

MARTA SZUNIEWICZ

PRAWNA OCHRONA RODZINY W SYTUACJI STANU NADZWYCZAJNEGO

I. WSTĘP

Stan nadzwyczajny, nawet jeśli nie przybiera formy konfliktu zbrojnego, stawia cały naród w obliczu szczególnego zagrożenia, wstrząsa wszelkimi strukturami państwa i społeczeństwa, w tym również najmniejszymi, tj. rodzinami. Niekiedy istniejąca sytuacja rodzi konieczność podjęcia przez państwo szczególnych środków i działań wymagających niejednokrotnie „zawieszenia” określonych praw zagwarantowanych jednostce ludzkiej w poszczególnych traktatach ochrony praw człowieka i dlatego też dokumenty te przewidują możliwość „uchylenia”¹ – w ramach derogacji – zobowiązań państwa w zakresie ochrony praw człowieka wynikających z danego aktu.

Wobec maszyny państwa i derogacji stoi rodzina, podstawowa komórka społeczeństwa, środowisko życia jednostki ludzkiej, choć niewielka, ale o fundamentalnej roli w społeczeństwie. Pojawia się zatem pytanie o stopień ochrony przynależnej rodzinie na wypadek zaistnienia „niebezpieczeństwa zagrażającego życiu narodu” oraz zakres dopuszczalnej ingerencji w te prawa w razie skorzystania przez państwo ze wspomnianego mechanizmu derogacji. Czy brak zamieszczenia *expressis verbis* praw rodziny w katalogu praw niederogowalnych czyni prawa te bezbronnymi, pozbawionymi ochrony i gwarancji prawnych oraz pozostawionymi „na łasce” władz państwowych?

Celem tego artykułu będzie właśnie zbadanie i ocena stanu ochrony prawnej zagwarantowanej rodzinie na wypadek stanu nadzwyczajnego w międzynarodowych instrumentach ochrony praw człowieka oraz międzynarodowego prawa humanitarnego. Ośmielam się wręcz postawić – a raczej podtrzymać postawioną przez prof. Tadeusza Jasudowicza² – tezę o niewzruszalności tego odcinka sub-

¹ Termin *derogation* zazwyczaj tłumaczony jest w języku polskim jako „uchylenie” czy „zawieszenie”, jednak pojęcia te nie oddają istoty losu zobowiązań państw w dziedzinie praw człowieka, gdzie wchodzi w rachubę jedynie czasowe ograniczenie w korzystaniu z tych praw, obniżenie standardu ochrony poszczególnych praw, do których zapewnienia zobligowane są władze państwowe; por. uwagi T. Jasudowicza, *Granice korzystania z praw człowieka – rozwiązania Konstytucji RP na tle standardów europejskich*, w: C. Mik (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 roku a członkostwo Polski w Unii Europejskiej*, Toruń 1999, s. 59.

² T. Jasudowicz, *Prawa człowieka w konfliktach zbrojnych. Rekonstrukcja międzynarodowego prawa humanitarnego*, Toruń 1997, s. 22.

stancji praw człowieka w kontekście derogacji, pomimo braku odnośnych norm w katalogach praw niederogowalnych występujących w prawie międzynarodowym praw człowieka³, oraz podjąć próbę zebrania argumentów za nią przemawiających.

II. MECHANIZM DEROGACJI ZOBOWIĄZAŃ W DZIEDZINIE PRAW CZŁOWIEKA (UWAGI OGÓLNE)

W zasadzie we wszystkich traktatach ogólnej ochrony praw człowieka, tak uniwersalnych, jak i regionalnych, przewidziano na wypadek sytuacji nadzwyczajnych możliwość uchylecia wynikających z nich zobowiązań w dziedzinie praw człowieka⁴. Zawarty w traktatach praw człowieka⁵ mechanizm derogacji zobowiązań prawnomiędzynarodowych na wypadek stanów nadzwyczajnych ma złożoną strukturę normatywną. Pierwszym jego elementem, i to o fundamentalnym znaczeniu, jest tzw. „warunek główny” w postaci wymogu uprzedniego zaistnienia sytuacji ekstremalnej spełniającej kryterium „wyjątkowego niebezpieczeństwa publicznego, które zagraża istnieniu narodu”⁶.

Drugą warstwę strukturalną stanowią warunki formalnoorganizacyjne⁷. Na płaszczyźnie tej można wyróżnić warunek uprzedni – w postaci wymogu właściwego urzędowego ogłoszenia stanu nadzwyczajnego⁸, warunek początkowy jego realizacji – w postaci obowiązku międzynarodowej notyfikacji o poczynionych przez państwo krokach w trybie klauzuli derogacyjnej⁹, oraz warunek końcowy – w postaci wymogu zawiadomienia o zakończeniu stanu nadzwyczajnego¹⁰.

Warstwa substancjalna z kolei obejmuje zestaw trzech testów-warunków, którym muszą sprostać podjęte przez państwo środki derogacyjne, aby można uznać je za dopuszczalne. Test konieczności nakazuje utrzymanie środków derogacyjnych „w granicach ściśle odpowiadających wymaganiom sytuacji”¹¹. Test prawo-

³ Jedynie Amerykańska Konwencja Praw Człowieka z 1969 r. przewiduje prawa rodziny w katalogu praw niederogowalnych (art. 27 ust. 2 w zw. z art. 17).

⁴ Zob. art. 4 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych z 16 grudnia 1966 r. (dalej: MPPOiP), art. 15 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 4 listopada 1950 r. (dalej: EKPC), art. 27 Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka z 22 listopada 1969 r. (dalej: AKPC) oraz art. 30 Europejskiej Karty Socjalnej z 18 października 1961 r. (dalej: EKS).

⁵ Możliwości zawieszania wykonywania przewidzianych w nich praw w sytuacji stanu nadzwyczajnego nie przewiduje Afrykańska Karta Praw Człowieka i Ludów z 1981 r., Międzynarodowy Pakt Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych z 1966 r. oraz Konwencja Praw Dziecka z 1989 r.

⁶ Zob. art. 4 ust. 1 Paktu, art. 15 ust. 1 EKPC, art. 27 ust. 1 AKPC oraz art. 30 ust. 1 EKS. Szerzej na temat „sytuacji wyjątkowego niebezpieczeństwa zagrażającego życiu narodu” zob. A. Michalska, *Niebezpieczeństwo publiczne, które zagraża życiu narodu*, w: T. Jasudowicz (red.), *Prawa człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych ze szczególnym uwzględnieniem prawa i praktyki polskiej*, TNOiK, Toruń 1997, s. 11–25 oraz J.F. Hartman, *Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision*, „Human Rights Quarterly” 1985, vol. 7, s. 91 i n.

⁷ O roli wykraczającej daleko poza techniczną przesłankę proceduralnych w mechanizmie derogacji wspomina J.F. Hartman, *Working Paper...*, op. cit., s. 99 i n.

⁸ *Expressis verbis* wymóg ten wprowadza jedynie art. 4 ust. 1 Paktu.

⁹ Art. 4 ust. 3 Paktu, art. 15 ust. 3 EKPC, art. 27 ust. 3 AKPC, art. 30 ust. 2 EKS.

¹⁰ Art. 4 ust. 3 Paktu, art. 15 ust. 3 EKPC i art. 30 ust. 2 EKS.

¹¹ Zob. art. 4 ust. 1 Paktu, art. 15 ust. 1 EKPC, art. 27 ust. 1 AKPC oraz art. 30 ust. 1 EKS.

rzędności międzynarodowej wymaga zgodności podjętych przez państwo działań „z jego innymi zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego”¹². Z kolei test niedyskryminacji wyraża się w zakazie podejmowania środków, które „powodują dyskryminację z powodu rasy, koloru skóry, płci, języka, religii lub pochodzenia społecznego”¹³.

W mechanizmie uchylania zobowiązań wynikających z danego traktatu ochrony praw człowieka rysuje się wyraźnie jeszcze jeden element stanowiący „zasadniczy wyjątek substancjalny”¹⁴, pełniący rolę swoistego „zaworu bezpieczeństwa” w postaci katalogu praw, których zawieszenia nie usprawiedliwiają nawet okoliczności stanu wyjątkowego niebezpieczeństwa. Są zatem prawa, które stoją ponad wszystkim, których trzeba przestrzegać nawet w najbardziej ekstremalnych sytuacjach, a państwo od obowiązku bezwzględnej ich przestrzegania nie jest w stanie się uchylić. I właśnie z uwagi na tę ich cechę zwykło określać się je mianem „praw niederogowalnych”¹⁵.

Prawa niederogowalne stanowią zatem z jednej strony dla władz państwowych nieprzekraczalną granicę, której żadne względy naruszyć nie pozwalają, z drugiej zaś stanowią absolutne minimum praw zagwarantowanych jednostce ludzkiej w każdych okolicznościach, z tym że ten minimalny poziom ochrony różnie się kształtuje w poszczególnych traktatach. Niewątpliwie zauważalną tendencją jest rozbudowywanie z upływem czasu katalogu praw niederogowalnych i tym samym podniesienie tej „minimalnej poprzeczki”. Najwcześniejsza Europejska Konwencja Praw Człowieka przewidywała tylko cztery takie prawa (prawo do życia, zakaz tortur, zakaz niewolnictwa i poddaństwa oraz zasadę *nullum crimen sine lege*)¹⁶, Pakt rozszerzył jej katalog o zakaz więzienia za długi (art. 11), prawo do podmiotowości prawnej (art. 16) i prawo do wolności myśli, sumienia i religii (art. 18), przyjęta zaś w 1969 r. Konwencja Amerykańska przewiduje zakaz zawieszenia praw aż z 11 artykułów¹⁷, nadając status niederogowalności, będącym przedmiotem naszego zainteresowania, prawom rodziny (art. 27 ust. 2 w zw. z art. 17).

Przyjrzyjmy się teraz problemowi praw rodziny na tle zjawiska niederogowalności praw człowieka. W świetle powyższych uwag oczywisty jest brak praw rodziny w katalogach praw niederogowalnych, a ich obecność w regionalnym

¹² Zob. art. 4 ust. 1 Paktu, art. 15 ust. 1 EKPC, art. 27 ust. 1 AKPC oraz art. 30 ust. 1 EKS.

¹³ Zob. art. 4 ust. 1 Paktu i art. 27 ust. 1 AKPC.

¹⁴ Określenie T. Jasudowicza, użyte w dyskusji panelowej zatytułowanej „Stan wojenny w PRL 1981”, w: T. Jasudowicz (red.), *Prawa człowieka w sytuacjach...*, op. cit., s. 160.

¹⁵ Jedyne Europejska Karta Socjalna, dopuszczając możliwość derogacji, nie przewiduje takiego nieprzekraczalnego minimum w postaci praw niezawieszalnych.

¹⁶ Katalog ten został w latach późniejszych powiększony o zakaz stosowania kary śmierci (art. 3 Protokołu VI do EKPC z 1983 r.) i zasadę *ne bis in idem* (art. 4 Protokołu VII z 1984 r.).

¹⁷ Są to: art. 3 (prawo do osobowości prawnej), art. 4 (prawo do życia), art. 5 (prawo do ludzkiego traktowania), art. 6 (wolność od niewolnictwa), art. 9 (*nullum crimen sine lege*), art. 12 (wolność wyznania i religii), art. 17 (prawa rodziny), art. 18 (prawo do nazwiska), art. 19 (prawa dzieci), art. 20 (prawo do obywatelstwa) oraz art. 23 (prawo do udziału w rządach) oraz zasadnicze gwarancje sądowe dla ochrony tychże praw.

systemie panamerykańskim jest kwestią drugorzędną, z uwagi na niewielką liczbę państw nią związanych, ale przede wszystkim z uwagi na brak mocy wiążącej wobec naszego kontynentu¹⁸. Czy wobec powyższego właściwe jest odruchowe wyciągnięcie wniosku o derogowalności praw rodziny? Czy brak umieszczenia *expressis verbis* tej kategorii praw w katalogach praw niederogowalnych jednoznacznie przesądza o jej statusie i braku cechy niezawieszalności?

Niestety, taka postawa stanowi nagminną praktykę wśród przedstawicieli doktryny, którzy bez bliższego przyjrzenia się problemowi odruchowo wrzucają prawa rodziny do „worka” praw, których wykonywanie można zawiesić, od których poszanowania władze państwowe w obliczu szczególnego niebezpieczeństwa mogą się uchylić i w nie ingerować. A przecież chodzi tu o fundamentalne prawa każdej jednostki ludzkiej, i zdumiewa, że nikt – poza T. Jasudowiczem, który teżę taką (choć bez głębszej jej analizy) na gruncie polskiej doktryny ośmielił się postawić¹⁹ – nad problemem tym się nie zatrzymał i nim nie zajął, prawdopodobnie po prostu go niezauważając i odruchowo uznając za karkołomną próbę wykazania obowiązku pełnego ich poszanowania na wypadek stanu nadzwyczajnego, wobec braku odpowiedniego zapisu w powyższych klauzulach derogacyjnych.

Z uwagi na powyższe celem niniejszego studium jest podtrzymanie postawionej niegdyś przez prof. Tadeusza Jasudowicza tezy i próba przedstawienia szeregu argumentów za nią przemawiających. W poszukiwaniu źródeł niederogowalności praw rodziny sięgnę do rygorów samej klauzuli derogacyjnej oraz wniosków wypływających z ogólnej filozofii i teorii praw człowieka i prawa międzynarodowego. Podstawowy zrąb substancjalny struktury dowodu tezy stanowić będą jednak gwarancje praw rodziny przewidziane w międzynarodowym prawie humanitarnym i właśnie w związku z tym tak niezwykle istotna będzie kwestia wykazania aktualności zobowiązań płynących pod adresem władz państwowych z norm prawa humanitarnego w razie wystąpienia sytuacji nadzwyczajnego zagrożenia publicznego.

Należy zauważyć, że wiele z przedstawionych poniżej argumentów nie ogranicza się tylko do praw rodziny, a w większym lub mniejszym stopniu może uzasadniać konieczność pełnego, a przynajmniej pełniejszego przestrzegania także innych – z założenia derogowalnych – praw człowieka.

¹⁸ Należy jednak wskazać, że Specjalny Sprawozdawca Questiaux rekomendował w swoim raporcie rozszerzenie katalogu praw niederogowalnych o wszystkie te, którym status niederogowalności przyznaje Konwencja Amerykańska; zob. Nicole Questiaux, Special Rapporteur, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, Study of the implications for human rights of recent developments concerning situations known as States of siege or emergency, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1982/15 (27.07.1982), § 203, Recommendation B.

¹⁹ T. Jasudowicz, *Prawa człowieka w konfliktach...*, op. cit., s. 22.

III. DOWÓD TEZY O NIEWZRUSZALNOŚCI PRAW RODZINY

1. Implikacje rygoryzmu warunków derogowalności

Niezamieszczenie danego prawa w katalogach praw niederogowalnych nie oznacza wcale pełnej dowolności państw w zakresie uchylania swych zobowiązań dotyczących odnośnych praw w razie zaistnienia stanu nadzwyczajnego²⁰. Pierwszych argumentów przemawiających za tym dostarcza już sama klauzula derogacyjna, której restrykcyjne warunki czynią nader ograniczoną możliwość sięgania po określone środki derogacyjne, ściśle reglamentując również ich charakter i zasięg, a zwłaszcza możliwość ograniczenia w wyniku ich zastosowania pewnych kategorii praw, a zwłaszcza praw rodziny²¹.

Już sam warunek główny w postaci zaistnienia *emergency threatening the life of the nation* znacznie zawęża kontekst sytuacyjny usprawiedliwiający sięgnięcie po instytucję derogacji. I właśnie w związku z powyższym na krytykę zasługuje powściągliwość organów strasburskich²² (w zakresie analizy i kwalifikacji powoływanych przez państwo okoliczności jako stanu, który osiągnął odpowiedni *threshold of emergency*), odchodzących tym samym od reguł wykładni i kryteriów ocennych, wypracowanych przez nie same jeszcze w latach 60. (*Lawless Case*²³ i *Greek Case*²⁴). Przyznając państwu „szeroki margines oceny” (*a wide margin of appreciation*)²⁵ i przechodząc do porządku dziennego nad interpretacją

²⁰ Por. Uwagi Ogólne nr 29 z 31 sierpnia 2001 r. (CCPR/C/21/Rev.1/Add.11), § 6.

²¹ Jamie Oraa zalicza prawa rodziny do kategorii praw, które są wyłączone spod zakresu możliwej derogacji: *due to the fact that these rights are not directly related to emergencies and therefore there is no need to derogate from them*; zob. J. Oraa, *Human rights in States of emergency in international law*, Oxford: Clarendon Press, 1992, s. 125.

²² Zarzut „godnej pożałowania «powściągliwości» oraz inercji badawczej” pod ich adresem formułuje na gruncie polskiej doktryny T. Jasudowicz – por. idem, *Determinanty międzynarodowo chronionej substancji praw człowieka w systemie uniwersalnym i europejskim* (...), w: T. Jasudowicz, C. Mik (red.), *O prawach człowieka. W podwójną rocznicę Paktów. Księga pamiątkowa w hołdzie Profesor Annie Michalskiej*, Toruń 1996, s. 96 oraz idem, *Studium substancjalnych przesłanek dopuszczalności środków derogacyjnych*, w: T. Jasudowicz (red.), *Prawa człowieka w sytuacjach...*, op. cit., s. 54 i 81–82. W podobnym duchu wypowiada się Joan F. Hartman, wskazując, że organy implementacyjne powinny przyjąć „ściłą interpretację klauzuli derogacyjnej”, a na władzach państwowych podejmujących środki derogacyjne powinien spoczywać *the burden of justification*; por. idem, *Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies – A Critique of Implementation by the European Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nations*, „Harvard International Law Journal” 1981, vol. 22, nr 1, s. 51.

²³ Por. Report of the European Commission of Human Rights of 19 December 1959, „Yearbook of the European Commission of Human Rights”, vol. VII, s. 472 i n.

²⁴ Por. Report of the European Commission of Human Rights of 5 November 1969, „Yearbook of the European Commission of Human Rights”, vol. XII, s. 72 i n. W omawianej sprawie Komisja stanęła na stanowisku, iż stan „niebezpieczeństwa publicznego, które zagraża życiu narodu”, musi odpowiadać następującej charakterystyce: niebezpieczeństwo jest aktualne (bezpośrednie) i poważne, skutki niebezpieczeństwa dotyczą całego społeczeństwa, zagrożone jest zorganizowane życie społeczności państwowej, a kryzys lub niebezpieczeństwo muszą być wyjątkowe, gdy normalne środki lub ograniczenia przewidziane w Konwencji są całkowicie niewystarczające do utrzymania bezpieczeństwa publicznego, porządku i zdrowia ludności.

