L. Sheleff, op. cit., s. 195.

na manipulacje lokalnych przywódców, instrumentalnie traktujących kwestię wyznania i kultury²⁹. W przypadku bardziej radykalnie nastawionych grup zjawisko to może być przyczyną akcji terrorystycznych, destabilizujących sytuację nie tylko na terytorium danego państwa, ale i w regionie jego położenia.

Konkludując dotychczasowe rozważania, w pierwszej kolejności należy obalić tezę, jakoby kwestia sprawiedliwości plemiennej dotyczyła wyłącznie państw zacofanych gospodarczo, dotkniętych konfliktami zbrojnymi, terroryzmem lub fanatyzmem religijnym. Problem zapewnienia mniejszościom autonomii w kwestiach jurysdykcyjnych wyłania się bowiem w każdym państwie zróżnicowanym pod względem kulturowym, etnicznym lub wyznaniowym. Dowodzą tego opisywane wcześniej przykłady Stanów Zjednoczonych, Kanady i Australii. Niewykluczone, że w przyszłości, np. w wyniku migracji zarobkowej ludności z państw afrykańskich, podobny problem pojawi się w Europie, w której zróżnicowanie kulturowe już teraz bywa zarzewiem dyskusji politycznych na temat praw mniejszości, czego przykładami są Wielka Brytania, Francja, Niemcy czy Włochy. Problem pogodzenia tradycji mniejszości etnicznych z obowiązującym porządkiem prawnym niekiedy jest podejmowany także w państwach środkowej i wschodniej Europy, gdzie zamieszkuje m.in. duża grupa ludności romskiej. Powyższe wskazuje, że problem recepcji reguł sprawiedliwości plemiennej lub szerszej – prawa zwyczajowego – do państwowych systemów prawnych, w najbliższej przyszłości może stać się trudnym wyzwaniem polityczno-prawnym.

Na pytanie, czy system sprawiedliwości plemiennej wpisuje się w realizację praw mniejszości do kultywowania swoich zwyczajów, należy udzielić odpowiedzi twierdzącej. Nie podlega dyskusji, że zwyczaj jako przyjęty przez dane społeczeństwo, najczęściej uświęcony tradycją sposób postępowania w pewnych okolicznościach, ma walory prawotwórcze. Skoro więc zakres przedmiotowy praw mniejszości obejmuje pielęgnowanie własnej tradycji, moralności i rytuałów, absurdem byłby całkowity zakaz kultywowania ukształtowanego na tym gruncie prawa zwyczajowego, tudzież prawa plemiennego.

Odrębnym zagadnieniem jest natomiast określenie granic wykonywania tego uprawnienia i ewentualnej jurysdykcji sądów plemiennych. Nie jest możliwa jednoznaczna, obiektywna ocena systemu sprawiedliwości plemiennej jako takiego. Każdorazowo bowiem prawo zwyczajowe należy oceniać indywidualnie. Zwyczaje poszczególnych plemion są niekiedy bardzo zróżnicowane, a o systemie wartości wyznawanym przez daną grupę decyduje wiele różnych czynników. Wydaje się, że katalog podstawowych praw człowieka, będący przecież wynikiem pewnego konsensusu społeczności międzynarodowej, powinien wyznaczać granice akceptacji prawa

²⁹ Por. L. Shaskolsky-Sheleff, *A Tribe Is A Tribe Is A Tribe – On Changing Social Science Concepts and Emerging Human Rights*, Israel Yearbook on Human Rights, t. 1-21, Dordrecht 1992, s. 147-148.

plemiennego przez państwowe porządki prawne. W każdej sytuacji należy zatem wyważyć, czy umożliwienie sankcjonowania określonych reguł postępowania mieści się jeszcze w ramach respektowania praw mniejszości, czy też przybiera już formę narzucania większości określonego systemu zachowań oczekiwanych przez tę mniejszość.

MINORITY RIGHTS IN THE CONTEXT OF TRIBAL JUSTICE – REMARKS AGAINST THE BACKGROUND OF CRIMINAL LAW

Key words: minority rights, tribal justice, tribal courts, customary law

Summary

The main aim of this publication is to attempt to answer the question whether the so-called tribal justice system is a part of the realization of the rights of minorities to cultivate their traditions. For that purpose the author analyzes in the functioning of the social determinants such as tribal courts in the United States, Australia and Pakistan.

The issue of the most common causes of social acceptance customary rules of conduct and, consequently, the functioning of the tribal courts, is presented from the perspective of criminal law and criminal procedure, as the matter most fully demonstrate the actual effects of using the customs and traditions in the practice of law.

In determining the actual and potential effects of tribal courts used research methods such as research literature, in particular foreign language, and research resources, i.e. selected legislation and case law.