²⁵ Zdaniem organów Konwencji europejskiej, ze względu na „(...) bezpośredni i stały kontakt z palącą potrzebą sytuacji w danej chwili sędziowie krajowi są, co do zasady, w lepszej sytuacji niż sędziowie międzynarodowi, by móc ocenić zarówno fakt istnienia takiego stanu nadzwyczajnego, jak

Irlandii, zawężającą możliwość uznania dopuszczenia się przez państwo naruszenia wiążących go zobowiązań do przypadku, gdy „jego ocena sytuacji bądź podejmowane środki były *manifestly unreasonable*”²⁶, zdają się – w miejsce wyjątkowości sytuacji i zobowiązania państwa do należytego wykazania spełnienia wymogów klauzuli derogacyjnej i przedstawienia w tym zakresie stosownej faktografii – wprowadzać domniemanie na korzyść legalności działań rządu, czyniąc państwa legitymowanymi do daleko idącej w tym zakresie dowolności. Również konieczność sprostania wymogom formalnym (proklamacji i notyfikacji stanu nadzwyczajnego) nie jest w tym zakresie bez znaczenia ze względu na zapobieganie nadużyciom ze strony władz państwowych.

Fundamentalne znaczenie i daleko idące konsekwencje dla będących przedmiotem naszego zainteresowania praw rodziny mają jednak substancjalne elementy (testy) mechanizmu derogacji w warstwie dopuszczalności realizacji stanu nadzwyczajnego, a więc wymogi stawiane środkom derogacyjnym. Substancjalne przesłanki dopuszczalności realizacji stanu nadzwyczajnego w postaci testów konieczności, legalności prawnomiędzynarodowej i niedyskryminacji mają pierwszorzędne znaczenie i to właśnie one stanowią podstawowe kryteria oceny zgodności z prawem (z klauzulą derogacyjną) środków podjętych przez władze państwowe. Jeśli państwo spełniło omówione wcześniej przesłanki dopuszczalności wprowadzenia stanu nadzwyczajnego, podjęte przez nie działania – rozpatrywane w świetle przytoczonych przez władze państwowe argumentów, a zwłaszcza faktografii – muszą „zdać” wszystkie trzy testy, a uchybienie wymogom choćby jednego z nich czyni te środki niedopuszczalnymi, a tym samym nieusprawiedliwionymi w świetle klauzuli derogacyjnej, którą posłużono się dla ich wprowadzenia.

Test konieczności wymaga podjęcia środków uchylających wykonywanie zobowiązań wynikających z odnośnego traktatu „w zakresie ściśle odpowiadającym”²⁷ wymogom sytuacji”²⁸. Ta substancjalna przesłanka derogacji nabiera – zwłaszcza w kontekście wskazanej powyżej praktyki strasburskiej – szcze-

i zakres i charakter potrzebnej derogacji. W tym zakresie art. 15 pozostawia władzom krajowym szeroki zakres marginesu oceny” (por. cytowana już *Lawless Case*; identycznie Trybunał w *Handyside Case* (1978), Court Judgement of 18 January 1978, ser. A, nr 25, s. 78–79. Szerzej na temat marginesu swobodnej oceny w zakresie podejmowania środków derogacyjnych zob. O. Gross, F. Ni Aolain, *From Discretion to Scrutiny: Revising the Application of the Margin of appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights*, „Human Rights Quarterly” 2001, vol. 23, s. 625–649.

²⁶ *Lawless Case*, Opinion, 19 grudnia 1959, ser. B, nr 1, § 85.

²⁷ Jak zauważa Joan F. Hartman, sformułowanie *strictly required* wzmacnia element proporcjonalności oraz wskazuje na *obligation to act in goodfaith*; por. idem, *Derogation...*, op. cit., s. 17.

²⁸ Poza traktatami praw człowieka również Dokumenty Ludzkiego Wymiaru KBWE wyraźnie przewidują powyższy wymóg (pkt 25.3 Dokumentu Spotkania Kopenhaskiego Konferencji w sprawie Ludzkiego Wymiaru KBWE z 29 czerwca 1990 r. oraz pkt 28.7 Dokumentu Spotkania Moskiewskiego Konferencji w sprawie Ludzkiego Wymiaru KBWE z 4 października 1991 r.), gdzie zwłaszcza ten ostatni wskazuje, że chodzi o podjęcie tylko takich kroków, które są „(...) *justified by the most exceptional and grave circumstances*”. Należy również podkreślić, że wymóg ten dotyczy trwania, zasięgu geograficznego i zakresu przedmiotowego stanu nadzwyczajnego oraz wszelkich środków odstępstwa stosowanych z uwagi na ten stan (por. Uwagi Ogólne nr 29 z 2001 r., op. cit., § 4, zd. 2).

gólnego znaczenia²⁹, znacznie zawężając pole manewru władzom państwowym i kreując ich obowiązek „wykazania konkretnego i utrzymanego w granicach proporcjonalności związku pomiędzy zastosowanym środkiem a sytuacją wymagającą kontroli”³⁰. Tym samym „wchodzi w grę test konieczności, a przynajmniej niezbędności”³¹, a zarazem test proporcjonalności³², któremu sprostać muszą przedsięwzięte przez państwo środki. Powinny być one „ściśle ograniczone do wymogów sytuacji” (*strictly limited to what is required by the exigencies of the situation*)³³, a wręcz być „absolutnie konieczne”³⁴. To na państwie ciąży obowiązek wykazania *the irresistible force of circumstances* oraz proporcjonalności między takim niebezpieczeństwem a podejmowanymi środkami zaradczymi, które muszą być „ograniczone, zarówno w swoim zakresie, jak i do tego, co jest pilnie konieczne”³⁵.

W świetle powyższych uwag nie ulega wątpliwości, że możliwość zawieszenia praw rodziny jest – w świetle testu konieczności i proporcjonalności – w istotny sposób ograniczona, gdyż trudno byłoby państwu wykazać, że właśnie uchYLENIE jego zobowiązań w zakresie poszanowania i ochrony rodziny jest środkiem koniecznym w zaistniałej sytuacji³⁶ dla przezwyciężenia stanu szczególnego zagrożenia, i czemu konkretnie takie „naruszenie” miałyby służyć³⁷ oraz uzasadnić, dlaczego nie jest możliwe podjęcie innych środków.

²⁹ Por. J. Oraa, op. cit., s. 142.

³⁰ B. Gronowska, *Wolność i bezpieczeństwo osobiste w sprawach karnych w świetle standardów Rady Europy. Implikacje praktyczne dla prawa polskiego*, Toruń 1996, s. 124. Na konieczność istnienia takiego związku wskazał sam Trybunał w orzeczeniu z 18 stycznia 1978 r. w sprawie *Ireland v. UK*, ser. A, nr 25, § 213.

³¹ T. Jasudowicz, *Administracja wobec praw człowieka*, Toruń 1996, s. 33; idem, *Determinanty...*, op. cit., s. 96–97.

³² Zob. Uwagi Ogólne nr 29 z 2001 r., op. cit., § 4, zd. 4. Konieczność podejmowania środków ściśle odpowiadających charakterowi oraz stopniowi (intensywności) zagrożenia statuują również polskie ustawy dotyczące stanów szczególnych; por. art. 18 ust. 2 ustawy o stanie wojennym oraz o kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i zasadach jego podległości konstytucyjnym organom RP (Dz.U. z 2002 r. Nr 156, poz. 1301) oraz art. 2 ust. 2 ustawy z 21 czerwca 2002 r. o stanie wyjątkowym (Dz.U. z 2002 r. Nr 113, poz. 985 z późn. zm.).

³³ *Lawless case*, op. cit., § 22. Trybunał wielokrotnie to potwierdzał; por. orzeczenia przytoczone przez T. Jasudowicza, *Studium...*, op. cit., s. 54 (przyp. 43). Również Komitet Praw Człowieka podkreśla, że „Jeśli państwa rozważają powołanie się na art. 4 w innych sytuacjach niż konflikt zbrojny, powinny starannie rozważyć uzasadnienie, dlaczego taki środek jest konieczny i słuszny w danych okolicznościach” (Uwagi Ogólne nr 29 z 2001 r., op. cit., § 3).

³⁴ Orzeczenie *Ireland v. UK*, op. cit., § 211.

³⁵ European Commission of Human Rights Decisions and Reports 1968-III, § 92.

³⁶ Komitet wyraźnie podkreślił w cytowanych już wielokrotnie Uwagach Ogólnych nr 29 z 2001 r., że sam fakt, iż dopuszczalne odstępstwo od konkretnego postanowienia może samo przez się dać się usprawiedliwić wymogami sytuacji, nie eliminuje wymogu, by co do konkretnych środków podejmowanych z racji dokonywania takiego odstępstwa także wykazać, iż są one objęte wymogami sytuacji (§ 4, zd. 5).

³⁷ Przy pracach nad art. 4 Paktu, wobec zgłoszenia propozycji umieszczenia prawa do zawarcia związku małżeńskiego w katalogu praw niedorogowalnych (por. E/CN.4/365), wskazano na indyferentny charakter tego prawa, uznając, że dotyczy ono „spraw o ściśle prywatnym charakterze i państwo nie powinno w nie ingerować” (A/5655, § 51, w: M.J. Bossuyt, *Guide to the travaux preparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Nijhoff, Dordrecht 1987, s. 94), co jednak kwestionowały niektóre państwa (por. ibidem, s. 95). Konieczność traktowania prawa do założenia rodziny jako prawa równoważnego tym, zamieszczonym w art. 4 ust. 2 Paktu, jest oczywista dla

Fundamentalne znaczenie – jakie zwłaszcza w kontekście umożliwienia, a wręcz zobowiązania do sięgnięcia po gwarancje zawarowane w normach międzynarodowego prawa humanitarnego – ma przesłanka formułująca wymóg niesprzeczności podejmowanych środków „z innymi zobowiązaniami państwa wynikającymi z prawa międzynarodowego”. Z uwagi jednak na dalekosiężne skutki, jakie pociąga za sobą test legalności prawnomiędzynarodowej (zwłaszcza aktualizacji na czas stanu nadzwyczajnego zobowiązań państwa unormowanych na poziomie norm prawa humanitarnego), oraz bogactwo normatywnych środków gwarancyjnych, do których należy sięgnąć w poszukiwaniu zakresu niedopuszczalnej ingerencji w poszczególne prawa człowieka³⁸, w tym prawa rodziny, przesłance tej i jej implikacjom poświęcimy wiele uwag w dalszej części rozważań.

Test niedyskryminacji, oznaczający niedopuszczalność powodowania dyskryminacji (z powodu rasy, koloru skóry, płci, języka, religii lub pochodzenia społecznego)³⁹, jako substancjalna przesłanka dopuszczalności środków derogacyjnych, został wyraźnie wymieniony jedynie w Pakcie (art. 4 ust. 1) i Konwencji Amerykańskiej (art. 27 ust. 1), natomiast pomijają go milczeniem europejskie dokumenty ochrony praw człowieka, tj. EKPC oraz EKS. Niemniej należy z uznaniem odnotować fakt pragmatycznie rozumianej w świetle strasburskiego *case law* klauzuli niedyskryminacji z art. 14 Konwencji i związanej z tym praktyki orzeczniczej, która pomimo milczenia w tym zakresie art. 15 zdawała się traktować przesłankę niedyskryminacji, jakby była „w rzeczywistości doń włączona”⁴⁰. Należy przy tym wyraźnie podkreślić, że zasada niedyskryminacji stopniowo rozwinęła się w „podstawową i niederogowalną zasadę międzynarodowej ochrony praw człowieka i w pełni też powinna być w stanach nadzwyczajnych szanowana”⁴¹.

Niestety, pomimo olbrzymiego potencjału ochronnego wymogów zawarowanych w klauzulach derogacyjnych, jaki mogłyby wykorzystywać organy międzynarodowej ochrony praw człowieka, przyjęta przez nie praktyka „szafowania” szerokim marginesem oceny oraz niemalże domniemaniem legalności wprowadzenia stanu nadzwyczajnego oraz podjętych na ten czas środków, znacznie osłabiła przedstawione powyżej liczne ograniczenia w zakresie dopuszczalności

P. Daranowskiego (por. idem, *Międzynarodowa ochrona praw obywatelskich i politycznych in statu nascendi*, Łódź 1993, s. 167). Za wyłączeniem możliwości derogacji wobec wszystkich *family rights* opowiada się J. Oraa (idem, op. cit., s. 125).

³⁸ Por. M. Lubiszewski, *Test legalności prawnomiędzynarodowej w klauzuli derogacyjnej. Kilka uwag poczynionych na tle nauczania profesora Tadeusza Jasudowicza*, w: J. Białcerkiewicz i in. (red.), *Księga Jubileuszowa Profesora Tadeusza Jasudowicza*, TNOiK, Toruń 2004, s. 246.

³⁹ Krytycznie wobec tego zawężenia treści przesłanki niedyskryminacji – zwłaszcza w zestawieniu z odesłaniem do „innych zobowiązań”, które wskazują zakres niedopuszczalnej sytuacji w szerszym zakresie – odnosi się T. Jasudowicz, postulując jednocześnie rozszerzającą interpretację przesłanki niedyskryminacji z uwzględnieniem całości prawa międzynarodowego praw człowieka oraz prawa humanitarnego; por. idem, *Determinanty...*, op. cit., s. 96 i n.; podobnie zob. P. Daranowski, *Międzynarodowa...*, op. cit., s. 164 i n.

⁴⁰ T. Jasudowicz, *Studium...*, op. cit., s. 77.

⁴¹ Ibidem, s. 77–78.

zawieszania praw człowieka, w tym praw rodziny, skazując je na nikłą skuteczność i moc gwarancyjną.

2. Test legalności prawnomiędzynarodowej jako źródło gwarancji ochronnych

Jak już wcześniej wspomniałam, traktaty ochrony praw człowieka dopuszczają zastosowanie środków derogacyjnych jedynie „pod warunkiem, że środki te nie są sprzeczne z innymi zobowiązaniami (państwa) wynikającymi z prawa międzynarodowego”⁴². Przesłanka ta oznacza zatem „otwarcie danego systemu ochronnego na całość prawa międzynarodowego, na cały zbiór jego norm i zasad, różnego pochodzenia i charakteru, o ile mniej lub bardziej bezpośrednio regulują bądź wiążą się z unormowaniem ochrony praw człowieka, pozostając więc w wystarczająco ścisłej z nim więzi”⁴³.

Na wyraźne podkreślenie zasługuje znaczenie tej przesłanki substancjalnej⁴⁴, „którą można wręcz postrzegać jako zagwarantowanie «międzynarodowego *rule of law*», skoro (...) wymaga (...) osadzenia (...) w całości zobowiązań prawnomiędzynarodowych danego państwa, z wszelkimi stąd płynącymi konsekwencjami prawnymi i zupełnie praktycznymi dla ograniczenia swobody jego derogacyjnych poczyną”⁴⁵. Owo przeniesienie do sfery pozasystemowej „wiąże się z potrzebą postrzegania sprzężenia zwrotnego pomiędzy prawem międzynarodowym praw człowieka a prawem międzynarodowym w ogóle”⁴⁶, a zwłaszcza międzynarodowym prawem humanitarnym. Przewidziany w klauzulach derogacyjnych test legalności prawnomiędzynarodowej w postaci wymogu niesprzeczności podejmowanych przez państwo środków derogacyjnych z „innymi zobowiązaniami wynikającymi z prawa międzynarodowego” (*principle of consistency*) oznacza zatem „otwarcie danego systemu ochronnego na całość prawa międzynarodowego”⁴⁷.

W kontekście praw człowieka owymi „innymi zobowiązaniami międzynarodowymi” są przede wszystkim międzynarodowe prawo humanitarne oraz inne

⁴² Por. ang. *provided that such measures are not inconsistent with their other obligations under international law* i franc. *sous reserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international*.

⁴³ T. Jasudowicz, *Studium...*, op. cit., s. 74–75.

⁴⁴ Jak stwierdził Międzynarodowy Instytut Praw Człowieka w swoim pisemnym oświadczeniu na Konferencji Praw Człowieka (Vienna, 1971 r.), fakt, iż *these 'other obligation under international law' are embodied in the law of the European Convention on Human Rights is indisputably an 'enriching factor'* (cyt. za: J. Oraa, op. cit., s. 200).

⁴⁵ T. Jasudowicz, *Studium...*, op. cit., s. 65.

⁴⁶ Ibidem, s. 67. Szerzej na temat owego sprzężenia zwrotnego ochrony gwarantowanej przez prawa człowieka oraz międzynarodowe prawo humanitarne, samego testu legalności prawnomiędzynarodowej i aktualności zobowiązań wynikających z prawa humanitarnego w sytuacji stanu nadzwyczajnego niebędącego konfliktem zbrojnym zajęłam się w artykule pt. *Wpływ norm międzynarodowego prawa humanitarnego na zakres dopuszczalności derogacji zobowiązań w dziedzinie praw człowieka* („Kwartalnik Prawa Publicznego” 2005, nr 3, s. 55–81).

⁴⁷ T. Jasudowicz, *Studium...*, op. cit., s. 74.

traktaty ochrony praw człowieka⁴⁸. Oznacza to, że jeśli państwo korzystające z mechanizmu derogacji jest stroną innego traktatu z dziedziny praw człowieka zapewniającego poszerzony katalog praw niederogowalnych, to traktat zapewniający wyższe standardy ochronne powinien być przestrzegany⁴⁹.

Ponadto większość państw świata jest związanych postanowieniami Konwencji Praw Dziecka z 1989 r.⁵⁰, gwarantującymi również prawa odnoszące się do całej rodziny⁵¹. Tymczasem wobec faktu, iż konwencja ta nie przewiduje możliwości derogacji, zobowiązania zaciągnięte na jej podstawie wiążą państwo w każdej sytuacji, również w razie zaistnienia stanu szczególnego zagrożenia publicznego. Skorzystanie przez takie państwo z instytucji derogacji dotyczy jedynie praw zagwarantowanych w odnośnym traktacie praw człowieka, zobowiązania wynikające z Konwencji Praw Dziecka zaś nadal pozostają w mocy. Należy także pamiętać m.in. o zobowiązaniach wynikających z normotwórstwa Międzynarodowej Organizacji Pracy⁵², której szereg konwencji poświęconych jest kwestiom mającym znaczenie z punktu widzenia ochrony rodziny⁵³, zwłaszcza w jej socjalno-bytowym wymiarze. Tym samym pewna warstwa praw rodziny – w kontekście niezawieszalnych gwarancji ochrony praw dziecka oraz ochrony socjalnej – otrzymuje wskutek powyższego cechę niezawieszalności i rodzi dla państwa obowiązek ich bezwzględnego przestrzegania nawet w sytuacji stanu nadzwyczajnego⁵⁴.

Mówiąc o „innych zobowiązaniach międzynarodowych”, należy także pamiętać o zobowiązaniach wynikających z norm zwyczajowych, albowiem „w zakresie, w jakim prawo zwyczajowe nakłada niederogowalne zobowiązania, one również mają pierwszeństwo (przeważają) nad jakimkolwiek traktatowym upraw-

⁴⁸ Podkreśla to *expressis verbis* sam Komitet w § 9 cytowanych już Uwag Ogólnych nr 29 z 2001 r.

⁴⁹ Amnesty International Fair Trials Manual, 1998 r., chapter 31: Fair trial rights during States of emergency, § 5; dostępny: www.amnesty.org/ailib/intcamfairtrial/indxftm_c.htm.

⁵⁰ 191 państw (na dzień 1 stycznia 2005 r.).

⁵¹ Są to m.in. zakaz odłączania dziecka od rodziców, chyba że jest to konieczne ze względu na nadrzędny interes dziecka (art. 9 ust. 1); przychylność wobec wniosków o połączenie rodziny, gdy jedną ze stron jest dziecko (art. 10); zakaz arbitralnej lub bezprawnej ingerencji w życie rodzinne dziecka (art. 16) czy też przyznanie szczególnej ochrony dziecku-uchodźcy oraz jego najbliższemu (art. 22).

⁵² Tak T. Jasudowicz, *Studium...*, op. cit., s. 69. Konwencje MOP są postrzegane jako rozwijające odpowiednie przepisy Paktów, doprecyzowujące treść danego prawa, jak i obowiązki państwa; zob. A. Michalska, *Uniwersalizm i regionalizm w międzynarodowej ochronie praw człowieka*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1974, z. 2, s. 49.

⁵³ Wśród których należałoby wymienić: konwencję nr 103 o ochronie macierzyństwa z 1952 r. (ostatnio zmienioną w 2000 r. przez konwencję nr 183), konwencję nr 102 z 1952 r. mówiącą o *payment of family allowances in respect of children*, konwencję nr 156 z 23 czerwca 1981 r. o pracownikach, na których ciążyą obowiązki rodzinne (*workers with family responsibility*), konwencję nr 175 z 24 czerwca 1994 r. o niepełnym wymiarze pracy. Niektóre z konwencji dotyczące ochrony dzieci też nie pozostają bez znaczenia dla poszanowania praw rodziny, i tu wymienię chociażby konwencję nr 138 z 1973 r. o minimalnym wieku pracy oraz konwencje zakazujące zatrudniania dzieci i młodzieży w porze nocnej (konwencja nr 79 z 1946 r. i konwencja nr 90 z 1948 r.).

⁵⁴ O obowiązku zapewnienia poszanowania w sytuacji stanu nadzwyczajnego zobowiązań płynących z postanowień międzynarodowego prawa humanitarnego czy konwencji MOP, które *specify non-derogable rights*, wspomina również Joan F. Hartman, *Workingpaper...*, op. cit., s. 119.

nieniem do derogacji”⁵⁵. Największą grupą norm zwyczajowych gwarantujących prawa rodziny są normy zwyczajowe międzynarodowego prawa humanitarnego, przy czym całość postanowień konwencji genewskich z 1949 r. stanowi dziś powszechnie uznane normy prawa zwyczajowego, a ponadto wielu postanowieniom Protokołów dodatkowych do powyższych konwencji również przypisuje się przymiot normy zwyczajowej⁵⁶.

Jakkolwiek nie ma wątpliwości co do bezwzględnej mocy wiążącej norm zwyczajowych prawa międzynarodowego, ustalenie, które z praw można do powyższej kategorii zaliczyć, jest często niezwykle trudne i wykracza poza ramy poniższego opracowania. Należy jednak zauważyć, że w raportach czerwono krzyżowych z 2003 r. poświęconych osobom zaginionym oraz ich rodzinom wymienia się szereg praw, które są „powszechnie uznane (...) za stanowiące zwyczajowe prawo międzynarodowe, mające *mutatis mutandis* zastosowanie do niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych”, a mianowicie: prawo do poszanowania życia rodzinnego, do przebywania uwięzionych członków rodziny w jednym pomieszczeniu, prawo do zachowania integralności rodziny w razie przemieszczania ludności cywilnej, prawo do korespondencji z uwięzionym członkiem rodziny, odszukiwanie zmarłych i podjęcie działań celem ich zidentyfikowania, zobowiązanie stron do przekazania właściwym władzom lub rodzinom informacji o fakcie i miejscu uwięzienia, prawo rodzin do informacji o losie jej członków, zobowiązanie stron konfliktu do podjęcia wszelkich możliwych środków celem ustalenia losu osób uznanych za zaginione⁵⁷, a więc potwierdzono zwyczajowy charakter norm gwarantujących poszanowanie praw rodziny w całej niemalże jej międzynarodowo chronionej substancji. W raporcie tym, w rozdziale poświęconym rekomendacjom dla potwierdzenia (*reaffirmation*) oraz rozwoju prawa międzynarodowego w kontekście odpowiedzialności państw, szczególną uwagę zwrócono na prawo rodziny do informacji o losie jej członka (tzw. *the right to know*)⁵⁸. Ponadto niedawno zakończono wieloletnie prace prowadzone w ramach

⁵⁵ Amnesty International Fair Trials Manual..., op. cit., § 4.

⁵⁶ Por. R. Kosimik, *The 1977 Protocols: a landmark in the development of international humanitarian law*, „International Review of the Red Cross” 1997, nr 320.

⁵⁷ ICRC Report: *The Missing and Their Families. The Missing: Action to resolve problem of people unaccounted for as a result of armed conflict or internal violence and to assist their families. Summary of the Conclusions arising from Events held prior to the International Conference of Governmental and Non-Governmental Experts (19–21.02.2003)*, s. 24 i n.

⁵⁸ I tak w niniejszym raporcie czytamy, iż: „A. Naruszenie prawa członków rodziny do otrzymywania informacji o losie krewnych zaginionych na skutek konfliktu zbrojnego lub przemocy wewnętrznej, w tym o miejscu ich przebywania lub – w razie ich śmierci – okoliczności i przyczyn zgonu, powinno być uważane za naruszenie prawa do życia rodzinnego. B. Naruszenie prawa do poinformowania najbliższych lub innej osoby o swoim losie, aresztowaniu, adresie i stanie zdrowia powinno być uważane za naruszenie prawa do życia rodzinnego. C. Systematyczne i/lub uporczywe naruszenie tych praw powinno być uważane za okrutne lub nieludzkie traktowanie” (ibidem, § 18.2 (A-C), s. 29). Poza tym należy zauważyć, że podczas zwołanego przez ONZ w 1995 r. spotkania ekspertów w sprawie praw niedorogownych w sytuacji stanu nadzwyczajnego uznano, że prawo do poznania prawdy o losie najbliższych osiągnęło już status powszechnie wiążącej normy zwyczajowej prawa międzynarodowego; zob. *Report of the Meeting of Experts on Rights Not Subject to Derogation During State of*

Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża, mające na celu opracowanie katalogu praw, które na podstawie dotychczasowej praktyki można uznać za posiadające przymiot zwyczajowej normy międzynarodowego prawa humanitarne⁵⁹, a wśród nich nie zabrakło również tych odnoszących się do praw rodziny⁶⁰.

Kolejne wzmocnienie praw rodziny i praw człowieka w ogóle stanowią zasady ogólne, które dają istotne wskazówki interpretacyjne i mają szczególne znaczenie prawne⁶¹. Należy zauważyć, że sama zasada poszanowania praw człowieka uznana została za ogólną zasadę prawa międzynarodowego i ma charakter normy *ius cogens*. Na uwagę zasługuje zwłaszcza wywodząca się z międzynarodowego prawa humanitarne zasada ludzkości, która obecnie zdaje się przełamywać pierwotne ramy i przenikać całe prawo międzynarodowe, nakazując stosowanie interpretacji *pro homine et pro humanitate*. Zawierająca ją klauzula Martensa pełni rolę „siatki bezpieczeństwa”⁶² i odgrywa nieocenioną rolę gwaranta posza-

Emergency, § 40. Annex I to 8th Annual Report of Special Rapporteur on States of Emergency (E/CN.4/Sub.2/1995/20/Corr.1) z 15 sierpnia 1995 r.

⁵⁹ Chodzi tu o zakończoną ostatnio przez MKCK próbę przygotowania raportu dotyczącego reguł, którym – na podstawie dotychczasowej praktyki państw – można przypisać przymiot zwyczajowych norm międzynarodowego prawa humanitarne, znajdujących zastosowanie w międzynarodowych i niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych, co pociągnęło za sobą szeroko zakrojoną akcję badawczą i analizę prawa i praktyki państw. Na XXVIII Międzynarodową Konferencję Czerwonego Krzyża i Czerwonego Półksiężyca (grudzień 2003 r.) przygotowano *ICRC Study on Customary Rules of International Humanitarian Law*, które stanowić miało podstawę do opublikowania wspomnianego raportu. Katalog 161 zidentyfikowanych w toku prac badawczych norm zwyczajowych międzynarodowego prawa humanitarne konfliktów zbrojnych oraz zebrane materiały zostały opublikowane w trzypięciu pozycji J.M. Henckaerts, L. Doswald-Becka (red.), *Customary International Humanitarian Law (I – Rules, II – Practice)*, 2005, Cambridge University Press.

⁶⁰ Wśród podstawowych gwarancji odnajdujemy ogólną regułę zawierającą nakaz poszanowania życia rodzinnego w możliwie największym zakresie (*rule 105: family life must be respected as far as possible*). Ponadto bardziej szczegółowe normy w zakresie ochrony jedności rodziny przewidują obowiązek każdej z walczących stron do podjęcia wszystkich możliwych środków celem ustalenia losu osób uznanych za zaginione w rezultacie działań zbrojnych i dostarczenia rodzinie wszelkich informacji w tym zakresie (*rule 117*), umieszczenia razem członków tych samych rodzin w miejscu uwięzienia (*rule 119 i 120*) oraz podjęcia podczas przesiedlania (*displacement*) wszelkich możliwych środków mających na celu zapobieżenie rozdzieleniu rodzin (*rule 131*). Kolejną gwarancją poszanowania życia rodzinnego jest – zrekonstruowany w kontekście praw osób pozbawionych wolności podczas konfliktu wewnętrznego – obowiązek umożliwienia powyższym osobom prowadzenia korespondencji z członkami rodziny (*rule 125*) oraz przyjmowania – w możliwym (z praktycznego punktu widzenia) stopniu – ich odwiedziny (*rule 126*).

⁶¹ Por. np. I.I. Łukaszuk, *Charakter podstawowych zasad prawa międzynarodowego*, „Sprawy Międzynarodowe” 1988, nr 11, s. 111–124 oraz T. Jasudowicz, *O zasadach ogólnych prawa uznanych przez narody cywilizacyjne – garść refleksji*, w: C. Mik (red.), *Pokój i sprawiedliwość przez prawo międzynarodowe. Zbiór studiów z okazji sześćdziesiątej rocznicy urodzin Profesora Janusza Gilasa*, Toruń 1997, s. 141–162; W. Höfling, *Znaczenie praw podstawowych dla argumentacji prawniczej*, w: B. Banasz (red.), *Prawa człowieka: geneza, koncepcje, ochrona*, Wrocław 1993, s. 46–55.

⁶² Według Jeana Picteta, podstawowe reguły zawarte w tej klauzuli służą jako *the bone structure in a living body*, dostarczając wskazówek w nieprzewidzianych przypadkach oraz stanowiąc esencję całości, łatwą do zrozumienia i niezbędną dla celów upowszechniania (J. Pictet, *Development and Principles of International Humanitarian Law*, Dordrecht, Geneva 1985, s. 59); cyt. za: V. Chtail, *The contribution of the International Court of Justice to international humanitarian law*, „International Review of the Red Cross” 2003, vol. 85, nr 850, s. 257–258.

nowania praw człowieka, w tym praw rodziny, we wszystkich sytuacjach, gdy brak stosownej regulacji lub rodzą one jakiekolwiek wątpliwości⁶³.

Substancjalny wpływ mogą mieć również inne klauzule generalne, wiążące się z zakazem nadużycia i ochroną praw nabytych (art. 5 ust. 1–2 Paktu oraz art. 17–18 w związku z art. 60 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka). Wszelkie dodatkowe prawa przyznane jednostkom w danym państwie na mocy jego prawa wewnętrznego lub zobowiązań międzynarodowych pozostają „nietykalne”, nawet w sytuacji dokonania derogacji, ponieważ pozostają poza zakresem przedmiotowym możliwego zawieszenia⁶⁴. Zasady te należy postrzegać wraz z zawartym w mechanizmie derogacji testem konieczności⁶⁵.

Dalszych argumentów dostarczają refleksje na tle koncepcji *ius cogens* i podstawowych zasad prawa międzynarodowego. Jedną z najbardziej charakterystycznych cech podstawowych zasad jest bowiem przysługujący im status norm bezwzględnie wiążących, który – jak już wspomniano – posiada również zasada pełnego poszanowania praw człowieka⁶⁶. Niewątpliwie imperatywny charakter posiada większość norm międzynarodowego prawa humanitarnego, którym cechą norm *ius cogens* można przypisać chociażby ze względu na spełnienie testu powszechności⁶⁷. Imperatywny charakter ma też ogólna zasada ludzkości z klauzuli Martensa. Status norm imperatywnych zwykło się również przypisywać postanowieniom Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, która – choć pozbawiona formalnej mocy wiążącej – odegrała fundamentalne znaczenie w rozwoju praw człowieka, a swój status zawdzięcza niezliczonym inkorporacjom oraz odwołaniom do jej treści, mającym miejsce tak na poziomie instrumentów prawnomiędzynarodowych, jak i normodawstw krajowych⁶⁸.

Charakter norm *ius cogens* przypisuje się również postanowieniom dotyczącym zbrodni wojennych, a – jak zauważył Komitet Praw Człowieka – w definicji niektórych naruszeń praw człowieka jako zbrodni przeciwko ludzkości można odnaleźć jedno z kryteriów oceny zakresu prawowitej derogacji⁶⁹. W ramach przedmiotowej strony zbrodni ludobójstwa odnaleźć można rażące pogwałcenie niektórych aspektów praw rodziny. „Ludobójstwem biologicznym”⁷⁰ zwykło określać się „ograniczanie urodzin”⁷¹, „przymusowe odebranie dzieci celem od-

⁶³ W myśl bowiem klauzuli Martensa, „tam gdzie są luki w prawie formalnym (...), trzeba znaleźć rozwiązanie oparte na zasadach humanitarnych”; zob. H.P. Gasser, *International humanitarian law: An introduction* (przeł. M. Flemming), Haupt 1993, PCK 1997, s. 13.

⁶⁴ Por. B. Gronowska, *Wolność...*, op. cit., s. 129.

⁶⁵ T. Jasudowicz, *Determinanty...*, op. cit., s. 96–97.

⁶⁶ I.I. Łukaszuk, op. cit., s. 117.

⁶⁷ Test powszechności obowiązywania prawa humanitarnego został przeprowadzony w przytoczonym już artykule M. Szuniewicz, *Wpływ norm...*, op. cit., s. 67–70.

⁶⁸ Por. np. J. Symonides, *Międzynarodowe znaczenie Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka*, „Sprawy Międzynarodowe” 1978, nr 12, s. 15–26, *passim*.

⁶⁹ Uwagi Ogólne nr 29 z 2001 r., op. cit., § 12.

⁷⁰ T. Cyprian, J. Sawicki, *Prawo Norymberskie. Bilans i perspektywy*, Warszawa–Kraków 1948, s. 540.

⁷¹ W sprawie Rutaganda uznano, że „środki zmierzające do wstrzymania urodzeń w obrębie grupy obejmują okaleczanie narządów płciowych, przymusową sterylizację, przymusową kontrolę urodzeń, przymusowe oddzielanie mężczyzn od kobiet oraz zakaz małżeństw. I mogą mieć charakter nie tylko

dania ich innej grupie ludzkiej⁷² zaś zalicza się do tzw. „ludobójstwa kulturalnego”⁷³. Prawo do integralności rodziny zostało zatem uznane za prawo niedegotowalne, jeśli jego naruszenie stanowi zbrodnię międzynarodową i może stanowić podstawę indywidualnej odpowiedzialności jej sprawców.

3. Implikacje zewnętrznych unormowań międzynarodowych

Konkretny wpływ substancjalny łączyć można także z osadzeniem praw człowieka w systemach organizacyjnych i powiązaniem z instytucjonalną strukturą danego systemu ochrony praw człowieka (obejmując zorganizowane zabezpieczenie implementacyjne, organy kontrolne i będące owocem ich pracy orzecznictwo). „Uwikłanie w strukturę instytucjonalną danego systemu” – jak to nazywa T. Jasudowicz⁷⁴ – każe nam postrzegać poszczególne traktaty praw człowieka jako osadzone w określonym systemie organizacyjnym.

I tak art. 44 Paktu formułuje nakaz poszanowania konwencji ONZ i organizacji wyspecjalizowanych, art. 46 zaś wyklucza w określonym zakresie interpretację Paktu z naruszeniem „postanowień Karty Narodów Zjednoczonych oraz statutów organizacji wyspecjalizowanych”. Owo „uwikłanie organizacyjne” nabiera szczególnego znaczenia w systemie Rady Europy⁷⁵ (por. art. 29 ust. 2 w zw. z art. 30 ust. 2, a zwł. art. 32 Konwencji Europejskiej). Tym samym państwa będące członkami danego traktatu są też zazwyczaj członkami odpowiedniej organizacji i stanowiące przez nie regulacje prawne, często o charakterze *soft law*, mają istotne znaczenie dla tych państw, wskazując na pożądany politycznie stosunek do określonych kwestii, w tym wypadku chodzi o stosowne przestrzeganie szeregu dodatkowych gwarancji przyznanych lub zalecanych w odniesieniu do poszczególnych praw człowieka.

Oprócz wspomnianych zobowiązań przyjętych w ramach ONZ czy Rady Europy na szczególną uwagę zasługują zobowiązania powstałe na tle Konferencji

fizyczny, ale psychiczny”; zob. Rutaganda, Case no ICTR-96-3-T (6 grudnia 1999), ILM 1999, nr 39; cyt. za: B. Saul, *Was the conflict in East Timor „Genocide” and why does it matter?*, „Melbourne Journal of International Law” 2001, vol. 2, s. 254. Ograniczanie urodzin w obrębie grupy kwalifikują jako zbrodnię przeciw ludzkości art. II lit. d Konwencji w sprawie zapobiegania i karania ludobójstwa z 9 grudnia 1948 r., art. 6 lit. e Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego w Hadze z 1998 r. oraz art. 118 § 2 Kodeksu karnego z 4 kwietnia 1997 r.

⁷² Czyn ten kwalifikują jako zbrodnię przeciw ludzkości art. II lit. e Konwencji w sprawie zapobiegania i karania ludobójstwa z 9 grudnia 1948 r., art. 6 lit. e Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego w Hadze z 1998 r. oraz art. 118 § 2 Kodeksu karnego z 4 kwietnia 1997 r.

⁷³ T. Cyprian, J. Sawicki, op. cit., s. 541; J. Balicki, *Dyskryminacja rasowa w świetle prawa międzynarodowego*, Wrocław 1971, s. 71. Jakkolwiek „przymusowe odebranie dzieci” zostało ujęte w ramach „cultural genocide” w projekcie Konwencji zabraniającej ludobójstwa, to jej tekst ostateczny umieścił powyższy zakaz w art. II (lit. e), kategoryzującym formy ludobójstwa fizycznego (*physical genocide*); zob. M. Storey, *Kruger v. Commonwealth: Does the Genocide Require Malice?*, „University of New South Wales Law Journal” 1998, vol. 21, s. 241. Tak też uznała Komisja Prawa Międzynarodowego, Report of the Commission to the General Assembly on the Work of Its Forty-First Session (1990), s. 102, § 4 (UN Doc.A/CN.4/SERA.A/1989/Add.1/(Part 2).

⁷⁴ T. Jasudowicz, *Determinanty...*, op. cit., s. 102.

⁷⁵ Ibidem, s. 105.

Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie, zwłaszcza w ramach tzw. ludzkiego wymiaru KBWE/OBWE. Od momentu zamieszczenia w Dekalogu Aktu Końcowego zasady poszanowania praw człowieka (zasada VII) problematyka ta jest szczególnie bliska państwom wchodzącym w jej skład, a Dokumenty Spotkania Kopenhaskiego i Moskiewskiego zawierają szereg norm odnoszących się do rodziny oraz tworzą specjalny reżim normatywny, gdy idzie o kwestie derogacji i stanów nadzwyczajnych⁷⁶.

Pewną warstwę gwarancyjną stanowią ponadto zobowiązania wynikające z uchwał organizacyjnych oraz interpretacja norm na płaszczyźnie orzecznictwa międzynarodowego.

4. Argumentacja płynąca z ogólnej filozofii i teorii praw człowieka

Przytaczana już zasada „powszechnego poszanowania i przestrzegania praw człowieka i podstawowych wolności”, wspierana przez zasadę pełnej ochrony praw człowieka oraz ich skutecznej ochrony, ma fundamentalne znaczenie w ochronie praw człowieka. Oznacza bowiem, że w każdym prawie ludzkim zawarty jest pewien „niewzruszalny rdzeń”, „niewzruszalna substancja praw człowieka w ogóle, skądinąd zrelatywizowana w kontekście rodzaju i stopnia natężenia sytuacji nadzwyczajnej, jak też z uwzględnieniem «wrażliwości» danego prawa na dany typ sytuacji nadzwyczajnej”⁷⁷.

Będąca źródłem wszelkich praw i wolności człowieka godność ludzka sprawia, że prawa wywodzące się z tego samego źródła powinny być postrzegane jako jedna całość (*integrum*), to właśnie wyraża zasada jedności i niepodzielności (integralności) praw człowieka, która wywołuje daleko idące konsekwencje. Otóż, godząc w niewzruszalny rdzeń prawa z założenia derogowalnego, godzi się w godność osoby ludzkiej, będącą źródłem tego prawa, a w konsekwencji według powyższej zasady integralności – również w jedno lub więcej praw niederogowalnych, tym zaś przyznano *expressis verbis* bezwzględną ochronę. Tym samym prawa uznane w traktatach praw człowieka za niederogowalne „roztaczają pośrednio «parasol ochronny» nad innymi prawami człowieka”, a przyznana im ochrona bezwzględna promieniuje na sferę poszanowania innych praw, którym nie przyznano wyraźnie takiej ochrony⁷⁸. H. Montealegre, podkreślając, że me-

⁷⁶ Choć postanowienia przyjęte przez Konferencję/Organizację są formalnie niewiążące, to jednak same państwa (mówiąc niekiedy o „prawie KBWE”) przypisują im daleko większą rolę niż zwykłym międzynarodowym normom politycznym, a nawet jako tylko normy polityczne odgrywają istotną rolę, gdyż „potwierdzenie zobowiązań prawnych (...) zmierza do zwiększenia ich skuteczności” (zob. B. Szczuchura, *Akt Końcowy KBWE a podstawy prawne bezpieczeństwa europejskiego*, „Sprawy Międzynarodowe” 1982, nr 7, s. 71). Por. także A. Kłafkowski, *Akt Końcowy KBWE – podstawy interpretacji prawnej*, „Sprawy Międzynarodowe” 1976, nr 7, s. 26–34 oraz Z. Resich, *Poszanowanie praw człowieka w Deklaracji zasad Aktu Końcowego KBWE*, „Sprawy Międzynarodowe” 1976, nr 7, s. 35–41.

⁷⁷ P. Daranowski, *Międzynarodowa...*, op. cit., s. 164.

⁷⁸ Por. B. Gronowska, C. Mik, T. Jasudowicz, *O prawach dziecka*, Toruń 1994, s. 46. Co do niepodzielności, współdzielności i integralności praw człowieka por. też: M. Piechowiak, *Pojęcie praw człowieka*, w: L. Wiśniewski (red.), *Podstawowe prawa jednostki i ich sądowa ochrona*, Warszawa

chanizm derogacji ma na celu nie tyle umożliwienie zawieszenia wykonywania określonych praw, ile kategoriyczny nakaz zapewnienia pełnego poszanowania prawom, którym traktaty przyznały status niederogowalności, wskazuje, że „jeśli zawieszenie jednego prawa wpływa na właściwe wypełnienie *preeminent obligation* (tj. obowiązku poszanowania praw niederogowalnych – przyp. M. Sz.), takie zawieszenie, jakkolwiek co do zasady dozwolone, staje się bezprawne (*illegitimate*) z uwagi na sposób jego wykonania”⁷⁹.

Wobec powyższych uwag w przedmiocie nienaruszalności praw i godności należy dojść do konstatacji, że „prawa człowieka lub wymaganie poszanowania godności wyznaczają granicę, której nie wolno przekroczyć nawet wtedy, gdy jej naruszenie mogłoby przynieść poważne korzyści ogółowi”⁸⁰, a więc również w obliczu szczególnego zagrożenia życia narodu.

5. Implikacje ochrony poszczególnych członków rodziny

W wielu przypadkach rodzina uzyskuje gwarancje ochronne, nie będąc ich bezpośrednim adresatem. Często specjalne prawa czy traktowanie, których podmiotem uprawnionym jest kobieta (chodzi tu szczególnie o kobiety w ciąży, w okresie połogu i po urodzeniu dziecka), a zwłaszcza dziecko, mają istotny wpływ substancjalny na zapewnienie rodzinie należytej ochrony.

I tak w preambule do Konwencji Praw Dziecka z 1989 r. wyraźnie się stwierdza, że „rodzina jako podstawowa komórka społeczeństwa oraz naturalne środowisko rozwoju i dobra wszystkich jej członków, a w szczególności dzieci, powinna być otoczona niezbędną ochroną i wsparciem, aby mogła w pełnym zakresie wypełniać swoje obowiązki w społeczeństwie”, a wszelkie zawarte w niej prawa odnoszące się do rodziny mają na uwadze przede wszystkim najlepszy interes dziecka, pozostali członkowie rodziny zaś są jedynie pośrednimi beneficjentami uprzywilejowanej pozycji tego pierwszego. Z ogółu norm tej Konwencji wyinterpretowano tzw. prawo dziecka do rodziny (do wychowania w rodzinie)⁸¹. Jak już wspomniałam, wynikające z Konwencji gwarancje dotyczące rodziny (integralność rodziny, prawo do szybkiego połączenia dziecka z rodziną w innym państwie czy prawo do poszanowania życia rodzinnego dziecka), z uwagi na brak w niej klauzuli derogacyjnej, są niezawieszalne i państwo jest zobowiązane do ich poszanowania nawet w sytuacji proklamowania stanu nadzwyczajnego.

1997, s. 17 oraz Z. Kędzia, *Prawo człowieka do integralności*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1989, nr 3 (51), s. 15 i n.

⁷⁹ H. Montealegre, *The compatibility of a State party's derogation under human rights conventions with its obligations under Protocol II and common Article 3*, „The American University Law Review” 1983, vol. 33, nr 1, s. 42.

⁸⁰ M. Piechowiak, op. cit., s. 17.

⁸¹ T. Smyczyński, *Ochrona praw dziecka*, w: R. Wieruszewski (red.), *Prawa człowieka. Model prawny*, Wrocław–Warszawa–Kraków 1991, s. 121.

Szereg szczególnych instrumentów prawnomiędzynarodowych reguluje kwestie ochrony (m.in. socjalnej i prawnej) dzieci i kobiet. Szczególny rygor prawny i uprzywilejowaną pozycję zapewniają tym kategoriom osób również normy międzynarodowego prawa humanitarnego. Podobnie szczególne gwarancje dla dzieci-uchodźców, zwłaszcza tych odłączonych od rodziców, w istotny sposób wzmacniają ochronę rodziny – przede wszystkim w kontekście wzmocnionych działań na rzecz odszukania członków rodziny dziecka i połączenia go z nimi.

Wobec powyższego należy zauważyć, że szczególne prawa i ułatwienia, których adresatami są poszczególni członkowie rodziny (zwłaszcza dzieci), posiadają istotny wpływ na rzeczywistą i całkowitą substancję chronionych międzynarodowo praw rodziny. A zatem „prawa podmiotów pośrednich [w tym wypadku pozostałych członków rodziny – przyp. M. Sz.] są pochodną uprzywilejowanego statusu dziecka i jego prawa do specjalnej opieki, ochrony i pomocy”⁸².

6. Wnioski płynące z unormowań krajowych – uwagi na tle Konstytucji RP z 1997 r.

Jednym z zasadniczych skutków wprowadzenia stanu nadzwyczajnego jest zawsze ograniczenie sfery wolności i praw jednostki. Jest to kwestia niezwykle istotna z punktu widzenia człowieka i obywatela, dlatego konstytucje nie powinny zostawiać organom władz publicznych swobody w określaniu, jakie wolności i prawa mogą podlegać ograniczeniom. Tak też czyni Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r.⁸³, która odsyłając do szczegółowych unormowań w ustawach dotyczących stanów nadzwyczajnych⁸⁴, wskazuje w art. 233 ust. 1 prawa i wolności, które w żadnym przypadku ograniczeniom nie podlegają.

Nasza Konstytucja enumeratywnie określiła katalog praw niederogowalnych, które „chronią wartości najcenniejsze dla jednostki, które (...) prawodawca konstytucyjny umieszcza (...) na najwyższym miejscu w systemie wartości chronionych przez ustawę zasadniczą”⁸⁵. W odniesieniu do stanu klęski żywiołowej ustawa zasadnicza przyjęła metodę przeciwną, a więc określiła w katalogu zamkniętym prawa i wolności, które można ograniczyć (art. 233 ust. 3), a wobec braku w nim artykułów gwarantujących prawa rodziny został nadany im tym samym status niederogowalności na wypadek tej postaci stanu nadzwyczajnego.

⁸² B. Gronowska, C. Mik, T. Jasudowicz, *O prawach...*, op. cit., s. 48.

⁸³ Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483.

⁸⁴ Cztery ustawy dotyczące materii stanów nadzwyczajnych zostały uchwalone dopiero w 2002 r. i są to: ustawa z 21 czerwca 2002 r. o stanie wyjątkowym (Dz.U. Nr 113, poz. 985 z późn. zm.); ustawa o stanie wojennym oraz o kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i zasadach jego podległości konstytucyjnym organom RP (Dz.U. Nr 156, poz. 1301); ustawa z 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej (Dz.U. Nr 62, poz. 558) oraz ustawa z 22 listopada 2002 r. o wyrównaniu strat majątkowych wynikających z ograniczenia w czasie stanu nadzwyczajnego wolności i praw człowieka i obywatela (Dz.U. Nr 233, poz. 1955).

⁸⁵ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 258.

Sytuacja nie jest jednak już tak klarowna w przypadku nadania tegoż statusu prawom rodziny na wypadek stanu wojennego lub wyjątkowego. Na pierwszy rzut oka sprawa wydaje się być oczywista. Ustęp pierwszy wspomnianego art. 233 zawiera – jak już wspomniałam – katalog praw niederogowalnych, stanowiąc, że „(...) nie może ograniczać wolności i praw określonych w (...) art. 48 i 72 (rodzina i dziecko)”, a także art. 47, gwarantujący m.in. prawo do ochrony życia rodzinnego. Przepis zdaje się sugerować nadanie przymiotu niezawieszalności właśnie owym prawom rodziny i dziecka. Jednak wskazany przepis art. 48 traktuje o prawie do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniami. Mamy tu zatem do czynienia jedynie z jednym z aspektów praw rodziny i to wcale nie o pierwszorzędny charakterze w zestawieniu z pozostałymi, które zostały podniesione do rangi konstytucyjnej⁸⁶, tj. autonomią rodziny w stosunkach między rodzicami a dziećmi⁸⁷.

Powstaje zatem pytanie: dlaczego twórca Konstytucji, chcąc – co zakładamy – zapewnić niederogowalność praw rodziny, nie odsyła np. do postanowień art. 18 Konstytucji, zgodnie z którym „małżeństwo (...), rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej”, tym bardziej że tak właśnie czynią obcy ustrojodawcy, gwarantując rodzinie niezawieszalność jej praw w sytuacjach wyjątkowych. Należy bowiem zauważyć, że dla określenia pozycji rodziny wśród norm konstytucyjnych podstawowe znaczenie ma przyjęcie zasady jej ochrony⁸⁸, a to właśnie czyni art. 18. Tym samym Konstytucja ochroną prawną objęła zarówno samą rodzinę, jak i „poszczególne jej dobra” (małżeństwo i rodzicielstwo)⁸⁹, uznając rodzinę, małżeństwo i rodzicielstwo za wartości samoistne, i „zapewnia im ochronę zarówno w ramach grupy rodzinnej, jak i w wymiarze indywidualnym”, podnosząc jednocześnie tę ochronę do rangi naczelných zasad konstytucyjnych⁹⁰. I to właśnie implikacją zasady ochrony rodziny z art. 18 jest określenie obowiązków państwa w art. 71⁹¹ oraz zobowiązanie organów stosujących ustawę zasadniczą do traktowania pozo-

⁸⁶ W konstytucji kilka artykułów nawiązuje do ochrony praw przynależnych rodzinie: art. 18 (małżeństwo, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo pod ochroną i opieką państwa), art. 23 (gospodarstwo rodzinne), art. 33 ust. 1 (równość praw kobiety i mężczyzny w życiu rodzinnym), art. 41 ust. 2 (obowiązek niezwłocznego powiadomienia rodziny o pozbawieniu wolności jej członka), art. 47 (prawo do ochrony prawnej życia rodzinnego), wspomniany art. 48, art. 53 ust. 3 (prawo rodziców do zapewnienia dzieciom wychowania i nauczania moralnego i religijnego zgodnie ze swoimi przekonaniami), art. 70 ust. 3 (prawo rodziców do wyboru szkół niepublicznych dla swych dzieci), art. 71 (uwzględnianie dobra rodziny przez państwo w jego polityce społecznej i gospodarczej, prawo do szczególnej pomocy dla rodzin znajdujących się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej oraz matek przed i po urodzeniu dziecka), art. 72 (ochrona dzieci).

⁸⁷ T. Smoczyński, *Rodzina i prawo rodzinne w świetle nowej Konstytucji*, „Państwo i Prawo” 1997, nr 11–12, s. 186.

⁸⁸ M. Dobrowolski, *Status prawny rodziny w świetle nowej Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, „Przegląd Sejmowy” 1999, nr 4 (33), s. 32.

⁸⁹ Ibidem, s. 33.

⁹⁰ T. Smoczyński, *Rodzina i prawo rodzinne...*, op. cit., s. 193.

⁹¹ Państwo ma zatem, zdaniem Marka Dobrowolskiego, prowadzić „jedynie” taką politykę społeczną i gospodarczą, która uwzględni dobro rodziny, sprzyja zachowaniu jej struktury (trwałości) i funkcji; por. idem, *Status prawny...*, op. cit., s. 33.

stałych przepisów odnoszących się do rodziny (w tym art. 48) jako „przepisów dopełniających powyższą zasadę, wzbogacających jej treść”⁹².

Wyjście z tego impasu znaleźć można w interpretacji art. 233 przedstawionej przez P. Winczorka, zdaniem którego przyjęcie tej dosyć niecodziennej techniki legislacyjnej, w której zawartym w tym artykule „odesłaniom do numerycznych przepisów Konstytucji towarzyszy krótka, słowna charakterystyka danej wolności lub prawa”, ma na celu zarówno doprecyzowanie wskazania materii oraz ułatwienie czytelnikowi Konstytucji zorientowania się w istocie przyjętej regulacji⁹³. Dalej autor zwraca uwagę, że „choć art. 233 odsyła do przepisów Konstytucji, to rzecz nie ogranicza się tylko do konstytucyjnych wolności i praw, lecz obejmować może również wolności i prawa pozakonstytucyjne. Wskazuje na to stylizacja art. 228 ust. 3, gdzie o takim ograniczeniu się nie wspomina. Posłużenie się w art. 233 ust. 1 i 3 dodatkowo opisem słownym może być więc potraktowane jako sposób zwrócenia uwagi na konstytucyjne i pozakonstytucyjne wartości, które wymagają szczególnej ochrony w czasie trwania stanów nadzwyczajnych”⁹⁴.

Tym samym określenie, które na początku wprowadziło tyle zamieszania i wątpliwości, w świetle powyższej interpretacji może stanowić podstawę do rozciągnięcia statusu niederogowalności na ogół praw rodziny i jej członków i to zarówno wynikających z norm konstytucyjnych, jak i z ustawodawstwa zwykłego. Moim zdaniem jednak, wszelkich niejasności i wątpliwości natury prawnej można byłoby uniknąć poprzez odesłanie w art. 233 Konstytucji do jej art. 18 zamiast art. 48.

Spośród 72 konstytucji, które stały się przedmiotem moich badań⁹⁵, zawieszenie praw rodziny w obliczu stanu nadzwyczajnego dopuszcza 12 państw⁹⁶, a kolejne 8, choć również przewiduje zawieszenie podstawowych praw rodziny, to z drugiej strony gwarantuje niederogowalność gwarancji dla niektórych aspektów ochrony tychże praw⁹⁷. Konstytucje 10 państw statuują niederogowalność praw rodziny na wypadek sytuacji wyjątkowych, a mianowicie konstytucje

⁹² Ibidem.

⁹³ P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997*, Liber, Warszawa 2000, s. 298.

⁹⁴ Ibidem, s. 299.

⁹⁵ Staralam się, by zestawienie tych konstytucji było w miarę reprezentatywne i obejmowało zarówno regulacje małych państw, przedstawicieli świata afrykańskiego i południowoamerykańskiego oraz przede wszystkim reprezentantów naszego kontynentu.

⁹⁶ Tj. Angola, Arabia Saudyjska, Białoruś, Chorwacja, Erytrea, Etiopia, Mongolia, Portugalia, RPA, Słowenia, Sri Lanka i Turcja.

⁹⁷ I tak zapewniają one np. niederogowalność wolności od ingerencji w *family affairs* (Bułgaria), nienaruszalność życia rodzinnego (Grecja) czy *family secrets* (Rosja), nienaruszalność miru domowego (Tadżykistan), przyznanie specjalnej ochrony dzieciom, kobietom w ciąży i młodym matkom (Albania) oraz zagwarantowanie osobie zatrzymanej w związku z wprowadzeniem stanu nadzwyczajnego prawa do powiadomienia rodziny o fakcie i miejscu pozbawienia wolności (Albania, Fidżi i RPA).

Albanii (w czasie stanu klęski żywiołowej)⁹⁸, Andory⁹⁹, Brazylii¹⁰⁰, Estonii¹⁰¹, Hiszpanii¹⁰², Litwy¹⁰³, Luksemburga¹⁰⁴, Paragwaju¹⁰⁵, Peru¹⁰⁶ i Ukrainy¹⁰⁷.

IV. WPŁYW ZOBOWIĄZAŃ WYNIKAJĄCYCH Z MIĘDZYNARODOWEGO PRAWA HUMANITARNEGO NA ZAKRES DOPUSZCZALNEJ DEROGACJI

1. Gwarancje poszanowania praw rodziny w normach międzynarodowego prawa humanitarnego

Normy międzynarodowego prawa humanitarnego¹⁰⁸ w szeregu swoich postanowień gwarantują ochronę rodziny i poszanowanie praw jej członków. Obowiązek poszanowania praw rodzinnych zawierały już pierwsze dokumenty poświęcone prawu humanitarnemu¹⁰⁹. Z uwagi na liczbę i fragmentaryczność odnośnych ure-

⁹⁸ Konstytucja Albanii z 1998 r., art. 175 (2), gdzie w wykazie możliwych derogacji na wypadek klęski żywiołowej nie ma praw rodziny.

⁹⁹ Konstytucja Andory z 1993 r., art. 42 – brak w katalogu praw zawieszalnych art. 13 (małżeństwo i polityka państwa nastawiona na ochronę rodziny) i art. 14 (prawo do poszanowania życia rodzinnego).

¹⁰⁰ Konstytucja Brazylii z 1988 r., art. 139 określa dopuszczalne restrykcje w stanie nadzwyczajnym (brak możliwości zawieszania praw rodziny).

¹⁰¹ Konstytucja Estonii z 1992 r., art. 124 i 130, które przewidują nienaruszalność m.in. art. 27 i 28 poświęconych ochronie rodziny.

¹⁰² Konstytucja Hiszpanii z 1978 r. (zm. w 1992 r.) – w katalogu praw derogowalnych brak art. 18 (1), odnoszącego się do prawa do prywatności rodzinnej oraz art. 39 (ochrona rodziny i dzieci).

¹⁰³ Konstytucja Litwy z 1992 r. – przedstawiony w art. 145 katalog praw, których wykonywanie można czasowo zawiesić, zawiera jedynie art. 22 (zakaz arbitralnej ingerencji w życie rodzinne), nie-derogowalne zaś są prawa rodziny do ochrony ze strony państwa na podstawie art. 38 i 39.

¹⁰⁴ Konstytucja Luksemburga z 1868 r. (ostatnie zmiany w 1996 i 1998 r.), gdzie art. 113 statuuje niezawieszalność postanowień Konstytucji, a zatem i gwarancji praw rodziny zawartych w art. 11 (3).

¹⁰⁵ Konstytucja Paragwaju z 1992 r. w art. 288 przewiduje możliwość podjęcia środków derogacyjnych, ale nie wspomina o możliwości zawieszenia którejkolwiek z praw przynależnych rodzinie, ukonstytuowanych w art. 12 (2), 33 oraz 49–61.

¹⁰⁶ Konstytucja Peru z 1993 r., art. 137, w którym wymienia się możliwe ograniczenia, wspomina np. o ingerowaniu w nietykalność domu, ale nie ma mowy o innych artykułach przewidujących ochronę rodziny, zwłaszcza art. 4 poświęconym ochronie małżeństwa i rodziny.

¹⁰⁷ Konstytucja Ukrainy z 1996 r. – poświęcony stanom nadzwyczajnym art. 64 przewiduje nienaruszalność art. 51, zgodnie z którym rodzina, macierzyństwo, dzieciństwo i ojcostwo znajdują się pod ochroną państwa.

¹⁰⁸ Chodzi tu głównie o 4 konwencje genewskie z 12 sierpnia 1949 r.: Konwencja o polepszeniu losu rannych i chorych w armiach czynnych (I Konwencja genewska – dalej I KG); Konwencja o polepszeniu losu rannych, chorych i rannych sił zbrojnych na morzu (II KG); Konwencja o traktowaniu jeńców wojennych (III KG) oraz Konwencja o ochronie osób cywilnych podczas wojny (IV KG) oraz 2 protokoły dodatkowe z 8 czerwca 1977 r.: Protokół dodatkowy dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych (PD I) i Protokół dodatkowy dotyczący ochrony ofiar niemiędzynarodowych konfliktów zbrojnych (PD II); teksty polskie w: M. Flemming, *Międzynarodowe prawo humanitarne konfliktów zbrojnych. Zbiór dokumentów* (uzupełn. i red. M. Gąska, E. Mikos-Skuza), AON, Warszawa 2003, s. 241 i n.

¹⁰⁹ Zob. art. 37 tzw. Kodeksu Liebera (Instrukcja dla Dowódców Armii Stanów Zjednoczonych w Polu. Zarządzenie nr 100 Prezydenta Lincoln z 24 kwietnia 1863 r.); art. 38 Deklaracji Brukselskiej z 27 sierpnia 1874 r.; art. 48 Podręcznika Oksfordzkiego z 1880 r. („Oxford Manual” przyjęty 9 września 1880 r. przez Instytut Prawa Międzynarodowego); art. 46 Regulaminu Haskiego (załącznik do IV Konwencji Haskiej o prawach i zwyczajach wojny lądowej z 18 października 1907 r.; teksty w:

gulowań prawnych zmuszona jestem odesłać do moich wcześniejszych opracowań¹¹⁰, gdzie wyróżniono następujące aspekty ochrony praw rodziny na wypadek konfliktu zbrojnego: poszanowanie zasady integralności rodziny (niedopuszczanie do rozdzielania członków rodziny w przypadkach internowania, przesiedleń lub ewakuacji oraz podjęcie wszelkich możliwych działań ułatwiających odszukanie i połączenie rozproszonych w wyniku walk rodzin), prawo do informacji (wymiana korespondencji rodzinnej i gwarancje w tym zakresie dla jeńców wojennych i osób internowanych oraz prawo do poinformowania najbliższych w przypadku zatrzymania, przeniesienia, w razie choroby i/lub przewiezienia do szpitala, ze szczególnym uwzględnieniem prawa rodziny do wiedzy o losie zaginionych najbliższych¹¹¹), prawa rodziny na wypadek śmierci jej członka (odszukanie i zebranie zmarłych, ustalenie ich tożsamości, działalność czerwono-krzyżskich biur informacji, odpowiedni pochówek, oznaczenie grobów i należyte ich utrzymanie, przekazanie właściwym władzom lub rodzinom zmarłych odpowiednich informacji, zapewnienie rodzinom dostępu do grobów oraz powrót szczątków do ojczystego kraju), gwarancje materialnego zabezpieczenia bytu rodziny w określonych sytuacjach (obowiązek dostarczenia materialnych podstaw przetrwania rodzinom określonych kategorii podmiotów w przypadkach internowania oraz w czasie okupacji) oraz wzmocnienie ochrony rodziny w kontekście szczególnych uprawnień przyznanych dzieciom (kwestia ewakuacji dzieci oraz ochrony dzieci pozbawionych opieki) i niektórym kategoriom kobiet (kobiety w ciąży, położnice oraz matki z małymi dziećmi). W świetle nawet tego pobieżnego wyliczenia nietrudno o konstatację, że normy międzynarodowego prawa humanitarnego gwarantują poszanowanie praw rodziny w całej ich międzynarodowo chronionej substancji.

2. Problem aktualności zobowiązań wynikających z międzynarodowego prawa humanitarnego w sytuacji stanu nadzwyczajnego niebędącego konfliktem zbrojnym

W kontekście zobowiązań derogacyjnych niezmiennie istotne jest – jak już podkreślałam na tle uwag poczynionych w odniesieniu do testu legalności prawnomiędzynarodowej – postrzeganie zbioru norm międzynarodowego prawa humanitarnego w charakterze „innych zobowiązań wynikających z prawa mię-

D. Schindler, J. Toman (red.), *The Laws of Armed Conflicts. A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, Leiden–Geneva 1973, s. 3 i n.

¹¹⁰ Zob. M. Szuniewicz, *Prawo rodziny do życia i przetrwania w sytuacji konfliktu zbrojnego*, w: *Prawo do życia i jakości życia w wielokulturowej Europie. Materiały z V Międzynarodowej Konferencji Praw Człowieka*, Olsztyn 30–31 maja 2005 r. (w druku) oraz idem, *Studium gwarancji praw rodziny na wypadek niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2006, vol. 2, s. 51–92. Zestawienie samych norm gwarantujących ochronę rodziny w sytuacji konfliktu zbrojnego odnajdzie czytelnik również w: T. Jasudowicz, *Prawa człowieka w konfliktach...*, op. cit., s. 147–154.

¹¹¹ Szerzej na ten temat zob. M. Szuniewicz, *Prawo rodziny do informacji o losie jej zaginionego członka – uwagi prawnomiędzynarodowe*, w: J. Marszałek-Kawa, B. Chłudziński (red.), *Znaczenie informacji w społeczeństwie obywatelskim. Wybrane aspekty prawne*, Wydawnictwo Adam Marszałek, Toruń 2007, s. 192–231.

dzynarodowego” i to z dwojakiego rodzaju powodów. Po pierwsze, w kontekście ochrony praw człowieka międzynarodowe prawo humanitarne służy jako „pomoc interpretacyjna w ustalaniu katalogu i chronionej substancji praw niederogowalnych”¹¹². Po drugie, pretenduje ono do roli „wspólnego minimalnego mianownika wszystkich państw i całej społeczności ludzkiej”¹¹³, a to z uwagi na powszechny charakter zobowiązań wynikających z jego norm.

Jak czytamy w Uwagach Ogólnych Komitetu Praw Człowieka z 2001 r., „Państwa-Strony nie mogą w żadnych okolicznościach powołać się na art. 4 Paktu jako usprawiedliwienie działań naruszających prawo humanitarne bądź wiążące normy prawa międzynarodowego (...)”¹¹⁴. Chodzi tu bowiem o uwzględnienie i poszanowanie ważkich konsekwencji wynikających w kontekście derogacji z unormowań międzynarodowego prawa humanitarnego, które w swej zasadniczej substancji może być postrzegane i rekonstruowane jako „prawa człowieka w konfliktach zbrojnych”¹¹⁵. W ten oto sposób międzynarodowa ochrona praw człowieka w sytuacjach nadzwyczajnych zostaje „swoiście uzupełniona systemem międzynarodowego prawa humanitarnego”¹¹⁶.

Wynika zatem z powyższego, iż „legalność określonych czynów popełnionych w czasie stanu nadzwyczajnego, którym jest też konflikt zbrojny, będzie musiała być oceniana zgodnie z prawem humanitarnym, nawet jeśli będzie to następowało z perspektywy stosowania prawa praw człowieka”¹¹⁷. A zatem, jeśli podjęty w sytuacji konfliktu niemiędzynarodowego środek pociąga za sobą naruszenie wspólnego art. 3 czy też Protokołu II, „derogacja może być zakwestionowana z tego powodu w ramach egzekwujących mechanizmów Europejskiej i Amerykańskiej Konwencji Praw Człowieka”¹¹⁸.

¹¹² T. Jasudowicz, *Prawa człowieka w konfliktach...*, op. cit., s. 13.

¹¹³ Termin zapożyczony z: C. Mik, *Zbirowe prawa człowieka. Analiza krytyczna koncepcji*, Toruń 1992, s. 21.

¹¹⁴ Uwagi Ogólne nr 29 z 2001 r., op. cit., § 11.

¹¹⁵ T. Jasudowicz, *Studium...*, op. cit., s. 69–70.

¹¹⁶ B. Gronowska, *Bezpieczeństwo...*, op. cit., s. 129.

¹¹⁷ R. Provost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, Cambridge University Press 2002, s. 275.

¹¹⁸ Ch. Lysaght, *The scope of Protocol II and its relation to common article 3 of the Geneva Conventions of 1949 and other human rights instruments*, „American Journal of International Law” 1983, vol. 33, s. 26. W tym miejscu pozwolę sobie przytoczyć – i to w dużej części wiernie – poglądy przewodniczącego Międzyamerykańskiego Instytutu Praw Człowieka, Heman Montealegre’a, przedstawione w artykule pt. *The compatibility of a State party's derogation under human rights conventions with its obligations under Protocol II and common Article 3*, przygotowanym na Konferencję Amerykańskiego Czerwonego Krzyża w 1983 r., poświęconą problematyce międzynarodowego prawa humanitarnego i praw człowieka w niemiędzynarodowych konfliktach zbrojnych, a opublikowanym w: „The American University Law Review” 1983, vol. 33, nr 1, s. 41–51. Otóż – jak już wspomniałam wcześniej – zarówno Pakt, jak i Europejska Konwencja pozwalają na zawieszenie m.in. praw rodziny. Pytanie, jakie wobec tego stawia Heman Montealegre, brzmi: czy artykuł 3 konwencji genewskich oraz Protokół II w jakikolwiek sposób ograniczają prawo państwa do zawieszenia (*suspend*) wykonywania praw derogowalnych? Zdaniem autora, (...) *the answer is no: no duty emanating from the Geneva System conflicts with the exercise of the right of derogation that a State enjoys according to the human rights conventions with respect to the rights enumerated above (one of which are 'family rights' – M.Sz.). The right of persons deprived of their liberty to send and receive correspondence, protected under Protocol II, for example, is limited by the powers and competence of the authorities respon-*

Międzynarodowe prawo humanitarne jawi się tutaj jako „istotny uzupełniający układ ocenny, pomocny w ustaleniu katalogu i substancji praw niederogowalnych”¹¹⁹, albowiem w jego normach można znaleźć solidne gwarancje poszanowania praw człowieka¹²⁰ i to nie tylko tych wyłączonych spod mechanizmu derogacji w świetle praw człowieka, ale przede wszystkim praw w swym założeniu derogowalnych¹²¹. Jak wykazałam wcześniej, przegląd gwarancji ochrony praw rodziny przewidzianych na wypadek konfliktu zbrojnego w międzynarodowym prawie humanitarnym prowadzi do konkluzji o poszanowaniu w normach międzynarodowego prawa humanitarnego praw rodziny *duranto bello* w całej ich międzynarodowo chronionej substancji. A zatem prawa rodziny uzyskują tą „okrężną drogą” (poprzez gwarancje przewidziane w przepisach prawa humanitarnego) przymiot niederogowalności¹²², albowiem „skoro jakkolwiek derogacja w ramach podstawowych konwencji praw człowieka musi być w każdym przypadku zgodna z innymi zobowiązaniami międzynarodowymi państwa, te ostatnie powinny być traktowane jako prawa niederogowalne z punktu widzenia praw człowieka”¹²³.

Niestety o obowiązku poszanowania przez państwo zobowiązań w sferze międzynarodowego prawa humanitarnego mówi się jedynie w sytuacji zaistnienia konfliktu zbrojnego (i to odpowiadającego definicjom zawartym w tworzących to prawo traktatach międzynarodowych). Wojna, jakkolwiek będąca niemalże modelowym przykładem *emergency threatening the life of the nation*¹²⁴, nie wyczerpuje ram znaczeniowych pojęcia, a w typologii sytuacji mieszczących się

sible for internment; powers whose limits can of course be defined by the State pursuant to its right to suspend such right according to the terms it defines (s. 46). Z drugiej strony autor zwraca uwagę, że w przypadku gdy państwo chciałoby zawiesić prawo do informacji celem umożliwienia odmowy dostarczania wiadomości dotyczących osób zaginionych, mamy do czynienia z przykładem *prevalance of Protocol II rights*. Protokół II bowiem w sposób niebudzący wątpliwości uniemożliwia takie przypuszczalne usprawiedliwianie działań państwa, a w to miejsce rodzi zobowiązanie prawnomiędzynarodowe do prowadzenia poszukiwań (s. 48) i przekazywania rodzinie wszelkich wiadomości.

¹¹⁹ T. Jasudowicz, *Determinanty...*, op. cit., s. 95; por. także idem, *Studium...*, op. cit., s. 47 oraz S.P. Marks, *Principles and Norms of Human Rights in Emergency Situations: Underdevelopment, Catastrophes and Armed Conflicts*, w: K. Vasak (red.), *The International Dimensions of Human Rights*, I.1, Paris 1982, s. 175–212, *passim*.

¹²⁰ T. Jasudowicz, *Determinanty...*, op. cit., s. 96.

¹²¹ T. Jasudowicz, *Prawa człowieka w konfliktach...*, op. cit., s. 20.

¹²² Ibidem, s. 21–22.

¹²³ T. Hadden, C. Harvey, *The law of internal crisis and conflict*, IRRC 1999, nr 833.

¹²⁴ Zarówno Europejska, jak i Amerykańska Konwencja Praw Człowieka wymieniają *explicite* wojnę w swoich klauzulach derogacyjnych (art. 15 ust. 1 Europejskiej Konwencji i art. 27 ust. 1 Amerykańskiej Konwencji). Tymczasem Międzynarodowy Pakt – pomimo ożywionych dyskusji wokół propozycji jej włączenia do art. 4 (UN Doc.E/CN.4/SR.127; zob. M.J. Bossuyt, *Guide to the travaux preparatoires of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Nijhoff, Dordrecht 1987, s. 81 i n.) – ostatecznie tego sformułowania nie używa, choć nie ulega wątpliwości, że konflikt zbrojny wypełnia znamiona stanu nadzwyczajnego. Niemniej jednak co do sformułowania wymogu „zagrożające życiu narodu” wiele wątpliwości wysuwa M. Flemming, zauważając, że współczesne wojny międzynarodowe (takie jak np. wojna irańsko-iracka z lat 1979–1989 czy też konflikt zbrojny w rejonie zatoki Perskiej z 1991 r.) takiego zagrożenia dla żadnego narodu nie stworzyły (por. M. Flemming, *Podstawowe prawa człowieka a międzynarodowy konflikt zbrojny*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1993, nr 1–2, s. 6).

w obrębie powyższego sformułowania wyróżnia się trojakiemu rodzaju stany¹²⁵: kryzysy polityczne (obejmujące międzynarodowy konflikt zbrojny, konflikt o charakterze niemiedzynarodowym, zamieszki lub napięcia wewnętrzne), siłę wyższą (tzn. trzęsienia ziemi, powódź, cyklon, wybuch wulkanu itp., ale tylko wówczas, gdy na danym terenie są zjawiskiem rzadkim i nadzwyczajnym) oraz kryzys ekonomiczny¹²⁶ (w tym chroniczny niedorozwój ekonomiczny). I jakkolwiek podejmowano różne próby wypracowania kryteriów dookreślających to pojęcie celem zawężenia kontekstu sytuacyjnego usprawiedliwiającego sięgnięcie po instytucję derogacji do *the most exceptional and grave circumstances*¹²⁷, to jednak praktyka państw rysuje wyraźną tendencję do znacznego rozszerzenia jej ram znaczeniowych. I właśnie w świetle powyższych uwag na krytykę zasługuje powściągliwość organów strasburskich co do analizy i kwalifikacji okoliczności wskazywanych przez państwo jako stanu, który osiągnął odpowiedni *threshold of emergency*, o czym wspominałam wcześniej.

Pod wielkim znakiem zapytania staje wobec tego kwestia aktualności zobowiązań wynikających z międzynarodowego prawa humanitarnego¹²⁸, które wyraźnie zdaje się ograniczać zasięg swojego zastosowania jedynie do międzynarodowych i niemiedzynarodowych konfliktów zbrojnych (a więc zaledwie do dwóch stanów z pierwszego typu sytuacji w powyżej przedstawionej typologii¹²⁹), i co ciekawe, w literaturze przedmiotu problem ten nie jest – jak się wydaje – zauważany, a prawo humanitarne traktuje się jako zespół konwencji o zasięgu obowiązywania ściśle ograniczonym do zdefiniowanych przez nie kategorii konfliktów zbrojnych.

Sytuacje nadzwyczajne niebędące konfliktami zbrojnymi nie są ujęte w przedmiotowym zakresie międzynarodowego prawa humanitarnego, a na gruncie praw człowieka – w przypadku skorzystania przez państwo z mechanizmu derogacji – prawa jednostek ludzkich mogą w takich sytuacjach doznać daleko idących

¹²⁵ Katalog ten został zaczerpnięty z dotyczącego sytuacji nadzwyczajnych raportu Specjalnego Sprawozdawcy N. Questiauxa, przedłożonego Podkomisji ds. Zapobiegania Dyskryminacji i Ochrony Mniejszości, zatytułowanego *Question of the Human Rights of Persons Subjected to any Form of Detention or Imprisonment: Study of the implication for human rights of recent developments concerning situations known as States of siege or emergency* (UN Doc.E/CN.4/Sub.2/1982/15).

¹²⁶ W odróżnieniu od kryzysu ekonomicznego, zarówno N. Questiaux, jak i Zasady z Syrakuz, jednogłośnie stwierdzają, że *economic difficulties per se cannot justify derogation measures* (pkt II, lit. A, § 41 Zasad). Zdaniem J.F. Hartmana, kryzys ekonomiczny na rzeczywiście szeroką skalę albo chroniczny głód i niedorozwój, które powodują społeczne lub polityczne niepokoje, mogą w wyjątkowych przypadkach uzasadniać derogację zobowiązań (Working Paper for Committee of Experts on the Article 4 Derogation provisions, „Eluman Rights Quarterly” 1985, vol. 7, nr 1, s. 89 i n.). Por. również uwagi przedstawione w kontekście *underdevelopment* przez S.P. Marksa, op. cit., s. 176 i n.

¹²⁷ Por. pkt 28.7 Dokumentu Moskiewskiego.

¹²⁸ Szczegółowo problemem aktualności zobowiązań państwa w sferze prawa humanitarnego w czasie stanu nadzwyczajnego zajęłam się w przytaczanym już artykule pt. *Wpływ norm międzynarodowego prawa humanitarnego na zakres dopuszczalności derogacji zobowiązań w dziedzinie praw człowieka*.

¹²⁹ Przy czym „normatywne” schody zaczynają się już na poziomie wewnętrznego konfliktu zbrojnego w związku z próbą określenia stopnia natężenia *internal violence*, uzasadniającego stosowanie prawa humanitarnego, przy czym dwa instrumenty poświęcone konfliktom niemiedzynarodowym (tj. artykuł 3 konwencji genewskich oraz II Protokół dodatkowy) nie zakreślają omawianego „progu” w jednakowy sposób (art. 3 wskazuje na niższy poziom natężenia konfliktu).

ograniczeń, w literalnej interpretacji gwarantowana jest nienaruszalność jedynie normom niederogowalnym oraz imperatywnym *ius cogens*.

Pozostawienie takiej *the gray zone between war and peace*¹³¹ nie jest jednak dopuszczalne, zwłaszcza w perspektywie wszechobecnej w całym prawie międzynarodowym zasady ludzkości. Jedną z propozycji wypełnienia tej „luki” jest przeprowadzenie wnioskowania prawniczego *a fortiori*, wskazującego, że omawiany obszar sytuacyjny tylko pozornie zdaje się być pozostawiony poza zasięgiem międzynarodowego prawa humanitarnego. I tak właśnie czyni Tadeusz Jasudowicz, podtrzymując, że „normy prawa humanitarnego nie zatrzymują się na stadium «wojny domowej», lecz oddziałują na czas pokoju dalej¹³², pomagając m.in. ustalić, zwłaszcza w sytuacjach stanów nadzwyczajnych i w innych sytuacjach szczególnych (...), niewzruszalną substancję praw człowieka”¹³³. To prowadzi autora do opowiedzenia się za możliwością zastosowania w takich sytuacjach wnioskowania *a minori ad maius*, albowiem „(...) skoro w sytuacji najprawdopodobniej wojny międzynarodowej pewien zakres substancji praw człowieka podlega ochronie, o ileż bardziej należy się jej poszanowanie w sytuacjach, co prawda wyjątkowych, ale do okropności wojen się nieumyślających”¹³⁴.

Pewien punkt zaczepienia dla prezentowanego *argumentum a fortiori* można odnaleźć we wcześniej przytaczanych Uwagach Ogólnych Komitetu Praw Człowieka nr 29 z 2001 r. dotyczących stanów nadzwyczajnych, gdzie w trakcie podkreślania znaczenia oparcia (ucieleśnionych przez art. 4) gwarancji dotyczących derogacji na zasadach legalności i *rule of law* (przynależnych Paktowi jako całości), Komitet – w kontekście gwarancji przewidzianych przez międzynarodowe prawo humanitarne dla niektórych składników prawa do słusznego procesu na wypadek zbrojnego konfliktu – dochodzi do konstatacji, że „Komitet nie znajduje usprawiedliwienia dla derogacji tych gwarancji w czasie innych sytuacji nadzwyczajnych”¹³⁵.

Brak jednak w doktrynie innych głosów przemawiających za takim kierunkiem interpretacji¹³⁶ jako panaceum na brak odpowiednich regulacji prawnych,

¹³⁰ Interesującą, zwłaszcza ze względu na ilustrujący ją wykres, interpretację gwarancji prawnych przewidzianych na wypadek tych sytuacji w normach z jednej strony międzynarodowego prawa praw człowieka, a z drugiej międzynarodowego prawa humanitarnego, prezentuje S.P. Marks, op. cit., s. 201. Jednak zdaje się on nie dostrzegać dalej idącego, niż prezentuje to jego ujęcie graficzne, oddziaływania norm prawa humanitarnego na sytuacje, które nie osiągnęły *the threshold of internat conflict*.

¹³¹ Sformułowanie użyte w artykule: A. Eide, A. Rosas, T. Meron, *Combating Lawlessness in Gray Zone Conflicts through Minimum Humanitarian Standards*, „American Journal of International Law” 1995, vol. 89, s. 217.

¹³² Por. uwagi J. Patmogie o zachowaniu przez zasady humanitarne ważności także w innych sytuacjach niebędących konfliktami zbrojnymi, a w których ludzie narażeni są na nadzwyczajne cierpienia (zob. idem, *Rola organów ONZ w implementacji międzynarodowego prawa humanitarnego*, „Sprawy Międzynarodowe” 1994, nr 2, s. 158).

¹³³ T. Jasudowicz, *Studium...*, op. cit., s. 72.

¹³⁴ Ibidem.

¹³⁵ Uwagi Ogólne nr 29 z 2001 r., op. cit., § 16.

¹³⁶ Jakkolwiek w odniesieniu do sytuacji wewnętrznych niepokojów oraz sporadycznych aktów przemocy przyjęto – zdaniem A. Eide – punkt widzenia, zgodnie z którym w przypadkach, gdy konflikt „nie osiągnął poziomu walk zbrojnych, rządowe siły zbrojne oraz policja w sposób oczywisty nie jest

a biorąc pod uwagę daleko idącą niechęć państw do zaciągania czy też uznania istnienia zobowiązań w odniesieniu do zdarzeń mających miejsce na ich terytorium oraz zasłanianie się zasadą suwerenności w rozwiązywaniu spraw wewnętrznych, nikłe są szanse powszechnej akceptacji dla przedstawionego *argumentum a minori ad maius*. Stąd też poszukuje się innego wyjścia z zaistniałego impasu, a za przykład takich dążeń może posłużyć wspomniana wcześniej akcja Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża, zmierzająca do wyłonienia norm międzynarodowego prawa humanitarnego, którym można przypisać status norm zwyczajowych, czy też trwająca już kilkanaście lat próba wypracowania zestawu minimalnych standardów humanitarnych, mających zastosowanie zarówno na czas wojny, jak i pokoju. I właśnie ten ostatni nurt stanowić będzie przedmiot dalszych rozważań.

V. O POTRZEBIE DOSKONAŁENIA UNORMOWANIA PRAWNEGO (MINIMALNE STANDARDY HUMANITARNE)

W związku z problematyką ochrony praw człowieka i międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych pojawia się – o czym już wspomniałam – kwestia objęcia ochroną międzynarodową także sytuacji, które w ścisłym tego słowa znaczeniu nie są konfliktami zbrojnymi, lecz charakteryzują się występowaniem i trwaniem przez dłuższy czas nasilenia aktów gwałtu. W obrębie tego rodzaju sytuacji wprowadza się rozróżnienie na zamieszki wewnętrzne (*disturbances*) oraz na stany wewnętrznego napięcia (*tensions*)¹³¹. Normy międzynarodowego prawa humanitarnego mają zastosowanie w wewnętrznych sporach tylko wtedy, gdy działania zbrojne osiągną określone nasilenie¹³⁸, wystarczające do za-

uprawniona do 'zejścia' poniżej tego, co jest im dozwolone w wypadku, gdy istnieje konflikt zbrojny" (A. Eide, *International Dimensions of Humanitarian Law*, chapter XV, Henry Dunant Institute; cyt za: N. Chandrasaran, *Internal Armed Conflicts and the Expanding Jurisdiction of International Humanitarian Law*, „Sri Lanka Journal of International Law” 2000, nr 12, s. 136).

¹³⁷ Pierwsze obejmują stany spontanicznych aktów buntu aż do walki mniej lub bardziej zorganizowanych grup przeciwko organom władzy, podczas gdy w drugich władze rządowe kontrolują w pełni bieg wydarzeń i nie dochodzi do otwartych aktów buntu, niemniej mają jednak miejsce masowe aresztowania lub internowanie większej liczby osób, których działalność jest uważana za niebezpieczną dla rządu. Te ostatnie często pozostają w związku z faktem, że rządy i władze policyjne dysponują tak potężnymi środkami represji, że zbrojne powstanie jest praktycznie mało realne (definicje zaczerpnięte z: R. Bierzanek, *Prawa człowieka w konfliktach zbrojnych*, Warszawa 1972, s. 72).

¹³⁸ W praktyce miały miejsce przypadki, że w konfliktach wewnętrznych rząd odmawiał stosowania art. 3, argumentując, że konflikt ma charakter ściśle wewnętrzny i że znajduje tu zastosowanie tylko prawo wewnętrzne. Jakkolwiek ujęty w formie ogólnej przepis art. 3 pozostawia niewątpliwie zainteresowanym rządom szeroki zakres swobodnego uznania, to jednak nie można – za R. Bierzankiem – zgodzić się ze stanowiskiem, że rząd w sposób arbitralny może decydować o zastosowaniu tego artykułu w danym konflikcie. Zgodnie bowiem z brzmieniem art. 3 powinien on znaleźć zastosowanie w konflikcie zbrojnym, w którym prowadzone są działania wojenne i w którym uczestniczą siły zbrojne. Znajduje on zatem zastosowanie w wojnach domowych, powstaniach i innych wewnętrznych sytuacjach, w których mają miejsce nie tylko rozruchy i zamieszki lub demonstracje, ale gdy powstała sytuacja podobna do wojny, niedająca się zlikwidować przez siły policyjne (por. E. Castren, *Civil war*, Helsinki 1966, s. 85; cyt. za: R. Bierzanek, *Prawa człowieka...*, op. cit., s. 41). Zaprzeczanie możliwości zastosowania międzynarodowego prawa humanitarnego opierano na twierdzeniu, że *the low level of violence does not reach the threshold required for the applicability of humanitarian instruments*

liczenia danej sytuacji do kategorii niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego. Jeśli ono nie zachodzi, wtedy mamy do czynienia nie z konfliktem zbrojnym, lecz z sytuacją określaną mianem „rozruchów”, „niepokojów”, „napięcie”, „buntów” itp. Mimo że sytuacje te nie podlegają prawu humanitarnemu¹³⁹, pozostają one jednak przedmiotem humanitarnego zainteresowania, gdyż rodzą problemy porównywalne z tymi, jakie niesie wojna domowa¹⁴⁰.

Z legalnego punktu widzenia należy przypomnieć, że nawet w tego typu kryzysach prawa człowieka muszą być respektowane. Zakładając jednak, że mechanizm ochrony praw człowieka (w razie skorzystania z mechanizmu derogacji) zostanie zastosowany przez zainteresowaną stronę *à la lettre* w warunkach napięć i zamieszek wewnętrznych, to „zakres ochrony nie będzie dla jednostki satysfakcjonujący, nadal bowiem w zasadniczym stopniu zagrożone będą jej wolność i bezpieczeństwo prawne”¹⁴¹ oraz prawa przynależne jej rodzinie. Podstawowe reguły praw człowieka znajdujące zastosowanie w sytuacji napięć wewnętrznych nie obejmują wszystkich przypadków poważnego naruszania reguł humanitarnych, mających często miejsce w tego typu sytuacjach, z których najbardziej dotkliwe są masowe aresztowania oraz naruszenie gwarancji sądowych¹⁴². Z tego też względu tym właśnie kwestiom poświęcono najwięcej uwagi w próbach opracowania zespołu reguł odnoszących się do praw niederogowalnych nawet w powyższym kontekście sytuacyjnym. Pozostają one również w zakresie tematycznym tej pracy ze względu na prawa rodziny w aspekcie prawa do informacji, korespondencji i widzeń z uwięzionym członkiem rodziny, albowiem zbyt często mamy do czynienia z trzymaniem takich osób w totalnej izolacji (bez możliwości komunikowania się z najbliższymi i bez informacji ze strony władz o fakcie ich aresztowania)¹⁴³ i niestety taka praktyka jest szeroko rozpowszechniona w niektórych częściach świata (m.in. w rejonie Ameryki Łacińskiej).

(T. Meron, *On the Inadequate reach of Humanitarian and Human Rights Law and the Need for a New Instrument*, AJIL 1983, vol. 77, s. 603), a jak zauważył R. Baxter *the first line of defense against international humanitarian law is to deny that it applies at all* (R. Baxter, *Some Existing Problems of Humanitarian Law*, w: *The Concept of International Armed Conflict: Further Outlook I* (Proceedings of the International Symposium on Humanitarian Law, Brussels 1974, s. 2; cyt. za: T. Meron, op. cit., s. 598).

¹³⁹ Art. 1 ust. 2 Protokołu II *expressis verbis* wyłącza tego rodzaju sytuacje spod przedmiotowego zakresu swojej regulacji, stanowiąc że „niniejszy Protokół nie ma zastosowania do takich wewnętrznych napięć i niepokojów, jak rozruchy, odosobnione i sporadyczne akty siły i inne działania podobnego rodzaju, które nie są uważane za konflikty zbrojne”.

¹⁴⁰ Z humanitarnego punktu widzenia konsekwencje są jednakowe niezależnie od tego, czy dana osoba stała się jej ofiarą podczas walk zbrojnych czy też w wyniku zamieszek i napięć wewnętrznych, albowiem *whatever the form taken by the violence, it (...) has adverse effects on the psychological integrity of the victims and their families*; por. M. Harroff-Tavel, *Action taken by the International Committee of the Red Cross in situations of internat violence*, „International Review of the Red Cross” 1993, nr 294.

¹⁴¹ P. Daranowski, *Reguły humanitarnego traktowania osób w sytuacjach zamieszek i napięć wewnętrznych – perspektywa ochrony i regulacji*, „Sprawy Międzynarodowe” 1994, nr 2, s. 164.

¹⁴² D. Momtaz, *The minimum humanitarian rules applicable in periods of internat tensions and strife*, „International Review of the Red Cross” 1998, nr 324.

¹⁴³ Ibidem.

Pozwolę sobie zatem poświęcić kilka słów tematowi pozbawienia wolności w warunkach izolacyjnych (tzw. *incommunicado detention*) w kontekście poszanowania prawa rodziny do kontaktu z osobą uwięzioną i prawa do informacji o jej losie w perspektywie realiów panamerykańskich, gdzie tak często występują sytuacje wewnętrznych napięć i niepokojów. Komitet Praw Człowieka stwierdził, że praktyka *incommunicado detention* może stanowić naruszenie artykułu 7 MPPOiP (zakaz tortur i niehumanitarnego traktowania)¹⁴⁴ i wobec tego „należy jej unikać”¹⁴⁵, podkreśliwszy jednocześnie, że „stanowi karę dla rodziny osoby pozbawionej wolności i jako takie stanowi niedopuszczalne rozszerzenie zakresu sankcji”¹⁴⁶. Międzyamerykańska Komisja Praw Człowieka zauważyła, że „prawo do odwiedzin ze strony najbliższych jest podstawowym wymogiem zapewnienia poszanowania praw osoby pozbawionej wolności oraz prawa do ochrony rodziny, a warunki i procedury związane z wizytami nie mogą naruszać innych praw do poszanowania integralności osobistej, prywatności i rodziny”¹⁴⁷, przy czym prawo do odwiedzin przysługuje wszystkim więźniom niezależnie od natury i ciężaru gatunkowego przestępstwa, o które osoba została oskarżona lub za które skazana¹⁴⁸. Ponadto Komisja uznała regulacje prawne dopuszczające „jedynie krótkie, nieregularne wizyty oraz przeniesienie więźniów do odległych miejsc odosobnienia za arbitralną sankcję”, która niewątpliwie narusza wspomniane wcześniej prawa rodziny¹⁴⁹.

Również proponowane w Wielkiej Brytanii (w imię walki z terroryzmem) przepisy przewidujące *administrative detention* nie dają wyraźnie niektórych podstawowych gwarancji wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych, wśród których znajduje się prawo zatrzymanego do powiadomienia rodziny o aresztowaniu oraz o miejscu przetrzymywania oraz prawo do odwiedzin. W związku z powyższą tendencją Amnesty International w rekomendacjach zaproponowanych grupie specjalistów zajmujących się problematyką praw człowieka w kontekście wojny z terroryzmem podkreśla, że jeśli państwo zdecydowało się na przyjęcie regulacji prawnych pozwalających na pozbawienie wolności osób podejrzanych o działalność terrorystyczną, wobec których nie zamierza wszczynać postępowania karnego, a jednocześnie nie może dokonać ich deportacji czy ekstradycji, to reguły dotyczące takiego rodzaju pozbawienia wolności powinny gwarantować przestrzeganie standardów praw człowieka, a wśród nich prawa ro-

¹⁴⁴ *Albert Womah Mukong v. Cameroon*, (458/1991), 21.07.1994, UN Doc. CCPR/C/51/D/458/1991; *El-Megreisi v. Libyan Arab Jamahiriya*, (440/1990), 23.03.1994, UN Doc. CCPR/C/50/D/440/1990.

¹⁴⁵ Preliminary Observations of the HRC: Peru, UN Doc. CCPR/C/79/Add. 67, (25.02.1996), § 18 i 24.

¹⁴⁶ Por. Annual Report of the Inter-American Commission, 1982–1983, OEA/Ser.L/V/II/61, doc. 22, rev. 1; Annual Report of the Inter-American Commission, 1983–1984, OEA/Ser.L/V/II/63, doc. 22.

¹⁴⁷ Report No. 38/96, Case 10.506 (Argentina), 15 października 1996.

¹⁴⁸ Case 1992, 27 maja 1977.

¹⁴⁹ Annual Report of the Inter-American Commission, 1983–1984, OEA/Ser.L/V/II/63, doc. 10, Uruguay; 17th Report on the Situation of Human Rights in Cuba, 1983, OEA/Ser.L/V/II.61, doc. 29, rev. 1.

dżyny osoby uwięzionej do bycia poinformowanym o dokonanych aresztowaniach oraz do kontaktu z zatrzymanym¹⁵⁰.

Sytuacja, w której traktaty dotyczące prawa humanitarne nie proponują żadnego minimum zabezpieczeń na czas zamieszek i napięć wewnętrznych, pozostawiając je poza obszarem stosowania tego prawa, konwencje praw człowieka zaś, choć zawierają jasno wyodrębnione katalogi praw, które nie mogą być w żadnych okolicznościach zawieszane, nie są jednak z istoty swej predestynowane do spełnienia roli oczekiwanego minimum gwarancji¹⁵¹, zrodziła ideę opracowania zestawu minimalnych standardów humanitarnych¹⁵² jako koniecznego, a zarazem skutecznego narzędzia służącego wypełnianiu tej luki w ochronie¹⁵³. Padło hasło wypracowania deklaracji minimalnych standardów humanitarnych¹⁵⁴, której celem miało być objęcie swym zasięgiem wszelkich sytuacji przemocy wewnętrzpaństwowej nieobjętej Protokołem II oraz wspólnym artykułem 3 konwencji genewskich¹⁵⁵ oraz „rozwiniecie (...) katalogu praw niederogowalnych zagwarantowanych w instrumentach praw człowieka dodatkowymi przepisami ucieleśniającymi fundamentalne reguły ochronne zaczerpnięte z prawa humanitarne”¹⁵⁶.

¹⁵⁰ Amnesty International, *A Human Rights Framework for the Protection of Security* (IOR 61/005/2001), 26 listopada 2001.

¹⁵¹ P.R. Ghandi, *The Human Rights Committee and Derogation in Public Emergencies*, „German Yearbook of International Law” 1989, vol. 32, s. 323–361, passim.

¹⁵² Idea opracowania takiego zestawu minimalnych standardów humanitarnych została wysunięta po raz pierwszy w 1983 r. przez profesora Theodora Merona (zob. idem, *On the Inadequate...*, op. cit., passim): (...) because the applicability of humanitarian law is often denied, and the nonderogable human rights protections are inadequate and frequently ignored, there is a dire scarcity of governing norms (T. Meron, *Towards a Humanitarian Declaration on Internal Strife*, „American Journal of International Law” 1984, vol. 78, s. 863–864).

¹⁵³ D. Petrasek, *Moving forward on the Development of Minimum Humanitarian Standards*, „American Journal of International Law” 1998, vol. 92, s. 557.

¹⁵⁴ Impulsem dla idei sformułowania takiej deklaracji było wystąpienie przewodniczącego MKCK, który zakreślił jednocześnie zasięg sytuacyjny przyszłej deklaracji, wskazując na *situations involving collective violence, including low-intensity violence, ranging from simple internal tensions to more serious internal disturbances* (tekst wystąpienia opubl. w: Hay, *The ICRC and International Humanitarian Issues*, „International Review of the Red Cross” 1984, nr 238).

¹⁵⁵ T. Meron, *Towards...*, op. cit., s. 862.

¹⁵⁶ Ibidem, s. 863. T. Meron widzi konieczność zamieszczenia w przyszłej deklaracji praw niezamieszczonych dotąd w enumeratywnych katalogach praw niederogowalnych praw człowieka, wskazując jednocześnie jako ich źródło prawo humanitarne. Jego zdaniem „głównym źródłem praw (...) powinny być instrumenty humanitarne, najlepiej Konwencje Genewskie z uwagi na ich powszechne przyjęcie przez państwa oraz ich szczególną adekwatność do sytuacji niepokojów. Wiele ze stosownych postanowień może zostać «zapożyczonych» z Protokołu II, często po dokonaniu ważnych modyfikacji oraz – w wielu przypadkach – z Protokołu I” (ibidem, s. 865). Co prawda, z uwagi na nieznaną podówczas liczbę ratyfikacji protokołów dodatkowych (w 1984 r. były to tylko 34 państwa odnośnie do Protokołu II), autor odsyła głównie do przepisów formułujących już w tytule gwarancje o charakterze fundamentalnym (m.in. art. 4 Protokołu I czy art. 75 Protokołu II), to jednak wobec obecnego stanu ratyfikacji można kwalifikować przepisy tych protokołów w znacznej ich części jako reguły powszechnie obowiązujące (Protokół I – 162 państwa, Protokół II – 157 państw; stan ratyfikacji na dzień 1 stycznia 2005 r.). Wśród poszczególnych przepisów, których zaczerpnięcie z instrumentów prawa humanitarne jest zdaniem autora konieczne, wymienia on „te, dotyczące deportacji, przymusowego przesiedlenia ludności, kar zbiorowych oraz ochrony dzieci i rodzin” (ibidem, s. 866), a więc przepisy gwarantujące bezpośrednio i pośrednio ochronę rodziny.

26 września 1984 r. przyjęto w drodze konsensusu *The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency* (tzw. Reguły Paryskie)¹⁵⁷, stanowiące zespół norm mających rządzić działaniami podejmowanymi w związku ze stanem nadzwyczajnym, w tym 16 artykułów poświęconych „niderogowalnym prawom oraz wolnościom, do których jednostki pozostają uprawnione nawet w razie stanu nadzwyczajnego”. Ochronie rodziny został poświęcony art. 11 zatytułowany *Rights of the Family* stanowiący odpowiednik artykułów poszczególnych instrumentów praw człowieka odnoszących się do rodziny¹⁵⁸, gwarantujących prawo do zawarcia związku małżeńskiego i założenia rodziny oraz równość praw w małżeństwie, jak i po jego rozwiązaniu (ust. 1), swobodne i świadome wyrażenie zgody na małżeństwo (ust. 2), oraz potwierdzający, jak czynią to liczne instrumenty praw człowieka, że „rodzina jest naturalną i podstawową komórką społeczeństwa oraz jest uprawniona do ochrony ze strony państwa” (ust. 3)¹⁵⁹. Ponadto Reguły gwarantują w odniesieniu do praw osób pozbawionych wolności, że „należy zezwolić na regularne wizyty osoby pozbawionej wolności ze strony członków rodziny” (art. 5 ust. 2 lit. f), a w razie zastosowania restrykcji w stosunku do prawa do publicznego procesu, iż „takie ograniczenia nie powinny mieć zastosowania do członków rodziny osoby oskarżonej” (art. 7 ust. 4)¹⁶⁰.

Najbardziej jednak precyzyjnym jak dotąd załącznikiem traktatowej regulacji w omawianym przedmiocie jest „Deklaracja o minimalnych standardach humanitarnego traktowania” (*Declaration of Minimum Humanitarian Standards*)¹⁶¹, podpisana w grudniu 1990 r. w Turku/Åbo (Finlandia). Jej celem jest zestawienie podstawowych reguł humanitarnego traktowania, które mają zastosowanie „we wszystkich sytuacjach, włączając w to sytuacje wewnętrznych aktów przemocy, zamieszek, napięć i stanów wyjątkowych” (*situations of internal violence, disturbances, tensions and public emergency*), a zatem regulacja ta – choć mieszcząca się w ramach *soft law*¹⁶² – ma duże znaczenie z uwagi na rozciągnięcie zakresu zastosowalności na całą gamę „nadzwyczajnych” zdarzeń, od wyżej wymienionych sytuacji poprzez stany nadzwyczajne wywołane klęską żywiołową lub międzynarodowym konfliktem zbrojnym po międzynarodowy konflikt zbrojny.

¹⁵⁷ Tekst Reguł został opublikowany m.in. w: R.B. Lillich, *The Paris Minimum Standards of Human Rights Norms in a State of Emergency*, „American Journal of International Law” 1985, vol. 79, s. 1073–1081.

¹⁵⁸ Art. 23 Paktu, art. 12 EKPC czy art. 17 AKPC.

¹⁵⁹ W projekcie *Committee on the Enforcement of Human Rights Law* znajdował się jeszcze ust. 4, który nie znalazł się jednak w ostatecznym tekście Reguł, a który przewidywał, że „każda rodzina powinna być uprawniona do przynajmniej jednego dziecka”; por. R.B. Lillich, op. cit., s. 1072.

¹⁶⁰ Należy również wspomnieć o traktującym o prawach dziecka art. 13, który przyznaje każdemu dziecku prawo do *measures of protection required by his condition as a minor on the part of his family, society and the State*.

¹⁶¹ Tekst deklaracji został opubl. m.in. w: „American Journal of International Law” 1991, vol. 85, s. 377–381. Tekst deklaracji został poddany niewielkim zmianom i uzupełnieniom w 1995 r.; zob. UN Doc. E/CN.4/1995/116 (31.01.1995); tekst poprawionej deklaracji został również opubl. w: „American Journal of International Law” 1995, nr 89, s. 218–223.

¹⁶² O rozważaniach na temat samodzielności i efektywności normatywnej deklaracji z Turku czytaj: P. Daranowski, *Reguły...*, op. cit., s. 167 i n.

Zgodnie z artykułem 1 Deklaracji zawarte¹⁶³ w niej minimalne standardy humanitarnego traktowania, mające zastosowanie we wspomnianych sytuacjach, „nie mogą być zawieszone w żadnych okolicznościach”¹⁶⁴ i to niezależnie od wypełnienia prawnomiędzynarodowego obowiązku notyfikacji.

W Deklaracji zawarto istotne postanowienia dotyczące poszanowania prawa rodziny do uzyskania informacji o losie jej członków w razie pozbawienia ich wolności, zgodnie bowiem z ust. 1 art. 4 „Wszystkie osoby pobawione wolności powinny być przetrzymywane w uznanych miejscach pozbawienia wolności. Odpowiednie informacje dotyczące ich uwięzienia oraz o miejscu przebywania, w tym o przeniesieniach, powinny być niezwłocznie udostępnione członkom ich rodzin i obrońcy lub innym osobom, posiadającym interes prawny w dostępie do tych informacji”, następny ustęp zaś gwarantuje pozbawionym wolności utrzymanie kontaktu ze światem zewnętrznym, a więc chodzi przede wszystkim o korespondencję z najbliższymi, która może być jedynie ujęta w stosowne ramy ustalonych przez władzę ograniczeń natury formalnej, ale nigdy całkowicie zawieszona¹⁶⁵. W poświęconym kwestiom przesiedleń artykule 7 zagwarantowano z kolei, że „(...) wszelkie starania powinny zostać podjęte celem umożliwienia osobom przemieszczonym przebywanie razem, jeżeli wyrażają taką chęć. Rodzinom, których członkowie chcą pozostać razem, powinno się na to zezwolić”. I choć brak dalszych gwarancji praw rodziny, Deklaracja ta *expressis verbis* podkreśla, że „w przypadkach nieobjętych instrumentami praw człowieka i prawa humanitarnego wszystkie osoby i grupy pozostają pod ochroną zasad prawa międzynarodowego wynikających z ustalonych zwyczajów, zasad ludzkości oraz wymagań powszechnego sumienia”, nawiązując do *safety net* pełnionej w międzynarodowym prawie humanitarnym przez klauzulę Martensa.

Jakkolwiek inicjatywy te, świadczące o rosnącym rozumieniu (*recognition*) społeczności międzynarodowej, że prawo międzynarodowe praw człowieka oraz prawo humanitarne są nieadekwatne, gdy idzie o ochronę człowieka „w sytuacjach przemocy wewnętrznej, etnicznych, religijnych lub narodowych konflik-

¹⁶³ Deklaracja zawiera słowo „*affirm*”, co należałoby przetłumaczyć raczej jako „potwierdzające”, „stwierdzające”, co wskazuje na to, że uważano przedstawione w deklaracji reguły jako już posiadające przymiot norm zwyczajowych, których ten instrument prawny nie tworzy, ale jedynie potwierdza ich powszechne obowiązywanie (charakter deklaratoryjny procesu formułowania zespołu minimalnych norm humanitarnych).

¹⁶⁴ Deklaracja nie pozwala na żadną derogację *under any circumstances*, predestynując do roli kreatora *a principal irreducible core of humanitarian norms and human rights that must be applied at all times* (T. Meron, *On the Inadequate...*, op. cit., s. 604), tworząc tym samym „siatkę bezpieczeństwa (*safety net*)\ mającą na celu uniemożliwienie, a przynajmniej znaczne ograniczenie wspomnianej skłonności rządów do zaprzeczania zastosowalności odpowiednich standardów ochronnych na podstawie twierdzenia, że sytuacja nie osiągnęła odpowiedniego progu (stopnia) natężenia (*does not reach a particular threshold*); por. T. Meron, A. Rosas, *A Declaration of Minimum Humanitarian Standards*, AJIL 1991, vol. 85, s. 376.

¹⁶⁵ „Przepisy Protokołu II zapewniające prawo osób pozbawionych wolności do otrzymywania listów, jakkolwiek poddane pewnym restrykcjom formalnym, jest niewątpliwie cenne w procesie wypracowania ostatecznych minimalnych standardów traktowania wszelkich więźniów”; por. Ch. Lysaght, op. cit., s. 22–23.

tów, niepokoju lub zamieszek lub niebezpieczeństwa publicznego”¹⁶⁶, są nadal kontynuowane¹⁶⁷, to jednak – pomimo przyjęcia szeregu rezolucji¹⁶⁸ i raportów¹⁶⁹ poświęconych „podstawowym standardom ludzkości” (*fundamental standards of humanity*)¹⁷⁰ – nie podjęto jeszcze wiążących kroków w tym kierunku. I choć praca w Komisji Praw Człowieka wskazuje na przyjęcie właściwej drogi, to jednak jest ona bardzo długa, a konieczność wypracowania przez państwa konsensusu we wszystkich istotnych elementach niezmiernie spowalnia te dążenia.

VI. UWAGI O DZIAŁALNOŚCI MIĘDZYNARODOWEGO KOMITETU CZERWONEGO KRZYŻA

Interesujące zjawisko na tle „napięć i zamieszek wewnętrznych” (oraz klęsk żywiołowych) stanowi powstała w praktyce, zwłaszcza ostatnich dziesięcioleci, działalność MKCK polegająca na podejmowaniu humanitarnych misji w tych sytuacjach, niosąca nieocenioną pomoc zwłaszcza osobom pozbawionym wolności oraz ich rodzinom. W sytuacjach napięć wewnętrznych często dochodzi do rozdzielania rodzin, których członkowie pozostają niejednokrotnie przez niezmiernie długi okres pozbawieni jakichkolwiek wiadomości o losie swych krewnych i ich ewentualnym aresztowaniu. Nawet w razie posiadania takich informacji często napotykają na swej drodze wiele trudności uniemożliwiających, a przynajmniej znacznie opóźniających uzyskanie możliwości efektywnego korzystania z prawa do odwiedzin i utrzymywania relatywnie częstego kontaktu z uwięzionym członkiem rodziny¹⁷¹.

W tym zakresie Czerwony Krzyż świadczy nieocenioną pomoc i wprowadzając w życie wszystkie mechanizmy i środki przewidziane na wypadek konfliktów zbrojnych¹⁷², znacznie rozszerza zakres ochrony i pomocy udzielanej rodzinom

¹⁶⁶ A. Eide, A. Rosas, T. Meron, op. cit., s. 216.

¹⁶⁷ Tekst Deklaracji był przedmiotem dyskusji w Podkomisji ds. Zapobiegania Dyskryminacji oraz Ochrony Mniejszości Narodowych jeszcze w 1991 r., a w trzy lata później został przekazany do Komisji Praw Człowieka ONZ, która zrazu ograniczyła się do potwierdzenia potrzeby głębszego przyjęcia się regułom mającym zastosowanie w sytuacjach napięć wewnętrznych (rezolucja 1995/29) i dopiero po rozważeniu wyników prac zespołu z Cape Town z 1996 r., wezwała w 1997 r. Sekretarza Generalnego do przygotowania, we współpracy z MKCK, analitycznego raportu w kwestii fundamentalnych reguł ludzkości, biorąc pod uwagę „normy wspólne prawom człowieka i międzynarodowemu prawu humanitarnemu, które mają zastosowanie we wszystkich okolicznościach”. I choć w pierwszym swoim raporcie Sekretarz Generalny nie wykroczył poza niedorogowalne prawa człowieka oraz minimum gwarancji humanitarnych z art. 3 konwencji genewskich, proces został rozpoczęty.

¹⁶⁸ Por. rezolucje nr 1995/29, 1996/26, 1997/21, 1998/29, 1999/65, 2000/69 oraz decyzje nr 2001/112 oraz 2002/112.

¹⁶⁹ Zob. np. raporty Podkomisji ds. Zwalczania Dyskryminacji i Ochrony Mniejszości Narodowych: E/CN.4/1996/80, E/CN.4/1997/77, E/CN.4/1998/87 oraz raporty Sekretarza Generalnego ONZ: E/CN.4/1999/92, E/CN.4/2000/94, E/CN.4/2001/91, E/CN.4/2002/103 i E/CN.4/2004/90.

¹⁷⁰ Termin ten, który sugerował jako bardziej odpowiedni Sekretarz Generalny ONZ, został przyjęty przez Komisję Praw Człowieka w 1997 r., jako oznaczający *common rules of human rights law and humanitarian law that are applicable in all circumstances*; por. U. Kracht, *Human Rights and Humanitarian Law and Principles in Emergencies. An overview of concepts and issues*, Background document Oslo5/ Geneva 11.

¹⁷¹ Por. np. M. Harhoff-Tavel, *Action taken by the International Committee...*, op. cit.

¹⁷² Odsyłam tu do przytaczanego już artykułu mojego autorstwa pt. *Studium gwarancji praw rodziny na wypadek międzynarodowego konfliktu zbrojnego*, gdyż zawarte w nim uwagi na temat

i to na podstawie statutowego prawa inicjatywy. Przykładowo, w czasie stanu wojennego w Polsce – w sytuacji zerwania połączeń z zagranicą – duże znaczenie odegrała działalność Centralnej Agencji Poszukiwań MKCK, za której pośrednictwem przekazywano wiadomości rodzinne (*red cross messages*), a Komitet służył jako pośrednik pomiędzy władzami a obywatelami polskimi przebywającymi za granicą, przekazując prośby o połączenie rodzin¹⁷³. W praktyce ogromną rolę – oprócz zapewnienia wiadomości o losie uwięzionych, nawiązania z nimi kontaktu pisemnego oraz umożliwienia widzeń czy połączenia rozdzielonych członków rodzin – odgrywa również pomoc materialna dostarczana przez Czerwony Krzyż zatrzymanym i ich rodzinom. W dotychczasowej praktyce w odniesieniu do wewnętrznych zamieszek krajowe organizacje Czerwonego Krzyża, jak i MKCK, za zgodą rządów, niejednokrotnie podejmowały wysiłki mające na celu udzielenie pomocy ofiarom takich wewnętrznych niepokoїв.

Wobec braku normy konwencyjnej (traktatowego mandatu do podejmowania działalności na rzecz ofiar danej sytuacji) jego kompetencje do działania w sytuacjach innych niż przewidziane w konwencjach genewskich mogą być rozpatrywane jako wywodzące się z prawa zwyczajowego¹⁷⁴. Rozważając zagadnienie kompetencji MKCK do działania w sytuacjach napięć i zamieszek, należy także wspomnieć o tzw. prawie inicjatywy humanitarnej. Konwencje genewskie i protokoły dodatkowe wyraźnie przyznają MKCK prawo inicjatywy humanitarnej, jednak – jak już wspomniałam – sytuacje napięć i rozruchów wewnętrznych zostały *expressis verbis* wyłączone z przedmiotowego zakresu regulacji międzynarodowego prawa humanitarnego i stąd źródłem tego prawa w omawianych sytuacjach jest odpowiednie postanowienie¹⁷⁵ statutu MKCK¹⁷⁶.

poszukiwania i łączenia rozproszonych rodzin, prawa do wiadomości o losie najbliższych czy w kwestii praw osób zaginionych i ich rodzin zachowują aktualność również w rozpatrywanym kontekście sytuacyjnym.

¹⁷³ Szerzej na ten temat zob. J. Jabłoński, *Działania Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża w wypadkach wewnętrznych niepokoїв i napięć* w: T. Jasudowicz (red.), *Międzynarodowe Prawo Humanitarne. Wybrane zagadnienia ze szczególnym uwzględnieniem obowiązku jego krzewienia i upowszechniania*, Toruń 1997, s. 62 i n.

¹⁷⁴ Do ustalenia ewentualnego istnienia normy zwyczajowej może okazać się przydatna analiza postanowień prawa wewnętrznego organizacji, które w wypadku Czerwonego Krzyża (ze względu choćby na skład Międzynarodowej Konferencji Czerwonego Krzyża) odzwierciedlać może opinie państw; por. K. Kocel, *Działalność Międzynarodowego Czerwonego Krzyża w sytuacjach napięć i zamieszek wewnętrznych*, „Państwo i Prawo” 1986, nr 2, s. 71). W art. 4 lit. d Statutu MKCK znajduje się sformułowanie, zgodnie z którym do zadań Komitetu należy działanie na rzecz ofiar takich rodzajów konfliktów, jak „wojna, wojna domowa lub zamieszki wewnętrzne”. Zagadnienie kompetencji MKCK do działania w omawianych sytuacjach było przedmiotem obrad kilku międzynarodowych konferencji Czerwonego Krzyża (Waszyngton 1912, Genewa 1921, Londyn 1938, New Delhi 1957, Wiedeń 1965, Manila 1981).

¹⁷⁵ Chodzi tu przede wszystkim o art. VI pkt 6 Statutu Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża. MKCK dysponuje jeszcze innym prawem inicjatywy, określonym nie w konwencjach, ale w statutach Ruchu, które umożliwia mu działanie w sytuacjach niestanowiących wojny, a zatem nieobjętych międzynarodowym prawem humanitarnym – statutowe prawo inicjatywy sformułowane w art. 5 ust. 3 statutów (w którym mowa o „wszelkiej inicjatywie humanitarnej”).

¹⁷⁶ Powstaje zatem pytanie, czy prawu inicjatywy humanitarnej w zakresie pomocy ofiarom zamieszek nie dałoby się przypisać charakteru normy prawa zwyczajowego. Nie zagłębiając się w rozważania natury doktrynalnej, można chyba stanąć na stanowisku, że „wywodzące się z prawa wewnętrzne-

Rola, jaką pełni MKCK w czasie wewnętrznych napięć i zamieszek, wskazuje na skuteczność środków pozaprawnych, opartych na znajdującym szerokie uznanie autorytecie moralnym organizacji, jej neutralności i umiejętności zachowania ścisłej dyskrecji¹⁷⁷.

VII. PODSUMOWANIE

Stan nadzwyczajny pociąga za sobą znaczne zagrożenie dla praw człowieka, w tym dla praw rodziny. Prawo międzynarodowe praw człowieka nie pozostawia jednak tych praw bezbronnymi, lecz w samych klauzulach dopuszczających możliwość uchylecia się przez państwo od ciążących na nim zobowiązań wynikających z danego traktatu formułuje pierwszą linię obrony praw człowieka (w tym praw rodziny) w tych ekstremalnych warunkach w postaci rygorów dopuszczalności wprowadzenia i realizacji stanu nadzwyczajnego, którą niestety organy strasburskie w znacznej mierze same rozbroiły. Kolejne flanki i punkty oporu zostały obsadzone przez gwarancje natury ogólnej wynikające z prawa międzynarodowego praw człowieka oraz prawa międzynarodowego na czele z zasadą pełnego poszanowania praw człowieka, zakazem nadużycia prawa ze strony państwa oraz fundamentalną ogólną zasadą ludzkości wraz z towarzyszącą jej interpretacją */ro homine et pro humanitate*.

Podstawowy oręż dają jednak prawom człowieka normy międzynarodowego prawa humanitarnego, stanowiąc newralgiczny punkt obrony praw człowieka (zwłaszcza derogowalnych) poprzez określenie jej niewzruszalnej substancji, bezwzględnie chronionej również w najbardziej ekstremalnych warunkach. Zawarte w prawie humanitarnym postanowienia odnoszące się do rodziny oraz jej poszczególnych członków gwarantują im tak szeroki wachlarz gwarancji prawnych na wypadek konfliktu zbrojnego, że obsadzają wszystkie punkty wymagające obrony, zapewniając poszanowanie praw rodziny w całej niemalże ich międzynarodowo chronionej substancji. Tworzą one zatem dla rodziny swoistą „warownię”, nie tylko nie dając do niej kluczy korzystającym z mechanizmu derogacji władzom państwowym, ale zakazując im nawet podejmowania prób użycia jakichkolwiek „taranów” celem przełamania gwarancyjnych murów czy

go organizacji funkcje Komitetu zyskały uznanie dużej liczby państw. Powstałe na tej drodze prawo inicjatywy humanitarnej może być już chyba uważane za normę międzynarodowego prawa zwyczajowego, która głosi, że wystąpienie MKCK nie może być traktowane jako niedopuszczalne mieszanie się w sprawy wewnętrzne państwa”, jednakże sprawa wygląda zupełnie inaczej, gdy idzie o prawo do działania na terenie państwa dotkniętego napięciami i zamieszkami, z którym to prawem musiałby się łączyć obowiązek państwa umożliwienia Komitetowi wykonywania swych funkcji. Mimo że ponad 70 państw umożliwiło Komitetowi dostęp do więźniów politycznych, to jednak niewątpliwie przedwczesne byłoby stwierdzenie, że we współczesnym prawie międzynarodowym istnieje norma zwyczajowa zobowiązująca państwa do przyjęcia oferty i niesienia Komitetowi pomocy w wypełnianiu jego funkcji. Państwa – pomimo coraz częściej wyrażanej zgody – nie uważają bynajmniej, aby wymagała tego od nich jakaś zwyczajowa norma prawa międzynarodowego, a zatem nie można stwierdzić istnienia koniecznego do powstania normy zwyczajowej elementu, jakim jest odpowiednia *opinio iuris*, niemniej wspomniana praktyka państw może stanowić pierwszy etap długiego procesu tworzenia się normy prawa zwyczajowego; por. K. Kocel, op. cit., s. 73 i n.

¹⁷⁷ Ibidem, s. 78.

też uczynienia w nich znacznego wyłomu, a wręcz obligując je w niektórych przypadkach do podejmowania pozytywnych działań celem wzmocnienia ochrony praw rodziny.

Międzynarodowe prawo humanitarne czyni tę twierdzą gwarancji praw rodziny tak komplementarną i solidną, że w świetle uwag poczynionych w niniejszej pracy można wykazać prawdziwość postawionej na jej początku tezy o niewzruszalności tych praw. A zatem „okrężną drogą” – poprzez odwołanie się do norm prawa humanitarne w ramach substancjalnego testu legalności prawnomiędzynarodowej klauzuli derogacji – nadano prawom rodziny status niederogowalności.

Należy jednocześnie podkreślić słabość zaprezentowanej w niniejszym opracowaniu argumentacji, która niestety zawiera kilka istotnych *weakpoints*, z czego w pełni zdaje sobie sprawę.

Po pierwsze, ów szeroki wachlarz gwarancji praw rodziny został w prawie humanitarnym przewidziany *expressis verbis* jedynie na wypadek międzynarodowego konfliktu zbrojnego, a tzw. schody zaczynają się już na poziomie konfliktu niemiędzynarodowego. Co prawda podtrzymuję w pracy postulat T. Jasudowicza o pełnej zastosowalności norm prawa humanitarne w innych sytuacjach nadzwyczajnych zgodnie z wnioskowaniem *a minori ad maius*, to jednak jest to raczej głos odosobniony, a doktryna (o państwach nawet nie wspominając) stanowczo wyklucza możliwość zastosowania norm prawa humanitarne do całej gamy sytuacji nadzwyczajnych, które nie osiągnęły pułapu wojny domowej.

Wskazane jako panaceum na tę lukę normatywną dążenie do wypracowania zestawu znajdujących zastosowanie w każdej sytuacji minimalnych standardów humanitarnych nie zostało zakończone i daleko mu jeszcze do przyjęcia formy wiążącego prawa międzynarodowego.

Z drugiej strony, jakkolwiek niewątpliwie mamy w tych sytuacjach do czynienia z normami prawa zwyczajowego, które z reguły – zwłaszcza w kontekście prawa humanitarne – są absolutnie wiążące, to jednak ustalenie ścisłego ich katalogu nastręcza doktrynie niemałych kłopotów, z tym większym uznaniem należy zatem odnotować ostatnie osiągnięcia Międzynarodowego Komitetu Czerwonego Krzyża w tym zakresie¹⁷⁸.

Chociaż szereg gwarancji i argumentów zaprezentowanych w niniejszym artykule w sposób dobitny świadczy o niedopuszczalności zawieszenia gwarancji ochrony rodziny, to jednak doktryna milczy na ten temat¹⁷⁹, nie mówiąc już o praktyce państw – z natury swej nieskorych do rozszerzania zakresu swoich zobowiązań – jakby zapominały one o idei przewodniej prawa międzynarodowego, a prawa humanitarne w szczególności, tj. ogólnej zasadzie ludzkości, ta zaś nakazuje interpretację *pro homine et pro humanitate* wszędzie tam, gdzie rodzą się jakiegokolwiek wątpliwości. Era „konieczności wojskowej” już minęła, choć

¹⁷⁸ Mowa tu o wspomnianym *ICRC Study on Customary Rules of International Humanitarian Law* z 2003 r.

¹⁷⁹ Wskazuje się jedynie czasami, że prawa rodziny ze względu na charakter nie dotyczą w sposób bezpośredni sytuacji stanu nadzwyczajnego (np. J. Oraa).

zbyt wielu zdaje się zachowywać tak, jakby wciąż stan wyższej konieczności był głównym czynnikiem determinującym postępowanie państw w rozpatrywanym kontekście sytuacyjnym, a dyktowane przezeń warunki wymagały podporządkowania im wszelkich innych wartości.

Rodzina jest jedną z najwyższych wartości każdego społeczeństwa i całej ludzkości. Jest jedną z norwidowskich „prawd, którym nie wolno kazać, by przed drzwiami stały, kłaniając się okolicznościom”. Międzynarodowe prawo humanitarne czyni prawa rodziny „niewrażliwymi na wypadek wojny”, co powinno być rozszerzone na inne sytuacje nadzwyczajne.

Możliwość zawieszenia w trybie derogacji praw rodziny jest znacznie ograniczona przez same rygory klauzuli derogacyjnej oraz ogólne zasady prawa międzynarodowego i prawa międzynarodowego praw człowieka, a wręcz wykluczona zgodnie z normami prawa humanitarnego. W sytuacji jednak braku dobrej woli państw – zwłaszcza w dobie „wojny z terroryzmem” – oraz zaprzepaszczenia możliwości wykorzystania potencjału ochronnego drzemącego w powyższych warstwach gwarancyjnych, i to w znacznej mierze z winy samych organów ochrony praw człowieka, nie mówiąc już o ich niezrozumiałym zamknięciu się na zewnętrzne środowiska normatywne (zwłaszcza tak istotne jak międzynarodowe prawo humanitarne), gwarancje te nie są w stanie odegrać należytej im roli w zapewnieniu poszanowania praw człowieka na wypadek stanu nadzwyczajnego.

Wobec powyższego, ze względu na pewność prawa oraz wzgląd na fakt, iż dalece większe i trwalsze gwarancje daje normatywne uregulowanie danej kwestii, należy opowiedzieć się za przyjęciem wyraźnej regulacji w badanym przedmiocie, albowiem „tylko w drodze kodyfikowania można uczynić niepisane zasady łatwo zrozumiałymi, a ich szczegóły jasnymi i dlatego stosowalnymi w praktyce”¹⁸⁰.

LEGAL PROTECTION OF FAMILY IN STATE OF EMERGENCY

This study is aimed at analysing the issue of family's legal protection in State of emergency. This problem is emerging in exceptional situations due to the fact that none of human rights treaties (apart from the American Convention of Human Rights) includes family's rights in catalogues of non-derogable ones.

In the first part of this work, I have tried to introduce the mechanism of derogation of human rights obligations under the State of emergency (with some description of its structural elements) and make a thesis statement of non-derogable nature of family unit's rights despite of its lack in internationally recognized catalogues of non-derogable rights.

The second part of this study contains presentation of reasons that lie behind the thesis stated above, starting with arguments derived from implications of rigorous conditions of derogation clause (with special regards to substantial tests

¹⁸⁰ H.P. Gasser, op. cit., s. 28.

embodied in it which significantly restrict the possibility of derogation from family rights guaranteed in human rights instruments). Then we have tackled with the principle of consistency requiring that derogating measures are "*not inconsistent with their [e.i. State's] other obligations under International law*" what opens the doors to many normative areas of guarantees for family protection prescribed in different international law sources, with special emphasis laid on international humanitarian law, customary law and *ius cogens*. We ended with argumentation consequent the general theory and philosophy of human rights law and implications of special protection given to children and some categories of women. And least but not last, we examine the way domestic legal regimes influence the scope of permissible derogation, with remarks being made on the basis of the Polish Constitution of 1997 (supplemented with a short review of other countries' constitutional provisions).

In the next part we have faced the problem of relevance of legal obligations under international humanitarian law in the State of emergency which is not an armed conflict. An attention was paid to if and to what extent guarantees provided in the Geneva Conventions of 1949 and Additional Protocols of 1977 narrow the scope of authorities' discretion in undertaking measures derogating from obligation to respect standards of protection of particular human rights (including these of families).

Further, we have turned to the underlining the need for improving the normative regulation of rights of the family in case of proclaiming the State of emergency and covering with precisely stipulated guarantees "the gray zone between war and peace", e.i. process of elaborating "minimum humanitarian standards" (lately called as "fundamental standards of humanity") to see what protection of family unit they anticipate. Some remarks have also been made upon activities undertaken by the International Committee of the Red Cross on behalf of families and their particular members in times of emergency situations.

In conclusion, presented in this study fortress of guarantees on behalf of legal protection of family and its rights in times of State of emergency which is not an armed conflict shows on the one hand a wealth of sources we can derive arguments for demonstrating constraints of taking derogating measures from human rights obligations (including family's right to protection) under the State of emergency, but on the other, it also reveals the weakness of this legal reasoning and some kind of uncertainty so dangerous when human rights protection must to surmount the most exceptional conditions.